

El sistema internacional de inversión, un campo para la cosificación del ser humano y la fetichización de las mercancías

Edgar García Altamirano*

Introducción

La pretensión que busco desarrollar en este trabajo consiste en analizar el sistema de inversión internacional a la luz de la teoría marxista del valor, enfocándome específicamente en las categorías de fetichización y cosificación. Para completar este análisis echaré mano de la propuesta que realiza Kant sobre la cosificación a través de su estudio filosófico desarrollado en el libro *La paz perpetua*.

Posteriormente explicaremos la crítica que realiza Rousseau al derecho a la propiedad privada, en el que nos explica que dicho derecho surgió como una necesidad de legitimar la acumulación y el despojo. Seguiremos con la crítica a los derechos de libertad e igualdad desde la propuesta de Engels. Finalmente, expondremos las diferencias entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales.

* Defensor independiente de derechos humanos. Correo electrónico: edgar.g.altamirano@gmail.com

El desarrollo teórico que proponemos tiene el objetivo de analizar filosóficamente las bases del sistema internacional de inversión y del arbitraje internacional, a efecto de demostrar que este sistema jurídico está diseñado para cosificar a las poblaciones y fetichizar a la mercancía, basándose en un discurso de derecho que sólo pretende legitimar el despojo y la acumulación a través de un discurso elocuente.

1. Mercancía

Expondremos una de las premisas a partir de la cual se sustenta el capitalismo que vivimos, es decir la teoría del valor, bajo la que actúa el sistema económico moderno y a partir de la cual se pueden entender las categorías de fetichismo y cosificación. Lo anterior se explica en el primer capítulo de *El Capital*: la mercancía.

No es en modo alguno casual —explica George Lukács (2011)— que las dos grandes obras maduras de Marx dedicadas a exponer la totalidad de la sociedad capitalista y su carácter básico empiecen con el análisis de la mercancía. Pues no hay ningún problema de ese estadio evolutivo de la humanidad que no remita en última instancia a dicha cuestión, y cuya solución no haya de buscarse en el enigma de la estructura de la mercancía.

La propuesta que maneja Marx, para resolver el enigma de la mercancía se puede ver reflejada en la totalidad del sistema capitalista, incluyendo al mismo derecho¹. Por ello, para poder comprender el papel que juega el derecho internacional de las inversiones dentro del materialismo dialéctico histórico, es necesario tener claro los procesos vinculados a la estructura de la mercancía². Pues la inversión, en última y primera instancia será una mercancía que se fetichizará por el derecho internacional y el local.

Para iniciar este tema es conveniente expresar que Marx (2014, p. 43) entiende por mercancía, en primer término, "un objeto externo, una cosa apta para satisfacer necesidades humanas, de cualquier clase que ellas sean". Para efectos de la disciplina de la economía política clásica, no importa si estas necesidades surgen del cuerpo mismo,

¹ Comprendiéndolo tanto desde su ámbito teórico como desde su expresión fáctica.

² Es importante mencionar que el propósito del presente trabajo no radica en la explicación y comprensión del materialismo histórico, por lo que únicamente nos concretaremos a explicar los conceptos vinculados al tema central de esta tesis, obviando y remitiendo a las obras de las cuales se parte.

como lo es la necesidad de comer, vestir, respirar etcétera, o si surgen de la fantasía o el deseo³.

Estos objetos deberán tener una utilidad dentro la sociedad, ya sea desde la producción, la distribución o el consumo. En este sentido, todo objeto útil puede ser considerado una mercancía y ésta tiene una relación íntima con todos los procesos que ocurren alrededor del capitalismo. La riqueza de las sociedades dentro de este régimen se nos muestra como un inmenso arsenal de mercancías (Marx, 2010, p. 43), y el derecho ayuda a configurar lo que sucede dentro de este sistema.

2. Fetichismo

Dentro del capitalismo moderno, se plasma en las mercancías un carácter dual, dos facetas que muestran el funcionamiento de éstas en la sociedad. La primera es un proceso social representado en toda la teoría del valor —de la cual no nos ocuparemos en el presente trabajo—, y la segunda concepción es, como lo expresa Marx en *El Capital*, una llena de sutilezas metafísicas y resabios teológicos. Marx escribe que este carácter místico no brota de su valor de uso ni tampoco de sus determinaciones de valor. Lo anterior es muestra de que el problema que Marx observa dentro de la sociedad capitalista debe situarse en un nivel más profundo, no visible a la conciencia en un plano superficial o fenoménico. Sin embargo, ¿en qué consiste este misticismo?, Marx (2010, p. 88) explica:

El carácter misterioso estriba en que proyecta ante las personas el carácter social del trabajo de éstas como si fuese un carácter material de los propios productos de su trabajo, un don natural social de estos objetos y como si, por tanto, la relación social que media entre los productores y el trabajo colectivo de la sociedad fuese una relación social establecida entre los mismos objetos, al margen de sus productores.

Esta forma fantasmagórica —como la llama Marx— de relación entre objetos materiales, no es más que una relación social concreta establecida entre las mismas personas. Así, derivamos que el proceso de fetichización se caracteriza por mostrar a la sociedad una relación mercantilista sin sujetos. Ellos salen de su carácter social para entonces

³ Esta primera característica es muy importante, porque debemos recordar que el capitalismo funciona a partir de la creación de necesidades, y será con las mercancías con las que enajene y aliene a la sociedad.

entrar al mundo de las mercancías. A pesar de esto, Marx (2010, p. 89) recalca que, aunque el discurso o ideología dominante trata de ignorar a los sujetos (con todos sus procesos sociales), el mundo de las mercancías es una invención de los sujetos, al igual que las religiones, las cuales hablan de dioses que se encuentran fuera de la subjetividad pero que a la vez son invenciones de los propios sujetos. Marx lo explica de la siguiente manera: una mercancía adquiere valor —principalmente y en un primer momento— por dos factores específicos: el trabajo que ella implicó y la naturaleza o materia que fue utilizada y transformada por el trabajo.

Esta valorización implica, en un inicio, un trabajo privado que posteriormente se convierte en trabajo social. Sin embargo, cuando un objeto es fetichizado, éste adquiere valor, pero de una forma descontextualizada, se dice que tiene valor, pero no por ser producto del trabajo y la naturaleza, sino por ser mercancía en sí misma, ésta "se afirma al margen de la sintetización que ella implica, minándola así en su integridad" (Echeverría, 1974, p. 98). De esta manera el fetichismo es la distorsión o inversión de la realidad, es el proceso que da valor a las cosas sin tomar en cuenta al sujeto que lo hizo posible (Dussel, 2006)⁴.

Hinkelammert y Mora (2005, p. 350) recuerdan que "la teoría del fetichismo sostiene que la ciencia burguesa no presenta la relación entre los productores, sino entre cosas-mercancías". La gran mentira del fetiche consiste en ocultar la relación social que guardan los sujetos y se sustituye por una relación puramente material, de la misma forma se sustituye la relación material de los objetos por una *relación social entre cosas*. Por su parte, Bolívar Echeverría (1974, p. 90) expone que lo peculiar de la calidad mercantil del objeto social práctico, o sea la mercancía fetichizada, reside en su calidad o configuración social de intercambio, que tiene vigencia como calidad o configuración aparte y autónoma, y no como un elemento social natural.

⁴ Enrique Dussel, en su obra 20 Tesis de Política explica que esta inversión consiste en que siendo el *trabajo vivo* (o la subjetividad corporal viviente del trabajador: persona) el fundamento de todo valor (y el capital no es sino *valorización acumulada de valor*), es decir del capital (la *cosa*); ahora, por el contrario, el producto cósico del trabajo vivo (el capital) se torna *persona* o sujeto apariencial, y el trabajador se transforma en una *cosa* (instrumento) al servicio del aumento del capital. Fetichismo es esta inversión espectral: lo fundado aparece como fundamento y el fundamento como fundado. Este es el *misterio fetichista del capital*, es decir, un modo de ocultamiento que distorsiona la interpretación del conocimiento de la realidad invirtiéndola (2006).

Nos dice Bolívar Echeverría (1974, p. 90) que el mundo de las mercancías es un conjunto de *objetos fetichoides*, porque además de actuar como reservorio de los objetos prácticos, actúa también como médium efectuator de la socialidad de esos productores/consumidores en una aparente acción milagrosa. Partiendo de estas premisas, el autor reflexiona sobre la teoría del fetichismo y concluye que esta teoría es también una teoría del discurso, del discurso fetichizado. Las mercancías ocultan mensajes, que son descubiertos en los procesos de reproducción social⁵.

El concepto anterior resulta de vital importancia en el desarrollo del presente trabajo, debido a que la inversión —objeto central de protección por los diversos instrumentos jurídicos internacionales de inversión— es también una mercancía, la cual se fetichiza desde el derecho internacional de las inversiones.

3. Cosificación

La *calidad fetichoides* de las mercancías encierra otro proceso, dice Lukács (2011, p. 9):

la descomposición del objeto de la producción significa al mismo tiempo y necesariamente el desgarramiento de su sujeto. El sujeto queda inserto, como parte mecanizada, en un sistema mecánico con el que se encuentra como con algo ya completo y que funciona con plena independencia de él, y a cuyas leyes tiene que someterse sin voluntad.

El trabajador tiene que representarse a sí mismo como *poseedor* de su fuerza de trabajo como mercancía. Su posición específica estriba en que esa fuerza de trabajo es lo único que posee. Y lo

⁵ Bolívar Echeverría (1974, p. 98) explica que la mercancía presenta una doble calidad como una efectividad doble y una significación doble —es decir, similares a la efectividad y a la significación de los instrumentos de técnica mágica, de los fetiches (objetos religiosos, ordinarios y milagrosos, terrenales y celestiales, objetos místicos) que fusionan en sí lo humano y lo divino— cuando se observa la función que ella cumple como elemento posibilitador de un cierto tipo histórico de reproducción social. "Las mercancías ejercen una acción similar a la de estos fetiches [...] porque no sólo constituye el valor del producto concreto (profano) que el productor entrega al mecanismo social de distribución y el bien concreto (profano) que el consumidor saca de ese mismo mecanismo, sino también el único nexo (objeto sagrado) en virtud del cual ese sujeto productor/consumidor —que se halla en condiciones históricas privadas de privatización o aislamiento— resulta conectado con los demás sujetos productores/consumidores, relacionado con los demás átomos del sujeto social".

típico de su destino para la estructura de toda la sociedad es que esa auto-objetivación, esa conversión de una función humana en mercancía, revela con la mayor crudeza el carácter deshumanizado y deshumanizador de la relación mercantil. De esta manera es como la fetichización de las mercancías implica también la cosificación del sujeto. Las personas dejan de ser humanas y se reducen a fuerza de trabajo, esto es una mercancía más dentro del mundo de las mercancías, su calidad de humano ha desaparecido y se ha reducido a una cosa, ante un proceso de leyes mecánicas, el cual se desarrolla de manera imperceptible a la conciencia.

Lo anterior tendrá un desarrollo dentro de un sistema cerrado y concluso, mismo que modificará la forma de desenvolverse y actuar del ser humano ante el mundo que le rodea, transformando las categorías básicas del comportamiento humano, en términos de Lukács. Espacio y tiempo devienen en común denominador como una consecuencia de la subordinación del ser humano al tiempo del capital, la máquina y la producción⁶.

Solo en el contexto en que la mercancía se convierte en categoría universal de todo ser social, la cosificación cobra una importancia decisiva para el desarrollo objetivo de la sociedad, reflejándose también en el comportamiento de un ser humano hacia ésta, para la sumisión de su conciencia a las formas de la cosificación. Lo que, según Lukács (2011, p. 4) y en general dentro del análisis marxista, nos colocará en un plano de dos opciones, intentar entender el proceso dentro de la sumisión o "rebelarse contra sus mortales efectos y liberarse de la servidumbre de esa segunda naturaleza producida."

Ahora, los procesos de cosificación y fetichización representan en sí mismos un proceso de inversión en sentido objetivo (fetichización) y subjetivo (cosificación). Esto quiere decir que el trabajo vivo —representante de la subjetividad corporal de la persona y fuente de valor— sufre una invisibilización de su atributo como generador de valor sobre las cosas, las mercancías. Es así como el producto cósmico del trabajo vivo, es decir el capital o las mercancías, se convierten en sujetos aparentes, lo cuales, supuestamente, generan su valor en

⁶ El tiempo lo es todo y el hombre no es ya nada, la objetivación de su fuerza de trabajo se convierte en realidad cotidiana permanente e insuperable, frente a su personalidad total, consumando el proceso iniciado con la venta de esa fuerza de trabajo como mercancía, de tal modo que también en este punto la personalidad se degrada a ser espectador impotente de lo que ocurre con su propia existencia de partícula suelta, inserta en un sistema ajeno (Lukács, 2011, p. 9).

sí mismos, y las personas, reducidas a la venta de su fuerza de trabajo, se transforman en simples mercancías, es decir en cosas. Así es como la relación social que subyace dentro del proceso de producción sufre una inversión. Las cosas devienen en sujetos autónomos y las personas en cosas, supeditadas al mundo de las mercancías.

4. Cosificación y fetichización en el derecho

En la aportación que realiza Lukács (2011, p. 9) a la teoría del fetichismo, se explica con claridad que el proceso de cosificación no tiene como única expresión la relación laboral que pueda tener una persona en la producción, sino que, en este grado de desarrollo de la humanidad, el proceso de cosificación se encuentra atomizado ya en todas las facetas de la vida humana. "Esta atomización del individuo no es, pues, más que el reflejo consciente de que las "leyes naturales" de la producción capitalista han abarcado todas las manifestaciones vitales de la sociedad". Es así como la modernidad en la cual nos desenvolvemos se caracteriza por estar marcada por la forma mercancía, la cual influye decisivamente en la vida humana. Por ello, afirma el autor, el problema con el fetichismo radica en que, como parte sustancial de un proceso, el tráfico mercantil comienza a convertirse en la forma dominante del intercambio o metabolismo de la sociedad; lo cual se refleja de una forma cualitativa dentro de la misma, así como dentro del derecho.

La actitud que separa los fenómenos de su verdadera conceptualización se facilita por un proceso de transformación también jurídico. De este modo, el sistema de mercado ha producido un tipo de derecho acorde con sus necesidades y adherido a su propia estructura.

5. Cosificación en el derecho desde una lectura Kantiana

A partir del texto *La Fundamentación Metafísica de las Costumbres*, Immanuel Kant (2013, p. 53) explica que los procesos legislativos son producto de la autonomía de la voluntad del ser racional que legisla conforme a los fines de la buena voluntad, a través de la cual las personas concretizan su dignidad, pues un ser racional no podrá obedecer a otra ley que no sea la que cumpla con dicha fundamentación ética:

La razón refiere, pues, toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y

también a cualquier acción para consigo misma, y esto no por virtud de ningún otro motivo práctico o en vista de algún provecho futuro, sino por la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo (Kant, 2013).

Ergo, toda ley práctica —entiéndase norma positiva— deberá de tener una fundamentación ética, atendiendo a la dignidad y a la felicidad de toda la humanidad. Por lo que las normas positivas que no cumplan con esta característica carecen de fundamento para ser acatadas por las personas. De esta forma, sin fundamento ético, la norma positiva carece de fundamento de obligatoriedad.

Considerando lo anterior, Kant expresa que en el mundo todas las mercancías tienen un precio por el cual son intercambiadas de manera equivalente, sin embargo, lo único que se halla por encima de todo precio, será lo que tenga una dignidad⁷. Con esto, se plantea con claridad que una persona no puede tener un precio, porque éste sólo es atributo de las cosas, y viceversa, las cosas no podrán tener el valor que tiene una persona. Cuando las concepciones se invierten tendremos como resultado la crítica contenida en los conceptos marxistas de cosificación y fetichización. Las diferencias entre los planteamientos estriban en que la concepción kantiana está partiendo de una crítica ética, mientras que la concepción marxista —aunque también tiene una crítica ética— se basa en un análisis del modelo económico capitalista. Por lo que la aportación de Kant consiste en la fundamentación filosófica ética, que después Marx expondrá con toda claridad en el primer capítulo de *El capital*.

Podríamos decir que, en la obra de *La paz perpetua*, Kant expone un pequeño tratado de derecho, en el cual propone seis leyes (o preceptos) objetivas que podrían garantizar la paz perpetua entre los Estados, de éstas, cuatro leyes están dedicadas a condenar a nivel internacional la concepción de la cosificación de las personas:

[segundo] Ningún Estado independiente —pequeño o grande, lo mismo da— podrá ser adquirido por otro Estado mediante herencia, cambio, compra o donación [...]

⁷ Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un precio comercial, lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un precio de afecto; pero aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, dignidad (Kant, 2013, p. 53).

[tercero] Los ejércitos permanentes —miles perpetuus— deben desaparecer por completo con el tiempo.

[cuarto] No debe el estado contraer deudas que tengan por objeto sostener su política exterior.

[quinto] Ningún Estado debe inmiscuirse por la fuerza en la constitución y el gobierno de otro Estado (Kant, 2013).

A continuación, procedemos a explicar los elementos cósicos en la propuesta de la Paz Perpetua.

Segundo. Este precepto es formidable. Kant parte de la siguiente premisa: “un Estado es una sociedad de hombres sobre la cual nadie, sino ella misma, puede mandar y disponer. [...] por consiguiente, incorporarlo a otro Estado, injertándolo, por decirlo así, en él, vale tanto como anular su existencia de persona moral y hacer de esta persona una cosa” (Kant, 2013, p. 247). De la expresión anterior podemos derivar que Kant entiende al Estado como una persona selectiva compuesta por personas físicas, por lo que queda prohibido reducirla a una mercancía que se pueda enajenar. Frente a nosotros tenemos una crítica kantiana a la conformación de la economía liberal en el marco del nacimiento del Estado-Nación. En otras palabras, Kant está estableciendo el principio ético que prohíbe tratar a las personas como si fueran cosas, lo que jurídicamente implica que ellas son inalienables y no negociables. Lo anterior debido a que éstas jamás podrán ser tratadas como medios sino como fines en sí mismas.

Tercero. Aquí se considera a los ejércitos permanentes como una incesante amenaza de guerra para los demás Estados, puesto que tiene una disponibilidad continua de combatir. Es interesante ver que el autor considera que la dinámica internacional radica en una carrera armamentista creciente. Asimismo, critica fuertemente la utilización del ejército, pues nos dice que “tener gentes a sueldo para que mueran o maten [...] implica un uso de la persona como mera máquina en manos de otro” —el Estado— (Kant, 2013, p. 248). Con ello de nuevo identifica y condena la cosificación del humano, además añade que dichas prácticas son discordantes con el derecho de la humanidad. Desde aquí, Kant está posicionando la cosificación como un factor opuesto a los derechos fundamentales, y naturalmente, opuesta a la

fundamentación filosófica, pues son situaciones que podrían tildarse de racionales, pero que contravienen la buena voluntad, la felicidad de todos los seres humanos y el imperativo categórico.

Cuarto. El filósofo explica que nada de sospechoso tiene que un Estado solicite a otro un préstamo para fomentar su economía, entiéndase reparación de carreteras, creación de depósitos para años malos y demás usos similares.

Pero si se considera como un instrumento de acción y reacción entre las potencias, entonces se convierte en un sistema de crédito compuesto de deudas que van aumentando sin cesar, [...] ingeniosa invención de un pueblo comerciante en nuestro siglo; fúndase de esta suerte una potencia financiera muy peligrosa, un tesoro de guerra que supera al de todos los demás Estados juntos y que no puede agotarse nunca (Kant, 2013, p. 249).

A partir de esta reflexión Kant deja clara su postura antiimperialista. Siendo finales de mil setecientos la época en la que escribe se puede observar con claridad la forma en que se comienza a gestar el sistema mundo capitalista. En aquel momento fue una advertencia a la política internacional, justo en los albores del Estado Nación. Finalmente señala que esta práctica (de sometimiento económico) es el más poderoso obstáculo para la paz perpetua. En la misma tesitura, someter el desarrollo de una población a la suerte del mercado y del interés, no es más que cosificar a la población reduciendo su reproducción de vida a la suerte que el mercado establezca. Lo anterior es señalado por el filósofo como una forma a gran escala de cosificación y de vulneración a todo fundamento de ley práctica, pues un estado de cosas tal sólo asegura la reproducción de vida del Estado dominante, sobre el sometido económico. Así, esta simple condena sobre los empréstitos será la forma de dominación que vislumbre Marx y será la práctica internacional central de los siglos XX y XXI.

Quinto. En esta premisa se asegura que por más degenerado que esté algún Estado, no es pretexto para que otro intervenga en su política interior. Pues dicha acción no estaría fundada en ninguna base de derecho. Por el contrario, si algún Estado osare intervenir a otro, ello representaría un peligro para la autonomía de los demás Estados,

vulnerando los derechos fundamentales de las personas, al vulnerar su autonomía de la voluntad.

Posterior a estas 6 leyes (de las que sólo abordamos 4), Kant propone 3 artículos definitivos de la paz perpetua, de ellos, el segundo versa: el derecho de gentes debe fundarse en una Federación de Estados Libres. El derecho de gentes (*ius gentium*) es un latinismo acuñado por la tradición jurídica romana para referirse al derecho creado por el extenso grupo de pueblos del Mediterráneo, éste abarcaba un conjunto supranacional de prácticas e ideas jurídicas que se habían impuesto por la fuerza de la necesidad y de la razón. Este concepto es sustituido hasta el siglo XX por el concepto de derecho internacional. En este sentido, cuando Kant (quien es un conocedor del derecho romano) habla del derecho de gentes, se está refiriendo al derecho supra nacional, pero no en el sentido de la tradición románica, sino que decide proponer un nuevo derecho de gentes (o derecho internacional) el cual no se aplica entre hombres iguales, sino entre Estados iguales. Estos Estados conforman una unidad soberana que deben ser respetados de la misma manera en que son respetados los ciudadanos de una república. Sin embargo, estas diversidades de Estados no conforman un súper Estado o algo similar, sino que conforman una confederación de Estados que busca la armonización del derecho internacional para una vida pacífica entre estos.

Es en este derecho de gentes en el que habrá de consagrarse el derecho de la universal hospitalidad. Para poder pensar en ella, Kant nos dice que debemos de concebir la ciudadanía mundial, ella se deriva de la común posesión de la superficie de la tierra, la humanidad, al compartir el globo terráqueo, debe tolerar su presencia mutua, pues nadie tiene mejor derecho que otro a estar en determinado lugar del planeta. De esta manera, Kant propone que como todos tenemos el mismo derecho a habitar el planeta, nadie puede impedir a otro el acceso a determinadas tierras, por el contrario, el tráfico que se pudiera generar entre distintos Estados ayudaría al desarrollo mutuo de la humanidad. Expresa Kant, que cuando este paso se pueda dar, incluso podrían generarse zonas o comarcas públicas, en las cuales todos puedan acceder, llevando a la raza humana a instaurar una constitución cosmopolita. Basados en este derecho a la ciudadanía mundial es que se funda la hospitalidad, definida como el derecho de un extranjero a no recibir un trato hostil por el mero hecho de ser llegado al territorio de otro. Esto quiere decir un derecho de visitante, el derecho de presentarte en una sociedad sin ningún perjuicio. Nuestro actual sistema de derecho fomenta la movilidad de las empresas para

dañar los derechos de otros, y prohíbe la movilidad del que no tiene dinero. Debido a la situación deplorable en que el capitalismo ha sometido a las poblaciones, éstas son obligadas migrar, y los países que los reciben los tratan como simples mercancías, manos de obra de bajo precio. Todo lo anterior expresado dentro de nuestra actual normatividad internacional, la cual puede ser llamada también, como *lex mercatoria*.

En atención a lo anterior, Kant concluye que las normas que se opongan al respeto de las demás personas sin atender al fin universal de la felicidad no pueden constituir derecho, al no atender a fines objetivos. Puesto que el derecho constituye una obligación, que implica que una persona no puede ser utilizada como un medio, sino siempre como un fin. Bajo el derecho internacional vigente, a través de sus manifestaciones dentro de los tratados de inversión, se mecanizan las vidas de las sociedades y éstas son constituidas como meros medios, despojando pueblos de sus territorios, contaminando la naturaleza, y con ella la posibilidad de sobrevivencia de las poblaciones. Desde el análisis que realiza este autor, logra prever que el futuro del capitalismo temprano podría constituir la violación de los derechos fundamentales de la humanidad al ser tratados como medios, como cosas, como mercancías. Afirma Kant: "El que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar la persona ajena como simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres racionales que son, deben ser estimados siempre al mismo tiempo como fines, es decir, sólo como tales seres que deben contener en sí el fin de la misma acción" (Kant, 2013, p. 49).

El mencionado filósofo, con esperanza en la humanidad, creía que todas esas prácticas que condenó en sus 6 leyes decrecerían y la humanidad avanzaría a la paz perpetua. Sin embargo, pasó todo lo contrario: todas las prácticas que condenó se convirtieron en leyes universales, como bien dijo Walter Benjamín (2005, p. vii), en la penumbra del siglo XX, la excepción se convirtió en la regla. Y de esta forma, la razón se instrumentó para atender al cumplimiento de las inclinaciones y los fines subjetivos. Por ello, es importante retomar la propuesta kantiana de derecho internacional, acompañada de su fundamentación metafísica, para así reconocer y cambiar toda esta suerte de corrupciones a las que se ha sometido a las costumbres internacionales, entiendo como parte de ellas al derecho.

Con lo anterior, podemos observar la vigencia de la crítica kantiana al derecho internacional en lo referente a sus preceptos de

economía y política exterior, pues actualmente a través del sistema internacional de las inversiones y muchas otras regulaciones del capital internacional (reflejada en acuerdos bilaterales de inversión, tratados de libre comercio, entre otras normatividades) se fetichiza a la mercancía y cosifica al ser humano. En este sentido se sobrevaloran las cosas y se reducen a precio de mano de obra a los seres humanos, a nivel mundial. Esto hace imperioso implementar un enjuiciamiento de fundamentos éticos al derecho positivo que nos rige, y si dentro de esta examinación corroboramos que éste carece de fines éticos y de respeto a la dignidad y vida humana, entonces podemos concluir kantianamente que no tenemos ninguna obligación de respetar y obedecer a estas normas, por lo que se hará necesario la transformación de estas.

Asimismo, la cosificación y la fetichización son elementos presentes del derecho internacional, identificados tanto en la propuesta marxista como en la kantiana. Desde estas dos visiones, se afirma que la cosificación implica una negación al ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. Y aunque Kant jamás hable de la fetichización con este término, al expresar su comprensión de las personas, niega categóricamente que las cosas puedan tener mayor valor que una persona.

6. Crítica a la propiedad en Rousseau

Otro aspecto, teóricamente, fundamental dentro del discurso del libre mercado y base del discurso de derecho internacional de las inversiones, es el derecho a la propiedad privada, por lo que a continuación expondré una breve crítica a esta conceptualización de derecho fundamental desde una lectura de Jean-Jaques Rousseau.

Rousseau (2012, p. 78) considera que alguna vez existió la igualdad, dentro del estado de naturaleza. Y que el origen de su desaparición se suscitó cuando unas personas comenzaron a acumular provisiones —bajo una apelación de un derecho de propiedad privada— para el sustento de otras personas; por lo que las primera se convirtieron en condición de subsistencia para el otro, pero así el otro era condición de reproducción, por dar a los primeros su trabajo; este proceso trajo consigo sociedades estamentales, que con su desarrollo económico, la esclavitud y la miseria, fueron fuente de su desarrollo⁸.

⁸ Rousseau (2012, p. 78) explica que a partir del momento en que un hombre requirió

Ahora bien, de la misma forma en que el mencionado ginebrino condena esta forma de propiedad, también defiende otra que se da bajo el derecho natural y misma que considera la única forma de propiedad legítima, la cual se constituye a partir del trabajo:

este origen es tanto más natural que imposible concebir la idea de la propiedad naciente fuera de la mano de obra, porque el hombre no tiene motivo para apropiarse las cosas que no hizo si no tiene más que su trabajo que invertir. Sólo el trabajo le da derecho al agricultor sobre el producto de la tierra que ha labrado y, por consiguiente, sobre el terreno (Rousseau, 2012, p. 80).

Por lo que aquella apropiación que se haga por razón diferente al trabajo no será derecho natural, estableciendo un nuevo derecho, el derecho positivo que instituirá la propiedad privada. Al ser Rousseau, un defensor del derecho natural no verá con buenos ojos a este nuevo derecho (positivo). Y considerará a la propiedad privada como la institución clave que fijará la desigualdad entre las personas.

En este sentido, lo que caracterizó y creo al derecho de propiedad privada fue la usurpación y el despojo, mismos que se fundaban bajo un derecho precario y abusivo (derecho positivo), por diferente apariencia que se quisiera dar a éste. Asimismo, conforme fueron avanzando estos males, como consecuencia directa, otro sector se enriquecía y se desarrollaba, la industria:

Aquellos a quienes la industria había enriquecido, no fundaban su propiedad sobre mejores títulos, por más que dijese: fui yo quien construyó este muro; gané este terreno con mi trabajo, siempre se les podía contestar: ¿quién determinó las alienaciones y qué los hace pretender a pago de nosotros por un pago que nadie les impuso? ¿acaso ignoran que un sinnúmero de hermanos suyos parece o padece a causa de la necesidad de lo que a ustedes les sobra, y que ustedes precisan un consentimiento explícito y unánime del género humano para apropiarse de la subsistencia común, todo lo que supera la de ustedes?

el auxilio de otro, en que era útil que uno tuviera provisiones para dos, la igualdad desapareció, surgió la propiedad, el trabajo se volvió indispensable y los ingentes bosques se transformaron en campiñas agradables que hubo que regar con el sudor de los hombres, y en las cuales pronto germinaron la esclavitud y la miseria, que crecieron junto con las cosechas.

(Rousseau, 2012, p. 83).

Con esta interpelación, Rousseau cuestiona en primer momento las condiciones de posibilidad que trajeron como consecuencia que la industria creciera gracias a la acumulación y a la exclusión. Así, también enfatiza que el trabajo que generó su riqueza es una forma de despojo, pues bajo el derecho natural —que defiende dicho autor— el trabajo genera propiedad para el que, con sudor, generó los frutos. Ahora bien, sin legitimación alguna, el burgués dueño de la industria roba la propiedad generada por los trabajadores, dejándolos siempre en la miseria y enriqueciéndose a su costa. Además de esto, nos refiere que el burgués dueño de la industria se adueña no sólo del trabajo del explotado, sino que igualmente del medio de subsistencia, en términos marxistas entiéndase: de los medios de producción.

Para legitimar esta actuación Rousseau (2012, p. 84) refiere que el derecho siguió desarrollándose, buscando afianzar la propiedad ganada. De esta forma,

a través de un discurso poco elocuente, las personas que habían conseguido acumular buena parte de los medios de subsistencia de la población, bajo el temor de perder éstos, ofrecieron un derecho común que, en apariencia sería, el protector de todos (ricos y pobres), aunque sólo buscaría beneficiar a unos cuantos (Rousseau, 2012).

Ese discurso que se dirigió a las clases desprotegidas proclamaba: "Unámonos [...], para salvaguardar a los débiles de la opresión, frenar a los ambiciosos y asegurar a cada cual la posesión de lo que le pertenece" (Rousseau, 2012). Aunque en realidad sus fines no correspondían a sus palabras⁹.

Lo anterior fue redactado en 1755, por el autor ginebrino, algunos años antes de la revolución francesa y durante el desarrollo de Europa como consecuencia del proceso colonizador alrededor del globo. Sin embargo, este fenómeno que describe es un proceso que se repetirá durante el desarrollo de la modernidad y con cada revolución

⁹ Explica Rousseau (2012, p. 84) que así todos corrieron hacia sus cadenas creyendo asegurar su libertad. [...] Los más susceptibles de presentir los abusos eran precisamente los que pretendían aprovecharse de ellos, y hasta los sabios calcularon que era preciso sacrificar una parte de su libertad para conservar la otra, de la misma manera que un herido pide que le mutilen un brazo con tal de salvaguardar el resto de su cuerpo.

que buscaba defender la expansión del capital. El mejor ejemplo es la revolución francesa, que se caracterizó por defender la igualdad y libertad jurídica, sin tomar en consideración la igualdad social y económica, ello debido a que el propósito de los burgueses (en el caso de los franceses) era la igualdad de derechos que posibilitaran la libertad de comerciar sin el lastre de las monarquías. En este sentido, no buscaban defender la igualdad de toda la población, sino únicamente un discurso de derecho que posibilitara la reproducción de la economía burguesa que atendía a sus intereses.

7. Crítica a la igualdad y la libertad en el Derecho, en Engels

En el análisis filosófico que realiza Rousseau, se explica que a través del *discurso elocuente* se establece una aparente igualdad de derechos, es decir la expectativa de derecho en la cual tienes la posibilidad de ser propietario, aunque en realidad no tengas la posibilidad económica real de adquirir bienes. Así, en la misma línea del autor ginebrino, Engels critica la igualdad formal o igualdad de derechos, porque ésta busca manipular la realidad económica y social. Sin embargo, dice Engels, "el discurso de la igualdad no debe ser desdeñado, muy a pesar del uso que la moral dominante le haya dado, puesto que la igualdad sigue siendo un elemento de agitación social" (Engels, 1978, p. 114)¹⁰.

La crítica que hace Engels a la igualdad burguesa, la cual califica de sosa y embrollada, radica en la idea fetichizada de igualdad teórica que pierde conexión con la realidad y que es la misma que criticó Rousseau cuando se ponía en igualdad de condiciones a los propietarios con los desposeídos. Por lo que, al desdeñar esta idea dominante, expresa que es importante, entonces, asumir una idea adecuada y fundamentada de lo que tendríamos que entender por igualdad, pues este puede representar un discurso antisistémico de agitación social que podría conducir a la revolución.

El problema con el discurso dominante que habló de la igualdad entre *los hombres* es que fue (y es) un discurso excluyente y en

¹⁰ Pero acabar con la sosa y embrollada interpretación [...] de la idea de igualdad, no es acabar con la idea de la igualdad misma, que juega gracias a Rousseau, tan gran papel teórico, y desde la Revolución Ifrancesal, tan gran papel político, que hoy todavía representa un elemento tan considerable de agitación social en casi todos los países. Establecer su contenido científico es determinar igualmente su valor para la agitación proletaria (Engels, 1978, p. 114).

esta discusión "las mujeres, los esclavos, los extranjeros, estaban naturalmente excluidos" (Engels, 1978, p. 114). Conforme la burguesía fue desarrollándose y expandiéndose requirió que su discurso avanzara para que pudiese funcionar de acuerdo con sus intereses de producción y acumulación. "El comercio a gran escala, el comercio internacional, y más aún el comercio mundial, exige poseedores de mercancías que sean libres, independientes en sus movimientos, y que, dotados como tales de derechos iguales, cambien sus productos, basándose en un derecho idéntico para ellos" (Engels 1978, p. 98). Fue así que como ya veníamos anunciando con Rousseau, fue menester cambiar el discurso del derecho para que los propietarios que requerían del intercambio de mercancías, en la medida en que desarrollaban la industria, pudiesen realizar todo tipo de transacciones que acrecentaran sus ganancias. En este sentido el discurso fundante fue la igualdad en derechos. Y aunque representó un avance (que podríamos tildar de revolucionario) dentro de los postulados jurídicos, esto sólo fue una formulación elocuente para el establecimiento de la sociedad burguesa como sociedad dominante.

Con el discurso de la igualdad, la burguesía también se encargó de forjar el discurso de la libertad. En primer término, se requería de *hombres libres* para comerciar, con capacidad contractual. Y en segundo término se requería *otros hombres libres*, de igual forma con capacidad contractual, para que pudiesen enajenar lo único de lo que eran propietarios: su fuerza de trabajo. "El tránsito del taller a la manufactura supone la existencia de una cantidad de trabajadores [...] capaces de legar a los fabricantes su fuerza de trabajo, por contrato" (Engels, 1978, p. 116). En este sentido para que el trabajador (de todos los rubros incluyendo a los campesinos) pudiese someterse al mercado y ser funcional a éste, se requería de su *liberación* del feudo, reclamando la igualdad ante la ley.

Engels explica que este proceso histórico trajo la necesidad discursiva de establecer los derechos del hombre, para proclamar la igualdad y libertad burguesas. Lo cual también implicaba la exclusión. Por ello considero importante mostrar que el discurso del libre mercado tiene una producción de derechos humanos que sólo busca justificar su modo de producción.

Así, cuando (en 1789) la burguesía francesa reclamó la igualdad civil, el campesinado y el proletariado francés retumbaron, como un gran eco, la igualdad social y económica. De esta forma, explica Engels (1978, p. 118), "«igualdad» ha llegado a ser el grito de guerra particular del proletariado francés".

Entonces, ¿a qué nos referimos los que reivindicamos las luchas indígenas, proletarias y campesinas con "igualdad? ¿si desdeñamos el contenido burgués de igualdad en derechos, qué contenido proponemos? "El verdadero contenido de la reivindicación proletaria de la igualdad es la abolición de las clases sociales" (Engels, 1978, p. 118). Mientras el discurso de los derechos humanos no siga haciendo más que defender la igualdad desde la abstracción de la expectativa de los derechos, éste seguirá siendo juego y complemento del capitalismo y la ideología burguesa. Por lo que dejamos bien claro que la única igualdad que defendemos es la de la abolición de las clases sociales.

8. El arbitraje de inversión y el sistema de inversión

Ahora pasaremos a explicar en qué consiste el arbitraje de inversión, el sistema internacional de inversiones, teniendo como referencia transversal la crítica al fetichismo, a la cosificación y a los derechos burgueses.

El arbitraje de inversión es parte de la *lex mercatoria* y de los llamados *Métodos Alternativos de Solución de Controversias* conocidos por sus siglas en inglés como ADR¹¹. Según la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) el arbitraje de inversión es un "método para resolver las controversias que puedan surgir en el contexto de las relaciones comerciales internacionales" entre un inversionista y un estado receptor, estrictamente sobre materia de inversión.

8.1 Marco normativo

El arbitraje de inversión tiene como marco normativo lo que se conoce como *El Derecho Internacional de Inversiones*, éste es "un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión" (García-Bolívar, 2011, p. 1). Los instrumentos principales en los cuales se regula la inversión son los *Tratados Bilaterales de Inversión* (TBI), acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones, tratados de libre comercio y tratados multilaterales que abordan el tema de inversión. Todos estos instrumentos confieren derechos a las empresas transnacionales para la protección de sus inversiones.

¹¹ *Alternative Dispute Resolution.*

Todos estos instrumentos tienen una función de desterritorialización de los capitales provenientes de países centrales, trayendo como consecuencia una reterritorialización de los mismos en países periféricos.

Omar García Bolívar, árbitro del CIADI, lo expone de la siguiente manera:

Los TBIs y otros tratados donde se consagra el Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras ha sido producto de acuerdo de voluntad de los Estados, donde unos interesados en proteger el capital de sus nacionales han aceptado y logrado que los otros —interesados en financiar su desarrollo— acepten reglas que benefician a quienes no han sido parte de esos acuerdos: los inversionistas extranjeros" (García-Bolívar, 2011, p. 1).

La aseveración que realiza es contundente, los acuerdos de inversión tienen el firme propósito de proteger las inversiones fuera de los territorios nacionales. Para el inversionista "el Derecho de Inversiones Extranjeras consiste en un mecanismo de protección, no solo con la inclusión de estándares específicos de protección en contra de ciertas acciones del Estado, sino con la inclusión de demandar directamente al Estado anfitrión ante instancias internacionales" (García-Bolívar, 2011, p. 2).

Hoy en día existen más de 2.800 tratados de esa naturaleza, más capítulos de inversión en tratados de libre comercio. La mayoría de estos están suscritos entre países desarrollados y países en desarrollo, y otros solamente entre países en desarrollo. Mientras que la minoría son suscritos entre países desarrollados (García-Bolívar, 2011, p. 3). Es claro, estos tratados y acuerdos de inversión son el arma hegemónica del capitalismo para insertarse en la economía de los países periféricos y semi-periféricos. En un desglose de casos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, Anderson y Pérez, indican que "a luz de estos tratados y acuerdos —relacionados con petróleo, minería y gas—, se sabe que: Latinoamérica y el Caribe representan el 51.6% de los casos; África el 20% de los casos; Asia el 16.6% de los casos; Europa del Este el 8.3% de los casos; Medio Oriente el 1.6% de los casos; América del norte el 1.6% de los casos, y Europa Occidental el 0.0%" (Anderson y Pérez-Rocha, 2013, p. 1).

Estos instrumentos tienen la característica de ser parte del *hard law*. Sin embargo, elementos del *soft law* juegan también un papel crucial, como el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, elaborado por los directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BM). De esta forma, el BM asegura la conservación de los estándares del libre mercado en cada disputa inversionista-estado, pues ellos son los encargados de dirimir las controversias. Empero, este no es el único instrumento de *soft law* inmiscuido. El Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobado en 1976, ha sido otro instrumento encargado de asegurar la hegemonía. Este reglamento se ha aplicado para resolver una amplia gama de controversias entre entidades privadas; entre Estados, y entre inversionistas y Estados (CIADI, 2013, p. 5). Estas organizaciones internacionales, encargadas de regular dichas disputas forman parte de las llamadas por Hinkelammert *burocracias privadas*. De ellas advierte:

Siendo global nuestro mundo, se puede desarrollar e instalar las grandes burocracias privadas de las empresas transnacionales, para aprovecharse de esta globalidad. De su acción, guiada por el criterio de la maximización de las ganancias, resulta la estrategia de la globalización. Estas burocracias privadas luchan entre sí, pero en sus luchas tienen una estrategia común. Es la estrategia de imponer mundialmente las condiciones de su lucha entre ellos, tanto a los Estados como a las poblaciones" (Hinkelammert, 2010, p. 53).

En otras palabras, representan la necesidad de un orden normativo que legitime el despojo a nivel internacional, como bien lo advirtió Kant y Rousseau.

En esta complejidad, básicamente los arbitrajes de inversión requieren de dos elementos esenciales, por un lado, acuerdos de inversión firmados entre estados (*hard law*) y por otro, reglas arbitrales impuestas desde organismos internacionales (*soft law*). Dentro de estos dos elementos las burocracias privadas hacen efectivo su control.

8.2 Fundamento de los acuerdos de inversión

Según el árbitro García-Bolívar (2011, p. 4), "la herramienta legal que protege los intereses de un inversionista es el derecho a la propiedad, en virtud del cual puede usar, disfrutar y disponer de la inversión, y ser compensado por cualquier limitación 'ilegítima' a esas facultades".

Como mencionamos previamente, con la necesidad de justificar la propiedad privada y el despojo (en términos de Rousseau) trajo un discurso de derechos basado en una concepción de individuos que buscan la maximización y optimización de sus intereses particulares. De esta manera se articuló lo que llegó a ser "la actual estrategia de globalización que entiende a los derechos humanos del poseedor, del propietario" (Hinkelammert, 2010, p. 20). Consecuentemente, Los TBIs, los ADR, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) y demás instrumentos de *hard law* y *soft law*, no sólo articularon el derecho a la propiedad de manera instrumental, sino que también articularon el derecho a la libertad para traducirlo en libertad de comercio, legitimando las ambiciones de los grandes capitales, el mismo fenómeno descrito por Rousseau, pero a escala global. Los inversionistas expanden sus riquezas, basados en la patrimonialización de los derechos. Es decir, derechos humanos pensados a partir del mercado y para el mercado.

Por nuestra parte, creemos que el derecho a la propiedad privada no es un derecho fundamental parte del discurso de los derechos humanos, pues éste es un derecho real, mientras que los derechos humanos son de carácter publicista, es decir, son de naturaleza diferente. En este punto coincidimos con Luigi Ferrajoli (2004, p. 37) cuando afirma que los derechos patrimoniales no son universales, puesto que cada persona es propietaria en dimensiones muy diversas, en este sentido existe una diferencia sustancial entre la capacidad patrimonial de una empresa transnacional y una comunidad indígena, por citar un ejemplo. Además de esto, Luigi Ferrajoli expone que los derechos fundamentales son inalienables y no negociables, mientras los derechos patrimoniales si son considerados alienables y negociables. Por tal motivo Ferrajoli nos dice que los derechos fundamentales se deben encontrar fuera de la lógica del mercado, al igual que la propuesta kantiana.

Introducir los derechos humanos a la lógica del neoliberalismo significó mercantilizar las relaciones humanas y por tanto cosificar al

ser humano. De la misma manera, los tratados y acuerdos de inversión han sido instrumentos de la cosificación que colocan en un plano de superioridad la autovalorización de las mercancías, lo que trae como consecuencia el proceso de fetichización.

8.3 Contenido de los tratados y acuerdos de inversión

Haciendo una revisión somera, de los APPRI y —en el caso de los tratados de libre comercio— de los capítulos de inversión, podremos encontrar que dichos instrumentos normativos se dividen en dos rubros generales. El primero, consiste en un capítulo comúnmente llamado *protección a la inversión*, el cual contiene una serie de artículos destinados a otorgar derechos de protección a la inversión extranjera. El segundo rubro, consiste en un capítulo comúnmente llamado *solución de controversias* en cual se establecen los mecanismos para hacer coercibles todos los derechos otorgados a los inversionistas en el capítulo previo. A continuación, explicaremos de manera más detallada estos contenidos.

8.4 Comentarios al contenido del capítulo *protección a la inversión*

Algunos de los derechos y/o principios básicos de la protección a la inversión son los que se describen a continuación:

Requisitos de desempeño. Se establece una eliminación en la aplicación de medidas tendientes a regular y orientar la inversión extranjera, tales como: la obligación de proveerse de determinado porcentaje de insumos y servicios nacionales, equilibrios comerciales o de divisas, transferencia de tecnología, permanencia mínima, creación de empleos, entre otros (Calderón, 2012, p. 432). Este tipo de preceptos limita la autoridad de los gobiernos para maximizar los beneficios sociales, económicos y medioambientales que se pudieran obtener de una inversión. Esta medida les otorga plenas libertades a las empresas transnacionales para actuar dentro de los territorios receptores. EL Tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN) en su artículo 1106 es muy claro:

Ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u

operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para:

(a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;

(b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;

(c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;

(d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;

(e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas;

(f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; o

(g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.

Este precepto es el más claro ejemplo de cómo, a través del derecho, se cosifican las relaciones humanas, este precepto separa a las mercancías dentro del proceso social del cual se ven involucrados. Los defensores del neoliberalismo afirman que con este tipo de medidas se impulsa el desarrollo de los países, sin embargo, la normatividad

demuestra lo contrario, estas empresas no están comprometidas mínimamente con el desarrollo de los países receptores, pues las descontextualizan totalmente e instauran el régimen del mundo de las mercancías. Este precepto es también un ejemplo de fetichismo, la mercancía se aparta de las relaciones humanas y no importan las repercusiones dentro de la comunidad receptora, ya sólo importa la autovalorización de la mercancía¹².

Trato nacional. Este principio es definido por *the Dictionary of Trade Policy Terms* como: El principio de dar a las inversiones extranjeras el mismo trato que a las nacionales (Goode, 2007, p. 252)¹³. Este principio es otro ejemplo del uso instrumental del derecho para la cosificación y la fetichización. El sujeto del derecho burgués a la igualdad es un sujeto universal, descontextualizado, que presupone una igualdad falaz de circunstancias. De la misma manera este sujeto es retomado por los acuerdos de inversión. Para estos instrumentos todos los inversionistas y productores deben recibir el mismo trato sin importar si son nacionales o extranjeros. En consecuencia, descontextualizan totalmente a los sujetos, pues no se puede tratar de la misma manera a un productor de un país como México, el cual carece de acceso tecnológico desarrollado, en gran proporción, comparado con un productor estadounidense. De esta forma la norma difumina las relaciones sociales que tienen los productores, y las mercantiliza. El principio de trato nacional cosifica las relaciones sociales entre productores, dejándolos al libre arbitrio del mundo de las mercancías.

Nación más favorecida. Establece que los inversionistas extranjeros, protegidos por los APPRI o los Tratados de Inversión, deberán recibir un trato más favorable que aquellos países que no tiene esta ventaja. En los artículos se redacta comúnmente en forma negativa. Por ejemplo, el APPRI firmado entre México y el Reino de España tiene la siguiente redacción:

Cada Parte Contratante otorgará a los inversores de la otra Parte Contratante, en lo que respecta a la administración, mantenimiento, uso, disfrute y venta o, en su caso, la liquidación de las inversiones realizadas en su territorio, un tratamiento no menos favorable que el otorgado,

¹² Podríamos hacer un análisis más extenso sobre la fetichización y la cosificación dentro de los APPRI y TLC, sin embargo, este trabajo tiene por objeto dar, únicamente, un análisis somero acerca de estos procesos.

¹³ "The principle of giving others the same treatment as one's own nationals" (Goode, 2007, p. 252).

en circunstancias similares, a sus propios inversores o a inversores de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversor.

Como ya se dijo, la mayoría de los tratados y acuerdos de inversión son signados entre países centrales y países periféricos, este tipo de normas lo que hacen es garantizar la prevalencia e inclusión de la economía de los países centrales dentro de países periféricos y semiperiféricos. En otras palabras, se legisla a nivel internacional aquella condena que previó Kant en *La paz perpetua*: someter el desarrollo de una población a la suerte del mercado y del interés.

Expropiaciones. Este principio prohíbe la expropiación, entendida —según *the Dictionary of Trade Policy*— como la confiscación por el país anfitrión de los bienes de propiedad de extranjeros o de la adopción de medidas para anular el valor de la propiedad, por lo general bajo la apariencia de una meta de política pública. Aparte de esta definición, también se incluye un nuevo concepto llamado *expropiación indirecta*, el cual se define como alguna política pública o determinada acción del estado que afecte el valor de la inversión. Este concepto es sumamente vago y está incluido en todos los acuerdos y tratados de inversión, sirve para que las empresas transnacionales puedan iniciar arbitrajes contra Estados, demandando una indemnización por normas ambientales, de salud u otras de carácter social (adoptadas usualmente, a través de un proceso democrático) que afecten su inversión. Acá un ejemplo somero que especifique los alcances de dicho artículo: a partir del año 2008 la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (de gobierno federal mexicano) implementó una política de reducción de tarifas en telecomunicaciones para que un mayor rango de la población mexicana tuviese acceso a dicho servicio, sin embargo la implementación de dicha política significó una distorsión al comercio para la empresa española Telefónica S.A. lo cual trajo como consecuencia que dicha empresa llevara a México ante un arbitraje en el cual argumentó expropiación indirecta por haber implementado una política que va contra sus intereses de maximizar sus ganancias. La vaguedad de las normas establecidas en estos instrumentos internacionales ocasiona que cualquier mínima acción del estado se interprete como una violación a los acuerdos en cuestión y que por consecuencia se obligue a los estados a pagar cifras millonarias a las empresas, como forma de compensación. Este arbitraje se concluyó el 15 de enero de 2018 y el gobierno mexicano no ha proporcionado información del acuerdo bajo el cual concluyó el arbitraje CIADI No. ARB(AF)/12/4, siendo que las telecomunicaciones son un tema de

carácter público, por fuentes cercanas al caso, sabíamos que la posibilidad de que el Estado mexicano fuera condenado a pagar una compensación millonaria a la empresa española era casi un hecho.

Existen más preceptos establecidos en estos instrumentos internacionales, sin embargo, consideramos que estos son los más reclamados usualmente en los arbitrajes de inversión.

8.5 Comentarios a la segunda parte de los acuerdos de inversión, solución de controversias

Estos instrumentos internacionales contienen disposiciones según las cuales, ante el surgimiento de diferencias con el Estado anfitrión, los inversionistas pueden optar por negociar o presentar el caso ante una instancia de arbitraje internacional. Con frecuencia se indica que no es necesario agotar la instancia local. Algunos indican que si se opta por la instancia local luego no se podrá acceder a la instancia internacional (García-Bolívar, 2011, p. 6). Los defensores de este tipo de instituciones internacionales consideran que estos tribunales permiten procesos justos e imparciales, a pesar de ello, lo cierto es que estos tribunales han servido para que las empresas transnacionales evadan los tribunales nacionales.

El procedimiento se inicia con la presentación de la demanda por parte del inversionista. Al respecto, expone García Bolívar:

La Secretaría General del CIADI revisa la demanda para determinar su pertenencia, sin considerar temas de jurisdicción ni de fondo. Si la considera procedente, se notifica a la otra parte. A partir de ese momento, se inicia la etapa de designación de los árbitros. Si las partes han acordado el número de árbitros, se procede en consecuencia, si no lo han hecho, entonces se aplican las reglas de CIADI, según las cuales el tribunal arbitral estará compuesto por 3 árbitros, en el cual cada parte designa un árbitro, quien debe reunir ciertas condiciones que demuestren competencia e imparcialidad. El tercero es designado por los otros dos árbitros o, en ausencia de acuerdo, lo designa CIADI. Una vez constituido el tribunal arbitral, las partes son convocadas para una reunión preliminar donde se definen detalles formales y administrativos del procedimiento, tales como idioma a usar, honorarios de los árbitros, mecanismos de comunicación,

etc. Con posterioridad se fija la primera audiencia para que se presenten las objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral, si las hubiera. El tribunal recibe las objeciones en esa oportunidad, escucha los argumentos y decide en consecuencia. Si se ratifica la jurisdicción continua el procedimiento, se convoca a la audiencia de méritos, se evacúan las pruebas pertinentes en la audiencia y se decide. Contra la decisión no cabe apelación, pero se puede pedir la nulidad por 5 razones taxativas establecidas en la Convención CIADI, tales como error de constitución del tribunal, exceso de funciones, corrupción, violación grave de norma de procedimiento o carencia de expresión de los motivos en el laudo (García-Bolívar: 2011, p. 7).

La gran preocupación que existe hoy en día es que una gran parte de las controversias iniciadas en estos mecanismos de arbitraje involucran no sólo cuestiones meramente de inversión, sino que involucran actividades relacionadas con servicios públicos como agua, electricidad, actividades extractivas como la industria minera, petrolera, gasera, etcétera. Los sectores en los que se involucran todas estas compañías están vinculados con el bienestar social, el medio ambiente, salud pública, e inclusive la seguridad nacional. Es sumamente irresponsable que situaciones que combinan diferentes aristas de carácter social y que involucran a toda una nación se resuelvan en tribunales cuasi-privados. No conforme con esto, dichos tribunales se han caracterizado por la falta de transparencia y rendición de cuentas. El documento *Challenging Corporate Investor Rule del Institute for Policy Studies* expresa: "El sistema de arbitraje no es un mecanismo apropiado para resolver disputas inversionista-Estado, debido a que este sistema no fue diseñado para proveer rendición de cuentas, transparencia o participación ciudadana. De hecho, este sistema fue intencionalmente diseñado para ocultar las audiencias del ojo público" (Anderson y Grusky, 2007, p. 8)¹⁴.

Estos tribunales dejan de ser imparciales porque resulta que los árbitros contemplados por CIADI y CNUDMI son los mismos abogados que se dedican a llevar estos casos. De esta manera, dependiendo de las decisiones que tomen estos árbitros dependerá el trabajo que obtendrán sus grandes firmas al servicio de las empresas. Sarah

¹⁴ *The system of commercial arbitration is not an appropriate mechanism to resolve investor-state disputes because this system was not designed to provide public accountability, transparency, or citizen participation. In fact, the system was designed to intentionally shield the hearings from the public eye* (Anderson y Grusky, 2007, p. 8).

Anderson y Sara Grusky, en sus estudios sobre inversión, afirman que "los árbitros no deben servir como abogados un día y como jueces al otro. Pues como jueces ellos toman decisiones que ayudan a los que serán sus próximos clientes, es así como el concepto de judicatura objetiva y neutral no existe" (Anderson y Grusky, 2007, p. 9)¹⁵. Estos grupos de abogados son parte también de estas grandes burocracias privadas que controlan la hegemonía. Así, el estricto formalismo en cuanto al ámbito de aplicación de los tratados y acuerdos de inversión ocasiona que se oculten todas las aristas que subyacen en un conflicto de inversión, de nuevo, cosificando las relaciones humanas.

Conclusión

Concluimos que detrás de las políticas neoliberales subyacen los procesos de fetichización y cosificación. Identificamos también que la totalización de los procesos de las mercancías requiere forzosamente de una instrumentalización de derecho positivo, o como bien lo refirió Rousseau, la creación discurso elocuente que legitime las prácticas del despojo, este es el sistema internacional de inversión, el cual autovaloriza las mercancías en los preceptos que atribuyen privilegios a los inversionistas y protección a la inversión. Con lo anterior pudimos observar que la crítica temprana que realizó Kant al sistema internacional se hizo realidad en nuestra actualidad a través del sometimiento internacional. La premisa que se reafirmó consistió en mostrar cómo el derecho internacional refleja el trato de *medio* que se le da a las poblaciones y no de *fin en sí mismas*.

Pudimos observar que arbitraje internacional y su orden jurídico se funda en los derechos de propiedad, libertad e igualdad, mismos que funcionan falazmente, porque no buscan la defensa de una propiedad equitativa, sino de una propiedad que acumula y despoja; no busca la defensa de la libertad de todos los seres humanos, sino que ésta es condición de posibilidad de derecho para ejercer el comercio internacional y someter a las personas trabajadoras y campesinas con capacidad contractual para su explotación. Y, finalmente, no busca la igualdad social y económica, sino que busca la igualdad de derecho, a efecto de que su sistema de protección a la propiedad pueda expandirse a lo largo del globo. Por ello, la única igualdad que defendemos es la de la desaparición de las clases sociales.

¹⁵ *Lawyers or arbitrators should not serve as advocates one day and as judges on another. As judges they create decisions that aid their clients or clients in a future potential situation. [...] The concept of a neutral, objective judiciary does not exist in such a system* (Anderson y Grusky, 2007, p. 9).

Referencias

- Anderson, S.; & Grusky, S. (2007). *Challenging Corporate Investor Rule*. Washington: Food & Water Watch and the Institute for Policy Studies.
- Anderson, S.; & Pérez-Rocha, M. (2013). *Extrayendo ganancias en tribunales internacionales*. Washington: Institute for Policy Studies.
- Calderón, J. (2012). *La experiencia de los APPRI y de las normas sobre inversión en el TLCAN, el TLC México-Unión Europea y la OMC. Su relación con la regulación de la inversión extranjera en México*. México: UNAM.
- Dussel, E. (2006). *20 Tesis de Política*. México: Siglo XXI.
- Echeverría, B. (1977). *El concepto de Fetichismo en el discurso revolucionario*. Monterrey: Bolívale.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- García-Bolívar, O. (2006). *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*. Washington DC: BG consulting.
- Goode, W. (2007). *Dictionary of Trade Policy Terms*. United States of America: World Trade Organization.
- Herrera Flórez, J. (2005). *Los derechos humanos como productos culturales*. Madrid: Los libros de la Catarata.
- Hinkelammert, F. (2010). *Yo soy, si tú eres: el sujeto de los derechos humanos*. México: Centro de Estudios Ecuménicos.
- Hinkelammert, F.; & Mora, H. (2005). *Hacia una economía para la vida*. San José: DEI.
- Kant, I. (2013). *La paz perpetua*. México: Porrúa.
- Lukács, G. (2011). *La osificación y la consciencia del proletariado*. México: Marxismo Crítico.
- Marx, K. (2010). *El capital: crítica de la economía política*. México: Siglo XXI.
- Rousseau, J. (2012). *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. México: Cien del Mundo.
- Santos, B. de S. (1998). *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, ILSA.
- Stiglitz, J. (2007). *El malestar de la globalización*. Madrid: Punto de Lectura.