79HomosapiensEconómicus

Gonzalo Andrés Ramírez Cleves
Erli Margarita Marín Aranguren
Editores

Comercio justo, globalización y medio ambiente

Universidad Externado de Colombia

79HomosapiensEconómicus

79HomosapiensEconómicus

Gonzalo Andrés Ramírez Cleves
Erli Margarita Marín Aranguren
Editores

Comercio justo, globalización y medio ambiente

Universidad Externado de Colombia

79HomosapiensEconómicus

79HomosapiensEconómicus

GONZALO ANDRÉS
RAMÍREZ CLEVES
ERLI MARGARITA
MARÍN ARANGUREN
EDITORES

79HomosapiensEconómicus

COMERCIO JUSTO, GLOBALIZACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Comercio justo, globalización y medio ambiente / Maximiliano A. Aramburo C. ... [et al.]; editores Gonzalo Andrés Ramírez Cleves, Erli Margarita Marín Aranguren. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2013.

667 p.; 24 cm.
Incluye bibliografía.

ISBN:

. Comercio internacional . Globalización . Desarrollo económico . Movimiento antiglobalización . Competencia económica internacional . Medio ambiente I. Aramburo C., Maximiliano II. Ramírez Cleves, Gonzalo Andrés, editor III. Marín Aranguren, Erli Margarita, editor IV. Universidad Externado de Colombia

SCDD 21

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Agosto de 2013

79HomosapiensEconómicus

ISBN 978-958-710-922-1

© 2013, GONZALO A. RAMÍREZ CLEVES Y ERLI MARGARITA MARÍN ARANGUREN (EDS.)

© 2013, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.° 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (571) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2013

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

ePub por Hipertexto / www.hipertexto.com.co

70HomosapiensEconómicus

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

MAXIMILIANO A. ARAMBURO C.

JAVIER FRANCISCO ARENAS FERRO

MAURICIO BAQUERO HERRERA

DIANA MARÍA BELTRÁN

ADRIANA MARÍA CELY RODRÍGUEZ

BARTOLOMÉ CLAVERO

SANTIAGO DELUCA

LAURA VICTORIA GARCÍA-MATAMOROS

ÁNGELA ISABEL GIRALDO SUÁREZ

MARTHA ISABEL GÓMEZ LEE

ANGÉLICA GUERRA BARÓN

ERLI MARGARITA MARÍN ARANGUREN

REYNALDO MUÑOZ CABRERA

MARCELA MUÑOZ TÉLLEZ

ANDRÉS PALACIOS LLERAS

GONZALO ANDRÉS RAMÍREZ CLEVES

WILFREDO ROBAYO GALVIS

ALEJANDRA RODRÍGUEZ CORTÉS

HÉCTOR DAVID ROJAS

RAFAEL RUBIO NÚÑEZ

CHRISTIAN SCHMITZ VACCARO

NATALIA ZENZES CORDERA

INTRODUCCIÓN

Desde que el proceso de liberalización de la economía se ha incrementado con la llamada globalización económica{1}, los índices de pobreza y de desigualdad en el mundo han aumentado también. El crecimiento de la economía y la generación de riqueza no han llevado, como preveían los economistas, a un mejor reparto. Según los informes del PNUD (2006), cada año mueren 18 millones de personas por causas relacionadas con la pobreza, como las enfermedades endémicas, las malas condiciones de salubridad y el hambre; es decir, unas 50.000 personas diarias, que incluyen a más de 34.000 niños menores de cinco años{2}. Del mismo modo, la desigualdad en la repartición de los recursos genera la llamada sociedad 20:80; es decir, que el 20% de la humanidad dispone de la riqueza y de los recursos del planeta, mientras que el 80% restante vive en condiciones de pobreza y miseria{3}.

Igualmente, se ha cuestionado el modelo de globalización económica por problemas relacionados con el medio ambiente y el desarrollo sostenible, ya que países industrializados con alta producción de gases de efecto invernadero, como Estados Unidos, China y Rusia, rechazan la firma de tratados medioambientales que limiten, restrinjan o encarezcan su producción. Concomitantemente se ha hablado de "depredación ambiental" en los países en vías de desarrollo con la explotación de los llamados commodities o bienes primarios, recursos naturales y minerales, así como bosques y plantas que no se encuentran suficientemente protegidos jurídicamente y donde muchas veces los intereses económicos llevan a que se flexibilice o adecue la legislación de los países más vulnerables económicamente para de este modo favorecer los intereses del mercado.

Por otra parte, la idea de globalización económica produce una serie de paradojas y contradicciones de diversa índole relacionadas, por ejemplo, con el aumento de la inmigración ilegal de los países del "Sur" a las economías más boyantes del "Norte", lo que da lugar a un aparente mundo más unido y homogéneo en materia económica y comercial, pero sin una cohesión en todos los campos. Luego, lo que en realidad se tiene es un

mundo separado, segmentado y diferenciado en materia de derechos y oportunidades.

Igualmente, se constata un aumento de medidas de protección de las innovaciones tecnológicas y de la propiedad intelectual que desde la Organización Mundial del Comercio (OMC) se ha convertido en el tercer pilar de la organización, además del libre comercio y la eliminación de las barreras o restricciones comerciales. Las extensiones de los términos de patentabilidad y el aumento de las sanciones, incluso penales, por la violación de estos derechos evidencian que los países más desarrollados están protegiendo sus economías. Los nichos son la tecnología y la innovación, ya que gran parte de su producción manufacturera ha pasado a las maquilas que están ubicadas en países que les garantizan menores costos laborales y ambientales.

De otra parte, se debe tener en cuenta que a partir de la crisis hipotecaria del subprme en Estados Unidos, en 2008, se dio lugar a una crisis financiera global sin precedentes. El modelo de globalización económica actual, que se sustenta principalmente en el crecimiento económico y la generación de riqueza, se vio cuestionado desde sus fundamentos mismos, y dio lugar a la generación de propuestas alternativas, en materia económica y comercial, como acabar con los paraísos fiscales, cambiar el patrón de cambio{4}, grabar las transacciones bursátiles y financieras o incluso ralentizar o detener algunos procesos de firma de tratados de libre comercio que se estaban llevando a cabo en esos momentos{5}.

Aunque la economía estadounidense poco a poco se ha venido recuperando, no ha sido así con la economía de la Unión Europea que actualmente sufre una crisis económica y financiera profunda. En países como España, Grecia, Portugal e Italia se han impuesto medidas de reajuste financiero y de austeridad que muchas veces han sido criticadas por su severidad e incluso por los efectos que ya está produciendo el desmonte de los derechos y garantías sociales.

En Latinoamérica se ha presentado la paradoja de economías en crecimiento constante, pero las tasas de desigualdad o se mantienen o aumentan. Básicamente coexisten tres modelos económicos diferenciados{6}. Por una parte, los países que siguen a rajatabla las

recomendaciones económicas de los organismos financieros internacionales (Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial) y del Consenso de Washington, como Chile, Colombia, México, Perú y la mayoría de países centroamericanos y del Caribe. Estos adelantan la firma de tratados de libre comercio y desarrollan políticas de liberalización de la economía. Por otra parte, están los países que han venido desacatando dichos postulados y recomendaciones, por ejemplo Venezuela, Argentina, Bolivia y Ecuador. Ellos toman medidas proteccionistas de corte socialista y se sustentan en sus recursos energéticos y agrícolas. Finalmente, como tercer modelo, puede mencionarse el caso de Brasil, que ya se constituye como la quinta economía del mundo. Hoy forma parte del bloque de las economías emergentes (brics){7}, donde se hace una mixtura entre economía abierta en algunos campos y protegida o cerrada en otros, política económica y comercial que se sustenta principalmente en la fortaleza de su mercado y de su economía en crecimiento.

En este contexto, el comercio internacional, como parte del proceso de globalización en curso, debe plantear una serie de soluciones a estos problemas de carácter económico y social, que dé lugar a una segunda etapa de la globalización que sea pensada no solo en términos de generación de riqueza, sino también en términos de desarrollo y bienestar de la población. Sobre esta problemática, la OMC ha proyectado, desde Doha (en 2001), realizar una "Ronda del Desarrollo" en la cual se discutan las estrategias para contrarrestar los efectos nocivos de la globalización económica, como la pobreza y el deterioro ambiental generados por una globalización económica sin límites y regulación{8}.

Por otra parte, economistas (Joseph Stiglitz) y filósofos políticos (Thomas Pogge) han planteado la necesidad de reformar el sistema de comercio internacional, empezando por las instituciones que lo regulan, como la OMC. Los lineamientos de estos grandes pensadores han posibilitado el establecimiento del Pacto Global (Global Compact), en el marco de la Organización de Naciones Unidas (2000). La inclusión de la idea de Responsabilidad Social de la Empresa (rsc), en que las empresas multinacionales se comprometen a cumplir con unos principios mínimos relacionados con derechos humanos, protección del medio ambiente, fortalecimiento y tutela de las condiciones laborales y formular políticas de

probidad para evitar la corrupción en el ejercicio de su actividad económica, ha generado algunos cambios que, si bien son incipientes, empiezan a mostrar que otro camino es posible.

Existen también otras fórmulas que se han venido implementando para llegar a la "cuadratura del círculo", donde la lógica del cálculo y la ganancia de las empresas y la inversión puedan compatibilizarse con la idea de bienestar y desarrollo de los países y de la población. Esto es, la implementación del corporate governance o el gobierno corporativo para buscar el buen gobierno y la transparencia en las labores de la empresa y la responsabilidad de los dirigentes con relación a los accionistas.

En este orden de ideas, puede decirse que incorporar una serie de medidas de diseño institucional que den lugar a una configuración de una mejor estructura del comercio internacional desde la perspectiva de la idea de lo justo o equitativo ha sido una constante. Aunque pueden registrarse autores que, desde el escepticismo, consideran que el comercio no puede ser justo. Desde ese punto de vista, anotan una contradicción de los términos con la idea de "Comercio Justo". En realidad, día tras día puede verse que las ideas filantrópicas, colaborativas y solidarias se plantean fórmulas de solución de los problemas más acuciantes de la globalización económica. Estas medidas de "Justicia Global" de la economía-mundo -según Wallerstein{9} consumo y producción se hacen a nivel global- están dirigidas, en algunos casos, a crear fórmulas de participación de la llamada "Sociedad Civil", en las cuales se establezcan modelos inclusivos que posibiliten discusión y planteamiento de alternativas, incidencia en la agenda y participación en la toma de decisiones de política.

En la obra colectiva Comercio Justo, globalización y medio ambiente participaron varios profesores de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Gobierno, Finanzas y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, así como investigadores y profesores de universidades de Argentina, Chile, España y México. La idea de la realización de la obra surgió en 2008 como una forma de seguir el debate de las reformulaciones que se consideraban en la OMC, pero también como una manera de seguir la línea de investigación de "Globalización y derecho" que había generado una primera obra colectiva titulada El derecho

en el contexto de la globalización (Universidad Externado, 2005). Para la realización del proyecto se contó inicialmente con la participación de varios profesores que llevamos a cabo una serie de reuniones preliminares con lecturas y exposiciones de textos relacionados con el tema. Después de las reuniones, los profesores participantes empezaron a proponer temas puntuales y títulos para ahondar en mayores reflexiones que posibilitaron la conformación de esta obra colectiva. Finalmente, los editores tuvimos en cuenta los trabajos de profesores e investigadores que no podían estar presentes en las reuniones grupales, pero que estaban enterados del proyecto y que decidieron mandar contribuciones relacionadas con la temática general del proyecto.

El libro que presentamos se titula Comercio Justo, globalización y medio ambiente. Este título se dio desde el inicio del proyecto y decidimos conservarlo a pesar de que se trabajaron otros temas que exceden las particularidades que se establecen en el título. En efecto, a medida que el libro fue creciendo en el número de contribuyentes, las propuestas de muchos de los autores participantes se enfocaron no solamente en analizar la relación entre el Comercio Justo, la globalización y el medio ambiente, sino también, de manera conexa, en problemáticas como los derechos de los pueblos indígenas, la responsabilidad penal de la empresa en la violación de los derechos humanos, las migraciones y propuestas de participación efectiva de la sociedad civil. A pesar de la inclusión de nuevos temas que exceden la especificidad del título, pensamos que los tres ejes temáticos propuestos inicialmente se conservan y que las otras materias los enriquecen y hacen más provechosa la obra.

El libro se organiza en tres partes: en la primera, “Aproximaciones filosóficas de la idea de Comercio Justo y la Justicia Global”, se agrupa el artículo de Gonzalo Andrés Ramírez Cleves, “La igualdad en la globalización: la idea de Comercio Justo y Justicia Global en la transformación del referente valorativo y de las instancias reguladoras”; el texto de Héctor David Rojas, “El orden institucional global y la responsabilidad moral: entre la justicia y la ética”, y el del profesor Maximiliano Aramburo, “Los límites de la justicia transnacional: el caso del Comercio Justo”. Estos tres artículos tratan de analizar, en general, el

tema del Comercio Justo desde la perspectiva filosófica y teórica desde las vertientes relacionadas con la filosofía política y la teoría analítica.

En la segunda parte están las "Nuevas formas de regulación jurídica del comercio internacional en el contexto global: la búsqueda de la justicia, la equidad y la responsabilidad social". Aquí se agrupan los artículos relacionados con la regulación jurídica concreta del comercio internacional, sobre la base de la evidencia de las problemáticas sociales y de justicia y equidad en la globalización económica. En dicho capítulo se encuentran: "Los mecanismos de negociación y decisión de la Organización Mundial del Comercio y sus implicaciones frente al comercio multilateral justo", de Laura Victoria García-Matamoros y Alejandra Rodríguez Cortés, junto con el artículo de Andrés Palacios Lleras, "El derecho de la competencia y el comercio internacional: retos y perspectivas para un derecho justo". También está el artículo de Angela Isabel Giraldo Suárez, "¿Qué tan justo ha sido el libre comercio con el desarrollo de las Naciones más pobres?", el de Diana Beltrán, "Los acuerdos bilaterales de inversión como herramienta para el Comercio Justo"; el de Angélica Guerra Barón, "La Agenda Social Andina: ¿acaso es Comercio Justo?"; Santiago Deluca, "Asimetrías en el MERCOSUR: el rol de sus instituciones en una idea de Comercio Justo y social"; Christian Schmitz Vaccaro, "Propiedad intelectual en el Acuerdo de Asociación Transpacífico: un nivel de protección equilibrada como condición para un Comercio Justo"; el profesor Mauricio Baquero Herrera tituló su ensayo: "Estabilidad financiera y Comercio Justo de servicios financieros. Los principales trabajos de la arquitectura financiera internacional encaminados a la protección de los consumidores financieros en la era de las turbulencias". Adriana María Cely Rodríguez escribió "Gobierno societario (corporate governance) después de la crisis y nuevos procesos de vigilancia de las empresas: mayor transparencia y menor autorregulación", y Wilfredo Robayo Galvis se refiere a la "Responsabilidad de las empresas transnacionales y el Comercio Justo".

Finalmente, la tercera parte congrega "Dilemas y soluciones del comercio en el contexto de la globalización: pueblos indígenas, sociedad civil, migraciones y medio ambiente". En esta parte se compila el artículo del profesor Bartolomé Clavero, "Principios como garantías: empresas transnacionales y pueblos indígenas en el orden internacional de los

derechos humanos tras 2011". Sobre Sociedad Civil hay dos artículos, uno que muestra "La Sociedad Civil como impulsora de la idea de Comercio Justo", escrito por Erli Margarita Marín Aranguren, y el otro, "Las redes del Comercio Justo, un enfoque latinoamericano. Casos de Bolivia, Brasil, Perú y Colombia", escrito junto con Marcela Muñoz Téllez; el de Natalia Zenzes Cordera, "Migraciones internacionales irregulares: el resultado de la falta de Comercio Justo en los casos de México, Estados Unidos y Marruecos-España" y el de Rafael Rubio Núñez "Gobierno abierto y Comercio Justo. Cómplices necesarios". Martha Isabel Gómez Lee escribe sobre "El protocolo de Nagoya y el examen de las patentes"; Reynaldo Muñoz Cabrera sobre "Comercio Justo y Derecho del Mar", y el de Javier Francisco Arenas Ferro, "Una narración sobre los bioagrocombustibles desde la perspectiva del Comercio Justo". Como se puede apreciar, en esta tercera parte se agruparon los artículos relacionados con la influencia de los tratados comerciales en los pueblos indígenas, la propuesta de Comercio Justo desde la perspectiva de la sociedad civil, y sus redes, la inmigración ilegal que produce la globalización económica y sus propuestas de solución, y los artículos relacionados con la protección del medio ambiente en la era de la mundialización económica.

Antes de concluir esta introducción es preciso agradecer a cada uno de los autores que participan en esta obra colectiva. Como se puede evidenciar, es un trabajo interdisciplinario de profesores no solo de diferentes facultades de la Universidad (Derecho y Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales), sino también de distintos departamentos (derecho constitucional, derecho de los negocios, derecho civil, derecho financiero y bursátil, derecho económico y derecho del medio ambiente)", lo que permite entregar diferentes miradas de la misma temática. Este esfuerzo conjunto también se vio acompañado de las contribuciones de profesores e investigadores de otras universidades colombianas y extranjeras, expertos en Filosofía del Derecho, Propiedad Intelectual, Derecho de los migrantes, Derecho Comercial y Derecho de la Integración que fortalecieron y dieron luces para la configuración de la obra. Agradecemos a todos ellos su generosidad y paciencia para que este proyecto conjunto llegara a feliz término con la publicación. Es preciso anotar que la mayoría de los artículos fueron entregados entre junio de 2011 y junio de 2012, luego de lo

cual comenzó el trabajo de revisión de pares, edición y proceso de publicación.

Igualmente, damos las gracias a las directivas de la Universidad Externado, en cabeza de su Rector Juan Carlos Henao; al director del Departamento de Derecho Constitucional, doctor Néstor Osuna, y al director del Departamento de Publicaciones, doctor Jorge Sánchez, por el apoyo en la realización de esta obra colectiva que será útil para el estudio de las problemáticas y la búsqueda de soluciones de los dilemas y preocupaciones que se generan con la globalización económica en curso.

Durante el tiempo de la realización de la obra, nuestro Rector histórico, Doctor Fernando Hinestrosa Forero, murió dejando un gran vacío en el corazón de todos los externadistas. Quisiéramos con esta obra honrar su memoria. La semilla de sus principios está sembrada y la Universidad seguirá creciendo gracias a sus enseñanzas y ejemplo.

Gonzalo Andrés Ramírez Cleves

Erli Margarita Marín Aranguren

Bogotá, junio de 2013

PRIMERA PARTE

APROXIMACIONES FILOSÓFICAS DE LA IDEA DE COMERCIO JUSTO Y LA JUSTICIA GLOBAL

GONZALO ANDRÉS RAMÍREZ CLEVES

La igualdad en la globalización: la idea de Comercio Justo y Justicia Global en la transformación del referente valorativo y de las instancias reguladoras

INTRODUCCIÓN

La idea de la igualdad en la era de la globalización es quizás uno de los temas más problemáticos y polémicos de los últimos años. En efecto, desde mediados de los años noventa se constató que, a pesar de que el modelo de globalización posibilitaba el crecimiento económico y la generación de riqueza en algunos países, este crecimiento y prosperidad no daba lugar a una mejor distribución de los ingresos generados por la mayor inversión o ganancias. La idea planteada por los economistas neoliberales de que el efecto difusor (trickle down effect) podría generar de manera espontánea una mayor y mejor distribución no se cumplía, y como evidencia de esto empezaron a proliferar a mediados de dicha década los movimientos antiglobalización o altermundistas que propugnaban otra forma de globalización que no generara problemas en la distribución de los recursos, el aumento o el mantenimiento de la pobreza y problemas medioambientales que se generaban por la economía del mercado liberalizada{1}.

Hoy en día, a más de veinte años de la caída del Muro de Berlín, que se toma como referencia del inicio del periodo de globalización económica, o "globalismo" en términos de Beck{2}, se presentan críticas sobre el modelo económico que se basa en la apertura de los mercados, la privatización de los servicios públicos, la menor intervención del Estado en la economía y el cumplimiento de los principios macroeconómicos conocidos como el "Consenso de Washington"; además, las cifras de desigualdad están en aumento si se toma como referencia los índices Gini{3} que miden la diferencia entre personas ricas y pobres entre países y entre miembros de un mismo país{4}.

Del mismo modo se constata que los índices de pobreza y de pobreza extrema, desde las diferentes formas de medición de esta{5}, se han venido acrecentando y se ha generado lo que algunos autores consideran como la sociedad 20:80 donde el 20% de la humanidad dispone de la riqueza y de los recursos del planeta, mientras que el 80% de la población está relegada a la explotación, sin la posibilidad de intervenir en las decisiones más

importantes que la aquejan, lo que aumenta los índices de desempleo, de pobreza y de miseria{6}.

Por otra parte, desde la crisis de las subprime en 2008{7}, que dio lugar a una segunda recesión económica mundial{8} que se inició en Estados Unidos y se trasladó a Europa, se empiezan a preguntar los economistas si el modelo de globalización económica enfocado en la generación de riqueza y el crecimiento económico no solamente puede ser cuestionado por las deficiencias en la equidad y la distribución que genera, sino también por sus posibles fallas y riesgos.

En este marco resulta necesario pensar de nuevo el significado de la igualdad para establecer si el referente valorativo y las instancias reguladoras en torno a esta son suficientes para llevar a cabo la igualdad formal de determinados derechos o bienes primarios, siguiendo la terminología de Rawls, y si la igualdad material o la distribución de recursos para los más desaventajados debe ser reformulada teniendo en cuenta un nuevo referente valorativo y unas nuevas instancias reguladoras, especialmente por la insuficiencia de instituciones u organismos de carácter global.

Para resolver esta pregunta, en este texto se tratará de verificar si las ideas de Comercio Justo y Justicia Global propuestas por algunos economistas y filósofos políticos pueden ser la base para la reformulación del criterio valorativo en torno a la igualdad. Del mismo modo se analizará si estos nuevos criterios de valoración podrían dar lugar a que se generen nuevas instancias reguladoras bajo el esquema de nuevos órganos de decisión que agrupen al organismo tradicional -el Estado- y a los actores globales como las empresas transnacionales (ETN), la sociedad civil organizada (OSE) y los organismos financieros multilaterales, especialmente Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM) y Organización Mundial del Comercio (OMC).

El escrito se organiza en tres partes: en primer lugar se analizará brevemente el concepto de la igualdad; posteriormente se estudiará lo relacionado con el proceso de globalización y su relación con el principio de igualdad, y finalmente se verificará si los conceptos de Comercio Justo y Justicia Global pueden utilizarse como nuevos criterios de valoración en

torno a la igualdad que podrían dar lugar a nuevas instancias de regulación que logre resolver los problemas de inequidad, desigualdad y pobreza que se generan con el actual modelo de globalización en curso.

CONCEPTO DE IGUALDAD: REFERENTE VALORATIVO E INSTANCIA REGULADORA

La igualdad, apunta Bobbio, ha tenido siempre en el lenguaje político un significado positivo, designa algo que se desea y anhela. Del mismo modo explica que desde el pensamiento griego la igualdad se relaciona con el concepto de justicia, ya que "la instauración de una cierta igualdad entre las partes y el respeto a la legalidad son las dos condiciones para la institución y conservación del orden y la armonía del todo"{9}.

La necesidad de dotar al principio de igualdad del carácter de justicia produce el primer enunciado o definición que describe Aristóteles en La Política de la siguiente forma: "... parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales"{10}.

Del mismo modo, Aristóteles en la Ética a Nicómaco, al definir el concepto de justicia como una virtud, lo relaciona con la igualdad en el sentido de la proporcionalidad y la búsqueda del "justo medio" entre dos extremos viciosos{11}, y en el libro V de la misma obra diferencia dos tipos de justicia: una justicia proporcional y que da lugar a una justicia conmutativa o aritmética, utilizada por ejemplo para el caso de la comisión de delitos o daños a terceros, y una justicia que no se mide en términos aritméticos sino geométricos y que puede calificarse de justicia distributiva en que se deben repartir los bienes de manera dispar teniendo en cuenta a las personas que tienen mayores méritos, honores o capacidades{12}. Este segundo tipo de igualdad de tipo distributivo da lugar a una mayor equidad en el reparto porque tendría en cuenta la calidad y los méritos de los sujetos objeto de la distribución{13}.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el modelo de igualdad propuesto por Aristóteles ha sido utilizado muchas veces de manera errónea y maniquea como una forma no de equiparar las cargas o de premiar a los de mayores méritos, sino como una forma de justificar la desigualdad fáctica y fundamentar la discriminación por cuestiones de raza, género, orientación social, nacionalidad, entre otros criterios.

A pesar del mal entendimiento de los tipos de justicia dados por Aristóteles, se constata que la formulación clásica de que "hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" se traslada al pensamiento filosófico cristiano, pervive con la Reforma, se revitaliza con el pensamiento de la Ilustración de un Locke, un Rousseau o un Kant, para incluirse finalmente como regla jurídica en las declaraciones de derechos de finales del siglo xviii, especialmente con el lema de la Revolución Francesa "Libertad, igualdad y fraternidad" que se inserta en el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 con la formulación "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común".

Del mismo modo se comprueba que la dificultad histórica, con que siempre se ha encontrado el principio de igualdad, estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra especificación, nada significa, si no se aclara con anticipación de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: ¿igualdad entre quiénes? e ¿igualdad en qué?{14}

Con relación a la ¿igualdad entre quiénes?, se debe resaltar que esta se presenta entre dos sujetos o grupos de personas; afirmar que "una persona es igual" o "que es igual a sí misma" son proposiciones sin sentido; es necesario relacionar dos o más entes para que el enunciado sea coherente y lógico. Igualmente es menester contar con un objeto de protección, que nos lleve a plantear la segunda cuestión: ¿igualdad en qué?, ya que de nada sirve afirmar que dos o más entes son iguales o desiguales entre sí, si no se tiene en cuenta un objeto en la comparación.

Robert Alexy ha identificado este problema como el de una relación triádica; señala que la igualdad, así como la desigualdad de individuos y

situaciones personales, es siempre igualdad y desigualdad con respecto a determinadas propiedades: “A es igual a B con respecto a la propiedad P”{15}.

Para Bobbio, una relación de igualdad es un fin deseable en la medida que es considerado justo, donde por “justo” se entiende la relación de algún modo que tiene que ver con un orden que hay que instituir o restituir{16}. Es decir que la finalidad última de la comparación consiste en percatarse de que una determinada relación entre dos o más personas genera una situación de disparidad que requiere ser corregida. Dice que la igualdad por sí misma es un mero hecho, no es ni justo ni injusto, requiere entonces la relación de un criterio valorativo de justicia para dotar de sentido dicho principio.

Esta misma consideración la hace también Alexy, quien indica que, al no existir una igualdad ni una desigualdad en todos los respectos (igualdad-desigualdad fáctica universal), tiene que ser tratada como una igualdad valorativa, relativa a determinados tratamientos, ya que, de no ser así, no podría explicarse por qué dos personas que en un respecto tienen que ser tratadas igualmente, no han de ser tratadas igualmente en todos los respectos{17}.

En el mismo sentido, dice dicho autor que la evidencia del fundamento valorativo dentro del principio de igualdad ha llevado a poner en entredicho y reelaborar la concepción clásica aristotélica, ya que no contiene un criterio prima facie de justicia valorativa y no presupone una instancia reguladora que determine e imponga dicho criterio de valoración{18}.

Como señala el mismo ALEXY, dos son los problemas que se evidencian con relación a la aplicación del principio de igualdad en una situación concreta: “... si, y en qué medida, es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la máxima de la igualdad y, segundo, quién (o qué instancia) ha de tener (...) la competencia para formular, en últimas, aquellos juicios de valor”{19}.

Dentro de la primera cuestión -los juicios de valor en que se fundamenta la máxima de la igualdad- se puede afirmar, siguiendo a BOBBIO, que dicho principio se implementa solo después de que se haya elegido un criterio para establecer cuándo dos cosas deben considerarse equivalentes (justicia

conmutativa) y cuándo dos personas deben considerarse equiparables (justicia distributiva).

Los llamados “criterios de justicia” se convierten de este modo en una necesidad apriorística para determinar las posibles desigualdades e inequidades entre individuos o colectivos respecto de un objeto de comparación. Es decir que es necesario determinar un juicio de valor para aplicar la regla de igualdad. Sobre este punto podemos retrotraer el análisis desde el comienzo mismo del principio de igualdad que ha recorrido la historia en sus diversas etapas, proporcionando diversos criterios de valoración que se han desarrollado según las necesidades y exigencias de la sociedad y de su tiempo.

Por ejemplo, Rousseau, en su Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres (1755){20}, explica que las desigualdades se distinguen entre las naturales y las sociales. Las producidas por la naturaleza son moralmente indiferentes, pero las sociales, producidas por la maraña de relaciones de dominio económico, espiritual y político de que está entretejida la civilización humana, deben ser corregidas por esta misma sociedad y sus instituciones{21}.

Del mismo modo, se constata que, en la positivización jurídica del principio de igualdad que se establece en la citada Declaración francesa de 1789, se parte de una concepción igualitaria propia del utilitarismo benthaniano, donde las distinciones y diferenciaciones entre personas pueden ser explicables siempre y cuando se fundamenten en “la utilidad común” o el “beneficio del interés general”, o la mayor felicidad para el mayor número.

Estas “visiones” o “criterios” que definen el contenido de la igualdad se han venido transformando según la concepción del mundo que se tenga, y se constata que en los Estados que se fundamentan en una organización democrática-liberal, que presupone la defensa y protección de los derechos fundamentales como la igualdad, la transformación de las concepciones valorativas varía.

Por ejemplo, siguiendo la clasificación evolutiva de Bóckenfórde, la protección y la defensa de los derechos fundamentales se produce debido a una transformación de las concepciones axiológicas que se presenta en cada

época del desarrollo constitucional de los derechos fundamentales; así, en una primera etapa la igualdad se define siguiendo las concepciones del ideario liberal; en un segundo periodo se adecua a las propuestas democráticas y por último se ajusta a las necesidades del Estado social de derecho{22}.

En la primera etapa de valoración, la concepción liberal decimonónica de la igualdad parte de la premisa de la igualdad frente a la ley o igualdad formal que desarrollaría el principio kantiano de que el hombre como fin en sí mismo se compromete a cumplir unas normas universales y generales aplicables comúnmente a todos los miembros de la sociedad que elabora el pacto societario{23}. Sin embargo, el criterio de valoración de la igualdad de iure enmascara o invisibiliza sociedades estratificadas y diferenciadas que hoy en día consideraríamos como violatorias de un concepto de igualdad material donde debe primar la equiparación sobre la equivalencia{24}.

La concepción valorativa de la igualdad del liberalismo del siglo xix operaba siguiendo el postulado de que la ley era igual para "todos", pero, por ejemplo, en la elaboración de esta se excluía a importantes porciones de la población, ya que solo eran partícipes los hombres, blancos, educados y propietarios, y se discriminaba a las mujeres, las minorías raciales, los no propietarios y los analfabetos.

Este tipo de valoración del principio de igualdad no soportaría las críticas de las sociedades que se transforman y se vuelven más incluyentes, ya que de nada sirve contar con una serie de leyes y derechos iguales si no se hace partícipes a todos los ciudadanos en su elaboración. Con relación a este aspecto, la lucha por los derechos civiles y políticos produjo un importante avance en la valoración de la igualdad, ya que poco a poco el Estado liberal a ultranza tuvo que transformarse en un Estado plenamente democrático -en el sentido material y no solamente formal- que garantizara la igualdad política de todos sus miembros como ciudadanos activos.

Concomitantemente a este proceso de democratización del derecho, se empieza a sostener la idea de la igualdad en el disfrute de los derechos garantizados. La concepción de Estado social de derecho que empieza a ser incorporada dentro del constitucionalismo a finales del siglo xix y

principios del xx hace que varíe nuevamente el criterio de valoración en torno a la igualdad. Esta vez el criterio de justicia en que se basa el principio corresponderá a la equiparación material de los derechos. De nada vale tener una gran cantidad de prerrogativas y facultades, si en últimas el Estado no se compromete activamente a que a sus miembros se los dote de similares posibilidades para el goce de estas.

Se crea entonces el concepto de igualdad material, como aquella que presupone la activación del poder del Estado para generar la equiparación entre los miembros de la sociedad, y se subraya la posibilidad material de todos los ciudadanos para hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley{25}. Hasta ahora este ha sido el desarrollo del criterio valorativo respecto de la igualdad.

Con relación al segundo punto planteado por Alexy respecto a qué instancias tienen la competencia para formar los juicios de valor y en últimas garantizar el principio de igualdad de la persona o grupos de personas dentro de la comunidad respecto a un objeto, se debe tener en cuenta que solo con el advenimiento del Estado constitucional de derecho se presenta una instancia clara y definitiva en el compromiso de amparar el principio de igualdad.

La Declaración de independencia de los Estados Unidos (1776), el Bill of rights de Virginia (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre francesa de 1789{26} evidencian el compromiso del Estado constitucional en la protección de dicho principio. Sin embargo, se debe hacer hincapié en que la igualdad, como derecho tutelable y exigible para su protección, no se da en la práctica jurisdiccional, sino con el establecimiento del control de constitucionalidad y los recursos de amparo o de tutela que le otorgan la posibilidad a toda persona de alegar la violación del derecho a la igualdad en un caso concreto.

Del mismo modo, se debe resaltar que determinados criterios de la igualdad tomados por dichas instancias pueden considerarse en la actualidad como altamente discriminatorios e injustos, como la concepción que produjo la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso de 1896 Plessy vs. Fergurson en que se estableció que el concepto de igualdad entre blancos y negros se sometía al principio de “separados pero iguales” (separate but

equal), criterio que solo vendría a ser cambiado (overruling) en 1954 con el caso Brown vs. Board of Education de la Corte Warren{27}, en el cual se estableció que la igualdad no debe someterse a criterios discriminatorios como la raza o el género y se reconceptualizó dicho principio bajo el presupuesto de que "la Constitución es ciega al color"{28}.

Respecto a las instancias internacionales, se constata que solo se vendría a proteger el derecho a la igualdad con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, con la creación de las Naciones Unidas y con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), donde la protección del derecho a la igualdad traspasa el marco de los Estados nacionales y se empieza a proteger dentro del ámbito de las organizaciones interestatales.

De esta manera, el criterio de valoración en torno a la igualdad y la prohibición de discriminación se estandarizan en gran parte de los países que suscriben dichos compromisos. Igualmente se extiende dicha protección internacional con la suscripción de tratados de derechos humanos regionales, como el caso de Europa (Convención Europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1950) y Latinoamérica (Declaración Americana de 1948, Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, Protocolo de San Salvador de 1999), donde se delegan competencias a comisiones y tribunales para que investiguen y juzguen las posibles violaciones a los derechos humanos, entre ellos la igualdad, cuando el Estado haya agotado sus medios internos para protegerlos.

Del mismo modo, gran parte de los países democráticamente organizados comienza a suscribir pactos y convenciones para proteger el derecho a la igualdad en sus distintas perspectivas, y así eliminar cualquier forma de discriminación, tutelar minorías y grupos vulnerables por intermedio de la inserción de acciones positivas. Ejemplo de dichos convenios son la Declaración de los derechos del niño (1959), la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación (1965), el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966), la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación

contra las personas con discapacidad (1975), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006){29}, la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), entre otros tratados que protegen a minorías y personas desaventajadas, que muchas de las constituciones convierten en parte de su normatividad interna a través de la idea de "bloque de constitucionalidad" o cláusulas de remisión dentro de las constituciones a dichos tratados, donde se combina efectivamente la protección estatal con la internacional{30}.

En conclusión, se puede afirmar que el derecho a la igualdad presupone varios cuestionamientos apriorísticos, ya que se trata de una comparación entre dos o más sujetos o colectivos (¿igualdad entre quiénes?), que debe fundamentarse en un criterio valorativo de justicia que posibilite resolver el objeto o la finalidad de la equiparación (¿igualdad en qué?){31}. Del mismo modo, se comprueba que las instancias que han venido determinando dichos juicios de valor han sido los Estados constitucionales y muy recientemente las instancias internacionales que han desarrollado diferentes criterios de valoración en torno a la igualdad, adaptándose de cierta manera a las necesidades y requerimientos de la sociedad. En el siguiente apartado se analizará si dichos criterios de valoración y dichas instancias reguladoras son suficientes ante la irrupción de un nuevo marco económico y social de relacionamiento llamado globalización{32}.

PROCESO DE GLOBALIZACIÓN E IGUALDAD

Desde los años setenta se viene utilizando el término "globalización" para describir una serie de circunstancias novedosas que se relacionan con la reducción del tiempo y del espacio producida por la tecnología y la comunicación que posibilita describir y reconocernos geográficamente en la idea de mundo.

La globalización es un proceso complejo que describe una serie de tendencias que se relacionan con la interdependencia, interrelación e

integración de las relaciones económicas, políticas, culturales, sociales, ecológicas, jurídicas, etc., entre países, personas, economías, bienes y servicios, que hace que esta integración sea cada vez más intensa y en ocasiones instantánea{33}. Esta interrelación depende fundamentalmente de la economía y de los avances tecnológicos y comunicacionales que se convierten en el motor o eje del proceso que diluyen las fronteras espaciales y temporales en un ámbito global. La interrelación conduce a la interdependencia que se constata, por ejemplo, en la imposibilidad de dictar políticas unilaterales para solucionar problemas que no dependen solamente de un Estado{34}.

La ecología, las crisis económicas, la corrupción, el terrorismo, el narcotráfico, las enfermedades y las pandemias requieren de soluciones y propuestas globales. A la vez, el modelo económico que se adopta tras la caída del Muro de Berlín, que marca el fin de un mundo bipolar, se caracteriza por promover la adopción de medidas de apertura de las economías y de desmonte del Estado empresarial e interventor, que posibilitará el libre flujo de finanzas, mercancías e inversiones{35}.

Esta lógica económica desborda los poderes estatales en la regulación de la producción y el trabajo. En la "economía mundo"{36}, la "aldea global" posibilita la deslocalización o translocalización del trabajo y el capital, donde los bienes se producen en fábricas y maquilas (sweatshops) con distintas nacionalidades{37}, dependiendo del beneficio del empresario con relación al pago de salarios (mano de obra), costes tributarios, costes arancelarios, obligaciones y costes ambientales, de seguridad social, etc. {38}

La ampliación o expansión de los mercados también es una tendencia general respecto a la globalización en materia económica, los excedentes en la producción obligan a la firma de tratados comerciales que permitan la introducción de los productos donde existan consumidores y clientes{39}.

Así mismo, en el mundo globalizado se empiezan a destacar nuevos actores transnacionales, como las empresas multinacionales, las ong, sociedad civil organizada, las agencias financieras internacionales (fmi, bm, OMC), y los bloques regionales, que se entremezclan e imbrican con los Estados

nacionales y con las organizacionales internacionales para constituirse en inéditos entes de poder.

A su vez, el término “globalización” permite describir fácilmente dos circunstancias: la época en que vivimos (la era de la globalización) y los problemas que se generan en el “nuevo orden mundial” tras el fin de la Guerra Fría{40}. Es en este segundo entendimiento que el término globalización se utiliza para evidenciar los desajustes y desequilibrios que se están produciendo con la irrupción del nuevo modelo económico, político, social y cultural, que afecta especialmente el entendimiento de los criterios de valoración y de las instancias reguladoras, que se tenía, por ejemplo, en el campo del derecho a la igualdad.

Desde 1990 en adelante el mundo experimenta una nueva situación descrita por algunos autores como el fin de la historia y de las ideologías{51}. Sin embargo, esta nueva etapa del acontecer humano ni termina con la historia ni pone fin a la inveterada lucha ideológica del hombre. Irrumpen más bien nuevos problemas y dilemas que deben solucionarse en este nuevo contexto.

El derecho a la igualdad puede ser paradigmático en este sentido. Como se venía relatando, el criterio valorativo en torno a dicho derecho ha ido variando y se ha transformado respecto a las necesidades de la sociedad a través de luchas de reivindicación que generan la inclusión de los sujetos y la eliminación de la discriminación. Para Boaventura de Sousa Santos, dos han sido las maneras en que se han producido sistemas de diferenciación o jerarquización: una en el campo económico, la desigualdad, y otra en el campo social, la exclusión{42}.

Explica que con la irrupción de la mundialización los modelos de equiparación en torno a la igualdad que se habían generado en el ámbito estatal, como el universalismo antidiferencialista y diferencialista{43}, y la integración subordinada, entran en crisis. Dicho fracaso se constata por ejemplo en que las políticas de asimilación en la construcción del Estado-nación (a pesar de que muchas nacionalidades quedaron construidas a medias) nunca impidieron que las diferencias culturales, religiosas, étnicas o de otro tipo continuaran presentándose{44}.

No solo el multiculturalismo evidenció la crisis del modelo de equiparación y homogenización en torno a las diferentes formas de ver el mundo, sino que otras formas de desigualdad, como las económicas, no pudieron ser resueltas de manera definitiva a pesar de la adopción de modelos de Estado-providencia, a veces fallidos como es el caso de los países latinoamericanos{45}.

Con el advenimiento de una nueva manera de interrelación entre Estados y personas producida por la globalización, estos sistemas de jerarquización social se acentúan. Desde el punto de vista económico, la desigualdad entre países y entre personas tiende a incrementarse. Son numerosas las estadísticas que comprueban este aumento que ha sido explicado como la irrupción de la sociedad 20: 80 que, tomando el Informe sobre Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 1999, constata que en 1997 el 20% de la población que vivía en los países ricos detentaba el 86% del producto bruto mundial, mientras que el 20% más pobre apenas alcanzaba el 1%.

Del mismo modo apunta Pogge que, siguiendo el criterio económico de la pobreza y teniendo en cuenta las estadísticas del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en 2002, alrededor de 2.800 millones de personas, el 46% de la humanidad, viven por debajo de la línea de pobreza, que el bm fija en menos de dos dólares diarios, y cerca de 1.200 millones de personas viven en situaciones de pobreza extrema, estimadas en menos de un dólar al día, lo que da lugar a que aproximadamente cada año unos 18 millones de personas mueran prematuramente por causas relacionadas con la pobreza, es decir, unas 50.000 personas diarias, que incluyen a más de 34.000 niños menores de cinco años{46}.

En el mismo sentido apunta De Vega que, frente a las propuestas económicas que pregonan medidas de ajuste estructural y que publicitan el crecimiento y el desarrollismo, aparece el hecho irrefutable de la universalización de la miseria y el hambre en más de 3/5 partes del planeta{47}. Aun en los países del primer mundo los efectos económicos que se producen por el proceso de globalización económica resultan deplorables y aciagos, ya que generan marginación, desempleo y nuevas formas de discriminación.

Es en este segundo aspecto que las dos variables expuestas por De Sousa se entrecruzan ya que el plano de la desigualdad económica genera nuevas formas de exclusión desde el punto de vista social. Hechos como la inmigración y sus efectos de discriminación, racismo y precariedad laboral, cuando no de genocidio que se presenta en playas, desiertos y fronteras del "mundo pudiente y desarrollado", reflejan también las consecuencias lamentables del proceso{48}.

Además el esquema de globalización de abrir mercados, sumado a los proteccionismos y subvenciones de los países ricos, produce la paradoja de que grandes empresas multinacionales se apropien, por intermedio de las patentes, de las plantas y conocimientos indígenas para el desarrollo de medicamentos sin una contrapartida para dichos pueblos que en nada se benefician de la explotación{49}.

Del mismo modo en materia de globalización tecnológica se evidencia que los nuevos fenómenos de desigualdad-exclusión están fuertemente relacionados con el monopolio del conocimiento y la información y que pueden existir "ciudades globales" plenamente insertadas en los procesos de mundialización y otras en cambio marginadas y subordinadas a la dependencia funcional{50}

Otra forma de exclusión social que se genera a partir de la discriminación económica es la denominada "exclusión cultural" que consiste, según DE SOUSA, en que todas las culturas que no se valoricen en el mercado, porque no se dejan apropiar o porque su apropiación no genera interés, están condenadas al exterminio{51}.

Como vemos, el que "el mundo se haya vuelto más redondo"{52} no ha repercutido en la eliminación de las discriminaciones económicas y las exclusiones sociales en nuestros días. El modelo de mundialización adoptado (globalismo neoliberal sin regulación) genera enormes brechas de desigualdad económica y social en países y personas, que produce a su vez novedosas formas de exclusión que vulneran y desconocen constantemente el principio de igualdad en su criterio de valoración y de regulación.

Por otro lado, desde 2°°8, con la crisis económica global se cuestiona el modelo de mercado no solamente por la mala distribución de la riqueza que

se genera, sino porque se pone en duda el modelo económico mismo por sus posibles deficiencias y riesgos. Para algunos economistas esto es así porque el modelo económico propio de la globalización no tiene unas instancias políticas adecuadas de regulación que puedan generar normas para prevenir y hacer frente a las posibles fallas que se generan en el mercado. Este déficit de las instancias de regulación da lugar a que todavía se encuentre la economía-mundo regulada por instancias informales donde solo participan determinados grupos de Estados, como el grupo de los países más ricos (G-7 o G-8) o la reunión de los países ricos con las economías de los países emergentes (G-2°), que formulan una serie de recomendaciones y políticas de autorregulación para paliar los efectos nocivos de la globalización, a los que de forma indirecta se someten los otros países, aun no siendo miembros de dichas organizaciones{53}.

Sobre la actuación de este tipo de instancias para regular las fuerzas de la economía global se han propuesto medidas como la eliminación o proscripción de los paraísos fiscales, la implementación de la tasa Tobin para gravar las transacciones económicas, o medidas monetarias y financieras como tener una alternativa al patrón de intercambio económico, el dólar, el fortalecimiento de los organismos de supervisión y el rediseño de los organismos financieros internacionales FMI y BM{54}. Sin embargo, estas propuestas que se dieron en una primera etapa de la crisis no se han implementado de manera definitiva y las regulaciones las han venido realizando entidades gremiales, por ejemplo las entidades financieras, a través de acuerdos como los del Comité de Basilea para la regulación bancaria{55} y las normas sobre medio ambiente (AMUMA) para la regulación ambiental y el desarrollo sostenible producidas por organismos creados por acuerdos y tratados internacionales{56}.

Del mismo modo se constata que se siguen recomendaciones no vinculantes, como el corporate governance o gobierno corporativo, para adoptar medidas de transparencia y responsabilidad de los directivos de las empresas con relación a los accionistas (shareholders). Finalmente se han implementado medidas que buscan las buenas prácticas y la responsabilidad de las empresas (rsc), que se proponen desde instancias formales como Naciones Unidas a través de la propuesta de Global Compact o Pacto Mundial, los Objetivos o Metas de Desarrollo del Milenio para 2°i5 o la

reformulación de los principios de la OMC desde la Declaración Ministerial de Doha para el Desarrollo en 2001.

No obstante lo anterior, la igualdad en la globalización parece estar en crisis ya que, si se piensa en términos de distribución, los índices de desigualdad han venido aumentando entre países y entre miembros de un mismo país a pesar de la generación de riqueza en naciones como China e India y otras naciones emergentes como Sudáfrica, Brasil y Rusia, beneficiarios de la globalización. Del mismo modo, si se piensa en la igualdad de derechos de carácter formal, se evidencia también que las discriminaciones y exclusiones derivadas de las condiciones de pobreza y de exclusión se mantienen o se acrecientan y dan lugar al desconocimiento de los derechos de libertad, derechos políticos y sociales de amplios grupos de la población que se consideran vulnerables.

En suma, se constata que -ante la irrupción de un nuevo marco de organización espacial y temporal de la economía y de las relaciones políticas y sociales conocido como globalización, donde la producción y el consumo se realizan a nivel mundial- los índices de desigualdad entre países y entre personas en un mismo país han venido en aumento y se han producido nuevas formas de discriminación derivadas de las condiciones de vulnerabilidad de las personas y colectivos más pobres. Ante esta constatación se hace necesario transformar el referente valorativo en torno al principio de la igualdad que posibilite la implantación de nuevas instituciones que regulen la instauración de dicho criterio.

En la siguiente sección se explicará si las ideas de Comercio Justo y Justicia Global pueden ser unos nuevos y adecuados parámetros de valoración de la igualdad y si a partir de estos criterios axiológicos se puede llegar a formular instancias reguladoras que solventen los problemas de distribución e inequidad que se generan en la distribución de los recursos en la era de la mundialización.

HACIA UN NUEVO CRITERIO DE VALORACIÓN Y UNA(S) NUEVA(S) INSTANCIA(S) REGULADORA(S) DE LA IGUALDAD

SOBRE LA BASE DE LA IDEA DE COMERCIO JUSTO Y JUSTICIA GLOBAL

Como se estableció en la primera parte de este escrito, el principio jurídico de la igualdad se incorporó desde sus inicios con pretensiones universalistas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin embargo, la implementación práctica de dicho principio se ha venido desarrollando principalmente dentro del marco geográfico del Estado nacional, y excepcionalmente dentro del marco del derecho internacional y regional de los derechos humanos{57}.

De otra parte, ante la evidencia de que en la actualidad se presenta un nuevo marco o contexto de la actividad humana que se sintetiza en el concepto de globalización, se hace necesario reconceptualizar este principio. Como se ha venido exponiendo, en materia de igualdad económica algunos autores afirman que el proceso de globalización produce una polarización creciente de los países, las regiones y los individuos, entre unos que acumulan riqueza y otros que se ven incapaces de salir de la pobreza{58}. Del mismo modo, en materia de igualdad política, teóricos como Ferrajoli perciben que en el siglo xxi (la era de la mundialización) se presenta un nuevo tipo de exclusión y de vulneración de la equidad bajo la categoría de "ciudadano", sumado a la permanencia de otro tipo de discriminaciones derivadas del género, de la raza, de la religión, de la orientación sexual y de las condiciones económicas, entre otras.

Adicionalmente se constata que el Estado mengua sus posibilidades de acción y se ve compelido a enfrentarse a otras instancias de actuación de carácter transnacional, internacional, regional y local, lo que presupone un replanteamiento urgente de dicho principio para su reconceptualización valorativa respecto a estas circunstancias. En efecto, desde los años noventa se empieza a percibir que la globalización, que originalmente tenía una carga emotiva positiva, puede dar lugar a una serie de efectos nocivos o inesperados tanto para los países ricos como para los países en vía de desarrollo y los países pobres. Fenómenos como la deslocalización de las empresas, el desempleo y las crisis económicas dan lugar a una crítica del proceso desde los países ricos. El aumento de la pobreza y la desigualdad,

el deterioro ambiental, cultural y la afectación de los derechos colectivos ponen en evidencia los riesgos del proceso sin regulación en los países en vías de desarrollo y en los países pobres.

Joseph Stiglitz estableció que al comenzar la década de los noventa se pasó de una época de felicidad y esperanza ("los felices años noventa"), a través de la recepción o imposición del modelo de la economía de mercado, donde consumo y producción se hacen a nivel mundial, a una época de malestar y decepción ("el malestar de la globalización" {59}), en que países que aplicaron a rajatabla las recomendaciones y recetas del fmi, como Indonesia y Argentina, cayeron en crisis económicas profundas. Esto dio lugar a mediados de los años noventa a que se empezara a percibir la globalización como un proceso dañino e inconveniente, con carga emotiva negativa para muchos.

Las protestas de Seattle en 1999{60} en contra de la Reunión Ministerial de la OMC mostraron a los inconformes del proceso de globalización en curso: desempleados de larga duración, grupos de ambientalistas, defensores de derechos humanos, agricultores e indígenas, entre otros, en una amplia amalgama de tendencias que tenían como eslogan que "otro mundo era posible" y rechazaban la globalización económica sin limitaciones. Del mismo modo, como evidencia BECK, se presenta la paradoja de que los opositores del proceso de globalización económica pueden reunir a diferentes tendencias políticas e ideológicas, como los socialistas, los grupos ecologistas o verdes y hasta los nacionalistas de extrema derecha que ven en el proceso de "economía mundo" de producción y consumo mundial una amenaza para sus intereses{61}.

Ante la evidencia de una serie de problemáticas y dilemas relacionados con el proceso de globalización económica en curso, desde 2000 hasta la fecha se percibe una transformación del proceso que, sin abandonar el modelo de liberalización de la economía a nivel mundial, establece una serie de reglas y compromisos mínimos de carácter inmanente, y no trascendente, para paliar los efectos nocivos de la globalización económica sin limitaciones. La propuesta del Pacto Mundial en 2000, los Objetivos de Desarrollo del Milenio{62} y la Declaración Ministerial de Doha para el Desarrollo en 200i, así como los tratados internacionales para promover el desarrollo

sostenible y la protección del medio ambiente o la seguridad alimentaria, evidencian este cambio de perspectiva, de hacer una globalización que morigere o trate de solventar los problemas más acuciosos que se generan con la mundialización económica.

Dentro de este contexto dos propuestas han sido formuladas por economistas y filósofos políticos para dotar de contenido y reformular el criterio de valoración de la igualdad. Por un lado, la idea de Comercio Justo, que desde sus diferentes perspectivas propone un intercambio comercial que se enfoque en el desarrollo y en el bienestar de todos los participantes en la cadena de producción y, por otro, la idea de la Justicia Global como una propuesta de reestructuración de la idea westfaliana de pensar la redistribución ampliando los marcos de relacionamiento y de responsabilidad eminentemente estatales o fundados en los compromisos y acuerdos del derecho internacional.

Respecto a la idea de Comercio Justo, existe una problemática relacionada con la definición de este concepto, ya que se ha discutido ¿qué se entiende por comercio? y en segunda medida si el comercio puede llegar a corresponderse con un concepto de justicia relativamente consensuado{63}. A pesar de las dificultades que se generan en la definición del término, se puede dar una conceptualización aproximada en la cual se dice que el Comercio Justo sería entendido como un comercio equitativo, es decir, un intercambio de bienes y servicios de carácter material o inmaterial que se da en condiciones de igualdad o equidad entre las partes. A la vez se especifica que el Comercio Justo es aquel que pueda llegar a generar una mejor distribución de los ingresos entre quienes participan en el intercambio comercial, especialmente ante la evidencia de que entre los países y personas que intercambian bienes y servicios existe una serie de desigualdades en la negociación y transacción.

De otra parte, el término Comercio Justo, que viene del inglés Fairtrade, se refiere a un intercambio de bienes y servicios en que se garantiza a los productores más pobres y vulnerables una compensación justa por su trabajo. Desde esta perspectiva, el Comercio Justo es una alternativa del comercio tradicional que busca que los consumidores adquieran los productos lo más directamente posible de los campesinos y artesanos que

los producen, lo cual daría lugar a que mediante la eliminación de los intermediarios se abarate el costo de transacción{64}. Desde esta concepción, la historia del Comercio Justo se remonta a las actividades realizadas por algunas organizaciones religiosas en Estados Unidos, como los menonitas, en que se empiezan a vender productos manufacturados, producidos por artesanos de países pobres o desaventajados, en las iglesias de dichas comunidades{65}.

Esta concepción, derivada de las primeras prácticas de asistencia social de contenido religioso o filantrópico, dio lugar a que con posterioridad se produjera una acepción de Comercio Justo mucho más política y económica. Dicha evolución del concepto se dio a partir de la creación de las primeras tiendas de Comercio Justo en los años cincuenta y sesenta en Estados Unidos y Europa, especialmente en países como el Reino Unido y los Países Bajos{66}, donde se promovía, ya no una idea asistencialista, sino un cambio estructural en las relaciones comerciales Norte/Sur ante la evidencia del acrecentamiento de las condiciones de pobreza y en ciertos casos de explotación de los países desarrollados sobre los países en vías de desarrollo, con relación al comercio{67}.

Este cambio de perspectiva dio lugar a que desde i964 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) su presidente, Raúl Prebisch, propusiera una serie de compromisos relacionados con las posibles problemáticas del comercio para los países menos desarrollados y pobres; esto dio lugar a que se presentaran las primeras fórmulas desde un organismo internacional para equiparar el comercio entre países desarrollados (del Norte) y países en vías de desarrollo (del Sur){68}, como la estabilidad de los precios para los materias primas (commodities), un sistema arancelario preferencial, seguros de transporte y asistencia técnica y tecnológica para favorecer la industrialización de dichos países{69}.

Esta institucionalización de la idea de Comercio Justo continuó en el marco de la UNCTAD en las conferencias realizadas en Delhi (1968){70}, Santiago (1972), Manila (1976), Nairobi (1979), Belgrado (1983), Ginebra (1987), Cartagena (1992), Midrand (1996), Bangkok (2000), Sao Paulo (2004), Accra (2008) y Doha (2012), lugares en que se propusieron

iniciativas para un comercio enfocado al desarrollo, por ejemplo un sistema generalizado de preferencias, acuerdos sobre precios de materias primas como el azúcar, códigos de conducta y buenas prácticas y propuestas más concretas como la de otorgar el 0,7% del producto interno bruto (PIB) de los países más ricos a los países más pobres{71}, que fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en los años setenta{72}.

Del mismo modo, ante la crisis de la deuda de los países en vía de desarrollo en los años ochenta{73} y los primeros esbozos de la liberalización económica, la organización se concentra en tareas como la asistencia técnica, la Cooperación Sur-Sur y un sistema global de preferencias arancelarias que dieran lugar a solventar las acreencias. Finalmente, desde los años noventa hasta la fecha, la UNCTAD se ha dedicado a asesorar a los países menos desarrollados en afrontar crisis económicas y negociaciones comerciales, pero se constata que actualmente su rol e importancia en torno a los fundamentos y principios del comercio internacional, ahora global, han venido disminuyendo, principalmente en la capacidad efectiva de dar respuesta a la inequidad y desigualdad que se genera en el ámbito de la globalización.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que al mismo tiempo en que se daba una institucionalización de la idea de Comercio Justo sobre la base de un comercio para el desarrollo en el marco de la UNCTAD, la idea primigenia de un comercio alternativo continuó su curso en cabeza de las ONG que se enfocan en corregir “los perjuicios que sufren los pequeños productores y los trabajadores explotados” y que proponen que se promuevan buenas prácticas en la cadena de producción que den lugar a un comercio más equitativo y responsable{74}.

En este sentido, se presentan reconceptualizaciones de la categoría Comercio Justo: que dan lugar a que se haga referencia a un intercambio responsable en el cual se protejan los derechos humanos, los derechos laborales, ambientales y se propugnen las buenas prácticas en la labor empresarial. Por ejemplo, la transparencia y la responsabilidad de la empresa o industria. Esta nueva conceptualización del Comercio Justo conjuga dicha idea con propuestas como la del Pacto Global (Global Compact) de Naciones Unidas, Normas sobre Derechos Humanos de

Naciones Unidas para las Empresas (UN Human Rights Norms for Business), el corporate governance (gobierno corporativo), o la responsabilidad social corporativa (rsc), donde la tendencia es que el intercambio se adecue a unos estándares mínimos que propugnen por una mayor equiparación y equidad en el comercio.

Igualmente, dentro de esta tendencia del Comercio Justo se constata el auge de formas de certificación a través de sellos y sistemas de garantía que se desarrollan desde 1988 en Holanda con el sello de Comercio Justo (Max Havelaar) para el caso del café y que ha dado lugar a certificaciones generales de Comercio Justo como el sello flo (Fairtrade Labelling Organisation) y la certificación establecida por la Organización Mundial de Comercio Justo (omcj, antigua ifat){75}. Aunque en la actualidad existe un debate entre las organizaciones de certificación del Comercio Justo{76}, estos sellos tienen como objetivo verificar que en toda la cadena de producción se cumpla con estándares mínimos donde se aseguren los derechos humanos y las normas laborales de productores y trabajadores marginados y el cumplimiento de criterios de protección y conservación del medio ambiente y el desarrollo sostenible, entre otros aspectos.

Por otro lado, en la conceptualización del Comercio Justo se constata una nueva vertiente, en cierta manera institucionalizada, como en el caso de la UNCTAD, que se da en el marco de los compromisos que se realizan en torno la OMC. Dicha conceptualización se presenta con posterioridad a la Conferencia Ministerial de Doha para el Desarrollo en 2001. A partir de esta fecha se ha dado un cambio de perspectiva dentro de la OMC sobre la base de que el comercio debe propender por el “desarrollo” y la justicia{77}. A pesar de que el Acuerdo Ministerial para el Desarrollo no ha sido aprobado aún{78}, se aprecia que la OMC propone un nuevo modelo de negociación y de resolución de conflictos en materia de comercio global con fórmulas mucho más incluyentes y equitativas que logren equiparar las desigualdades económicas entre países y entre miembros de un mismo país{79}.

En este sentido, economistas como stiglitz y Charlton{80} han propuesto que para lograr un Comercio Justo en un momento de globalización económica se debe tener en cuenta las condiciones de cada país, muy

especialmente de los países en vías de desarrollo y pobres, para de esta manera dar un "tratamiento especial y diferencial" que no esté sujeto a tratamientos políticos. Del mismo modo, se dice que este tratamiento debe partir de la apertura de los mercados de los países ricos a los pobres, sin reciprocidad y sin condiciones económicas y políticas; eliminar o al menos reducir las subvenciones agrícolas que conduzcan a la limitación de la competitividad de los países pobres, adaptar la propiedad intelectual a las necesidades de los países en desarrollo, enfrentarse a los problemas medioambientales y el desarrollo sostenible y establecer códigos de conducta y normas que regulen la actividad y la responsabilidad de las multinacionales y corporaciones{81}.

Por otra parte, se evidencia que dentro de la conceptualización del Comercio Justo hay perspectivas optimistas y pesimistas relacionadas con la "justicia" derivada del comercio. Entre los optimistas se encuentran autores como Susan Ariel Aaronson y Jamie M. Zimmerman, que postulan que el libre comercio puede llegar a fortalecer aspectos relacionados con el concepto de justicia, como los derechos humanos y la igualdad{82}, mientras que existen posiciones pesimistas que establecen que con la idea de Comercio Justo se presenta una contradicción en los términos -oxímoron-, ya que el comercio nunca podrá ser justo, en una definición de justicia que se enmarque en lo equiparable y lo equitativo{83}.

En suma, se evidencia que el concepto de Comercio Justo es una concepción compleja que se ha venido llenando de diferentes contenidos y significados. No se configura prima facie como un nuevo criterio de valoración de la igualdad en tiempos de globalización, sino como una forma de comercio que propende por una mayor equidad y una tendencia a la equiparación por medio de una serie de prácticas de autocompromisos de empresas y corporaciones, y en algunas formas institucionalizadas que han formulado acuerdos y compromisos entre países miembros para llevar a cabo una igualdad de tipo material en el comercio. Es decir que con esta idea no se presenta una nueva comprensión del principio de igualdad que lo redefina, sino un medio para conseguir la igualdad material de la equiparación en la diferencia sobre la base de un comercio que propugne el desarrollo y que se fundamenta en una comprensión ética de los

intercambios comerciales en una época de liberalización de la economía, en que países ricos y empobrecidos compiten entre sí.

Desde esta perspectiva, las instancias reguladoras se presentan de dos formas: en primer lugar las instancias no institucionalizadas o informales, configuradas por organizaciones de la sociedad civil que a través del intercambio y la cooperación alternativos propugnan una mayor equidad en el comercio, con nuevos propósitos como la protección del medio ambiente, las condiciones de trabajo, el respeto por los derechos humanos y las buenas prácticas empresariales. En segundo lugar, unas instancias de regulación institucionalizadas o formales que parten de organismos internacionales como la UNCTAD, Naciones Unidas o la OMC, donde se establece que el comercio debe propender a la justicia y el desarrollo, pero sin proponer cambios trascendentes a la idea de liberalización mundial de la economía, que permanece inalterable aunque se formule la inclusión de nuevos pilares que fomenten la equiparación entre las economías{84}.

Finalmente se constata que el concepto Comercio Justo, al no contar con instancias de regulación plenamente institucionalizadas, funciona en el marco de la autorregulación y la autorresponsabilidad; esto da lugar a que el criterio de regulación no se consolide y funcione solo como una instancia informal que promueve normas suaves (soft), donde las únicas sanciones son de reproche y de denuncia, pero no existen instancias ni organismos que puedan juzgar las malas prácticas y el incumplimiento de las normas que promueven la responsabilidad de las empresas y corporaciones multinacionales en su labor, principalmente con el objetivo de evitar las desigualdades que se generan con un comercio sin limitaciones y restricciones{85}.

En cuanto a la idea de Justicia Global, han sido varios los filósofos políticos que han establecido que se tiene que plantear un concepto de justicia que vaya más allá del modelo westfaliano que parte del Estado-Nación y del derecho internacional{86}. Estos autores consideran que se debe superar la idea de justicia internacional planteada por John Rawls en su obra de 1999, Derecho de Gentes{87}, que propone una fórmula de justicia sobre la base de la igualdad formal y material que plantea en su Teoría de la Justicia (1971), pero solo para los países o Estados que al menos hayan cumplido

con los principios de justicia básicos, es decir, la igualdad formal de derechos de libertad, civiles y políticos (bienes primarios), y de propender a una igualdad material teniendo en cuenta el "principio de la diferencia" (igualdad de oportunidades para todos a los cargos o puestos y beneficios a los menos favorecidos cuando sea provechoso para todos){88}.

Sobre este punto, varios de los seguidores de las tesis de justicia rawlsiana, como Charles Beitz o Thomas Pogge, que en un principio quisieron adecuar la formulación de la idea de justicia interna al ámbito internacional, consideraron que las tesis propuestas por Rawls en dicho ámbito no habían sido adecuadas, principalmente por dos razones{89}: en primer lugar porque la idea de justicia internacional se estableció solamente para los "pueblos"{90} que se consideran como "decentes"{91}, es decir aquellos donde existieran "condiciones favorables" para el reparto de los "bienes sociales primarios"{92}, lo cual daría lugar a que quedaran excluidos los pueblos que no hubieran logrado establecer mínimamente la idea de justicia formal y material en el plano doméstico. En segundo lugar, que dichos principios limitaban a los sujetos objeto de responsabilidad, ya que en la comprensión y aplicación del principio de justicia se parte únicamente de la responsabilidad de los pueblos o Estados, ya que para RAWLS "... las causas y las formas de la riqueza de un pueblo radican en su cultura política y en las tradiciones religiosas, filosóficas y morales que sustentan la estructura básica de sus instituciones políticas y sociales, así como en la laboriosidad y el talento cooperativo de sus gentes, fundados todos en sus virtudes políticas"{93}.

Ante las deficiencias, para algunos, de la teoría de la justicia rawlsiana en el ámbito internacional, se configura el concepto de Justicia Global, como una alternativa que pueda dar respuesta a las problemáticas que se generan en la globalización, especialmente en lo que se trata con un criterio valorativo de la igualdad que pueda llegar a establecer un nuevo parámetro axiológico de obligaciones y responsabilidades respecto a los problemas de pobreza, inequidad y desigualdad material. Sobre esta nueva propuesta se empiezan a generar dos alternativas de Justicia Global: por una parte, una idea de Justicia Global que se puede calificar de "radical o fuerte", planteada en principio por charles Beitz, y por otro lado una idea de Justicia Global "débil o suave" representada por Thomas Pogge{94}.

La idea fuerte de Justicia Global, propuesta por Beitz en su texto de 1979 Political Theory and International Relations{95}, siguiendo la segunda parte del principio de la diferencia de Rawls, establece que se debe realizar la distribución de los derechos, de los bienes y de las oportunidades de forma tal que las desigualdades que se produzcan beneficien a los más desfavorecidos en el mundo{96}. La propuesta consiste en que el principio de redistribución de recursos -a nivel global- otorgue a cada sociedad una oportunidad equitativa de establecer instituciones políticas justas y una economía capaz de satisfacer las necesidades básicas de sus miembros para que de esta manera alcancen las condiciones económicas suficientes para sustentar instituciones sociales justas y proteger así los derechos humanos{97}.

Por su parte, la idea de Justicia Global suave o débil, planteada por Pogge en su libro World Poverty and Human Rights de 2002, no defiende la validez del principio de diferencia como una demanda de Justicia Global, ni la idea de un Estado mundial o cosmopolita como el instrumento que haría posible realizar las exigencias de la Justicia Global, sino que se sustenta en una propuesta moderada de tipo moral o ético que se relaciona más con la idea del "deber de asistencia" de Rawls{98} que con la de Justicia Global planteada por Beitz. En efecto, la idea de Justicia Global de Pogge parte de una comprobación empírica de que las instituciones internas o domésticas de las sociedades más pobres e incluso de los países en vías de desarrollo están sujetas a los imperativos de los intereses económicos de los países más ricos y poderosos y de las instituciones financieras y comerciales supranacionales donde dichos países tienen mayor poder de representación.

En este sentido, considera que existe un deber de responsabilidad de dichos Estados y corporaciones, que deben tener en cuenta no solamente un ejercicio activo, sino también un ejercicio pasivo en la responsabilidad y resolución del problema, ya que el no hacer nada para evitar la pobreza y el hambre constituye una violación masiva de los derechos humanos, sin precedentes, que acarrea una responsabilidad similar a la de la sociedad alemana en la época del régimen de Hitler, que aunque en algunos casos no tuvo un rol activo en las violaciones de derechos humanos, tampoco hizo nada para evitarlas{99}.

Sobre esta base argumentativa propone POGGE una concepto de Justicia Global que establezca un "dividendo general de recursos"{100} en el cual los países más ricos y poderosos deben aportar a un fondo internacional para acabar con los problemas del hambre y la miseria. Del mismo modo, propone un modelo en que se pueda establecer una doble patente para los medicamentos para paliar las enfermedades derivadas de la pobreza, donde se establezcan beneficios tanto a las empresas que invierten recursos en la investigación y desarrollo de dichos medicamentos como a las personas que sufren dichas enfermedades{101}.

Rawls critica la propuesta de Pogge y considera que su idea de Justicia Global no cuenta con un objetivo y un término concreto porque, si el objetivo es simplemente el reparto de los recursos, en nada se contribuiría a la eliminación de las desigualdades materiales entre países, ya que insiste que esta se deriva más de la responsabilidad de los propios pueblos dentro de su ámbito interno que de la responsabilidad internacional. Por esta razón estima que su propuesta de "deber de asistencia" es más viable y funcional ya que tiene un objetivo concreto: que se fortalezcan las instituciones de los pueblos pobres y menos favorecidos para que estos se conviertan en ciudadanos libres e iguales, y cuenta con un término definido que se limita a aplicar dicha asistencia hasta cuando se alcance dicho objetivo; es decir, cuando las necesidades primarias de un pueblo, estimadas en bienes primarios, queden satisfechas y ese pueblo se baste a sí mismo{102}.

Pogge ha respondido a estas críticas explicando que la propuesta de justicia internacional de Rawls ignora las vías causales particulares por las que llegan los bienes y los males a dichos afectados, y que no tiene en cuenta la responsabilidad de los países más ricos y pudientes en el diseño del orden institucional que directa o indirectamente afecta a los países y sociedades más débiles y pequeñas{103}.

En cuanto a las instancias reguladoras de la idea de Justicia Global, se constata que no existen todavía unas instituciones consolidadas que implementen esta propuesta. El mismo Rawls consideró que la iniciativa de Beitz no tenía en cuenta que actualmente no existe un sistema global de cooperación que logre aplicar el principio de justicia distributiva entre las sociedades a la manera que se pone en práctica el segundo presupuesto del

principio de la diferencia en el plano doméstico. Sin embargo, han sido varios los autores que estiman que se deben implementar nuevas y creativas propuestas para llevar a cabo la idea de Justicia Global, en las cuales no sean responsables solamente los Estados, sino también otros actores transnacionales como los organismos financieros internacionales, las empresas multinacionales{104} e incluso las organizaciones de la sociedad civil.

Por ejemplo, Anne-Marie Slaughter, en A New World Order{105}, indica que ante problemas globales se deben plantear soluciones globales y que por ende se debe adoptar un sistema de redes que involucre ámbitos de regulación e instituciones de diversa índole que se concentren en la solución de problemas específicos que se generan en la globalización. Esta tesis de "descentralización" de las instancias reguladoras la comparte Martha Nussbaum, quien estima que la solución institucional debe ser "tenue y descentralizada" y que debe proveerse por una combinación entre organismos estatales junto con un sistema inclusivo de organizaciones en que las empresas y las organizaciones no gubernamentales puedan desempeñar un papel de fomento de las capacidades humanas en aquellas regiones en las que ejerce su actividad{106}.

En suma, al igual que la idea de Comercio Justo como nuevo criterio valorativo de la igualdad, la propuesta teórica y filosófica de Justicia Global no cuenta con unas instancias reguladoras que puedan implementar efectivamente dicho criterio de valoración. Sin embargo, se evidencia que dicho parámetro valorativo parte de una nueva concepción de la ética entre naciones e incluso de los nuevos actores transnacionales, que se funda en la constatación de problemas globales como la desigualdad material entre países y entre miembros de un mismo país. Este criterio de valoración de la igualdad no propone una refundación del sistema económico global y se formula como una propuesta inmanente, y no trascendente, para limitar las consecuencias nocivas que se generan con el actual modelo de globalización económica.

CONCLUSIONES GENERALES

I. El derecho a la igualdad supone varios cuestionamientos preliminares como los términos de comparación (¿igualdad entre quiénes?) y un objeto o equiparación (¿igualdad en qué?). Además de estos dos elementos se hace necesario determinar el criterio de valoración de la igualdad y la instancia reguladora, criterios que hasta ahora se han dado en el marco de los estados nacionales y algunas veces en el derecho internacional y regional.

2. En el marco de la globalización económica se evidencia un aumento de la desigualdad económica entre países y miembros de un mismo país, que genera inequidad y exclusión.

3. La problemática de la desigualdad económica entre naciones no ha podido ser solventada con los criterios tradicionales de equiparación que se han desarrollado en el plano doméstico, internacional y regional. Tampoco se cuenta con instancias reguladoras que determinen o impongan un nuevo parámetro de valoración de la igualdad; de esta manera se produce un déficit de protección de las instancias reguladoras de carácter formal o institucionalizadas.

4. Las ideas de Comercio Justo y Justicia Global como nuevos criterios de valoración de la igualdad han dado lugar a un cambio de perspectiva de carácter moderado sobre el rol de los países ricos con relación a los países menos favorecidos en la era de la globalización, de carácter generalmente autocompromisorio e informal. Sin embargo, ni las propuestas filantrópicas, solidarias y económicas del Comercio Justo ni la propuesta filosófica política de la Justicia Global en la reformulación del principio de la diferencia de Rawls al ámbito global, han podido generar un cambio definitivo del criterio de valoración de la igualdad material que genere la equiparación de los excluidos y vulnerables en el mundo, especialmente por condiciones de pobreza.

5. Ante un escenario de economía global donde no solamente se han puesto en duda los criterios de mejor distribución de la riqueza entre países y miembros de un mismo país, sino también el modelo mismo de globalización económica ante la irrupción de crisis económicas de larga duración, se debe pensar en implementar una forma de globalización

económica en la cual se generen instituciones que implementen formas de regulación que permitan evitar el aumento de las desigualdades y exclusiones.

6. La irrupción de nuevos actores globales, como los organismos financieros internacionales, las empresas transnacionales y las organizaciones de la sociedad civil, debe conducir a la generación de instancias de regulación inclusivas que permitan la toma de decisiones y la implementación de responsabilidades en dichas entidades y organismos.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. ¿A dónde va el Comercio Justo?: modelos y experiencias (eds. Xavier Montagut y Esther Vivas), Barcelona, Icaria, 2006.

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Arcos Ramírez, Federico. La justicia más allá de las fronteras: fundamentos y límites del cosmopolitismo, Valencia, puv, 2009.

Aristóteles. Ética Nicomáquea, Buenos Aires, Losada, 2004.

Beck, Ulrich. ¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo respuesta de la globalización, Barcelona, Paidós, 2001.

Beitz, Charles. Political Theory and International Relations, Princeton, Princeton University Press, 1979.

Bobbio, Norberto. Igualdad y libertad, Barcelona, Paidós, 1993.

Bóckenfórde, E. W. "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", en: Escritos sobre derechos fundamentales, Baden-Baden, 2003.

Brage Camazano, Joaquín. Discriminación positiva a favor de la mujer en el derecho comunitario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, n.° 62, 2001.

Cortés Rodas, Francisco. De la política de la libertad a la política de la igualdad: un ensayo sobre los límites del liberalismo, Bogotá, Siglo del Hombre, 1999.

Cuéllar, Mamen y Reintjes, Carola. Los sellos y sistemas de garantía para el Comercio Justo, Barcelona, Icaria, 2009.

De Sousa Santos, Boaventura. El milenio huérfano: ensayos para una nueva cultura política, Madrid, Trotta, 2005.

De Vega García, Pedro. Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional, Bogotá, Universidad Externado,

1998.

Farré, Adela y Masllorens, Xavier. Los Objetivos del Milenio: no valen excusas, Barcelona, Intermón y Oxfam, 2007.

Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil, Madrid, Trotta, 1999.

Fitoussi, Jean-Paul y Rosanvallon, Pierre. La nueva era de las desigualdades, Buenos Aires, Manantial, 2003.

Gargarella, Roberto. Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política, Barcelona, Paidós, 1999.

Gotanda, Neil. "Una crítica a 'nuestra Constitución es ciega al color'", en Crítica jurídica. Teoría y sociología en los Estados Unidos, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006.

Hardt, Michael y Negri, Antonio. Imperio, Barcelona, Paidós, 2002.

Kant, Immanuel. Metafísica de las costumbres, Madrid, Tecnos, 1989.

Kelsen, Hans. ¿Qué es justicia?, Barcelona, Ariel, 1982.

Kreide, Regina. “Justicia global, pobreza y responsabilidad: ¿tienen obligaciones las empresas transnacionales?, en Justicia Global, Derechos Humanos y Responsabilidad, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007.

Küng, Hans. Una ética mundial para la economía y la política, Madrid, Trotta, 1999.

Lacomme, Véronique. “Andines, una cooperativa francesa comprometida con un planteamiento de Comercio Justo”, en ¿A dónde va el Comercio Justo? Modelos y experiencias (eds. Xavier Montagut y Esther Vivas), Barcelona, Icaria, 2006.

Martin, Hans Peter y Schumann, Harald. La trampa de la globalización, Madrid, Taurus, 2000.

Martínez-orozco Llorente, Santiago. Comercio Justo, Consumo Responsable, Barcelona, Intermón, 2000.

Martínez, Francisco. “Mundialización y redistribución: la propuesta de la Renta Básica”, Revista Internacional de Filosofía Política, n.° 19, México D. F., julio de 2002.

Nussbaum, Martha. Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano, Barcelona, Paidós, 2012.

Osuna PatiÑo, Néstor. Tutela y Amparo: derechos protegidos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Paul, Joel R. ¿Es realmente libre el libre comercio?, Bogotá, Universidad de los Andes, 2003.

Pogge, Thomas. La pobreza en el mundo y los derechos humanos, Barcelona, Paidós, 2002.

Pogge, Thomas. "Erradicar la pobreza estructural: defensa de un dividendo global de recursos", en La pobreza en el mundo y los derechos humanos, Barcelona, Paidós, 2002.

Pogge, Thomas. "La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls", Revista Internacional de Filosofía Política, n.° 23, julio de 2004, pp. 28-49.

Ramírez Cleves, Gonzalo. "Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización", en: El Derecho en el contexto de la globalización, aavv, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Ramírez Cleves, Gonzalo. Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, n.° 8i, 2009.

Rawls, John. El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública, Barcelona, Paidós, 2001.

Rawls, John. Liberalismo Político, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Rousseau, Jean-Jacques. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos, Madrid, Tecnos, 4.a ed., 1998.

Seleme, Hugo. Las fronteras de la justicia distributiva: una perspectiva rawlsiana, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

Slaughter, Anne-Marie. A New World Order, Princeton, Princeton University Press, 2004.

Stiglitz, Joseph. ¿Cómo hacer que funcione la globalización?, Madrid, Taurus, 2006.

Stiglitz, Joseph. El precio de la desigualdad: el i% de la población tiene lo que el 99% necesita, Madrid, Taurus, 2012.

Stiglitz, Joseph y Charlton, Andrew. Comercio justo para todos, Madrid, Taurus, 2007.

Torrero Mañas, Antonio. La crisis financiera internacional. Cuarto año, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Twining, william. Derecho y Globalización, Bogotá, Siglo del Hombre, 2005.

Villar Borda, Luis. Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.° 9, 1998.

HÉCTOR DAVID ROJAS

El orden institucional global y la responsabilidad moral: entre la justicia y la ética

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este escrito es hacer un paralelo entre los argumentos sobre Justicia Global de Thomas Nagel y de Thomas Pogge. Estos autores tienen un punto común respecto a la forma en que el orden institucional afecta la responsabilidad moral de los ciudadanos; sin embargo, ambos llegan a conclusiones opuestas sobre los límites de la justicia distributiva. Se argumentará que la posición de Nagel lleva a una situación de impotencia a las personas con éticas deontológicas, mientras que la de Pogge ofrece un deber moral común a las diversas concepciones privadas del bien.

El orden del escrito es el siguiente: en primer lugar se expondrán los acuerdos y desacuerdos entre las posiciones de estos dos autores. En segundo lugar se profundizará en la propuesta de cada uno de ellos y se harán algunos comentarios sobre las consecuencias que sus concepciones de la justicia tienen sobre la moral y la ética de los individuos.

EL ORDEN INSTITUCIONAL Y LA RESPONSABILIDAD MORAL

John Rawls (Rawls, 1971, 3) utilizó el concepto de justicia en un sentido restringido, refiriéndose con él a una virtud predicable de la estructura básica de una sociedad. Mientras que la ética tiene por objeto la interacción entre agentes, sean estos individuos, asociaciones o Estados, la justicia evalúa el trasfondo de reglas y prácticas institucionales en las que esas interacciones tienen lugar. La estructura básica se refiere a las principales instituciones legales y económicas.

Como señala Mendus (Mendus, 2002, ii), para Rawls los objetivos de la filosofía política están determinados por el tipo de sociedad sobre la que se esté discutiendo. En las sociedades modernas el rasgo fundamental es que bajo una misma estructura institucional coexiste una pluralidad de personas con distintas concepciones éticas privadas. Este es un rasgo de la

Modernidad y una consecuencia del uso libre de la razón. Por este motivo, de acuerdo con Rawls, el Estado debe estar sujeto a una concepción pública de justicia que permanezca neutral frente a esas múltiples concepciones particulares del bien. Por lo tanto, el concepto de justicia no puede ser definido por una única visión omnicomprensiva que desconozca el hecho del pluralismo razonable.

Esta distinción tiene la consecuencia de que los principios prácticos que regulan las esferas éticas y de la justicia son discontinuos. Como explica Murphy (Murphy, 1998, 4), Rawls rechaza las posiciones monistas, como el utilitarismo, que defienden un mismo criterio para evaluar tanto la interacción entre individuos como el trasfondo institucional. Para el utilitarismo la maximización del placer o felicidad es un principio que es válido tanto para guiar la conducta de los individuos como para guiar las instituciones políticas. Por el contrario, Rawls afirma que los principios que regulan cada campo práctico varían según su naturaleza.

Sin embargo, aun reconociendo que la esfera política y la de la virtud pueden regularse por principios distintos, hay formas en que estas dos esferas se afectan mutuamente. Thomas Nagel (Nagel, 2005, 128) llama la atención sobre la forma en que el orden institucional compromete a la voluntad de los ciudadanos. La membresía en una asociación política tiene como consecuencia un doble rol de la voluntad del ciudadano. Por un lado, los ciudadanos son súbditos y deben obedecer las reglas impuestas por las instituciones políticas; por otro, los ciudadanos son soberanos que imponen ese orden. La forma institucional de la estructura básica compromete a los ciudadanos y actúa en nombre de ellos. Como consecuencia, los ciudadanos tienen una preocupación moral por el tipo de orden político en el que viven, pues esa membresía política, que no es voluntaria, los responsabiliza por las reglas institucionales y por sus efectos. Esa preocupación moral se traduce en la exigencia de que las leyes de la asociación política promulgadas en nombre de los ciudadanos estén justificadas, de forma tal que no promuevan inequidades arbitrarias. Si el orden institucional está fundamentado en unos términos que nadie pueda razonablemente rechazar, entonces el hecho de que el orden institucional comprometa a la voluntad de una forma coercitiva no es algo reprochable moralmente.

Thomas Pogge (Pogge, 2005b) también ha hecho énfasis en la responsabilidad que tienen, quienes participan en un orden institucional, en su diseño y mantenimiento. Para Pogge la justicia, como atributo de la estructura básica de la sociedad, exige que todo orden institucional esté construido de manera tal que se garantice el acceso a los objetos que protegen los derechos humanos, dentro de un umbral razonable, a todas las personas que afecta.

Más adelante profundizaremos en las posiciones de Pogge y de Nagel. Por ahora, lo que se quiere resaltar es que, a pesar de que Nagel y Pogge coinciden en afirmar que el orden institucional compromete la responsabilidad de aquellos que participan en él, divergen en sus concepciones sobre la Justicia Global.

DOS POSICIONES SOBRE LA JUSTICIA GLOBAL

Nagel (Nagel, 2005, 119) afirma que hay dos posiciones opuestas acerca de la Justicia Global. Por un lado está la concepción política, defendida por Rawls y por el mismo Nagel. Por el otro está la concepción cosmopolita, sostenida por Pogge. Según la concepción cosmopolita, hay unos estándares universales mínimos de bienestar, de respeto o de dignidad que se le deben a todo individuo y las instituciones sociales son los instrumentos para la garantía de estos fines. Según Pogge (Pogge, 1994a, 90), las posiciones cosmopolitas comparten tres rasgos: el individualismo, la universalidad y la generalidad. Las unidades últimas de consideración para un cosmopolita son los individuos, y no formas asociativas como los pueblos o naciones. Ese estatus es universal ya que se predica de todo ser humano. La generalidad se refiere a que el individuo debe ser el sujeto de consideración moral para todos los demás, esto es, no solo para sus connacionales.

Por el contrario, la concepción política no considera que las instituciones sean unos instrumentos para la realización de unos objetivos prepolíticos, sino que afirma que los deberes de justicia emergen precisamente por el hecho de emprender una empresa asociativa común bajo una estructura

básica. Es decir, los deberes de justicia surgen por el hecho de que compartimos un orden institucional con otros, y no por una cualidad inherente a todos los individuos, por ejemplo la dignidad humana. Esto justifica que los estándares de justicia frente a los conciudadanos, con quienes compartimos una misma estructura institucional, puedan ser más exigentes que los que se predican de nuestra relación con individuos que están más allá de las fronteras.

Según Nagel, la concepción política reconoce que hay ciertos derechos de libertad que pueden predicarse universalmente de cualquier ser humano, es decir, que no dependen del hecho contingente de pertenecer a un mismo Estado. El punto de controversia frente a la concepción cosmopolita se da en relación con la justicia distributiva. Lo que justifica la redistribución de recursos es que estamos en un sistema cooperativo que produce unas cargas y unos beneficios que deben ser distribuidos de una forma justa.

En lo que sigue profundizaremos en las posiciones de Nagel y de Pogge para explicar cómo, a pesar de que están de acuerdo en que la forma en que está diseñada la estructura institucional de una asociación política compromete la responsabilidad moral de quienes participan en ese orden, pueden mantener posiciones distintas sobre la Justicia Global.

EL ARGUMENTO DE NAGEL

Nagel (Nagel, 2005, 127) cree que los deberes de justicia distributiva solo se tienen con respecto a los connacionales. Su posición es que las inequidades arbitrarias entre individuos solo deben justificarse cuando estos comparten un sistema institucional coercitivo. Esto obedece, como ya explicamos, a la doble condición de súbdito y soberano de los ciudadanos. Si mi asociación política promueve inequidades injustificadas, lo hace en mi nombre y comprometiendo mi voluntad.

Nagel nos invita a pensar el caso de las leyes migratorias. Estas disposiciones legales imponen restricciones a individuos que están fuera del

orden institucional estatal. Estas normas, considera Nagel, no requieren ser justificadas frente a los extranjeros. El motivo es que esas disposiciones no se imponen en nombre de ellos, es decir, no comprometen su voluntad haciéndolos responsables. Los extranjeros no cumplen la condición del súbdito-soberano que es lo que exige justificación al orden institucional.

Para Nagel esto no significa que los Estados puedan perseguir irrestrictamente sus fines. Este autor considera que un Estado no tiene derecho a dañar a otro y que existen ciertos deberes de asistir a personas vulnerables de otros Estados. Sin embargo, estos son deberes de humanidad, y no de justicia. La distinción entre estos dos tipos de deberes nos lleva de vuelta a la distinción de Rawls entre el campo de la interacción ética y el campo institucional. La primera de estas esferas puede prescribir demandas morales de asistencia, pero no puede exigir cambios al sistema institucional político y económico.

Para que el argumento de Nagel sea válido hay que explicar por qué los órdenes institucionales domésticos difieren del orden institucional global. La respuesta de Nagel es que a nivel global no hay un gobierno soberano que permita satisfacer la condición del ciudadano súbdito-soberano. Para Nagel, entre soberanía y justicia existe una relación de necesidad. La simple interacción económica no es una condición suficiente para una justicia distributiva global.

En sentido contrario, algunos autores cosmopolitas, como Charles Beitz (Beitz, 1979, 154), han sostenido que la interdependencia económica que se ha alcanzado en el mundo globalizado ha creado una cadena cooperativa que produce unos beneficios y unas cargas que no deben distribuirse arbitrariamente. Su propuesta es ampliar el alcance de los principios distributivos de Rawls a esa cadena cooperativa global, especialmente el principio de diferencia, que sujeta las inequidades distributivas a que estas mejoren la situación de los peor situados. La interpretación de Beitz es que la ausencia de un soberano global no es un impedimento para someter el orden vigente a unos principios imparciales de justicia.

Samuel Freeman (Freeman, 2006, 245) ha refutado este tipo de argumentos sosteniendo que no son compatibles con lo que Nagel denomina concepción política. Su posición es que la naturaleza del orden doméstico y del orden

global difiere y, por lo tanto, no hay una exigencia de aplicar los mismos estándares de justicia. En particular, este autor rechaza la aplicación de los principios distributivos de Rawls al campo económico global, tal y como propone Beitz. Esto se debe a que la justicia en Rawls es un predicado que únicamente es aplicable a un tipo de asociación, a saber, a una estructura básica.

Freeman aclara que es un error interpretar la justicia distributiva en Rawls como un simple problema de asignación de recursos. La justicia distributiva exige en primera medida el diseño de un sistema equitativo de instituciones legales y sociales que hagan posible la producción, el intercambio, la distribución y el consumo entre personas libres, las cuales conforman la estructura básica de una sociedad. Estas instituciones, entre ellas el sistema económico y el sistema legal de propiedad y de transferencia, son productos políticos y sociales. Según Freeman, el rol primario de un principio distributivo es ofrecer un criterio para diseñar, evaluar y justificar públicamente esas instituciones que componen una estructura básica, lo que implica que la justicia distributiva también es de carácter social y político.

Sin embargo, sostiene Freeman, la cooperación internacional y las instituciones existentes no se asemejan a esas instituciones básicas primarias del nivel doméstico. No existe un gobierno mundial que haya producido social y políticamente un sistema institucional. Los acuerdos cooperativos internacionales a lo sumo conforman una estructura secundaria, esto es, dependiente de las estructuras básicas estatales. Las instituciones legales y económicas de los Estados sobre la propiedad, los contratos, el comercio, los impuestos supeditan a ese segundo orden. Pero, incluso si se pudiera argumentar que algunas de las instituciones del orden global son independientes de las normas estatales, estas no son derivadas de un Estado global que políticamente las diseñe, mantenga y aplique coercitivamente. Así, a diferencia de la interpretación de Beitz, para Freeman la simple cooperación e integración internacional, que no se deriva políticamente, no es una condición suficiente para definir al orden global como una estructura básica primaria.

Pero, si el orden económico global no puede ser descrito como una estructura básica, ¿entonces cuál es la descripción apropiada? Se trata de

una asociación voluntaria que no impone sus reglas por la fuerza. Por lo tanto, parece ser que el pensamiento de Nagel es que es un orden que se asemeja a un modus vivendi. Un modus vivendi es un punto de equilibrio prudencial en el que distintos agentes que compiten por recursos y supremacía logran acuerdos que restringen su comportamiento egoísta debido a que pueden prever que esta es la mejor forma de promover el propio interés. En otras palabras, son acuerdos que no están soportados en conceptos morales o de justicia, sino en un uso instrumental de la razón con el que se puede calcular la mejor forma de promover el autointerés. A pesar de que un modus vivendi es preferible a un estado de guerra en el que ni siquiera hay acuerdos prudenciales, sino tan solo el dominio del más fuerte, este punto de equilibrio es altamente inestable e injusto. Es inestable porque solo se mantiene en tanto las partes involucradas sigan viendo en los acuerdos algún beneficio. Es injusto porque cada parte busca promover su interés, lo que significa que cada cual busca desequilibrar los acuerdos en su favor.

Aunque Nagel exige algunas consideraciones morales que deben restringir la persecución irrestricta de los propios fines de los Estados y unos deberes humanitarios para proteger los intereses de los individuos peor situados, el defecto de este orden es estructural y por lo tanto la justicia no encuentra un terreno fértil en él.

COMENTARIO SOBRE LA POSICIÓN DE NAGEL

Nagel nos condena a una situación desdichada. Su argumento es que no puede haber justicia distributiva allí donde no hay un soberano que imponga coercitivamente el cumplimiento de los acuerdos, tal y como sucede en el orden global. Estos son acuerdos voluntarios soportados en un equilibrio prudencial. No obstante, el hecho de que en esta esfera las normas no sean coercibles no desprovee a los ciudadanos de su papel de soberanos de esas normas. En el caso de las leyes de migración, es posible que no se le deba ninguna justificación a los extranjeros, pero esto no significa que esas leyes

no se expidan en nombre de los asociados políticos. En este caso se compromete su voluntad, pero no su responsabilidad.

Con este argumento, con indiferencia de los resultados distributivos que produzca el orden global, los ciudadanos súbditos y soberanos jamás cometen una injusticia. Por supuesto, esos resultados, según Nagel, pueden ser neutralizados por los deberes humanitarios en caso de que generen privaciones intolerables a ciertos individuos. Sin embargo, es válido pensar que los ciudadanos pueden tener como preocupación moral no solo los resultados, sino el valor en sí mismo de esos acuerdos globales. Esto será así sobre todo para los ciudadanos que defiendan en su esfera privada una ética deontológica.

Una persona, que tenga una concepción ética según la cual todos los actos que comprometan a su voluntad no deben ser arbitrarios, encontrará que su concepción es irrealizable, pues habrá siempre un campo en el que el Estado actúa en su nombre, sin ninguna base moral ni de justicia. Esta persona tiene como única opción la constante rectificación humanitaria, lo cual puede anular los efectos indeseados de los actos arbitrarios de su asociación política. Sin embargo, si esta persona tiene una ética no consecuencialista, en la que el valor de las acciones se mide no por sus resultados sino por la voluntad en sí misma, entonces no habrá forma de restablecer su estándar ético. Esto plantea una dificultad contra el argumento de Nagel, que en definitiva significa que la falta de justificación del contexto global puede amenazar las visiones éticas o morales privadas de los individuos.

LA POSICIÓN DE THOMAS POGGE

Como ya se ha aclarado, Pogge, al igual que Nagel, cree que el orden institucional compromete moralmente a quienes participan en él. No obstante, las conclusiones a las que llegan ambos son opuestas. Para Pogge (Pogge, 2005b, 153), el orden institucional global es producto del diseño de los países más ricos y poderosos, es decir, no surgió por azar ni por

naturaleza. Su argumento es que ese orden institucional daña a los pobres del mundo y, por lo tanto, los ciudadanos de esas sociedades opulentas son responsables de los resultados del trasfondo institucional que impusieron al mundo.

El argumento de Pogge puede ser analizado en cuatro proposiciones (Risse, 2005, 367). En primer lugar, los países con más riqueza y poder imponen un orden global sobre los pobres del mundo. En segundo lugar, es posible pensar que bajo un orden institucional alternativo viable esas consecuencias perversas serían evitables. En tercer lugar, precisamente por existir alternativas, el orden global actual está implicado en la persistencia de la inequidad extrema. Finalmente, la tesis de Pogge supone que la inequidad extrema no puede ser rastreada en factores extrasociales.

La teoría de Pogge tiene diversos elementos. En primer lugar, Pogge propone una teoría del florecimiento humano (Pogge, 2005b, 46). Pogge coincide con la afirmación de Rawls de que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales. Pogge propone una teoría sustantiva del bien cuyo propósito es servir de métrica para evaluar si las instituciones tratan de una forma justa a las personas sobre las que ejercen coerción. Para Pogge el florecimiento humano encuentra un único criterio universal de justicia en los derechos humanos.

En segundo lugar, la tesis de Pogge sostiene que el aseguramiento de la satisfacción de los objetos de protección de los derechos humanos es un tema institucional (Pogge, 2005b, 220). Todo orden institucional debe estar diseñado de manera tal que garantice que los individuos tendrán acceso a esos derechos dentro de un umbral razonable.

En tercer lugar, Pogge cuenta con una propuesta conceptual de daño y de causalidad (Pogge, 2007, 26). Aunque el infracumplimiento de los derechos humanos es de carácter institucional, los efectos de ese orden son, según este autor, causados por las personas que participan de este sistema. No es necesario dañar a otro en el nivel de la interacción para ser responsable por alguna privación de los objetos que protegen los derechos humanos. Pogge pone el ejemplo de un sistema esclavista. En un sistema semejante no hace falta tener un solo esclavo para ser responsable por su situación. Basta con participar y apoyar el sistema sin esforzarse por modificarlo. Es en este

punto donde introduce el tema de la responsabilidad moral en términos que hacen su posición contrastable con la de Nagel.

Por otro lado, Pogge también propone un concepto específico de daño. El daño es una noción comparativa según este autor. Esto quiere decir que una persona es dañada si se encuentra peor situada a como se encontraría en un esquema institucional alternativo. Pogge rechaza la aproximación diacrónica que afirma que una persona es dañada si se encuentra en una peor situación en comparación a como se encontraba en un momento anterior bajo otro orden. Por ejemplo, se puede argumentar que, aun reconociendo los efectos perversos del orden institucional actual, los pobres del mundo se encuentran mejor que en épocas anteriores a estos arreglos. Más allá de la verdad o no de esta afirmación, lo que hay que dejar claro es que Pogge rechaza este concepto de daño. El hecho de que un tipo de orden mejore a uno que le antecedía no quiere decir que el daño necesariamente haya cesado. Para Pogge, la estructura global daña a los pobres porque existe una alternativa viable y fácilmente alcanzable en la que los resultados del presente orden no se producirían.

Esto nos lleva al cuarto planteamiento de Pogge, que consiste en la propuesta de un orden institucional alternativo que satisface las condiciones de ser viable y no demandar un gran sacrificio de los mejor situados (Pogge, 2005b, 249). Su propuesta en concreto es la de imponer un dividendo global sobre los recursos no renovables. La opinión de Pogge es que se debe limitar los derechos de propiedad que los gobiernos tienen sobre los recursos de sus territorios. Los pobres del mundo también deben tener un derecho sobre una porción de los recursos no renovables que se decida explotar.

Otra alternativa es la denominada reforma de la tres P (Jaggar, 2010, 5): proteccionismo, privilegios y farmacéuticos (pharmaceuticals). Pogge cree que un orden institucional en el que los países desarrollados no protejan a sus mercados del libre comercio de productos de interés de los países en desarrollo, por ejemplo la agricultura; en el que el sistema no reconozca los privilegios de endeudamiento y de propiedad sobre los recursos a los gobiernos de países no democráticos en donde ha habido golpes de Estado; y que remunere el desarrollo de nuevas medicinas por su impacto en la

salud global y no con base en el sistema actual de patentes que crea monopolios, generaría cambios sustanciales en las expectativas de vida de los pobres globales.

Una vez presentado este somero panorama de la teoría de Pogge, pasamos en la siguiente sección a una de las discusiones que justifican por qué Thomas Pogge no llega a la misma conclusión de la concepción política defendida por Nagel. Se trata del debate sobre las causas de la pobreza, que mantuvo con Rawls.

EL DEBATE SOBRE LAS CAUSAS DE LA POBREZA

En el libro Law of Peoples, Rawls expuso su teoría para el escenario global. En él rechazó la aplicación de su principio de diferencia más allá de las estructuras básicas globales. Su propuesta fue la de un deber de asistencia según el cual los pueblos bien ordenados deben ayudar a los que afrontan condiciones desfavorables a ordenarse institucionalmente (Rawls, 1999, 108). Este deber no se ocupa directamente del bienestar de los individuos, sino del orden de la estructura básica doméstica de los pueblos más vulnerables. Este es un criterio, en la opinión Rawls, suficiente por dos motivos. En primer lugar, Rawls parte de la premisa que las causas de la riqueza o pobreza de un pueblo se explican por factores exclusivamente internos como la cultura política y las tradiciones morales o religiosas que soportan la estructura básica, como también por los talentos e industria de los asociados. El segundo motivo es que una sociedad bien ordenada debe satisfacer la condición de tener un principio distributivo doméstico. No tiene que ser el principio de diferencia de Rawls, pero es necesario que esté regida por una concepción pública de justicia que garantice al menos alguna mínima distribución de recursos. Por lo tanto, el camino para elevar los niveles de vida de los peor situados no puede darse fuera de las estructuras básicas internas.

Pogge rechaza este argumento, el cual denomina el dogma de la explicación nacionalista (Pogge, 2006, 219), y sostiene que, independientemente de que

ese orden constituya una estructura básica en el sentido rawlsiano o no, las reglas y prácticas que regulan las relaciones entre Estados son un mecanismo que priva sistémicamente a los pobres globales.

El argumento de Pogge ha sido criticado en varios frentes. Algunos autores como Cohen critican que su teoría no tiene un fundamento empírico que explique en términos económicos cómo el orden global daña a los pobres del mundo (Cohen, 2010, 32). Estos críticos consideran que el ejemplo empírico de algunos países que se han desarrollado bajo el orden económico actual, por ejemplo los "tigres asiáticos", es una objeción que afecta al fundamento teórico de su argumento. Si estos países crecieron en estas condiciones, en opinión de los críticos, se debe a su orden institucional, es decir, a políticas públicas internas que liberalizan los mercados, que evitan la corrupción, que generan una seguridad jurídica, entre otras. Siendo este el caso, el dogma de la explicación nacionalista da cuenta adecuadamente de las condiciones para el desarrollo económico, y el deber de asistencia de Rawls resulta justificado y suficiente.

Pogge cree que esta crítica no amenaza su argumento (Pogge, 2006, 218). Pogge usa el ejemplo de un aula de clase en la que los estudiantes tienen distintos desempeños académicos a pesar de tener una enseñanza común. Esto demuestra que hay factores personales que son relevantes para el desempeño, pero es un error inferir que el factor global compartido por ellos es irrelevante para el aprendizaje. Es posible que bajo un sistema diferente de aprendizaje el desempeño promedio se eleve. Es más, para poner más rigor en la analogía, Pogge supone que el proteccionismo que los países desarrollados imponen a sus mercados sobre los productos de interés de los países en vía de desarrollo, puede equipararse a un inequitativo acceso a libros, mesas y computadores como materiales de clase, garantizando de esta forma una asimetría en las posibilidades de aprendizaje. Así, los críticos de Pogge cometen una falacia lógica que consiste en que lo que se predica de algunos, se generaliza a todos. De que algunos gatos sean pardos no se puede generalizar que todos lo sean. Algunos países se han desarrollado bajo el actual sistema global, pero esto no significa que todos podrían hacerlo ni que un trasfondo institucional alternativo no podría jugar un papel esencial.

CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CIUDADANOS EN POGGE

La pregunta que John Rawls se plantea es la de qué principios de justicia deben regular la estructura básica primaria que establece las instituciones legales y económicas que regulan la interacción de agentes libres y racionales. ¿Es esta la pregunta más relevante en el caso de Pogge? Es claro que Pogge responde esta pregunta al considerar que hay órdenes institucionales alternativos y viables, por ejemplo un orden que imponga un dividendo global a favor de los peor situados globalmente. No obstante, la tesis principal de Pogge versa sobre otro tema, a saber, la responsabilidad de los que están en posición de cambiar un orden institucional injusto.

Estas parecen ser dos consideraciones distintas e independientes. Es decir, las propuestas de reforma institucional de Pogge son respuestas plausibles y pragmáticas para resolver las urgencias provocadas por la pobreza extrema, que además, por ser modestas al no exigir grandes sacrificios de los ciudadanos de los países ricos, pueden resultar atractivas. Sin embargo,

Pogge no cree que estas sean las únicas alternativas. Muchos otros tipos de diseños institucionales que establezcan unos estándares mínimos distributivos para que a todos los individuos del globo se les asegure la satisfacción de sus derechos humanos dentro de un umbral razonable serían aceptables para este autor.

Igualmente, a pesar de tener una teoría sobre el florecimiento humano, esta tampoco parece ser el objeto principal de su argumento. Parece ser que la pobreza extrema podría reducirse con otra métrica sobre el bien humano diferente a los derechos humanos, por ejemplo una lista de capacidades para funcionar como la que propone Nussbaum.

Por el contrario, la tesis sobre la responsabilidad de los ciudadanos en la reforma de órdenes institucionales injustos no es algo transigible. Quienes están en posición de cambiar un orden institucional que produce unos

resultados perversos incurren en una falta moral al no hacerlo. De forma que el problema principal no es cuál es el orden institucional justo, sino quién está en posición de diseñar y mantener ese orden y cuál es su responsabilidad.

Aunque el planteamiento de Pogge se hace en contexto de la Justicia Global, consideraciones similares caben sobre la justicia doméstica. Los Estados, sobre todo los más pobres, cuentan con élites políticas y económicas que diseñan estructuras básicas que carecen de una concepción pública de justicia y que utilizan para promover fines privados. Por lo tanto, abstrayendo el argumento de Pogge de su énfasis en la pobreza global, podemos ver que su objetivo general es el de evaluar la responsabilidad moral de aquellos que imponen un determinado orden institucional.

Es válido entonces preguntar: ¿es institucional o interaccional la teoría de Pogge? ¿Está valorando moralmente a las instituciones sociales o a la conducta de los agentes en sus interacciones? Al parecer su teoría da cuenta de las dos cosas. Las instituciones son valoradas de acuerdo con la métrica del florecimiento humano y la conducta de acuerdo con el cumplimiento del deber negativo de no apoyar instituciones injustas.

Los Estados desarrollados son sociedades bien ordenadas que tienen una concepción pública de justicia, pero que a la vez respetan el hecho del pluralismo razonable y, por lo tanto, cuentan con diversas concepciones morales, religiosas y filosóficas. Pero, con independencia de la concepción privada del bien que adopte cada individuo, todas esas visiones comprensivas comparten un deber moral común, según Pogge, el deber negativo de abstenerse de diseñar y mantener un sistema institucional injusto. Esta es la única moneda común entre las diversas moralidades. Como explica Jaggar (Jaggar, 2010, 2), lo particular de Pogge es que permitió dejar de pensar la responsabilidad moral frente a la pobreza global como un tema de deberes positivos, sujetos a los preceptos religiosos, morales o éticos particulares, para ofrecer una concepción en la que un deber negativo es suficiente.

CONCLUSIÓN

La división entre la esfera de la justicia y la de la virtud encuentra un punto de conexión en el deber moral de establecer un orden institucional justo. La naturaleza de este deber lo hace tender un puente entre estos dos ámbitos. Sin una consideración sobre lo político, la moralidad no puede ser plena.

Nagel y Pogge nos ofrecen dos alternativas para entender este deber. La propuesta de Nagel tiene el problema de que parece excluir ciertos tipos de ética razonables, en que los resultados no son lo relevante para la evaluación moral, sino la voluntad en sí misma. La mala voluntad de la estructura institucional se convierte en la mala voluntad del ciudadano soberano y esto no se puede subsanar con deberes dirigidos a mitigar los resultados indeseados que produce la asociación política en contra de los que no son miembros. Por el contrario, Pogge propone un factor común a todas las moralidades, sin excluir a ninguna.

BIBLIOGRAFÍA

Beitz, Charles. Political Theory and International Relations, Princeton, Princeton University Press, 1979.

Beitz, Charles. “Rawl’s law of peoples”, Ethics, vol. 110, n.° 4, 2000, pp. 669-696.

Cohen, Joshua. “Philosophy, Social Science, Global Poverty”, en A. Jaggar (ed.), Thomas Pogge and his critics, Cambridge, Polity Press, pp. 18-45.

Freeman, Samuel. “Distributive justice and the Law of Peoples”, en R. Martin y D. Reidy (eds.), Rawls’s Law of Peoples: A realistic utopia?, Oxford, Blachwell Publishing, 2006, pp. 243-261.

Jaggar, Alison. “Introduction”, en A. Jaggar (ed.), Thomas Pogge and his critics, Cambridge, Polity Press, 2010, pp. 1-17.

Murphy, Liam. “Institutions and the Demands of Justice”, en Philosophy & Public Affairs, vol. 27, 1998, pp. 251-91.

Nagel, Thomas. Equality and Partiality, Oxford, Oxford University Press, 1991.

Nagel, Thomas. “The Problem of Global Justice”, Philosophy and Public Affairs, vol. 31, n.° 74, 2005, pp. 113-147.

Nussbaum, Martha. Frontiers of Justice, Cambridge, Harvard University Press, 2007.

Pogge, Thomas. Realizing Rawls, Ithaca, Cornell University Press, 1989.

Pogge, Thomas. “An egalitarian law of peoples”, Philosophy and Public Affairs, vol. ^ n.° 3, I994, pp. i95-²²4.

Pogge, Thomas. “Cosmopolitanism and sovereignity”, en C. Brown (ed.), Political Restructuring in Europe: Ethical Perspective, Londres, Routledge, 1994, pp. 89-122.

Pogge, Thomas. “Real world justice”, The Journal of Ethics, vol. 9, n.° 1/2, 2005, pp.

Pogge, Thomas. La pobreza en el mundo y los derechos humanos, Barcelona, Paidós, 2005.

Pogge, Thomas. “Do Rawls’s Two Theories of Justice Fit Together?”, en R. Martin y D. Reidy (eds.), Rawls’s Law of Peoples: a realistic utopia?, Oxford, Blackwell Publishing, 2006, pp. 206-226.

Pogge, Thomas. “Severe Poverty as a Human Rights Violation”, en T. Pogge (ed.), Freedom from poverty as a human right: who owes what to the very poor?, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Rawls, John. El Liberalismo Político, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1995.

Rawls, John. A Theory of Justice, Oxford, Oxford University Press, 1971.

Rawls, John. The Law of Peoples with “The idea of public reason revisited”, Cambridge, Harvard University Press, I999.

Risse, Mathias. “How does the global order harm the poor?”, Philosophy and Public Affairs, vol. 33, n.° 4, 2005, pp. 349-376.

MAXIMILIANO A. ARAMBURO C.

Los límites de la justicia transnacional: el caso del Comercio Justo

[*]

CONTEXTO

Una de las grandes consecuencias de la globalización ha consistido en la toma de conciencia, por quienes participan en los mercados, de un fenómeno que podríamos llamar de desaparición selectiva de las fronteras nacionales. Selectiva, en este contexto, querría decir que las fronteras desaparecen para unos efectos, pero no para otros. Desaparecen o tienden a desaparecer -o a atenuarse-, por ejemplo, para el tránsito de mercancías; en ese contexto surgen los acuerdos de libre comercio, el levantamiento de barreras arancelarias, entre otros. Pero las fronteras no desaparecen (o no lo hacen en la misma medida) respecto de otros fenómenos. Uno de esos fenómenos, que ocupa la atención de los juristas interesados en la globalización (entre los que se cuentan los filósofos del derecho, los dedicados al derecho internacional tanto público como privado y, sobre todo, los comparatistas de todas las especialidades), tiene que ver con la posibilidad (o imposibilidad) de que se resuelvan por "la" jurisdicción los conflictos derivados de actos relacionados con un comercio "global" y, dentro de este, los del denominado Comercio Justo (CJ){1}. Así, por ejemplo, dentro de la agenda de temas jurídicos de interés desde este punto de vista, se encuentran el arbitraje internacional, el derecho de los tratados, la posibilidad de existencia y límites de un constitucionalismo global, o la inacabada -e inacabable- discusión sobre la existencia o inexistencia de un orden jurídico válido en todo tiempo y lugar.

Hay temas que están directamente relacionados con aquellos. El de los límites y dificultades de la jurisdicción para ocuparse de ciertas controversias originadas en los procesos propios de la globalización es uno de ellos. Asumiendo que el Comercio Justo (al menos el que involucra productores y consumidores pertenecientes a diferentes Estados) hace parte de dichos procesos, sostendré en este breve texto que una parte importante de lo que se debe considerar "justo" dentro del etiquetamiento (labelling) correspondiente debe tener vinculación necesaria con la esfera de protección de los derechos que se derivan de (o se ven comprometidos en) el ejercicio de dicha actividad mercantil protegida (o reforzada). Y que la renuncia a la jurisdicción que se impone como criterio para la imposición

formal de los sellos de Comercio Justo (dimensión formal) comporta ciertos riesgos para la efectividad de la protección de esos derechos, dado que no existen mecanismos acabados de justicia transnacional privada. De manera muy breve y (apenas) esquemática, este texto busca exponer ese problema.

COMERCIO JUSTO Y JUSTICIA ANORMAL

De acuerdo con la clasificación propuesta por Nancy Fraser{2}, el contexto de las relaciones mercantiles del Comercio Justo (y el de su protección) podría clasificarse como un escenario de justicia anormal. Esto quiere decir que las relaciones que se tejen a) no corresponden a un conjunto simple de individuos, sino que a veces intervienen agremiaciones, organizaciones no lucrativas, Estados y sus instituciones, entre otros; b) no se desenvuelven únicamente en el marco de un Estado territorial, sino que pueden involucrar a sujetos particulares de diferentes Estados territoriales (y aun a Estados territoriales mismos); c) esas relaciones no se producen en una comunidad política delimitada, sino entre diversos individuos de comunidades políticas diversas; d) ni está delimitado claramente el espacio económico de la distribución, por ejemplo a través de diferentes tratados de libre comercio que derriben las barreras hacia escenarios económicos lejanos y diversos.

Sin embargo, hay un elemento de justicia material definido por la noción de Comercio Justo que -en el esquema de análisis propuesto por Fraser- suscita unanimidad: e) los intereses que merecen mayor preocupación son, claramente, los de los productores débiles. “El Comercio Justo Fairtrade representa -dice la definición ‘oficial’- una alternativa al comercio convencional y se basa en la cooperación entre productores y consumidores. Fairtrade ofrece a los productores un trato más justo y condiciones comerciales más provechosas. Esto les permite mejorar sus condiciones de vida y hacer planes de futuro. Para los consumidores, Fairtrade es una manera eficaz de reducir la pobreza a través de sus compras diarias”. Lo que Fraser denomina “cuestionamiento del marco westfaliano”{3} está en la base del Comercio Justo: “las movilizaciones actuales de la opinión pública raramente se detienen en las fronteras de los Estados territoriales.

[...] [Sus] comunicaciones no se dirigen a un Estado westfaliano [...], los problemas debatidos son consustancialmente transterritoriales y no pueden localizarse en un espacio westfaliano ni ser resueltos por un Estado westfaliano"{4}.

En ese entorno de "justicia anormal" la pregunta por el contenido de "lo justo" -o al menos por aquella parte de lo justo que busca mejorar las condiciones de vida de los productores- lleva a otro tipo de preguntas. ¿Mediante qué mecanismos garantiza el Comercio Justo la protección de los derechos de los productores y de los consumidores, en el marco de las relaciones reforzadas que crea? En el caso de que esas relaciones sean entre individuos o instituciones de diversos países, ¿qué soluciones arbitra para garantizar la vigencia de las especiales condiciones de "justicia" sustantiva que desarrolla? El marco teórico de las entidades de certificación de Comercio Justo muestra una cierta inclinación a la desconfianza en la capacidad de los poderes legislativos locales para alcanzar los objetivos que se proponen dichas entidades, si bien se trata de una desconfianza matizada o atenuada, pues hay una remisión expresa a las legislaciones locales en lo atinente al marco normativo de algunas de las relaciones que se producen dentro del Comercio Justo, como sería el caso de las laborales. En la regulación de dichas relaciones laborales, pues, sí se encuentra en los procesos de Comercio Justo una directriz de respeto por las legislaciones locales y sujeción a los convenios internacionales originados en instituciones transnacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Donde la desconfianza es (casi) absoluta es en la capacidad de la jurisdicción para proteger no solo los derechos y garantías legales de aquellos cuyos intereses se busca proteger, sino también los derechos y garantías derivados de las prácticas del Comercio Justo propiamente de intercambio, tal como se definen en los estándares. Desde ese punto de vista, por ejemplo, "todos los contratos entre los productores y pagadores CJ y transmisores CJ deben estipular un mecanismo de arbitraje acordado por ambas partes" (criterio 3.1).

Ese criterio se encuentra asociado a los principios que la misma estructura del Comercio Justo declara como subyacentes. Según uno de tales

principios, las compañías que comercialicen productos Fairtrade deben "firmar contratos que permitan una planificación a largo plazo y unas prácticas de producción sostenible". Esto querría decir que la regulación contractual sustantiva y comprehensiva se considera el mecanismo óptimo para la definición de los derechos de la parte protegida; y, al mismo tiempo, que el arbitraje (contractualmente) obligatorio se considera el único mecanismo apto para la protección de dichos derechos, el único que se considera adecuado por las prácticas de Comercio Justo para permitir una planificación a largo plazo o una producción sostenible{5}.

Pero esa regulación contractual ad hoc y el mecanismo de solución de controversias no carecen de problemas y límites. Quiero proponer su enumeración a partir de las notas que, según Nancy Fraser (ver supra), caracterizan los contextos de justicia anormal. No pretendo, por tanto, ocuparme de los supuestos "típicos" con los que se enfrenta el derecho internacional privado (reglas de conflicto de leyes o conflicto de jurisdicción, por ejemplo), más que para mencionarlos como alguno de los factores que inciden en el problema; ni pretendo entrar en la cuestión -importante, sin duda- de la determinación de las reglas de jurisdicción y competencia. Por el contrario, busco resaltar el hecho de que lo que se presupone usualmente al hablar de controversias privadas es la regla general de un litigio nacional (es decir, interno) entre individuos o instituciones que aceptan (o hacen parte de) una jurisdicción estatal, reservando un espacio de excepcionalidad "normal" para unos cuantos casos que trasciendan fronteras{6}. Todos estos casos -la regla general presupuesta y sus excepciones, determinadas en función de simple frecuencia estadística- son, no obstante, una parte conocida de un contexto de justicia normal, que empieza a desdibujarse cuando los actores del Comercio Justo pertenecen a diferentes Estados.

PRIMER LÍMITE: LA REGULACIÓN DE MERCADOS EN ESPACIOS ECONÓMICOS DIVERSOS. HACIA LA JUSTICIA DEL COMERCIO

El primer límite que quiero analizar tiene que ver con la existencia de espacios de distribución que en principio no se sujetan a regulaciones uniformes. Este límite está en directa correlación con los restantes, pero su introducción en primer lugar permite plantear aquellos de manera más ordenada. Si es cierto que existe "un núcleo esencial de principios irrenunciables que gobiernan la administración de la justicia civil en los ordenamientos evolucionados"{7}, la renuncia a la jurisdicción y su remplazo por mecanismos de arbitraje solo podría estar fundamentada en una previa desconfianza en la capacidad de dicha administración de justicia para proteger aquellos derechos en los casos que involucran individuos (o instituciones) de diferentes países. En efecto, dado que las garantías procesales (es decir, las que tendrían que ser propias, por definición, de la jurisdicción estatal o westfaliana) tienen una dimensión económica por cuanto buscan asegurar una rápida y satisfactoria resolución de las controversias{8}, podría decirse que hay identidad entre los objetivos declarados de la función jurisdiccional y los que el Comercio Justo atribuye al arbitraje para la resolución de sus controversias.

En la medida en que el Comercio Justo recurre a regulaciones contractuales de las relaciones económicas, resulta justificado preguntarse si sería más justo para sus participantes participar (o procurar la regulación) del mercado a través de normas generales. Como señala Larrañaga{9}, puede hablarse de tres niveles de "juridificación" del mercado: como mecanismo, como institución y como orden. Para el mencionado autor, "hablar de 'fallos' del mercado equivale a hablar de 'fallos' en las normas e instituciones que regulan el mercado; esto es, que estructuran socialmente las condiciones de los acuerdos voluntarios". En ese orden de ideas, desde el mercado entendido como mecanismo, "la dinámica del intercambio voluntario entre individuos maximizadores de su utilidad individual genera un equilibrio que maximiza la utilidad social". Y por eso el mercado utiliza tres mecanismos para posibilitar esa maximización de la utilidad social: definir el contenido de los acuerdos (derechos de propiedad), delinear las formas de los acuerdos (derecho de contratos) y establecer procedimientos de ejecución de esos acuerdos (derecho procesal){10}.

La renuncia del Comercio Justo a las normas generales (estatales) y a la jurisdicción puede verse o bien como una renuncia a la regulación en dos de

esos tres mecanismos (el derecho de los contratos y el derecho procesal), o bien como una propuesta (imposición) de una nueva regulación (en este caso contractual, o seudorregulación) en esos dos ámbitos, que se considera más justa aunque se produzca y establezca sin tener en cuenta de manera precisa los límites estatales. Cualquiera de las dos posibilidades obedece a que, en términos de la teoría de la justicia, se considera que la regulación estatal de los mercados resulta contraria a los que se considerarían los requisitos básicos de una sociedad justa.

¿Es la jurisdicción incapaz de producir esa sociedad más justa? ¿Por qué preferir el arbitraje y hacerlo obligatorio renunciando a la jurisdicción? La respuesta podría encontrarse en los demás límites, que tienen que ver con la falta de efectividad institucional y de efectividad concreta de las garantías procesales, límites que buscan ser superados a través de la implementación de proyectos armonizadores (como los principios y reglas ali y unidroit sobre proceso civil transnacional) y de regulaciones del tipo soft law como las que se suelen adoptar, por ejemplo, en el marco del derecho laboral.

SEGUNDO LÍMITE: LOS SUJETOS QUE PARTICIPAN DEL COMERCIO JUSTO NO SON SOLO INDIVIDUOS CONNACIONALES

De un lado, los fenómenos de integración económica (y política) no parecen dejar ya duda alguna acerca del decaimiento de la siempre dudosa exclusividad de los Estados-nación como participantes de las relaciones internacionales. La buena porción de la economía mundial que representa Europa es un claro ejemplo de ello (y no escasean ejemplos de otras integraciones, quizás menos paradigmáticas), que ha llevado a procesos de armonización y unificación normativas y a la creación de tribunales, como el europeo. Como señala Taruffo{11} (quien recuerda otros ejemplos supranacionales), ninguna de estas experiencias ha concluido aún, lo que dificulta cualquier ejercicio de análisis estructural. Sin embargo, estas experiencias en curso sí permiten anticipar algo: no se encuentran acabados los mecanismos integradores ni se han consolidado todavía fenómenos típicos que permitan llevar a cabo las estandarizaciones y generalizaciones

propias de las normas jurídicas{12} consonantes con esas “nuevas” realidades, en las que las relaciones no se reducen a binomios de individuos enfrentados en un litigio singular y concreto y en un entorno económico homogéneo y delimitado, sino, por el contrario, en un contexto de “deslocalización” de la administración de justicia.

El modelo extremo de esa deslocalización es el de las disputas propiamente transnacionales y es justamente al que apuntan cláusulas como la de renuncia a la jurisdicción y la regulación íntegramente contractual de las relaciones entre productores y comercializadores, en el denominado Comercio Justo. En acuerdos que consagran cláusulas de este tipo, la controversia “puede no estar regulada por un derecho nacional (sino por acuerdos estipulados por las partes sin ninguna referencia a un específico ordenamiento o con referencia a reglas elegidas ad libitum por los contratantes)”{13}. Esto, incluso, puede verse como una especie de “involución”: según Martin Shapiro{14}, en tanto las sociedades se fueron haciendo más complejas, tendían a sustituir el consentimiento concreto para que una norma particular rigiera las relaciones concretas entre particulares, por el derecho, general y abstracto. La verificación del procedimiento inverso (es decir, remplazar el derecho general y abstracto por normas concretas dictadas por los particulares y sometidas al escrutinio de un juez ad hoc) hace razonable inferir que la renuncia a la jurisdicción supone un esfuerzo por reducir la complejidad del entramado social en el que se producen las relaciones de producción.

Y eso se logra a través de tres mecanismos: la limitación del marco normativo de la resolución de la controversia, la eliminación de la discrecionalidad propia de la jurisdicción y la designación de “jueces” (es decir, de árbitros) que hagan parte del contexto de justicia “anormal” en sustitución de los jueces ordinarios.

Resulta claro que los sujetos involucrados en el Comercio Justo, en particular los productores, constituyen un grupo social que -en aras de materializar la pretendida justicia de la que carecerían sin los mecanismos que se ponen en marcha para darle nombre al movimiento- busca mecanismos de administración de justicia o resolución de controversias, si bien no excepcionales, sí privilegiados. Esto sucede porque, como se ha

señalado, se asume que las limitaciones de la justicia civil ordinaria, en función de sus tiempos de decisión, costes de acceso (cuando se requiere traspasar fronteras para garantizar el acceso a la misma) e incluso respeto de garantías sustantivas, no responden al esquema de lo justo que pretende el Comercio Justo. La igualdad, que es uno de los problemas clásicos de la teoría de la justicia, justificaría así el recurso a mecanismos privilegiados de solución de controversias.

Así mismo, el conjunto de individuos que toma parte en este contexto de justicia anormal pertenece (o puede pertenecer) a diversos países, que participan de mercados más amplios gracias a las organizaciones que promueven (y etiquetan) el Comercio Justo y aun a Estados que implementan políticas públicas para lograr sus fines. De hecho, expresamente se declara -como se vio- que el Comercio Justo es una iniciativa para que los habitantes de países desarrollados contribuyan, a través de sus compras, al desarrollo de países menos favorecidos. Esta multiplicidad de países -causa o efecto de la globalización, a los efectos es indiferente- tiene a su vez consecuencias en los modelos de administración de justicia. Así, por ejemplo, comienza a verse caduco el esquema dicotómico entre civil law y common law y entre modelos de solución de controversias acusatorios e inquisitivos, lo cual exige que las diferencias y distinciones entre modelos jurídicos (y judiciales) se tracen en términos diferentes. El dinamismo de las relaciones así deslocalizadas exige que no se puedan seguir empleando categorías estáticas para describirlas y clasificarlas, pues se producen intercambios entre los sistemas no solo de bienes y servicios, sino de elementos de las respectivas tradiciones culturales y jurídicas.

TERCER LÍMITE: AMPLIACIÓN DE MARCOS TERRITORIALES

Estos intercambios pueden producir efectos en el marco del Estado territorial propiamente dicho o mediante instituciones y procedimientos que tienen lugar fuera de él. En el primer caso, para que esos intercambios (que se dan naturalmente y se reflejan muy rápidamente en la cultura local)

tengan forma jurídica es necesario que se diseñen e implementen mecanismos institucionales dentro de cada Estado territorial: es necesario que los legisladores (nacionales) se empleen a fondo, de manera que se eviten tensiones innecesarias como fruto de "importaciones" acríticas de instituciones foráneas, que no consulten las propias tradiciones de la sociedad correspondiente, tales como códigos procesales que luego no se aplican o se aplican defectuosamente en virtud de los vicios anclados en las formas propias de administrar justicia. Es lo que ha sucedido en muchas ocasiones con procedimientos con tendencia a la oralidad, que terminan siendo vertidos en actas escritas, con duración igual o mayor que la de los procedimientos escritos preexistentes.

La mencionada necesidad de superar los esquemas y modelos clásicos (por ejemplo, el de civil law y common law y los modelos acusatorio e inquisitivo) ha sido traducida por comparatistas como Damaska (1986) en un enfoque descriptivo diferente, que distingue dos modelos de Estado (reactivo vs. activo) y modelos procesales diferentes que son correlativos no solo a esos dos modelos de Estado, sino a la organización del funcionariado judicial (modelo jerárquico vs. modelo coordinado). Con todo, Damaska sigue hablando de modelos estatales: se trata de una explicación que sigue anclada al esquema de Estados territoriales, lo que hace inviable trasladar esas estructuras de administración de justicia al marco de las controversias transnacionales.

Taruffo{15}, por su parte, considera que hay tres grupos de "nuevos" modelos que pueden emplearse para acercarse a la realidad de las soluciones de controversias en un marco que tiende a desdibujar las fronteras entre las categorías que antes eran nítidas. Por un lado, estarían los modelos estructurales, que pretenden ser descriptivos de la estructura de los procesos en las distintas formas en que se presentan; por otro, los modelos funcionales, que pretenden identificar las finalidades que asume el proceso; y finalmente, los modelos supranacionales -que pueden ser tanto estructurales como funcionales- y que a su vez pueden pertenecer a distintas dimensiones. Por una parte, una dimensión propiamente supranacional, como la que refleja y plasma el modelo de los Principios y Reglas del Proceso Civil Transnacional{16}, que tiende a la adopción de un marco de referencia común para la solución de controversias, que supere diferencias

políticas y culturales (ver infra); y por la otra, una dimensión a medio camino entre las estructuras internas y las supranacionales, constituida por los proyectos que buscan directamente la unificación, como sería el caso del Código Procesal Modelo para Iberoamérica.

Pero el Comercio Justo escapa incluso a esos modelos porque, por un lado, dichos modelos no se han concretado aún en la realidad empírica: hasta ahora no se ha producido la armonización pretendida por los Principios y las Reglas ni se han unificado las legislaciones vinculadas a los códigos modelo. Y por el otro, el Comercio Justo se construye su propio esquema de regulación y resolución de controversias, huyendo de la jurisdicción limitada a esquemas territoriales. La falta de una coactividad actual de las dos posibles dimensiones de modelos supranacionales jurisdiccionales mencionados, por tanto, genera desconfianza de cara a la protección de los derechos que los esquemas de Comercio Justo quieren proteger. Esa desconfianza -que reproduce el viejo problema del elemento autoritativo del Derecho- se deriva tanto de la ineficacia institucional que puede tener una determinada autoridad jurisdiccional "nacional" dentro de diversos Estados (ajenos al suyo propio), como de las necesidades propias de sujetos con condiciones materiales merecedoras de derechos extendidos o reforzados (por la vía contractual de los estándares de Comercio Justo). Una determinada autoridad judicial nacional no proporciona, pues, una estructura privilegiada para esos derechos ni proporciona una velocidad diferenciada para el tipo de justicia requerido por sus promotores.

A esos efectos, la velocidad y la limitación del universo normativo de los mecanismos arbitrales suponen un remedio (temporal, si se quiere) para las necesidades no satisfechas por los (inexistentes o débiles) modelos de justicia transnacional en cuanto a controversias entre particulares{17}. Se trata de un remedio, pues ofrece un mecanismo que permite a los sujetos de diferentes comunidades políticas y diferentes Estados territoriales resolver sus disputas con arreglo a un marco normativo común. Pero se trata también de un mecanismo cuya vocación de permanencia en el tiempo está condicionada por los mencionados factores de desconfianza en los mecanismos permanentes de la jurisdicción y los modelos supranacionales. Bien vistas las cosas, la renuncia a los mecanismos estatales podría no darse si modelos como los propuestos por Taruffo se llevasen a la realidad y

operasen como garantías efectivas de los derechos. Pero ni siquiera en contextos como el europeo, donde más avanzada está la unificación normativa, esto ha sido posible. Pese a los mecanismos comunitarios, la falta de efectividad institucional de las garantías a nivel transnacional{18} tiene limitaciones por las dificultades para la entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

CUARTO LÍMITE: LA DIVERSIDAD DE COMUNIDADES POLÍTICAS Y SUS INTERESES

Para superar esa falta de efectividad institucional a la que se ha aludido, son necesarias reformas legislativas internas. Se trata de un fenómeno (desde ese punto de vista) similar al que, en otros contextos, se produce con respecto a la efectividad de las sentencias pronunciadas por los tribunales de derechos humanos que suelen requerir de mecanismos expeditos para el cumplimiento interno de dichos fallos. La efectividad, pues, de un marco de actuación -en palabras de Fraser- poswestfaliano, parece depender de que funcionen de manera adecuada las instituciones puramente pertenecientes a los Estados territoriales. Resolver cuestiones como la jurisdicción aplicable representaría avances en términos de igualdad en el acceso a la justicia. Pero no solo ello. Dadas las diferencias que existen en las concepciones de un mismo concepto, la armonización de un sistema de justicia transnacional tiene que lidiar con diferencias culturales y políticas. Las políticas públicas, por ejemplo, de selección y nombramiento de los jueces inciden directamente sobre el contenido de lo que se entienda por independencia judicial, que es una de las garantías que se ponen en juego en cada Estado territorial: no representa lo mismo, en términos de independencia judicial, un nombramiento a través de carrera judicial que un nombramiento por la vía electoral.

En ello parece incidir de manera clara “la” cultura. Chase{19} ha sostenido que el método “oficial” de resolución de controversias de un lugar representa necesariamente un modelo de la forma en la que se concibe la autoridad y la forma en la que se relacionan los ciudadanos entre sí.

Sostiene Chase que esa manera de relacionarse los ciudadanos es especialmente importante, dado que se trata del modo en que estos deciden qué es lo verdadero y cómo distinguen lo justo de lo injusto. En la medida en que la resolución de las controversias se cede a un tercero -dice Chase-, las partes reconocen su autoridad. Trasladar el reconocimiento de la autoridad a una institución (el arbitraje contractualmente pactado) supone, en el caso del Comercio Justo, un desdoblamiento político y cultural de los participantes del Comercio Justo. Ese desdoblamiento parte del reconocimiento de realidades globales más allá de las fronteras políticas del espacio que se reconoce. Pero, al mismo tiempo, comporta una extensión de derechos no necesariamente reconocidos dentro de las propias fronteras, que buscan reivindicarse ante la "nueva" autoridad creada por el contrato. No me detendré aquí en la cuestión acerca de las implicaciones epistemológicas de esa forma de autoridad, sino en un aspecto, señalado por el propio Chase: la forma de resolver las controversias incide directamente en las relaciones sociales y políticas. La cultura adversativa (o adversarial, por emplear el neologismo) estadounidense ha sido ampliamente documentada. El llamado "excepcionalismo" estadounidense, que Robert Kagan{20} denomina american way of law, por ejemplo, supone un estado de cosas en el que el sistema de justicia civil es impulsado por los abogados (y no por los jueces), en el que los costos de acceso a la justicia son elevados en virtud de los honorarios de los abogados, de los dictámenes periciales, entre otros factores{21}. Un ciudadano perteneciente a una cultura política y jurídica diferente enfrentaría serias dificultades para tomar parte en ese sistema, de la misma manera que un estadounidense encuentra reparos a modelos judiciales en los que los jueces tengan un papel más activo, el Estado asuma -tendencialmente- parte de la actividad probatoria, etcétera.

Los intereses culturales y políticos diversos (y divergentes) hacen que sea difícil de configurar un mecanismo de justicia supranacional idóneo para nivelar esas diferencias en favor de aquella parte cuyos intereses se busca reivindicar en el Comercio Justo. La renuncia a la jurisdicción, con todo, contiene la promesa de un juez imparcial que se sustrae a dichos intereses.

CONCLUSIÓN: EL ARBITRAJE COMO PROMESA Y COMO RIESGO

Ya quedó claro que la respuesta de las iniciativas de Comercio Justo ante las dificultades de un modelo de justicia supranacional eficaz consiste en el arbitraje obligatorio. ¿Es esto más justo que la sujeción a los esquemas transnacionales, con las dificultades y limitaciones que hemos señalado? El arbitraje (sobre todo el internacional) viene siendo reivindicado en las últimas décadas, en virtud de su flexibilidad. Aunque la regla general (por defecto) sigue siendo la jurisdicción, el terreno ganado por el arbitraje es imposible de soslayar. Como señala Taruffo{22}, los mecanismos alternativos de solución de controversias representan "una especie de 'justicia coexistencial' que se prefiere a las formas de 'justicia conflictual' típica del proceso. Aquella, en efecto, tendrá la ventaja de superar el conflicto en lugar de profundizarlo [...], y tendría la ventaja adicional de hacer 'justiciables' controversias que de otra manera quedarían sin solución, dado que difícilmente serían llevadas ante un juez". Esta característica es predicable de las controversias en las cadenas de producción a las que "atiende" el Comercio Justo, por hacer parte del contexto de justicia anormal que hemos descrito.

Entonces el arbitraje obligatorio, desde este punto de vista, se presenta fundamentalmente como la única manera de garantizar el acceso a una forma de resolución de controversias, instrumentada por la regulación ad hoc del marco de protección a los productores débiles. Todo lo cual es, al mismo tiempo, esperanzador y dramático. Lo primero, porque supone una alternativa que enlaza la intervención (privada) en el mercado del Comercio Justo con una solución igualitarista para quienes de otra manera no alcanzan una completa integración en la sociedad. Lo segundo, porque más allá de los problemas que esta solución (que no es completamente ni liberal ni comunitarista) le plantea a la filosofía política, hay que reconocer que su aceptación o tolerancia por los Estados implica el reconocimiento de su incapacidad para resolver ese tipo de controversias.

Esa particular manifestación de la incapacidad estatal está emparentada con la denominada crisis de la ley. En ese sentido, como indica Laporta{23} citando a MacCormick, "podemos estar pasando de un sistema jurídico de

‘providencia general’ a un sistema de ‘providencia especial’”. La necesidad de regulaciones específicas (en este caso de rango diferente al legal, en sentido formal) plantea otra serie de problemas. Sin un legislador estatal que intervenga para la protección de los débiles, ciertos derechos son inaccesibles. Entonces surgen dudas sobre si, por la vía “contractual” del Comercio Justo, se pueden proteger. Las dudas se derivan de que no es unánimemente aceptada (y, por el contrario, es ampliamente debatida) la existencia de un referente jurídico que sea claramente superior a las constituciones. Si la globalización pone de presente la creciente juridificación de nuestras sociedades{24}, al derecho no puede asignársele un papel subordinado y marginal en uno de los fenómenos propios de la globalización, como el Comercio Justo. En otras palabras, si la “justicia” del Comercio Justo no descansa en referentes jurídicos claros, sería necesario recurrir a un esquema de razón práctica de alcances aun mayores que el constitucionalismo, que sería (al menos en el estado de cosas actual) ciertamente más cercano al razonamiento moral que al razonamiento jurídico vinculado al derecho positivo y que sería “administrado” por el árbitro de turno.

El arbitraje, por supuesto, reviste formas y experiencias concretas variadísimas, y los criterios y estándares de Comercio Justo nada dicen sobre cuál es la forma idónea que reviste este mecanismo para proteger mejor que “la” (hipotética) jurisdicción de los derechos de los productores débiles. Pero el entorno contractual guiado por los criterios de Comercio Justo no parece, tampoco, suministrar el marco normativo para que el razonamiento en la decisión de las controversias, llevado a cabo por árbitros, sea suficiente para superar los problemas atribuidos a los modelos de justicia transnacional. La confianza en los acuerdos de voluntad regulados por aquellos criterios parece, pues, exagerada.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M. “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, en M. Carbonell y L. García, El canon neoconstitucional, 2.a ed., Madrid, Trotta,

2010.

Chase, O. “Legal Processes and Legal Culture”, Cardozo Journal of International and Comparative Law, n.° 5, 1997, pp. 1-24.

Chase, O. “Culture and Disputing”, Tulane Journal of International and Comparative Law, n.° 7, 1999, pp. 81-90.

Damaska, M. The Faces of Justice and of State Authority, New Haven y Londres, Yale University Press, 1986.

Fraser, N. Escalas de justicia (trad. de Antoni Martínez Riu), Barcelona, Herder, 2008.

Gargarella, R. Las teorías de la justicia después de Rawls, Barcelona, Paidós, 1999.

Kagan, R. Adversarial Legalism. The American Way of Law, Cambridge y Londres, hup, 2001.

Laporta, F. “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.° 22, 1999, pp. 321-330.

LarraÑaga, P. Regulación, México, Porrúa-ITAM, 2009.

Schauer, F. Profiles, Probabilities and Stereotypes, Cambridge y Londres, Belknap Press (hup), 2003.

Schauer, F. Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana (trad. de J. Rodríguez y C. orunesu), Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2004.

Shapiro, M. Courts. A Comparative and Political Analysis, Chicago, Chicago University Press, 1981.

Taruffo, M. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil (trad. de B. Quintero), Temis, Bogotá, 2006.

Taruffo, M. Páginas sobre justicia civil (trad. de M. Aramburo), Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2009.

SEGUNDA PARTE

NUEVAS FORMAS DE REGULACIÓN JURÍDICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO GLOBAL:

LA BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA, LA EQUIDAD Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL

LAURA VICTORIA GARCÍA-MATAMOROS

ALEJANDRA RODRÍGUEZ CORTÉS

Los mecanismos de negociación y decisión en la Organización Mundial del Comercio y sus implicaciones frente al comercio multilateral justo

INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial del Comercio (OMC) fue concebida y puesta en vigor en pleno auge de las teorías económicas liberales (1986-1995), lo cual llevó al fortalecimiento de los principios de igualdad y de reciprocidad heredados del GATT (sin perjuicio de la clasificación de los países desarrollados, en desarrollo y menos avanzados y algún tratamiento especial y diferenciado que en la mayoría de los casos no es obligatorio o está sometido a la aprobación de los países que lo conceden), con la convicción de que la liberalización comercial implicaría el desarrollo y de esta manera, en poco tiempo, que todos los países llegarían a niveles de crecimiento y bienestar más equilibrados. No obstante, la participación en el comercio internacional de los países en desarrollo y menos avanzados ha generado resultados económicos decepcionantes: su capacidad de actuación en el sistema ha sido muy desigual, han perdido capacidad regulatoria y se han visto obligados a asumir grandes costos sin beneficios equivalentes; es decir, impidiendo las posibilidades de establecer un sistema en función del Comercio Justo.

Muchos son los elementos determinantes de estos resultados y cada uno de ellos puede dar lugar a extensos estudios. En este sentido, las reflexiones que a continuación se presentan buscan abordar uno de los aspectos que influyen en el sistema de comercio multilateral y sus posibilidades de ser justo, relacionado con los mecanismos de negociación y adopción de decisiones en la OMC. Para ello es necesario entrar a revisar el procedimiento previsto para la toma de decisiones en la organización, reconocido como “consenso”. Con el propósito de comprender el tema es importante identificar las implicaciones de este mecanismo en el contexto mundial y los obstáculos que impone para llegar a un sistema de Comercio Justo. A partir de ello, proponer los cambios estructurales que puedan ser necesarios y realizables en la metodología decisoria de la organización, en aras de cumplir esa máxima finalidad de justicia en el comercio internacional.

Esta argumentación parte de la premisa de que la OMC sigue siendo el espacio idóneo para la negociación y concreción de disposiciones en

materia comercial a nivel internacional, e incluso en otras materias; no solo por ser prácticamente el único organismo dispuesto para esta labor, sino porque, a pesar de las diferentes complicaciones, tanto estructurales como sustanciales, que se han venido presentando en su funcionamiento, también ha demostrado ser de gran utilidad, cuando resulta efectivo en el cumplimiento de sus objetivos y en la debida aplicación de sus reglas para ese fin. Es así como, en la materia que ocupa este escrito, se admite que "... la OMC siga siendo el foro para la creación de normas internacionales comerciales que sean vinculantes y aplicables. La OMC por ende necesita de un sistema efectivo para la toma de decisiones capaz de resolver intereses diversos. Aunque la OMC prevé los votos cuando no se puede alcanzar el consenso, la práctica del consenso domina el proceso para la toma de decisiones"{1}.

No obstante, se pone cada vez más en tela de juicio la efectividad de la OMC en el cumplimiento de sus fines y, específicamente, en el establecimiento de normas que sean verdaderamente vinculantes. De igual forma, se ha puesto en duda la efectividad del consenso como mecanismo realmente útil al establecimiento de normas y, en general, a los procesos de negociación y decisión en la OMC. Incluso se tiene, por ejemplo, que ". el Comisionado Europeo de Comercio, Pascal Lamy, ha adscrito el colapso de Seattle y Cancún al proceso 'medieval' para la toma de decisiones de la OMC. Después de Cancún, han tenido lugar discusiones acerca de la necesidad y posibilidad de reformar la OMC"{2}.

La discusión respecto de la efectividad de la organización en general, y del consenso en particular, resulta afianzada cuando estos escenarios son enfrentados a la noción de Comercio Justo. Para el tema que nos ocupa y para el desarrollo de este escrito, Comercio Justo es entendido como el que permite la distribución equitativa de los beneficios obtenidos con las transacciones internacionales. De manera más específica y en atención a nuestra realidad actual, es el que ". busca incrementar los intercambios solidarios entre los países del norte y el sur y ayudar a los productores en los países emergentes en su desarrollo sostenible"{3}. Lo cual es admisible en la medida en que los países desarrollados no se encuentran en las circunstancias de desventaja y precariedad que enfrentan los países en vía de desarrollo y, sobre todo, los países menos adelantados.

El hecho de que el concepto de Comercio Justo, tal y como es trabajado en esta oportunidad, gire en torno a la diferencia de desarrollo entre los países económicamente poderosos y los países pobres, lo explica el mismo Tristan Lecomte cuando, en su calidad de ciudadano francés, afirma que ". uno no se muere de hambre en los campos europeos, uno no vive con un ingreso diario de 1 a 2 dólares por día. Es ahí donde la urgencia es mayor"{4} En definitiva, la consideración del Comercio Justo, en los términos en que es incorporado a esta argumentación, se acoge porque existen algunas deficiencias en el modo actual de organización del comercio mundial, particularmente en relación con los más vulnerables{5}.

Dentro de estas deficiencias o fallas de ejercicio, como lo mencionamos arriba, se encuentra el consenso de la manera en que ha sido aplicado. Un ejemplo palpable es el de los ADPIC y la salud pública, en la medida en que ". la OMC no fue capaz de cumplir con la fecha límite de diciembre de 2002 impuesta en el párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, y donde un único miembro [Estados Unidos] impidió el consenso por un periodo prolongado de tiempo"{6} (paréntesis fuera de texto original).

Lo anterior es clave para entender la necesidad de analizar la idea del consenso como es aplicada en la OMC y las consecuencias de dicha aplicación frente a un comercio que día a día se exige sea más justo y responsable con todas las partes involucradas. La idea, como se expuso, es proponer arreglos a las dificultades que presenta el consenso para la negociación y toma de decisiones en materia comercial, aplicado a una realidad en la que los actores, si bien están dotados de igualdad formal, están desprovistos, en su propia naturaleza, de una verdadera igualdad material.

Es importante aclarar que en este escrito no se pretende sugerir una redefinición de los mecanismos previstos en la OMC, sino más bien se busca fortalecer la efectividad de las disposiciones ya existentes, tal y como fueron contempladas desde su concepción o con aclaraciones y aditivos que no se apartan del espectro de lo que ya ha sido establecido. Como diría John Jackson: "a falta de la modificación de acuerdos, hay muchas medidas que

pueden adoptarse para fortalecer la institución y sus acuerdos. Vale la pena centrar nuestra atención en estas medidas”{7}.

En este orden de ideas, este capítulo está organizado en cuatro partes y finaliza con una serie de conclusiones destinadas a concretar los hallazgos en materia de consenso en la actualidad, así como a reiterar los objetivos para con este escrito, con afirmaciones que invitan al cambio y al desarrollo de nuevas ideas de discusión. La primera parte trata de la definición de consenso como mecanismo para la toma de decisiones más allá de la OMC, para luego presentarlo como fue definido y es aplicado dentro de la Organización. La segunda parte consiste en ilustrar las modalidades y hechos que repercutieron en las circunstancias presentes de las relaciones comerciales a nivel mundial. La tercera parte presenta los problemas del consenso aplicado en la Organización. Finalmente, la cuarta parte propone soluciones posibles a los problemas identificados y a las circunstancias que marcan el comportamiento del comercio internacional.

DEFINICIÓN DE CONSENSO Y SUS IMPLICACIONES EN LA OMC

Según se anunció en la Introducción, en esta parte se aborda el mecanismo del consenso, entendido como “la decisión que se logra a través de una negociación que permite llegar a una solución híbrida entre las partes con relación a un problema, conflicto o desacuerdo y que está compuesta generalmente por las concesiones realizadas por todas las partes, y a la que todas luego suscriben unánimemente como una resolución aceptable al problema o desacuerdo”{8}.

A partir de esta definición, es oportuno diferenciar el concepto de consenso, de otros mecanismos que las organizaciones internacionales han concebido y aplicado en la negociación y toma de decisiones. Así, la unanimidad como modalidad individual es la que se da cuando la decisión se logra sin ningún tipo de discrepancia, es decir que todas las partes involucradas

escogen la misma opción como resultado. A diferencia del consenso, en la aplicación de la unanimidad no se permiten oposiciones de ningún tipo, lo que hace innecesario el logro de concesiones para conseguir el objetivo propuesto. A manera de ejemplo, puede revisarse la adopción de las resoluciones adoptadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en las cuales la Organización logra dar mensajes políticos de acuerdos mundiales importantes.

En esta misma línea, la aclamación es el "procedimiento por el que una conferencia adopta una resolución sin votar, ya que todas las delegaciones han manifestado su apoyo; por ejemplo, mediante aplauso"{9}, lo que significa que va más allá de la unanimidad incluso, por cuanto contiene ese sentimiento común y, por ende, ese deseo de soporte frente al objeto de discusión. En cuanto a la figura del voto, como es bien sabido, se hacen públicas las posturas de los participantes, ya sean a favor, en contra o a manera de abstenciones{10} con relación al motivo del debate, generando que la decisión en últimas se adopte por mayorías, tal y como lo establecen diversos instrumentos, dentro de los que vale la pena destacar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que determina la mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes para la admisión de un tratado.

Teniendo clara esta distinción podemos ver cómo, en términos de John H. Jackson, el consenso forma parte de los mecanismos de cooperación a nivel internacional, que como tal debería estar orientado por reglas efectivas, y no por los abusos de poder de algunos de los participantes{11}. Obedeciendo a ese atributo de mecanismo de cooperación, el consenso permite el acuerdo arreglado y generalizado de las partes involucradas, con miras al cumplimiento de uno o más objetivos o fines determinados. Así las cosas, se contempló el consenso como herramienta ideal para lograr esos acuerdos, en cumplimiento de una serie de parámetros que, ante la realidad comercial y en general la realidad de las relaciones internacionales, son difíciles de cumplir; realidades que se perciben de las afirmaciones de John Jackson y que se revisarán, de manera más detallada, en secciones siguientes.

A manera de ilustración de esos parámetros y su dificultad práctica, se tiene por ejemplo que, para que la utilización del consenso sea exitosa, los

miembros deben congregarse bajo una ideología compartida, además de estar en condiciones de entender y valorar el proceso del consenso como tal{12}. Es decir, “con el fin de que el consenso sirva, los miembros deben estar comprometidos con el proceso, deben tener experiencia usándolo y deben tener tiempo disponible para la extensión de discusión que sea necesaria”{13}. Si bien el tema de la imposibilidad de cumplimiento real de estos parámetros se abordará más adelante, se puede mencionar que en el campo de juego del derecho internacional y de las relaciones internacionales es innegable que los actores, más estrictamente los Estados, no comparten una sola ideología y, por el contrario, tienden a estar más comprometidos con sus intereses y necesidades particulares.

Ahora bien, refiriéndonos al consenso de manera más concreta, es decir, como ha sido concebido e incorporado en la estructura de la Organización Mundial del Comercio, tenemos que este ha sido entendido en la práctica como el hecho de que “. ningún miembro, presente en la reunión en la que se toma la decisión, objete formalmente a la decisión propuesta”{14} Esto significa que el consenso depende de la no presentación de objeciones, las cuales, en caso de darse, para verdaderamente impedir la consumación del consenso, deben cumplir con requisitos estrictos dentro de las circunstancias señaladas. “A menudo, al menos un miembro objeta una propuesta, y en esas circunstancias, el siguiente paso suele ser un esfuerzo prolongado para llegar al consenso mediante la superación de la resistencia existente, por ejemplo, encontrando un compromiso”{15}.

Teniendo en cuenta que el consenso busca facilitar la toma de decisiones por acuerdo, en algunas ocasiones, tal como viene sucediendo en la Organización, este acuerdo se busca a toda costa, incluso en detrimento de los objetivos y fines últimos para los que fue concebido, es decir, para llegar a una decisión que convenga a todos.

En cuanto a la aplicación de ese consenso en la actividad desplegada por la OMC, es comprensible que se trate del mecanismo elegido para el desarrollo de nuevas reglas, porque “después de todo, los signatarios del acuerdo han de ratificar posteriormente el texto (‘expresar su consentimiento de obligarse’), que es aún más que el consenso porque un sujeto de derecho internacional se vuelve parte del acuerdo únicamente por

consentimiento expreso (y por lo general escrito)"{16}. En el mismo sentido, señalan los autores que el consenso permite la reunión de un mayor número de países signatarios de los acuerdos internacionales, lo cual se requiere en muchos casos para que dichos acuerdos entren en vigor. Adicionalmente, afirman que esa mayoría de países signatarios también trae beneficios económicos y legales: económicos del tipo ". protección de la ventaja comparativa en lugar de la creación de distorsiones a manera de desviación comercial" y legales como "derechos y obligaciones homogéneos, la cláusula de nación más favorecida"{17}.

Además de las razones prácticas directas, así como de las económicas y legales indirectas, es menester reconocer una motivación política y de gran importancia, que impulsó la incorporación del consenso para la creación de reglas de comercio internacional. Este motivo no suele ser el más reconocido por sus actores.

Con los años, la toma de decisiones por consenso se hizo cada vez más frecuente con el número de países en vía de desarrollo ingresando al sistema internacional en la ola de descolonización y con su acumulación de grandes mayorías de votación… Ya era claro que habría una fuerte mayoría de países en vía de desarrollo en la OMC. Algunos países por ende pretendieron evitar el riesgo de votos frecuentes que, si se toman a lo largo de las líneas desarrolladas en comparación con las líneas en vía de desarrollo, podrían haber resultado en mayorías adversas a sus intereses. Así, en el otoño de 1993, algunos de los jugadores principales trabajaron fuertemente en proyectos previos con el fin de restringir el proceso de toma de decisiones{18}.

Esta última afirmación, que ilustra cómo muchas de las determinaciones fundamentales para el funcionamiento de la OMC son el resultado del lobby, del actuar y en general del poder en cabeza de los miembros más fuertes, es una de las demostraciones de lo que no debió servir como base fundacional para considerar el consenso como mecanismo idóneo de negociación y decisión dentro de la Organización. Lo cual, además, va en

contravía de la idea de consenso de John H. Jackson como mecanismo de cooperación basado en reglas efectivas en vez del abuso de poder de las partes interesadas. Igualmente, esa misma afirmación sirve de invitación a la siguiente sección, que trata de las circunstancias actuales en el ámbito comercial, que se caracteriza por ser un escenario de negociación y decisión en el que los involucrados, si bien están dotados de una igualdad formal consagrada en las reglas de juego, se hallan desprovistos de una igualdad material que les permita aprovechar verdaderamente dichas reglas y los mecanismos puestos a disposición.

CONTEXTO ACTUAL Y REALIDAD COMERCIAL: IGUALDAD FORMAL Y DESIGUALDAD MATERIAL

Cuando se definieron los fundamentos de la estructura internacional con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (párrafo 1 del artículo 2 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas), se decidió que todos los Estados ostentarían la calidad de soberanos, a fin de permitir que, a la luz de ese concepto, se encontraran en igualdad de condiciones; en otras palabras, que fueran formalmente iguales al ser titulares de la misma facultad para ser dueños de sus decisiones tanto a nivel externo como a nivel interno.

Es así como surge también el GATT, posteriormente OMC, para el establecimiento de normas en materia de comercio internacional. Este escenario de discusión, particularmente en su evolución a un órgano más amplio y complejo, es decir alrededor de la década de los noventa cuando se configuró la Organización Mundial del Comercio, estuvo fundamentalmente orientado por las teorías económicas neoliberales, que pregonaban por una liberalización total del comercio de manera que todos los países participaran, en igualdad de condiciones, en un mercado mundial único que traería beneficios para todos, respetando y obrando así en función de la igualdad formal previamente establecida en el ámbito internacional. Es de aclararse que esta mentalidad, a pesar del paso del tiempo, de los avances científicos, de la revaluación de conceptos y de las

transformaciones en la balanza de poder en el mundo, sigue siendo el pensamiento dominante en la Organización.

Cabe destacarse que las teorías económicas neoliberales y su discurso proliberalización comercial tuvieron acogida precisamente gracias a la creencia de que los países menos fuertes podían equipararse a los países más adelantados, imitando sus procesos de desarrollo y gracias a las facultades internacionales que los hacían, de entrada, formalmente iguales. La propuesta planteaba que los países desarrollados, como Inglaterra en el siglo xix, Estados Unidos después de la Segunda Guerra y más recientemente Japón y varios Estados del este de Asia, lograron altos niveles de crecimiento gracias a sus políticas de liberalización. No obstante, lo que no se hizo explícito, y que ha sido evidenciado por los críticos de las propuestas de liberalización en cabeza de los países en desarrollo y menos avanzados, es que esto fue posible porque las economías de estos países aplicaron previamente medidas de protección y restricción que las fortalecieron y que les permitieron entrar a gozar de los beneficios del libre comercio que hoy proclaman, pero que tampoco respetan cabalmente{19}.

En este orden de ideas, es pertinente afirmar:

La Economía asume que el comercio tiene lugar entre entidades iguales. Ignora el hecho de que el mundo está lleno de aquellos que son desiguales en tamaño y fuerza, e ignora que las grandes corporaciones son capaces de dominar las condiciones de comercio en detrimento de las pequeñas empresas y de los particulares. La eliminación de barreras comerciales, la globalización de mercados y la supresión de las fronteras simplemente anima a los jugadores dominantes a crecer aún más{20}.

En este sentido, si bien los Estados son iguales en lo que respecta a sus atributos legales, son radicalmente diferentes en lo que respecta a sus atributos políticos y económicos, los cuales operan según el nivel de desarrollo de cada país, que es el resultado de largos procesos históricos, sociales, culturales y económicos de manifestaciones diversas. Es ahí donde

surgen las distinciones entre países en desarrollo y desarrollados o las reglas especiales como el trato especial o diferenciado y el régimen especial de preferencias comerciales. Todos los cuales, hoy por hoy, se encuentran en crisis por su falta de efectividad, en la medida en la que las desigualdades reales aumentan en perjuicio de los actores más débiles en el sistema comercial.

Partiendo del entendido de la desigualdad real como concepto que reúne las desigualdades políticas y de desarrollo, en contraposición a la igualdad formal, es el momento de reconocer que es precisamente ese el escenario sobre el que se desenvuelven las relaciones internacionales de comercio en la actualidad. Entonces, las mismas circunstancias de desigualdad real han llevado a que las medidas que han sido tomadas en términos de igualdad formal, sean inefectivas y contribuyan al empeoramiento de las condiciones.

En otras palabras, las normas consagradas no han aportado resultados positivos y los países desarrollados continúan utilizando su fuerza económica y política, lo cual ha generado el descontento de los países en desarrollo y menos avanzados y ha profundizado las desigualdades en muchos casos. Lo que se traduce, en términos de la materia que nos ocupa, es decir del consenso, en que, por causa de la desigualdad material de los miembros de la OMC, el propio mecanismo para la negociación y toma de decisiones, junto con sus reglas de operación, no toma en cuenta esa desigualdad. Lo cual significa que, en cierta medida, se trata de un proceso imperfecto e inoperante respecto a los intereses de todos los involucrados y que incluso promueve la propagación de esa desigualdad real que ha permitido las fallas desde el principio.

PROBLEMAS DEL CONSENSO

A partir de las reflexiones antes expuestas podemos afirmar que cuando el consenso, concebido como mecanismo de cooperación internacional y desarrollado en términos ideales, es aplicado en un contexto no ideal, es

decir, en el contexto de la desigualdad, presenta problemas. El primer problema que podemos identificar es que la exigencia de que no se presente objeción formal alguna implica que en muchos casos las decisiones obtenidas por consenso lleguen a un simple mínimo común denominador. Este resultado de mínimo común denominador es un problema en sí mismo, en la medida en que para conseguirlo es necesario que algunas de las partes cedan en sus posiciones y, en el contexto de desigualdad real en el que se desenvuelven las relaciones comerciales, el grupo que tiende a ceder con mayor frecuencia es claramente el de países más débiles constituido por los países en vías de desarrollo, a pesar de conformar la mayoría de la membresía en la Organización Mundial del Comercio. Es decir que de alguna manera se desvirtúa la estructura democrática de la Organización en la que todos los Estados tienen un voto igualmente representativo.

En la práctica el problema de la participación se agrava porque en muchos casos los países más débiles no pueden contar con una representación calificada y suficiente en los procesos de negociación, por lo cual su participación es marginal y terminan aceptando obligaciones que pueden afectar sus intereses en materia de desarrollo y derechos humanos, sin poder medir el impacto.

Por demás, la falta de recursos y de capacitación llega al punto de que algunos de los miembros no cuenten con participación permanente o útil en Ginebra. Así, los Estados con menos capacidad económica son de hecho marginados de los procesos de negociación, bien sea porque no tienen ningún representante o porque aquellos que tienen se encargan de todos los temas que se discuten ante los organismos internacionales con sede en esta ciudad. De esta manera, son los países desarrollados quienes cuentan con representantes especializados y permanentes que terminan liderando las negociaciones y obteniendo los resultados más convenientes para sus gobiernos.

A estos problemas se suma la tendencia de la ‘representatividad’ (o ‘representación’), que se justifica precisamente por la imposibilidad de participación constante y efectiva de todos los miembros y que está destinada a lograr el consenso, en últimas, de todos los integrantes de la organización. Esta tendencia consiste, como su nombre lo indica, en:

... un pequeño grupo de países... escogido para reflejar los diversos intereses y los diversos grupos, [generalmente está conformado por] las grandes potencias comerciales, Estados Unidos, la Unión Europea, Japón, China; uno o dos representantes de los países de ingreso medio, como el Brasil y otro país; uno o dos representantes de los países menos avanzados, un representante del Grupo de Cairns, etc. Cada uno de ellos realiza entonces consultas regulares con los países que representa. Este mecanismo ha sido también denominado de círculos concéntricos, según el cual un reducido círculo de miembros, a su vez, repite el proceso y presenta los resultados de sus trabajos al siguiente círculo más amplio alcanzando finalmente a todos los miembros. Al final del proceso se solicita a todos que adopten una decisión por consenso acerca de las recomendaciones que proceden de los círculos más restringidos{21}.

La práctica de la 'representatividad' constituye también un problema porque, por el objetivo de alcanzar una decisión por consenso, de llenar una carencia o de concretar una negociación, se termina llegando a acuerdos sin la participación real de los países en vía de desarrollo, cuando estos no cuentan con los medios para formar parte del proceso, como ya se expresó. Esto reduce aun más su capacidad de voz y voto en procura de sus intereses particulares y de solventar las precariedades que los aquejan. La Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la ONU encontró este problema en su informe acerca de la participación como principio fundamental aplicado a la globalización y lo expresó así:

... según la publicación del PNUD Making Global Trade Work for People, la necesidad de consenso en la OMC ha hecho que aumente el número de procesos oficiosos de decisión en los que los miembros con más poder comercial organizan este tipo de consultas sin los países más pobres. De esta manera, aun cuando en las estructuras se incluye a los países menos ricos en la presentación de propuestas de negociación y al final de la fase

formal de decisión, han quedado prácticamente excluidos de las importantes fases intermedias de negociación{22}.

En este punto es válido señalar que los problemas recién explicados se ven agravados por el requisito estructural de la OMC conocido como Acuerdo Único. Si se admite que el Acuerdo Único implica que todos los países que hacen parte de la OMC deben respetar la totalidad de los acuerdos suscritos, independientemente de si algunas de las disposiciones les son adversas, es comprensible que constituya un agravante. Esto se explica porque ante la obligatoriedad de respetar todos los acuerdos suscritos, sin tomar en consideración las posibles consecuencias de los mismos e incluso los perjuicios que les puedan ocasionar, se fomenta la aceptación de los países en desarrollo a un resultado de mínimo común denominador, al que se ha llegado en muchos casos sin haber participado del proceso de negociación.

Del mismo modo, en el transcurso de las negociaciones, surgen ideas que parecen positivas pero que posteriormente se concretan en decisiones y que pueden ser agravantes a estos problemas. Tal es el caso de la medida conocida como ‘círculo gratuito’, que surgió en el marco de las negociaciones en la Conferencia Ministerial de Cancún en 2003. Esta medida se presentó como solución dentro del debate con relación al trato especial y diferenciado, en el que quedó claro que los países en vía de desarrollo no estaban dispuestos a disminuir o consolidar aranceles respecto de ciertos productos particularmente sensibles. Entonces, Pascal Lamy, hoy director de la OMC y en su calidad de comisario de comercio para la Unión Europea en su momento, propuso que los países menos avanzados y los más débiles no adquirieran ningún compromiso en materia de apertura de mercados y gozaran de los mayores accesos concedidos a los otros países en desarrollo y desarrollados.

Ese ‘círculo gratuito’, aunque positivo en su planteamiento, agravó los problemas de resultado de común denominador, participación y ‘representatividad’, en tanto que promovió la marginalización del grupo de países beneficiados, de las discusiones sobre la liberalización comercial de productos. Lo cual, a su vez, se reflejó en la disminución de la capacidad de

negociación de los países en vía de desarrollo como bloque, a la hora de defender y actuar en pro de sus intereses{23}.

Por otro lado, el resultado de mínimo común denominador, que implica la cesión de los intereses de algunas de las partes involucradas como manifestación de su voluntad en procura de un consenso, así como los problemas de participación, en concreto de los países en vía de desarrollo, y de 'representatividad', como consecuencia de las fallas en participación, generan en suma una 'olla a presión' que conlleva otro problema, que se presenta cuando un Estado decide oponerse formalmente a una decisión que se haya propuesto durante las negociaciones. Esto para el caso, realmente raro, en el que la oposición provenga de los países en vía de desarrollo -aunque el estancamiento de las Rondas de Negociación en Doha demuestra que, hoy más que antes, la oposición puede presentarse por el bloque más débil, como mecanismo de presión para que sus solicitudes y propuestas sean tomadas con seriedad-.

No obstante, en términos generales, "una desventaja de exigir el consenso total es que puede ser la receta para el impase, estancamiento o parálisis. En otras palabras, el resultado puede ser que no se hagan las cosas.".

A lo largo del desarrollo de la OMC y en la historia de sus negociaciones se encuentran numerosas manifestaciones de este problema. Un ejemplo claramente ilustrativo y relativamente actual, por ser parte del gran impase que continúan sufriendo las negociaciones en Doha, es el de los ADPIC con relación a la salud pública, el cual ya se refirió en este escrito. De este caso se tiene que la implementación del párrafo 6 de la Declaración de Doha no se alcanzó dentro de la fecha límite de diciembre de 2002. Hasta agosto de 2003, no se pudo llegar a consenso porque un único miembro se sintió incapaz de abandonar su resistencia en contra del proyecto de suspensión propuesto. El asunto en cuestión fue presentado por algunos como de ser de vida o muerte para miles de personas en África"{24}.

Todas estas circunstancias han permitido llegar a afirmar que el consenso es un sustituto parcial de la votación ponderada"{25}. Es decir, por cuanto los países más fuertes son los que tienen mayor capacidad de resistencia al comercio y por ende son quienes se sienten más facultados a formular oposiciones a decisiones posibles, el consenso termina obrando como una

votación ponderada, que es en la que, muy a diferencia del consenso, algunos miembros tienen mayor cantidad de votos por reunir ciertas características o cumplir ciertas condiciones.

De otra parte, se identifica el problema de la falta de transparencia, a causa de la carencia de registro de los debates y del proceso de negociación en su conjunto, con base en los cuales se llega a la propuesta final y a la decisión definitiva por consenso. Esta falta de transparencia por ausencia de registro es aun más problemática frente a la admisibilidad de foros cerrados de debate, con participación limitada, por más que estén amparados en la 'representatividad' (que, como ya vimos, es en sí misma un problema).

Igualmente, la falta de transparencia se explica en términos de la inferioridad de los países en desarrollo en el escenario del comercio internacional, por cuanto las limitaciones de acceso a los procedimientos de elaboración de normas y de decisión de controversias no permiten un debate abierto y constructivo, que contribuya a fortalecer las capacidades de negociación de los países en desarrollo y menos avanzados, las cuales, de hecho, son más débiles y podrían servirse de la opinión estructurada de la sociedad civil. Adicional a esto, se plantea el siguiente interrogante: ¿por qué no incluir el debate en el texto adoptado, o codificarlo en otro instrumento, para que sirva en la determinación del alcance de la decisión tomada?

En últimas, ante todos los problemas aquí estudiados, se da la ironía de que el mismo mecanismo de reforma y decisión que presenta fallas sería requerido para corregirlas o transformarlas, como lo pone de manifiesto John H. Jackson cuando afirma que uno de los problemas con el proceso de consenso es que a fin de cambiarlo debe haber consenso. Por lo tanto, cualquier país puede bloquear una propuesta de cambio"{26}. Esa facultad de oposición, que se expuso aquí como un problema del mecanismo, admite que, en situaciones como estas, incluso una mayoría abrumadora de miembros no es capaz de lograr lo que quieren decidir si al menos un miembro mantiene un veto. Esta estructura de toma de decisiones contiene incorporada una preferencia por el statu quo. Es mucho más fácil mantener la situación jurídica actual que lograr el cambio"{27}.

A pesar de los problemas planteados, insistimos en la necesidad de buscar salidas que permitan conservar el escenario multilateral de negociación, en la medida en que optar por escenarios alternos de negociación comercial al margen de la Organización, como son los acuerdos regionales y bilaterales de comercio, permite que los países desarrollados obtengan mayores beneficios, negocien en mejores condiciones e incluyan temas y requerimientos ya superados en el ámbito de la OMC. Así las cosas, esta dinámica afianza la desigualdad real entre los actores.

Esto justifica la necesidad de buscar, en las mismas reglas de la Organización, soluciones alternas a los problemas encontrados al mecanismo del consenso. Es así como, a continuación, se plantean algunas salidas frente a los problemas identificados.Vale la pena agregar que en esta sección también se incluyen propuestas generales, que permiten contribuir a modificar las condiciones de desigualdad real que afectan a los países en vía de desarrollo y al rol que ostentan en los procesos de negociación y de toma de decisiones, como contribución a la concepción de un Comercio Justo.

PROPUESTAS Y POSIBLES SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS DEL CONSENSO

Debemos comenzar señalando que, en la práctica de la OMC, el consenso ha venido siendo utilizado como único mecanismo de decisión en todos los aspectos que atañen a la Organización, desde los aspectos más críticos y sustanciales hasta las cuestiones más rudimentarias y procesales. A esta consideración se añaden las complicaciones para objetar las decisiones propuestas y, a contrario sensu, las complicaciones que se derivan de la capacidad de resistencia al consenso. De ahí que la primera medida que se puede sugerir es la de disminuir, e incluso descartar, la utilización del consenso para los asuntos estricta o principalmente procesales.

Para esto se requiere antes que nada la introducción, en la práctica de toma de decisiones, de una distinción entre los aspectos procesales y de sustancia

real”{28}. Con eso se podría optar por procedimientos escritos menos dispendiosos o, mejor aún, el recurso al voto para decidir los aspectos procesales, al menos en el caso en el que no se logren tomar estas decisiones por consenso en un tiempo determinado. De considerarse la incorporación de esta medida, es más fácil lograr la superación de los problemas existentes en la actualidad de que incluso las cuestiones de procedimiento de menor importancia pueden quedarse estancadas en un callejón sin salida o convertirse en objeto de consultas prolongadas hasta que se alcance el consenso”{29}. Más aún, como señalan los mismos autores, “el valor de este paso modesto en el contexto de las cuestiones procesales no debería subestimarse en términos de revitalizar gradualmente las dinámicas subyacentes de la toma de decisiones”{30}.

Así mismo, en la sección anterior se identificó el problema de la falta de participación en los procesos de los países más débiles, a causa de su carencia de recursos y de capacitación para disponer de personal calificado que atienda a las diferentes reuniones y que se presente activamente en todos los escenarios disponibles; lo que a su vez repercute en otro problema identificado, el de la ‘representatividad’ como alternativa a la falta de participación y que lleva a una mayor marginalización de esos países en los debates del proceso decisorio. Entonces, en aras de mitigar ambos problemas, resulta fundamental que la organización cuente con mecanismos de asistencia técnica para los países en desarrollo y menos avanzados, que vayan más allá de la formación y asesoría en los aspectos de liberalización comercial.

En cuanto a la oposición como manifestación de la capacidad de resistencia al consenso, que ante las circunstancias actuales termina por alterar al propio mecanismo según fue concebido, al tiempo que genera las posibles crisis de estancamiento o parálisis en el abordaje y toma de decisiones de los asuntos pendientes en la OMC, se tiene que el camino a seguir es el de encontrar maneras para desmotivar y desfavorecer el uso irresponsable de las oposiciones a las decisiones propuestas, es decir, las oposiciones que no están destinadas a proteger intereses vitales. Caso que suele presentarse cuando una mayoría abrumadora de miembros apoya el proyecto de decisión{31}, lo cual se puede decir sucedió en el ejemplo de los ADPIC y la salud pública, cuando Estados Unidos presentó la única oposición a

aumentar el periodo establecido de aplicación al párrafo 6 de la Declaración de Doha, a pesar de que la discusión versaba sobre la situación crítica de salud en África, como lo explican Joseph E. Stiglitz y Andrew Charlton en su obra relativa al Comercio Justo:

El apoyo de la opinión pública se unió en torno al sufrimiento de estos países, especialmente los de África, enfrentados con la pandemia del sida. La OMC y los Estados Unidos (que habían rechazado cualquier idea de revisión de reglas) atrajeron las críticas públicas que hicieron tensa la atmósfera de las negociaciones. En agosto de 2003, finalmente se alcanzó un acuerdo: los Estados Unidos habían cambiado de posición y autorizaron a los países menos adelantados para importar medicamentos genéricos comprados a bajo precio en los países en desarrollo, de productores no titulares de las patentes. Pero para entonces el asunto ya había empañado considerablemente la imagen de la OMC en los países en desarrollo y las comunidades que los apoyaron{32}.

De igual modo, se ofrece el recurso a la regla 33 de las reglas de procedimiento, como primera medida de freno a la interposición irresponsable de oposiciones. La regla 33 es la que establece la obligación, en cabeza de los órganos subordinados de la OMC, de referir ante el Consejo General los casos y las materias sobre las que no se haya logrado el consenso{33}.

En efecto, el artículo IX-I del Acuerdo de la OMC permite la utilización de mecanismos distintos al consenso para la toma de decisiones en algunos casos. “Mientras que la primera frase establece que ‘[la] OMC continuará la práctica de toma de decisiones por consenso seguida bajo el GATT de 1947’, la segunda frase permite votos: ‘salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso, el asunto en cuestión se decidirá por votación’. Esas decisiones se alcanzan con una mayoría (simple) de los votos emitidos”{34}. Esto aplica para todos los órganos de decisión de la OMC, con excepción del Órgano de Solución de Diferencias (OSD). Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en la regla 33 de las reglas de procedimiento (Reglas de Procedimiento para las Sesiones de la Conferencia Ministerial y para las Reuniones del Consejo General), en caso de que los órganos subordinados de la Organización no

logren una decisión por consenso, deben primero que nada remitir el asunto al Consejo General.

Si bien la verdad es que esta regla no suele aplicarse bajo tales circunstancias, "esta referencia podría exponer el asunto polémico a una mayor visibilidad y politizar el debate, en vez de dejarlo en el nivel más técnico e inferior, en el que no se puede alcanzar el consenso. Esto aumentaría los costos de bloquear la propuesta para los miembros de la oposición y así, en determinados casos, los animaría a abandonar su oposición"{35}.

Como segunda medida, está la disponibilidad del voto como alternativa cuando se complica el logro del consenso, de conformidad con lo estipulado en las normas de la OMC. La disponibilidad del voto trae consigo un valor agregado, por el hecho de que ni siquiera sería necesario acudir a dicho recurso para que surta el efecto de corregir los problemas de oposición y estancamiento. Como explican EHLERMAN y EHRING, "normalmente se consideraría que el hecho de que la votación está disponible bajo las reglas existentes, por sí mismo, debería limitar el riesgo de que el consenso lleve a una parálisis de la OMC"{36}.

No obstante lo anterior, es necesario evidenciar que la puesta en marcha de las medidas planteadas, que tienen como fin prevenir el bloqueo de los procesos de negociación y de decisión en la OMC, al evitar oposiciones arbitrarias, puede terminar siendo un 'arma de doble filo' en razón de la desigualdad real que caracteriza al entorno de acción de esta entidad. Teniendo en cuenta las diferencias de poder entre los países en vía de desarrollo y los desarrollados, estas modalidades se pueden prestar a ejercer una presión adicional sobre los más débiles, al momento de considerar la oposición a un proyecto de decisión, mientras que para los países desarrollados, por la situación privilegiada en la que se encuentran, es posible que las mismas modalidades no cumplan con el objetivo de servir como reproche y como límite, aun cuando terminen por quebrantar las negociaciones.

Ahora bien, en lo atinente a la falta de transparencia en los procesos, que se predica por la ausencia de registros de las diferentes instancias de discusión, la solución es clara y viable: permitir el movimiento de la información, para

que quede a disposición tanto interna como externamente. “Las formas de poner la información a disposición del público incluyen documentación disponible, audiencias públicas y reuniones abiertas (al menos para la prensa)”{37}. El mismo JOHN H. JACKSON, que aborda este problema en su trabajo de los Siete Mantras, plantea los caminos para lograr la disponibilidad de la documentación por un lado y el acceso a las reuniones por el otro. Para el asunto de los documentos, aduce que “hasta cierto punto, el programa muy ingenioso de documentación sistematizada en la OMC es muy avanzado y puede ser de gran ayuda como parte del alcance, no solo a los propios delegados, sino a la sociedad civil y a las ONG”{38}. En últimas, el quid del arreglo al tema de la documentación radica en aprovechar el sistema ya existente, de manera que la información disponible sea de fácil acceso para todas las partes interesadas, por ejemplo a través de medios electrónicos y el aprovechamiento de internet.

Del tema del acceso a las reuniones, Jackson celebra que, al menos para la época en la que investigó al respecto, encontró una gran disposición, de muchos de los representantes de los países miembros, para hacer realidad dicho acceso, en el caso de los Consejos como mínimo: “Estuve recientemente sorprendido por cómo estaban de dispuestos algunos diplomáticos. experimentados en ver tales cosas como que las reuniones de las comisiones fueran abiertas a la asistencia pública. Incluso si uno no está dispuesto a ir tan lejos, debido a la función de negociación de por lo menos algunas de las reuniones de las comisiones, tal vez las reuniones de Consejo podrían abrirse, o tal vez podría haber una tribuna de prensa para los distintos Consejos, no solo el Consejo General”{39}. Actualmente, estas medidas siguen siendo viables, en especial con lo que viene sucediendo en las negociaciones en Doha y el creciente cuestionamiento de la OMC como entidad verdaderamente efectiva para el cumplimiento de sus objetivos y, en general, para la toma de decisiones comerciales y afines.

Aunado al aporte que hace en la solución del problema de la transparencia, permitir el fácil acceso a la información trae consigo un beneficio adicional: una especie de control en cabeza de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales (ONG), prestando observaciones en la aplicación del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales, que está contenido en el anexo 3 de la OMC. En especial, dado que en la práctica este examen se

ha enfocado al análisis de las políticas como elementos de liberalización comercial, y no de desarrollo, además de que el mismo tan solo ha involucrado a los gobiernos y a la Organización{40}. De modo que, con la información disponible en las diferentes instancias, se conseguiría maximizar la efectividad del mecanismo de examen con la incorporación de otros agentes y de los objetivos de desarrollo de los países necesitados y de la Organización. Lo cual redundaría en que, progresivamente, se pudieran proyectar mejoras a las políticas comerciales y a las modalidades internas de la OMC, que sean verdaderamente incluyentes de los países en vía de desarrollo y de sus necesidades.

Una vez expuestas algunas de las soluciones a los problemas planteados, hay un elemento más a considerar. No es debatible la dificultad que enfrenta la OMC, como entidad independiente, a la hora de enmendarse en su estructura y en su actuar. Lo que repercute en la idea de que el proceso de posibles reformas o evoluciones debe llevarse de manera paulatina para que sea más fácil su incorporación progresiva por los miembros que conforman la Organización. “Si estos pasos son menos notorios, es más probable que sean aceptados por aquellos miembros que de lo contrario se opondrían a las reformas institucionales formales”{41}. Así, en aras de lograr este proceso moderado de cambio, es vital la participación de los presidentes de los diferentes órganos de la OMC, así como de la Secretaría, por virtud de la imparcialidad que ha de caracterizar el cumplimiento de sus funciones{42}.

Con el fin de cumplir el objetivo de facilitar las mejoras necesarias que vaya a emprender la OMC, tanto en su funcionamiento interno como en sus resultados externos, se cuenta también con que, “ya sugerido por la Comunidad Europea y el Director General y otros, es una idea de formar un grupo de parlamentarios que se reúna en la OMC sobre una base regular para intercambiar información, ideas y actitudes. Otras ideas que han sido establecidas incluyen la formación de un grupo de dirección y un grupo consultivo de las ONG”{43}. La posibilidad de un grupo alterno de apoyo, constituido por las ONG y por la sociedad civil, estaría amparada por la misma dinámica sugerida a la hora de abordar soluciones posibles al problema de transparencia.

Por su parte, la propuesta del grupo consultivo en el interior de la OMC ha sido contemplada por otros autores, en más de una oportunidad, a manera de un aditivo informal al proceso de toma de decisiones y con base en el concepto que ya se había desarrollado durante la existencia del GATT, conocido como Grupo Consultivo de 18{44}. Esta propuesta contempla, nuevamente en concordancia con el modelo trabajado en el GATT, la reunión de un grupo de altos funcionarios comerciales o, por decir, expertos reconocidos en los asuntos de la OMC, que puedan servir de guía, no solo a los diferentes temas de discusión sino al proceso mismo de reforma. Estos autores, específicamente EHLERMAN y EHRING, son conscientes que "por supuesto no sería fácil hacer que un cuerpo tal sea aceptado por todos los miembros encontrando un equilibrio entre la integración, la flexibilidad y la eficiencia. Sin embargo, bien puede valer la pena un esfuerzo más si se puede encontrar un sistema que asegure la representación aproximada de las distintas regiones e intereses en un sistema de rotación que ofrezca, incluso a los miembros más pequeños, una oportunidad de ser parte de ese grupo en algún momento en el tiempo"{45}. Lo más importante, después de todo, es que con esta medida no se pervierta aun más el mecanismo decisorio haciendo de este un proceso más largo, complicado y difícil de lo que ya pueda ser; la idea que debe prevalecer es la de convertirlo en un espacio participativo y transparente, donde los intereses puedan hacerse explícitos.

Un último punto que merece destacarse es el de la necesidad de una solución al problema de fondo, relativo a las circunstancias actuales de desigualdad real, que se ve reflejado también en el mecanismo del consenso. Ante un escenario determinado por el principio de igualdad soberana de los Estados, en el que el verdadero problema trasciende lo que dicta la norma y se configura a partir de las dinámicas políticas y económicas, la solución se encuentra en un concepto modulador que desde el derecho permite abordar la igualdad como una exigencia real y no simplemente material. Este concepto está representado en la equidad como elemento modulador de la igualdad.

La equidad, así concebida, implica la necesidad de evaluar los elementos a disposición, tanto los institucionalizados como los arraigados por las prácticas, de manera que sean coherentes con la distribución equilibrada de los beneficios de la globalización. Es decir que los resultados de dichas

herramientas deben corresponder con lo que hemos entendido como Comercio Justo. En esencia, esta equidad que sirve como elemento modulador de la igualdad surge "... como 'representación de la justicia abstracta', es decir como exigencia básica en el proceso global de formación y aplicación del derecho internacional"{46}.

En efecto, la equidad, como justicia abstracta, claramente conduce al Comercio Justo como objetivo último. Específicamente, esta equidad es la que ha generado el pensamiento, también reconocido en derecho, de una 'igualdad entre iguales' y por ende de una 'desigualdad entre desiguales'. Este pensamiento explica la igualdad real, pues significa que, aun en el contexto de una igualdad formal y en vista de que independientemente de esa igualdad formal existen diferencias tajantes naturales entre los participantes -concretamente entre los Estados o, al menos, entre los dos bloques de Estados que se identifican a partir del desarrollo-, el tratamiento que reciban los mismos participantes debe estar dirigido por el reconocimiento de dichas diferencias, lo que permite que la igualdad formal admita variaciones en atención a las desigualdades que, por el momento, no se han podido cambiar ('desigualdad entre desiguales'). Así, en un contexto más equitativo, es viable hacer realidad el desarrollo como derecho en el campo de acción de la OMC, que facilitaría la idea de modificar los mecanismos de toma de decisión y negociación, para así hacerlos más incluyentes, en pro de la misma equidad, de la igualdad material y del Comercio Justo.

CONCLUSIONES

Llegó el momento de evaluar lo conseguido con este trabajo. Teniendo como referencia lo que se señaló desde el principio, es dable encontrar cumplido el propósito de repasar el consenso desde una mirada crítica y propositiva, a partir de su operatividad en la OMC, con la intención de ponerlo al servicio del Comercio Justo.

Ciertamente, todo el planteamiento es posible con base en dos variables: por una parte, la validez del consenso como opción preferida para el fin al que fue previsto en la Organización Mundial del Comercio y, por otra, la realidad de las cosas en la actualidad, que implica el reconocimiento de una desigualdad real dominante en un contexto creado a partir de la igualdad formal. De ahí que esa primera idea de consenso pierda validez en el contexto de hoy, mientras no se hagan los correctivos posibles y se procure una evolución en las circunstancias.

La necesidad imperante de cambios dentro y fuera de la OMC, en materia de consenso y en otros asuntos fundamentales para el correcto funcionamiento de las relaciones comerciales, se hace cada vez más evidente y resulta cada vez más reclamante. Es por esto que, al menos en ocasiones como esta, las reflexiones están presentes, vienen de diversos escenarios y exigirán, a los países que adoptan decisiones en las instituciones, preguntarse sobre la viabilidad de las mismas o, en su defecto, abrirle paso al canibalismo internacional. Definitivamente, ese canibalismo internacional no es una opción.

No nos encontramos en condiciones de retroceder a un proteccionismo universal o de permitir un nuevo escenario en el que las reglas comerciales se definan a partir de decisiones unilaterales. Tampoco es acorde con este pensamiento preferir otras alternativas de regulación en materia comercial, como los acuerdos bilaterales o regionales de comercio, que son cada vez más numerosos y más complejos, en especial cuando se tiene que muchos de estos acuerdos poco hacen por cambiar el estado de cosas del desbalance comercial.

En definitiva, se reitera, la mejor opción disponible, por ser una opción verdaderamente justa, es el cambio; la corrección de lo que es corregible, la incorporación de lo que puede ser incorporado, en atención a las expectativas para con las relaciones comerciales en la actualidad y a los objetivos de la OMC como el mayor exponente de esas dinámicas, sobre todo si no se quiere que la Organización quede completamente deslegitimada, pierda su razón de ser y termine por desaparecer.

La carga de impulsar y hacer efectivas las transformaciones a las que haya lugar corresponde a todas las partes. Lo que no significa que la carga

termine por distribuirse igual, cuando ya está más que claro que no existe una igualdad real entre los miembros. Entonces, la distribución ha de responder al concepto modulador que se propuso como correctivo a esa desigualdad inevitable. En otras palabras, la distribución de la carga debe ser equitativa: igual entre iguales y desigual entre desiguales; la misma para los países fuertes y distinta a la que se predica de los países débiles.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Chang, Ha-Joon. Kicking away the ladder. Development strategy in historicalperspective, London, Anthem Press, 2002.

Kolb, Robert. Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit internationalpublic, Bruylant-Bruxelles, 2006.

Lecomte, Tristan. Le Commerce Équitable, 2.a ed., Paris, Eyrolles-Pratique, 2005.

Stiglitz, Joseph E. y Charlton, Andrew, Pour un Commerce Mondial Plus Juste, Oxford, Oxford University Press, 2005; Fayard, 2007 ("Comercio Justo para todos", Madrid, Taurus, 2007).

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

Blackhurst, Richard. “Reforming wto Decision-Making: Lessons from Singapore and Seattle”, en The World Trade Organization Millennium Round. Freer Trade in the Twenty First Century, London, Routledge (editores: Klaus Gunter Deutsch- Bernard Speyer), 2001.

ARTÍCULOS

Ehlerman, Claus-Dieter y Ehring, Lothar. “Decision-Making in the World Trade Organization. Is the Consensus Practice of the World Trade Organization Adequate for Making, Revising and Implementing Rules of International Trade?”, Journal of International Economic Law, vol. 8, n.° i, 2005.

Gentry, Martha E. “Consensus as a Form of Decision Making”, Journal of Sociology and Social Welfare, vol. 9, 1982.

Jackson, John H. “The WTO Constitution and Proposed Reforms: Seven ‘Mantras’ Revisited”, Journal of International Economic Law, vol. 4, n.° i, 2001.

Ruiz, José Juste. “La equidad en el derecho internacional público. Aspectos actuales”,

Stencel, John. “Free Trade versus Fairtrade”, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 36, 2007-2008.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos. Estudio Analítico del Alto Comisionado de los Derechos Humanos sobre el Principio Fundamental de la Participación y su Aplicación en el Contexto de la Globalización, E/CN.4/2005/41, 23 de diciembre de 2004.

WEBGRAFÍA

Documento Informativo sobre las Cumbres de la onu, anexo 3, glosario de términos. Disponible en: http://portal.saude.gov.br (consultado el 30 de enero de 2012).

Legal Dictionary, Consensus definition. Disponible en: www.duhaime.org (consultado el 6 de junio de 2011).

The Harvard Law Review Association. “Getting to Fairtrade for All”, Harvard Law Review, vol. 119, 2005-2006. Disponible en: http://hlr.rubystudio.com (consultado el 16 de mayo de 2011).

Vihma, Antto. “A Climate of Consensus”, fiia Briefing Paper, n.° 75, marzo de 2011. Disponible en: www.fiia.fi (consultado el 6 de junio de 2011).

ANDRÉS PALACIOS LLERAS

El derecho de la competencia y el comercio internacional: retos y perspectivas para un derecho justo

INTRODUCCIÓN

Resulta curioso que no haya un régimen internacional de derecho de la competencia, cuando la noción misma de competencia parece animar las dinámicas y los discursos sobre comercio internacional. Los países compiten entre sí por atraer inversión extranjera y las empresas compiten por conquistar mercados nacionales y transnacionales, todo bajo la dinámica del comercio internacional. Al mismo tiempo, los países se especializan en fomentar cierto tipo de actividades y negocios -las llamadas ventajas comparativas- que sean globalmente complementarias, y las empresas se especializan en producir determinados bienes y servicios y en desarrollar alianzas estratégicas para reducir sus costos de producción y comercialización, y así posicionarse en diferentes mercados. Las dinámicas propias del comercio internacional sugieren una complementariedad interesante y, de hecho, paradójica, entre competencia, por un lado, y cooperación, por el otro. Los distintos regímenes de derecho de la competencia, que se sobreponen los unos a los otros de diferentes maneras y en diferentes latitudes, marcan las líneas divisorias entre la competencia que encontramos tolerable y la cooperación que consideramos aceptable. Esta tensión entre cooperación y rivalidad se aprecia, desde la perspectiva del derecho de la competencia, en evitar que, tras el desmonte de las barreras erigidas por los Estados, los actores privados no erijan nuevas barreras al comercio, basadas en su poder económico, que sean tan formidables como las anteriores.

Este artículo tiene como propósito presentar una serie de reflexiones sobre el futuro del derecho de la competencia como una disciplina propia del derecho internacional. Durante el siglo xx tuvieron lugar varios intentos de crear regímenes de alcance internacional en materia de derecho de la competencia, y salvo la experiencia propia de la Unión Europea, ninguno de ellos ha tenido el mismo vigor y la misma importancia política que han tenido los regímenes nacionales. Las experiencias que resultan de estos intentos pasados explican, en buena medida, la gran acogida que tienen las instituciones internacionales que sugieren “buenas prácticas” y carecen de carácter vinculante, así como los procesos de trasplantes jurídicos, en los

que países en desarrollo adoptan los textos y los conceptos propios del derecho de la competencia de los países desarrollados; tanto lo primero como lo segundo buscan la homogeneidad del derecho de la competencia a lo largo y ancho del mundo. Frente a este escenario, puede concebirse una alternativa desde un "Sur Global" al proceso de acogida de "buenas prácticas" e imitación de los regímenes de competencia de los países desarrollados, no tanto para reivindicar ciertos valores, sino para entender, en términos propios, el valor que puede tener la competencia en países como Colombia. Con el desarrollo de esta idea, podríamos resolver la incómoda dicotomía que nos presenta el comercio internacional entre cooperación y competencia, de maneras que sean propicias para distintas formas de entender el desarrollo social, económico y cultural.

El texto se divide en varias secciones. En la segunda sección se ofrece un recuento de la historia del derecho de la competencia como una disciplina del derecho internacional, desde el tratado de La Habana hasta la conformación de la International Competition Network (ICN) en el 2001{1}. De igual manera se hará especial énfasis en los trasplantes jurídicos como una de las principales fuerzas que guían el proceso de armonización de los diferentes regímenes nacionales de competencia. Luego, en la tercera sección, se presenta una serie de ideas que, basadas en un concepto de "Sur Global", pueden contribuir a redefinir la importancia del derecho de la competencia para un desarrollo provechoso del comercio internacional. Finalmente, se exponen unas reflexiones finales sobre la importancia de reinterpretar y redescubrir ciertos valores en campos del derecho que, como el derecho de la competencia, se nos han presentado como hostiles, o indiferentes, ante las aspiraciones de países que, como Colombia, buscan desarrollar Estados incluyentes y socialmente responsables.

EL PANORAMA CONTEMPORÁNEO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA INTERNACIONAL

La globalización y el desarrollo del comercio internacional sin duda alguna presentan muchas oportunidades, pero también entrañan riesgos importantes. El incremento de las relaciones comerciales entre países permite el desarrollo de prácticas restrictivas de la competencia que van más allá de las fronteras del Estado-Nación y, por lo tanto, del alcance de su jurisdicción. El sueño de un derecho de la competencia supranacional obedece precisamente a las expectativas de poder atajar aquellas prácticas restrictivas que desbordan la capacidad de los Estados, individualmente considerados{2}.

¿Cuáles son estas prácticas? Por un lado, encontramos la presencia activa de carteles internacionales de bienes y servicios. Los participantes de estos carteles pueden fijar los precios de los bienes que venden en diferentes jurisdicciones, así como repartirse distintos mercados. Además de las consecuencias negativas de los carteles desde una perspectiva de asignación global de los recursos, hay consecuencias negativas que varían según el grado de desarrollo de los países afectados, ya que es más probable que estos carteles sean más efectivos en países donde no hay un derecho de la competencia bien establecido{3}. Por el otro, encontramos abusos de empresas que gozan de posiciones dominantes y que ejercen su poder de mercado de tal manera que toman ventaja de otras empresas -nacionales o internacionales- y especialmente de los consumidores. A la vez, cuando este tipo de prácticas se presentan en países en desarrollo, suelen estar asociadas con empresas públicas o privadas; con respecto a estas últimas, se trata de empresas que han sido recientemente privatizadas o de multinacionales que tienen un respaldo financiero tal que pueden someter a sus competidores, proveedores y consumidores fácilmente{4}. Un ejemplo del primer tipo de prácticas lo encontramos en el famoso cartel internacional de las vitaminas, que fue investigado por autoridades norteamericanas como europeas{5}; un ejemplo del segundo tipo de prácticas lo encontramos en casos como el de la sanción contra YPF, impuesta por el secretario de Industria, Comercio y Minería y ratificada por la Corte Suprema de Justicia Argentina{6}, o Mittal Steel, decidido por el Tribunal de Competencia de Sudáfrica{7}.

En el corazón de este asunto encontramos que las relaciones entre los países productores y exportadores de bienes, como Estados Unidos, Japón, Alemania y el Reino Unido, tienen una serie de incentivos para que no se

adopte un régimen de derecho de la competencia a nivel internacional. Estos son países que, en la medida en que la conducta de sus exportadores no afecte sus mercados locales, no tienen incentivos para controlar lo que estos hagan por fuera de sus fronteras. Por el contrario, tienen incentivos para que estos actores incurran en prácticas restrictivas de la competencia en otras jurisdicciones, ya que ello implica mayores ingresos para ellos, lo cual a su vez puede estimular la demanda interna de recursos y aumentar el recaudo tributario{8}. En cambio, los países que son principalmente importadores de bienes y servicios, como la gran mayoría de países de África, Asia y América Latina, tienen muchos incentivos para atajar a los exportadores que incurran en las prácticas mencionadas. Ello se debe principalmente a que son sus mercados internos los que se ven afectados por medio de precios altos e impedimentos y restricciones para el desarrollo de sus mercados locales. Estos países claramente tienen un interés en que haya un régimen de competencia que tenga en cuenta la reducción global del bienestar de todas las personas involucradas en las transacciones internacionales, especialmente cuando la mayor parte de la población afectada se encuentra en sus fronteras; en cambio, los países exportadores, con su amplia influencia económica y política, no están dispuestos a sacrificar los mayores ingresos de sus compañías por el bienestar de personas que se encuentran en otras jurisdicciones. Así pues, en la medida en la que el porcentaje de consumo global de cada país sea diferente de su porcentaje de producción global de bienes y servicios, cada país tendrá incentivos diferentes para aplicar su régimen de derecho de la competencia; los países productores y exportadores tendrán incentivos para no aplicar dicho régimen a sus productores exportadores, mientras que los países importadores tendrán incentivos para aplicar con fuerza su régimen, así ello implique desconocer el desarrollo de operaciones que pueden beneficiar legítimamente a los productores de otras jurisdicciones (debido, por ejemplo, al desarrollo de economías de escala){9}.

Las anteriores consideraciones resultan de toda una historia de establecer el derecho de la competencia como una disciplina propia del derecho internacional. El primer intento significativo para abordar las prácticas restrictivas de la competencia a nivel internacional tuvo lugar con la conferencia de Bretton Woods en 1944. Los países que participaron en este encuentro sugirieron un orden económico de alcance mundial basado en

tres pilares institucionales: el Fondo Monetario Internacional, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (que posteriormente se convertiría en el Banco Mundial) y la Organización Internacional del Comercio (OIC){10}. En particular, el acuerdo constitutivo de la OIC -la Carta de La Habana de 1947- incluía una serie de disposiciones sobre prácticas restrictivas de la competencia, de acuerdo con las cuales los países miembros deberían tomar medidas para contener prácticas restrictivas de la competencia que limitaran la producción y el comercio{11}. A su vez, la OIC tendría facultades para investigar la ocurrencia de estas prácticas y sugerir a los países miembros involucrados en las prácticas investigadas las acciones que deberían seguir para la detención de dichas prácticas{12}. Como consecuencia de la ratificación de esta Carta, los países miembros no solo tendrían la obligación de poner en marcha su sistema de protección de la competencia a nivel local, sino que deberían acatar las recomendaciones y sugerencias que hiciera la OIC en materia de competencia y que resultaran de prácticas que tuvieran lugar como parte del comercio internacional.

Como era de esperarse, la pérdida de soberanía que resultaba para los países signatarios de la ejecución de las obligaciones de la Carta de La Habana era algo que minaba su aceptación por muchos países, incluyendo Estados Unidos de América. Unos años antes de la Conferencia de La Habana de 1946, Estados Unidos ya había emprendido, unilateralmente, una serie de esfuerzos para limitar los efectos nocivos de los carteles internacionales, que culminaron con éxito en la decisión United States vs. Aluminum Company of America{13} de 1945. Este proceso, que fue iniciado en 1937, llevó a establecer que la empresa Aluminum Company of America (ALCOA) había monopolizado la producción e importación de los minerales necesarios para la producción de aluminio a nivel nacional (de hecho, esta decisión se distingue, entre otras cosas, porque el juez Hand señaló que el solo hecho de ser un monopolio en sí mismo violaba las normas federales de competencia, en particular la ley Sherman de 1890). A su vez, Estados Unidos no compartía lo que percibía como una debilidad manifiesta en los países miembros de la Comunidad Europea hacia los monopolios, debido precisamente a que en este continente existió, desde finales del siglo xx, una actitud de tolerancia hacia los monopolios y los carteles{14}. Sumado a lo anterior, el Congreso de los Estados Unidos

percibió que la OIC reducía su soberanía y podría imponer a las empresas norteamericanas obligaciones que les impedirían competir a nivel nacional e internacional. Mientras tanto, los países en desarrollo que eran parte de la Conferencia vieron con suspicacia los alcances de esta organización, debido a la recepción exitosa que estaban teniendo las doctrinas de sustitución de importaciones{15}. Así pues, si bien existió una voluntad real de limitar los alcances internacionales de las prácticas restrictivas de la competencia, no fue posible llegar a un acuerdo concreto sobre qué era exactamente lo que se quería sancionar.

Un segundo intento de darle alcance internacional al derecho de la competencia tuvo lugar en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) cuando, en 1961, organizó el Comité para el Derecho y la Política de la Competencia (Competition Law and Policy Committee, CLPC). El propósito de este comité era el de servir de foro para que los diferentes miembros de la OCDE compartieran sus experiencias en materia de derecho de la competencia y, eventualmente, buscar una mayor armonización entre los regímenes aplicables. Como resultado, este comité ha presentado una serie de sugerencias, que no son de carácter vinculante, sobre cómo desarrollar vínculos más fuertes de cooperación entre Estados y una mayor armonía entre los regímenes aplicables. Si bien estas recomendaciones han tenido cierto eco en los países miembros de la OCDE, no han tenido un impacto significativo, que además se haya sentido en los países en desarrollo que no son miembros de esta organización y, por lo tanto, no han participado en su desarrollo{16}. Sin embargo, es importante destacar que recientemente en América Latina la OCDE ha patrocinado estudios sobre la idoneidad de los regímenes nacionales de competencia, y las sugerencias que presentan dichos estudios suponen, como parámetro de comparación, estas recomendaciones que se han desarrollado en el seno de dicha institución{17}.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por su sigla en inglés) también ha adelantado iniciativas siguiendo una dirección similar a la que ha tenido la ocde, pero con la importante diferencia que estas están al alcance de todos los miembros de la Organización de las Naciones Unidas. A finales de los años setenta, algunos países miembros tuvieron y desarrollaron una iniciativa basada en una serie

de reglas y principios generales que fueran aplicables a todos los países miembros de las Naciones Unidas; a su vez, dicha iniciativa produjo un Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas, el cual fue ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 198o{18}. En algunos aspectos, este conjunto de principios y normas constituye una alternativa a las propuestas planteadas por los países miembros de la ocde{19}.

Desde la perspectiva de los países en desarrollo, este código les permitía limitar el comportamiento comercial de empresas transnacionales que operaran en su propio suelo, mientras que, al mismo tiempo, mostraba cierta laxitud frente a las prácticas restrictivas de la competencia que ellos mismos patrocinaban. Sin embargo, resultó siendo más un punto intermedio entre las aspiraciones de estos países y los países industrializados, como se aprecia en el énfasis que tiene en la aplicación local de las normas de competencia, en la relativa vaguedad de muchas de sus provisiones{20}. Además, la aplicación práctica de estos principios y normas se vio dilatada con la constitución del Mecanismo Institucional Internacional, el cual básicamente consiste en la creación y operación de un órgano de carácter exclusivamente consultivo encargado de adelantar estudios y formular sugerencias{21}.

A pesar de los esfuerzos incurridos hasta ese momento, la percepción de que el incremento del comercio internacional debería ir acompañado de un sistema efectivo para poder detener las prácticas restrictivas de la competencia a nivel internacional continuó en auge{22}. Debido a esta percepción, se empezó de nuevo a concebir la posibilidad de acudir a las instituciones que surgieron de Bretton Woods; en este caso, a la OMC, como un foro en el que se pudiera discutir, y eventualmente aprobar, una serie de normas vinculantes para tal efecto. A raíz de la Conferencia Ministerial de Singapur de 1996 se creó el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, a fin de desarrollar una agenda de temas para discutir y producir así una serie de recomendaciones que podrían hacer parte de los documentos constitutivos de la OMC{23}. Sin embargo, al igual que en oportunidades pasadas, la agenda desarrollada por este grupo incluyó temas importantes y políticamente decisivos que terminaron por limitar el alcance de este grupo;

el resultado fue una transición en la agenda de temas políticamente divisivos y muy relevantes a temas políticamente poco divisivos y relativamente irrelevantes{24}. Luego, en la Declaración Ministerial de Doha de 2001, se presentaron los principios que habrían de guiar las labores futuras del grupo de trabajo en materia de competencia{25}, los cuales, a pesar de su labor, seguían despertando inquietudes políticamente divisivas{26}. Lo anterior se concretó en la Ronda de Cancún celebrada en 2003, la cual terminó sin una Declaración Ministerial, por los desacuerdos en temas de comercio, competencia e inversión que hubo entre los países desarrollados y los países en vía de desarrollo{27}. En materia de competencia, la decisión final de no incluir temas de competencia en las discusiones de la OMC se aprecia en el Programa de Trabajo de Doha elaborado por el Consejo General de dicha organización, y de acuerdo con el cual no se discutirán temas relacionados con política de competencia durante las labores relacionadas con el desarrollo de las tareas de la Ronda de Doha{28}.

A pesar de que la Ronda de Cancún dejó un mal sabor a nivel internacional sobre la posibilidad de lograr un régimen internacional de derecho de la competencia, los esfuerzos por buscar alternativas no vinculantes tuvieron un nuevo auge. La iniciativa más exitosa surgió gracias a los esfuerzos de Estados Unidos. A finales de la década de los noventa, el gobierno de este país organizó un equipo, compuesto por profesionales provenientes de la academia y del Estado, para que analizara los problemas que la globalización podría causar desde la perspectiva del derecho de la competencia; se llamó el International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC). Este grupo llegó a la conclusión, en 2000, que la mejor manera para enfrentar dichos problemas no era por medio de la adopción de un conjunto de normas supranacionales de carácter vinculante, sino por medio de una red de cooperación de autoridades de competencia que compartiera experiencias comunes y que estuviera dedicada a promover “las mejores prácticas” en materia de derecho de la competencia. Como resultado de lo anterior, el 25 de octubre de 2001 nació la International Competition Network (ICN). Sin embargo, su labor es exclusivamente consultiva, y a pesar de que reúne a autoridades de competencia de países de diferentes grados de desarrollo, las autoridades norteamericanas y europeas gozan de especial preeminencia; después de todo, son los autores

de “las mejores prácticas” que son puestas como ejemplo para los países en vía de desarrollo que desean cambiar su régimen de derecho de la competencia. En la actualidad, la ICN, la OCDE y la UNCTAD son los principales foros internacionales donde se discuten temas de derecho de la competencia a nivel internacional.

La noción de competencia como rivalidad ha estado presente en los momentos en los que ha habido consenso sobre la necesidad de regular el comercio internacional desde una perspectiva supranacional; de hecho, casos recientes ante la OMC muestran la unión conceptual que existe entre la promoción del comercio y la competencia{29}. Sin embargo, resulta claro que de por medio están los intereses de los países más desarrollados y que el éxito del que goza la ICN hoy en día obedece precisamente a la utilidad y facilidad que representa esta institución a los países más desarrollados. Como señala Daniel Sokol, la participación de estos países en un foro en el que se tomen decisiones orientadas a resolver los problemas de la globalización desde el derecho de la competencia depende de su capacidad para manejar la agenda a su favor y de los costos de salida de dichos foros; si estos países encuentran que en un foro determinado se llegó a un consenso que no les es favorable, o cuya agenda no pueden manejar, pueden abandonar dicho foro en búsqueda de uno diferente, nuevo o preexistente, que se ajuste mejor a sus expectativas{30}. Estados Unidos desconfiaba del alcance de la Carta de La Habana en 1948 de la misma manera que desconfiaba de la dirección que estaban tomando las rondas de negociación de la OMC en 2000, y por lo tanto patrocinó un foro nuevo, la ICN, de menos alcance y en el que puede llegar a consensos favorables con mayor facilidad. A su vez, la Unión Europea vio que un consenso favorable tampoco era posible en la OMC sin la presencia de Estados Unidos; de ahí que también apoyó decididamente el desarrollo de la ICN{31}. El resultado final es un derecho de la competencia internacional que, a partir de mostrar “las buenas prácticas” y de incrementar la cooperación entre autoridades de competencia, avance lentamente hacia una armonización de los regímenes locales en esta materia y en el que el bienestar general de la población sigue viéndose afectado por aquellas prácticas anticompetitivas que tienen dimensiones internacionales.

La falta de un consenso internacional en materia de derecho de la competencia ha llevado a que la determinación de las reglas aplicables al comercio entre países tenga lugar mediante disposiciones explícitas en los tratados de libre comercio, o bien vía el tipo de cooperación y armonización normativa que se espera de la ICN. Con respecto a los tratados de libre comercio, en los tratados celebrados por países de América Latina abundan las cláusulas que tratan temas de competencia, pero que también señalan que las controversias que surjan de estas no podrán solucionarse vía los mecanismos de resolución de controversias contenidos en los tratados mismos{32}. Un ejemplo de ello lo encontramos en el texto del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos{33}; el artículo 13.10 señala que ninguna de las partes podrá acudir a un mecanismo de resolución de controversias en los temas relacionados con el régimen de competencia aplicable y el desarrollo de investigaciones (art. 13.2), la cooperación entre los países parte del tratado (art. 13.3), el grupo de trabajo en materia de cooperación (art. 13.4) y las consultas que se realicen (art. 13.9). Lo anterior implica que, si un país no está de acuerdo con la manera en la que se adelantan estos aspectos, no podrá utilizar para ello el mecanismo establecido en el capítulo XXI de este tratado sobre solución de controversias. Curiosamente, otros temas sensibles de los tratados de libre comercio, en particular del TLC entre Colombia y Estados Unidos, sí están sujetos a las normas sobre resolución de controversias.

¿Cómo explicar esta diferencia? Daniel Sokol sugiere que el hecho de que los capítulos sobre competencia en los tratados de libre comercio no estén sujetos a la resolución de controversias que los mismos tratados incluyen debe entenderse como una forma leve de presión para que los países signatarios desarrollen una cultura de la competencia. Dada la historia política y económica de América Latina, estos capítulos en los tratados buscan cumplir un propósito diferente al de los demás capítulos, que consiste en comenzar a crear incentivos para el desarrollo gradual de una cultura de la competencia en sus respectivas jurisdicciones{34}. A la vez, hay una serie de costos de transacción asociados con el reconocimiento y ejecución de obligaciones internacionales para los países signatarios de estos tratados. En primer lugar, es más difícil evidenciar la violación de las normas sustantivas de otros capítulos de los tratados -relacionados con propiedad intelectual, por ejemplo- que la violación de normas de

competencia, lo cual supone que los costos de cumplir con las disposiciones de competencia del tratado son más elevados. De igual manera, hay diferencias importantes entre los países sobre cómo interpretar y aplicar las normas relevantes; de hecho, no existe un consenso entre los países desarrollados sobre cómo evaluar determinadas conductas{35}. Lo anterior supone que llegar a un acuerdo sobre cómo aplicar las disposiciones en un caso específico es más difícil que en otros campos cubiertos por el tratado{36}. Frente a estos costos, sin embargo, el carácter no vinculante de los capítulos de competencia en los tratados puede llevar a mayor cooperación entre las agencias de competencia y a una mayor participación en foros que, como la UNCTAD, la OCDE y la ICN, buscan el desarrollo de visiones comunes y, en general, el reconocimiento de "buenas prácticas internacionales"{37}.

A pesar de las ventajas que pueda tener esta forma de soft law en materia de derecho de la competencia, puede dejar mucho o muy poco a los países en vía de desarrollo. Por un lado, el hecho de que las controversias que surjan en materia de competencia no puedan ser resueltas acudiendo a los mecanismos instaurados en los tratados refuerza los regímenes de competencia de cada uno de los países signatarios, y con ello exacerba los problemas de estos regímenes, incluyendo los que tienen que ver con la imposibilidad de atajar efectivamente prácticas restrictivas de la competencia que tienen un alcance internacional. Por otro lado, el hecho de que las autoridades locales de competencia continúen asumiendo un rol protagónico previene el desarrollo de un corpus lure en materia de competencia que sea verdaderamente internacional y que por ende permita vislumbrar cómo sería un derecho de la competencia global como el que se esperaría de entidades como la OMC. Finalmente, la posibilidad de cooperación entre las autoridades de competencia dependerá de manera importante de lo que cada una de ellas considere con respecto a una conducta particular o lo que decida sobre qué es una "buena práctica internacional". Por ejemplo, si en Colombia se abre una investigación contra una compañía norteamericana, con base en la violación de una norma de competencia que no existe en Estados Unidos{38}, es de esperar que las autoridades de competencia norteamericanas (la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia) se opongan a la investigación o, por lo menos, que sean renuentes a su desarrollo. En este sentido, la

posibilidad de cooperación depende en buena medida de que ya haya tenido lugar una profunda armonización tanto de textos como de ideas.

Tanto la ausencia de normas de competencia de carácter global como el carácter no vinculante de los capítulos de competencia en los tratados de libre comercio llevan a que la armonización de los regímenes de competencia sea de especial importancia para la globalización del derecho de la competencia. Por "armonización" nos referimos a los procesos mediante los cuales ciertos regímenes o campos del derecho son modificados para guardar concordancia, bien sea en su tenor literal, bien en sus propósitos, finalidades o filosofía, con los regímenes o campos del derecho de otros países{39}. El desarrollo del derecho de la competencia a lo largo del mundo muestra diferentes instancias de armonización importantes, las cuales han ido de la mano de la intensificación del comercio internacional{40}. Una forma particular en la que ha tenido lugar es por medio de la adopción de textos que sean similares a los de otras jurisdicciones. Por ejemplo, el Estado de Israel adoptó, sin mayores cambios, una disposición que es idéntica al artículo 102 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea sobre abuso de la posición dominante{41}. Así mismo, Argentina implementó primero un sistema de derecho de la competencia basado en la ley Sherman de Estados Unidos{42}, y posteriormente adoptó un sistema basado en el de la Unión Europea. Otros países, en cambio, han trasplantado perspectivas sobre cómo interpretar el derecho de la competencia. Colombia, por ejemplo, incluyó en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 dos ideas propias de la cultura antitrust de Estados Unidos: el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, y una tercera, el acceso a los mercados, que es propia del sistema europeo de competencia{43}. Con los diferentes procesos de armonización, se espera reducir los costos de transacción asociados con el derecho de la competencia que se encuentran presentes en el comercio internacional, para así contribuir con su intensificación{44}. Sin embargo, como bien nota Eleanor Fox, los proponentes de los esfuerzos de armonización tienden a ver a sus propios sistemas como los más favorables para ser adoptados por otros países{45}; de igual manera, los intereses de países como Estados Unidos en llevar su derecho de la competencia a otras jurisdicciones están estrechamente relacionados con sus intereses comerciales{46}.

Al igual que en otros campos del derecho, la posibilidad de "trasplantar" con éxito las instituciones e ideas que subyacen al derecho de la competencia de un país específico a otro es un tema de intenso debate. En un lado encontramos a los optimistas: académicos y miembros de iniciativas gubernamentales o entidades multilaterales que confían en la posibilidad de trasplantar con éxito las normas legales, y sus ideas, a otros contextos con solo realizar unos cambios modestos en las normas trasplantadas{47}. En el otro encontramos a los escépticos, que consideran que un trasplante exitoso de estas normas no puede tener lugar si estas no encuentran un contexto que permita una recepción adecuada; a su vez, dicho contexto está determinado por las relaciones de poder, las corrientes de pensamiento, la misma cultura jurídica, entre otros factores{48}. En el (amplio) medio encontramos a académicos y miembros de entidades gubernamentales que coinciden en que elementos constitutivos del contexto de recepción son determinantes en el éxito de los trasplantes, pero al mismo tiempo son conscientes de que dichos elementos no siempre están presentes en los países que han adoptado recientemente las normas sobre competencia{49}. En esta discusión, a la que se suman argumentos cuantitativos{50}, resulta imposible aseverar con voz enérgica que claramente una postura se ha impuesto sobre la otra, que la evidencia disponible sugiere sin lugar a dudas que unos yerran y los otros aciertan, y otras conclusiones que nos podrían dar algo de tranquilidad. De hecho, en materia de trasplantes jurídicos que han tenido como fin la noción de "desarrollo", como han sido los que versan sobre el derecho de la competencia, es difícil concluir algo general con respecto a su efectividad{51}.

Nuestro interés en esta discusión gira en torno a identificar un derecho de la competencia local que sirva para enfrentar las necesidades específicas de los países en desarrollo de acuerdo con las prioridades que ellos mismos se fijen. El escepticismo que ciertos autores tienen frente a los trasplantes en materia de derecho de la competencia refleja precisamente la necesidad de identificar claramente, en el contexto de recepción, para qué se quiere tener un derecho de la competencia en primer lugar. Porque, si bien se puede adoptar una norma cuyo tenor literal siga de cerca el de otras jurisdicciones, no es claro que los dirigentes del país que la adopta quieran también las ideas que subyacen a su aplicación en su jurisdicción de origen, o si en

efecto comparten dichas ideas, puede que su propio contexto sugiera una mejor manera de implementarlas que por medio de la adopción de un régimen de derecho de la competencia. Sin embargo, también cabe la otra posibilidad: que adviertan que las normas que quieren trasplantar solo tienen pleno sentido en su contexto de origen, y que el contexto en el que ellos se encuentran es diferente en aspectos importantes, con lo cual el éxito mismo del trasplante queda en entredicho{52}. Por lo tanto, el debate en el fondo no se trata de si un régimen de derecho de la competencia es más o menos exitoso en una jurisdicción determinada, sino que aborda dos preguntas estrechamente relacionadas: i) ¿Cuáles son los propósitos que queremos lograr con la adopción y aplicación de un derecho de la competencia? y ii) ¿Cómo "encajan" esos propósitos en el contexto jurídico, político y económico de nuestro país?{53}. Como es de esperarse, este es un debate de trascendencia local, regional y global, sobre valores y principios, de aquellos que difícilmente llevan a una conclusión práctica, y que por ende es profundamente divisivo; a pesar de todo lo anterior, es necesario por lo menos sentar las bases para que tenga lugar.

A lo largo de esta sección hemos presentado el devenir del derecho de la competencia como una disciplina fallida del derecho internacional; es decir, como una disciplina que, a pesar de su relevancia para el comercio internacional, no ha gozado del respaldo político necesario como para la promulgación de un conjunto de normas verdaderamente internacionales en esta materia. A su vez, otros escenarios en los que puede haber normas de competencia de aplicación supranacional, como los tratados de libre comercio, tienen un alcance limitado; como lo sugiere la experiencia de Colombia y de América Latina en general, los capítulos de competencia en los tratados de libre comercio son excepcionales porque las controversias que surjan de ellos no podrían solventarse por medio de los mecanismos de resolución de conflictos que los tratados mismos incluyen. La ausencia de un régimen internacional en materia de derecho de la competencia, así como el alcance limitado de los capítulos sobre esta materia presentes en los tratados de libre comercio, hace que los regímenes locales o nacionales continúen siendo particularmente importantes. Debido a lo anterior, la armonización de los diferentes regímenes constituye un anhelo de la comunidad internacional; sin embargo, los esfuerzos que han buscado su concreción no necesariamente reconocen la heterogeneidad de los países y

sus contextos, y es probable que los países desarrollados, en aras de trasplantar su modelo, sus ideas y sus visiones, sean indolentes frente a las necesidades y condiciones propias de los países en desarrollo.

Frente a estas consideraciones, en la sección siguiente se planteará una perspectiva sobre qué podrían hacer los países en desarrollo en materia de adopción y desarrollo de su propio régimen de competencia, partiendo del reconocimiento de que tienen anhelos, perspectivas y visiones sobre el comercio diferentes a las de los países desarrollados. Es, en este sentido, una propuesta desde una visión del "Sur Global".

¿PARA DÓNDE VAMOS? UNA PROPUESTA DESDE EL "SUR GLOBAL"

El "Sur Global" es en realidad un rótulo poco preciso con el que se denomina a los países pobres, con diferentes grados de desarrollo económico e industrialización, que fueron colonias de los países desarrollados. Es un término ambiguo y confuso, pero en materia de desarrollo no es el único. Por supuesto que hay muchos países que hacen parte del "Sur Global" y se encuentran en el hemisferio Norte, y no todos ellos presentan el mismo tipo de características en lo que se refiere a los ingresos de su población o su grado de industrialización. Al igual que el término "tercer mundo", asume una divergencia frente a la manera de entender la organización de temas económicos y sociales frente a los países desarrollados o del "primer mundo", pero, a diferencia de aquel, no tiene una connotación negativa. De igual manera, carece prima facie del paternalismo implícito en expresiones como "en vía de desarrollo" o "subdesarrollo"{54}.

A pesar de que los países que hacemos parte del "Sur Global" somos bastante diferentes entre nosotros, hay una serie de elementos comunes importantes. En primer lugar, entre nosotros hay una lucha continua por asegurar las condiciones mínimas de vida de una parte importante de nuestras poblaciones que vive en condiciones de pobreza; lo anterior se

traduce en que la población tiene bajos ingresos, acceso precario a recursos básicos como agua, salud, vivienda y educación y, por lo tanto, tasas de mortalidad relativamente altas comparadas con las de los países que hacen parte del "Norte Global". En segundo lugar, las altas tasas de crecimiento demográfico hacen que los problemas de acceso a los recursos básicos sean cada vez más importantes. En tercer lugar, y como resultado de lo anterior, tienen tasas de desempleo y subempleo que son particularmente altas. Además, su estructura productiva está dominada principalmente por actividades agrícolas, frente a sectores industriales, manufactureros o de servicios que son (relativamente) incipientes. Finalmente, muchos de nuestros países dependen de la exportación de materias primas a los países desarrollados, lo cual no solo muestra la permanencia de las estructuras coloniales de antaño, sino que además mantiene y acentúa nuestra dependencia económica frente a los países del "Norte Global"{55}.

El rol del derecho ha sido determinante en el desarrollo de estas condiciones{56}. El derecho de nuestros países evidencia no solo el trasplante "puro y duro" de las instituciones jurídicas de los países del "Norte Global", sino que continuamente vemos cómo las ideas sobre derecho que se producen en otras latitudes tienen una profunda, y no siempre anticipada, influencia en nuestro medio. En el derecho de la competencia estas consideraciones se aprecian con particular nitidez, y de hecho se materializan en instituciones formales que, como el ICN, buscan exportar "las mejores prácticas jurídicas" a los países en desarrollo del "Sur Global". Además, nuestros regímenes de derecho de la competencia a nivel local han sufrido cambios importantes en lo que se refiere a las ideas a partir de las cuales se interpretan sus normas. Pruebas de ello son la recepción de conceptos como "la regla de la razón" o la "regla de ilegalidad per se" que hemos tenido en Colombia desde mediados de la década de los noventa{57}, y las referencias, cada vez más comunes, a artículos académicos y decisiones de autoridades en esta materia, provenientes de otras latitudes, que se aprecian en las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

De igual manera, el derecho también puede ser un mecanismo de transformación de las condiciones de vida de todas las personas, especialmente de las que más necesitan la ayuda de las instituciones

jurídicas. De hecho, una particularidad de algunos campos de nuestro derecho -como el derecho constitucional- es precisamente su carácter aspiracional; es decir, su deseo de transformar las relaciones sociales, y no de preservarlas{58}. Nuestro derecho de la competencia -que tiene un claro fundamento constitucional, en virtud del artículo 365 de la Constitución Política{59}- puede también contribuir a transformar las relaciones económicas entre países y, sobre todo, entre productores y consumidores colombianos. Esta es la visión del derecho de la competencia desde el "Sur Global" que propone este autor.

El principio general que, a nuestro parecer, debe guiar la actividad de las autoridades de competencia en los países del "Sur Global" consiste en permitir las actividades empresariales que sean eficientes y aumenten el bienestar de los consumidores, siempre y cuando los costos y los beneficios estén repartidos de manera equitativa entre las poblaciones de las jurisdicciones involucradas. A su vez, este principio puede concretarse en diferentes aspectos, que involucran tanto la aplicación de normas existentes, y bajo parámetros convencionales, así como la abogacía de la competencia.

El primer aspecto, que es tal vez el más obvio de todos, es el de las integraciones empresariales. Una integración empresarial puede llevar a que los beneficios que resultan de esta no necesariamente se aprecien en la misma jurisdicción en la que se aprecian sus efectos en términos de poder de mercado. De esta manera, mientras que muchas de las economías de escala y otros beneficios tienen lugar en un país, las consecuencias para el mercado relevante, y especialmente el aumento en el poder de mercado, tienen lugar en otras jurisdicciones. Ello no solo es ineficiente desde una perspectiva global, es decir, que tenga en cuenta a todas las personas afectadas por la operación independientemente de la jurisdicción en la que se encuentren, sino que también parece manifiestamente injusto para las poblaciones de los países que asumen los costos, pero no los beneficios. Una forma en la que las autoridades locales de competencia pueden prevenir este tipo de operaciones es, como se aprecia hoy en día en algunas jurisdicciones, que se estipule la obligación de informar de las operaciones de integración empresarial tanto en las jurisdicciones en las que se llevan a cabo como en las jurisdicciones en las que estas tienen efectos. Para analizar estas operaciones, las autoridades de competencia cuentan con dos

mecanismos: primero, su procedimiento administrativo de control previo de integraciones y, segundo, el procedimiento administrativo de sanción por integraciones empresariales no informadas. Pero, a diferencia de los procedimientos e investigaciones que tienen lugar cuando se trata de empresas puramente domésticas, las autoridades de competencia deben estar alertas no solo de la actividad de sus empresas locales, sino también de sus matrices y sociedades controlantes, así como de sus matrices y filiales. En particular, a los países del "Sur Global" les interesa estudiar el comportamiento de sus compañías locales, como el de las que operan en sus países, pero a su vez hacen parte de grupos empresariales más amplios, ya que en materia de integraciones las actividades de unas y otras está estrechamente ligadas. La conclusión de este análisis es fácilmente apreciable: una operación de integración que involucra a empresas en dos o más jurisdicciones, pero que produce costos y beneficios que no están equitativamente distribuidos entre las poblaciones de estas, no debería ser aprobada por la autoridad de competencia de la jurisdicción en la que la población recibe más costos y menos beneficios, especialmente si hace parte de un país que es del "Sur Global".

Un segundo aspecto tiene que ver con las privatizaciones de monopolios estatales. Como sugieren Phillife Brüsick y Simon J. Evenett, la privatización de monopolios estatales se puede prestar para diferentes formas de abusos de la posición dominante{60}. A raíz de los cambios en políticas públicas que tuvieron lugar en los años ochenta y noventa, en particular el Consenso de Washington, tanto los monopolios naturales a cargo del Estado como aquellos que se reservaba para sí fueron privatizados. En muchos casos, lo anterior se debía a que el Estado se encargaba de prestar muchos servicios que eran monopolios naturales; en otros casos, era común que el Estado se reservara cierto tipo de actividades económicas. Cuando las privatizaciones se llevaron a cabo, las empresas adquirientes de los activos y los derechos de explotación de lo que eran los monopolios estatales adquirieron también el poder de mercado del que antes gozaba el Estado. Como resultado, las nuevas empresas aprovechan estas condiciones para incurrir en abusos de la posición dominante, muchos de los cuales tienen una incidencia internacional. La dimensión internacional es relevante cuando, como resultado de la privatización, las decisiones sobre cómo debe operar la empresa privatizada y las ganancias

resultantes de dicha decisión no quedan en la jurisdicción en la que se producen las consecuencias negativas del ejercicio abusivo de dicho poder de mercado. Así mismo, es relevante cuando el mercado local termina subsidiando, por medio de precios artificialmente altos, el comercio internacional de los bienes o servicios producidos.

Un ejemplo muy interesante es el del caso Mittal Steel, decidido por el tribunal de competencia de Sudáfrica{61}. La empresa se llamaba originalmente Iscor y había sido propiedad del Estado sudafricano desde su creación a comienzos del siglo xx hasta 1989, cuando fue privatizada. Después de una serie de transacciones, en 2006 fue adquirida por el grupo Arcerlor, uno de los principales grupos empresariales en producción de aluminio y acero del mundo. En 2007, el Tribunal de Competencia de Sudáfrica encontró que, desde mediados de la década de los noventa, Mittal Steel tenía una posición de "superdominancia" en el mercado local{62}, lo cual le permitió implementar un esquema de acuerdo con el cual mantenía dos precios diferentes de sus productos, uno nacional y otro internacional, e imposibilitaba la reimportación de los productos hacia su mercado nacional{63}. Gracias a dicho esquema, Mittal Steel podía discriminar entre sus clientes nacionales e internacionales y cobrarles precios abusivos a los primeros (y en beneficio de los segundos). A juicio del tribunal, dicha conducta estaba prohibida por el numeral 8(a) de la Competition Act de Sudáfrica promulgada en 1998 y, por lo tanto, procedió a sancionar a dicha compañía{64}.

El peligro de las privatizaciones no radica en que estas tengan lugar, sino en que como resultado de su desarrollo el poder de mercado del que gozaba el Estado sea simplemente vendido a particulares, sin que medien consideraciones sobre la competencia en sí misma y, por lo tanto, sin que haya mecanismos de control efectivo sobre el poder de mercado adquirido. Frente a esto, las autoridades locales pueden hacer mucho para controlar y sancionar este tipo de abusos. Una primera medida, muy debatida, consiste en sancionar a la empresa privatizada que incurre en el abuso de la posición dominante por el cobro de precios excesivamente altos. Además de Sudáfrica, muchas autoridades de competencia alrededor del mundo permiten sancionar dicha conducta; en el caso europeo, por ejemplo, el artículo 102.a del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo

artículo 82.a del Tratado de la Comunidad Europea) prohíbe “imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas”{65}.

Sin embargo, la mejor manera de enfrentar este tipo de situaciones es por medio de la abogacía de la competencia. En particular, en los procesos de privatización las autoridades de competencia deben tener un rol preponderante, ya que son ellas las que (usualmente) tienen la tarea de estudiar el grado de competencia que presentan los mercados, así como los remedios que pueden implementarse para evitar abusos de la posición dominante. Su rol debe consistir en determinar si las privatizaciones que vayan a llevarse a cabo no terminarán suplantando el poder de la competencia por el poder de los monopolistas; de ser así, deberían hacer todo lo posible para impedir que dicho poder monopólico sea usado de manera abusiva. En últimas, la relevancia de sus actuaciones parte del reconocimiento que el poder de mercado de las empresas privatizadas no radica en las decisiones adecuadas de sus administradores, sino, por el contrario, en haber gozado del respaldo estatal.

Sin embargo, no se necesita del respaldo del Estado para tener un amplio poder de mercado y usarlo de manera abusiva a nivel internacional. El comportamiento de las grandes multinacionales que operan localmente es una de las mayores preocupaciones de las autoridades de competencia de los países del “Sur Global”. La preocupación radica en que las grandes compañías tienen los medios para posicionarse rápidamente en los mercados locales y usar sus recursos para financiar la competencia con las empresas locales con las que compiten. Por lo tanto, no solo está de por medio el empleo de las personas que trabajan en las empresas locales, sino que además hay una preocupación por las condiciones con las que se contrata con los productores de bienes y servicios locales, que pueden enfrentar, a su vez, abusos de posición dominante. Si bien dichas compañías representan una fuerte y sana presión competitiva para las empresas locales, no deja de ser preocupante que ganen posiciones de dominio en sus respectivos mercados por medio de prácticas como precios predatorios, pactos de exclusividad y no competencia, o simplemente porque tienen bolsillos más profundos.

Frente a lo anterior, las autoridades de competencia pueden abrir investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia cuando se encuentran con prácticas que parecen predatorias o abusivas, o pueden usar sus facultades de abogacía de la competencia para garantizar que no haya barreras que prevengan la entrada de competidores potenciales. Lo importante, para efectos de este capítulo, es determinar las implicaciones para el comercio internacional que puedan tener estas prácticas. Cuando una gran empresa discrimina entre mercados que se encuentran en diferentes jurisdicciones -y hay muchas que lo hacen-, las autoridades locales pueden ejercer sus facultades de manera corriente, pero la falta de una autoridad supranacional que identifique que ello ha tenido lugar y pueda imponer sanciones evita que esto ocurra con más frecuencia. Desde la perspectiva internacional, las actuaciones locales serán limitadas; en algunas jurisdicciones las autoridades de competencia podrán tener éxito y en otras, no. Por lo tanto, más allá de ejercer sus facultades, es difícil que las autoridades locales puedan hacer más.

El ejercicio de las facultades de las autoridades de competencia con miras al comercio internacional puede perfectamente llevar a críticas relacionadas con la necesidad de mejorar las condiciones de los países del "Sur Global" y de proteger la confianza de los inversionistas extranjeros. Por ejemplo, es fácil argumentar que prevenir que ciertas integraciones tengan lugar solo porque los costos y beneficios no están equitativamente repartidos entre jurisdicciones generará muchas críticas. Si los países del "Sur Global" tienen altos niveles de desempleo y subempleo, impedir el desarrollo de integraciones que lleven a crear más trabajos, así también lleven a precios más altos para los consumidores, es contraproducente. En otras palabras, los países del "Sur Global" estarían mejor si permitieran ciertas prácticas porque el solo hecho de que se desarrollen los deja en una mejor situación que en la que se encontrarían si no las permitieran. De igual manera, investigar y sancionar a empresas que devienen su poder de mercado por haber sido del Estado implica cambiar las condiciones en las que dichas empresas funcionan y, por lo tanto, un cambio fundamental en las reglas de juego a partir de las cuales los inversionistas calculan el retorno de sus inversiones.

A nuestro juicio, estos dos contraargumentos son poco convincentes. El primer argumento es análogo al que se usaba, hace apenas dos siglos, para justificar la esclavitud. ¿Por qué no permitir la esclavitud si los esclavos tienen techo y comida, en vez de estar sometidos al rigor de sus vidas en sus contextos de origen? La respuesta, tanto en el caso de la esclavitud como en el del comercio internacional, es porque es indigno, injusto e inmoral; parte de la idea de que las personas pueden encontrarse mejor renunciando a su dignidad como personas si simplemente se les deja hacerlo. La prohibición legal de la esclavitud busca negarles a las personas el ejercicio de su libertad para, paradójicamente, preservarla al impedir que se vendan como esclavos. De manera análoga, las integraciones empresariales cuyos costos y beneficios no están equitativamente distribuidos entre jurisdicciones deberían estar limitadas para impedir que la soberanía económica de las personas -y de los países- no se vea sacrificada en aras del beneficio de unos pocos. En este sentido, aceptar dichas operaciones implica renunciar a que las personas puedan gozar de condiciones de mercado que les sean favorables; en últimas, atenta contra la lógica misma de que los mercados competitivos son escenarios en los que las personas pueden ejercer adecuadamente sus preferencias{66}.

Además, no es claro que permitir ese tipo de integraciones sea favorable para el desarrollo de los países del "Sur Global" a largo plazo. Si en aras de esta permisividad los mercados locales de estos países se desarrollan de tal manera que la competencia se ve progresivamente reducida, no es claro que las instituciones sociales y económicas que resulten de lo anterior sean particularmente provechosas. Después de todo, la falta de instituciones favorables para la mayoría de la población puede fomentar la corrupción, mayores presiones para la búsqueda de rentas por medio del derecho (y, obviamente, el derecho de la competencia jugaría un rol preponderante en ello) y una profunda desconfianza en los mercados y en el Estado{67}. Desde esta perspectiva, lo importante no es tener cualquier tipo de inversiones o actividades económicas, sino unas que sean conducentes a un mayor desarrollo social y económico de la población a mediano plazo, y es la responsabilidad de las autoridades de competencia contribuir a que los mercados de sus jurisdicciones sean presas fáciles de los poderes económicos globales.

El segundo argumento, de acuerdo con el cual investigar y sancionar los abusos de la posición dominante, como el cobro de precios excesivamente altos e injustos, atenta contra la confianza inversionista, es más difícil de rebatir. Consideramos, sin embargo, que el elemento clave consiste en determinar si detrás del poder de mercado de las empresas que incurren en esta práctica ha habido una intervención estatal. Después de todo, si dicha intervención es la que ha llevado a la creación de un poder de mercado que luego ejercen los particulares -como en el caso de algunas privatizaciones-, es claro que los inversionistas no están recibiendo una remuneración por sus méritos. El poder de mercado es deseable y aceptable cuando resulta del ingenio y de las buenas decisiones de las personas; es difícil oponerse a que si una persona ha logrado superar a sus rivales, debido básicamente a sus buenas decisiones, debería gozar de las consecuencias que resulten de dichas decisiones. Pero, cuando se trata simplemente de la adquisición de una ventaja creada por el Estado, no investigar y sancionar los abusos de la posición dominante implica aceptar una redistribución del bienestar de los consumidores que no tiene ningún sustento en nociones de justicia. En este sentido, dichos abusos no solo llevan a ineficiencias, sino que difícilmente son defendibles bajo consideraciones de tipo moral.

En cambio, cuando se trata de ventajas que se han obtenido sin la intervención directa del Estado, otro tipo de consideraciones entran en el análisis; aun así, es perfectamente válido investigar y sancionar abusos de la posición dominante, independientemente de en qué jurisdicción se tomen las decisiones del caso. En otras palabras, los inversionistas no deberían contar con que los países les van a proteger los ingresos que tengan como resultado de mercados poco eficientes o con profundas imperfecciones. Y los países del “Sur Global” deberían usar sus recursos para no atraer inversionistas que les apuesten a las fallas de sus mercados.

CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo reseñamos brevemente la historia del derecho de la competencia como una disciplina fallida del derecho internacional y

sugerimos algunas estrategias puntuales que las autoridades locales de los países del "Sur Global" podrían seguir para mitigar los efectos de carecer de normas internacionales en esta materia. Tanto lo primero como lo segundo se deben a una visión particular, y muy personal, sobre el rol transformativo del derecho de la competencia.

Creemos que la competencia tiene el mérito de reducir el ejercicio abusivo del poder de mercado a favor de todos los consumidores y de las diferentes empresas que participen en los procesos de producción de bienes y servicios. Esto no es nada nuevo, salvo cuando empezamos a preguntarnos si en realidad está pasando con la manera en la que el comercio internacional está impactando a los países del "Sur Global". Una respuesta categórica nos parece difícil; creemos, sin embargo, que estos países están llevando la peor parte porque el comercio internacional ha acentuado la interdependencia económica de la que son parte frente a los países del "Norte Global", que se traduce en una asignación global inequitativa de los costos y beneficios de las actividades comerciales. En materia de derecho de la competencia, eso se aprecia en la capacidad de las grandes compañías de discriminar entre mercados en diferentes países, en privatizaciones que llevan a abusos de posiciones dominantes y, en general, a una falta de preocupación sobre los efectos de ciertas prácticas más allá de las fronteras que cada autoridad de competencia debe vigilar. Después de todo, mantener las fronteras entre países no es tan pernicioso para la actividad comercial como usualmente se considera.

Las soluciones locales a los problemas de derecho de la competencia que genera el comercio internacional son insuficientes y poco precisas. Sin duda alguna, un régimen internacional de la competencia podría brindar mejores resultados que la actividad de las autoridades locales de competencia. Desafortunadamente, no existe una voluntad política para la creación de un régimen internacional de derecho de la competencia, debido a que no hay los incentivos económicos para que todos los involucrados -tanto países del "Sur Global" como todos los demás- participen en él. Mientras esto siga siendo así, sin embargo, podemos estudiar mejor los efectos del comercio internacional de nuestros países y hacer todo lo posible para que, a pesar de nuestras limitaciones, construyamos un comercio internacional más justo.

BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS ELECTRÓNICOS

Acemoglu, Daron et al. “Institutions as the Fundamental Cause of Long-run Growth”, 1998. NBER Working Paper 10481. Disponible en: www.nyu.edu (consultado el 7 de agosto de 2011).

Argentina. Sentencia Y. I. XXXVII de Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de julio de 2002. Ver también www.diariojudicial.com/contenidos/2002/07/03/noticia_ooio.html (consultado el 25 de julio de 2011).

Boodman, Martin. “The Myth of Harmonization of Laws”, American Journal of Comparative Law, vol. 39, n.° 4, 1991, pp. 699-724. En particular, p. 702.

Brusick, Phillipe y Evenett, Simon J. “Should Developing Countries Worry about Abuse of Dominant Power?”, Wisconsin Law Review, 2008, pp. 269-294.

Colombia. “Peer Review of Competition Law and Policy 2009”. Disponible en: www.oecd.org (consultado el 19 de julio de 2011).

Unctad (s. f.). Disponible en: http://ro.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/cpset/rbpc10rev20sp.pdf(consultado el 19 de julio de 2011).

Connor, John M. “Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels”, Journal of Industry, Competition and Trade, vol. 4, n.° 3, 2004, pp. 239-267. Disponible en: www.agecon.purdue.edu (consultado el 7 de agosto de 2011).

Davis, Kevin E. y Trebilcock, Michael J. “The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics”, The American Journal of Comparative Law, vol. 56, 2008, pp. 895-946.

“Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment: Havana Charter For an International Trade Organization - Section V. Restrictive Trade Practices”, artículo 46. Disponible en: www.worldtradelaw.net (consultado el 19 de julio de 2009).

Fox, Eleanor M. “In Search of a Competition Law Fit for Developing Countries”, NYU Law and Economics Research Paper, n.° 11-04, 2011. Disponible en: http:// ssrn.com/abstract=i76i6i9_(consultado el 26 de julio de 2011).

Fox, Eleanor M. “The Wto’s First Antitrust Case - Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition”, Journal of International Economic Law, vol. 9, n.° 2, 2006, pp. 271-292.

Fox, Eleanor M. “Harmonization of Law and Procedures in a Globalized World: Why, What and How?”, Antitrust Law Journal, vol. 6o, 1991, pp. 593-598.

Gal, Michal. “The ‘Cut and Paste’ of Article 82 of the EC Treaty in Israel: Conditions for a Successful Transplant”, NYU Law and Economics Research Paper, n.° 08-03, 2008. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=1082035 (consultado el 25 de julio de 2011).

GarcíaVillegas, Mauricio. “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en: R.

Uprimny et al. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, i.a ed., Bogotá, Norma, 2006.

Gerber, David J. Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, 2.a ed., Londres, Oxford University Press, 1998, p. 358.

Guzmán, Andrew T “Is International Antitrust Possible?”, New York University Law Review, vol. 73, 1998, pp. 1510-1521.

Havana Charter, artículos 47-50.

Kovacic, William E. “Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement”, Chicago-Kent Law Review, vol. 77, 2001, pp. 265-315. Disponible en: www.ftc.gov (consultado el 7 de agosto de 2011).

Lamprea Montealegre, Everaldo. “Comentario: El Ingreso Ciudadano en el Sur Global. Hacia la realización de la utopía”, en: E. olin Wright (ed.). Repensando la distribución. El ingreso básico ciudadano como alternativa para un capitalismo más igualitario, i.a ed., Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2008, pp. 307-358. Ver también Thomas-Slayter, Barbara. Southern Exposure International Development and the Global South in the Twenty First Century, i.a ed., Bloomfield, Kumarian Press.

Ley 155 de 1959.

Ley 1340 de 2009.

Lowenfeld, Andreas. International Economic Law, 2.a ed., Part. II, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

Miranda Londoño, Alfonso. “El régimen general de la libre competencia”, en: ce-deciii. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, i.a ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, i999, p. 34.

Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. “Conjunto de Principios y Normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales Restrictivas sobre Competencia de las Naciones Unidas”. Aprobado en Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de Resolución 35/63 del 5 de diciembre de 1980.

Oecd. “Policy Roundtables Abuse of Dominance and Monopolisationi996”. Disponible en: www.oecd.org (consultado el 19 de julio de 2011).

Oecd. “Argentina - Peer Review of Competition Law and Policy”, 2006, p. 8. Disponible en: www.oecd.org (consultado el 25 de julio de 2011).

Organización Mundial del Comercio. “Declaración Ministerial de Singapur” (adoptada el 16 de diciembre de 2006), numeral 20. Disponible en: www.wto.org (consultado el 6 de agosto de 2011).

Organización Mundial del Comercio. Declaración Ministerial de Doha (adoptada el 14 de noviembre de 2001), numerales 23-25.

Organización Mundial del Comercio. “Quinto día: La Conferencia termina sin consenso”. Disponible en: www.wto.org (consultado el 19 de julio de 2011).

Organización Mundial del Comercio. “Programa de Trabajo de Doha - Decisión adoptada por el Consejo General el i.° de agosto de 2004”. Disponible en: www. wto.org (consultado el 19 de julio de 2011).

República de Sudáfrica, Tribunal de Competencia de Sudáfrica, Decisión del 27 de marzo de 2007, “Harmony Gold Mining Co. vs. Mittal Steel S. Afr. Ltd.”.

República de Sudáfrica, Corte de Apelaciones de Competencia de Sudáfrica, Decisión de mayo 29, 2009. "Mittal Steel S. Afr. Ltd. vs. Harmony Gold Mining Co.".

Rodríguez, A. E. "Does Legal Tradition Affect Competition Policy Performance", International Trade Journal, vol. 21, 2007, pp. 417-454.

Sen, Amartya. Desarrollo como Libertad, i.a ed., Madrid, Planeta, 2000.

Sokol, Daniel D. "Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age", Berkeley Business Law Journal, vol. 4, 2007, pp. 37-122.

Sudáfrica. Caso n.° i3/Cr/Febo4 Harmony Gold Mining Company Ltd. vs. Mittal Steel. South Africa Ltd. Del Tribunal de Competencia de Sudáfrica.

Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 102a. Disponible en: http:// eur-lex.europa.eu (consultado el 6 de agosto de 2011).

Texto final del TLC Colombia-EEUU. Disponible en: www.tlc.gov.co (consultado el 20 de julio de 2011).

United States vs. Aluminum Company of America. 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). La decisión puede encontrarse en:

http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa. pdf (consultado el 19 de julio de 2011).

Weber Waller, Spencer. “Neo-Realism and the International Harmonization of Law: Lessons from Antitrust”, University of Kansas Law Review, vol. 42, 1994, pp. 557-6o4

ÁNGELA ISABEL GIRALDO SUÁREZ

¿Qué tan justo ha sido el libre comercio con el desarrollo de las naciones más pobres?

{*}

Desde la posguerra gran parte del mundo viene experimentando un continuo y acelerado proceso globalizador; tal como plantea José Antonio ocampo{1}, este proceso ha estado dinamizado por una revolución tecnológica y de las comunicaciones y por una mayor liberalización comercial que sin lugar a dudas impacta en los países tanto en sus condiciones económicas como sociales. Para conocer estos efectos, se estudian variables de comercio como pib, nivel de importación y exportación y variables sociales como el Índice de Desarrollo Humano, y se identifica de esta manera que la liberación económica no necesariamente es un elemento dinamizador de desarrollo.

A partir de la conferencia de Bretton Woods{2} el proceso de liberalización comercial se ha extendido y ampliado mediante numerosos acuerdos. Sin embargo, no existen mayores evidencias que muestren que por sí ha permitido generar bienestar en la misma proporción en los países que participan de este proceso globalizador; por lo tanto, existe un llamado a que se den condiciones propicias para que el comercio impacte positiva y equitativamente en el desarrollo de la sociedad. Esto se puede observar desde el último cuarto del siglo pasado y lo corrido del presente, pues la pobreza ha ocupado un lugar importante en la agenda internacional. Para 1990, más de 1.200 millones de personas vivían con menos de un dólar por día{3}. Fue tan evidente y crítica esta situación que se hizo necesaria la fijación de las Metas de Desarrollo del Milenio (2000), en el marco de una cumbre en la que los líderes mundiales se comprometieron a “crear en los planos nacional y mundial un entorno propicio al desarrollo y a la eliminación de la pobreza”{4}.

Esta problemática, como se ha visto, no es ajena al comercio, pues se encuentran correlaciones importantes que ponen en evidencia su gran incidencia en el devenir económico de los países que lo experimentan, además de los informes de entidades oficiales que develan su importancia con el fin de trascender los niveles de pobreza, como el pronunciamiento de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para cumplir los términos establecidos en temas de comercio con el objetivo de mejorar las condiciones de vida{5}. En este mismo pronunciamiento, la ONU resaltó la necesidad de avanzar en unas condiciones más justas de comercio en la medida en que, si bien los subsidios agrícolas ofrecidos en los países

desarrollados para 2008 se habían reducido de acuerdo con el porcentaje del PIB, la cantidad desembolsada para tal fin, US$376.000 millones anuales, es tres veces lo correspondiente a la Asistencia Oficial para el Desarrollo (AOD). Es decir, aunque los países ricos ayudan económicamente a los países en desarrollo, este apoyo es muy inferior a lo que ellos gastan en subsidios agrícolas, lo cual deja a estos países más pobres en notable desventaja en términos de comercio, al afectar los precios del mercado y por lo tanto socavar oportunidades de ingresos de los agricultores de los países en desarrollo, lo que repercute negativamente en su seguridad alimentaria.

En ese mismo sentido, la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), desde su conferencia en 1964, ha criticado algunos desbalances del comercio y ha resaltado que la exportación de materias primas podría generar un beneficio mayor del que actualmente reciben los países en desarrollo, y ha hecho propuestas a lo largo de estos años para su regulación{6}. A la vez, la ONU ha señalado como una de las causas de la pobreza y la diferencia entre países desarrollados y países en desarrollo la actual forma de comercio entre economías asimétricas{7}. Autores como McEwan en ¿Neoliberalismo o democracia? plantean que el comercio en un contexto globalizado podría generar riqueza y bienestar para todos los países que participan. Sin embargo, se ha convertido en un mecanismo para ampliar las diferencias entre las naciones{8}.

En consecuencia, y considerando que a partir de la posguerra se da un mayor impulso al proceso globalizador, flexibilizando las fronteras{9}, las preguntas que guían este trabajo en el ámbito de las relaciones internacionales son: ¿puede la actual forma de comercio disminuir las diferencias económicas y de calidad de vida entre países desarrollados y países en desarrollo? ¿Puede este comercio generar desarrollo humano? {10}

El comercio internacional, a través de acuerdos generales pactados o impulsados por los Estados que tienen mayor poder, como fue el caso de Bretton Woods y del Consenso de Washington, ha logrado impulsar las relaciones comerciales entre los países, que a su vez han hecho parte de un proceso globalizador que deja de ser exclusividad de las economías y va

permeando otras facetas de la sociedad, tal como lo plantea Castells{11}: "si las economías van ligadas entre ellas a través del mundo, ¿cómo las sociedades pueden ser analizadas por separado? A menos que se afirme que la economía y las sociedades son sistemas completamente autónomos, entonces si existe una economía global debe haber un parentesco estructural entre las sociedades integradas a esas economías". Sin embargo, esta forma de comercio, como se muestra a lo largo de este escrito, no ha implicado una disminución de las brechas existentes entre países desarrollados y en desarrollo ni un impulso sustancial en mejorar la calidad de vida de los países más pobres. Pero, al estar bajo un contexto globalizado, de acuerdo con el concepto de Braudel{12}, sí ha propiciado posiciones activas por parte de la sociedad al proponer como alternativa a la forma convencional de comercio un comercio más justo.

Esta dinámica comercial desde la posguerra, sobre la cual se hace referencia en este trabajo, ha sido auspiciada y potenciada por el Derecho Económico Internacional. Muestra de ello es el papel que ha desempeñado la Organización Mundial del Comercio (OMC) que, como plantea Torrent, en los Acuerdos Preferenciales en la OMC{13}, promueve la liberalización del comercio creando un sistema global de reglas con base en principios de multilateralismo y de consolidación de concesiones, previniendo guerras comerciales y construyendo un enfoque "cooperativo" de la política comercial que garantice a Estados grandes o pequeños una inserción global al comercio.

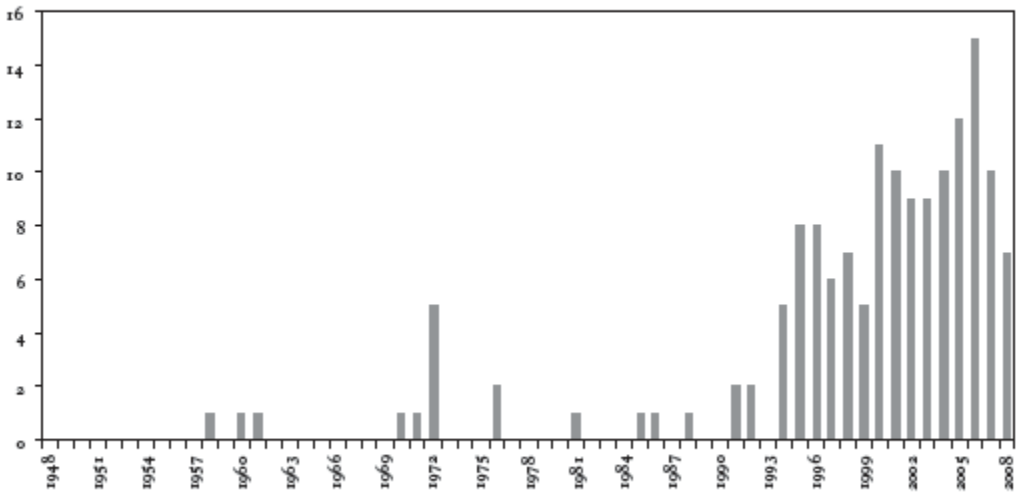
Es importante llamar la atención sobre que no se ha logrado alcanzar un consenso acerca de cómo medir la apertura económica y de cuál es el resultado en términos de pobreza y desigualdad; de allí que, como menciona Harrison{14}, el impacto que puede tener el comercio sobre la pobreza y la desigualdad depende en gran medida de cómo se mide la variable. Las medidas relacionadas con actividades de exportación generalmente se asocian con reducciones de la pobreza, mientras que las medidas asociadas con una reducción de la protección o la penetración de importaciones frecuentemente se asocian con incremento de la pobreza.

De acuerdo con el análisis presentado por Antoni Estevadeordal y Kati Suminen{15}, se observa que hubo cuatro momentos en los que se

fortalecieron los acuerdos multilaterales, desde 1875 hasta 2006. El primero de ellos comienza a principios del siglo xix hasta la Primera Guerra Mundial; allí la dinámica se dio principalmente en acuerdos de carácter bilateral firmados particularmente por Gran Bretaña, Francia y Estados latinoamericanos entre sí y con Estados Unidos, y la red de acuerdos creados por el Zollverein{16}. El segundo momento corresponde al periodo de entreguerras, en que fueron preponderantes los acuerdos bilaterales de Estados de Europa Occidental (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Gran Bretaña, Islandia, los Países Bajos, Noruega, Portugal y Suecia), con convenios entre ellos y con Europa Oriental, así como acuerdos de Estados Unidos con América Latina. El tercer momento fue después de la Segunda Guerra Mundial, impulsado por países europeos y del hemisferio occidental, pero en el que se llegó a extender los acuerdos entre todos los países en desarrollo; y por último el momento actual, en el cual se da un paso del subregionalismo (como el caso del Mercado Común del Sur -MERCOSUR-, consolidación de la Unión Europea, la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia -ANSA-, la Comunidad de Desarrollo de África del Sur -CDAS-, la Comunidad Andina de Naciones -CAN-, entre otros) al bilateralismo, ya sea entre Estados o entre subregiones y Estados.

Después de las guerras, es decir, a partir de Bretton Woods, se inicia una progresiva disminución de los aranceles y un crecimiento permanente en el nivel de apertura comercial, aunque en parte atenuado en los años setenta por los shocks petroleros, la estanflación y recesión de principio de los ochenta. Sin embargo, para finales de la década de los ochenta y principios de la de los noventa, se establece un nuevo orden económico en un escenario más amplio. Allí se plantean las directrices económicas de un mundo de posguerra fría (Consenso de Washington) que llevan a un crecimiento ininterrumpido de acuerdos comerciales y eso a su vez posibilita más apertura. Desde los años treinta, el promedio arancelario ha disminuido en un 25%, a casi un 10% en la actualidad, lo que ha implicado que el comercio internacional crezca hasta en un 70% del PIB global, como lo plantean en su estudio Estevadeordal y Suminen{17}, colaboradores del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

GRÁFICA I. ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES EN EL MUNDO REPORTADOS A LA OMC (1948-2008)[18]



Fuente: datos tomados del BID (2009).

[18] Gráfico tomado de un estudio realizado por A. Estevadeordal y K. Suminen. Bridging Regional Trade Agreements in the Americas, Interamerican Development Bank, 2009. Disponible en http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=2252290 (consultado el 1 de abril de 2010).

No queda duda, entonces, del surgimiento de una dinámica comercial aperturista que ha determinado el comportamiento y estructurado la lógica económica de muchas naciones. Es decir que, bajo estos lineamientos generales respaldados por un derecho económico internacional, las naciones encaminan sus esfuerzos para insertarse en esta dinámica económica que actúa de forma supranacional, lo que significa que los Estados asumen lineamientos exteriores de carácter global. En este sentido, vale la pena resaltar que la autodeterminación de las naciones se ve cada vez más reducida y que en la medida en que se alejan de este determinismo exterior van quedando excluidas del sistema económico internacional.

DISCUSIONES SOBRE LIBRE COMERCIO

Más allá de si el libre comercio es libre -considerando que está regulado por medidas arancelarias y parancelarias y que el Comercio Justo, si se analiza desde lo teórico, puede ser amplio y controvertido al considerar la virtud de la justicia, lo que lleva al dilema de determinar cuáles son esas fronteras que delimitan justo e injusto en términos de comercio internacional-, vale la pena entender cuáles han sido las posiciones y debates que han acompañado el proceso de liberalización comercial; algunos de los más importantes o por lo menos con mayor notoriedad política se han realizado en la ONU, bajo la Agencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD por su sigla en inglés) que promueve la integración de los países en desarrollo a la economía mundial. En estas sesiones se han reunido países desarrollados como en desarrollo, con el fin de discutir propuestas sobre comercio, que en gran medida han estado enfocadas sobre los commodities o materias primas que históricamente han sido el principal rubro de exportación de los países en desarrollo y el sector sobre el cual se presentan prácticas comerciales que dejan en desventaja a los países en desarrollo.

Es importante ubicar el momento histórico en que se empiezan a dar estos debates; la primera sesión fue en 1964, en medio de la Guerra Fría, en que se hacía frente a problemas específicos entre países en desarrollo, países desarrollados con economías de mercado y países socialistas del Este, lo que dificultaba unificar las medidas para lograr los objetivos planteados en cada una de las sesiones de la UNCTAD, ya que la discusión no se reducía solo a desarrollar mecanismos para lograr una mayor equidad a través del comercio, sino a debatir qué formas podían ser las adecuadas para lograrlo, con interpretaciones distintas de la manera en que podía operar el comercio. Sin embargo, es necesario resaltar que, a pesar de la existencia de países del Este, es decir, con esquemas económicos socialistas para la época, las discusiones se encaminaron a facilitar el comercio. Se mantenía una preponderancia por el libre mercado, aunque con variaciones de mayor o menor regulación. No en vano se encuentra que la mayor parte de la

bibliografía, que explicaba el desarrollo y el crecimiento en ese momento, obedecía a teorías basadas en esquemas de libre comercio y acumulación.

Muestra de esta complejidad es que después de la primera sesión se abogó por el comercio entre los países socialistas del Este de Europa con países desarrollados y en desarrollo, de economía de mercado. Es en este escenario que se trata de instaurar de forma permanente la unctad: se reconoce el significado de los problemas de las políticas comerciales entre países con diferentes economías y organizaciones sociales (sistema político) y se indica que su principal función debía ser promover el comercio internacional, con el fin de acelerar el desarrollo económico, particularmente entre países con diferentes sistemas de organización económica y social, con propuestas que consideraran estas diferencias.

Hechas estas precisiones, se presentan de forma esquemática los elementos relevantes en las discusiones desde la creación de la UNCTAD hasta su última conferencia en 2008{19} (ver página siguiente).

Se puede decir que, desde la problemática planteada en UNCTAD I, el mercado mismo no posibilitaba una asignación de recursos simétricos; inicialmente afectó a los países en desarrollo, pero más adelante, con el incremento del precio del petróleo, los países desarrollados también se vieron vulnerados, lo que de alguna manera suavizó su posición frente a las propuestas de la UNCTAD, ya que el argumento de que el libre mercado funciona mejor sin regulación se quedaba corto ante la situación. Ahora bien, al llegar la recesión en la década de los ochenta por la crisis de la deuda, la posición nuevamente se vuelve a endurecer por parte de las naciones que venían siendo beneficiadas por el comercio. Claramente, el tema del desarrollo se asume entonces como un problema económico de suma cero, en el cual lo ganado por unos debía ser perdido por otros. La propuesta de la UNCTAD estaba encaminada a redistribuir los beneficios del comercio haciéndolo más justo a través de una mayor regulación y de esta forma cimentar las bases para generar mayor desarrollo y equidad. Sin embargo, muchas de las propuestas se han quedado en el tintero por falta de acuerdos y consensos.

TABLA I. RESUMEN DE LAS REUNIONES DE LA UNCTAD (1964-2008)

Reunión	Problema planteado	Propuesta UNCTAD	Reacción/resultado
UNCTAD I (1964)	El desbalance de los países en desarrollo está dado por la diferencia en el crecimiento de las exportaciones de bienes industriales de países del centro gracias a su desarrollo tecnológico, *vs.* el menor crecimiento de los *commodities* de los países de la periferia.	Transferir a los países exportadores de materias primas el ingreso extra que reciben los países desarrollados por el deterioramiento del comercio, dadas su implícitas asimetrías.	13 países desarrollados se opusieron argumentando que cualquier tipo de regulación podría generar una peor asignación de los recursos que llevaría a una catástrofe económica.
UNCTAD II (1968)	La exportación de materías primas podía generar un mayor beneficio que el que actualmente recibían los países en desarrollo. Además las economías de muchos países dependía de la exportación de uno o dos *commodities*, haciéndolas altamente vulnerables a las fluctuaciones del mercado.	Integrar las políticas sobre *commodities*.	Los países desarrollados no estaban de acuerdo, ya que argumentaban que cada *Commodity Market* era distinto. Los países en desarrollo, por su parte, lo aceptaron pero al final no hubo consenso.
UNCTAD III (1972)	Negociar los productos por separado, resulta complejo e ineficiente por las diferencias de cada producto.	Mayor participación de la comunidad internacional, buscar integrar políticas sobre los principales *commodities*.	No se tomó en cuenta la propuesta y se siguió la negociación de *commodity* por *commodity*.
UNCTAD IV (1976)	Está el antecedente del incremento en los precios del petróleo.	Programa integrado de *commodities*, enfocado en 5 aspectos: Establecimiento de reservas, creación de un fondo de financiación para la adquisición de *stocks*, una institución que comisionara la compra y venta de *commodities* y ofreciera financiación compensatoria, y fomentar el progreso de los *commodities* por los mismos países en desarrollo.	Es la primera vez que se obtiene una respuesta positiva y se declara la creación del *Integrated Programme of Commodities* (IPC).
UNCTAD V (1979)	El programa aprobado en UNCTAD IV no se ha materializado.	Se propuso un esquema de compensación financiera que lograra la estabilización de las ganancias a las exportaciones.	En 1980 se logró establecer el fondo, pero a la llegada de la siguiente reunión de la UNCTAD no se había logrado su ratificación.

Reunión	Problema planteado	Propuesta UNCTAD	Reacción/resultado
UNCTAD VI (1983)	Recesión que afectaba ea la mayoría de los países en desarrollo, lo que llevaba a asumir medidas proteccionistas.	Acuerdos provisionales, dentro del marco general de aquellos *commodities* que resultaban fundamentales para los países en desarrollo.	Se llegó a una resolución acordada en la que se asumieron acuerdos temporales para los *commodities* que no necesariamente estaban incluidos en el Integrated Programme of Commodities (IPC). Por su parte, la aprobación de un sistema de financiación compensatoria no se logró, pero se encomendó a un grupo de expertos para su análisis.
UNCTAD VII (1987)	Discutir el impacto de la crisis económica internacional especialmente en el tercer mundo		Los países desarrollados se levantaron de la mesa ya que querían enfocarse en políticas domésticas y promover las políticas de mercado para sus países.
UNCTAD VIII (1992)	Necesidad de adoptar un nuevo efoque para la asistencia al desarrollo.	Se proclamó el espíritu de Cartagena, una asociación para el desarrollo.	La medida no fue lo suficientemente vigorosa para que se tradujera en hechos.
UNCTAD IX (1996)	Aumentan las presiones competitivas y el mercado ejerce mayor poder; los países se incorporan al sistema desde condiciones diferentes, siendo desiguales las repercusiones de la globalización y la liberalización; sigue habiendo problemas de acceso a los mercados, al capital y a la tecnología, países tienen que hacer frente a la transformación institucional necesaria para una integración significativa en la economía mundial. A los Países Menos Adelantados (PMA), en particular los de África los sigue frenando su escasa capacidad de oferta, por lo que son incapaces de beneficiarse del comercio.	El fortalecimiento de la cooperación intergubernamental entre países desarrollados y países en desarrollo; crear un marco macroeconómico estable y un marco jurídico y reglamentario apropiado y transparente, entre otras cosas para promover la inversión; fortalecer el desarrollo de los recursos humanos; fomentar la igualdad de oportunidades y el alivio de la pobreza; promover unas prácticas presupuestarias apropiadas, inclusive el encauzamiento de recursos hacia fines productivos y la satisfacción de necesidades humanas básicas; y procurar la democracia y un sistema de gobierno.	Se alienta a las instituciones de Bretton Woods a que aceleren el examen en curso de las formas de abordar la cuestión de la deuda multilateral; Fomento de la cooperación Sur-Sur dando a conocer las experiencias de los países en desarrollo en distintas etapas de crecimiento; reducción de actividades de la UNCTAD

Reunión	Problema planteado	Propuesta UNCTAD	Reacción/resultado
UNCTAD X (2000)	Reflexión sobre la continuidad de la institución; la mundialización es un motor de crecimiento y desarrollo pero es un proceso evolutivo que encierra riesgos y retos; limitado impacto de la agenda para el desarrollo de África en la década del noventa; insatisfactoria situación de la Ayuda Oficial al Desarrollo, de las cuestiones de la deuda y la inversión internacional y de los problemas de la liberalización comercial internacional a la luz de la experiencia de Seattle; difícil lucha entre proteccionismo, libre cambio y neomercantilismo.	La necesidad de ayuda del norte para el desarrollo empresarial y tecnológico del sur así como la formación de capital humano y los servicios de promoción comercial; el plan para los países menos avanzados debe ser revisado; tratamiento especial y diferenciado para países menos avanzados, insulares o sin salida al mar.	Algunas voces decían que la UNCTAD tenía una escasa razón de existir a partir de la creación de la OMC; se llegó a una resolución acordada en la que se asumieron acuerdos temporales para los *commodities* que no necesariamente estaban incluidos en el IPC; se aprobó un sistema de financiación compensatorio.
UNCTAD XI (2004)	El crecimiento lento e inestable, la caída de los precios de los productos básicos y la inestabilidad del sistema financiero internacional en una economía mundial cada vez más interdependiente dificultan para los países en desarrollo aprovechar los posibles beneficios de la mundialización.	Para que los países en desarrollo puedan obtener mayores beneficios de la mundialización y alcanzar los objetivos del desarrollo internacional, incluidos los contenidos en la Declaración del Milenio, se hace necesario mejorar la coherencia y compatibilidad de los sistemas monetario, financiero y comercial internacionales y la gestión de la economía mundial.	Lanzamiento de una nueva ronda de conversaciones comerciales entre países del sur, en el marco del Sistema General de Preferencias Comerciales (SGPC); inclusión en la declaración de un artículo sobre la necesidad de que los países en desarrollo tengan "espacio para la política económica nacional", el cual ha sido crecientemente menoscabado por los acuerdos comerciales y las condiciones impuestas por los préstamos; la creación de un grupo internacional de trabajo sobre productos básicos.
UNCTAD XII (2008)	Distribución de los beneficios de la globalización de forma más equitativa; se incluyeron nuevos temas en la agenda, como cambio climático, energía, migración y propiedad intelectual.	Cómo mejorar el rol de la UNCTAD en temas de investigación y análisis, formación de consenso y cooperación técnica y el buscar dar más realce a acuerdos internacionales de inversión que sean más que compatibles o amigables con el desarrollo.	La incorporación de nuevos temas a la agenda de trabajo de la UNCTAD para los siguientes cuatro años fue motivo de disputas entre Países en Desarrollo (PED) y Países Desarrollados (PD), la delegación estadounidense buscaba limitar el trabajo de la Organización a temas directamente vinculados al comercio y el desarrollo, pero fue la propuesta del G-77 la que fue incorporada al documento final;

Reunión	Problema planteado	Propuesta UNCTAD	Reacción/resultado
			análisis e investigación sobre la conexión entre los temas de migración y desarrollo; se logró hacer referencia a la Agenda de la OMPI para el Desarrollo, esto en materia de propiedad intelectual; la mayor victoria para los países africanos fue que se convirtiera la División del Comercio Internacional de Bienes y Servicios de los productos básicos, en una unidad autónoma que le rinda informe directamente al Secretario General.

Fuente: elaborada por la autora.

Por su parte, Sen{20} considera que la justicia en la sociedad capitalista consistiría en proporcionar, a todos por igual, las oportunidades entendidas como libertades de participar en el mercado. Es decir que estas libertades se traduzcan en capacidades. Sin embargo, Sen no se muestra de acuerdo con el término de justicia cuando se trata de diferencias en los agentes de intercambio. En este sentido, al ser evidentes las asimetrías en las capacidades de países desarrollados y en desarrollo se puede hablar de la ausencia de un Comercio Justo.

ANÁLISIS DE DATOS

Para conocer más en detalle qué ha ocurrido en las naciones, en términos de desarrollo, al insertarse económicamente a este sistema de comercio internacional, se analizan varios datos que permiten dilucidar las relaciones existentes entre desarrollo humano y crecimiento económico que pueda ser explicado por un aumento del comercio internacional, pero como lo plantean Stiglitz y Charlton{21}, los argumentos tradicionales a favor del libre comercio no se basan en el crecimiento sino en la eficiencia; es decir que la liberalización conduce a un cambio en el nivel de bienestar social más que a cualquier cambio en la tasa de crecimiento a largo plazo, ya que las importaciones de algunos productos pueden destruir algunas industrias locales no eficientes, pero se supone que la industria local competitiva absorbe esta actividad a través del aumento de sus exportaciones, lo que permite la redistribución de los recursos protegidos de baja productividad a recursos de exportación de alta productividad. Sin embargo, este argumento funciona en condiciones de pleno empleo, situación que no es la más recurrente en países en desarrollo. En la práctica, la liberalización comercial con frecuencia daña a las industrias locales que compiten con importaciones, mientras que los exportadores no tienen necesariamente la capacidad para ampliar su oferta; esto genera que la mano de obra de los sectores protegidos no se desplace a otros sectores sino al desempleo. Por otra parte, Max Corden{22} plantea que, principalmente en los países en desarrollo, es probable que los costos de recaudación asociados a impuestos comerciales sean menores que los impuestos sobre la renta o productos

básicos y que en estos países en desarrollo se ha promovido su reducción de los primeros en favor de gravámenes indirectos como el impuesto al valor agregado (IVA), pero es en estos países donde el sector de economía informal es muy amplio y se encuentra fuera del alcance de los costes indirectos, por lo cual la recaudación por concepto de comercio resulta menor, lo que genera pérdida de bienestar social.

Gran parte de los datos utilizados para el análisis que aquí se presenta fueron tomados del Informe de Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD por su sigla en inglés) y de las estadísticas de la UNCTAD. El análisis se enfoca en entender cómo es el comportamiento en temas de comercio de los países de acuerdo con su Índice de Desarrollo Humano{23}.

Vale la pena mencionar que la mayoría de los países analizados hacen parte de la OMC, desde su inicio en 1995, y antes pertenecieron al General Agreement of Tariffs and Trade (GATT), institución predecesora de la OMC. Considerando las fechas de los países con mayor antigüedad en estas organizaciones de comercio, se identifica que son los países con muy alto Índice de Desarrollo Humano (IDH), lo que resulta obvio ya que fueron estos, los más ricos, los que promovieron esta iniciativa de liberación del mercado desde Bretton Woods. En la tabla 2 se observa que más de la mitad de los países que hoy se consideran con un muy alto IDH pertenecieron al GATT, desde antes de 1960, y que del total de estos países la mayoría pertenecieron al GATT y ahora a la OMC, en mayor proporción que los demás países. Al respecto se podría pensar que, mientras más tiempo se lleve en la lógica del libre comercio, más posibilidades existen de mejorar las condiciones de vida. Sin embargo, las mismas cifras muestran dos cosas importantes: primero, un alto por centaje de países con bajo IDH que pertenecieron al GATT por encima del porcentaje de países con alto y medio IDH (lo que no resulta sorprendente, ya que muchos de estos países eran colonias de las grandes potencias, es decir, de los países con muy alto IDH) y, segundo, el porcentaje de países con alto, medio y bajo IDH que pertenecen a la OMC es similar. Por consiguiente, no es este un elemento diferenciador que, en primera instancia, explique su IDH.

TABLA 2. PAÍSES, DE ACUERDO CON SU IDH, QUE HAN PERTENECIDO A LAS INSTITUCIONES SUPRANACIONALES DE COMERCIO

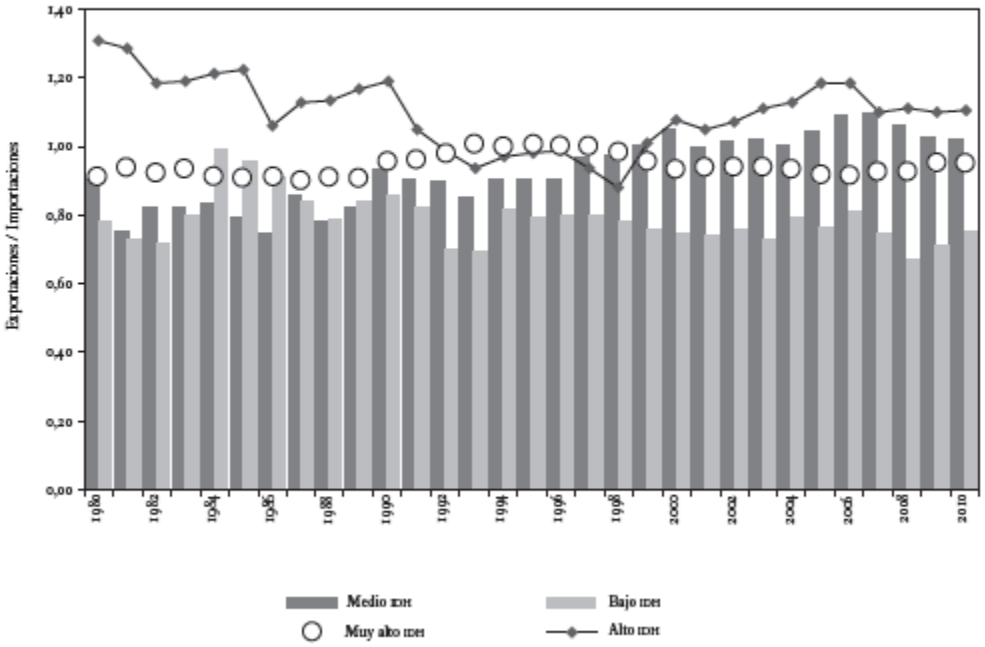
IDH	% países que ingresaron al GATT antes de 1960	% IDH que pertenecieron al GATT	% IDH que pertenecen a la OMC
Muy alto	52%	86%	92%
Alto	32%	51%	74%
Medio	15%	60%	74%
Bajo	5%	83%	78%

Fuente: elaborada por la autora[24].

24 Se estableció una relación entre el tipo de país de acuerdo con su IDH, entre la fecha del ingreso al GATT y a la OMC, y si es un país de bajo IDH, cuál fue el país colonizador. A partir de esta clasificación se analizó quiénes y en qué momento empezaron a participar de estas negociaciones.

Enseguida se hace un cruce de la información entre el IDH por país e indicadores de comercio. Para este último se utilizó el Índice de Comercio Internacional de Mercancías{25}.

GRÁFICA 2. ÍNDICE DE COMERCIO DE MERCANCÍAS (1980-2010)[26]



Fuente: elaborada por la autora.

26 Los datos corresponden a promedios por cada grupo de países. Fuente de los datos: UNCTAD stat, International Merchandise Trade Indicators. Disponible en www.unctadstat.unctad. org (consultado el 11 de marzo de 2012).

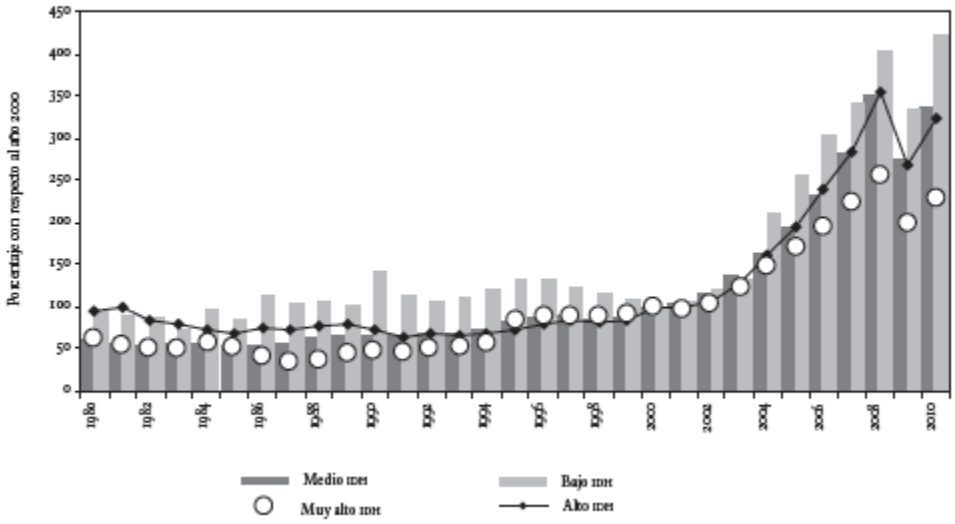
En la gráfica 2 se analiza la relación entre el total de exportaciones y el total de importaciones de mercancías por tipo de país (países con muy alto IDH, alto IDH, medio IDH y bajo IDH) en las tres últimas décadas. En los valores en que el índice es mayor que i, las exportaciones son mayores que las importaciones; por el contrario, en los valores que se encuentran por debajo de i, las importaciones son mayores que las exportaciones. En este sentido, es notorio que los países con alto IDH tienden a tener una balanza positiva, mientras que los países con bajo IDH en su dinámica comercial importan más que lo que exportan, tendencia que es más marcada desde 2000. La mayor parte de estos países con IDH bajo{27} se caracterizan por

una economía de subsistencia agrícola, con un desarrollo industrial incipiente, dependencia tecnológica, conflictos internos, entre otros, lo que les dificulta el desarrollo de la industria agropecuaria y manufacturera para la exportación, mientras que los países con altos IDH que son altamente exportadores cuentan con la infraestructura, desarrollo tecnológico y capacidad de inversión suficientes para responder óptimamente a una demanda mundial que crece en la medida en que evoluciona la flexibilización de las fronteras comerciales, lo que evidencia una vez más que los beneficios del libre comercio no son iguales para todos los países, con el agravante de que los menos beneficiados son los países con menor desarrollo y más pobreza.

En las siguientes gráficas se muestra el índice del volumen de las exportaciones e importaciones desde 1980{28}, construido a partir de los datos obtenidos de las estadísticas de la UNCTAD para 2011{29}. Se observa que, para los países con un IDH bajo a partir de 2002, la pendiente que determinaba su crecimiento se hace más pronunciada al igual que para las importaciones, lo que permite destacar un crecimiento inusitado en los intercambios comerciales.

Analizando estos crecimientos de forma porcentual, para los cuatro grupos de países en la última década se observa que el desarrollo del comercio internacional es bastante marcado, sobre todo para los países con medio y bajo IDH, lo que es apenas un efecto esperado del crecimiento de acuerdos comerciales regionales en el mundo, los cuales se presentaron en la gráfica I .

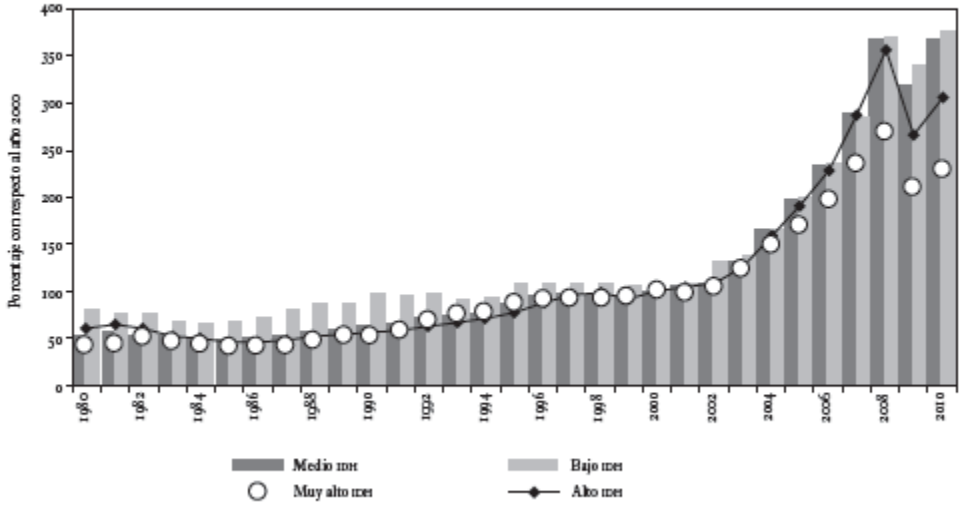
GRÁFICA 3. ÍNDICE DEL VALOR DE EXPORTACIÓN DE MERCANCÍAS (1980-2010)[30]



Fuente: elaborada por la autora.

30

GRÁFICA 4. ÍNDICE DEL VALOR DE IMPORTACIÓN DE MERCANCÍAS (1980-2010)[31]



Fuente: elaborada por la autora.

[31] Los datos utilizados para la construcción de la gráfica fueron tomados de: UNCTAD stat. International Merchandise Trade Indicators, ob. Cit.

TABLA 3. VARIACIONES DE EXPORTACIONES E IMPORTACIONES DE ACUERDO CON EL IDH (1980-2010)[32]

	Variación	1989-1980	1999-1990	2010-2000
Muy alto IDH	X	23188	36105	117775
	%X	63,9%	45,7%	94,5%
	M	25667	37600	121285
	%M	64,1%	45,3%	90,5%
Alto IDH	X	-1513	6829	35912
	%X	-16,3%	80,8%	188,3%
	M	-441	8044	32053
	%M	-6,2%	113,4%	181,6%
Medio IDH	X	771	3686	33687
	%X	29,8%	95,8%	360,3%
	M	1241	3361	33318
	%M	43,8%	81,6%	374,4%
Bajo IDH	X	-2	51	1389
	%X	-0,3%	9,4%	254,7%
	M	-44	152	1844
	%M	-7,4%	23,8%	252,4%

X= Exportaciones M = Importaciones

Cifras en millones USD

Fuente: elaborada por la autora.

32 Estos datos corresponden al promedio del crecimiento porcentual tanto de exportaciones como de importaciones, para los periodos de 1980-1989, 1990-1999, 2000-2010 para aquellos países que están catalogados como de bajo índice de desarrollo humano por la onu.

Pero si se analiza la evolución en su IDH de acuerdo con la tabla clasificatoria establecida por la onu, a pesar de que estos países han presentado un cambio drástico en su relación exportación-importación, continúan estando en las posiciones inferiores, donde su evolución en

crecimiento es menor que la de los países con alto y medio IDH, como se observa en la tabla 4.

TABLA 4. EVOLUCIÓN IDH (1980-2010)[33]

	Tipo de país	IDH 1980	IDH 1990	IDH 2000	IDH 2010
Promedio	Muy alto IDH	0,766	0,810	0,858	0,888
Crecimiento			0,044	0,048	0,030
Crecimiento %			6%	6%	3%
Promedio	Alto IDH	0,614	0,648	0,687	0,739
Crecimiento			0,034	0,039	0,052
Crecimiento %			6%	6%	8%
Promedio	Medio IDH	0,420	0,480	0,548	0,625
Crecimiento			0,060	0,067	0,078
Crecimiento %			14%	14%	14%
Promedio	Bajo IDH	0,316	0,347	0,383	0,453
Crecimiento			0,031	0,036	0,070
Crecimiento %			10%	10%	18%

Fuente: elaborada por la autora.

33 Los datos que se presentan corresponden al promedio de cada tipo de país y la variación es nominal. La información para este análisis fue tomada de PNUD, Human Development Reports. Disponible en http://hdr.undp.org (consultado el 13 de marzo de 2012)

Esta situación deja en entredicho el planteamiento que expresa que la liberación del comercio es una estrategia para salir de la pobreza. Se observa que, si bien los países con bajo IDH vienen presentando crecimientos porcentuales mayores que los demás grupos de países sobre todo para la última década, estos crecimientos no solo no compensan el colosal incremento de importaciones y exportaciones que se presentó en la tabla 3, sino que son crecimientos en términos de desarrollo bastante discretos para el nivel de pobreza en el que se encuentran; esto deja claro que no existe convergencia automática entre economías abiertas y desarrollo. La realidad es que no existe fórmula única para mejorar su

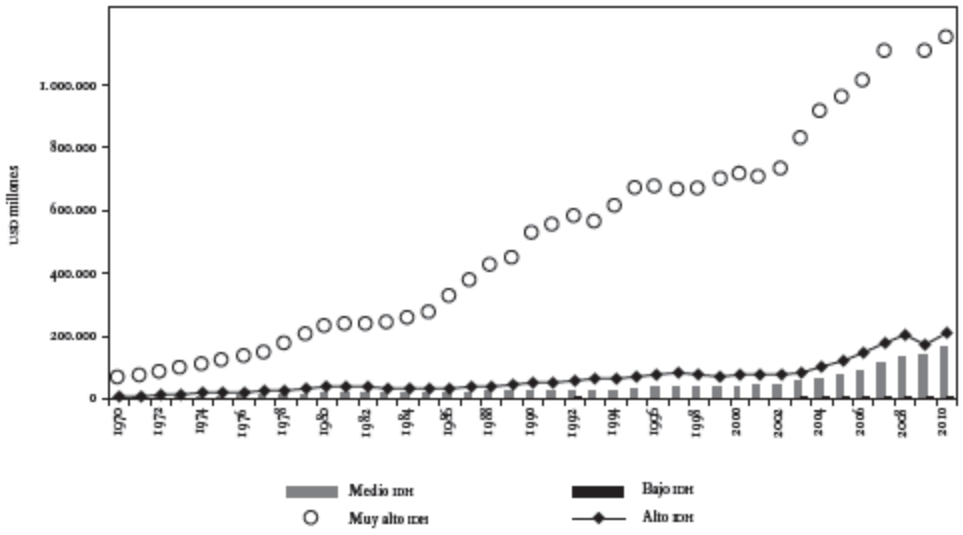
calidad de vida, ya que los países tienen diferencias sustanciales no solo en su historia económica sino en sus relaciones sociales y políticas que determinan el contexto en el que se desarrolla el libre comercio; por lo tanto, se deben configurar estrategias más segmentadas. Por otro lado, como se planteó en la xi conferencia de la UNCTAD{34}, en Brasil, las estrategias del desarrollo de ben ajustarse a las necesidades y circunstancias teniendo en consideración que algunos avances en el comercio pueden generar efectos negativos en varias economías. Se requiere de un marco legal claro y justo; muestra de ello han sido algunos países en desarrollo que han tenido más éxito que otros en su integración en la economía mundial, en los cuales el crecimiento rápido y sostenido se ha visto facilitado por el hecho de que la estructura económica ha pasado del sector primario al manufacturero y al sector de los servicios, junto con un aumento progresivo de la productividad. El motor de este proceso de cambio estructural ha sido la acumulación rápida, eficiente y sostenida de capital en el contexto de una estrategia de desarrollo coherente; por tanto, las entradas de capital en los países en desarrollo son acogidas en general con satisfacción como fuente de financiación del desarrollo, y algunos países en desarrollo se han beneficiado sustancialmente de las inversiones privadas extranjeras. No obstante, la inestabilidad de los mercados financieros internacionales, en especial de las corrientes privadas de capital a corto plazo, han tenido efectos desestabilizadores en muchos países en desarrollo, sobre todo en las economías de mercado emergentes que a menudo carecen de la capacidad institucional y del marco regulador necesarios para mitigar sus efectos. Esta inestabilidad ha contribuido con frecuencia a crear problemas que desencadenan crisis financieras que han resultado contagiosas.

Ahora bien, a estas características particulares de los países que no permiten crecimientos sustanciales en mejorar la calidad de vida y que mantienen las asimetrías, se suman varias distorsiones en el mercado que no hacen del comercio un Comercio Justo, algunas de ellas mencionadas en el Programa de Trabajo de Doha y su aplicación en el Consenso de Monterrey, en la Resolución 58/17 de la Asamblea General sobre Comercio y Desarrollo, entre las que se destacan: obstáculos al comercio, subvenciones y otras medidas que distorsionan el comercio, especialmente en los sectores que tienen un interés especial de exportación para los países en desarrollo,

incluida la agricultura; aplicación abusiva de medidas antidumping; barreras técnicas y medidas sanitarias y fitosanitarias; crestas arancelarias, aranceles elevados y progresividad arancelaria, así como barreras no arancelarias; falta de reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore; forma en que se aplican e interpretan los Acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y la salud pública; necesidad de que las disposiciones de los acuerdos comerciales en las que se concede un trato especial y diferenciado a los países en desarrollo sean más precisas, eficaces y operativas.

Si se analiza el comportamiento del producto interno bruto (pib), la situación tampoco mejora para los países con menor IDH{35}. En la gráfica 5 se observa que, a pesar de la flexibilización de las fronteras comerciales, la brecha no ha tendido a cerrarse significativamente entre los países con muy alto IDH y bajo IDH; por el contrario, esta brecha se ha ampliado. Es más, el PIB de los países con bajo IDH ni siquiera es notorio.

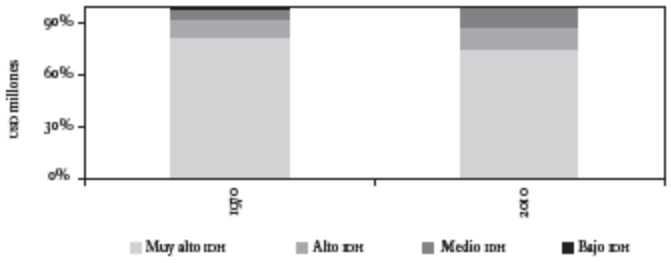
GRÁFICA 5. EVOLUCIÓN DEL PIB EN MILLONES DE DÓLARES POR TIPO DE PAÍS (1970-2010)[36]



Fuente: elaborada por la autora.

36 Los datos tomados para la construcción de esta gráfica corresponden al promedio de cada tipo de país. La información para ese análisis fue tomada de UNCTAD Statistics. Disponible en www. unctadstat.unctad.org (consultado el 14 de marzo de 2012). Los datos iniciales (en millones de dólares), es decir, para el año 1970 son: países con muy alto IDH 62697, alto IDH 7696, medio IDH 4677, bajo IDH 685. Los datos completos se pueden ver en la tabla 5.

GRÁFICA 6. EVOLUCIÓN PORCENTUAL DEL PIB POR TIPO DE PAÍS[37]



Categoría	1970	2010
Muy alto IDH	82,26%	75,03%
Alto IDH	10,65%	13,64%
Medio IDH	6,17%	10,83%
Bajo IDH	0,92%	0,50%

Fuente: elaborada por la autora.

37. Ibíd.

Es claro que las asimetrías no cambian sustancialmente y que por el contrario los países más pobres presentan un leve retroceso; por lo tanto, no existen pruebas suficientes para garantizar que las medidas de liberalización comercial permitan acercarse a un mundo justo, y si bien es cierto que el libre comercio no es la única razón por la cual persisten las asimetrías ya que también dependen de las políticas domésticas implementadas por los países, la tendencia y el discurso de flexibilizar fronteras comerciales como medio de crecimiento y desarrollo se han quedado cortos para lograr una mayor equidad, y más bien estas políticas han permitido mantener el de los países desarrollados.

En la tabla 5 se observa que los países con muy alto IDH son los que tienen mayor PIB, lo que resulta apenas lógico, ya que para contar con un buen nivel de vida material se necesita la disponibilidad de grandes recursos. Este grupo de países, que corresponden al 20% del total de países analizados, poseen el 80% de la riqueza mundial. Resulta, entonces, por lo menos inquietante ver que desde 1970 (periodo a partir del cual se tiene información) y hasta 2005 no se presentaron variaciones sustanciales en la distribución de la riqueza y que esta brecha solo se empieza a cerrar en los últimos años cuando el modelo económico actual está pasando por una de sus pruebas más duras.

En la información presentada vale la pena resaltar que en la década del setenta se registra una leve disminución en la concentración de la riqueza de los países con alto IDH, que coincide con los altos precios del petróleo y de las materias primas, lo que dejó en mejor posición a los países más pobres, los cuales han tenido como principal rubro de exportación los commodities. Sin embargo, este periodo de bonanza se vio seguido por una profunda crisis que afectó principalmente a estos países en desarrollo; es decir, se retrocedió nuevamente en lo poco que se había avanzado en términos de equidad en la riqueza.

TABLA 5. EVOLUCIÓN DEL PIB DE ACUERDO CON EL TIPO DE PAÍS (1970-2010)[38]

PROMEDIO DEL PIB EN MILLONES DE DÓLARES POR CADA TIPO DE PAÍS

Año	Muy alto IDH	% del PIB total	Alto IDH	% del PIB total	Medio IDH	% del PIB total	Bajo IDH	% del PIB total
1970	62.758	82,26%	8.123	10,65%	4.704	6,17%	703	0,92%
1971	69.411	82,33%	9.041	10,72%	5.104	6,05%	749	0,89%
1972	80.506	82,81%	10.240	10,53%	5.614	5,77%	853	0,88%
1973	96.846	82,30%	12.897	10,96%	6.901	5,86%	1.031	0,88%
1974	108.292	80,41%	16.899	12,55%	8.317	6,18%	1.176	0,87%
1975	121.788	80,59%	18.779	12,43%	9.227	6,11%	1.328	0,88%
1976	132.389	80,35%	21.204	12,87%	9.781	5,94%	1.389	0,84%
1977	148.936	80,41%	23.530	12,70%	11.211	6,05%	1.541	0,83%
1978	178.459	81,17%	26.625	12,11%	12.988	5,91%	1.798	0,82%
1979	204.293	80,56%	32.060	12,64%	15.169	5,98%	2.075	0,82%
1980	228.182	79,91%	36.939	12,94%	18.149	6,36%	2.289	0,80%
1981	235.419	79,40%	40.594	13,69%	18.328	6,18%	2.143	0,72%
1982	233.501	79,98%	37.663	12,90%	18.718	6,41%	2.072	0,71%
1983	243.424	81,29%	33.940	11,33%	20.140	6,73%	1.950	0,65%
1984	256.434	81,93%	34.125	10,90%	20.504	6,55%	1.933	0,62%
1985	270.365	83,08%	34.488	10,60%	18.589	5,71%	1.970	0,61%
1986	325.780	85,50%	34.196	8,97%	18.757	4,92%	2.286	0,60%
1987	375.072	86,40%	36.148	8,33%	20.503	4,72%	2.412	0,56%
1988	423.350	86,54%	40.022	8,18%	23.213	4,75%	2.612	0,53%
1989	441.827	86,18%	43.900	8,56%	24.274	4,73%	2.675	0,52%
1990	527.099	87,17%	50.095	8,28%	24.531	4,06%	2.934	0,49%

38 Los datos tomados para la construcción de esta tabla corresponden al promedio de cada tipo de país. La información para ese análisis fue tomada de UNCTAD Statistics, www.unctadstat.unctad. org (consultado el 14 de marzo de 2012). Para cada año se tomó el promedio del PIB por cada tipo de país. Para determinar el total del PIB de 2008 se sumó el PIB de cada uno de los países de acuerdo con su categoría.

Año	Muy alto IDH	% del PIB total	Alto IDH	% del PIB total	Medio IDH	% del PIB total	Bajo IDH	% del PIB total
1991	555.285	87,27%	53.460	8,40%	24.687	3,88%	2.862	0,45%
1992	579.047	86,76%	59.601	8,93%	25.529	3,83%	3.204	0,48%
1993	566.993	86,08%	60.903	9,25%	27.826	4,22%	2.924	0,44%
1994	607.492	86,29%	66.176	9,40%	28.008	3,98%	2.372	0,34%
1995	668.468	86,19%	71.718	9,25%	32.577	4,20%	2.799	0,36%
1996	670.838	85,34%	76.606	9,74%	35.657	4,54%	3.019	0,38%
1997	658.555	84,35%	81.674	10,46%	37.480	4,80%	3.075	0,39%
1998	665.413	84,85%	78.246	9,98%	37.400	4,77%	3.131	0,40%
1999	699.615	86,11%	70.745	8,71%	39.049	4,81%	3.101	0,38%
2000	708.763	85,29%	78.442	9,44%	40.892	4,92%	2.894	0,35%
2001	703.041	85,12%	77.218	9,35%	42.724	5,17%	2.952	0,36%
2002	733.102	85,48%	75.102	8,76%	46.301	5,40%	3.095	0,36%
2003	824.190	85,27%	83.719	8,66%	55.246	5,72%	3.455	0,36%
2004	914.708	84,32%	100.914	9,30%	65.105	6,00%	4.081	0,38%
2005	959.753	82,47%	123.270	10,59%	76.109	6,54%	4585	0,39%
2006	1.009.980	80,72%	145.605	11,64%	90.381	7,22%	5.239	0,42%
2007	1.104.902	78,97%	176.900	12,64%	111.315	7,96%	6.085	0,43%
2008	1.170.000	77,19%	203.524	13,43%	134.819	8,89%	7.411	0,49%
2009	1.102.416	77,29%	174.566	12,24%	141.831	9,94%	7.464	0,52%
2010	1.149.216	75,03%	208.906	13,64%	165.852	10,83%	7.705	0,50%
Cantidad de países	35		44		70		19	
	21%		26%		42%		11%	

Fuente: elaborada por la autora.

Para entender más claramente la estructura de comercio de los grupos de países que se han analizado según su IDH, a continuación se presenta la información de exportaciones e importaciones de acuerdo con el porcentaje del PIB de 1990 y 2005, tomando los datos del informe del PNUD 2007-2008{39} y cruzándolos con el IDH para identificar los grupos de países analizados. En la tabla 6 se presentan los promedios de los porcentajes del PIB en función de importaciones o exportaciones. Sin embargo, principalmente para 1990 no se cuenta con suficientes datos de exportaciones de productos primarios, manufacturados o de tecnología; por lo tanto, a pesar de que el informe del PNUD es una fuente confiable, a partir de los promedios generados no se puede inferir conclusiones, lo que hace necesaria una clasificación de acuerdo con la cantidad de datos por

grupo de país. De allí que la información que se presenta en la tabla 6 se encuentra clasificada en tonos de color los cuales definen los promedios que fueron construidos con determinado porcentaje de datos de la categoría analizada. La tabla 7 muestra el porcentaje de datos que se tiene de cada una de las clasificaciones. Los promedios presentados en gris se construyeron por lo menos con el 70% de los datos para 1990 y por encima del 90% para 2005; los blancos corresponden a los promedios construidos donde se contaba entre el 55% y el 69% de los datos para 1990 y 2005. Y los negros corresponden a promedios que se construyeron con menos del 55% de los datos en 1990 ó 2005, los cuales no son muy confiables para poder llegar a una conclusión definitiva.

De la tabla 6 se puede decir que los países con muy alto IDH, después de 1990, es decir, a partir del momento en que se establece el Consenso de Washington, han aumentado sus exportaciones por encima del crecimiento de sus importaciones, mientras que en los países con bajo IDH las importaciones han crecido por encima de las exportaciones, lo que puede ser un indicio de que la liberación del comercio ha llevado a convertir estos países de bajo IDH como una opción de mercado. Por otro lado, con los promedios que fueron construidos con suficientes datos (gris y blanco) se puede concluir que las exportaciones de productos primarios vienen disminuyendo y los manufacturados han aumentado, principalmente para los países de alto IDH.

Por su parte, los países con muy alto IDH han visto crecer sus exportaciones en productos de alta tecnología, ya que son estos países los que presentan mayor PIB y por lo tanto mayores capacidades para generar investigación y avances tecnológicos. Esto, en la mayoría de los casos, crea dependencia tecnológica de los demás países hacia ellos; esta es una condición que lleva a la persistente brecha entre los países de muy alto IDH y los demás.

TABLA 6. ESTRUCTURA DEL COMERCIO POR TIPO DE PAÍS DE ACUERDO CON EL IDH[40]

Tipo de País/Año	Datos en (% PIB)														
	Importaciones de bienes y servicios			Exportaciones bienes y servicios			Exportaciones productos primarios			Exportación de productos manufacturados			Exportación de productos de alta tecnología		
	1990	2005	Dif.	1990	2005	Dif.	1990	2005	Dif.	1990	2005	Dif.	1990	2005	Dif.
Muy alto IDH	41,76	55,03	13,27	42,15	59,97	17,82	35,74	31,47	-4,26	63,03	65,31	2,28	13,48	19,24	5,76
Alto IDH	45,35	52,73	7,38	42,68	49,90	7,23	62,97	52,63	-10,34	35,21	46,27	11,06	7,69	9,51	1,82
Medio IDH	42,03	51,77	9,75	31,13	41,58	10,45	62,95	59,82	-3,13	35,86	39,74	3,88	7,53	6,82	-0,71
Bajo IDH	31,00	39,23	8,23	20,45	26,05	5,59	81,14	78,28	-2,87	18,43	20,94	2,52	1,97	7,22	5,25

Fuente: elaborada por la autora.

TABLA 7. PORCENTAJE DE DATOS DISPONIBLES DE EXPORTACIONES E IMPORTACIONES POR GRUPO DE PAÍSES

Tipo de País/Año	% de datos por grupo de país									
	Importaciones de bienes y servicios		Exportaciones bienes y servicios		Exportaciones productos primarios		Exportación de productos manufacturados		Exportación de productos de alta tecnología	
	1990	2005	1990	2005	1990	2005	1990	2005	1990	2005
Muy alto IDH	92%	94%	92%	94%	94%	100%	94%	100%	86%	97%
Alto IDH	93%	95%	93%	95%	70%	93%	67%	95%	49%	95%
Medio IDH	93%	95%	95%	95%	59%	81%	56%	81%	31%	81%
Bajo IDH	96%	96%	96%	96%	30%	78%	30%	78%	13%	78%

Fuente: elaborada por la autora.

[40] Para la construcción de la información se usaron datos tomados del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Informe sobre Desarrollo Humano 2007-2008. La lucha contra el cambio climático, ob. cit.

Si bien a nivel global no se ha visto de forma contundente una mayor equidad entre los países más ricos y los demás, de la misma manera en cada uno de los países no es notoria una evolución significativa en la disminución de la desigualdad. En la tabla 8 se presenta el comportamiento del coeficiente de Gini, por tipo de país.

TABLA 8. EVOLUCIÓN DEL ÍNDICE DE GINI, POR TIPO DE PAÍS[41]

Tipo de País/Año	Promedio índice GINI por tipo de país		
	1990	2005	Dif
Muy alto IDH	0,883	0,932	0,048
Alto IDH	0,767	0,821	0,054
Medio IDH	0,596	0,661	0,065
Bajo IDH	0,390	0,430	0,040

Fuente: elaborada por la autora.

41 La información presentada en la tabla 8 corresponde al promedio de los índices de Gini para 1990 y 2005 por cada categoría de país de acuerdo con su IDH. Es de anotar que se contaba con más del 70% de los datos para cada categoría de país, la cual se obtuvo de Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre Desarrollo Humano 2007-2008. La lucha contra el cambio climático, ob. cit.

Allí se observa que, si bien los países con mayor crecimiento han sido los de alto y medio IDH, los primeros a pesar de quince años de apertura no han llegado al nivel que presentaban los países de muy alto IDH en 1990. Por su parte, los países con bajo IDH son los que muestran menor variación positiva en términos absolutos, lo que está íntimamente ligado al comportamiento de su PIB que, como se vio en las tablas anteriores, es el grupo de países que menor crecimiento ha tenido.

Pero modificar la lógica comercial hacia un modelo más equitativo, redistributivo y justo, por lo menos en el corto plazo, no se vislumbra como algo posible. Muestra de ello es lo ocurrido en la ronda de Doha, Qatar (abierta en 2001, que aún no se ha cerrado), donde se discuten las cuestiones relativas al desarrollo, como fortalecimiento de las disposiciones en materia de trato especial y diferenciado, buscando soluciones de las cuestiones relativas a su aplicación. Pero estos temas han quedado relegados y se han planteado otros de gran importancia para los países desarrollados, por ejemplo el acceso a nuevos mercados, sobre todo en el tema de servicios.

Los países en desarrollo están en total desacuerdo con las medidas proteccionistas que los países desarrollados aplican sobre los bienes agrícolas. En estas negociaciones, Estados Unidos es renuente a bajar las subvenciones internas a la producción{42}, posición reticente a la liberalización agrícola también planteada por países europeos, Japón, Corea del Sur, entre otros, tal como lo planteó NÉSTOR STANCANELLI, director nacional de Negociaciones Económicas Internacionales de Argentina{43}.

En este mismo sentido, la Unión Europea, dentro de su Política Agrícola Común (PAC), también cuenta con un fondo de financiación para apoyar la agricultura y la silvicultura. Para 2010, el fondo a través del cual administran los recursos de la PAC dispuso de 57.780.438.369 euros asignados en 9 puntos: gastos administrativos de la Política Agrícola y de Desarrollo Rural, intervenciones en mercados agrícolas, ayudas directas, desarrollo rural, medidas de preadhesión en los sectores de la agricultura y el desarrollo rural, aspectos internacionales de la política de agricultura y desarrollo rural, auditoría de gastos agrarios, estrategia política y

coordinación de la política agrícola y de desarrollo rural, apoyo administrativo a la Dirección General de Agricultura y Desarrollo Rural (DG AGRI){44}.

Por su parte, los países en desarrollo, como lo expresó el embajador de Venezuela en el Foro de la OMC en 2007{45}, se han visto obligados a organizarse en torno a alianzas en lo que se refiere a estas disposiciones, y los países desarrollados parecen preferir esperar la correlación de fuerzas y debilitar estas alianzas mediante incentivos para crear división.

Además estos países desarrollados buscan sacar a flote su propuesta de acceso a mercados para productos no agrícolas, lo que tendría efectos perjudiciales en la industrialización de los países en desarrollo, sobre todo cuando se presiona para que esta liberalización se realice de forma prematura tal como lo plantea el economista Shafaeddin{46}. Esto llevaría a reducir, en general, los aranceles a bajos niveles y produciría pérdida de actuación de los países en desarrollo, lo que no les permitiría alcanzar a generar ventajas comparativas y diversificar mejor su industria, que naturalmente se puede traducir en desempleo. En general, como expresó Shafaeddin en el Foro Público de la OMC en 2007, resulta irónico que sea en este escenario de "desarrollo" que los países desarrollados quieran proteger sus industrias en decadencia y su sector agrícola y obtener acceso para su industria en expansión y servicios tratando de consolidar su ventaja inicial y convertirla en una ventaja dinámica, a largo plazo. Esto genera resistencia de los países en desarrollo que buscan pasar de su mercado tradicional, donde tienen ventajas comparativas, a sectores dinámicos que les garanticen un crecimiento a largo plazo.

En la información presentada subyacen dos elementos que resultan relevantes: en primer lugar, que los países con muy alto IDH, que son los que en principio practican más abiertamente el libre mercado, que en primera instancia sería un indicio para avalar su proceso de liberalización, fueron quienes lideraron la propuesta de flexibilización de mercados y eran, en su momento, los que también presentaban los mayores PIB (ver tabla 5) que a su vez llevan a mejores condiciones de vida. Es decir, su posición de riqueza no fue lograda en este proceso de flexibilización comercial, sino simplemente mantenida. En segundo lugar, a pesar de que se está en un

mundo más dinámico, comercialmente los demás países, aunque se ven creciendo en términos de desarrollo, siguen sin alcanzar los niveles que solo en un principio (ni siquiera actualmente) tenían los países con más alto PIB, en 1975 (ver tabla 3). Los países con alto IDH aún no han logrado el IDH de los países con muy alto IDH de 1975, sin contar con los países de medio y bajo IDH que después de treinta años están muy lejos de alcanzar este nivel. Se concluye que el libre comercio no ha generado los mismos beneficios para todos, lo que resulta injusto considerando que la mayoría de países se han insertado en una economía más global. La realidad es que muchos continúan con un precario nivel de desarrollo, en un mundo cada vez más cercano, más conectado, más globalizado.

Con base en las cifras analizadas es concluyente que el modelo de desarrollo del liberalismo económico ha generado incrementos considerables de la productividad, la riqueza y el bienestar social. No obstante, este modelo de desarrollo también ha generado procesos de exclusión social. Como sostuvo el filósofo Jeremy Bentham, el liberalismo económico busca darle "la máxima felicidad al mayor número de personas", lo que significa que el liberalismo económico, aun en el mejor de los casos, excluye a algunas personas y países del sistema{47}.

Vale la pena tener en cuenta los planteamientos de la última sesión de la unctad, en 2008{48}, en los que se expresa que

gracias al aumento sustancial de exportaciones, muchos países han visto crecer sustancialmente sus ingresos reales, pero estos avances no han favorecido a todos los países por igual, particularmente los países menos adelantados se han visto menos beneficiados. (...) Por tanto los efectos de la globalización favorables al desarrollo no son automáticos sino que deben estar respaldados por decisiones y acciones políticas. Las políticas y estrategias de desarrollo que se adopten a nivel nacional, regional e internacional deberían tener por objetivo abordar las oportunidades y los retos en materia de desarrollo, aprovechando al mismo tiempo las fuerzas positivas de la globalización. Los esfuerzos nacionales y regionales deberían complementarse con iniciativas de apoyo mundiales y con medidas y políticas encaminadas a ampliar las oportunidades de desarrollo de los países en desarrollo, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales

y respetando el control, las estrategias y la soberanía nacionales. Estas políticas deberían reconocer las influencias recíprocas de las dimensiones económica, social y ambiental de la globalización y ajustarse a las necesidades y circunstancias concretas de cada país.

BIBLIOGRAFÍA

Bentham, Jeremías. Obras selectas, Buenos Aires, Rodamillans, 2005.

Escobar Restrepo, Fernando José. El sentido del desarrollo. Relectura desde Amartya Sen, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana.

Estevadeordal, Antoni y Suominen, Kati. "Acuerdos comerciales regionales y cooperación económica global", en: Después de Doha: la Agenda Emergente del Sistema de Comercio Internacional, Madrid, Marcial Pons, 2007.

MacEwan, Arthur. ¿Neoliberalismo o democracia? Estrategia económica, mercados y alternativas para el siglo xxi, Barcelona, Intermón y Oxfam, 2001.

Harrison, A. "Globalization and Poverty", NBER Working Paper, 12347, Acuerdos Comerciales Regionales y Cooperación Económica Global, en: Después de Doha: la Agenda Emergente del Sistema de Comercio Internacional, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Khor, Martín. “unctad xi finaliza auspiciosamente”, Tercer Mundo Económico, 2004. Disponible en: www.redtercermundo.org.uy (consultado el 16 de octubre de 2010).

Ocampo, José Antonio. Una apuesta al futuro económico en Colombia, Bogotá, Libros de Cambio, 2001.

Organización de las Naciones Unidas. “Podemos Erradicar la Pobreza 2015. Objetivos del Milenio, Objetivos de Desarrollo del Milenio”, Departamento de Información Pública de Naciones Unidas, septiembre de 2010. Disponible en: www.un.org (consultado el 17 de octubre de 2010).

Pnud. Human Development Reports. Disponible en: http://hdr.undp.org/en/statistics/data (consultado el 17 de octubre de 2010).

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe sobre Desarrollo Humano 2007-2008. La lucha contra el cambio climático: solidaridad frente a un mundo dividido, Madrid, Mundi-prensa, 2007.

Ramos Pérez, Arturo. Globalización y neoliberalismo: ejes de la reestructuración del capitalismo mundial y del Estado en el fin del siglo xx, México, Plaza y Valdés, 2001.

Sen, Amartya. Desarrollo y Libertad (trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia), Bogotá, Planeta, 2000.

Stiglitz, Joseph E. y Meter, Gerald M. , Banco Mundial, Washington, Alfaomega, 2002.

Torrent, Ramón. “Los acuerdos preferenciales y la OMC: una perspectiva política, legal e institucional”, en: Después de Doha: la Agenda Emergente del Sistema de Comercio Internacional, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Trias Granell, Francesc. “La x Sesión de la unctad”, 2000, Boletín Económico del ice, n.° 2646. Disponible en: www.revistasice.info (consultado el 17 de octubre de 2010).

Unctad. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo acerca de su xii Periodo de Sesiones, Ghana, 2008. Disponible en: http://conf-dtsi.unog.ch (consultado el 20 de octubre de 20io).

Unctad Stat. International Merchandise Trade Indicators. Disponible en: http:// unctadstat.unctad.org (consultado el 20 de octubre de 2010).

Unctad. Consenso de Sao Paulo, Brasil, 2004. Disponible en: www.unctad.org (consultado el 20 de octubre de 20io).

Unctad. The History of unctad 1964-1984, Nueva York, 1985.

Unctad. “Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo acerca de su Noveno Periodo de Sesiones”, Midrand, 1996.

Disponible en: www. unctad.org (consultado el 20 de octubre de 2010).

World Bank. World Development Report: Poverty, Nueva York, Oxford University Press.

DIANA MARÍA BELTRÁN

Los Acuerdos Bilaterales de Inversión como herramienta para el Comercio Justo

El Comercio Justo es una expresión del deseo de los países desarrollados por promover el comercio internacional a partir de la implementación de formas más equitativas y sostenibles de intercambio comercial{1}. De esta manera, realmente se lograrían los objetivos de la globalización, entendida como integración económica de los países.

Particularmente, los Acuerdos Bilaterales de Inversión tienen como objetivo estrechar las relaciones entre los países mediante la protección a la inversión extranjera y los beneficios que esta representa para el país receptor{2}. Esto, basado en los principios de igualdad y seguridad entre las partes.

Debido al desequilibrio que generalmente se presenta en este tipo de negociaciones, es necesario mostrar la forma en la que el modelo del Acuerdo Bilateral de Inversión de Colombia trata de equilibrar estas desigualdades y facilita el Comercio Justo mediante este mecanismo, por lo cual en el presente trabajo se explicará qué se entiende por Comercio Justo y qué son los Acuerdos Bilaterales de Inversión, luego se abordará cuáles son los principios que rigen los acuerdos y finalmente la forma en la que todo lo anterior se encuentra en el modelo de acuerdo de Colombia.

¿QUÉ ES COMERCIO JUSTO?

El concepto de Comercio Justo ha sido ampliado a las relaciones entre las naciones que se dan en el marco de la globalización y la liberación del comercio{3}. Ya no se trata de la situación particular de los pequeños productores, sino de todo el sistema macroeconómico de un país. Autores como Joseph Stiglitz se refieren a las “reglas de juego”{4} pues dentro de las relaciones comerciales entre naciones, así como entre personas, siempre hay una parte más fuerte que la otra. Por ende, la primera impone la mayoría o todas las condiciones para obtener un mayor beneficio, sin tener en cuenta la condición de la segunda{5}.

Por lo anterior, el profesor Stiglitz afirma:

El libre comercio no ha funcionado en parte porque no lo hemos intentado: los acuerdos comerciales del pasado no han sido ni libres ni justos. Han sido asimétricos, pues abrían los mercados de los países en vía de desarrollo a mercancías procedentes de los países industriales avanzados sin que se diera una plena reciprocidad. Esta globalización asimétrica puso a los países en vías de desarrollo en una situación de desventaja. Los ha dejado en una situación peor que la que tendrían en el caso de que estuvieran en un régimen de verdadero comercio libre y justo. (Las cursivas son de la autora) {6}.

Son bien conocidas las condiciones impuestas a los países en vía de desarrollo para poder acceder a los mercados mundiales; incluso las formas de liberación dentro de los mercados no son iguales debido al trasfondo social y político que implican{7}.

Por un lado, los países en vías de desarrollo se encuentran ante una encrucijada: las políticas que se derivan de los tratados pueden no estar acordes a su realidad socioeconómica, por lo que se hace más difícil su implementación, pero tampoco pueden rechazarlas porque sin ellas no pueden acceder a los mercados internacionales y tener una relevancia, no solo económica, sino también política{8}; mientras que el país desarrollado lleva a cabo los trámites necesarios para ajustarse al tratado y cuenta con las condiciones para adaptarse más fácilmente a ellas. Así las cosas, las partes no pueden actuar en igualdad de condiciones debido a que a los países subdesarrollados les cuesta mucho más el proceso de adaptación no solo por lo que implican los trámites internos, sino por la presión extranjera para que cambien y se adapten a la situación rápidamente{9}.

Por obvia que resulte la observación de Stiglitz “los países en vías de desarrollo se diferencian de la mayoría de los países desarrollados”{10}, no lo es tanto, o por lo menos es ignorada, en muchas de las negociaciones que se realizan de forma bilateral. La doctrina que sigue esta línea de pensamiento ha hecho un gran énfasis en esta afirmación, ya que no se puede pensar que todos los Estados se encuentran en igualdad de

condiciones; por lo tanto, es necesario que se establezcan mecanismos que les permitan participar del libre comercio pero atendiendo a sus condiciones particulares{11}.

¿QUÉ ES UN ACUERDO BILATERAL DE INVERSIÓN?

Un Acuerdo Bilateral de Inversión es un tratado internacional, celebrado entre dos Estados con el fin de promover la inversión entre ambas naciones y, más importante aún, proteger al inversionista extranjero de los cambios abruptos que se puedan presentar en el país receptor como consecuencia de decisiones que afecten las políticas económicas o que tengan impacto en la inversión{12}.

De acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD por su sigla en inglés), este instrumento permite que se incentive el desarrollo a partir de protecciones mínimas conformes a un estándar internacional, incluyendo en ellas los temas de ámbito y definición de inversión, admisión y establecimiento, compensación en casos de expropiación o daño al inversionista, garantías para la libre transferencia de fondos, mecanismos de resolución de controversias y los principios que fundamentan la relación como el Trato Nacional (TN), tratamiento de la Nación Más Favorecida (NMF), tratamiento justo y equitativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, al ser un tratado entre dos naciones, no es más que la manifestación de la voluntad de los Estados parte tras una negociación{13}, que se rige por una serie de principios{14} que les permiten a las partes estar en igualdad de condiciones. Luego, como acuerdo de voluntades que es, parte del principio de pacta sunt servanda, por lo cual es muy importante que las partes respeten las obligaciones que de allí emanan, especialmente porque la certeza que se tenga acerca de qué tan comprometido se encuentra un Estado a respetar este tipo de relaciones afecta profundamente una de las variables que incide en la inversión, la de las expectativas, y en consecuencia hasta qué punto dicha nación va a aumentar sus niveles de desarrollo{15}.

No obstante, los críticos de las políticas neoliberales consideran que los Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Acuerdos Bilaterales de Inversión son herramientas de control político que se basan en situaciones ideales del mercado y dejan de lado la realidad de la parte más débil de la relación{16}; por consiguiente, no se logra una equitativa distribución de riqueza e implica que se mantenga el statu quo.

Así las cosas, en ambas posturas es necesario tener en cuenta aspectos de la realidad; es decir, no se puede dejar de lado que las relaciones entre los Estados se enfocan cada vez más hacia la unidad económica y jurídica para lograr un mayor fortalecimiento institucional, por lo cual se necesitan herramientas adecuadas para lograr este fin; pero de nada sirve si el producto son relaciones abusivas en las cuales se evidencien las diferencias desventajosas que, a largo plazo, provoquen el quebrantamiento de esa unidad y, en consecuencia, de la sociedad.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN

En lo relacionado con el tema del presente artículo, resultan de vital importancia los principios que realmente permiten que sean equitativas las relaciones entre los Estados, teniendo en cuenta los casos en que se puede hablar de una relación en la que se encuentran involucrados un país desarrollado y otro en vías de desarrollo. La doctrina considera que dichos principios son:

TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO

Este es el principio general del cual emanan todos los otros, puesto que lo que se busca es materializar el principio de igualdad y proteger de manera

efectiva al inversionista frente a las diferentes vicisitudes que se le pueden presentar en el país receptor{17}.

A pesar de ser un principio que no ha sido claramente definido, se usa para interpretar el acuerdo en el ámbito internacional: “Algunos tratados bilaterales se refieren a la legislación internacional entendiendo que el tratamiento justo e imparcial debe estar en concordancia con los principios de la legislación internacional”{18}.

Otra forma de entender este principio es mediante el concepto de transparencia; es decir que los actos que involucren al inversionista y que emanen de un acuerdo sean “previsibles, claros, públicos”{19}, ya que de esta manera las naciones y los inversionistas tienen claros los parámetros bajo los cuales se rigen sus actuaciones.

TRATAMIENTO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Como ejemplo de igualdad y de no discriminación, este principio implica tratar a los inversionistas extranjeros de la misma manera, lo cual implica que si se le otorga alguna ventaja a un inversionista de un país, entonces debe permitírseles a todos los demás de otros países.

En todo caso, no es lo mismo aplicar ciertas medidas a inversionistas de países con los que se tienen tratados multilaterales o no se tiene ningún tipo de tratado, que con aquellos con los que se tiene una relación preferencial como consecuencia de un tratado bilateral{20}; es decir que la aplicación de este principio depende de los beneficios consagrados dentro del tratado en particular y de si se trata de inversionistas que hagan parte de tratados que brinden las mismas condiciones.

TRATO NACIONAL

Continuando con la materialización de la igualdad y la no discriminación, este principio implica que, una vez el inversionista se encuentra dentro del territorio, recibirá el mismo trato que cualquier inversionista nacional del mismo campo{21}. A diferencia del anterior, bajo este se busca poner en igualdad de condiciones a los inversionistas extranjeros respecto de los nacionales, y no a los extranjeros de diferentes nacionalidades.

FOMENTO DEL DESARROLLO Y DE LA REFORMA ECONÓMICA

Para que las naciones se encuentren en igualdad de condiciones es necesario que el sistema de mercado que manejen sea, en la medida de lo posible, uniforme. Por esta razón, las naciones deben adaptar sus instituciones a los parámetros que rigen el mercado mundial si quieren ser parte de este{22}.

La aplicación de estos principios parte del supuesto de que las naciones involucradas se encuentran en igualdad de condiciones. Esto no es así, por lo cual no fue en vano que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por su sigla en inglés) reconociera en 1979 que para promover el desarrollo en los países tercermundistas era necesario que las naciones desarrolladas les ayudaran a entablar tratos diferentes. La excepción abordada en la decisión L/4903 de 1979{23} permite que se entienda mejor cómo se puede lograr un comercio más justo en conjunto con los principios anteriormente mencionados.

A pesar de que se ha vuelto un elemento común dentro de este tipo de tratados, tomar estas medidas es discrecional de los países desarrollados, y por ende presenta una dificultad: “las preferencias pueden eliminarse si el país en desarrollo no hace lo que desea el país que hace la concesión. El tratamiento preferencial se ha convertido en un instrumento político, un arma para conseguir que los países en vías de desarrollo no salgan del camino trazado” (cursivas de la autora){24}; aunque esta situación no cumple con el fin del Comercio Justo, no puede dejarse de lado que la

mencionada decisión implica un reconocimiento del carácter especial de los países en vías de desarrollo; además representa una de las primeras medidas que se tomaron para lograr efectivamente la participación de los países subdesarrollados de forma equitativa.

En este contexto, para que realmente existan Acuerdos Bilaterales de Inversión que permitan hablar de Comercio Justo, estos deben regirse por una serie de principios generales que permiten a las partes sentir que existe igualdad entre ellas y demostrar un mayor compromiso de ambas para que la relación se lleve a cabo (en la medida de lo posible) de forma equitativa. En consecuencia, autores de la línea de STIGLITZ proponen que los principios que deben regir este tipo de acuerdos son: "i. Cualquier acuerdo debe ser juzgado en términos de su impacto en el desarrollo; asuntos con un efecto negativo en el desarrollo no deben estar en la agenda. 2. Cualquier acuerdo debe ser justo. 3. A cualquier acuerdo debería llegarse justamente. 4. La agenda debe limitarse a los asuntos relacionados con comercio y desarrollo amigable"{25}. Si dentro de los tratados se acuerdan disposiciones de esta naturaleza, es menos probable que exista una relación asimétrica y lesiva que ponga en desventaja al país en desarrollo{26}.

Aunque la proposición de STIGLITZ equilibraría las relaciones entre los países, el concepto de justicia que usa en los numerales 2 y 3 tiene un amplio grado de interpretación, lo que implicaría una discusión al respecto en el curso de las negociaciones. Lo que sí es claro de la proposición del Premio Nobel de Economía es que se deben evitar a toda costa las cláusulas abusivas, y este sería un punto de partida para determinar el concepto de justicia dentro de la negociación de este tipo de tratados, ya que existe cierta unanimidad al respecto en los sistemas jurídicos.

EL MODELO DE COLOMBIA DE LOS ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN ¿PROPENDE AL COMERCIO JUSTO?{27}

Los acuerdos de carácter comercial no son algo nuevo dentro del ordenamiento jurídico colombiano; desde el siglo xix han sido utilizados

por el gobierno como una herramienta fundamental para relacionarse con otros países. Los acuerdos decimonónicos eran en su mayoría de navegación e incluían la palabra "amistad" dentro del título, lo cual demuestra que su objetivo era lograr establecer relaciones internacionales sin la necesidad de intervenciones bélicas. Durante el siglo xx en el preámbulo de los acuerdos celebrados se hace referencia a los principios de igualdad y justicia como básicos para la relación naciente entre los Estados, al tiempo que se afirma como objetivo del acuerdo comercial una cercanía entre las naciones.

La diferencia entre la Constitución de 1886 y la de 1991 es que en la segunda las políticas de Colombia relacionadas con el comercio exterior adquirieron relevancia constitucional{28}: el preámbulo de la Constitución Política establece: "El pueblo colombiano... comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana"; esta afirmación se recoge también en el inciso segundo del artículo 9.° y es desarrollada por los artículos 226 y 227. Sobre la importancia de las políticas enfocadas a cumplir con este objetivo del constituyente, la Corte Constitucional manifestó que

... no en vano en la Constitución de 1991 se fijaron rumbos para una política integracionista por parte de Colombia, con el soporte de la amplia colaboración internacional. Pero esta debe ser integral, es decir, no limitarse a un solo aspecto, sino contemplar la diversidad de asuntos que en la vida de las naciones se derivan del devenir económico, social, cultural, ambiental, científico y tecnológico, y de lo que constituye la naturaleza de las relaciones del Estado con los demás del mundo contemporáneo"{29} (cursivas de la autora){30}.

Así mismo, en el artículo ioo de la Carta es claro que, al establecer que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales, ambos tienen la misma libertad de empresa{31}. De acuerdo con la definición de la Corte Constitucional, se trata de una manifestación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución:

El principio del trato nacional se constituye en un desarrollo lógico de la reciprocidad en materia internacional, en la que se debe fundar, por expreso mandato constitucional, la suscripción de tratados internacionales por parte del Gobierno colombiano y la internacionalización de sus relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas. Se garantiza que, de la aplicación del Convenio, no surgirán tratamientos discriminatorios entre nacionales colombianos y extranjeros, violatorios del principio de igualdad{32}.

En estos mandatos constitucionales se ponen de presente los principios bajo los cuales se deben regir los acuerdos internacionales de carácter económico: equidad, igualdad y reciprocidad; esto es, una manifestación de la preocupación del constituyente de incorporar al marco jurídico colombiano los principios que rigen el comercio mundial, de forma más general{33}.

Respecto a los Acuerdos Bilaterales de Inversión, Colombia ha celebrado varios en los últimos 20 años; con ellos ha buscado incrementar el desarrollo al alcanzar los siguientes objetivos{34}:

– Asegurar al inversionista la situación jurídica y política de Colombia.

– Promover la industria que da lugar al desarrollo económico.

– Aumentar el flujo de tecnología.

– Aumentar el empleo, debido a la necesidad de mano de obra calificada.

– Conseguir un mayor recaudo fiscal.

– Aumento en el ahorro nacional.

– Apertura a nuevos mercados.

En últimas, con estos objetivos lo que se logra es cambiar las variables macroeconómicas para alcanzar un "círculo virtuoso", lo que se traduce en que el país estaría creciendo y desarrollándose{35}.

PRINCIPIOS CONSAGRADOS DENTRO DEL MODELO COLOMBIANO DE ACUERDO BILATERAL DE INVERSIÓN

Como dijimos, internacionalmente se ha establecido una serie de principios que rigen las relaciones comerciales entre las partes cuando existe de por medio un Acuerdo Bilateral o Multilateral. El modelo colombiano del Acuerdo Bilateral de Inversión no es la excepción: en su artículo IV desarrolla los principios de trato justo y equitativo, nación más favorecida (NMF) y trato nacional (TNT), así como las excepciones. Estas últimas hacen referencia al ámbito de libertad, del cual continúan gozando las partes del tratado, de constituir otro tipo de acuerdos como los mencionados en el numeral tercero.

Por otro lado, el principio de fomento al desarrollo y la reforma económica puede rastrearse principalmente en el preámbulo, en el cual se dejan ver claramente los objetivos con los cuales se constituye dicho acuerdo{36}:

Deseando intensificar la cooperación económica para beneficio de ambos Estados,

Con la intención de crear y mantener condiciones favorables para los inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte,

Reconociendo la necesidad de promover y proteger inversiones extranjeras con el ánimo de fomentar la prosperidad económica de ambos Estados…

Aun cuando el concepto de “reforma económica” no aparece de manera expresa dentro del modelo, sí es un presupuesto de existencia del acuerdo que haya un sistema económico que permita que el tratado sea viable{37}.

Ahora bien, la transparencia se puede entender dentro del artículo XII del modelo, el cual se refiere al derecho y carga de información que hay entre las partes acerca de consultarse la forma en la que se debe interpretar el acuerdo{38}.

En los casos concretos, dentro de los diferentes acuerdos de esta naturaleza a los que Colombia está adherida, estos principios se desarrollan de forma mucho más amplia a lo largo de varios artículos; sin embargo, todos parten de las definiciones comunes internacionales que recoge el modelo.

OBLIGACIONES CONSAGRADAS DENTRO DEL MODELO COLOMBIANO DE ACUERDO BILATERAL DE INVERSIÓN

El artículo III de este acuerdo establece las obligaciones de promoción, admisión y protección de la relación entre Colombia y el otro Estado, por lo cual en sus numerales desarrolla los parámetros bajo los cuales debe cumplirse: i) promoción de la otra parte dentro del territorio; ii) protección de las inversiones realizadas, así como un trato no discriminatorio en lo que se refiere a la disposición de dichas inversiones; iii) trato justo y equitativo. Es evidente cómo en estos numerales existe un compromiso que permita el acceso de inversionistas extranjeros dentro del mercado colombiano, mediante tratos igualitarios y no discriminatorios; estas obligaciones no dicen nada distinto a lo que se refiere el artículo 227 de la Constitución Política de Colombia.

El siguiente numeral plantea las definiciones de “trato justo y equitativo”, “protección total y seguridad” y acerca de cómo no debe entenderse un incumplimiento del acuerdo. Lo expresado allí se resume en que esos

conceptos se deben interpretar bajo el estándar mínimo de trato de acuerdo con la forma como se entiende internacionalmente; de esta manera se garantiza uniformidad y claridad en la interpretación de las cláusulas allí consagradas [cfr. "Tratamiento justo y equitativo", p. 207], evitando así interpretaciones ventajosas{39}.

Con este último numeral se logra un equilibrio entre "dar la bienvenida al inversionista" y evitar que existan abusos por el afán de que dichas inversiones se hagan efectivas en el país; es decir, se logra un balance mediante el cual el mercado se abre a los extranjeros pero imponiendo límites de carácter internacional para que la relación sea recíproca y equitativa.

Adicionalmente, se encuentran consagradas otra serie de obligaciones que garantizan al inversionista la protección de su inversión. Por ejemplo, la libertad de transferencias (artículo V) le permite al inversionista repatriar todas las ganancias derivadas de su inversión; este es el objetivo principal por el cual se realizan este tipo de negocios, pues "resultaría inviable cualquier intento de atraer dichos capitales si en la práctica se impidiera repatriar el producto de lo invertido"{40}.

Así mismo, la inversión extranjera se encuentra protegida de la expropiación{41} y, en caso de presentarse, el Estado infractor deberá pagar una indemnización al inversionista; el modelo del acuerdo implementa los artículos 58 y 59 de la Carta Política, en los cuales no solo se consagra el derecho a la propiedad privada, sino también (y así lo reconoció la Corte Constitucional) el principio de Trato Nacional:

aquellos [los inversionistas] recibirán de esta última [la Nación] un trato no menos favorable que el que se otorga a sus propios nacionales o empresas, o a los de cualquier tercer Estado, en relación con restituciones, indemnizaciones u otros arreglos. Estas reglas son una aplicación del principio del trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida a las situaciones de perturbación del orden público de las que resulten pérdidas para los inversionistas extranjeros. Por este motivo, las razones que sirvieron de fundamento para declarar ajustados a la Carta Política de Colombia los mencionados principios de tratamiento, son también valederas en este caso{42}.

Es evidente que en Colombia el gobierno ha hecho un gran esfuerzo para convertir el país en un destino de la inversión, no solo con la implementación de los Acuerdos Bilaterales de Inversión con diferentes países, sino también de otros tratados comerciales tanto bilaterales como plurilaterales. En este sentido, es necesario ofrecerles una serie de garantías y derechos para que la inversión sea provechosa.

EXISTENCIA DEL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO

Los tratados de Colombia no contemplan trato especial y diferenciado, especialmente porque corresponde a las partes establecerlo así discrecionalmente. Al mirar cada uno de los Acuerdos Bilaterales de Inversión ratificados por Colombia{43} no se encuentra expresamente una disposición al respecto; sin embargo, en el Acuerdo con Japón, en el preámbulo podría entenderse que se encuentra consagrado: “Reconociendo la importancia creciente de la liberalización progresiva de la inversión para estimular la iniciativa de los inversionistas y para promover la prosperidad y la mutua actividad comercial favorable en las Partes Contratantes” (cursivas de la autora); pero únicamente el desarrollo de las relaciones entre ambas naciones permitirá ver hasta qué punto puede ser posible que se presente dicha situación.

CONCLUSIONES

Hay que reconocer el valor que tienen los Acuerdos Bilaterales de Inversión para facilitar y estrechar las relaciones entre las naciones; no es sino mediante ellos que es posible hacerse conocer en el ámbito internacional. Es una realidad que vivimos en un mundo globalizado; por lo tanto, no somos ajenos a los procesos de integración no solo económica sino cultural que se está viviendo. Parte de esta realidad se encuentra en reconocer que

para integrarse al mercado internacional son indispensables las relaciones que se puedan entablar con otras naciones, especialmente si ellas representan las ventajas que se están buscando{44}. Pero esto no significa que hay que ser parte de dicho proceso al costo que sea; es decir, que los Estados sacrifiquen el bienestar de sus ciudadanos en pro de reconocimiento económico y político internacional.

En los últimos años se ha hecho un esfuerzo por diferentes organismos internacionales así como por muchos países para promover acuerdos que faciliten el desarrollo de las naciones que más lo necesitan; no es gratuito que existan principios que limiten la libertad absoluta de las partes al negociar los diferentes tipos de acuerdos comerciales, así como se ha buscado la reciprocidad en este tipo de relaciones. Es posible que se esté empezando a formar una conciencia acerca de la inutilidad que hay en fundamentar el libre comercio bajo los principios de igualdad y (valga la redundancia) libertad, cuando lo que realmente subyace a él son relaciones abusivas que no permiten el bienestar humano, y que la riqueza quede apenas en manos de pocos.

Aunque el caso de Colombia es bastante complejo debido a la actitud que ha tomado el gobierno en darle gran relevancia a la inversión extranjera, últimamente se han hecho grandes esfuerzos, por las tres ramas del poder público, no solo por cumplir con las disposiciones del constituyente acerca de impulsar la integración con Latinoamérica y con el resto del mundo, sino para que este objetivo se alcance con dignidad, bajo los principios que se encuentran consagrados también en la Carta Política de Colombia. Particularmente los Acuerdos Bilaterales le han permitido ser reconocido como un país donde es viable invertir, y lo guían los principios de equidad, igualdad y reciprocidad de las naciones.

En últimas, son los esfuerzos basados en estos principios los que permiten alcanzar un Comercio Justo, realmente libre y en el cual el desarrollo sea posible, así las diferencias entre países subdesarrollados y desarrollados sean cada vez menores. Tal vez de esta manera se logre una mejor redistribución de la riqueza y la humanidad no se vea condenada a la miseria absoluta como consecuencia de la avaricia de unos pocos.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez, José Manuel. La OMC, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Arsen, Patricia. Tratados Bilaterales de Inversión. Su significado y efectos, Buenos Aires, Astrea, 2003.

Fernandez Rozas, José Carlos. "El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, n.° 5, 2000, pp. 161-230. Disponible en: http://eprints.ucm.es (consultado el 5 de septiembre de 2011).

Gómez R., Hernando José y Gamboa, Javier. Cambios institucionales para la negociación del TLC de Colombia con los EEUUy derivados de su implementación. Disponible en: www.eclac.cl (consultado el 5 de octubre de 2011).

Hulm, Peter. "Fairtrade", International Trade Forum, n.° 2/2006, abril de 2006. Disponible en: http://vlex.com/vid/fair-trade-61546883 (consultado el 27 de septiembre de 2011).

Lara Pineda, Orlando. El Comercio Justo en Europa. Disponible en: http://es.scribd.com/doc/22789822/C0MERCi0-eUR0PA (consultado el 1.° de septiembre de 2011).

Martín López, Miguel Angel. La formación de los tratados internacionales, Madrid, Dykinson, 2002.

Peterson, Luke Eric. Derechos humanos y Tratados Bilaterales de Inversión, Quebec, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. Disponible en: www.dd-rd.ca (consultado el 3 de septiembre de 2011).

Prieto-Ríos, Enrique Alberto. bit y la Constitución colombiana de 1991.' internacionalizarán de la economía dentro de un Estado Social de Derecho. Disponible en: http:// redalyc.uaemex.mx (consultado el 5 de septiembre de 2011).

Samuelson, Paul y Nordhaus, William. Economía, Bogotá, McGraw-Hill, 2006.

Shafaeddin, Mehdi. Free trade or fairtrade? An enquiry into the causes of failure in recent trade negotiations. Disponible en: www.unctad.org (consultado el 8 de octubre de 2011).

Stiglitz, Joseph E. Globalization and its discontents. Nueva York, W. W. Norton, 2003.

Stiglitz, Joseph E. ¿Cómo hacer que funcione la globalización?, Bogotá, Nomos, 2006.

Stiglitz, Joseph E. y Charlton, Andrew. Fairtrade for all, Nueva York, Oxford University Press, 2005.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-401 del 7 de septiembre de 1995. Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente LAT-045.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-262 del 13 de junio de 1996. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente lat-o68.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-379 del 22 de agosto de 1996. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente lat-o6i.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-644 del 8 de julio de 2004. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. Expediente LAT-250.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-446 del 8 de julio de 2009. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Expediente LAT-338.

Modelo Bit de Colombia 2007. Disponible en: http://italaw.com (consultado el 4 de septiembre de 2011).

OMC. Principios del sistema de comercio. Disponible en: www.wto.org (consultado el 3 de septiembre de 2011).

OMC. Trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo. Disponible en: www.wto.org (consultado el 3 de septiembre de 2011).

OMC. Disposiciones sobre trato especial y diferenciado. Disponible en: www.wto.org (consultado el 2 de septiembre de 2011).

OMC. Órgano de examen de las políticas comerciales de la OMC. Informe Colombia 2006, párr. 48. Disponible en: http://docsonline.wto.org (consultado el 5 de septiembre de 2011).

SICE. Acuerdos bilaterales de inversión ratificados por Colombia. Disponible en: www.sice.oas.org (consultado el 14 de septiembre de 2011).

ANGÉLICA GUERRA BARÓN

La Agenda Social Andina: ¿acaso es Comercio Justo?

La Comunidad Andina es un proceso de integración con un diseño institucional avanzado, pero con graves problemas en cuanto a la implementación de su normativa comunitaria. Dependiendo del enfoque que quiera hacerse del Grupo Andino, los resultados pueden ser contrastantes. Partiendo del análisis de intercambio comercial, a pesar de ser modesto, no es despreciable -más si se analiza el dinamismo de la inversión extranjera directa en el grupo-; sin embargo, si la atención se centra en los índices de pobreza e inequidad, los resultados son contradictorios.

La intensificación de las relaciones comerciales entre los miembros del antes llamado Pacto Andino podría ser utilizada para superar un problema que aqueja a sus habitantes. La superación de la brecha entre ricos y pobres podría ser tratada exitosamente a través del diseño de mecanismos comunitarios efectivos que direccionen recursos comunes a la conformación de un fondo especial para financiar proyectos de desarrollo.

A pesar de ello, varias preguntas deben ser respondidas: ¿cómo lograr que la normativa intracomunitaria sea efectivamente implementada y se logre consolidar un fondo para la atención a la pobreza de sus habitantes? ¿Cómo hacer que el comercio, que evidentemente ha aumentado en la subregión, sea una herramienta de apalancamiento para la superación de la inequidad?

El presente estudio busca plantear el concepto Comercio Justo y aplicarlo a la realidad del espacio de la subregión andina. Considerado como uno de los procesos de integración más avanzados en términos de su derecho comunitario expresado en la supranacionalidad{1} que lo caracteriza, la primera sección se ocupa de analizar el bloque andino en el contexto de la globalización y de la gestación del movimiento del Comercio Justo. La segunda sección analiza la forma como los postulados del Comercio Justo han encontrado sus referentes en el Grupo Andino; finalmente se examina si la Agenda Social Andina es expresión del movimiento.

EL COMERCIO JUSTO EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

Muchos intentos de conceptualización de lo que significa la globalización se han acuñado por diferentes disciplinas, pero pocas han sido las propuestas presentadas desde la perspectiva del derecho internacional económico a fin de limitar el fenómeno.

Recurriendo a una aproximación multidisciplinaria por entender el concepto de globalización, Omahe (1995) y Scholte (2000) la definen como un fenómeno que llevó a la transformación y a la disminución de la soberanía del Estado-nación{2}. Esa visión hiperglobalista se contrasta con la visión escéptica defendida por Krasner (1999) y Gilpin (2001), al considerar que aún los Estados -y la geopolítica- siguen estando a cargo de la fijación del orden político mundial{3}. En todo caso, el fenómeno de la globalización, considerado más como un proceso, evidentemente es tan antiguo como la historia, al punto de existir desde que el Homo sapiens avanzó al sedentarismo en los valles de los ríos. Desde ese momento el comercio se gestó, al tiempo que lo hizo la exploración, la evangelización y la expansión imperial; los comerciantes, aventureros y guerreros se conectaron y dispersaron, a medida que las comunidades y las civilizaciones gradualmente se interconectaron hasta conformar lo que hoy se considera como algo globalizado{4}.

Si bien los orígenes del Comercio Justo no coinciden temporalmente con lo que denomina McGrew{5} la ola de la globalización contemporánea (1960-actualidad), en el periodo entre guerras se gestaron varios acuerdos liderados por los países desarrollados sobre sus colonias, con el fin de controlar las mercancías (1918-1939). Así, los primeros acuerdos se centraban en productos básicos (cobre, estaño, caucho, café, trigo, azúcar, algodón) y procuraban poner fin a la caída de precios mediante la restricción de la producción -aunque falló, pues los mejores precios llevaron al mercado a nuevos productores-. Con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), el precio de los productos agrícolas aumentó, llevando a la suspensión de varios acuerdos comerciales. Mientras que los acuerdos comerciales sobre productos agrícolas entre los países industrializados y sus colonias se suspendieron, la segunda ola de la globalización era evidente, alcanzando la edad de oro en la época de posguerras (1950-1960). Esta segunda ola, orientada principalmente por la disminución del proteccionismo económico y por la integración financiera

como resultado de las crisis del petróleo, fue accionada por los gobiernos de Estados Unidos y Reino Unido al privatizar y desregular varios sectores económicos{6}.

Dentro del contexto de posguerra, los países aliados buscaron la conformación de un sistema de comercio internacional. De ahí que la prioridad se fijara en la consolidación de un andamiaje financiero internacional estable que controlara los flujos de corto plazo, sumado al liderazgo norteamericano en la equiparación del dólar al oro{7}. Por otro lado, el panorama del comercio internacional para esa época se caracterizó por la aplicación de un marco provisional en el cual los países conformaron un sistema de acuerdos recíprocos entre los signatarios del Acuerdo General de Comercio y Tarifas de 1947 (GATT), cuyo objetivo común fue la disminución de las tarifas por debajo de los niveles alcanzados en la década de los treinta{8}. En otros términos, se buscaba dar el salto del proteccionismo al libre comercio como una manera de reconstruir las economías devastadas por las guerras, pero manteniendo la balanza a favor de los países industrializados.

Dentro del marco de la segunda ola de la globalización, de la cual habla Ostry{9}, el concepto de Comercio Justo se gestó, toda vez que fue en los años cincuenta cuando los países en desarrollo occidentales, principalmente, tomaron conciencia de la disparidad del beneficio obtenido por los Estados y clases sociales, como producto de la apertura comercial{10}.

La década de los sesenta significó para el Comercio Justo el inicio de la institucionalización de sus ideales. De acuerdo con Fridell{11}, en 1964 se gestó la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (ONCTAD). En el seno de la ünctad, la idea de un comercio "más justo" a partir de la no aplicación de políticas proteccionistas a los productos agrícolas por parte de los países desarrollados, se presentó como una propuesta de los países en desarrollo productores. La ünctad se convirtió en foro natural del concepto "intercambio desigual" ideado por Raúl Prebisch{12} -secretario general de la organización- y en el antecedente de la aplicación de políticas basadas en el nacionalismo

económico y en demandas por una transformación del sistema multilateral de comercio por países del Sur.

En ese contexto, la idea de conformar un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) en la década de los sesenta empezó a consolidarse. Mediante el llamado de los países en desarrollo se promocionó la idea de conformar una nueva estructura que tuviera en cuenta los intereses económicos de los países menos desarrollados; de modo que las instituciones de Bretton Woods deberían incluir el componente del desarrollo. En el marco de las negociaciones multilaterales de comercio, por otro lado, los países desarrollados ignoraron los intereses de aquellos, mientras que continuaban con la aplicación de medidas proteccionistas{13}.

La tercera fase de la globalización es protagonizada por los flujos de inversión extranjera directa (IED). Estrechamente ligada a los grandes cambios experimentados en los ochenta -la caída del Muro de Berlín, la disolución de la Unión Soviética y el surgimiento de nuevos Estados que le apostaron al esquema de economías de libre mercado-, la nueva ola de la globalización se caracteriza por el interés de los países en desarrollo de atraer mayores flujos de ied como un mecanismo para dar el salto al desarrollo{14}. Paralelamente, el nacimiento de las empresas transnacionales (ETN) como entes tenedores de gran poder e influencia en el sistema internacional se fue gestando.

Valiéndose de distintas estrategias -políticas unilaterales, negociaciones bilaterales y multilaterales{15}-, los países en desarrollo han procurado atraer las etn a sus territorios, haciendo que las dinámicas entre los Estados y estos actores privados sean cada vez más intensas e interdependientes. Por ello, se ha generado una carrera entre los países en desarrollo (PED) por generar un espacio atractivo para las etn interesadas en penetrar su mercado; el ganador de la competencia es el gobierno que implementa estrategias que redunden en su clima de inversión, así como políticas que hagan más atractivas las condiciones para las grandes transnacionales.

El mayor relacionamiento que actualmente se experimenta ocasionado por la intensificación de la interconexión ha traído como consecuencia mayores interacciones en distintos ámbitos (social, político y económico), el aceleramiento de los procesos (transporte, comunicación, ideas, noticias,

bienes) y el aumento de la extensión, intensidad y velocidad de las interacciones{16}. Por otro lado, desde una perspectiva jurídica, el aumento de las transacciones comerciales entre actores privados -sumado a la desregularización del derecho internacional público- ha conducido a los shoppings jurídicos, los derechos á la carte o a la deslocahzzazione utilizada por aquellos como filtro para hallar las condiciones más ventajosas para el desarrollo de sus actividades{17}.

En definitiva, la década del noventa trajo consigo importantes cambios en la dinámica económica internacional. El aumento de los procesos de integración económica, la aceptación de la economía de mercado libre como "[...] instrumento principal para la regulación del intercambio comercial internacional [...]", así como la eliminación gradual de regulaciones de tipo proteccionista{18}, fueron algunos de los hitos en materia económica internacional.

Esa mayor integración de la economía mundial ha generado no solo la internacionalización de los ordenamientos jurídicos, sino la multiplicación de las transacciones entre privados. En ese sentido, siguiendo a Behrman{19}, el rol de las ETN en el sistema internacional es más influyente, llegando al punto de tener un protagonismo decisivo en la construcción de un noei centrado en la reestructuración de la industria y la relocalización.

Resulta evidente que la idea de consolidar un comercio en términos de justicia social se desarrolló a medida que la tercera ola de la globalización se fue consolidando. Así, mientras que el ideal de un comercio más libre mediante la eliminación de las barreras y obstáculos al comercio se gestó, de la misma manera un enfoque más ético -en palabras de Hira y Ferrie{20}- fue abriéndose paso.

El Comercio Justo nace entonces como una nueva corriente del comercio internacional, en búsqueda de la integración de criterios éticos en el proceso de toma de decisiones de los consumidores; es decir, como una respuesta a la proliferación de acuerdos de libre comercio y al paulatino crecimiento de niveles de extrema pobreza y el consecuente aumento de los niveles de inequidad. Como Hira y Ferrie{21} señalan, el movimiento del Comercio Justo expresa la estrecha relación entre los principios éticos y la cadena de

producción; así como la iniciativa de desarrollo que busca desafiar "[...] los desiguales términos de intercambio para los productos básicos agrícolas [...]", centrando la noción únicamente a ese sector{22}.

EL ENFOQUE DEL COMERCIO JUSTO EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINA

El proceso de integración de la subregión andina, sus crisis y renovaciones han obedecido a circunstancias relacionadas con el resto de las economías del mundo. Calificado como un proceso de integración de "segunda clase" debido a la influencia, dependencia ideológica y política, y la consecuente falta de autonomía, que sobre ellos ejercen los bloques económicos de "primera clase"{23}, el llamado Pacto Andino, al igual que el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), es un bloque que ha logrado sobrevivir por cuestiones geopolíticas{24}.

Sumado a la evolución y maduración del concepto de Comercio Justo dentro del marco de la última ola de la globalización, el fortalecimiento súbito y acelerado de los procesos de integración económica durante la década de los noventa se expresó principalmente en el aumento de bloques comerciales en América y Europa, así como en las renovaciones de los bloques ya existentes. La constitución del Mercosur (1991), la creación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 1994 (NAFTA, sigla en inglés) -conformado por Canadá, México y Estados Unidos-, la renovación de la Comunidad Andina (CAN) mediante el Sistema Andino de Integración (1990) y la consolidación en la Unión Europea del mercado común europeo (1993), dan muestra del interés a nivel mundial por afianzar las relaciones económicas entre los interlocutores comerciales durante los años noventa.

Así, se marcó el inicio de una nueva etapa en los procesos de integración latinoamericanos, denominada regionalismo abierto o nuevo regionalismo{25}.

Lo mismo sucedió en el continente asiático, donde se superó la larga etapa de cooperación regional y se conformó la Asociación de Países del Sudeste Asiático (ASEAN) en 1992, la cual se convirtió en una zona de libre comercio (ZLC). Mientras que en África aumentaron sustancialmente los acuerdos de integración regional (AIR){26}.

Con el fin de competir en el mercado internacional, a nivel mundial se recurrió extraordinariamente a los procesos de integración de carácter regional{27}, mediante variedad de lineamientos: mayor apertura de los mercados a la competencia externa, eliminación de restricciones administrativas a la importación, eliminación de restricciones a la IED, reforma de los modelos de administraciones públicas de los Estados, privatización de ciertas actividades de los Estados, mayor desregularización del mercado financiero, promoción de la competencia, entre otros.

La similitud en cuanto a la naturaleza de las políticas económicas de corte ortodoxo, y el tiempo de implementación por los países andinos, se debió a la adopción de las recomendaciones macroeconómicas sugeridas por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM). Las medidas conocidas como el Consenso Washington fueron llevadas a la práctica por Bolivia (1985), Venezuela (1989), Colombia y Ecuador (1990) a nivel unilateral, pero desde el proceso subregional las razones fueron otras.

Dentro de estos lineamientos empezó entonces el proceso de liberalización unilateral de la economía de los países andinos, la inversión extranjera directa (IED) se impulsó y, como consecuencia, se incentivaron los acuerdos comerciales y de integración. Además, en el caso de la CAN, el factor geográfico fue también decisivo para que el proceso de integración fuera usado como un mecanismo para alcanzar los objetivos trazados.{28} Esta es la razón principal por la cual durante la década de los noventa, específicamente a nivel andino, empezó a generarse de nuevo interés por los procesos de integración, pero con planteamientos más flexibles.

Con el fin de analizar si el movimiento del Comercio Justo ha tenido eco en el direccionamiento del proceso de integración de la subregión andina, deberá hacerse una ligera adaptación del mismo. Así, será posible plantearse si el comercio intracomunitario andino ha sido concebido como

una herramienta para contribuir al desarrollo de sus países miembros y, con este fin, deberá hacerse referencia a algunos aspectos de la Agenda Social Andina.

Los países suramericanos originarios que gestaron la idea de un Grupo Andino (Bolivia, Colombia, Chile y Perú) plasmaron en su tratado constitutivo (Acuerdo de Cartagena) la filosofía compartida de promocionar el desarrollo equilibrado y armónico entre sus miembros a través de su crecimiento, para alcanzar a largo plazo el mejoramiento en el nivel de vida de sus habitantes (capítulo I). Para el logro de tales objetivos se diseñaron mecanismos como armonización de políticas{29} y legislaciones de los países, adopción de un arancel externo común (AEC) escalonado -previo AEC mínimo (AEMC){30}-, todo hacia la constitución de una unión aduanera (UA){31} . Además de mecanismos auxiliares para el logro de los mismos objetivos trazados{32}, siempre dentro del marco de tratamiento preferencial para Ecuador y Bolivia.

Desde su creación, y durante su primera década, el Grupo Andino mostró la voluntad de sus integrantes por superar el subdesarrollo y los problemas económicos, políticos y sociales que estaban experimentando en esa época, y mantuvo siempre presente el tratamiento preferente a los países con un desarrollo menor.

Los retos para el Grupo Andino coincidieron con la crisis latinoamericana de los setenta. La situación de endeudamiento, el retiro de Chile (1976), la tensión entre Perú y Venezuela, el posible retiro de aquel y los conflictos limítrofes con Ecuador afectaron el proceso integrador. La falta de voluntad política y el incumplimiento generalizado de la normativa andina generaron la necesidad de reestructurar la organización{33}.

La década de los ochenta significó para los procesos de integración latinoamericanos una etapa de cambios en las instituciones y organizaciones. La recesión mundial, el endeudamiento, la política de sustitución de las importaciones -herencia de PREBISCH-, el aumento de los derechos aduaneros y la disminución del comercio interregional fueron aspectos predominantes. El impulso integrador de parte de la década anterior disminuyó por las grandes diferencias que existían entre los miembros de los distintos acuerdos de integración. De modo que los

grandes actores temieron consecuencias negativas a sus economías debido a la competencia de sus productos con otros productos de la región, razón por la cual se diseñó la compleja aplicación de políticas proteccionistas y devaluaciones competitivas a raíz del sobreendeudamiento de los países{34}.

Es claro que en los ochenta los procesos de integración entraron en crisis -salvo el modelo europeo-. El retorno al bilateralismo significó el abandono de los países a las ideas integracionistas. Sin embargo, las instituciones sobrevivieron. Por otro lado, la crisis económica en la subregión andina se agudizó. Los países latinoamericanos adoptaron políticas que restringieron el comercio para generar divisas con las cuales pagar sus deudas.

La "década perdida" de los ochenta llevó a la necesidad comunitaria de revivir sus instituciones en los noventa{35}. Junto a esto, los procesos de integración regional renacieron en el mundo. Con la llegada del liberalismo, luego de la recesión de los años ochenta, los países decidieron abrir sus economías. Esta decisión tuvo repercusiones importantes en el desarrollo de los procesos de integración en general y en Latinoamérica, específicamente en el Grupo Andino. Tras la situación de crisis de la década anterior, los países optaron por abrir sus mercados, eliminar las medidas proteccionistas y disminuir su gasto fiscal. Al darse cuenta de la posibilidad de comprar productos importados más baratos, se dieron cuenta de los beneficios finales.

Desde un punto de vista económico, además de la satisfacción del consumidor final, al tener mayor oferta disponible, el intercambio abierto de factores traería como consecuencia la expansión de la oferta; de modo que, ante la disminución de los precios, el consumo se vería estimulado. Por lo tanto, el crecimiento económico expresado en el producto interno bruto (PIB) aumentaría, al igual que la economía nacional, mostrando con ello que la teoría liberal de los noventa propugnaba el mayor crecimiento económico, que traería consigo mayor desarrollo. De esta manera se mejoraría la balanza de pagos y, en general, el panorama macroeconómico de los Estados sería favorable. Dentro de esa lógica económica se explica el interés que tuvieron los países por intensificar sus relaciones mediante el surgimiento de los procesos de integración a nivel mundial.

El nuevo diseño del Grupo Andino empezó a gestarse con el Protocolo de Quito, pero la "nueva arquitectura institucional"{36} con base en la cual se aceleraría el bloque quedó establecida en tres documentos fundamentales: el Acta de Galápagos (1989), el Acta de la Paz (1990) y el Acta de Barahona (1991). Mediante la primera, el Grupo se proyectó hacia la competencia internacional, mediante la búsqueda hacia la consolidación del espacio económico andino y el mejoramiento del bloque con respecto al contexto internacional. Así, la voluntad política se convirtió en elemento esencial para la comprensión de los avances y retrocesos de los procesos de integración{37}. En ese sentido, la intervención de los presidentes en el Consejo Presidencial Andino (CPA){38} fue clave en la nueva estructura del tratado constitutivo.

El liderazgo político del bloque no solo se tradujo en el fortalecimiento del rol de las cabezas de los Estados miembros, sino en el deseo por consolidar el rumbo de la integración en términos económicos{39}. A pesar del nuevo enfoque del bloque desde la perspectiva de los objetivos económicos planteados, los elementos políticos nuevamente incidieron en su desarrollo. El nuevo obstáculo al proceso integrador se dio en 1992 con la participación de Perú en la ZLC, la discusión del AEC y la suspensión de las relaciones entre ese país y Venezuela a causa de la disolución del Parlamento y Corte Suprema de Justicia{40}. Por lo anterior, la Comisión del Acuerdo de Cartagena decidió que Perú suspendería sus obligaciones con respecto al Programa de Liberación y el AEMC (Decisión 321).

Si bien la situación del Perú representó un retroceso para el bloque andino, no significó el estancamiento total. A finales de los noventa hubo un comportamiento muy dinámico a nivel de Decisiones y en general de la organización{41}, lo que se sumó a la decisión del Perú de reincorporarse a la ZLC (Protocolo de Sucre, 1997) y su inclusión en el Grupo{42}.

Lo anterior muestra que los ires y venires del proceso integrador andino suscitaron lo que algunos han llamado un "Pacto Andino a la carta" o de "geometría variable"{43}, poniendo de presente la falta de compromiso político de los dirigentes de los países miembros del Grupo Andino, el vacío en la implementación real del derecho comunitario andino y la

debilidad estructural del andamiaje jurídico intracomunitario. Por tal razón, el Grupo marcó un nuevo rumbo a sus instituciones{44}.

Luego de las reformas estructurales andinas, algunos han considerado la CAN como una organización internacional con el tejido institucional y organizacional más avanzado del continente americano; su modelo de organización internacional ha superado la concepción clásica para pasar a ser una organización supranacional{45}, mientras que otros han criticado la década de los noventa por el número exagerado de instituciones que conforman la organización (inflación institucional), conflicto de competencias entre los entes, posibles conflictos por la naturaleza jurídica de los actos proferidos por distintos órganos, la estructura compleja de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA) y la falta de certeza sobre los mecanismos para asegurar la aplicación efectiva de las normas jurídicas{46}.

Esto pone de presente que no solo el diseño institucional que se acoja en un PI es importante. La voluntad política es un factor decisivo y es el responsable, en gran medida, de lograr una integración mayor -unión económica o monetaria-{47} o de incluir en la agenda temas menos comerciales y más sociales. En ese caso, la decisión de generar enlaces entre la profundización de las relaciones comerciales con objetivos sociales -si se quiere, de Comercio Justo- es vital para el futuro de la organización.

LA AGENDA SOCIAL ANDINA, ¿EXPRESIÓN DEL COMERCIO JUSTO?

Los problemas puntuales que afrontan los países miembros de la CAN no difieren mucho de la realidad global. Con una población total estimada para 2010 de 99.639.000 habitantes y un PIB promedio por habitante de U$4.2I5, la brecha social en el interior del espacio subregional es cada vez mayor. Las diferencias sociales internas se han profundizado paulatinamente por la dificultad en el acceso a la educación, exacerbada por la desnutrición infantil.

En términos de pobreza, Bolivia ocupa el primer puesto, al ponderarse que el 71,1% de la población es pobre, mientras que el 45,4% de los hogares vive en extrema pobreza. Situación muy similar experimenta Ecuador (56,9% y 27,5%, respectivamente), seguido de Perú (33,9% y 13,8%) y Colombia (27,07% y io,6%).{48} Si se tiene en cuenta la percepción de la pobreza por la población andina, el resultado es preocupante, pues el 81% de la población andina mayor de 18 años percibe que la distribución de los ingresos en su país no es justa, mientras que el 18% de la población se siente discriminada (SGCA, Estadísticas).

Por otro lado, si se compara el índice Gini{49} obtenido por los países miembros de la CAN, ha habido una tendencia a empeorar -especialmente para Colombia-. Luego de reportar un índice de 57,5 en 2000, en 2006 -última cifra disponible- llegó al 58,5, a pesar de ser el evidente ganador en términos de intercambio comercial y de flujos de IED dentro del bloque. El panorama tampoco ha mejorado para Ecuador, país que alcanzó un índice Gini de 53,5 (1998) y alcanzó el 54,4 en 2007. Por el contrario, los casos peruano y ecuatoriano han sido positivos, si se tiene en cuenta que para 2001 el índice Gini reportado para Perú era de 53 y disminuyó a 50,5 en 2007; mientras que Bolivia en 1999 reportó un índice Gini de 57,8 y para 2007 disminuyó a 57,2 (World Bank Indicators).

Si se utilizan los resultados del índice Gini en una perspectiva mundial, Colombia se ubica en la séptima posición (hacia 2006), seguido de Bolivia (9), Ecuador (13) y Perú (26). En ese sentido, puede plantearse que, a pesar de que Colombia ha sido el gran ganador en términos del intercambio comercial intracomunitario, en lo que respecta a la pobreza, la inequidad y la percepción de desigualdad de su población el balance es negativo: es el segundo país de Latinoamérica, luego de Haití (5), en ubicarse como uno de los más desiguales a nivel mundial (World Bank Indicators).

El comportamiento del bloque como tal desde la perspectiva del intercambio comercial andino presenta un panorama contrastante con los hallazgos en materia de pobreza e inequidad. Para 2009 el balance fue positivo para los países miembros de la CAN, pues se obtuvo una balanza comercial positiva (U$2.712 millones). Así, las importaciones alcanzaron

U$74.968 millones para ese año, mientras que las exportaciones llegaron a U$77.68o millones (SGCAN, Estadísticas).

Si se tiene en cuenta que a partir de 2004 la balanza comercial para el bloque andino ha sido positiva -obtuvo los resultados más altos en 2008 (SGCAN, Estadísticas)- y que lo mismo puede predicarse de los flujos de IED -siendo Colombia el ganador en los dos casos-{50}, la falta de coherencia entre las dinámicas comerciales -positivas- y los indicadores de la pobreza y la desigualdad -negativos- llevan a cuestionarse la razón de los contrastes, al igual que su percepción por los ciudadanos andinos sobre su situación de pobreza e inequidad.

En ese sentido, vale la pena preguntarse si los objetivos señalados en los acuerdos constitutivos de los AIR, generalmente ligados al crecimiento económico como impulsor del desarrollo, son expresión del movimiento de Comercio Justo para la subregión andina.

Si para responder ese interrogante se piensa en los procesos de integración como herramientas de trascendental importancia para alcanzar los objetivos comunes indicados en los tratados constitutivos{51}, o en instrumentos de posterior desarrollo, habría que traer al análisis el derecho comunitario secundario{52} forjado para lidiar con los planteamientos que se ha fijado el Comercio Justo.

La lucha contra la pobreza, la exclusión y la desigualdad, como mecanismos para lograr la cohesión social{53}, fue considerada como un conjunto de acciones para desarrollar la dimensión social de la integración, mediante la creación de un Plan Integrado de Desarrollo Social (PIDS). La posibilidad de contribuir a través de la profundización de los distintos estadios de la integración internacional en la lucha contra la pobreza, la exclusión y la inequidad social implica contribuir al fortalecimiento de políticas públicas sociales en los países andinos y a impulsar la construcción de una política social común.

El PIDS andino comprende un campo de acción social para sacar provecho al mercado ampliado, programas de tipo comunitario que dan un valor agregado a las políticas de sus miembros y un sistema para hacer más democrático y participativo el proceso en la subregión. La ampliación de la

cobertura de servicios de salud y la educación, la elaboración de políticas laborales que permitan conjurar la crisis, ya coyuntural, y el acceso a un trabajo digno de la población, acceso en condiciones de equidad a un sistema de educación adecuado que permita superar el entrampamiento en el nivel de desarrollo de ciertos grupos marginados, la apertura del mercado financiero a los miembros de la CAN -evitando la vulnerabilidad y contagio ante crisis económicas-, constituyen los pilares de acción a nivel social en la Comunidad. Con ese panorama, el crecimiento económico se convierte en herramienta indispensable, pero no suficiente, para lograr una disminución de los niveles de pobreza en la región. Sin embargo, el crecimiento sin el diseño y aplicación de políticas sociales inclusivas no permitirá sacar provecho social a los indicadores económicos positivos. Para ello se requiere de gasto social que beneficie a la población más expuesta.

La superación de la pobreza y la desigualdad también implica la creación de un ambiente adecuado, con efecto directo sobre la nutrición y la salud. Problemas sociales como el hacinamiento traen consigo problemas de salud, contagio, violencia familiar; mientras que la falta de agua potable y alcantarillado trae consigo problemas de salud pública. Nuevamente, las diferencias entre población rural vs. población urbana, minorías étnicas, grupos de mayor y menor ingreso son tajantes{54}.

Las prioridades en la Agenda Social Andina están marcadas por aspectos sociales (con énfasis en las zonas fronterizas) y laborales, de salud humana, desarrollo rural ambientalmente sostenible (seguridad alimentaria), educación y cultura{55}, a través de la elaboración y seguimiento de un Plan de Acción a ser coordinado y ejecutado por el Consejo Andino de Ministros de Desarrollo Social (CAMDS){56}. La participación social de la sociedad civil andina en los PIDS se materializa en la formulación y presentación de opiniones de los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andinos{57} y mediante el diálogo y la concertación de los intereses de los pueblos indígenas de la subregión.

El tratamiento de aspectos migratorios (incluyendo su dimensión social y laboral) puede considerarse como uno de los puntos más desarrollados que estén relacionados directamente con el Comercio Justo. La migración de trabajadores andinos a otros países del bloque trae consigo aspectos

colaterales con profundas consecuencias sociales. El incremento en las relaciones comerciales entre los socios andinos lleva necesariamente a que el tema de la migración sea contemplado como una prioridad (Decisión 545). El reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores andinos, el derecho a tener seguridad social a pesar de su movimiento (Decisión 583), el respeto a los estándares de seguridad y salud en el trabajo (Decisión 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo) son reconocidos en la CAN. Finalmente, la necesidad de recopilar y sistematizar información estadística, normativa y documental está siendo satisfecha a través del Observatorio Laboral Andino (OLA).

A raíz del aumento de la migración de trabajadores andinos en el territorio comunitario, las zonas fronterizas son consideradas en la actualidad como nichos de atención prioritaria para los miembros del bloque, razón por la cual se ha gestado una política común referente a estas zonas (Decisión 459, 1999), que tiempo después sirvió para impulsar la creación de las Zonas de Integración Fronterizas (Decisión 501), consideradas como espacios territoriales en los cuales se busca la adopción de políticas y la ejecución de planes, programas y proyectos para impulsar el desarrollo sostenible y la integración fronteriza de manera coordinada{58}.

A pesar de la creación de mecanismos comunitarios para lidiar con los principales problemas que, en su momento, llevaron a los países andinos a comprometerse bajo el paraguas del Acuerdo de Cartagena, las cifras de pobreza y los índices de inequidad muestran que el objetivo ha sido precariamente alcanzado. El utilizar el comercio intracomunitario como una puerta de escape al problema común de la pobreza y la inequidad no ha sido adecuadamente encauzado, lo que claramente se corrobora con los hallazgos expuestos.

Si bien es cierto que la noción de Comercio Justo no ha sido acotada por la CAN como un objetivo concreto, es claro que la concepción adoptada para realizar este análisis definitivamente no ha logrado concretarse en la realidad de los PM. De hecho, los avances alcanzados por estos se deben a políticas domésticas, mas no responden a una acción coherente y mancomunada adelantada por tales entes. De esa manera, los planes de acción o las estrategias fijadas, y luego traducidas en normativa

comunitaria, que bien podría llamarse burbuja normativa inflacionaria, se han quedado en el papel. Ejemplo de ello es la iniciativa de coordinar arreglos institucionales entre los PM para determinar un método de medición de la pobreza mediante la creación del Comité Andino de Estadísticas (2000). De esa forma, se espera que los andinos se beneficien de la armonización de metodologías y procedimientos estadísticos para asegurar un estándar que permita la comparación y agregación en el ámbito comunitario{59}.

A pesar de los esfuerzos por fortalecer una noción más justa del comercio a nivel de la CAN, los logros en términos de reducción de pobreza y mejoramiento de los niveles de inequidad se han focalizado en asuntos institucionales, sin poder identificar de modo concreto los efectos directos de las iniciativas comunitarias en los temas sociales descritos.

CONCLUSIONES

El Comercio Justo dentro del proceso subregional andino ha sido acogido mediante distintas normativas. La inclusión de temas sociales, laborales, migratorios, entre muchos otros, da muestra de la evolución en los temas prioritarios para los PM. La transición de los temas económicos hacia los temas sociales significa la humanización del comercio internacional; el Comercio Justo es un ejemplo de ello. Por otro lado, la inclusión de estándares laborales, el reconocimiento de un mínimo vital de los trabajadores, la protección de sus derechos independientemente de su nacionalidad ponen de presente que la agenda comunitaria debe virar su atención al objetivo principal, cual es el desarrollo de los Estados. Sin embargo, resulta evidente que los factores endógenos, principalmente de tipo ideológico, afectan o pueden llegar a producir un contagio dentro del Grupo Andino. El entorno político y la corriente ideológica predominante en uno de los miembros pueden llegar a ejercer gran influencia en los Estados al momento de comprometerse con la futura membresía a la organización (como fue el caso venezolano). Casos como el peruano y su anunciado retiro del Grupo Andino, o el retiro definitivo de Chile (1976) y

Venezuela (2006), ponen en evidencia la importancia que tiene la voluntad política para que un Estado decida involucrarse o apartarse de las obligaciones internacionales asumidas.

A pesar del complejo sistema organizacional de la CAN, sigue adoptando un esquema de integración intergubernamental. Consecuentemente, la importancia que debe dársele a la supranacionalidad ha disminuido. Lo que más llama la atención del modelo de integración de la CAN es que, a pesar de su estructura institucional supranacional, sigue funcionando de modo intergubernamental, lo que evidencia la tensión que permanentemente existe entre sus miembros, el incumplimiento constante de la normativa andina por parte de unos, la aplicación de barreras al comercio por parte de otros, y en general el no respeto por el principio de aplicación inmediata y directa de la normativa. Resulta evidente que no solo el diseño institucional que se acoja en un PI es importante; la voluntad política es un factor decisivo y es el responsable, en gran medida, de lograr una integración mayor.

Es evidente que la burbuja normativa inflacionaria de la organización comunitaria no es suficiente para responder a la necesidad de que el comercio sea justo. Así, todo esto lleva necesariamente a cuestionarse si los procesos de integración son un instrumento adecuado, o no, para afrontar problemáticas sociales profundas y ya estructurales.

BIBLIOGRAFÍA

Behrman, J. “Transnational Corporation in the New International Economic Order”, en: Journal of International Business Studies, vol. 12, n.° A, Tenth Anniversary Special Issue, 1981, pp. 29-42.

Barbosa, F., “El derecho y la historia: mirada convergente en la globalización”, en: G. Ramírez (ed.), El derecho en el contexto de la

globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 87-119.

Banco Interamericano de Desarrollo [BID], Integración regional. Resumen y Agenda. Más allá de las fronteras. El nuevo regionalismo en América Latina, 2003.

Casas, A. M., "La economía política internacional de la nueva integración regional de las Américas: el caso de la Comunidad Andina", en: Integración y Comercio, n.° 16, enero-junio, 2002.

Chanda, N. "Runaway globalization without governance", en: Global Governance, n.° 14, 2o°8, pp. 119-125.

Comunidad Andina de Naciones [CAN]. Veintiocho años de integración andina. Un recuento histórico. Lima, Secretaria General de la can, 1987.

Comunidad Andina de Naciones [CAN]. Treinta años de integración andina: balances y perspectivas, Lima, 1999.

CEPAL, Superar la pobreza mediante la inclusión social, Nueva York, Naciones Unidas, 2008. Disponible en: www.eclac.olrg.

Da Cruz, J. L. y Sobrino, J. M., "Del Pacto a la Comunidad Andina. El Protocolo de Trujillo del io de marzo de 1996. Simple reforma institucional

o profundización de la integración subregional", en: Revista Jurídica del Perú, vol. 66, n.° 3, 1996, pp. 227-262.

Devlin, R. et al. "Estabilidad Macroeconómica, comercio e integración", Foro de Política, 2000.

Freitas, A. "Fair trade for all: How trade can promote development", en: Revista de Economía Mackenzie, vol. 4, n.° 4, 2006, pp. 154-164.

Fridell. G. "Comercio justo, neoliberalismo y desarrollo rural: una evaluación histórica", en: Iconos, Revista de Ciencias Sociales, n.° 24, Quito, enero 2006, pp. 43-57. En: http://www.flacso.org.ec/docs/i24fridell.pdf

Guerra, A., "La naturaleza de las relaciones entre ALC-UE, con miras a la suscripción de un Acuerdo de Asociación CAN-UE", en: Contexto-Revista de Derecho y Economía, n.° 27, 2009, pp. 85-106.

Guerra, A. "La aplicación de medidas de salvaguarda, un instrumento de defensa comercial con profundas implicaciones jurídicas desde la perspectiva del Derecho Internacional Económico. La experiencia de China y Perú", en: Colección Enrique Low Murtra, tomo vil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 75-184.

Hira, A. y Ferrie, J., "Fair Trade: Three Key Challenges for Reaching the Mainstream", en: Journal of Business Ethics, vol. 63, January 2006, pp. 107-118.

Lizano, E., “Integración regional e integración internacional”, en: Integración y Comercio, Lima (Perú), n.° 14, mayo-agosto de 2001, pp. 117-128.

McGrew, “Globalization and Global Politics”, en Baylis y Smith (eds.), The Globalization of World Politics. An introduction to international relation, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 19-40.

Novak, F, La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico. Derecho Comunitario, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 57-100.

Ocampo, J. A., “Pasado, presente y futuro de la integración regional”, en: Integración y Comercio, Lima (Perú), n.° 13, enero-abril de 2001, pp. 149-161.

Ostry, S., “The domestic domain: the new international policy arena”, en: Transnational Corporations, vol. I. n.° 1, 1992, pp. 7-26. Disponible en: www.unctad.org (consultado el 20 de junio de 2011).

Pastrana, E., Institucionalización de las relaciones económicas internacionales: globalización versus regionalización de la economía, Cali: Universidad Santiago de Cali, 2000.

Salmón, E. Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectiva y problemas. Derecho Comunitario y Andina, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Steinrüken, T y Jaenichen, S., "Does the fair trade concept work? An economic analysis of social labels", en: Aussenwirtschaft, vol. 61, n.° 2, 2006, pp. 189-209. un., The Millenium Development Goals Report, New York, 2008.

Willets, P., "Transnational Actors and International Organization in Global Politics", en: Baylis y Smith (eds.), The Globalisation of World Politics, Nueva York, Oxford University Press, 2001, pp. 425-447.

SANTIAGO DELUCA

Asimetrías en el mercüsur: el rol de sus instituciones en una idea de Comercio Justo y social

INTRODUCCIÓN

Toda vez que las organizaciones denominadas de integración son aquellas cuyos órganos reciben de los Estados miembros competencias tradicionalmente comprendidas dentro de sus poderes soberanos{1}, a cuyo ejercicio renuncian voluntariamente, es factible sostener que es en este tipo de organizaciones internacionales donde puede, y necesariamente debe, ubicarse al Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Estos modelos de integración se desarrollan en forma lenta y gradual, atravesando, forzosamente, distintas etapas a medida que el proceso se perfecciona. Desde la conformación de una zona de libre tránsito o libre comercio, a la Unión Aduanera y Comunidad Económica, hasta llegar a la formación de una verdadera unión.

Así, es posible afirmar que, si bien el MERCOSUR es una organización relativamente joven, ha desplegado en sus ya veintiún años de vida una acción integradora notable que tiende a consolidarlo como una verdadera comunidad económica, política y social.

Comunidad esta que, conforme las nuevas tendencias comerciales mundiales, el reconocimiento paulatino desde comienzos de los años 2°oo de la existencia de asimetrías y la necesidad de generar un espacio de Comercio Justo, fue reformulada tomando en cuenta la necesidad de impulsar un espacio generador de beneficios para el total de la población de sus Estados Parte.

Para ello se crearon instancias e instituciones específicas, como el Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR (focem), el Instituto Social del MERCOSUR y el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR.

En el desarrollo de este trabajo se analizará la construcción del MERCOSUR desde su perspectiva integradora comercial e institucional, en el intento de demostrar el cambio mencionado en su política estratégica. Política que desde comienzos de 2°oo -reiteramos- se orienta al

reconocimiento de las asimetrías que inciden en su correcto desenvolvimiento, mediante creación de nuevas instituciones comunes con el objeto de paliar esa situación.

ORÍGENES DEL MERCOSUR: DEL ACTA DE IGUAZÚ AL TRATADO DE ASUNCIÓN

Tal como hoy se lo conoce, el MERCOSUR no representa solo un acuerdo de índole comercial. Desde su origen la motivación política fue clara, transformándose ese impulso a principios de 1985 en el eje de las conversaciones entre el presidente de Argentina, Raúl Alfonsín, y el presidente electo de Brasil, Tancredo Neves. El proyecto original, destinado a crear un espacio de democracia y modernización económica, se plasmó en la Declaración de Iguazú{2}. En ella los dos países declararon su permanente disposición a estrechar en forma creciente sus lazos de amistad y cooperación.

Tras su firma se decidió crear una Comisión Mixta, integrada por representantes gubernamentales y de los sectores privados de ambos países. Como resultado de sus trabajos se suscribió el Acta para la integración Argentino-Brasileña{3}, que estableció el Programa de Integración y Cooperación Económica.

El io de diciembre de 1986 ambos gobiernos reafirmaron . la inquebrantable voluntad de las dos naciones de asegurar el éxito del Programa de Integración y Cooperación Económica.” mediante el Acta de la Amistad Argentino-Brasileña Democracia, Paz y Desarrollo. Y finalmente, con la firma del Acta de Buenos Aires{4}, se decidió establecer un mercado común entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, que debía encontrarse conformado el 31 de diciembre de 1994. La realidad demostró que las economías de los dos países, lejos de resultar negativamente competitivas entre sí, podían complementarse.

La dinámica del proceso se extendió en solo un año a Uruguay y Paraguay. Y, en 1991, se iniciaron las negociaciones cuatripartitas que finalizaron con la conformación del MERCOSUR. El 26 de marzo de ese mismo año se suscribió el Tratado de Asunción (ta) que le dio origen{5}.

EL PARADIGMA DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

El objetivo primordial del ta es la ampliación de los mercados de los Estados Parte a través de la integración; puede hallarse una primera nota distintiva en su primer considerando al referir que ello constituye la condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social."{6}. Para luego establecer en el considerando siguiente que ese objetivo deberá conseguirse bajo consideración de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio.

Para lograr la integración desde la perspectiva económica-comercial, se establecieron en el artículo 1 del ta mecanismos concretos a saber:

– la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

– el esclarecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económicos, comerciales regionales e internacionales;

– la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Parte en materia de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia;

– el compromiso de los Estados Parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Sin perjuicio de lo avanzado que resultó el ta para la época, no puede perderse de vista que en dicha oportunidad prácticamente se omitió establecer una organización institucional coherente con el proceso que se acometía, así como se dejó librada al resultado de reuniones futuras la redacción de un sistema de solución de controversias entre los firmantes.

LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL MERCOSUR Y SUS NORMAS

Ante la necesidad de otorgar dinamismo y realidad al MERCOSUR, los Estados Parte lo dotaron con personería jurídica de derecho internacional a partir del i.° de enero de 1995. Su titularidad es ejercida desde entonces por el Consejo del Mercado Común (CMC) que, en tanto órgano político, quedó facultado para negociar y firmar acuerdos en nombre del MERCOSUR con terceros países y otros bloques económicos, así como pronunciarse con voz única en los foros internacionales{7}.

En cuanto al sistema de toma de decisiones de sus órganos, conforme al artículo 37 pop se deben adoptar por consenso y con la presencia de todos los Estados Parte; suscita ello otra cuestión de sumo interés: la aplicación interna de tales normas.

A este respecto el artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto (POP) establece que los Estados Parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR, asumiendo la obligación de comunicar a la Secretaría Administrativa{8} las medidas llevadas a cabo.

Consecuentemente, el artículo 39 pop prevé que el tenor de las decisiones del cmc, de las resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC), las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM) y los

laudos arbitrales de solución de controversias, así como cualquier otro acto al cual el cmc o el GMC entiendan necesario atribuirle publicidad oficial, serán publicados en el Boletín Oficial del MERCOSUR tanto en español como en portugués.

Por último, a los efectos de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Parte de estas normas, el artículo 40 pop establece el siguiente procedimiento:

- una vez aprobada la norma, los Estados Parte deben adoptar las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional, comunicándolas a la Secretaría Administrativa;

– una vez efectuada la comunicación por un Estado Parte, la Secretaría comunica dicho accionar al resto de los Estados Parte;

– las normas entran en vigor simultáneamente en los Estados Parte 3° días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría del MERCOSUR (SM).

CONSOLIDACIÓN DEL MERCOSUR COMO PROCESO DE INTEGRACIÓN

Es aquí donde debe resaltarse la importancia del POP{9}, que configura en su artículo 1 el andamiaje institucional comunitario mediante la creación de sus principales órganos y modificando sustancialmente las estructuras hasta entonces establecidas por el ta{10}.

Como se ha dicho, para el logro de los objetivos definidos en el ta y consecuente desarrollo de los programas de actividades, el MERCOSUR diseñó un complejo entramado de órganos con competencias claramente definidas. Estos órganos pueden clasificarse considerando criterios relativos a capacidad decisoria, independencia y estructura propia o gubernamental.

En lo que aquí nos atañe, nos ceñiremos exclusivamente al último criterio señalado.

ÓRGANOS CON ESTRUCTURA GUBERNAMENTAL

CMC es el órgano supremo de decisión y conducción política. Integrado por los ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados Parte, y convoca, dos veces al año, a Cumbres de Presidentes. Su presidencia es ejercida en forma rotativa por orden alfabético y por un periodo de seis meses. Se expresa mediante decisiones{11}.

El GMC es el órgano ejecutivo. Es un cuerpo intergubernamental que cubre todos los temas atinentes a la integración y está compuesto por representantes de cada uno de los ministerios de Relaciones Exteriores, Economía y bancos centrales de los Estados Parte; aunque es coordinado por los ministerios de Relaciones Exteriores. Se reúne en forma ordinaria o extraordinaria, tantas veces como estime necesario, y se pronuncia por resoluciones{12}. Cuenta con subgrupos de trabajo por materia temática.

La CCM es el órgano encargado de asistir al GMC y velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Parte para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectúa el seguimiento y revisión de los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, el comercio intra-Mercosur y con terceros países{13}. Se integra con miembros de los cuatro Estados Parte y es coordinada por los ministerios de Relaciones Exteriores, reuniéndose por lo menos una vez al mes o siempre que le fuera solicitado por el GMC, o por cualquiera de los Estados{14}. Sus pronunciamientos los efectúa mediante directivas o propuestas; las primeras son obligatorias para los Estados Parte{15}.

Al GMC como a la ccm les corresponde también atender las reclamaciones de Estados Parte o particulares, encaminadas a poner en funcionamiento el

sistema arbitral de solución de controversias, que pudieran efectuarse en sus secciones nacionales, con sujeción al Protocolo de Olivos (PO){16}.

El Foro de Concertación Económico y Social (FCES) es el encargado de la representación de los sectores económicos y sociales del MERCOSUR. Está integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte. Su función es exclusivamente consultiva y se manifiesta mediante recomendaciones dirigidas al GMC{17}.

Finalmente, en el entendimiento de que el Estado de Derecho asienta sus bases en la democracia y en la eficacia de las instituciones, y haciendo especial hincapié en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales para un desarrollo integral, justo y equitativo de la subregión, se hizo necesario contar con una entidad central en el MERCOSUR para la promoción del Estado de Derecho que organizara y ejecutara acciones en materia de investigación académica, capacitación y difusión. En tal sentido, se creó el Centro MERCOSUR de Promoción de Estado de Derecho (CMPED){18}.

Su estructura fue reglamentada mediante GMC/Res. n.° 61/05, que estableció que su dirección sea ejercida por un Comité de Dirección integrado por un representante gubernamental designado por cada Estado Parte y la coordinación de ese Comité es ejercida anualmente, por rotación, por uno de sus integrantes.

Si bien se trata de un órgano MERCOSUR de estructura gubernamental, es del caso señalar que el cmped posee su sede en el mismo local que el Tribunal Permanente de Revisión (tpr) y su Secretaría (st) debe proveerle de apoyo operativo para el cumplimiento de sus funciones{19}.

ÓRGANOS CON ESTRUCTURA Y PRESUPUESTO PROPIO

Con la firma misma del ta se decidió la creación de la Secretaría Administrativa (sam o sm){20}, cuyas principales funciones consistían en

la guarda de documentos y apoyo al GMC, con sede en la ciudad de Montevideo, Uruguay. En 1994 el pop incluyó a la sm en la Estructura Institucional del bloque como órgano de apoyo operativo, responsable de la prestación de servicios a los demás órganos del MERCOSUR{21} .

La dinámica del proceso implicó avances jurídico-institucionales. De tal forma, la sm fue reorganizada con el fin de fortalecerla y dotarla de mayor capacidad técnica y operativa.

Así, en 2007 se aprobó la CMc/Dec. n.° 07/07 ‘Estructura y Funcionamiento’, redefiniendo competencias de sus sectores y previendo una ampliación de funcionarios. En aplicación de esta misma Decisión se reforzó su perfil técnico con la creación en su ámbito de la Unidad Técnica de Estadísticas de Comercio Exterior{22}, la Unidad Técnica focem ‘Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR’ (UTF/SM){23} y la Unidad Ejecutora del Programa de Acción del MERCOSUR Libre de Fiebre Aftosa (PAMA).

La SM está a cargo de un director nacional de uno de los Estados Parte designado por el cmc por un periodo de dos años, quien es el responsable por el adecuado cumplimiento del conjunto de las tareas atribuidas a la sm y por su gestión técnica, administrativa, financiera y patrimonial{24}.

Cuenta con una estructura piramidal dependiente del director y compuesta de un coordinador y cuatro sectores: Sector de Administración; Sector de Apoyo; Sector de Asesoría Técnica; y Sector de Normativa, Documentación y Divulgación. Además de dichos sectores, está subordinada al director la Unidad Técnica del focem{25}.

Con posterioridad a la firma y entrada en vigencia del pop se suscribieron y entraron en vigencia diversos protocolos y decisiones del cmc, creándose así la Comisión de Representantes Permanentes (CRPM), el tpr, el Parlasur, el Instituto Social del MERCOSUR (iSM) y el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDHM).

Todos estos nuevos órganos de la estructura funcional del MERCOSUR cuentan, en mayor o menor medida, con funcionarios propios. Su dependencia jerárquica y funcional lo es en este caso en forma exclusiva

respecto del MERCOSUR, y no ya de alguno de los ministerios o secretarías de Estado de los Estados Parte.

ÓRGANOS MERCOSUR DE ÍNDOLE NO COMERCIAL

Dentro de la clasificación efectuada corresponde realizar una nueva subdivisión para analizar aquellos nuevos órganos del MERCOSUR que, aun teniendo presupuesto propio, fueron concebidos para fines no comerciales o económicos.

EL INSTITUTO SOCIAL DEL MERCOSUR (ISM)

El ISM se creó al entenderse necesario avanzar en el desarrollo de la dimensión social mediante aportes encaminados a la superación de las asimetrías entre los Estados Parte y promover el desarrollo humano integral{26}.

Este Instituto, con sede en la Ciudad de Asunción, República del Paraguay, depende transitoriamente de la Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social del MERCOSUR (rmads) y constituye una instancia técnica de investigación en el campo de las políticas sociales e implementación de líneas estratégicas{27}.

Su órgano directivo, el Consejo, está integrado por un representante gubernamental titular y un alterno de cada Estado Parte. Sus funciones son: definir y someter a consideración de la rmads los planes de trabajo para la implementación de los lineamientos estratégicos y de las actividades encomendadas por dicha Reunión de Ministros; supervisar la elaboración del presupuesto del ism que deberá ser elevado, a través de la rmads, para su aprobación por parte del cmc; presentar a las reuniones ordinarias de la

rmads o cuando esta se lo solicite un informe sobre la ejecución del Plan de Trabajo del ISM y de la ejecución administrativa y financiera.

El ism está a cargo de un director ejecutivo, nacional de uno de los Estados Parte, designado por el cmc a propuesta de la rmads. Este es el responsable por el adecuado cumplimiento del conjunto de las tareas atribuidas al ism y por su gestión técnica, administrativa, financiera y patrimonial{28}.

Se integra por cuatro departamentos: Departamento de Investigación y Gestión de la Información; Departamento de Promoción e Intercambio de Políticas Sociales Regionales; Departamento de Administración y Finanzas y Departamento de Comunicación.

Luego de esta descripción funcional y normativa del ism cabe concluir que el avance evidenciado con su creación demuestra a las claras no solo la necesidad en el MERCOSUR de un ámbito de análisis, desarrollo y gestión de políticas de desarrollo social común, sino también que sirva de parámetro para la adopción de una definición clara de la identidad del propio proceso de integración sudamericano más allá de las contingencias de índole económico-comercial típicas de este tipo de organizaciones internacionales.

Lo dicho se asienta en manifestaciones tales como que

... lo que en el MERCOSUR ha sido llamado 'MERCOSUR Social'; es decir, la agenda encaminada por la rmads, constituye una novedad de estos tiempos. La preocupación, presente en las actas de estas reuniones, de definir la 'identidad conceptual del MERCOSUR Social', lleva entonces aparejada una nueva definición de la identidad del MERCOSUR como tipo de integración. La disputa por el modelo de integración en el presente tal vez sea una disputa acerca de cuáles son y, sobre todo, cuáles serán los rasgos predominantes de la integración regional en América del Sur en los próximos años{29}.

EL INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR

El Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (ippdh) fue creado en el ámbito de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos en el Área de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (RAADDHH){30} e instituido el 24 de julio de 2009. Tiene su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina{31}. Se trata del órgano MERCOSUR de existencia más nueva, lo cual se aprecia en su escaso abordaje para análisis y estudio.

Al igual que sucede con el ism, aunque con competencias funcionales o materias diferentes, su objeto es contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en los Estados Parte, mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en derechos humanos, y contribuir a la consolidación de los derechos humanos mediante la cooperación, cuando sea expresamente solicitado por los Estados Parte{32}.

Está integrado por un representante gubernamental de cada uno de los Estados Parte y la coordinación de un Secretario Ejecutivo designado por el GMC a propuesta de la RAADDHH. El Secretario Ejecutivo será nacional de uno de los Estados Parte. También se prevé que cuente con un staffmínimo y permanente compuesto paritariamente de técnicos nacionales de cada uno de los Estados Parte, cuyo desempeño y designación se llevará a cabo en consideración a las normas generales que rigen respecto de los funcionarios de la SM{33}.

Para el inicio de sus actividades la raaddhh deberá desarrollar una propuesta de primer presupuesto con base en contribuciones de los Estados Parte. Asimismo, deberá elaborar una propuesta de estructura definitiva según los parámetros fijados en el artículo 4 de la norma de creación. Una vez instalado, el ippdh elaborará anualmente su presupuesto, que será elevado a la consideración del CMC{34}.

Si bien a la fecha el ippdh no ha logrado constituir su estructura definitiva, lo que le permitiría en forma cabal dar inicio a la elaboración de políticas y

propuestas concretas en torno a su objetivo, puede afirmarse que acciones o actividades como las desarrolladas en forma conjunta con la sm o tpr fomentando espacios de reflexión sobre la importancia de los derechos humanos para el proceso de integración, o su intermediación para que sesiones de la Corte Interamericana de Derecho Humanos se desarrollaran en la sm (en Montevideo) son claros indicios de que sí ha comenzado una política abierta y progresiva de consolidación institucional. Consolidación no solo a nivel subregional (MERCOSUR), sino también orientada a todo el sistema interamericano.

EL FONDO DE CONVERGENCIA ESTRUCTURAL DEL MERCOSUR (FOCEM)

Si bien el focem no es un órgano propiamente dicho del MERCOSUR, conviene encaminar su análisis en forma independiente, debido a las particularidades de su origen, objeto, estructura y funcionamiento.

De tal forma, habiéndose llegado al acuerdo en el seno de los cuatro Estados Parte de que "las desigualdades regionales son un fenómeno de naturaleza histórica y estructural, anterior a la integración de los mercados, que debe ser tratado por medio de políticas públicas…" y que,.. de lo contrario, puede dificultar la profundización de la integración. Las mejores respuestas a las asimetrías residen en la promoción de la integración productiva e en la generación de empleos y renta" (Vaz, 2010, 68){35}.

Mediante CMC/Dec. n.° 45/04 se creó el Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM){36} que es un fondo destinado a financiar programas para promover la convergencia estructural, desarrollar la competitividad, promover la cohesión social, en particular de las economías menores y regiones menos desarrolladas y, apoyar el funcionamiento de la estructura institucional y el fortalecimiento del proceso de integración.

Para llevar adelante los programas y proyectos financiados a través del Fondo, se ha previsto una estructura simple e independiente dividida en unidades técnicas. Una de ellas, la Unidad Técnica focem (UTF), es la instancia para la evaluación y seguimiento de la ejecución de los proyectos financiados por el focem y funciona en el ámbito de la SM{37}. La otra, la Unidad Técnica Nacional focem (UTNF), es el vínculo operativo de cada Estado Parte con la UTF/SM y tiene a su cargo las tareas de coordinación interna de los aspectos relacionados con la formulación, presentación, evaluación y ejecución de los proyectos en cada país{38}.

Aquí la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR (crpm) juega un papel preponderante y de vital importancia, ya que es la instancia inicial de presentación y verificación de los criterios de elegibilidad de los proyectos, cumpliendo la función de resolver dudas de aplicación o interpretación del Reglamento del focem{39}.

EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR (TPR)

Si bien el TPR es un órgano que puede incluirse dentro de la categoría de órganos con estructura y presupuesto propio, debido a sus particularidades y el rol al que está llamado en el devenir del proceso de integración del MERCOSUR, será tratado en este apartado en forma independiente.

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR

A fin de establecer una metodología adecuada de análisis, corresponde hacer algunas aclaraciones derivadas de tres momentos fácticos claramente diferenciables.

En el momento de la firma del TA{40} no se previó la existencia de órgano o institución alguna encargada de la solución de eventuales conflictos en la aplicación de las normas MERCOSUR. Solo se incluyó en su articulado un sistema sencillo caracterizado, básicamente, por negociaciones intergubernamentales directas. No obstante, se acordó aunar esfuerzos para avanzar en tal sentido{41}.

El 17 de diciembre de 1991 se firmó el Protocolo de Brasilia de solución de controversias (PB). Este protocolo reconoció que el sistema de solución de controversias que delineaba era de carácter provisorio, no obstante resultó ser el punto de partida para un esquema con una estructura procesal sencilla pero originaria basada en el modelo arbitral.

Igualmente, justo es reconocerlo, los Tribunales Arbitrales Ad Hoc no eran considerados órganos del MERCOSUR como tampoco lo son hoy, aun con la vigencia del Protocolo de Olivos y sus modificaciones al sistema.

Ante tal panorama, con la firma del pop se diluyeron las expectativas primigenias. Este nuevo protocolo vino a delinear las instituciones u órganos fundamentales del MERCOSUR{42} y, nuevamente, se omitió hacer referencia a un Tribunal u órgano para que entendiera en eventuales conflictos.

Con la firma del Protocolo de Olivos (PO){43} y posterior instalación y puesta en funcionamiento del TPR{44}, cambió la estructura conocida y pensada hasta ese momento. No solo se consolidó el sistema de solución de controversias arbitral instituido por el pb, sino que se creó una instancia permanente, de actuación y reunión ante la convocatoria concreta, que puede entender en primera y única instancia o bien como tribunal de alzada ante cuestionamientos sobre la aplicación del derecho en un pronunciamiento de un tah concreto anterior{45}.

Se sumó al sistema de solución de controversias la posibilidad de que los Estados Parte o los Superiores Tribunales de Justicia de estos recurran al tpr para solicitar opiniones consultivas{46}. Esto quiere decir que, aun sin que estas expresiones del tpr sean obligatorias, se abrió la puerta para que los particulares comenzaran a tomar una mayor intervención en el sistema{47}.

Pero esta evolución continúa. Luego de omitirse en la estructura original del tpr la previsión de una Secretaría o instancia operativa, mediante el artículo 35 de la CMc/Dec. n.° 37/03, que aprobó el Reglamento al Protocolo de Olivos{48}, se creó la st, cuya operatividad data del 26 de octubre de 2007 con la designación de su primer Secretario{49}.

Por último, aún no vigente y a la espera del ingreso de Venezuela como Estado Parte del MERCOSUR, se destaca el proyecto de protocolo modificatorio al PO{5º}. Este proyecto tiene la particularidad de traspasar las competencias de la sm en el proceso de solución de controversias a la st, diferenciando así en forma acabada las particularidades y razón de ser de cada una de ellas. Modifica el status del Quinto Árbitro, en adelante Árbitro Adicional ante una nueva composición par de miembros del MERCOSUR e incluye textual y formalmente a la st como parte operativa del esquema estructural del TPR{51} .

ESTRUCTURA DEL TPR Y EL ROL AL QUE ESTÁ LLAMADO

El TPR se creó mediante el po y se compone con los árbitros (art. 18 po) y la Secretaría del Tribunal (ST){52}. Está integrado por cinco árbitros titulares, uno por cada Estado Parte, más un suplente, y un quinto árbitro designado por unanimidad por los Estados Parte. Estos revisten disponibilidad permanente, debido a que una vez aceptado el cargo deben estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque; lo que significa que no despachan a diario en la Sede del TPR.

Por su parte, la st está compuesta por un secretario nacional de cualquiera de los Estados Parte, designado por el cmc por concurso de méritos, y cuatro áreas bajo su supervisión: Área de Biblioteca y Archivo de Documentos, Área de Informática y Base de Datos, Área Secretaría y Administración y Área Jurídica{53}.

El secretario es el responsable del adecuado cumplimiento de las funciones atribuidas por las normas citadas y de la gestión administrativa, financiera y

patrimonial de la st{54}. Las cuestiones no comprendidas en la normativa específica de la st se rigen por las normas de la sm.

Ahora bien, tomando en consideración el desarrollo de este trabajo es dable precisar que si bien no se ha previsto en forma expresa que el TPR se encuentre facultado a manifestarse o intervenir en supuestos relacionados con cuestiones relativas a derechos sociales o de derechos humanos, la propia letra del artículo I PO{55} deja abierta esta posibilidad ya que los eventuales TAH o el TPR entienden en aquellas controversias surgidas entre los Estados Parte sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, sus protocolos y acuerdos adicionales y de las normas emanadas de sus órganos decisorios{56}.

Esta afirmación se sustenta en el hecho de que nada obsta a que un Estado Parte dé inicio al sistema de solución de controversias invocando normativa especializada en la materia; aun cuando dicha actitud estatal no se vislumbra que sea adoptada, ni siquiera pensada, por los Estados Parte en el actual estado de desarrollo del MERCOSUR como una alternativa políticamente viable.

Pero el Tribunal también entiende ante la solicitud de opinión consultiva respecto de cuestiones jurídicas comprendidas en las normas referidas los párrafos precedentes{57}. En esos casos se prevén formalismos determinados para los supuestos de opiniones consultivas cursados por los Estados Parte, los órganos decisorios del MERCOSUR, el Parlamento del MERCOSUR y las remitidas por los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Parte{58}.

En consecuencia, es de esperar grandes expectativas en torno a eventuales pronunciamientos consultivos, principalmente en lo que respecta a las solicitudes de los Superiores Tribunales de Justicia. Y ello es así debido a que solo son viables en el marco de un expediente judicial en trámite, dándose intervención indirecta, pero decisiva, a los particulares involucrados en ese proceso judicial particular{59}.

Por su parte, retomando lo dicho respecto de la competencia atribuida al tpr, ante la creciente demanda de estratos para garantizar la defensa de los derechos humanos y de índole social, resultaría provechoso analizar la

conveniencia de instituirlo en órgano de contralor de los procedimientos iniciados bajo el amparo de las normas MERCOSUR vigentes en la materia.

Ello favorecería la consolidación del sistema con la ampliación de competencias y permitiría pensarlo como una instancia especializada en la materia para el Cono Sur. Esas potestades lo colocarían en un lugar de vital importancia, habilitándolo a funcionar como controlante de la legalidad y -por qué no- como garante del respeto y cumplimiento de los 'derechos humanos y sociales' emergentes de dichos procesos.

Consecuentemente, quizá debería iniciarse el estudio de la conveniencia de transformar al tpr en la antesala de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos o complementar la intervención de dichos órganos ante futuros planteos, aun cuando para ello se requiera un acuerdo previo común entre el MERCOSUR y la Organización de Estados Americanos{60}.

A poco que se profundice en el análisis de la fuerza imperativa de las decisiones de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sin insistir en el principio Pacta Sunt Servanda{61}, la concreción de esta propuesta ayudaría de forma capital al fortalecimiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR y su consolidación, más allá de los avatares económicos del momento.

CONSIDERACIONES FINALES

Luego del análisis desarrollado a lo largo de este trabajo y en respuesta al objetivo propuesto en su introducción, pueden extraerse algunas conclusiones o consideraciones finales que reflejan el cambio de la política estratégica del MERCOSUR en torno a fenómenos comerciales internacionales como la globalización y la necesidad de 'humanizar' el proceso de integración, adoptando reglas y creando instituciones que den reorientación hacia la consolidación de un espacio integrado de Comercio Justo.

De tal forma, puede sostenerse:

í. El proceso de integración del MERCOSUR se presenta no solo como un modelo de integración económico-comercial, sino también de índole política.

2. Desde el comienzo de 2000, el MERCOSUR evidencia un cambio profundo en su orientación política estratégica, derivado del reconocimiento de las asimetrías existentes entre los Estados Parte y dentro de sus diferentes regiones.

3. De tal suerte, se han creado nuevas instituciones orientadas al análisis y desarrollo de políticas comunes en materia de desarrollo social y derechos humanos. Tal es el caso del Instituto Social del MERCOSUR y el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR.

4. En la misma dirección, se ha implementado un mecanismo de cohesión orientado a la disminución de las asimetrías de índole comercial, social y de derechos humanos, mediante la creación del Fondo de Convergencia Estructural, el cual mediante aportes diferenciados de los Estados Parte se orienta a la concreción de proyectos y programas de la más diversa índole.

5. El sistema de solución de controversias, aunque de carácter arbitral y pensado originariamente para la atención de asuntos en materia comercial, se presenta como una herramienta útil a la hora de coordinar y disminuir las asimetrías sectoriales debido a la amplitud competencial del Tribunal Permanente de Revisión, demarcada por el Protocolo de Olivos. El tpr, debido a sus particularidades que lo distinguen de los tah, está llamado a ocupar un lugar de trascendencia en cuanto último intérprete de las normas MERCOSUR por intermedio de sus laudos u opiniones consultivas.

6. Finalmente, no pueden concluirse estas observaciones sin manifestar una clara postura de acuerdo y beneplácito ante este cambio de postura del MERCOSUR, en el entendido que la integración por la integración económica- comercial misma, que no atiende a los principios de igualdad, equidad, inclusión, justicia social y respeto a los derechos humanos, es una herramienta de progreso para unos pocos, y no de los pueblos.

BIBLIOGRAFÍA

Arce, Lucas. FOCEM: ¿instrumento olvidado? Recuento de las acciones y proyectos en marcha a través de la ayuda Mercosureña, 2010. Disponible en: www.oered.org

Barberis, Julio A. El territorio del Estado y la soberanía territorial, Buenos Aires, Ábaco, 2003.

Cartilla del Ciudadano del MERCOSUR, edición 2010, Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR.

Czar de Zalduendo, Susana. La creación del Focem: importante decisión en el MERCOSUR, en: W. Barral (org.), Derecho, desarrollo y sistema multilateral de comercio, Fundacao Boiteux, 2007.

De Andrade Correa, Fabiano. "Integración regional y desarrollo: un análisis jurídico/ institucional del Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (focem)", Revista de Derecho Privado y Comunitario, n.° 2, Rubinzal-Culzoni, 2010.

Deluca, Santiago. Unión Europea y MERCOSUR: los efectos de la norma comunitaria en los ordenamientos jurídicos nacionales, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003.

Deluca, Santiago. Acceso a la Justicia en los Procesos de Integración: del paradigma europeo al MERCOSUR, La Ley Online, 2007.

Documento de trabajo Assessoria para Assuntos Internacionais da Secretaría Geral da Presidencia da República Federativa do Brasil, "mercosul Social e Participativo, construindo o Mercosul dos povos com democracia e cidadania" (jornalista responsável Dorian Vaz), mayo de 2010.

González Garabelli, Carlos Alberto. Procesos de Integración, MERCOSUR: solución de controversias, Asunción, cidsep/uc, 2004.

González Oldekop, Florencia. La integración y sus instituciones, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.

"Lincamientos para el Plan Estratégico 2010-2012 del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR", aprobado en el mes de diciembre de 2010. Disponible en: ippdh@Mercosur.org.uy

Negro, Sandra (dir.). Manual de derecho de la integración, Buenos Aires, BdeF, 2010.

Perotti, Alejandro Daniel. Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

Perrota, Daniela y Vázquez, Mariana. El MERCOSUR de las políticas públicas regionales. Las agendas en desarrollo social y educación, Montevideo, CEFIR, 2010.

Pimentel, Luíz Otávio y Dreyzin de Klor, Adriana. O Sistema de Soluçao de Controversias do Mercosul, en Soluçao de Controvérsias: OMC, Unido Européia e Mercosul, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Vázquez, Mariana. “El Mercosur social. Cambio político y nueva identidad para el proceso regional en América del Sur”, en: G. caetano (coord.), MERCOSUR 20 años, Montevideo, cefir, 2011.

CHRISTIAN SCHMITZ VACCARO

Propiedad intelectual en el Acuerdo de Asociación Transpacífico: un nivel de protección equilibrada como condición para un Comercio Justo

[*]

El comercio es la manifestación más visible de la globalización

y ha demostrado su capacidad de proporcionar empleo y

riqueza a algunas personas.

KOFI A. ANNAN{1}

INTRODUCCIÓN

El Comercio Justo entre los países se basa en una protección equilibrada de los derechos de la propiedad intelectual. Exceso de protección de los derechos intelectuales convierte el comercio internacional en una relación abusiva y de explotación de un país con respecto al otro; escasez de protección constituye una barrera no arancelaria al libre comercio y distorsiona la libre competencia entre las naciones{2}. Hasta algunos años atrás cada país poseía su nivel "adecuado" de protección; así, los países económicamente desarrollados protegían con altos estándares la propiedad intelectual y los países en vías de desarrollo económico se caracterizaban por normas deficitarias o incluso ausentes en esa materia. Sin embargo, el equilibrio no se encontraba ni en unos ni en otros. Esto cambió con el Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC){3}, que implementó estándares mínimos universales.

Desde los comienzos históricos de la propiedad intelectual, se ha planteado la necesidad de la existencia de una regulación equilibrada, uno de los temas más controvertidos en propiedad intelectual. El trasfondo de ello se encuentra en un conflicto de intereses entre el bien individual y el bien común, una cuestión inherente a todo derecho de propiedad, sea que este recaiga sobre bienes tangibles o, como en este caso, sobre intangibles. Por consiguiente, se hace necesario fijar un equilibrio para dirimir el permanente conflicto de intereses que se presenta entre los titulares y los usuarios de derechos de propiedad intelectual, que se proyecta a nivel

macro como conflicto de intereses entre las naciones generadoras (y exportadoras) y los países usuarios (e importadores) de propiedad intelectual. Pero el equilibrio no es constante; "la revisión del justo equilibrio debe ser permanente en el tiempo. Día a día aparecen nuevas tecnologías, nuevas cuestiones que a menudo exigen redefinir el sistema [...] La generación de dicho equilibrio -por cierto difícil de lograr- es la que asegura el desarrollo económico y el bienestar social de las naciones"{4}.

Las consideraciones anteriores son las que están presentes cada vez que en alguna negociación se toca el tema de propiedad intelectual, tanto en los contratos entre personas como en los tratados entre países. El lector podrá percatarse de ello en el presente estudio.

Las tendencias futuras de políticas de propiedad intelectual vienen implantándose a través de los acuerdos de libre comercio. En efecto, en nuestros tiempos la autonomía nacional para determinar la conveniencia de las distintas instituciones y procedimientos en materia de propiedad intelectual se ha visto cada vez más reducida en pos de una convergencia de las legislaciones nacionales, la cual viene más o menos impuesta a través de tratados internacionales, multilaterales y, en último tiempo, especialmente bilaterales. En ese sentido, las últimas tendencias en materia de propiedad intelectual ya no se pueden extraer de las discusiones parlamentarias a nivel nacional, sino que fluyen de las negociaciones de tratados que involucran aspectos o capítulos de propiedad intelectual, y que van siempre un paso más adelantados. Así está sucediendo también con la actual negociación del Acuerdo de Asociación Transpacífico, que está atrayendo la atención de la opinión pública por diversas cuestiones que implican innovar en estos temas. La mencionada negociación reúne a representantes de nueve países; Latinoamérica se encuentra presente a través de dos países, Chile y Perú.

Centraremos nuestro estudio en la perspectiva chilena del proceso de integración comercial, puesto que ese país reúne varias condiciones que lo hacen precursor en este tipo de procesos que permiten apreciar con gran claridad los efectos, tanto beneficios como costos, de los mismos. A modo de fundamentar lo anterior, podemos señalar que Chile es actualmente una de las naciones con mayores vínculos comerciales formales. Ha firmado 22 acuerdos comerciales con 6o países, de manera de tener acceso a mercados

que agrupan aproximadamente el 63% de la población mundial. El 92,5% del intercambio comercial de Chile con el mundo se produce con países con alguna preferencia comercial{5}.

Asimismo, se ha acumulado una amplia experiencia en la negociación de acuerdos comerciales y en su implementación. Los Tratados de Libre Comercio (TLC), celebrados con la Unión Europea y luego con Estados Unidos de América, en 2002 y 2003, respectivamente, constituyen hitos en ese camino. Tanto para Canadá como para Estados Unidos (EEUU), Chile fue el primer país suramericano con el cual celebraron un convenio comercial; y el TLC entre Chile y China fue, para este último, el primer tratado comercial con un país individual.

Los lazos comerciales formales tienen una larga historia para Chile, que podemos dividirla en tres etapas cronológicas:

1. Fase inicial o latinoamericana: se inició en 1990 con el retorno a la democracia del país. Durante ese periodo Chile centra su atención en los vecinos y países del continente, con el objeto de lograr su reinserción comercial internacional. Así se formalizan convenios con Argentina,Venezuela, Bolivia y el MERCOSUR, que generalmente son acuerdos simples, llamados de primera generación, que promueven principalmente el acceso a los mercados y el intercambio de bienes.

2. Fase de consolidación (con países industrializados): el TLC con Canadá firmado a finales de 1996 es el primero de esa segunda generación. El foco de esos años estuvo en mejorar las relaciones comerciales con los principales mercados de exportación de las mercancías chilenas y, asimismo, en lograr la adhesión al Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA){6}. Así se firman tratados bilaterales con cada uno de los Estados miembros del nafta. La suscripción del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea el 18 de noviembre de 2002 y del TLC con EEUU el 6 de junio de 2003 marcaron esa época.

3. Fase de Asia Pacífico: previo al TLC con EEUU, el gobierno chileno se había percatado de la creciente importancia de los pujantes mercados asiáticos y de su peso en el contexto de la economía mundial, de manera que se formuló una nueva estrategia de conquista de nuevos mercados en

Asia Pacífico. Este nuevo enfoque condujo a la conclusión de tratados con Corea del Sur (2003), China, Singapur, Brunéi y Nueva Zelanda (todos en 2005), la India (2006), Japón (2007), Australia (2008) y Malasia (2010). Además, actualmente, se encuentran en negociación acuerdos con Vietnam y Tailandia.

Con lo expuesto queda claro que Chile ha seguido una estrategia comercial basada en el bilateralismo, pero sin que ello haya significado desatender los foros multilaterales. Con ello ha seguido una tendencia mundial que describiremos a continuación.

EL APOGEO DE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

Un fenómeno económico relevante a fines de la década del noventa y hasta nuestros días ha sido la proliferación de Acuerdos Comerciales Bilaterales (BIT por su sigla en inglés), que adquirieron una preponderancia que ha sobrepasado la de los foros multilaterales, como la Organización Mundial de Comercio (OMC). Ello debido principalmente a las grandes diferencias existentes entre los Estados miembros del foro negociador, que dificultaban la llegada a acuerdos y el avance de la ronda de negociación multilateral -Ronda de Doha- que se había iniciado en noviembre de 2001.

La crisis del multilateralismo se manifiesta en forma clara con el comienzo del nuevo milenio y se debe a distintas razones. Era relativamente sencillo avanzar en la tarea de la liberalización del comercio mundial en los años de posguerra. En efecto, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), creado a finales de la Segunda Guerra Mundial{7}, permitió la liberalización gradual del comercio mundial con base en negociaciones y acuerdos multilaterales que se desarrollaron cada cierto tiempo mediante las llamadas “rondas de negociación”. Los temas a tratar carecían de gran complejidad, se limitaron básicamente al comercio internacional de mercancías, y los países negociadores eran pocos. Sin embargo, paulatinamente iba aumentando el grado de complejidad de las materias y también el número de países involucrados. La última ronda de

negociación del GATT, antes de implementarse la OMC, fue la Ronda de Uruguay iniciada en septiembre de 1986. Para la fecha, eran 123 los países que se sentaron a la mesa para debatir temas sensibles y específicos, tales como propiedad intelectual, comercio de textiles, barreras no arancelarias, antidumping, subvenciones, entre otros. Siendo así, no sorprende la descripción oficial sobre ese hito:

La Ronda Uruguay duró siete años y medio, casi el doble del plazo previsto (...) abarcó la casi totalidad del comercio, desde los cepillos de dientes hasta las embarcaciones de recreo, desde los servicios bancarios hasta las telecomunicaciones, desde los genes del arroz silvestre hasta los tratamientos contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida). Simplemente, fue la mayor negociación comercial que haya existido jamás y, muy probablemente, la negociación de mayor envergadura, de cualquier género en la historia de la humanidad{8}.

La estrategia multilateral entró abiertamente en crisis con la Ronda de Doha, iniciada en noviembre de 2001, que reunió 142 países con el objeto de tratar temas sensibles para los intereses nacionales, como subsidios agrícolas, comercio y medio ambiente, solución de diferencias, facilitación de comercio, salud pública, etc{9}. Las divergencias de las posiciones negociadoras entre países económicamente desarrollados y países en desarrollo económico se hacían cada vez más insuperables, especialmente en materias delicadas como los subsidios agrícolas y la propiedad intelectual.

Frente a ese estancamiento multilateral mundial, muchos países optaron por avanzar en forma bilateral o regional. Así resultó sintomática la declaración del Gobierno estadounidense en 2003 con ocasión de la presentación de la nueva agenda comercial. En ella reafirman en términos claros su preferencia por avances bilaterales:

Cualquier decisión de la OMC requiere un consenso entre sus 144 miembros. Cualquier país -cualesquiera que sean sus razones políticas o económicas- puede paralizar la agenda de Doha. No aceptaremos pasivamente un veto en el avance de Estados Unidos hacia la apertura de los mercados. Deseamos alentar a los reformadores que favorecen el libre comercio. Si otros no desean avanzar, Estados Unidos avanzará con aquellos que lo desean. Ha llegado el momento de que otros nos digan cuándo están listos para abrir sus mercados, de que presenten propuestas para la liberalización y equiparar sus críticas con compromisos{10}.

Por cierto, es precisamente a los países económicamente desarrollados a quienes conviene el bilateralismo, pues les permite hacer valer en forma efectiva su poder de negociación; por el contrario, los países con bajo poder de negociación encuentran resguardo en instancias multilaterales, en las cuales tienen la posibilidad de hacer valer sus intereses y pretensiones en un pie de igualdad con los demás países.

Tradicionalmente los TLC incorporaban solo normas comerciales, es decir, las relacionadas con materias arancelarias y acceso a los mercados. Sin embargo, con el tiempo, el espectro de contenidos se ha ido ampliando a regulaciones laborales, medioambientales, comercio electrónico, transparencia de licitaciones públicas y también a la propiedad intelectual. Como consecuencia del creciente bilateralismo, la antes mencionada desigualdad de poderes de negociación entre los países negociadores ha tenido por efecto que las potencias económicas impongan sus condiciones, especialmente el endurecimiento de las normas de protección de los derechos de propiedad intelectual, a cambio de conceder acceso a sus mercados.

LOS CAPÍTULOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

La propiedad intelectual se ha convertido en uno de los temas claves y estratégicos del comercio internacional y, por ende, en las negociaciones de los tratados de libre comercio. Desde el Acuerdo sobre los ADPIC, esta afirmación se ha convertido en evidencia. Enunciamos algunas citas que confirman con claridad el aspecto estratégico comercial y los intereses económicos involucrados:

Protection and enforcement of intellectual property are crucial for the EU's ability to compete in the global economy. Because European competitiveness builds on the innovation and value added to products by high levels of creativity, the protection and enforcement of intellectual property go to the heart of the EU's ability to compete in the global economy. EU growth and jobs are hampered when our ideas, brands and products are pirated and counterfeited. Moreover, counterfeit products often place our citizens' safety or health at risk. So intellectual property rights ... are becoming increasingly importantfor European inventors, creators and businesses. ... One of the EU's objectives is to see such standards respected by third countries{11}.

'Having the support of the entertainment industry for our recently completedfree trade agreements with Singapore and Chile, which include state of the art intellectual property protections, will help us set new standards internationally', Zoellick said. The recently completedfree trade agreements with Chile and Singapore provide for: strong intellectual property protections and tough copyright enforcement{12}.

Intellectual property rights ... have become increasingly important with the advent of increased international trade, global and knowledge-based economy and fast developing technology. A strong intellectual property rights regime is necessary in order to attract foreign trade and direct investments. For this reason, the protection of intellectual property rights

has become an important negotiating item in all FTAs which the United States has entered into{13}.

Estas transcripciones sirven para comprobar que los más interesados en altos estándares de protección de propiedad intelectual son los países económicamente desarrollados. Son ellos los que poseen un "interés ofensivo" con respecto a la protección de la propiedad intelectual, por cuanto son esos países los que generan innovaciones, creaciones y producciones culturales e industriales y luego distribuyen y exportan los bienes y servicios que incorporan o se basan en esos valores. Pero no solo productos tangibles o bienes físicos son objetos de transferencias internacionales; aparte de los servicios que por sí tienen naturaleza intangible, también se transfieren meros derechos de usos mediante el licenciamiento, el merchandising o el franchising. Algunos autores se refieren a ellos con el término "exportaciones de propiedad intelectual"{14}.

En consecuencia, los países económicamente desarrollados soportan su estructura económica en la producción, creación y distribución de productos con alto valor agregado basados en derechos de propiedad intelectual. Por ello se ha acuñado el término "economía basada en el conocimiento". Estados Unidos tiene el liderazgo mundial de una economía basada en el conocimiento. Así, se ha sostenido: "As measured by indicators such as number of scientific publications, number of students in higher education and number of scientists, the US has a greater volume of knowledge located within it than any other country. No hegemonic power has had such a world of knowledge available for utilization and creative use"{15}. De ahí resulta lógico deducir, también, la posición de liderazgo que EEUU ocupa en cuanto al uso de derechos de propiedad intelectual.

Indudablemente, tanto los tratados multilaterales como los acuerdos comerciales bilaterales poseen un potente efecto de homogenizar o uniformar las normativas nacionales de propiedad intelectual entre los países involucrados. Sin embargo, con la vía multilateral el resultado será equilibrado, conciliando los intereses divergentes de los participantes en la negociación. Hoy, el Acuerdo sobre los ADPIC es considerado como el

mejor ejemplo en ese sentido. Por el contrario, en el caso de los acuerdos bilaterales, a raíz de poderes desiguales de negociación, generalmente un país impone al otro las condiciones. En otras palabras, se produce una verdadera "exportación de normas y estándares de propiedad intelectual" de los países económicamente desarrollados hacia los que están en desarrollo. De esta forma, la preferencia por la vía bilateral en desmedro del multilateralismo, fenómeno que observamos ya desde varios años, ha implicado que a nivel global se están incrementando cada vez más los niveles de protección de los derechos intelectuales, en lo que se ha llegado a conocer como "nivel ADPIC plus", o incluso, como señalan algunos, "nivel ADPIC super-plus'"{16}. La siguiente cita de Pascal Lamy, excomisionado de Comercio de la Unión Europea, refleja abiertamente la búsqueda de la estrategia ADPIC plus: "We always use bilateral free trade agreements to move things beyond WTO [World Trade Organization] standars. By definition, a bilateral trade agreement is 'wto plus'. Whether it is about investment, intellectual property rights, tariff structure, for trade instrument, in each bilateral free trade agreement we have the 'wtoplus' provision "{17}.

Ante este panorama, no sorprende que hace cierto tiempo la doctrina denuncia que "irreversiblemente, se avanza en un proceso de homogenización mediante convenios y tratados liderados por los países desarrollados, especialmente por Estados Unidos, en condiciones asimétricas de negociación"{18}. Correa, por su parte, advierte que la autonomía nacional para fijar normativas en los asuntos de propiedad intelectual ha sido restringida cada vez más mediante los convenios multilaterales, pero esa limitación se viene agravando en los últimos años como consecuencia de la suscripción de acuerdos bilaterales de comercio -como los de Estados Unidos con Chile y con los países centroamericanos- que, a cambio de acceso a mercados, exigen una nueva y sustantiva elevación de los estándares de protección, a niveles equivalentes o aún superiores a los vigentes en Estados Unidos. Muy probablemente, los costos que aquellos países deberán soportar, por ejemplo, con relación al acceso a medicamentos, serán muy superiores a los beneficios que obtendrán{19}.

En definitiva, el tema planteado desemboca en el ya mencionado problema de la fijación del equilibrio para resolver el conflicto entre intereses

individuales y sociales. Un equilibrio de intereses debería asegurar la promoción de la investigación e innovación, así como el avance de la ciencia y tecnología, con el fin de permitir el Comercio Justo y sembrar desarrollo económico y bienestar. En ese sentido, la protección de la propiedad intelectual y su regulación internacional -armonizada o no- solo son medios y herramientas para obtener ese bienestar de los hombres. No obstante, los partidarios de mayores niveles de protección -industrias y países- frecuentemente reducen el tema a una simple correlación: "más propiedad intelectual significa mayor desarrollo, [lo cual] no tiene base teórica ni empírica suficiente"{20}.

Son estas las consideraciones que suelen acompañar las negociaciones de nuevos acuerdos comerciales y que también están presentes cada vez que se implementan los cambios a las legislaciones nacionales, como consecuencia de los compromisos contraídos en acuerdos firmados.

Veremos a continuación cómo afectan estas observaciones generales a dos tratados en particular: el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica de 2005 y la actual negociación de la expansión del mismo tratado.

EL ACUERDO ESTRATÉGICO TRANSPACÍFICO DE ASOCIACIÓN ECONÓMICA (ACUERDO P-4)

GENERALIDADES

Los gobiernos de Chile, Nueva Zelanda, Singapur y Brunéi Darussalam firmaron, el 18 de julio de 2005, en Wellington (Nueva Zelanda), el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica, que comúnmente se ha hecho conocido como "Acuerdo P-4", en referencia a la zona geográfica del Pacífico y las relaciones entre los cuatro países

signatarios. Por nuestra parte seguiremos utilizando esa misma nomenclatura o utilizando simplemente “P-4”.

Dicho acuerdo entró en vigencia el 28 de mayo de 2006, en Nueva Zelanda y Singapur; el 12 de julio del mismo año, en Brunéi y, finalmente el 8 de noviembre de 2006, en Chile. Las negociaciones del mismo se desarrollaron sin mayores escollos y, presentándose el proyecto inicialmente solo entre Nueva Zelanda, Singapur y Chile, con ocasión de la Cumbre de Líderes del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (apec){21}, celebrada en octubre de 2002, en Los Cabos, México. En abril del año siguiente, se llevó a cabo la segunda ronda de negociaciones en Nueva Zelanda, ocasión en la cual se integró Brunéi en calidad de observador. Luego, en la quinta y última ronda, celebrada en abril de 2005, ese país decidió ser parte del P-4.

El trasfondo y los fundamentos de este Acuerdo de Asociación Económica, podemos comprenderlos cabalmente, al estudiar sus características. A continuación, nos abocamos a esbozar las mismas.

I. Es un tratado plurilateral celebrado entre cuatro naciones. Ello significa encuadrar el Acuerdo P-4 en la conocida clasificación de tratados, que distingue entre los de tipo bilateral, plurilateral y multilateral{22}. Tratado Plurilateral sería aquel celebrado entre un número restringido de países, teniendo por objeto regular materias específicos que atañan a esos países. Al respecto, conviene tener en cuenta que la gran mayoría de los acuerdos comerciales tiene carácter bilateral; esto es, se celebran únicamente entre dos Estados.

2. Es un acuerdo comercial: el artículo 1.2. del P-4 señala expresamente que las partes signatarias por medio de este acuerdo establecen una zona de libre comercio, lo cual implica la eliminación de los aranceles de importación y de otras barreras comerciales que pudieran dificultar el intercambio de mercancías y servicios entre esos cuatro países.

Sin embargo, las aspiraciones de las partes van más allá. En efecto, en el preámbulo del P-4 se establecen varias ideas concordantes con el Comercio Justo{23}.

3. Se implementa una asociación de carácter económico y estratégica entre los firmantes: este tratado tiene por meta no solamente profundizar los vínculos entre los países signatarios en un plano comercial, sino construir relaciones integrales. Así, se regula específicamente la cooperación económica, científica, tecnológica, educacional, cultural, así como en el sector agrícola, pesquero y forestal. Al respecto, se establecen mecanismos de cooperación y se prevé la suscripción de convenios de implementación para poner en práctica con especial énfasis la cooperación en esos campos{24}. Más allá, el P-4 incluye también protocolos que se refieren a la cooperación en materia laboral y ambiental.

Todo lo anterior, evidentemente, tiene fundamentos estratégicos: implementar una alianza estratégica permitirá, en el futuro, enfrentar en conjunto los desafíos resultantes de un mayor nivel de competitividad en los grandes mercados, especialmente asiáticos.

Relacionado con el punto anterior, se puede decir que el P-4 es un acuerdo comercial de última generación, comprensivo e inclusivo: tradicionalmente los acuerdos comerciales buscaban liberalizar las relaciones comerciales entre las partes, para lo cual se preveían medidas para asegurar la apertura comercial y la rebaja de los aranceles que rigen el intercambio de mercancías. Dichos aspectos comerciales típicos naturalmente se encuentran regulados por el P-4{25}, pero además se cubren temas relacionados como políticas de competencia, propiedad intelectual, contratación pública, transparencia y comercio de servicios; sin olvidar las disposiciones referidas a una amplia cooperación, antes mencionadas.

Estamos frente a un acuerdo abierto: es decir, el tratado contiene una cláusula de adhesión{26} que prevé la posibilidad de incorporar en el futuro a terceros países, específicamente a otros miembros de la región Asia Pacífico. Por lo mismo, se ha dicho que el Acuerdo de Asociación P-4 sirve de modelo y también de fundamento para una integración económica mayor a nivel regional, orientada específicamente hacia los países apec.

Precisamente, esta característica está cumpliéndose cuando se decidió dar inicio a un proceso de expansión del P-4, con la intención de integrar otros cinco países, tanto asiáticos como americanos. Este proceso se ha denominado negociación del Transpacific Partnership Agreement (tppa).

Pero el carácter de abierto se cumplió desde el primer momento del P-4 cuando, al negociarse este por inicialmente tres países, se permitió el ingreso de Brunéi poco antes de firmarse.

Vincula a cuatro economías emergentes que comparten ciertas características claves y que les permitieron tener una base sólida tanto en la etapa de la negociación como posterior implementación del tratado.

Pese a existir diferencias naturales (por ejemplo, en lo cultural), existen similitudes entre los países contratantes referidas al tamaño de sus economías y mercado; esos países comparten también el dinamismo económico. Además, son similares en lo que respecta al número de habitantes y población, a su orientación hacia el libre comercio y a su estabilidad política; y todos ellos previamente ya han tenido aproximaciones en el seno del apec.

De ello resulta que estos países han tenido y tienen equivalencias en cuanto a poder de negociación, lo cual ha contribuido a resolver discrepancias en un plano de igualdad; además hay convergencia de intereses.

Por último, hay que tener en cuenta que al tratarse de países relativamente pequeños están de por sí dispuestos a contraer alianzas y cooperaciones estratégicas. Desde ese punto de vista, resulta lógico el propósito de estas naciones en el sentido de unirse y competir juntos en terceros mercados.

7. suscritos previamente. En la práctica el único caso que existía al suscribirse el P-4 era un tratado de libre comercio entre Nueva Zelanda y Singapur{27}.

De las características expuestas es posible darse cuenta que el P-4 une cuatro países que en el pasado escasamente se han vinculados entre sí, con la única excepción de Nueva Zelanda y Singapur. Por primera vez en la historia, un tratado no multilateral vincula a países de Asia, Oceanía y América. Para Nueva Zelanda, Singapur y Brunéi resultaba ser la primera vez que firmaban un acuerdo comercial con un país latinoamericano. Pero, pese a lo novedoso, existió desde un comienzo una clara convergencia de intereses principalmente debido a su situación geopolítica y económica, y por lo mismo el potencial futuro de este tratado es enorme, aspecto el cual

fue sin lugar a dudas previsto por los negociadores al diseñar las múltiples formas de cooperación que podrán ponerse en práctica entre las partes. Parte de este potencial ya se ha desplegado: por un lado, con la firma del tratado se ha incrementado significativamente el intercambio de bienes{28}, y por el otro se ha logrado atraer la atención de otros miembros del apec, iniciándose negociaciones para ampliar la zona de libre comercio.

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ACUERDO ESTRATÉGICO TRANSPACÍFICO DE ASOCIACIÓN ECONÓMICA (ACUERDO P-4)

Como ya se ha mencionado, el Acuerdo P-4 contiene una regulación dedicada a la propiedad intelectual. En efecto, el capítulo io en forma íntegra se dedica a esa materia. Pero la importancia de la propiedad intelectual queda subrayada al hacerse alusión a ella, también en otras partes del texto del tratado:

– en el Preámbulo: las partes subrayan expresamente su intención de "Fomentar la creatividad e innovación, y promover la protección de los derechos de propiedad intelectual a fin de incentivar el comercio de mercancías y servicios entre las Partes" (Acuerdo P-4, 2005);

– en el artículo i.i apartado 4.º, que se refiere a los objetivos comerciales del Acuerdo, se establece que uno de ellos es "otorgar una protección adecuada y efectiva, y hacer valer los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada una de las Partes" (Acuerdo P-4, 2005);

– además en forma menos relevante en el capítulo 11 sobre contratación pública (art. 11.22 apartado 2), y en el artículo 16.5 apartado 1 al referirse a la cooperación en investigación, ciencia y tecnología.

En lo referente al capítulo sobre propiedad intelectual, este se estructura de 7 artículos más un anexo que contiene un listado de indicaciones geográficas{29} de Chile. A continuación resumiremos los aspectos más importantes de esas disposiciones:

– Las partes, junto con destacar la importancia de la propiedad intelectual como instrumento de desarrollo económico y social, hacen presente la necesidad de establecer equilibrios de intereses entre titulares de derechos intelectuales y usuarios de los mismos. Por su importancia, volveremos sobre este punto más adelante.

– Los regímenes y sistemas de propiedad intelectual deberán facilitar el comercio internacional y el desarrollo económico y social, y al mismo tiempo conferir seguridad jurídica a titulares y usuarios, sin descuidar la efectiva observancia de los derechos de propiedad intelectual (art. 10.2).

– Se reafirman los acuerdos multilaterales de propiedad intelectual, entre ellos el Acuerdo sobre los ADPIC, que fueron suscritos por las partes, de manera que el capítulo de propiedad intelectual del P-4 no podrá desvirtuar derechos u obligaciones previas resultantes de los instrumentos multilaterales.

– Se consagra la facultad de tomar medidas que prevengan el abuso de los derechos de propiedad intelectual por los titulares, con el fin de resguardar la competitividad en los mercados.

– Los países podrán regular el agotamiento internacional de los derechos intelectuales, así como establecer medidas para proteger los conocimientos tradicionales.

– Se reafirman los derechos de reproducción y de comunicación al público de los titulares de acuerdo con los tratados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor y sobre Derechos Conexos (ambos de i996), y la facultad para establecer limitaciones y excepciones de acuerdo con esos mismos tratados y con el Convenio de Berna (art. 10.3).

– En lo relativo a las marcas comerciales, se reconocen los derechos para presentar oposiciones a las solicitudes de marcas o nulidades a las ya registradas; y se conviene el uso del Clasificador de Niza (art. 10.4). Estas instituciones ya se contemplan en la legislación chilena de propiedad industrial{30}.

– Referente a las indicaciones geográficas, cada una de las partes podía anexar un listado al capítulo con las indicaciones nacionales de importancia. Sin embargo, únicamente Chile hizo uso de esa posibilidad, y presentó un listado de más de 8o indicaciones de vinos y bebidas espirituosas chilenas (Anexo io.A y art. 10.5). La inclusión de ese listado no implica necesariamente la protección de dichas indicaciones en el territorio de las otras partes, sino que para ello resulta necesario someterse a la respectiva legislación nacional para, finalmente, obtener un resguardo jurídico efectivo.

– Se impedirá el uso comercial de los nombres de país de las partes en mercancías, que pudiera causar confusión o engaño en los consumidores (art. io.6).

- Las partes expresan la intención de cooperar en forma amplia en materia de propiedad intelectual, tanto en su promoción y observancia como en el diseño de políticas adecuadas. Para ello, se utilizará el intercambio de informaciones, notificaciones, desarrollo de contactos, diálogo y otras actividades a acordar (art. 10.7).

En definitiva, el capítulo de propiedad intelectual puede calificarse de equilibrado, toda vez que lo dispone expresamente, pero también porque confirma la protección basada en el Acuerdo sobre los ADPIC, y al mismo tiempo se preocupa de la prevención del abuso de los derechos intelectuales. El nivel de protección de la propiedad intelectual contenida en el Acuerdo P-4 se ajusta al nivel ADPIC; lo que quiere decir que se mantiene de acuerdo con ese tratado multilateral, firmado en 1994.

Lo anterior se explica por la relativa homogeneidad del nivel de protección de la propiedad intelectual que poseen los países partes del P-4 en sus legislaciones internas. Además, al revisarse el perfil económico-comercial de los cuatro países, ninguno de ellos puede calificarse como un generador de derechos intelectuales o exportador de productos o servicios que lleven incorporados dichos derechos.

LA NEGOCIACIÓN DEL TRANSPACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT (TPPA)

GENERALIDADES

Una vez concluido el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (P-4) se llevaron a cabo una serie de actividades intergubernamentales para implementar dicho instrumento. Así, aun durante 2005, las partes determinaron la necesidad de complementar el tratado con un protocolo sobre servicios financieros e inversiones. Cuando, en marzo de 2°o8, las partes dieron inicio a la negociación de dicho protocolo, el gobierno estadounidense decidió unirse a dicha iniciativa. Poco después, también Australia, Perú y Vietnam manifestaron interés en adherir a una profundización del Acuerdo P-4. Con el cambio de gobierno en EEUU quedó en suspenso el inicio oficial de una ampliación del tratado. Finalmente, en noviembre de 2009, el presidente Barack Obama confirmó el compromiso de EEUU "con el objetivo de forjar un acuerdo regional que cuente con una amplia base de miembros y los altos estándares dignos de un acuerdo de comercio del siglo xxi"{31}.

De esta forma, en marzo de 2010, se inician oficialmente las negociaciones de una expansión del Acuerdo P-4, entre los cuatro signatarios originales más Australia, Perú, EEUU yVietnam. Durante la tercera ronda de negociación se adhiere Malasia, como noveno país. A la fecha se han realizado nueve rondas de negociación con progresos variados dependiendo del área temática{32}.

Antes de profundizar, deseamos efectuar una aclaración acerca de una cuestión terminológica. El Acuerdo P-4 firmado en 2005, tal como lo hemos señalado, se denomina oficialmente Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement). Sin embargo, en la práctica, todos los sitios gubernamentales de las partes suelen trabajar con la siguiente distinción:

– El término “Acuerdo P-4” o simplemente “P-4” se utiliza para referirse al Acuerdo de Asociación firmado en 2005.

– En cambio, se habla de Transpacific Partnership (Agreement), abreviado también tpp o tppa, para referirse a la negociación de ampliación del Acuerdo P-4 iniciada a comienzos de 2010.

En este trabajo seguiremos ese patrón usando específicamente la sigla TPP o TPPA para hacer alusión a la expansión del P-4.

Para poder comparar adecuadamente ambos procesos -Acuerdo P-4, por un lado, y TPP, por el otro- enunciaremos a continuación las principales características de la negociación del TPP:

I. Se trata de una negociación plurilateral entre nueve países (Nueva Zelanda, Chile, Brunéi, Singapur, Australia, EEUU, Perú, Malasia y Vietnam). Al respecto nos remitimos a lo ya dicho al explicar la primera característica del P-4.

Adicionalmente podemos destacar que el plurilateralismo asume una dinámica negociadora distinta con nueve países, dado que, según el tema en cuestión, existirá una fuerte tendencia de formar alianzas entre países que comparten intereses comunes.

2. Se lleva a cabo entre nueve naciones, cuyas características son muy heterogéneas. Así la mesa de negociación está compuesta por países económicamente desarrollados y otros que no lo son; hay países provenientes de tres continentes distintos; la estructura económica de cada uno de ellos es muy distinta, hay diferencias en cuanto al tamaño de las economías y mercados, ingresos per cápita, sectores económicos preponderantes, etc.

De todo ello resulta que en este proceso se enfrentan poderes de negociación muy desiguales y que las necesidades e intereses involucrados serán muy disímiles entre los participantes. Lo más probable es que se replique el modelo típico de negociación cuando se reúnen países en desarrollo económico con naciones industrializadas. Los primeros se interesan por acceso a mercados con consumidores que tengan alto poder

adquisitivo, y por consiguiente se enfocan en los temas comerciales, y los segundos exigen mayores niveles de protección a la propiedad intelectual, implementación de estándares laborales y medioambientales.

Queda claro, entonces, que la negociación del TPP requeriría más tiempo y dedicación -ya lleva nueve rondas- que la del Acuerdo P-4, que concluyó tras cinco rondas. Un punto positivo puede encontrarse en el hecho que, con la ayuda de cierto pragmatismo económico, en una negociación en que priman intereses económicos se pueden superar grandes obstáculos, lo cual dista mucho del caso de negociaciones de carácter político.

3. Al igual que el Acuerdo P-4, la negociación del tpp está abierta a otros países que desean adherirse, sea antes de suscribirse el futuro tratado o con posterioridad. Al respecto, Malasia es un ejemplo, pues adhirió a las negociaciones durante la tercera ronda.

4. Se espera que esta negociación dé lugar a una plataforma para la integración regional entre Asia-Pacífico y América, de manera que en un futuro se pueda llegar a hablar de TLC Asia-Pacífico o un TLC apec.

5. Durante la negociación, algunos países con mayor transparencia y altos estándares de la información pública han llevado a cabo una serie de consultas públicas. Así, la sociedad civil ha tenido la posibilidad de participar activamente, presentando requerimientos, sugerencias y opiniones a la respectiva autoridad negociadora. Además, se han realizado de tiempo en tiempo encuentros que reúnen el sector gubernamental con empresarios y las ONG{33}.

En ese sentido, hay que destacar que por lo general las rondas de negociación han sido acompañadas con actividades paralelas de los llamados stakeholder meetings{34}.

7. Está basada en un acuerdo comercial ya existente (P-4). En otras palabras, se está poniendo en práctica la cláusula de adhesión del Acuerdo P-4, con el objeto de integrar a nuevos miembros a la zona de libre comercio del P-4.

La preexistencia de un acuerdo limita el margen de acción para crear bases nuevas, pero también otorga lineamientos y orientaciones que pueden facilitar la nueva negociación. Al respecto, hay que destacar que la presencia de potencias económicas, como es el caso de EEUU, puede implicar igualmente que se parta con supuestos y bases completamente distintas. En ese sentido, todo es cuestión del poder de negociación.

Estamos frente a una negociación comprensiva e inclusiva. En lo relativo a este punto, se aplica lo ya señalado con ocasión de similar característica del Acuerdo P-4.

La negociación del tpp se lleva a cabo a través de 24 grupos negociadores que funcionan en forma separada, y al respecto se distinguen entre dos grupos de temas:

- Los asuntos llamados "horizontales" (cross-cutting issues), que son aquellos que facilitan las relaciones comerciales, y al respecto se negocian temas como competitividad, política de integración regional, coherencia regulatoria, desarrollo de la cadena de proveedores, desarrollo económico, transparencia, políticas pro-pyme.

- Los demás asuntos que constituyen el contenido de los capítulos, como lo son aranceles y barreras no arancelarias, reglas de origen, temas aduaneros, defensa comercial, productos industriales, estándares sanitarios y fitosanitarios, servicios financieros, protección de inversiones, comercio electrónico, contratación pública, comercio de servicios, propiedad intelectual, movilidad de negocios, agricultura, telecomunicaciones, textiles, estándares laborales y medioambientales.

Compatibilidad y, por ende, coexistencia con otros acuerdos comerciales que ya existen entre las partes negociadoras. Así, se encuentran vigentes o aún en etapa de negociación los siguientes acuerdos bilaterales: Asociación Nueva Zelanda-Singapur, Asociación Nueva Zelanda-Australia, TLC Nueva Zelanda-Malasia, TLC Singapur-EEuu, TLC Australia-EEuu, TLC Perú-EEuu, TLC Chile-EEuu, TLC Australia-Chile, TLC Vietnam-Chile, TLC Malasia-Chile, TLC Perú-Chile. Además, hay que considerar que varios de los países negociadores (Singapur, Brunéi, Malasia,Vietnam)

integran el bloque comercial plurilateral, Asociación de Naciones del Sureste Asiático (asean){35}.

En ese contexto, surge el desafío de encontrar la forma de compatibilizar esos acuerdos preexistentes con el tpp. El tema se ha planteado en Chile, dado que el país ya tiene acuerdos comerciales con siete de los ocho países tpp{36}. El hecho de volver a negociar con esos países implica cierto riesgo de desmejorar los términos existentes; es más: en algunos casos será muy difícil de mejorar el resultado de negociaciones anteriores y las condiciones comerciales logradas. Es el caso del TLC Chile-EEuu concluido en 2003, especialmente en lo que se refiere al capítulo de propiedad intelectual. Por lo tanto, existe una clara preocupación de que la negociación tpp signifique renegociar el tratado anterior, perjudicando seriamente los intereses nacionales. Así visto, en el caso chileno, cabe preguntarse cuáles serían las ventajas de participar en la negociación del tpp. Podemos encontrar diversas razones:

– Formar parte de una futura zona de libre comercio Asia Pacífico, y con mayor razón si ya es miembro fundador del Acuerdo P-4,

– Mejorar los procedimientos de intercambio comercial con los socios del tpp, y la consistencia de los trámites de comercio exterior, reduciendo la burocracia, y

– Promover el encadenamiento productivo{37} con los demás países tpp.

Podemos concluir que estas negociaciones están resultando muchísimo

más complejas que las que tuvieron lugar al gestarse el Acuerdo P-4. Lo anterior queda de manifiesto al confrontar el número de rondas en uno y otro caso. Por otro lado, también es natural que el proceso de toma de decisiones y acuerdos sea mucho más simple entre cuatro países que entre nueve, máxime cuando esos participantes tienen perfiles muy heterogéneos.

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA NEGOCIACIÓN DEL TRANSPACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT (TPPA)

Tal como lo hemos venido señalando, el tema de la propiedad intelectual es de relevancia estratégica para las economías actuales. Por lo mismo este es uno de los asuntos más discutidos en la negociación y difíciles de llegar a acuerdos. Especialmente, los países creadores y productores de innovaciones y creaciones aspiran a elevar los estándares de protección de la propiedad intelectual. De los nueve países, en esa categoría están Estados Unidos y Australia.

El caso estadounidense se fundamenta por nuestras explicaciones anteriores, y por su liderazgo global en sectores como la industria musical, cinematográfica, de entretenimiento y diversión, del software, farmacéutica, etc. Son estas industrias las que, a través de un intenso lobby, presionan abiertamente al gobierno estadounidense para influir en los términos de la negociación del capítulo de propiedad intelectual del futuro tppa{38}.

En el caso de Australia, resulta reveladora la siguiente exposición: "Intellectual property is an integral part of international trade, and its importance is increasing as the effective use of knowledge contributes ever more to national economic prosperity. The Australian Bureau of Statistics National Accounts for 2009-2010 valued intellectual property in Australia at over $170 billion. Trade in royalties for intellectual property for Australia in 2010 were $1.2 billion (exports) and$4.8 billion (imports). As a trading nation with a strong research tradition and a need for access to new technologies, Australia has interests in the agreed international standards on the protection and exploitation of intellectual property rights"{39}.

Ambos países firmaron en 2004 un acuerdo comercial entre sí. El gobierno australiano expresa orgullosamente que ese TLC:

– *"Reinforces Australia's reputation as one of the world's leading countries in protecting and enforcing intellectual property rights.*

– *Harmonises our intellectual property laws more closely with the largest intellectual property market in the world, which is recognized as a global leader in innovation and creative products.*

– Demonstrates to our trading partners our commitment to strong intellectual property laws”{40}.

La negociación del tppa, también en esta materia se caracterizará por la creación de bloques o alianzas que agrupan a los países participantes en torno de centros de intereses; de manera que las consideraciones anteriores permiten deducir un centro de interés formado por Australia y EEUU. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, aparte de Australia, hay varios países más que ya han suscrito TLC con EEUU: Singapur, Perú y Chile. En todos estos casos podemos descubrir la existencia de legislaciones internas de propiedad intelectual que se caracterizan por un nivel ADPIC plus, lo cual permite a esos países hacer mayores concesiones en materia de propiedad intelectual que Brunéi, Malasia, Nueva Zelanda y Vietnam.

LAS POSICIONES NEGOCIADORAS EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La negociación del capítulo de propiedad intelectual del tppa se ha caracterizado por ser cerrada, y los documentos que se intercambian entre los negociadores son confidenciales. Sin embargo, en el transcurso de los meses pasados se han filtrado algunos documentos claves que reflejan las pretensiones de las partes y que permiten anticipar las posiciones negociadoras. Concretamente son tres las propuestas filtradas:

1. Consideraciones preliminares para un capítulo de propiedad intelectual presentado por Chile el 23 de febrero de 2011{41},

2. Propuesta neozelandesa de un capítulo de propiedad intelectual, de igual fecha, documento que puede complementarse con otro que revela ideas generales sobre la posición de ese país{42}, y

3. La propuesta estadounidense para el capítulo de propiedad intelectual del tppa, que lleva como fecha el io de febrero de 2011{43}.

Con base en estos documentos y en otros antecedentes, expondremos a continuación la posición de cada uno de esos países, que pueden considerarse representativos para los tres centros de intereses que se enfrentan en la negociación del tpp.

LA POSICIÓN DE CHILE

Las consideraciones chilenas son relativamente sencillas y parten del supuesto que los cinco nuevos Estados miembros del tpp deberán, en principio, adherirse a lo ya existente; es decir, a lo acordado en el P-4. Es por ello que gran parte de las consideraciones se limitan a repetir cláusulas contenidas en el capítulo io sobre propiedad intelectual del Acuerdo P-4.

Solo hay algunas pocas novedades, que vienen a confirmar la pretensión chilena por mantener el statu quo en materia de propiedad intelectual, y no endurecer las normas respectivas:

– Se reafirman los principios de la Declaración de Salud Pública adoptada, en el marco del acto inicial de la Ronda de Doha de la OMC,

– Se reconoce una posición pro-usuarios de derechos de propiedad intelectual, al defender el derecho de acceso y el dominio público,

– La ejecución de normas de propiedad intelectual no debe transformarse en una barrera al comercio internacional,

Se amplían los campos de cooperación en materia de propiedad intelectual, en lo que se refiere a su promoción, el intercambio de políticas y programas de transferencia tecnológica y el diálogo a nivel político.

En definitiva, el documento no revela grandes novedades y no puede sino entenderse como un punteo, que no entra en detalles regulatorios. Sin embargo, podemos complementar lo anterior con algunos otros comentarios que se explican de la particular situación política-económica chilena.

Una aspiración ya tradicional de Chile en las negociaciones internacionales consiste en cuidar y lograr un balance de intereses entre los diversos actores de la propiedad intelectual. Esta pretensión debería considerar los siguientes puntos, varios de los cuales ya se encuentran en el Acuerdo P-4 o en el nuevo documento:

– Promoción y protección del dominio público (cabe recordar que a inicios de 2006 Chile presentó en el marco de la Agenda de Desarrollo de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (ompi) una propuesta de discusión sobre ese asunto),

– Políticas definidas sobre acceso al conocimiento y a la cultura, lo que se reflejará especialmente en los temas sobre derechos de autor,

– La defensa de la salud pública, mediante el compromiso con la Declaración de Salud Pública de la Ronda de Doha,

– La inclusión de organizaciones internacionales tradicionalmente más proclives a los intereses de la sociedad, como lo son: la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS),

– Evitar el abuso de los derechos de propiedad intelectual por parte de los titulares,

– Abstención de usar barreras comerciales basadas en la sobreprotección de los derechos de propiedad intelectual.

Otro aspecto de gran transcendencia para el gobierno chileno radica en su afán de conciliar el resultado de cualquier negociación con las políticas de fomento de la innovación que se están actualmente implementando en el país. Esas políticas prevén la promoción de la innovación empresarial y la diversificación productiva, mediante la creación de un sistema nacional de innovación para la competitividad. Para ello se requiere un incremento significativo de las inversiones públicas y privadas en investigación y desarrollo e innovación (I+D+I), así como políticas y programas de transferencia tecnológica{44}.

Naturalmente, con estándares excesivamente rigurosos o elevados de propiedad intelectual se puede llegar a frenar este desarrollo innovativo, en lugar de promoverlo.

Otro de los puntos estratégicos para el país está constituido por una adecuada protección de indicaciones geográficas, especialmente las referidas a los vinos y bebidas alcohólicas, puesto que la industria vitivinícola es uno de los principales sectores exportadores. Recordemos que el Acuerdo P-4 ya contiene un listado de indicaciones geográficas relevantes de vinos; y si bien la protección de dichas indicaciones se regirá siempre por la legislación doméstica del socio comercial, se espera de esta forma poco a poco posicionar los productos con indicaciones geográficas en los mercados internacionales. Es fundamental para Chile que la protección de indicaciones geográficas se efectúe mediante un derecho de propiedad industrial independiente, tal como lo prevé el modelo europeo. En cambio, la doctrina estadounidense suele incluir estos elementos dentro de la legislación marcaria, considerándolos generalmente como una marca colectiva.

Por último, los intereses chilenos aspiran a mantener el actual nivel de protección de propiedad intelectual, con lo cual:

– Se enviaría una señal de estabilidad a los agentes económicos;

– No se tocaría el actual equilibrio de intereses en el país, especialmente en materia de derechos de autor, y que es el resultado de una ardua negociación que tomó años y permitió establecer un régimen de excepciones y limitaciones de los derechos autorales y la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet{45};

– Se evitarían innecesarios cambios legislativos, que incluso pudieran llegar a enmiendas constitucionales en los casos que se surjan incompatibilidades con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política;

– Se evitarían problemas en el ámbito de la salud pública, y

– No se afectarían los intereses económicos de las compañías farmacéuticas locales.

Con todo, no hay que olvidar que Chile, pese a los múltiples cambios legislativos y modernizaciones que se han realizado en los últimos años con respecto a su sistema de propiedad intelectual, sigue integrando el Priority Watch List del 2011 Special 301 Report, que anualmente emite el Representante para el Comercio de EEUU{46}. Lo anterior está generando una creciente incomprensión y crítica en amplios sectores de la comunidad y también entre los entendidos en la materia{47}.

LA POSICIÓN DE NUEVA ZELANDA

Nueva Zelanda es un país esencialmente agrícola-forestal. Su perfil económico es muy similar al de Chile, con la salvedad que este dispone además de un fuerte sector minero. En consecuencia, al igual que Chile, Nueva Zelanda es más usuario que productor de derechos de propiedad intelectual, y por lo mismo comparten intereses similares en lo que respecta a la negociación del tppa.

Pese a todo ello, hay un aspecto que ya hemos dejado entrever: el nivel de protección de propiedad intelectual en el derecho interno neozelandés se sitúa en un nivel ADPIC, que no podría caracterizarse como ADPIC plus. Así, por ejemplo, Nueva Zelanda hasta la fecha ha ratificado solo unos pocos tratados internacionales importantes (el Convenio de Berna y el de París, el Convenio constitutivo de la ompi, el ADPIC y el pct), pero no es miembro de una serie de tratados emblemáticos, como el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, el Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales, el Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, el Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, el Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en Materia de Patentes y, quizás los más importantes, los Tratados de la ompi sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas{48}. Nueva Zelanda tampoco tiene acuerdo comercial con Estados Unidos ni con ninguna de las naciones promotoras

de fuertes derechos intelectuales{49}. Por consiguiente, podemos afirmar que el país aún se encuentra en un rol marginal con respecto al sistema internacional de propiedad intelectual.

Estas observaciones explican en parte las aprensiones que existen en Nueva Zelanda ante la negociación del tpp, que emanan de amplios sectores de la sociedad civil, pero que de alguna forma también se han manifestado a través de una política muy abierta y transparente del gobierno neozelandés. Así, no sorprende que la posición negociadora de ese país se encuentre planteada en forma más o menos pública, a través de comunicados, sitios web{50} o propuestas gubernamentales{51}. Resumiremos a continuación los principales fundamentos y argumentos que sostienen la posición neozelandesa:

-"TRIPS-aligned": el Acuerdo sobre los ADPIC provee un marco regulatorio adecuado que promueve la adquisición, protección y uso de los derechos intelectuales en un ambiente transparente, estable y predecible{52}. Aún queda mucho espacio para implementar y poner en práctica los preceptos del ADPIC entre las partes del tpp. Por lo mismo, se favorece aprovechar ese instrumento, en vez de redefinir un balance de intereses en el plano internacional.

-Debe evitarse la sobreprotección de los derechos de propiedad intelectual, resultante del aumento de los estándares mínimos del ADPIC, especialmente en las áreas del copyright y patentes, pues dicha tendencia, que se impone cada vez más, termina frenando más que promoviendo las innovaciones. Se privilegia el establecimiento de derechos de propiedad intelectual de "alta calidad"; estos derechos son el resultado de un examen registral exigente, más que del endurecimiento de las leyes de propiedad intelectual.

-El futuro capítulo de propiedad intelectual debe contribuir al desarrollo de los asuntos horizontales, específicamente a la fluidez del comercio internacional, a la coordinación regulatoria, al mejoramiento de la competitividad, al desarrollo económico y al fomento de las pymes. Ello solo será factible si la regulación internacional de propiedad intelectual se mantiene flexible y adaptable a las peculiaridades locales de los distintos Estados participantes. Dado que esos países difieren en tamaño, producto

interno bruto, nivel de desarrollo y estructura económica, no resulta lógico ni conveniente imponer un estándar regulatorio artificialmente alto y rígido.

Esa idea queda expresada en la disposición inicial de la propuesta neozelandesa{53}, la cual es una transcripción literal del artículo i° del capítulo de propiedad intelectual del TLC entre los países de la asean, Australia y Nueva Zelanda{54}: "Each Party confirms its commitment to reducing impediments to trade and investment by promoting deeper economic integration through effective and adequate creation, utilisation, protection and enforcement of intellectual property rights, taking into account the different levels of economic development and capacity and differences in national legal systems".

-Mejorar la cooperación intergubernamental: en lugar de extender el campo de la propiedad intelectual y redefinir equilibrios existentes, debería avanzarse en la cooperación en materia de propiedad intelectual, con el objeto de mejorar la eficiencia operacional del sistema de propiedad intelectual, tanto nacional como internacional{55}. Al respecto, se reconoce que la construcción del sistema internacional pudiera hacer necesaria la ratificación de ciertos instrumentos multilaterales ya existentes en materia de propiedad industrial, como los tratados PCT{56}, de Singapur sobre Derecho de Marcas y el Arreglo de Niza sobre Clasificación de Marcas.

La cooperación debería llevarse adelante a nivel ministerial, entre las oficinas nacionales de propiedad intelectual, aduanas y órganos jurisdiccionales, con el fin de mejorar la observancia y eficacia de las normas existentes de propiedad intelectual.

-En lo referente a las marcas, se abre la posibilidad al registro de marcas no tradicionales, particularmente las marcas olfativas y sonoras, con tal que estas puedan ser adecuadamente descritas. Queda abierta la protección de las indicaciones geográficas por la vía del derecho marcario, en caso que el derecho marcario sea previo a la indicación.

-Los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales (incluye el folclore) y la biodiversidad son considerados factores relevantes para el desarrollo cultural, económico y social de un país. Por consiguiente,

conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales requieren ser protegidos:

- A través de la confidencialidad en caso que sean secretos.

– Por medio del reconocimiento de los pueblos originarios o comunidades locales como custodios.

– En contra del uso ofensivo o engañoso de los mismos, y

– En contra de la apropiación indebida por la vía del patentamiento. Este tema es de gran importancia en Nueva Zelanda, considerando el estatus de la población maorí ante el derecho interno.

-En cuanto a la observancia, se reconoce la necesidad de implementar procedimientos efectivos, tanto civiles como criminales, que resguarden los derechos de autor en el entorno digital, pero sin lesionar otros derechos fundamentales, específicamente la libertad de expresión, el debido proceso y la privacidad.

Tal como en el caso chileno, la posición neozelandesa pretende que el nuevo TPPA debe basarse o apegarse al Acuerdo P-4, ya existente. Técnicamente, debería ser una simple adhesión de los cinco nuevos miembros al tratado existente. Sin embargo, en la realidad todos tienen muy en claro que el TPP es una negociación de una nueva unión compuesta de nueve países, lo que necesariamente implica renegociar el capítulo de propiedad intelectual. Pese a ello, tanto los documentos propuestos por Chile como por Nueva Zelanda recogen varias disposiciones del antiguo texto P-4. La propuesta neozelandesa ha tenido como fuente relevante el P-4, pero además se basa especialmente en el capítulo de propiedad intelectual del TLC entre la ASEAN, Australia y Nueva Zelanda.

LA POSICIÓN DE EEUU

Actualmente, EEUU posee 20 TLC concluidos{57}, y solo uno -el TPP- se encuentra en negociación. Las expectativas que se han puesto en ese acuerdo son enormes. Así, el representante estadounidense de Comercio, Ron Kirk, expresó: "The Trans-Pacific Partnership is a launch pad for the Obama Admimstration's intention to dramatically increase American exports to the Asia-Pacific and create good jobs here at home"{58}.

La coyuntura económica y política actual en EEUU está marcada por altos índices de desempleo, un endeudamiento público que pareciere fuera de control y la división partidista del Congreso estadounidense que está bloqueando las iniciativas de ley del gobierno; todo ello influye en forma evidente en las expectativas y pretensiones que EEUU establece en las negociaciones tpp. Pero, además, el propio gobierno está expuesto a fuertes actuaciones de lobby interno{59}, que se traducen en una posición negociadora que muchos han calificado de ofensiva o hasta agresiva{60}. En ese contexto, con el objeto de mejorar la competitividad de sus empresas en los mercados internacionales, la posición de EEUU se enfoca en seguir expandiendo la protección de los titulares de derechos de propiedad intelectual, elevando los estándares en todos los campos de los intangibles. Así, la propuesta de EEUU va más allá del Acuerdo sobre los ADPIC, e igualmente un paso más allá de los TLC firmados a inicios de la primera década del siglo xxi. Las fuentes más importantes de la propuesta se encuentran en el capítulo de propiedad intelectual del TLC con Corea del Sur{61}, que hasta la fecha contiene las normas más estrictas en la materia, así como en el discutido Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) {62} y en el propio derecho interno estadounidense{63}.

Considerando la propuesta estadounidense de capítulo de propiedad intelectual para un TPPA, podemos reseñar los principales puntos de la posición negociadora de dicho país siguiendo el análisis de K00{64}:

-Las partes del TPP deberán adherirse a una larga lista de tratados multilaterales administrados por la OMPI, a fin de adoptar una base normativa homogénea para todos. Es ya tradición que los TLC enuncian la adhesión obligatoria y otras veces facultativa de tratados relativos a la propiedad intelectual; sin embargo, el catálogo de esta propuesta es de los más extensos.

-Referente al tema de marcas comerciales e indicaciones geográficas (art. 2 de la propuesta), se busca que las legislaciones nacionales empiecen a admitir marcas no tradicionales, ya que se abre a la posibilidad de registrar marcas que no necesariamente sean susceptibles de percepción visual. Como ejemplos, la misma propuesta menciona las marcas olfativas y sonoras, pero además pudiéramos agregar marcas de color único o marcas 3-D. Con lo anterior, el art. 15. 1 del Acuerdo sobre los ADPIC quedaría sin efecto en la parte en que dispone "los Miembros podrán exigir como condición para el registro que los signos sean perceptibles visualmente".

Asimismo, las partes deberían contemplar la posibilidad de registrar marcas de certificación{65}.

Los derechos del titular de una marca registrada se amplían para impedir que terceros usen marcas similares o idénticas en bienes o servicios relacionados con los de la cobertura del titular (incluso si son de clases distintas); lo cual implica abiertamente extender el sentido del artículo correspondiente establecido en el ADPIC (art. i6.i). Igualmente, se acoge la doctrina estadounidense que asigna protección jurídica a la marca usada en el comercio, aun cuando el signo no se encuentre registrado.

Se debilita en forma abierta la protección de las indicaciones geográficas. Ante posibles conflictos entre indicaciones geográficas y marcas, deberá preferirse siempre el registro marcario (lo cual evidentemente es contrario de la doctrina europea). No será necesario implementar un sistema de protección independiente de indicaciones geográficas, sino que la propuesta promueve su inclusión dentro del régimen marcario común, lo cual evidentemente significa mayores obstáculos en el proceso de registro y también en la conservación de dicho derecho intelectual (por la vía de la oposición y nulidad marcaria).

-El artículo 4 de la propuesta trata el tema del copyright y derechos conexos. Se refuerzan los derechos de los "dueños del copyright", comprendiendo en esa categoría autores, artistas intérpretes y ejecutantes, y productores de fonogramas; es decir, titulares de derechos de autor y conexos. Fiel a la filosofía de la noción de copyright, propia del derecho anglosajón, se enfatiza el derecho exclusivo de esos titulares para autorizar o prohibir ampliamente toda reproducción en cualquier forma, sea

permanente o temporal, así como la importación al territorio de las partes, de copias de las obras. Asimismo, se reconoce el derecho exclusivo de decidir la puesta a disposición del público del original o de copias de la obra.

Un tema particularmente sensible son los plazos de protección, puesto que inciden en forma directa en el balance de intereses de la propiedad intelectual. En el caso en estudio, el artículo 4.5 reafirma el plazo ya comúnmente aceptado de vida del autor más 70 años, que desde comienzos de la década de 2°oo se ha difundido alrededor del mundo por la vía de los TLC y foros internacionales. Sin embargo, acto seguido se prescribe que, si la base de cómputo del plazo no es la vida de una persona natural -cuando la obra es creada por una persona jurídica (empresa)-, entonces el plazo deberá ser no menos de 95 años contados desde el fin del año calendario en que por primera vez fue publicada la obra{66}. Esa extensión del plazo de protección hasta la fecha no ha sido aceptada en ningún instrumento nacional ni internacional, y evidentemente está destinada a resguardar en el tiempo, el flujo de ingresos producto del cobro de derechos de autor de obras musicales, literarias y cinematográficas que son esenciales para la economía estadounidense. En definitiva, plazos como los señalados implican extraer y alejar las obras del dominio público. Cabe preguntarse si, al cabo de ese término, la obra tendrá aún vigencia intelectual o suscitará algún interés de la sociedad.

Otro tema de similar sensibilidad y dificultad a la hora de negociarlo son las excepciones y limitaciones a los derechos de autor que solo aparecen enunciadas mediante un título en la propuesta, sin entrar a detallarlos.

Los tratados respecto de internet de la ompi (wct y wppt) de 1996 introdujeron el tema de las medidas tecnológicas de protección destinadas a proteger los derechos de autor en el entorno digital. Desde entonces han sido objeto de regulación en todos los TLC en que haya participado EEUU. En la propuesta aparecen regulados con gran detalle en el artículo 4.9, disposición que se inspira en el tratado acta (art. 27), en el TLC con Corea (art. 18.4.7) y en la ley dmca{67} (art. i2°ia), pero ampliándose ahora el ámbito de aplicación de tales medidas. La propuesta, así como sus fuentes, definen “medida tecnológica efectiva” como “cualquier tecnología,

dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controla el acceso legal a una obra, interpretación o ejecución, fonograma u otra materia protegida, o que protege cualquier derecho de autor o conexo". Lo que se pretende sancionar son los actos de elusión de medidas tecnológicas efectivas, con el objeto de evitar la dilución de los derechos exclusivos que los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas tienen sobre sus obras. En caso de infracción, estos pueden entablar acciones solicitando el cese de la acción ilícita e indemnización de perjuicios en contra de los sujetos señalados por el precepto. Sin perjuicio, la propuesta, siguiendo lo usual en este tipo de materia, determina algunas excepciones, es decir, casos en que los actos de elusión de las medidas tecnológicas no son considerados infracción de los derechos autorales.

Otro tema introducido por los tratados WCT y WPPT{68} es el de la "información sobre la gestión de derechos" (rights management information). El mismo artículo 4.1o precisa el concepto señalando que comprende:

i. La información que identifica a la obra, a la interpretación o ejecución, al fonograma; al autor de la obra, al artista intérprete o ejecutante, al productor del fonograma; o al titular de cualquier derecho sobre la obra, interpretación o ejecución o el fonograma; o

ii. La información sobre las cláusulas y condiciones de la utilización de la obra, interpretación o ejecución o fonograma; o

iii. Todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información esté adjunto a un ejemplar de la obra, interpretación o ejecución o fonograma, o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una obra, interpretación o ejecución o fonograma.

Con leves modificaciones, se trata de la fusión de dos conceptos separados establecidos por los dos tratados de la OMPI. La supresión o alteración de la información electrónica sobre gestión de derechos es sancionada, al igual que la distribución, importación y comunicación al público, sin autorización, de ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización. La norma en análisis fue recogida igualmente del tratado ACTA, del acuerdo comercial con Corea y de la DMCA.

En lo que se refiere a derechos conexos (art. 6), la propuesta se apoya en el tratado WPPT (arts. 2, 6 y IO) y en el Acuerdo con Corea del Sur (art. I8.6).

Por último, corresponde aclarar que tanto el WCT como el WPPT, pese a ser tratados que fueron aprobados apenas dos años después del ADPIC, constituyen normativas que van más allá de los estándares mínimos del ADPIC y del consenso logrado en 1994. Aún hoy, 15 años después, WCT y WPPT son considerados como ejemplos de una regulación internacional apresurada, generada sin la reflexión necesaria sobre el cambio de circunstancias acaecidas por la digitalización y el surgimiento de nuevas tecnologías. Así, se ha sostenido que

The wipo Copyright Treaty and the wipo Performances and Phonograms Treaty (...) attempt to deal with the challenges of enforcing intellectual property rights in the digital environment through legislating on technological measures and rights management. However, by providing stricter digital enforcement measures that are based on traditional concepts of copyright protection, the treaties have limited ability to recognise the reality of emerging new business models and new ways of consuming creative works via the internet.

Developments in the digital content market on the other hand indicate that businesses increasingly recognise that it is not in their interest to enforce

copyright through drm [Digital Rights Management] but to focus on monetising current internet user behaviour rather than trying to restrict it. This suggests that neither the wct nor the wppt reflect the complexity of creative investment in an online environment and their scope to act as a promoter of innovation remains questionable{69}.

-El tema de patentes se encuentra reglamentado en el artículo 8 de la propuesta, con la clara intención de ampliar el campo de materias patentables a "nuevas formas, usos o métodos de uso de productos conocidos (...) aun cuando esas invenciones no resulten en un mejoramiento de la eficacia conocida de dicho producto". Ello significa rebajar el estándar de patenta- bilidad, lo cual incidirá en la calidad de las patentes concedidas. El factor calidad constituye en la actualidad un problema en las patentes concedidas por la Oficina estadounidense de Marcas y Patentes (USTPO) {70}, puesto que los criterios que sirven para su otorgamiento se han relajado cada vez más en los últimos años. Esa tendencia contrasta con la evaluación de requisitos rigurosos y examen de cumplimiento de altas exigencias realizadas respecto de las patentes concedidas por la Oficina Europea de Patentes (EPO){71}.

La consecuencia de esa tendencia ha sido un incremento de los conflictos entre titulares de patentes en EEUU, así como una cada vez mayor judicialización de dichos problemas. Así, en la actualidad, en EEUU ya se ha transformado en la regla general el que se tenga que pedir autorización a terceros (y obtenerse una licencia) para poder explotar una patente propia: la proliferación de patentes ha tenido como efecto que el "freedom to operate"{72} no sea algo sencillo de gestionar.

En la misma línea anterior, la propuesta promueve la admisión de patentes sobre:

– animales y plantas, y

– métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas y animales.

Ello significa abolir directamente el artículo 27.3 del Acuerdo sobre los ADPIC, que contempla esas causales tradicionales de impatentabilidad. La norma propuesta encuentra su inspiración en el art. i8.8 del TLC entre EEUU y Corea del Sur.

Hacemos presente que la propuesta de EEUU incluye además una serie de normas relativas a la observancia de la propiedad intelectual, la mayoría de las cuales tienen carácter procesal, pero no constituyen objeto de análisis en el presente trabajo, por razones de extensión y por estimar que los aspectos sustantivos por sí solos ya permiten apreciar con claridad la tendencia marcada por el documento filtrado.

Por último, solo cabe manifestar nuestro pleno acuerdo con las palabras del profesor Koo, autor del análisis de la propuesta: “This analysis shows that tpp is a collection of pro-ip-enforcement provisions from various U.S. laws and international agreements. Smilarly, the analysis also shows that tpp seeks to expand the rights of intellectual property right holders, at the expense of reducing safeguards and limitations on enforcement practices”{73}.

CONCLUSIONES

El futuro de la propiedad intelectual viene desarrollándose en los foros internacionales, y últimamente cada vez más en los tratados bi- o multilaterales, los cuales generalmente cuentan con la participación de los países económicamente desarrollados. Aprovechando las asimetrías de poderes de negociación, esas naciones imponen niveles de protección de propiedad intelectual cada vez más elevados que se transforman en una carga para los países en desarrollo económico y obstaculizan directa o indirectamente el Comercio Justo. Un caso, el último de una larga serie, pudiera estar gestándose a través de la negociación del TPPA.

La negociación en torno a la propiedad intelectual se ha convertido en una materia sensible y estratégica para los intereses nacionales de los países

exportadores de tecnologías. Hace ya mucho tiempo que se ha avanzado en la armonización de las legislaciones nacionales en materia de propiedad intelectual, hablándose de la internacionalización de la regulación de propiedad intelectual o de un derecho homogéneo a nivel universal. Sin embargo, desde hace aproximadamente dos décadas la aproximación de los derechos internos ha implicado, al mismo tiempo, la difusión abierta de estándares cada vez más altos de protección de propiedad intelectual, conduciendo a una verdadera sobreprotección. Concretamente, se han alargado los plazos de protección de los derechos intelectuales (por ejemplo en materia de derechos de autor) o se introdujeron plazos suplementarios (en el caso de las patentes de invención); se han eliminado causales de impatentabilidad y excepciones y limitaciones en materia de derechos de autor, y al mismo tiempo se han extendido las materias susceptibles de protección. El efecto de esos fenómenos ha sido la proliferación de derechos intelectuales, la baja calidad de los mismos y la "privatización de los conocimientos".

Estimamos que los estándares uniformes de protección a nivel internacional, que en los últimos años se han promovido, han constituido un impedimento para un comercio internacional basado en criterios de sustentabilidad, no discriminación y transparencia{74}. De la misma forma, han resultado perjudiciales para el desarrollo innovativo de países económicamente no tan evolucionados, puesto que por sus excesos frenan innovaciones y la creatividad en ellos, y se traducen en un incremento de las transferencias de conocimiento técnico y de bienes culturales desde países exportadores de propiedad intelectual a los países económicamente en desarrollo, encareciendo el proceso creativo e inventivo en estos últimos. Por consiguiente, se construye una relación de dependencia que beneficia a los primeros y que les aporta significativos ingresos económicos por concepto de "exportaciones de propiedad intelectual" (cesiones o licencias de derechos intelectuales).

Resulta pertinente subrayar que no existe un nivel óptimo universal de protección de propiedad intelectual, sino que más bien este dependerá de las circunstancias políticas, económicas y culturales de cada Estado, especialmente del estado de desarrollo económico en que se encuentra. La imposición de políticas "one size fits all" solo va en beneficio de algunos

pocos países{75}. Las épocas de heterogeneidad de los estándares de protección permitieron a muchos países económicamente débiles la industrialización de sus economías o incluso su transformación hacia economías del conocimiento. Casos emblemáticos son Japón, en los años de la posguerra, luego Corea del Sur y más recientemente China; todos ellos se desarrollaron aprovechando bajos niveles de protección de propiedad intelectual, aprendieron imitando y copiando, sin verse tempranamente empobrecidos por pagos de altos derechos de autor o dependencias tecnológicas{76}.

Es de esperar que la negociación del TPPA desemboque en un resultado que pueda implicar un consenso real y justo entre los Estados participantes y que el capítulo de propiedad intelectual se caracterice por las flexibilidades necesarias para permitir alcanzar el desarrollo económico, social y cultural de todos los involucrados por igual.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Correa, Carlos M. (ed.). Propiedad intelectual y políticas de desarrollo, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005.

Frankel, Susy. “The Legitimacy and Purpose of Intellectual Property Chapters in ftas”, en:V. 1.1. Ross Buckley y L. Boulle (eds.), Challenges to Multilateral Trade. The Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2008, pp. 185-200.

Kur, Annette y Mizaras, Vytautas. The Structure of Intellectual Property Law, Londres, Edward Elgar Publishing, 2011.

Kelsey, Jane, No Ordinary Deal. Unmasking the Trans-Pacific Partnership Free Trade Agreement, Auckland, Bridget Williams Books, 2010.

OBRAS COLECTIVAS

Layton, Ron. “Incremento de las exportaciones de propiedad intelectual a través del Comercio Justo”, en: M. Finger y P. Schuler (eds.), Poor people’s knowledge: Promoting intellectual property in developing countries (El conocimiento de la gente pobre: promoviendo la propiedad intelectual en los países en desarrollo), Washington D. C., Banco Mundial, 2004, pp. 75-94.

Parliament Great Britain, House of Commons, International Development Committee. The WTO Hong Kong Ministerial and the Doha Development Agenda, Third Report of Session 2005-06, vol. II, Londres, 2006.

Umaña Mendoza, Germán, “El TLC y la Comunidad Andina”, en: A. Acosta y F Falconí (eds.), tlc: más que un tratado de libre comercio, Quito, 2005, pp. 107-132.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

Gómez Uranga, Mikel, López Gómez, María y Araujo de la Mata, Andrés. "Los ADPIC plus en los actuales tratados bilaterales impulsados por Estados Unidos y consecuencias en los países en desarrollo", Revista de Economía Mundial, n.° 20, Sociedad de Economía Mundial, Universidad de Huelva, 2008, pp. 22-48.

Boyle, James. "A Manifesto on wipo and the future of Intellectual Property", en Duke Law & Technology Review, n.° 9, Durham, 2004.

SchmitzVaccaro, Christian. "Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses", Revista Chilena de Derecho, vol. 36, n.° 2, 2009, pp. 343-367.

DOCUMENTOS DE INTERNET

Annan, Kofi. Mensaje del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) dirigido a la Quinta Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio, Cancún, io de septiembre de 2003. Disponible en: www.un.org (consultado el 12 de febrero de 2012).

Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade. Intellectual Property and International Trade. Disponible en: www.dfat.gov.au/ip (consultado el 29 de septiembre de 2011).

Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade. Australia- United States Free Trade Agreement: Fact sheet Intellectual

Property. Disponible en: www.dfat.gov.au (consultado el 29 de septiembre de 2011).

Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad. Agenda de Innovación y Competitividad 2010-2020, 2010. Disponible en: http://biblioteca.cnic.cl (consultado el 29 de septiembre de 2011).

Departamento de Estudios de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON). Evaluación del P4 al tercer año del Acuerdo, nov. 2009. Disponible en: www.direcon.gob.cl (consultado el 29 de septiembre de 2011).

Departamento de Estudios de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON). Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (P-4). Evaluación comercial a cuatro años de entrada en vigencia del Acuerdo, nov. 2010. Disponible en: www.direcon.gob.cl (consultado el 29 de enero de 2012).

Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON). Encadenamiento productivo, sep. 2008. Disponible en: www.prochile.cl (consultado el 29 de septiembre de 2011).

Drahos, Peter. Expanding Intellectual Property's Empire: the Role of ftas, 2003. Disponible en: http://ictsd.net (consultado el 29 de septiembre de 2011).

European Commission's Directorate-General for Trade. Trade topics, Intellectual Property. Disponible en: http://ec.europa.eu (consultado el 29 de septiembre de 20Ii).

Gobiernos de Brunéi Darussalam, República de Chile, Nueva Zelanda y República de Singapur. Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica, 2005. Disponible en: www.direcon.gob.cl (consultado el 29 de septiembre de 2011).

Kelsey, Jane. New leaks of tppa text show U.S. is playing hardball, 2011. Disponible en: http://tppwatch.org (consultado el 3 de octubre de 2011).

Koo, Jimmy H. Trans-Pacific Partnership - Intellectual Property Rights Chapter, February Draft - Section by Section Analysis, 2011. Disponible en: http://infojustice.org (consultado el 3 de octubre de 2011).

New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade. tpp: Intellectual Property Chapter: Horizontal Issues/Overall Structure, General Provisions and Cooperation, 2010. Disponible en: http://www.citizen.org (consultado el 3 de octubre de 2011).

Organización de las Naciones Unidas. Summary record of the 642nd meeting. Topic: Law of Treaties, Yearbook of the International Law Commission, vol. i, 1962. Disponible en: http://untreaty.un.org (consultado el 22 de julio de 2011).

Office of the United States Trade Representative. ustr Ron Kirk Comments on Trans-Pacific Partnership Talks, 2010. Disponible en: www.ustr.gov (consultado el 29 de septiembre de 2011).

Office of the United States Trade Representative. tpp Statements and Actions to Date, 2009. Disponible en: www.ustr.gov (consultado el 29 de septiembre de 2011).

Office of the United States Trade Representative. Zoellick Joins Entertainment Industry Launch of Free Trade Coalition, 2003. Disponible en: http://ustraderep. gov (consultado el 29 de septiembre de 2011).

Tantuico, Delia S. y Zshornack, Errol wilfred. "Intellectual Property Rights: Talking Points for rp-us fta Negotiations", Philippine Institute for Development Studies, Discussion Paper Series, n.° 2006-12. Disponible en: http://dirp4.pids. gov.ph (consultado el 29 de septiembre de 2011).

world Trade Organization, Ministerial Conference. Fourth Session, Doha, 9-14 November 2001, Ministerial Declaration adopted on 14 November 2001. Disponible en: http://docsonline.wto.org

PÁGINAS INSTITUCIONALES DE INTERNET

Asia-Pacific Economic Cooperation: www.apec.org

Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade: www.dfat.gov.au

Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile: www.direcon.cl

New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade: http://www.mfat.govt.nz

Office of the United States Trade Representative: www.ustr.gov

ONG Public Citizen: www.citizen.org

Organización Mundial de Comercio: www.wto.org

MAURICIO BAQUERO HERRERA

Estabilidad financiera y Comercio Justo de servicios financieros. Los principales trabajos de la arquitectura financiera internacional encaminados a la protección de los consumidores financieros en la era de las turbulencias

INTRODUCCIÓN

La crisis financiera mundial ha dejado en evidencia imperfecciones en la provisión de los productos y servicios financieros en el ámbito doméstico y transfronterizo que afectan tanto a consumidores como a ciudadanos que nada tienen que ver con las operaciones, instituciones, personas e, incluso, las jurisdicciones causantes de la misma. Hemos sido testigos del enorme esfuerzo que los standardsetters internacionales, reguladores, supervisores y bancos centrales de los países causantes y de aquellos principalmente afectados por la crisis han realizado para alcanzar la estabilidad financiera local e internacional. Sin embargo, el diseño y establecimiento de los mecanismos necesarios para lograrlo no implican una directa protección de los consumidores de servicios financieros. En consecuencia, el propósito del presente capítulo consiste en revisar críticamente el trabajo realizado por ciertas instituciones pertenecientes a la denominada Arquitectura Financiera Internacional (afi) puntualmente en lo referente al establecimiento explícito de mecanismos de protección de los consumidores de servicios financieros.

En este escrito se argumenta que acercarse a esta clase de protección desde una visión meramente sistémica privilegia la estabilidad financiera (macro) sobre aquella que debe preocuparse por establecer mecanismos para una adecuada atención y efectiva resolución de los problemas individuales, de poco monto y sin duda poco sistémicos (micro) de ciudadanos de a pie. Si los servicios financieros ofrecidos que pueden contener tremendas injusticias y abusos con los consumidores no tienen vocación de producir efectos sistémicos, ¿no es necesario entonces establecer mecanismos de protección para los consumidores? Para que un marco de protección al consumidor financiero sea integral debe contar por lo menos con seis elementos que garanticen su efectividad, los cuales se plantean en la parte final de este documento, y propicien un Comercio Justo de productos y servicios financieros.

LA CRISIS FINANCIERA GLOBAL Y EL CIUDADANO DE A PIE

La crisis financiera subprime{1} nuevamente reiteró{2} con radicalidad y a escala global que los mercados bancario, financiero{3} y asegurador requieren de una constante intervención tanto privada (orientada por lo menos a la revisión e implementación de buenas prácticas administrativas y de autorregulación) como pública (adecuada regulación, supervisión y establecimiento de una red de seguridad estatal).

La afi{4} ha realizado importantes esfuerzos al respecto durante las últimas décadas{5}. Los mismos se orientaron, con mucha intensidad, hacia el establecimiento en el ámbito internacional e implementación a nivel doméstico de buenas prácticas y estándares en temas como la regulación, supervisión, adecuada administración de riesgos, buenas prácticas contables, gobierno societario y la cooperación internacional entre agencias locales de supervisión. Este trabajo se llevó a cabo, en un primer momento, desde una perspectiva eminentemente sectorial{6}.

La estrategia para alcanzar estabilidad financiera en un mundo globalizado{7} imponía una visión estandarizada de la regulación y supervisión locales, la cual se fue quedando rezagada frente a la interrelación e imbricación de los mercados de productos financieros. Las instituciones, actuando internacionalmente bajo esquemas de conglomerados financieros y/o a través de operaciones transfronterizas, conformaron un verdadero y complejo mercado financiero global{8} que requería una visión equivalente de los reguladores y supervisores. Sin embargo, la crisis financiera subprime encontró en sus etapas preparatorias{9} este difícil trabajo de cooperación y coordinación internacional.

De igual manera, la soberanía local de los gobiernos para disciplinar instituciones financieras que actúan internacionalmente o para prevenir o precaver los efectos de las crisis originadas en otros países devino insuficiente al actuar de manera individual o aislada. Se requería, entonces, de una adecuada coordinación internacional que contara, además, con la aquiescencia de los bancos centrales locales{10}.

Dada la gravedad de la crisis financiera global y su impacto en las diferentes economías, la actuación de los gobiernos{11}, los bancos centrales{12}, así como los estándares internacionales proferidos{13} o debidamente afinados{14} y las correspondientes reformas a la regulación e instituciones domésticas{15} han tendido, en primer lugar y como era de esperarse, a alcanzar la estabilidad financiera tanto de las economías que la originaron así como la de las mayormente afectadas. Impresionantes reformas se están implementando a nivel doméstico, como la Ley Dodd-Frank en Estados Unidos{16}, y también importantes ajustes a estándares de supervisión, por ejemplo el relacionado con el patrimonio técnico o relación de solvencia, se vienen discutiendo bajo el esquema denominado Basilea III.{17} De igual manera, una reflexión profunda sobre el papel de los bancos centrales, su función de prestamista de última instancia pero, sobre todo, su tarea como guardas de la estabilidad financiera a nivel macroeconómico se realizan a la fecha tanto a nivel teórico como regulatorio{18}.

La crisis de la deuda soberana en la Eurozona continúa minando la confianza de los actores intervinientes en los mercados financieros y, por lo mismo, la estabilidad financiera global.{19} También ha planteado profundos interrogantes sobre la consistencia del modelo europeo de integración y, por esta razón, ha exigido, entre otras, una respuesta de los gobiernos,{20} reformas a la institucionalidad europea{21} y la imposición de drásticas medidas internas de racionalidad en el gasto público{22} e incentivos a la productividad.

Sin embargo, ¿alcanzar la estabilidad de los mercados y refinar los marcos de regulación y supervisión financiera significa lograr un Comercio Justo de servicios financieros? Si temas como, por ejemplo, privilegiar la formación del ciudadano común, fomentar la asociación ciudadana, fomentar la transparencia tanto en la información como en la prestación de los servicios financieros (domésticos y transfronterizos), establecer mayores responsabilidades para los proveedores de los mismos quedan nuevamente relegados o rezagados en la agenda regulatoria, sería poco lo avanzado en la materia hasta la fecha.

Debe recordarse que en el mundo millones de ciudadanos resultaron afectados en sus recursos, ahorros pensionales, perdieron sus casas o siguen atados a deudas abusivamente pactadas o refinanciadas, en un marco de desinformación y falta de transparencia. Muchas pólizas de seguros se siguen ofreciendo y pactando sin que exista conciencia e información sobre ciertos aspectos contenidos en la letra menuda de las mismas. Cada vez más se introducen marcos institucionales que obligan a los ciudadanos a tomar decisiones de inversión sobre sus ahorros pensionales sin que exista suficiente formación e información al respecto. Así mismo, se ofrecen productos financieros complejos, servicios de administración de carteras colectivas así como activos financieros (por ejemplo, los derechos sobre activos titularizados o reempaquetados o derechos sobre facturas comerciales) que no son plenamente entendidos por los ciudadanos de a pie. Estos, en muchas ocasiones, deben sacar sus recursos excedentes del sistema o destinarlos a la inversión en vez de perder valor depositándolos en operaciones pasivas a la vista que ofrecen rendimientos que ni siquiera cubren la pérdida de valor de los dineros por razón de la inflación.

Este duro escenario global no solo devela una debacle para las economías, las instituciones y los mercados financieros, sino también revela un ciudadano de a pie fuertemente afectado por las consecuencias del comercio de servicios financieros. Proteger a este ciudadano, y no solo a las economías, instituciones y mercados, es fundamental para entender como justo el comercio de tales servicios.

De acuerdo con el Banco Mundial, hasta la crisis financiera 2007-09, cada año entraban a la economía global cerca de 150 millones de nuevos consumidores de servicios financieros{23}. Si bien, por razón de la hecatombe financiera, esta cifra ha decrecido en los últimos dos años, la misma da cuenta de la magnitud de ciudadanos que se benefician pero también pueden tener detrimento de sus recursos presentes y futuros, por razón de los efectos indeseados del comercio de esta clase de servicios. De igual manera, resulta paradójico que los esfuerzos desplegados antes de la crisis por establecer mecanismos efectivos para lograr un mayor acceso de la población a los servicios financieros{24} se vean minados por la falta de confianza de los consumidores en los mercados e instituciones financieras{25}.

Así como se ha venido desarrollando un descomunal trabajo para alcanzar y mantener estabilidad financiera, del cual se han ocupado en exceso tanto la AFI como la literatura especializada{26}, es preciso revisar, entonces, cuál ha sido la respuesta internacional desde la perspectiva de la defensa de los consumidores financieros.

EL TRABAJO DE LA ARQUITECTURA FINANCIERA INTERNACIONAL (AFI) PUNTUALMENTE EN LO REFERENTE A LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES DE SERVICIOS FINANCIEROS

Por razón de la crisis financiera global, la protección del consumidor de servicios financieros se ha convertido en una de las variadas "prioridades" de los gobiernos, englobadas bajo el concepto de reforma financiera{27}.

Vale destacar, a nivel internacional, que los jefes de las 20 naciones más poderosas de la tierra han ordenado dos tipos de acciones, tal como se acordó en la cumbre de Seúl de noviembre de 2010{28}. De una parte, la elaboración de un reporte que presente las opciones para avanzar en la protección de los consumidores financieros, dentro de un parámetro específico y a todas luces restringido: el de la adopción de decisiones informadas. Dentro de este concepto, los líderes incluyen los de la revelación, transparencia y educación, protección contra fraude, abuso y error así como la consulta y la defensa{29}. El Financial Stability Board (en adelante FSB) asumió la elaboración del mismo y lo presentó en la siguiente cumbre, llevada a cabo en Cannes entre el 3 y 4 de noviembre de 2011{30}, delimitando aún más su contenido, comoquiera que solo se ocupa de la adopción de decisiones informadas en operaciones de crédito.

De otra parte, a petición del gobierno francés{31}, los ministros de Hacienda y gerentes de los bancos centrales del G-20 solicitaron fundamentalmente al FSB y a la OCDE el establecimiento e implementación de principios que señalen los elementos mínimos que deben contener los esquemas domésticos de protección al consumidor

financiero{32}. En tal sentido, la OCDE los preparó y presentó a los ministros y gerentes en París, en la reunión de octubre de 2011, los cuales les impartieron aprobación{33}.

De manera concomitante a estos esfuerzos políticos, el Banco Mundial viene desarrollando un interesante trabajo en su programa global sobre protección al consumidor y educación financiera{34}. Esta iniciativa se enfoca principalmente en tres servicios financieros: crédito, ahorros y sistemas de pago. Así mismo, procura establecer mecanismos para fortalecer los derechos de los consumidores así como determinar una educación apropiada asociada a cada uno de los tres servicios señalados{35} en cada país donde realizan su trabajo.{36} Para el efecto, han publicado juiciosos estudios comparativos sobre la institución del Ombudsman financiero en los países de Europa de Este{37}. De igual manera, han preparado un borrador sobre buenas prácticas para la protección de los consumidores de servicios financieros{38}, sometido a discusión y comentarios en junio de 2011, que se comentará brevemente más adelante.

De acuerdo con el reporte de noviembre de 2011 del FSB, alrededor de 67 trabajos relevantes se han desarrollado a la fecha por la AFI en relación con la protección de los consumidores de servicios financieros. Los mismos se presentan en el anexo 1 de este artículo{39}. Al respecto, debe resaltarse lo siguiente:

1. Los documentos más significativos son concomitantes o posteriores a la crisis subprime. Por lo mismo, no es casual que se centren en dos temas fundamentales: educación financiera{40} y transparencia respecto de la información y la naturaleza de los productos estructurados y ofrecidos en el mercado de valores{41}.

2. Es indiscutible el liderazgo de la OCDE en relación con el desarrollo de principios, guías, recomendaciones, declaraciones y señalamiento de buenas prácticas en diversos aspectos relativos a la defensa de los consumidores de servicios financieros. No existe otro miembro de la AFI que haya tomado tan en serio, y con una tendencia integral, la protección de los consumidores financieros.

3. Se refieren a temáticas dispersas que quizás han sido atendidas por razón de crisis, escándalos y malas prácticas, como casi siempre ha sido la dinámica en el mundo financiero: la regulación y los desarrollos en materia de supervisión, en la mayoría de los casos, es una reacción a hechos que afectan negativamente la confianza en los mercados financieros{42}. Así, en esta dinámica acción-reacción ha existido poco espacio para el establecimiento de políticas globales de defensa de los consumidores financieros. Es de esperarse que a futuro, tal como lo propone el documento del FSB, alguna institución perteneciente a la AFI cumpla esta necesaria tarea.

4. Derivado del anterior, no existe una visión integral respecto de los elementos mínimos que deben ser tenidos en cuenta para el establecimiento de mecanismos de protección al consumidor de servicios financieros. Este documento sugerirá algunos elementos en su sección tercera{43}.

En la siguiente subsección se señalarán los elementos fundamentales que se encuentran en los tres principales documentos que se publicaron en 2011 relacionados con el tema que nos ocupa.

EL REPORTE DEL FINANCIAL STABILITY FORUM (FSF) DEL 26 DE OCTUBRE DE 2011{44}: LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO CON ÉNFASIS EN EL CRÉDITO

El FSF realiza un extraordinario esfuerzo al preparar este documento que, entre otras virtudes, presenta una visión sobre el estatus de la protección al consumidor financiero, que considera diferentes elementos que deben ser tenidos en cuenta al evaluar los mecanismos de protección de tales consumidores.

No obstante, el reporte se orienta hacia operaciones que tienen importancia sistémica y, dentro de las mismas, se refiere solamente a las activas de crédito fundamentales: hipotecas, cupos de créditos rotativos instrumentados a través de tarjetas de crédito así como a créditos con y sin

garantías. En tal sentido, además de ser limitado en su contenido, parece carecer de una visión integral de la protección al consumidor financiero, tal como se planteará en la tercera parte de este documento{45}.

La tabla 1 presenta una visión resumida de los principales contenidos del documento que está dividido en cinco partes fundamentales con un importante grupo de anexos: Introducción, Protección del consumidor financiero en el área de crédito, Estructura institucional y Responsabilidades, Marcos regulatorio y de supervisión y Conclusiones.Varios temas concretos devienen del informe:

1. Un importante trabajo de revisión doméstica se viene realizando tanto de los marcos institucionales (autoridades y sus competencias) como de la regulación (por ejemplo prácticas de administración adecuada del riesgo de crédito) y de los mecanismos de protección existentes (intervención directa en los productos) con el propósito de reforzarlos. Se reconoce la existencia de un momentum internacional en el tema de la protección del consumidor financiero que es preciso aprovechar. Para el efecto, sugiere el informe, es preciso establecer una institución internacional capaz de coordinar estos esfuerzos, establecer las políticas internacionales, diseñar los estándares, monitorear su implementación y servir de intermediario de los intereses de los consumidores con las otras instituciones de la afi.

2. El FSB resalta la importancia de escuchar a los consumidores. La protección de los mismos no es solo un trabajo estatal o de la industria. Para ello es preciso no solo apoyar la existencia de asociaciones de consumidores sino incentivar su participación en el diseño de las políticas, regulación y evaluación de los mecanismos de protección.

3. Este es un proceso en desarrollo. Mucho trabajo falta por hacer en términos de revisión de la regulación y de las herramientas necesarias para una efectiva protección de los consumidores de servicios financieros.

TABLA I. PRINCIPALES CONTENIDOS DEL REPORTE DEL FSB. OCTUBRE DE 2011[46]

Sección	Tema	Conceptos fundamentales
Segunda* Protección del consumidor financiero en el área de crédito	Visión global de las principales iniciativas relacionadas con políticas públicas diseñadas para fortalecer los marcos de protección al consumidor, finalizadas o en discusión.	**Lecciones de la crisis:** países que no han sufrido importantes pérdidas por razón de la crisis *subprime* y sus mecanismos de protección resultaron eficaces (fuertes reglas de revelación de información de los productos financieros ofrecidos), están preparando correctivos en materia de protección a los consumidores financieros, como es el caso de Australia. En otros casos, se afirmó la eficacia de quienes implementaron reglas para prevenir el sobreendeudamiento de los clientes así como evitar el otorgamiento irresponsable de créditos. Es el caso de Singapur, Hong Kong y Canadá. **Esfuerzos para fortalecer los marcos de protección de los consumidores** – ***Establecimiento de las autoridades a cargo de la protección de los consumidores:*** el mejor ejemplo es Estados Unidos con la adopción del Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 (Dodd-Frank Act) y la creación del Consumer Finance Protection Bureau (CFPB). – ***Implementación de prácticas responsables en el otorgamiento de créditos hipotecarios:*** importantes desarrollos se están realizando en Europa y Estados Unidos en punto a establecer mecanismos para determinar la capacidad de pago de los deudores hipotecarios.

* La primera parte es la introducción del reporte.

[46] Tomado de FSB Report, supra nota 30.

Sección	Tema	Conceptos fundamentales
		– **Intervención temprana de los productos financieros ofrecidos:** el Reino Unido está llevando a cabo una profunda reforma (Financial Conduct Authority, FCA) para la regulación de la conducta de los mercados financieros (*retail and wholesale*) (incluidos los mercados de valores organizados y mostrador, supervisando la infraestructura de negociación en que se apoyan tales mercados) y la regulación prudencial de las no reguladas por la Prudential Regulation Authority (PRA). El nuevo enfoque proactivo de la FCA tiene por objeto abordar las "causas fundamentales" del detrimento de los consumidores, como productos de baja calidad o modelos inadecuados de negocio y de incentivos perversos en las instituciones. Esto incluirá una intervención más temprana en el ciclo de vida del producto, con una fuerte determinación para desafiar la forma en que las empresas diseñan y distribuyen los productos y servicios financieros a los ciudadanos en el *retail*, aunque la protección de los consumidores al momento de venta sigue siendo esencial. – **Representación de los consumidores:** las autoridades necesitan de comprender la perspectiva del consumidor. Mantener fuertes relaciones con asociaciones de consumidores puede ayudar a apoyar un enfoque proactivo de la regulación, ofreciendo una alerta temprana sobre los riesgos potenciales para la protección del consumidor. Para lograr esto, muchos miembros del FSB están implementando procesos para involucrar a los grupos de consumidores. Es el caso de Francia, Rusia, el Reino Unido y Estados Unidos.

Sección	Tema	Conceptos fundamentales
Tercera Estructura institucional y responsabilidades	Arreglos institucionales existentes y en proceso de transformación. Es esencial que las autoridades encargadas de la materia tengan un mandato claro, con la autoridad necesaria para hacerlo cumplir. Deben tener responsabilidades claras y objetivamente definidas, contar con un gobierno apropiado, independencia operativa, rendición de cuentas de sus actividades, facultades y recursos adecuados, y mecanismos de reparación. También necesitan la capacidad y voluntad para tomar medidas efectivas para el cumplimiento de la normatividad, actuar como una autoridad creíble para contener las malas prácticas y apoyar las iniciativas de políticas de protección al consumidor.	**Esquemas institucionales** Los arreglos institucionales para la protección de los consumidores varían entre los miembros del FSB, y por lo general van desde un único organismo responsable tanto de las conductas como de los temas prudenciales; un modelo de "picos gemelos" que separa la revisión de las conductas de la regulación y supervisión prudenciales; existen así mismo varios organismos responsables para la cobertura de la protección del consumidor. **¿Compiten los objetivos de la revisión de las conductas de mercado y la supervisión prudencial?** La mayoría de los miembros del FSB ven la protección de los consumidores y la supervisión prudencial como objetivos complementarios, en lugar de competir entre sí. Incluso en varias jurisdicciones la protección de los consumidores financieros no es un objetivo explícito: las medidas de supervisión prudencial se entienden como mecanismos que los protegen indirecta e implícitamente. **Independencia y responsabilidad:** existen diferentes esquemas. Sin embargo, las autoridades en general son responsables frente al gobierno y el público. Algunas frente a sus congresos o parlamentos. En algunos casos deben hacer reportes sobre asuntos relacionados con el consumo. De igual manera, algunos son fondeados por los gobiernos, por contribuciones de la industria o, cuando están bajo el Banco Central, de las utilidades de sus operaciones. En todo caso, si bien lo tradicional es que las autoridades sean nombradas por los gobiernos, cuentan con independencia técnica y presupuestal.

Sección	Tema	Conceptos fundamentales
		Autoridades de cumplimento (aplicación de la ley): en el caso de una violación a la regulación las autoridades cuentan con una variedad de mecanismos para reprimirlas, dependiendo de su gravedad. Estos pueden ir desde amonestaciones públicas, advertencias, multas y hasta la revocación de licencias para empresas y particulares. En los casos más severos, pueden enviarse a la policía con el propósito de abrir investigaciones criminales.
Cuarta Marcos regulatorio y de supervisión	Revisión del trabajo de los reguladores y supervisores (de la regulación prudencial) en varias áreas relacionadas con la protección al consumidor. Dentro de estas, – Prácticas responsables de otorgamiento de créditos, – Guías para la revelación, – Intervención de los productos y – Resolución de quejas y disputas.	**La promoción de prácticas responsables en el otorgamiento de créditos:** en general, los límites de la concesión responsable de créditos se definen por las leyes de protección al consumidor, códigos de conducta y los requisitos normativos (por ejemplo, en materia de divulgación y evaluación de la idoneidad de los clientes). En Canadá, Hong Kong, Rusia y Turquía los requerimientos regulatorios que promueven prácticas responsables en el otorgamiento de créditos se hacen más fuertes con los códigos de conducta establecidos voluntariamente por la industria. En otros países, la regulación prudencial se utiliza para inducir también prácticas responsables, por ejemplo con la obligación de adoptar sistemas de administración de riesgo de crédito. – ***Prevención del sobreendeudamiento:*** se utilizan dos medidas clave: las evaluaciones de idoneidad de los clientes y los límites regulatorios al otorgamiento de créditos que están vinculados a los niveles de ingresos. En Australia, la Ley Nacional de Protección al Consumidor de Crédito de 2009 (CCA) obliga a realizar exámenes de la idoneidad de los consumidores para pagar, así como de la congruencia entre los productos y los objetivos del consumidor. Si a un consumidor se ha vendido un producto que no es idóneo, podrá accionar contra el proveedor por cobrar más intereses de los debidos y pedir una indemnización por la pérdida o daño causado. De igual manera, se obliga al otorgante a revisar los registros de su cliente en centrales de riesgo credicitio.

Sección	Tema	Conceptos fundamentales
		– ***Evaluación de la capacidad de endeudamiento de los consumidores:*** los registros de crédito son una herramienta importante para evaluar la capacidad de endeudamiento de los consumidores y su efectividad depende de la calidad de la información del prestatario. Muchos países cuentan con estándares para asegurar la exactitud y disponibilidad de la información contenida en tales registros, así como para salvaguardar la privacidad de la información allí contenida. – ***Protección de las prácticas de ventas desleales:*** para proteger a los consumidores de prácticas comerciales desleales, la India ha establecido guías detalladas para los agentes que venden, realizan *marketing* y recuperan cartera, en las cuales se establecen los criterios de debida diligencia que deben llevarse a cabo a la hora de contratar estos agentes, así como la formación y el asesoramiento que debe proporcionarse antes de que se les permita iniciar su actividad. Algunas jurisdicciones, como Singapur, restringen el mercadeo de tarjetas de crédito. En México, los proveedores de crédito de consumo están obligados a proporcionar una oferta vinculante por 20 días, de tal suerte que el consumidor tiene tiempo para estudiar y comparar la oferta antes de tomar una decisión. "Periodos de enfriamiento" también son aplicados en Sudáfrica y Estados Unidos. Brasil prohíbe las cláusulas contractuales que generen beneficios desproporcionados para los proveedores de crédito de consumo, así como las prácticas de cobro de deudas que pudieran resultar en la vergüenza pública de los consumidores.

Sección	Tema	Conceptos fundamentales
		Revelación y transparencia: aunque en todos los países del G-20 existen directrices relacionadas con la revelación de las características de los productos y los riesgos que envuelven, difieren en su alcance y aplicabilidad. Por ejemplo, es poco común encontrar la revelación de los incentivos. El problema inherente de ventas abusivas no se resuelve solamente mediante la definición de criterios de asesoramiento y normas sobre información, así como las prácticas de compensación deben estar alineadas con los incentivos apropiados. **Intervención de los productos/regulación:** la intervención de los productos puede tomar una serie de formas, incluyendo el control de la promoción y comercialización, la regulación de los términos y condiciones así como la intervención del producto en la "etapa de fabricación". Esta clase de intervención es practicada de diferentes maneras en los países miembros del FSB. En algunas jurisdicciones se usan indicadores (Australia, Corea, Países Bajos, Arabia Saudita) para identificar la idoneidad de los productos de crédito de consumo. Los mismos varían pero, en general, un producto será evaluado como no apto para los prestatarios individuales o hipotecarios si: - promueve el endeudamiento irresponsable que puede conducir al sobreendeudamiento, - es incompatible con la capacidad financiera, objetivos y tolerancia al riesgo del consumidor, - es vendido sin asesoramiento adecuado, - contiene cláusulas abusivas, como las que incluyen límites en las responsabilidades de los proveedores del crédito, prohibición al derecho de cancelación y terminación dos los contratos y - si se otorga la divulgación adecuada de las características del producto y sus riesgos.

Sección	Tema	Conceptos fundamentales
		Si se constata que productos no aptos se han vendido y comercializado, la mayoría de las autoridades tienen la capacidad para adoptar algún tipo de acciones civiles, penales o administrativas. Estas incluyen ordenar la corrección de ciertas características del producto; la orden de suspender/detener la venta y comercialización del mismo; la amonestación pública; imposición de multas administrativas así como la revocación de licencias. El grado en que las acciones coercitivas y las sanciones pueden ser impuestas con carácter retroactivo difiere entre los países. Si bien las medidas, por lo general, pueden ser adoptadas entre dos y seis años después de cualquier infracción (Canadá y Australia, respectivamente), no hay límites a la aplicación retroactiva de las medidas coercitivas y sanciones en China y Arabia. Algunos países (China, México, Arabia y Suiza) monitorean los productos nuevos o aquellos con características innovadoras para asegurar su adecuación a los consumidores. **Quejas y resolución alternativa de diferencias:** los mecanismos de reparación son necesarios para que los consumidores expresen sus quejas. Así, autoridades de protección a los consumidores y organismos públicos se han creado en la mayoría de las jurisdicciones. Estas agencias podrían ser unidades especiales dentro de los reguladores de conductas financieras, agencias privadas como los centros de arbitraje independiente o servicios de defensoría del consumidor. A pesar de la existencia de organismos públicos, muchos países, incluyendo Canadá, Argentina y Francia, aclaran que la responsabilidad de la resolución de quejas sobre los productos y servicios recae principalmente sobre el proveedor de crédito que se trate.

Sección	Tema	Conceptos fundamentales
		– **Análisis de quejas:** estadísticas y análisis de quejas de los consumidores se publican en los sitios web de la mayoría de los reguladores y/o en los reportes anuales de la mayoría de los reguladores de conducta financiera y otros organismos públicos que manejan quejas de los consumidores. Pero las estadísticas de quejas y análisis se suministran a nivel agregado. No se publica información sobre específicos proveedores de crédito. Muchos países han encontrado que las estadísticas y análisis sobre las quejas han sido útiles en la identificación de problemas sistémicos relacionados con los productos de crédito o con los proveedores de los mismos. – **Resolución alternativa de conflictos:** en general, los mecanismos alternativos de resolución de disputas (ADR) se encuentran relativamente disponibles para los consumidores (por razón de costos y simplicidad en el proceso, etc.) y operan independientemente de los reguladores de la conducta financiera y los proveedores de crédito. Las decisiones de los órganos de ADR suelen ser vinculantes para el proveedor, pero no para el consumidor que está en capacidad de buscar otros medios alternativos en caso de que no esté satisfecho con el resultado (Australia, Singapur).
Quinta Conclusiones	Presenta las lecciones aprendidas y resalta los vacíos donde el trabajo internacional debe orientarse para alcanzar tanto una efectiva protección del consumidor como estabilidad financiera.	Debe llamarse a alguna organización internacional de reguladores que asuma el liderazgo en la protección global de los consumidores financieros y apoye los esfuerzos domésticos e internacionales que se están realizando. Deben estudiarse los arreglos institucionales para la protección de los consumidores y, cuando sea apropiado, las mejores prácticas deben desarrollarse para guiar la reforma financiera internacional. Se necesita más trabajo para asegurar que las autoridades encargadas de la protección de los consumidores financieros cuenten con las herramientas de supervisión suficientes para identificar los vacíos y debilidades en el marco de protección de los consumidores.

LOS DIEZ PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS DE LA OCDE, 18 DE OCTUBRE DE 2011 {47}

Tal como se explica en su sección introductoria, estos principios fueron desarrollados por el Grupo de Trabajo sobre Protección al Consumidor Financiero del Comité de la OCDE sobre los Mercados Financieros (CMF), en estrecha colaboración con el FSB y su Grupo Consultivo, otras organizaciones y organismos internacionales, así como con algunas asociaciones de consumidores y de la industria{48}.

Se advierte en su contenido que estos principios están diseñados

(...) para ayudar a los países del G-20 y otras economías interesadas a mejorar la protección del consumidor financiero. Los principios complementan y no sustituyen ningún principio y/o directriz internacional vigente. En particular, no se ocupan de cuestiones sectoriales tratadas por los organismos emisores de estándares tales como BCBS, IAIS e IOSCO. Estos principios (que no son vinculantes) son aplicables a todos los sectores de servicios financieros{49}.

En consecuencia, a diferencia del reporte del FSB que presenta el estado de cosas en relación con el tema que nos ocupa, se orientan a establecer los requisitos mínimos que debe contener todo esquema doméstico de protección del consumidor de productos y servicios financieros. ¿Son integrales? En realidad engloban 10 temáticas importantes relacionadas que deben estar presentes en todo esquema de defensa del consumidor, como se observa en la tabla 2.

Sin embargo, simplemente comparando las temáticas del reporte (tabla 1) con las de los principios (tabla 2), se constatan algunas diferencias fundamentales que no se encuentran tan claramente definidas en los principios y que, en todo caso, están siendo desarrolladas a escala internacional. Se trata, por ejemplo, de la capacidad de los supervisores de realizar una intervención temprana de los productos financieros ofrecidos. Si bien este es un tema específico que no debería hacer parte de los principios, en todo caso, la experiencia de la crisis financiera global ha mostrado la importancia de que los supervisores cuenten con esta capacidad, dada la naturaleza de los productos y servicios financieros que se ofrecen a los consumidores en los diferentes mercados. Es cierto que los principios exigen unas facultades suficientes para los reguladores y supervisores, pero no las determinan, lo cual hace que su contenido sea un aporte, aunque importante, demasiado general.

De igual manera, los principios no dan cuenta de la fundamental discusión que existe en cuanto a los objetivos de la defensa del consumidor financiero: ¿compiten con la supervisión prudencial? ¿Está supeditada la protección al consumidor financiero al objetivo de la estabilidad financiera? En su introducción, parece que la OCDE toma partido cuando advierte que "la confianza del consumidor y la credibilidad en el buen funcionamiento del mercado de servicios financieros promueven la estabilidad financiera, el crecimiento, la eficiencia y la innovación en el largo plazo (,..)"{50}. Más adelante refuerza esta apreciación al advertir que "(...) la protección del consumidor financiero debe reforzarse e integrarse con otras políticas como las de inclusión y educación financiera. Esto contribuye a fortalecer la estabilidad financiera"{51}. Si bien los principios son aplicables a todos los sectores financieros, esto es, no son tan delimitados como el reporte del FSB que se limita al crédito, en todo caso comparten una visión restringida por cuanto consideran que la estabilidad financiera y la protección al consumidor son inseparables.

De otra parte, se advierte que los principios no alientan la formación de grupos de representación de los consumidores. Los da por hechos (principio I), cuando en muchos países, como Colombia, estas asociaciones, aunque bien intencionadas, son mínimas o de muy mala calidad y capacidad técnica así como faltas de representatividad.

Finalmente, el desarrollo de mejores prácticas para la protección de los consumidores no se aborda con propiedad en los mismos. Si bien los principios 3, 4, 6, 7, 8 y 9 engloban exigencias que devienen en mejores prácticas, el documento los presenta como requerimientos de todo esquema de protección. Y parece no abrir espacio a un principio fundamental que permita el desarrollo y adopción de buenas prácticas promovidas a nivel local e internacional, como lo está haciendo a la fecha el Banco Mundial en el documento que se describirá en seguida y lo han hecho las instituciones de la afi de que da cuenta el anexo 1 del presente escrito. Nótese que una característica inevitable de la visión de protección al consumidor es el retail, el individuo de a pie, la operación concreta. Por eso es fundamental la identificación y el establecimiento de buenas prácticas, como principio de protección al consumidor.

TABLA 2. LOS DIEZ PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO DE LA OCDE

	Diez principios
1.	Los marcos legal, regulatorio y de supervisión
2.	El papel de las instituciones de supervisión
3.	Tratamiento equitativo y justo de los consumidores
4.	Revelación y transparencia
5.	Educación Financiera y Concientización
6.	Una conducta de negocios responsable de los Proveedores de Servicios Financieros y Agentes Autorizados
7.	Protección de los activos de los consumidores contra el fraude y el uso indebido
8.	Protección de los Datos y la Privacidad de los consumidores
9.	Manejo de quejas y reparación
10.	Competencia

¿Aportan los principios algo realmente novedoso? Si bien los componentes de la estructura son fundamentales, en principio nada nuevo parece derivarse de este ejercicio de la OCDE. Porque si se repasan las 10 temáticas allí señaladas, muy rápidamente se encuentra que en Colombia existe regulación e institucionalidad que las cubre, establecida fundamentalmente por las leyes 1266 de 2008, 1328 de 2009 y 1480 de

2011 así como el Decreto 5555 de 2010, y que se encuentran desarrolladas, en lo pertinente, por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera. Otra cosa es que el marco diseñado sea suficiente y/o coherente. Sin embargo, este ejercicio no lo posibilita la lectura plana del documento que nos ocupa.

Para quienes tienen dificultades en la lectura del inglés, en el anexo 2 se presenta una traducción libre de los principios para facilitar su análisis, discusión y difusión.

LAS BUENAS PRÁCTICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS, BANCO MUNDIAL, MARZO 2011{52}

El Banco Mundial presenta, en un extenso documento, un borrador de consulta para comentarios, una interesante selección de buenas prácticas para la protección de los consumidores financieros. Las mismas se clasifican por sectores, lo cual es un importante avance frente a los trabajos del FSB y la OCDE. El proyecto, tal como allí se define, tiene como objetivo "aportar información práctica y métodos basados en la experiencia para el fortalecimiento de la protección financiera del consumidor"{53}. Por eso se constituye en una pieza valiosa que recoge más de 8 años de trabajo del grupo encargado de formularlas.

El documento aclara:1) Estas buenas prácticas solo se aplican a sistemas financieros regulados y no a los servicios financieros informales. 2) No se espera que las mismas se apliquen en su totalidad en todos los países. Inevitablemente, su implementación debe adaptarse a las correspondientes necesidades específicas del país y los objetivos de sus políticas de protección al consumidor. 3) No incluyen una lista exhaustiva de productos y servicios financieros. En su lugar, establecen requisitos mínimos para la protección del consumidor solo respecto de los productos y servicios financieros más utilizados{54}.

Como quiera que por razones de espacio no es posible comentar a profundidad el contenido de este documento, en la tabla 3 se señalan en general sus partes y estructura principal; se recomienda, en todo caso, al lector que las revise.

TABLA 3. MATRIZ DE CONTENIDO DEL REPORTE DEL BANCO MUNDIAL SOBRE PRÁCTICAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO

Clase de institución / Tema	Bancos	Valores	Seguros	Instituciones crediticias no bancarias
Instituciones de protección al consumidor	x	x	x	x
Divulgación y prácticas de venta	x	x	x	x
Manejo de cuentas de clientes y mantenimiento	x	x	x	x
Privacidad y protección de datos	x	x	x	x
Mecanismos de resolución de disputas	x	x	x	x
Los sistemas de garantías e insolvencia	x	x	x	x
Empoderamiento del consumidor	x	x	x	x
Competencia y protección del consumidor	x			

Fuente: Banco Mundial (2011).

DIRECTRICES DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (1999/2003){55}

Este documento de la ONU es aplicable a todos los consumidores en general, de tal suerte que no hace énfasis en los servicios y productos financieros. Sin embargo, nótese que las directrices fueron proferidas sin las presiones de la crisis financiera global. Las mismas contienen algunos elementos que denotan una visión integral del marco de protección de los consumidores que es preciso resaltar.

En efecto, cuando se repasan sus principios generales, se encuentran los siguientes:

a) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad. [Dentro de la misma, podríamos incluir su seguridad económica]; b) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; c) El acceso de los consumidores a una información

adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; d) La educación del consumidor, incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor; e) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor; f) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten; g) La promoción de modalidades sostenibles de consumo [elemento novedoso que tiene implicaciones en el comercio de bienes y servicios financieros tal como se presenta a continuación]{56}.

La exigencia de un consumo sostenible es un elemento adicional que no se contempla en ninguno de los documentos analizados anteriormente. El mismo se define dentro del texto así: "(...) que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental"{57}.

Este podría ser un principio aplicable a la protección de los consumidores financieros. Y su alcance es bien interesante y parece aportar una visión nueva a la discusión: ¿debería permitirse el desarrollo y ofrecimiento de productos y servicios financieros que no sean sostenibles desde la perspectiva económica y social, dados sus riesgos y posibles consecuencias para las economías y los consumidores?

En un mercado financiero global, este concepto de sostenibilidad se torna más fuerte cuando se asocia al de Justicia Global propuesto por Thomas Pogge{58} aplicado a las relaciones económicas: ningún diseño institucional, ninguna clase de operación financiera doméstica o global, ningún trabajo de los standar setters internacionales puede escapar al análisis de su impacto en la población global, no solo de aquellos mercados domésticos que se benefician o afectan directamente con los resultados de tales esfuerzos.

OTRAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES RELEVANTES QUE PODRÍAN PUBLICAR TRABAJOS A FUTURO

En primer lugar, es preciso hacer seguimiento de los trabajos y futuro mandato de FinCoNet{59} Esta institución se creó en 2003 como un foro para el diálogo y el intercambio de información sobre la protección del consumidor financiero en punto a desarrollos normativos y de los mercados [incluyendo en su momento la educación financiera, tema que posteriormente lo asumió la Red Internacional de Educación Financiera (RIEF), auspiciada por la OCDE{60}]. FinCoNet reúne a los organismos públicos de varios países que tienen un especial interés y experiencia en la regulación y supervisión financiera relacionada con la protección al consumidor financiero. El futuro mandato de FinCoNet se centrará en asuntos de supervisión que no sean tratados por otros organismos pertenecientes a la AFI. Su trabajo también podría complementar el de la OCDE y podría ser la institución llamada a coordinar los trabajos internacionales en la materia, como lo sugiere el reporte del FSB.

Así mismo, la Red Internacional de Protección al Consumidor y Cumplimiento (ICPEN){61} es una organización integrada por autoridades de protección de los consumidores de 40 países. Su mandato consiste en compartir información sobre las actividades comerciales transfronterizas que pueden afectar a los intereses del consumidor y fomentar la cooperación internacional entre organismos de supervisión en estas materias. Sus objetivos son los siguientes: a) Generar y compartir información e inteligencia sobre cuestiones relacionadas con la protección del consumidor; b) Compartir las mejores prácticas en los enfoques legislativos y de control para la protección del consumidor; c) Adoptar medidas para combatir las infracciones transfronterizas de las leyes de protección al consumidor; d) Facilitar remedios transfronterizos eficaces{62}. Si bien engloba autoridades establecidas para la protección de los consumidores en general, su trabajo podría aportar elementos para la protección de los consumidores de servicios financieros que son proveídos transfronterizamente.

Finalmente, en el ámbito regional está el Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC){63} que reúne a las entidades gubernamentales responsables de velar por la protección al consumidor en general.

LA BÚSQUEDA DE LOS ELEMENTOS MÍNIMOS QUE TODO ESQUEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEBE CONTENER PARA ALCANZAR UN COMERCIO JUSTO DE SERVICIOS Y PRODUCTOS FINANCIEROS

El Comercio Justo de servicios financieros implica que su desarrollo doméstico e internacional se realice en condiciones que no afecten tanto a los contratantes como a terceros y economías que nada tienen que ver con tales operaciones. La crisis financiera mundial ha dejado en evidencia imperfecciones en la provisión de tales servicios a nivel doméstico y transfronterizo que afectan tanto a consumidores como a ciudadanos que nada tienen que ver con las operaciones, instituciones, personas e incluso las jurisdicciones causantes de la misma. El presente documento revisa críticamente el trabajo realizado por ciertas instituciones pertenecientes a la afi en punto al establecimiento explícito de principios, prácticas y mecanismos de protección de los consumidores de servicios financieros. Ciertamente, en el ámbito internacional existe un momentum propicio para el impulso de principios, diseño institucional y establecimiento de los mecanismos mínimos necesarios para la protección global de esta clase de consumidores.

Cuando se repasan los marcos para la protección de los consumidores financieros, los elementos más comunes que se encuentran son los que se implementan con regulación y que son entendidos como herramientas eficaces: la revelación y transparencia en la información, tratamiento equitativo de los consumidores, velar por la capacidad de selección de los productos y servicios por parte de los mismos, reparación, protección de la información{64}, así como mecanismos de resolución de conflictos {65}. De igual manera, se tienen en cuenta la educación financiera{66} y el

fomento de la asociación de los consumidores. Adicionalmente, no puede faltar el análisis de los esquemas institucionales para la defensa de los consumidores que dé cuenta de las autoridades y su capacidad para defender a esta clase de consumidores. ¿Son suficientes estos elementos? {67} ¿Existirán otros que sean igualmente importantes? ¿Es posible tener una visión integral? En esta sección se plantean para la discusión un conjunto de seis elementos mínimos que todo esquema de protección de los consumidores de servicios financieros debe tener. La mayoría están contenidos en los documentos analizados en las secciones anteriores, como quiera que han sido desarrollados por la AFI; otros, desafortunadamente, no. Se presentan en la tabla 4 y se explican en las siguientes subsecciones.

TABLA 4. ELEMENTOS MÍNIMOS QUE TODO ESQUEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS DEBE TENER

Elementos mínimos
1. Desarrollo y revelación de los fundamentos teóricos en que se basa el esquema.
2. Diseño de políticas estatales coherentes de protección al consumidor financiero.
3. Adecuado marco institucional.
4. Diferentes herramientas de protección consagradas en las normas.
5. Mecanismos de educación financiera.
6. Impulso y protección de las asociaciones de consumidores.

REVISIÓN, DESARROLLO Y REVELACIÓN DE UN MARCO TEÓRICO SUFICIENTE QUE FUNDAMENTE LAS ESTRATEGIAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Cuando se revisan los trabajos de la afi relacionados con la defensa del consumidor de servicios financieros, se encuentra que en ninguno se realiza un estudio juicioso de la literatura que fundamente teóricamente los mecanismos de defensa que promueven. Esto puede explicarse por el pragmatismo propio del Derecho Financiero, Bursátil y Asegurador. Frente a una crisis, es incluso contraproducente sentarse a teorizar cuando lo que

se necesita es actuar. Sin embargo, quienes están llamados a adoptar las medidas correspondientes deben tener una formación tal que sus decisiones sean creíbles y efectivas. No en vano, Ben Shalom Bernanke, antes de convertirse en el actual presidente del Sistema de la Reserva Federal estadounidense, estudió con gran profundidad la crisis de los años treinta hasta convertirse en un experto en la materia. Ciertamente, las difíciles medidas que tuvo que adoptar la Fed en medio de la crisis subprime tuvieron como soporte el amplio conocimiento tanto de su presidente como de los demás miembros del sistema.

Ahora bien, si se considera que todos los ciudadanos de a pie actúan racionalmente frente a decisiones financieras, esta concepción definirá tanto la institucionalidad como las herramientas de protección que sean acordes con esta percepción{68}. El esquema sin duda estará basado con mucha fuerza, por ejemplo, en la transparencia y revelación de la información, para que este ser racional tome decisiones informadas.

Sin embargo, es claro que falta mucha investigación teórica, en particular la que se apoya en ciencias del comportamiento{69}. Finalmente, la educación financiera que se promueve, las asociaciones de consumidores así como los demás mecanismos de protección son aplicables a un ser humano particular en una situación específica. Por ello es deseable que el diseño y evaluación de las políticas, estructuras y herramientas de protección del consumidor financiero se alimenten de los resultados de estas investigaciones, que deben revelar la perspectiva desde la cual se construyen.

DISEÑO DE POLÍTICAS ESTATALES Y SUPRANACIONALES COHERENTES

Muchas veces los esquemas de protección al consumidor responden a situaciones particulares coyunturales, a crisis financieras, escándalos económicos o políticos que introducen medidas en el corto plazo, bien intencionadas, pero sin una profunda reflexión. Por eso es necesario que

tanto a nivel doméstico como internacional existan instituciones que tengan como mandato establecer las políticas de largo plazo para la protección de los consumidores de servicios financieros. Los cuatro documentos analizados, de una u otra forma, dan cuenta de esta exigencia.

En Colombia, el Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Financiera son las instituciones encargadas del diseño de estas políticas para los consumidores financieros. En los últimos años se han realizado tanto esfuerzos legislativos como de desarrollo normativo a nivel de decretos preparados por el ministerio y circulares del supervisor. Sin embargo, no se conocen los documentos que expliquen las políticas que fundamentaron tales esfuerzos normativos y planteen el norte de la protección del consumidor financiero. Al mismo tiempo, se han introducido importantes mecanismos de protección (los defensores del consumidor financiero, el capítulo I de la Ley 1328 de 2009, las circulares sobre cláusulas y prácticas abusivas, las funciones jurisdiccionales de la superintendencia, etc.) que dan la sensación, en todo caso, de insuficiencia a la hora de atender las necesidades del ciudadano de a pie.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que no estamos aislados, que el país avanza a pasos rápidos hacia la integración global y que, por razón de la apertura unilateral así como de los compromisos adquiridos a través de acuerdos de integración económica o de libre comercio, la provisión transnacional de servicios y productos financieros será cada vez más una realidad. Por eso, en Colombia no solo debe existir una política doméstica coherente sino también que tenga un contenido internacional. Las autoridades deben esforzarse por asistir y participar en los foros internacionales donde se debaten estos temas y se establecen los estándares correspondientes.

UN ADECUADO MARCO INSTITUCIONAL

Tal como se plantea de manera clara en las directrices de la ONU, los gobiernos “deben establecer o mantener una infraestructura adecuada que

permita formular, aplicar y vigilar el funcionamiento de las políticas de protección del consumidor (...)"{70} que proteja a los consumidores de productos y servicios financieros de las fallas existentes en los diferentes mercados financieros (entre otras, la asimetría de la información, poder de mercado, los mercados incompletos y las externalidades negativas).

Al respecto, el informe del FSB da cuenta de diversos arreglos institucionales que existen en los países del G-20 que difieren del existente en el país. ¿Es conveniente el que tenemos? Ciertamente, para comenzar la discusión podríamos decir que, si bien la protección de la estabilidad financiera y la defensa del consumidor financiero son objetivos complementarios, en ocasiones se repelen o se entiende que uno tiene mayor jerarquía que otro. En el país, la protección de la estabilidad financiera ha sido la tradición y orgullo de la Superintendencia Financiera. Lo hace muy bien. Es un modelo en la región. No así en la defensa de los consumidores. Por eso, esquemas como la creación de un Ombudsman financiero es una figura que debe considerarse{71}. Igualmente, se insiste, no debe perderse de vista el aspecto internacional de la provisión de productos y servicios financieros.

HERRAMIENTAS DE DIVERSA NATURALEZA CONTENIDAS EN LA NORMATIVIDAD CUYA EFICACIA Y EFICIENCIA SEA EVALUADA CONSTANTEMENTE Y REDEFINIDA DE SER NECESARIO

Se han desarrollado múltiples herramientas para la defensa de los consumidores, las cuales se introducen en los países por medio de reformas normativas. Los documentos a los que nos hemos referido dan cuenta de muchas de ellas. En la tabla 5 se listan algunas. Nótese, por ejemplo, que cerca de 8 de los principios de la OCDE pueden englobarse dentro de esta exigencia de todo esquema de protección de los consumidores financieros.

TABLA 5. ALGUNAS HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN QUE PUEDEN DESARROLLARSE EN LA REGULACIÓN

Incentivar el acceso de la población a los servicios y productos financieros.*	Libertad de elección sin restricciones.
Intervención (temprana) de los productos.	Capacidad sancionatoria de la autoridad.
Protección contra cláusulas y prácticas abusivas.	Atención de quejas.
Consumo sostenible.**	Resolución de disputas.
Transparencia y revelación de información sobre los productos.	Mecanismos alternativos de solución de disputas.
Reglas para la adecuada conducción de los negocios.	Compensación efectiva.
Los sistemas de garantía e insolvencia.	Información sobre el costo total del crédito.
Reglas sobre privacidad y protección de la información.	Tratamiento equitativo.
Protección de los activos de los consumidores contra el fraude y el uso indebido.	Tabla de resumen de los productos (*summary boxes*).
Fomento y protección de la competencia.	Periodos de enfriamiento (*cooling periods*).

* El tema del acceso financiero está siendo atendido a nivel de G-20 por el Financial Inclusion Action Plan. Ver Leaders of the G20. "Seoul Summit Annex 11: Multi-year action plan on development", 11-12 de noviembre de 2010. Disponible en http://media.seoulsummit.kr. Ver también "Survey Shows Financial Access Growing Despite Effects of the Financial Crisis", diciembre 28 de 2010. Disponible en www.cgap.org

** Ver Directrices UN, supra nota 55.

SUFICIENTES MECANISMOS DE EDUCACIÓN FINANCIERA

La educación financiera ha sido objeto de múltiples estudios y desarrollos tanto local como internacionalmente. Existe un consenso general sobre los beneficios de la misma{72}. El autor abogó por la inclusión dentro de la Ley 1328 de 2009 de todos los deberes, obligaciones y derechos

relacionados con la educación financiera, cuyos textos finales relacionados con el tema ayudó a redactar. Sin embargo, deben atenderse los interesantes argumentos de Lauren Willis quien en diferentes escritos ha mostrado que la educación financiera no es suficiente y puede traer consecuencias indeseadas si no se establecen políticas, instituciones y herramientas adecuadas y concomitantes{73}.

Dada la naturaleza y complejidad de los productos, servicios e instituciones que sirven en los diferentes mercados financieros, todo esquema de protección al consumidor financiero debe partir de la pregunta de si es necesario educar a la población sobre temas básicos que le ayuden a entender lo que se le ofrece y si eso que le es ofrecido sirve para atender sus necesidades y capacidades. No es lo mismo comprar un televisor que tener acceso a un portafolio de inversiones, a un crédito hipotecario, obtener un cupo de crédito rotativo o adquirir determinada póliza de seguros.

De igual manera, deben establecerse los contenidos de tales esquemas educativos y debe debatirse si impartir tal educación es responsabilidad tanto del Estado como de los proveedores de los mismos y si es conveniente que se enseñen estas temáticas desde temprana edad y cuál es el propósito de este esfuerzo. Así mismo, ha de determinarse cuál es el papel de las instituciones educativas en toda esta política de educación.

Debe tenerse especial cuidado en que las campañas “educativas” de la industria no se conviertan en verdaderas campañas de marketing disfrazadas y que no se culpe al consumidor, por razón de tener acceso a educación, por productos mal concebidos o la existencia de cláusulas abusivas que ha debido entender.

FOMENTO Y PROTECCIÓN DE ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES PARA LA DEFENSA DE SUS DERECHOS E INTERESES

Los consumidores deben ser conscientes de sus derechos y obligaciones, así como entender que una mejor defensa podría lograrse si parte de sí mismos. Comoquiera que los intereses de los consumidores están dispersos, es razonable que existan instituciones que los aglutinen y representen.

Si bien las asociaciones de consumidores son un complemento fundamental de esta estructura de defensa, su establecimiento debe cumplir con ciertos requisitos. En primer lugar, al parecer esas asociaciones no se forman espontáneamente. En consecuencia y cuando sea necesario, el Estado debe contar con una política de fomento de las mismas bajo ciertas condiciones. Segundo, la dirigencia de estas asociaciones debe cumplir con unos requisitos de formación y entendimiento del sector que han de ser superiores a los de cualquier otra asociación, para que su impacto sea mayor. Debe recordarse que las instituciones financieras pueden vincular a los mejores asesores para el diseño de sus productos y la defensa de sus intereses. Por eso, quienes tengan la vocería y representación de los consumidores financieros deben entender lo que se está discutiendo. Tercero, no existe en el país una vocación proconsumidor en la formación de los abogados que se especializan en el sector bancario, bursátil y asegurador. Es obvio que los salarios, capacidad de crecimiento y figuración son más atractivos en el sector. Además, quien se "atreva" a disentir de los parámetros del gremio puede encontrar cerrado el acceso a la prestación de sus servicios jurídicos en el mercado. Por ello se necesita de una vocación especial para tomar partido por la parte débil y tener el coraje de enfrentar a los mejores, contratados con los recursos (ahorros o por pago de intereses) de los mismos consumidores.

A MODO DE CONCLUSIÓN: LOS RETOS DEL PRESENTE Y EL FUTURO

Este artículo evidencia la existencia de un interés muy fuerte por la defensa del consumidor de productos y servicios financieros en el ámbito internacional. La crisis financiera global ha dejado, en medio de todo, una buena noticia. La defensa del consumidor financiero es un trabajo en que, si

bien se ha acometido con gran decisión en nuestro país, la AFI se encuentra en una época de definiciones impulsada por el compromiso político de los líderes del G-20 que han impartido instrucciones al FSB y a la OCDE para la preparación de reportes y el desarrollo de principios al respecto. El presente escrito dio cuenta de estos dos importantes trabajos y llamó la atención respecto del ejercicio de definición de mejores prácticas que viene realizando el Banco Mundial. La primera enseñanza consiste entonces en que somos testigos de desarrollos fundamentales que requieren de la existencia de una institución internacional que coordine los esfuerzos que se están llevando a cabo por las diversas instituciones de la AFI.

De otra parte, la crisis financiera global ha evidenciado que los productos y servicios financieros son de una naturaleza especial. Su comercio supone elementos adicionales que pueden traer grandes beneficios para las economías pero, también, consecuencias nefastas para el ciudadano de a pie, que distan de poderlo definir como justo cuando se presentan las hecatombes financieras. Así, mucho trabajo queda por hacer en esta área con una perspectiva de Justicia Global como lo plantea POGGE. Con el propósito de construir una visión integral de los esquemas de protección al consumidor financiero, este documento propone seis elementos mínimos que deben estar presentes en todo marco doméstico y reflexión internacional para poder avanzar propiamente hacia un verdadero Comercio Justo de productos y servicios financieros a nivel global.

ANEXO I

LISTADO DE LOS PRINCIPALES TRABAJOS DE LA AFI RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Institución	Documentos oficiales relacionados	Propuestas de políticas
BIS	– Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz, 2006.[1/] – Principios generales para la provisión de servicios de remesas internacionales, 2007[3/]. – Principios Básicos para sistemas de seguro de depósitos eficaces (2009 con IADI)[6/].	– Debida diligencia con la clientela de los bancos (2001)[2/]. – Conozca a su cliente: Administración consolidada del Riesgo (2004)[4/]. – Cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos (2005)[5/]. – Idoneidad de los clientes en la venta al detal de los productos y servicios financieros (2008, en conjunto con IOSCO, IAIS)[7/].
G20 / FIEG	– Principios para un novedoso acceso a los servicios financieros (2010)[8/].	
IADI	– Principios Básicos para sistemas de seguro de depósitos eficaces (2009 con IADI)[9/].	
IAIS	– Principios relacionados con la conducta de los negocios en el mercado de seguros (1999)[10/]. – Principios básicos de supervisión de los seguros y metodología (2003)[12/]. – Principios para la supervisión de la provisión de seguros por la internet (2004)[14/].	– Documento guía de Revelación Pública para los Aseguradores (2002)[11/]. – Documento guía para la prevención, detección y remedio del fraude en Seguros (2006)[13/]. – Idoneidad de los clientes en la venta al detal de los productos y servicios financieros (2008, en conjunto con BIS, IOSCO)[15/].
IOPS	– Directrices para la intervención del supervisor, ejecución y sanciones (2009)[16/]. – Principios para la supervisión de Fondos de Pensiones Privados (2010)[18/].	– Información a los miembros de Planes de Pensiones DC: Marco conceptual y tendencias internacionales (2008)[17/].

Institución	Documentos oficiales relacionados	Propuestas de políticas
IOSCO	– Objetivos y principios de la regulación del mercado de valores (2008)[19].	– Principios relativos a suspensiones de los restituciones en instituciones de inversión colectiva, Informe del Comité Técnico de IOSCO (2011)[20].
		– Principios de divulgación en punto de venta, Informe del Comité Técnico de IOSCO (2011)[21].
		– Directrices para la regulación de los conflictos de interés que enfrentan los Intermediarios del Mercado de Valores, Reporte del Comité de Mercados Emergentes de IOSCO (2010)[22].
	– Metodología para evaluar la aplicación de los Objetivos y Principios de la Regulación del Mercado de Valores de IOSCO (2011)[23]	– La transparencia de los productos financieros estructurados, Informe del Comité Técnico de IOSCO (2010)[24].
		– Principios de divulgación de ofertas públicas y listados de los activos de titularización, Informe del Comité Técnico de IOSCO (2010)[25].
		– Protección de los Accionistas Minoritarios en emisores listados, Informe del Comité Técnico de IOSCO (2009)[26].
OCDE	– Recomendación relativa a la publicidad y el procedimiento aplicable a todos los valores ofrecidos públicamente (1974)[27].	– Transferencia electrónica de fondos: tarjetas plásticas y consumo (1989)[28].
	– Recomendación relativa a los reglamentos para la oferta pública y para el listado en Bolsas de Valores o Cotización de Valores Extranjeros (1974)[29].	– Mejorando la Educación Financiera: Análisis de problemas y políticas (2005)[30].
	– Recomendación sobre la protección del consumidor en el ámbito del crédito de consumo (1977)[31].	– Protección de los beneficios: los derechos prioritarios de crédito para fondos de pensiones (2007)[32].
	– Guía para la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales (1980)[33].	– Rentas vitalicias y Educación Financiera (2008)[34].
	– Recomendación sobre directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico (1999)[35].	– Crisis financiera: Seguro de Depósitos y Aspectos Relacionados con la Red de Seguridad Financiera (2008)[36].
	– Directrices para la seguridad de los Sistemas de Información y Redes: Hacia una cultura de seguridad (2002)[37].	– Turbulencia financiera: algunas lecciones respecto del Seguro de Depósitos (2008)[38].
	– Recomendación relativa a las Directrices para la Protección de los consumidores de prácticas comerciales fraudulentas y engañosas en operaciones transfronterizas (2003)[39].	– Mejorar la educación financiera y la concientización en seguros y pensiones privadas (2008)[40].

Institución	Documentos oficiales relacionados	Propuestas de políticas
OCDE	– Principios de Buen Gobierno Societario (2004)[41/].	– Educación del consumidor: recomendaciones sobre las políticas de protección a los consumidores (2009)[42/].
	– Recomendación de Buenas Prácticas para la gestión de la reclamación de seguros (2004)[43/].	– Educación Financiera y la Crisis (2009)[44/].
	– Principios rectores para la calidad del regulador y evaluar sus actuaciones (2005)[45/].	– Promoción de la educación del consumidor: Tendencias, políticas y buenas prácticas (2009)[46/].
	– Recomendaciones sobre las directrices para la gobernanza de las aseguradoras (2005)[47/].	– Hacer frente a las deficiencias en la protección al consumidor financiero en la era poscrisis (2010)[48/].
	– Recomendación relativa a los principios y Buenas Prácticas sobre Educación Financiera y Concientización (2005)[49/].	
	– Principios básicos de la regulación de pensiones ocupacionales (2007)[50/].	– Kit de herramientas de política para los consumidores (2010)[51/].
	– Recomendación sobre reparación en la resolución de conflictos (2007)[52/].	– Protección de los consumidores e Innovación Financiera: unas cuantas proposiciones básicas (2010)[53/].
	– Recomendación de Buenas Prácticas para incrementar la concientización sobre el riesgo y la educación en materia de seguros (2008)[54/].	
	– Recomendación de Buenas Prácticas para la Educación Financiera en relación con las pensiones privadas (2008)[55/].	– Manual de políticas para la concientización de los peligros naturales y la reducción del riesgo en educación (2010)[56/].
	– Recomendación sobre buenas prácticas en la educación financiera y sensibilización en materia de crédito (2009)[57/].	
	– Recomendación sobre un marco de políticas para la regulación financiera eficaz y eficiente (2009)[58/].	– Proteger y empoderar a los consumidores en la economía de internet; opciones para el avance de la revisión de las directrices de 1999 de la OCDE (2010)[59/].
	– Declaración sobre la Propiedad, Integridad y Transparencia en la Gestión de Negocios y Finanzas Internacionales (2010)[60/].	
	– Proyecto de directrices sobre la educación financiera en la escuela (2011)[61/].	
	– G-20 principios de alto nivel sobre protección al consumidor financiero 2011[62/].	– Guías para la Evaluación de Programas de Educación Financiera (2011)[63/].

Institución	Documentos oficiales relacionados	Propuestas de políticas
Banco Mundial	– Principios Generales para Servicios de Remesas Internacionales (2007 con el BIS)[64].	– Buenas Prácticas de Protección al Consumidor y Educación Financiera en Europa y Asia Central: una herramienta para el diagnóstico (2010)[65]. – Protección de los Consumidores y Educación financiera: lecciones a partir de nueve estudios de país (2010)[66]. – Principios generales de presentación de informes de crédito, Informe Consultivo (2011)[67]. – Borrador para comentarios del proyecto de Buenas Prácticas de Protección al Consumidor Financiero (2011)[68].
Naciones Unidas		– Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor[69].
FSB Financial Stability Board		– Protección al Consumidor Financiero con especial atención en el crédito[70].
Others		– El caso de la educación financiera en los países en desarrollo (2009, conjuntamente por el Banco Mundial, la OCDE, el DFID, el CGAP)[71].

1/ Core Principles for Effective Banking Supervision, octubre de 2006. Disponible en www.Bls.org 2/ Customer Due Diligence for Banks (2001). Disponible en espanol en www.Bls.org

3/ General Principles for International Remittance Services (2007 with World Bank). Disponible en www.Bls.org 4/ Consolidated kyc Risk Management (2004). Disponible en www.Bls.org 5/ Compliance and Compliance function in Banks (2005). Disponible en www.Bls.org 6/ Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems. Disponible en www.Bls.org

7/ Customer Suitability in the Retail Sale of Financial Products and Services (2008, junto con iosco, iais). Disponible en www.Bls.org

8/ Principles for Innovative Financial Inclusion (2010). Disponible en www.gpfi.org

9/ Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems. Disponible en www.Bls.org

10/ Principles for Conduct of Insurance Business (1999). Disponible en www.iaisweb.org

11/ Guidance Paper on Public Disclosure by Insurers (2002). Disponible en www.iaisweb.org

12/ Insurance Core Principles and Methodology (2003). Disponible en www.iaisweb.org

13/ Guidance Paper on Preventing, Detecting and Remedying Fraud in Insurance (2006). Disponible en www.iaisweb.org

14/ Principles on the Supervision of Insurance Activities on the Internet (2004). Disponible en www.iaisweb.org

15/ Customer Suitability in the Retail Sale of Financial Products and Services (2008, junto con Bis, iosco). Disponible en www.Bls.org 16/

Guidelines for Supervisory intervention, Enforcement and Sanctions (2009). Disponible en www.iopsweb.org

17/ Information to members of Dc Pension Plans: Conceptual Framework and International Trends (2008). Disponible en http://papers.ssrn.com

18/ Principles of Private Pension Supervision (2010). Disponible en http://www.iopsweb.org/dataoecd/59/7/40329249.pdf

19/ Objectives and Principles of Securities Regulation (2008). Disponible en www.cnmv.es

20/ Principles on Suspensions of Redemptions in Collective Investment Schemes, Report of the Technical Committee of iosco (2011). Disponible en http://hb.betterregulation.com

21/ Principles on Point of Sale Disclosure, Report of the Technical Committee of iosco (2011). Disponible en www.losco.org

22/ Guidelines for the Regulation of Conflicts of Interest Facing Market Intermediaries, Report of the Emerging Markets Committee of Iosco (2010). Disponible en www.secp.gov.pk

23/ Methodology for Assessing Implementation of the Iosco Objectives and Principles of Securities Regulation (2011). Disponible en http://hb.betterregulation.com

24/ Transparency of Structured Finance Products, Report of the Technical Committee of Iosco (2010). Disponible en www.losco.org

25/ Disclosure Principles for Public Offerings and Listings of Asset-Backed Securities, Report of the Technical Committee of iosco (2010). Disponible en www.losco.org

26/ Protection of Minority Shareholders in Listed Issuers, Report of the Technical Committee of Iosco (2009). Disponible en www.losco.org

27/ Procedures to be Applicable to all Publicly Offered Securities (1974).

28/ Electronic Funds Transfer: Plastic Cards and Consumer (1989).

29/ Recommendation concerning Regulations for the Public Offer and for Stock Exchange Listing or Quotation of Foreign Securities (1974).

30/ Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies (2005). Disponible en www.oecd.org

31/ Recommendation concerning Consumer Protection in the field of Consumer Credit (1977). Disponible en www.oecd.org

32/ Benefit Protection: Priority Credit Rights for Pension Fund (2007). Disponible en www.oecd.org

33/ Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (1980). Disponible en www.oecd.org

34/ Annuities and Financial Education (2008). Disponible en www.oecd.org

35/ Recommendation Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce (1999). Disponible en www.oecd.org

36/ Financial Crisis: Deposit Insurance and Related Financial Safety Net Aspects (2008). Disponible en www.oecd.org

37/ Guidelines for the Security of Information Systems and Networks: Towards a Culture of Security (2002). Disponible en www.oecd.org

38/ Financial Turbulence: Some Lessons Regarding Deposit Insurance (2008). Disponible en www.oecd.org

39/ Recommendation Concerning Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices across Borders (2003). Disponible en www.oecd.org

40/ Improving Financial Education and Awareness on Insurance and Private Pensions (2008) . Disponible en www.oecd.org

41/ Principles of Corporate Governance (2004). Disponible en www.oecd.org

42/ Consumer Education: Policy Recommendations on Consumer Policy (2009). Disponible en www.oecd.org

43/ Recommendation on Good Practices for Insurance Claim Management (2004). Disponible en www.oecd.org

44/ Financial Education and the Crisis (2009). Disponible en www.oecd.org

45/ Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance (2005) . Disponible en www.oecd.org

46/ Promoting Consumer Education: Trends, Policies and Good Practices (2009). Disponible en www.oecd.org

47/ Recommendations on Guidelines for Insurers' Governance (2005). Disponible en www.oecd.org

48/ Addressing Financial Consumer Protection Deficiencies in the Post Crisis Era (2010).

49/ Recommendation on Principles and Good Practices on Financial Education and Awareness (2005) . Disponible en www.oecd.org

50/ Core Principles of Occupational Pension Regulation (2007). Disponible en www.oecd-ilibrary.org

51/ Consumer Policy Toolkit (2010). Disponible en www.oecd.org

52/ Recommendation on consumer dispute resolution redress (2007). Disponible en www.oecd.org

53/ Consumer Protection and Financial Innovation: A Few Basic Propositions (2010). Disponible en www.oecd.org

54/ Recommendation on Good Practices for Enhanced Risk Awareness and Education on Insurance Issues (2008). Disponible en www.oecd.org

55/ Recommendation on Good Practices for Financial Education relating to Private Pensions (2008). Disponible en www.oecd.org

56/ Policy Handbook on Natural Hazard Awareness and Risk Reduction Education (2010). Disponible en www.oecd.org

57/ Recommendation on Good Practices on Financial Education and Awareness relating to Credit (2009). Disponible en www.oecd.org

58/ Recommendation on a Policy Framework for Effective and Efficient Financial Regulation (2009) . Disponible en www.oecd.org

59/ Protecting and Empowering Consumers in the Internet Economy Options for Advancing the Review of the 1999 OECD guidelines (2010).

60 Declaration on Property, Integrity and Transparency in the Conduct of International Business and Finance (2010). Disponible en www.oecd.org

61/ Draft Guideline on Financial Education at School (2011). Disponible en www.oecd.org

62/ OECD. G-20 High-level Principles on Financial Consumer Protection 2011. Disponible en www.oecd.org

63/ Guides to the Evaluation of Financial Education Programs (2011). Disponible en www.oecd.org

64/ Remittance Services (2007, con Bis). Disponible en www.Bls.org

65/ Good Practices for Consumer Protection and Financial Literacy in Europe and Central Asia: A diagnostic tool (2010). Disponible en http://sitere- sources.worldbank.org

66/ Consumer Protection and Financial Literacy: Lessons from Nine Country Studies (2010). Disponible en www-wds.worldbank.org

67/ General Principles for Credit Reporting Consultative Report, marzo de 2011. Disponible en http://siteresources.worldbank.org

68/ world bank. Good Practices for Financial Consumer Protection, marzo de 2011, consultative draft, World Bank Financial and Private Sector Development Vice Presidency FPDFS - Financial Systems Policy Unit. Disponible en http://siteresources.worldbank.org

69/ naciones unidas, departamento DE asuntos económicos Y sociales. Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor. Disponible en www.un.org

70/ Financial Stability Board. Consumer Finance Protection with particular focus on credit, octubre 26 de 2011. Disponible en www.financialstabilityboard.org

71/ The Case for Financial Literacy in Developing Countries (2009, junto con World Bank, OECD, DFID, CGAP). Disponible en http://www.oecd.org

ANEXO 2

G-20 PRINCIPIOS DE ALTO NIVEL RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO{*}

LOS MARCOS LEGAL, REGULATORIO Y DE SUPERVISIÓN

La protección del consumidor de servicios financieros debe ser una parte integral del marco normativo (constitucional, legal, regulatorio) y de supervisión y debe reflejar las diversas características de los mercados locales, el mercado global, al igual que los desarrollos regulatorios (principios y prácticas) dentro del sector financiero.

La normatividad debe reflejar y ajustarse a las características, tipo y variedad de los productos y consumidores financieros, sus derechos y deberes, y adaptarse a los nuevos productos, diseños, tecnologías y canales de distribución. Deben existir mecanismos legales, judiciales o de supervisión sólidos y efectivos, para proteger a los consumidores de fraudes, abusos y errores financieros y para sancionar tales comportamientos.

Tanto los proveedores de servicios financieros como los agentes autorizados deben estar propiamente regulados o supervisados, tomando en consideración la relevancia del servicio ofrecido y los enfoques sectoriales específicos.

Una vez se diseñen y establezcan las políticas relacionadas con la protección y educación de los consumidores financieros, deben consultarse con los grupos de interés no gubernamentales relevantes -incluyendo a la industria, organizaciones de consumidores, asociaciones de profesionales e instituciones/comunidades que realizan investigación-. Así mismo, debe

facilitarse y mejorarse el acceso a estos procesos de los grupos de interés; en particular, de las organizaciones de consumidores.

EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES DE SUPERVISIÓN

Deben existir instituciones de supervisión explícitamente responsables de la protección de los consumidores financieros, con la autoridad necesaria para cumplir con sus mandatos. Las mismas requieren responsabilidades clara y objetivamente definidas así como de un apropiado gobierno, independencia operacional, rendir cuentas de sus actividades, contar con poderes adecuados así como con suficientes recursos y capacidades; marcos sancionatorios bien definidos y transparentes y procesos regulatorios claros y consistentes. De igual manera, las instituciones de supervisión deben observar altos estándares profesionales, incluyendo estándares apropiados de manejo confidencialidad de la información del consumidor y de la propiedad, y evitar conflictos de interés.

Debe promoverse la cooperación con otros supervisores de servicios financieros y entre las autoridades o departamentos a cargo de temas sectoriales. Debe alentarse, según el caso, la igualdad en el tratamiento de los servicios financieros. De igual manera, debe incentivarse la cooperación internacional entre los supervisores, prestándoles la debida atención a los asuntos relacionados con la protección de los consumidores, como consecuencia de transacciones internacionales, mercadeo y ventas transfronterizas.

TRATAMIENTO EQUITATIVO Y JUSTO DE LOS CONSUMIDORES

Todos los consumidores financieros deben ser tratados de manera equitativa, honesta y justa en todas las etapas de su relación con los

proveedores de servicios financieros. El tratamiento justo de sus consumidores debe ser una parte integral de la cultura corporativa y de buen gobierno societario de todos los proveedores de servicios financieros y agentes autorizados. Debe dedicarse especial atención a las necesidades de grupos vulnerables.

Cuando sea necesario, deben desarrollarse mecanismos apropiados para hacerles frente a los nuevos canales de distribución de servicios financieros, incluyendo la distribución de servicios financieros a través de banca móvil, electrónica y toda clase de distribución de servicios financieros fuera de las sucursales, procurando, en todo caso, preservar los potenciales beneficios para los consumidores.

Por agentes autorizados se entienden los terceros que actúan para los proveedores de servicios financieros o que cuentan con capacidad para hacerlo de manera independiente. Los mismos incluyen a los agentes (dependientes o independientes), los corredores, asesores, intermediarios, entre otros.

REVELACIÓN Y TRANSPARENCIA

Tanto los proveedores de servicios financieros como los agentes autorizados deben proporcionar a los consumidores la información clave que los ilustre sobre las ventajas y riesgos fundamentales así como las condiciones del producto. Deberán, además, revelar los conflictos de interés que puedan presentarse con el agente autorizado por medio del cual se vende su producto o servicio{74}.

En particular, se deberá proporcionar información sobre los aspectos materiales del producto financiero. Información apropiada debe ser proveída en todos los estadios de la relación con el consumidor. Todo el material promocional debe ser preciso, honesto, comprensible y que no induzca a error. Prácticas de divulgación precontractual (formularios) deben adoptarse según el caso con el propósito de permitir comparar productos y

servicios de la misma naturaleza. Se deben desarrollar mecanismos específicos de revelación, como los que incluyan advertencias, para proporcionar información acorde con la complejidad y el riesgo inherente a los productos y servicios. Cuando sea posible, debe desarrollarse investigación que determine qué tan efectivos son, para los consumidores, los requerimientos de divulgación establecidos, y que ayude a mejorarlos.

La prestación de asesoría deber ser lo más objetiva posible y, en general, debe basarse en el perfil del consumidor teniendo en cuenta la complejidad del producto, los riesgos asociados con el mismo así como los objetivos financieros del consumidor, sus conocimientos, capacidades y experiencia.

Los consumidores deben ser conscientes de la importancia de entregar a los proveedores de servicios financieros información relevante, precisa y accesible.

EDUCACIÓN FINANCIERA Y CONCIENTIZACIÓN

Todas las partes interesadas deben promover tanto la educación financiera como la concientización. De hecho, los consumidores deben tener información clara de modo que conozcan sus derechos y responsabilidades y especialmente sobre la protección con que cuentan. De igual manera, deben desarrollarse mecanismos apropiados que ayuden tanto a los actuales como a futuros consumidores a ampliar sus conocimientos, habilidades y confianza para comprender adecuadamente los riesgos -incluyendo riesgos y oportunidades financieras-, tomar decisiones informadas, saber dónde ir para obtener ayuda, y tomar medidas eficaces para mejorar su propio bienestar financiero.

Debe promoverse tanto la prestación de una amplia educación e información financiera que ayude en la profundización del conocimiento así como la capacidad de los consumidores, especialmente en los grupos vulnerables. Teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, la educación financiera y el conocimiento, que deben ser alentados como parte de una

protección del consumidor financiero más amplia y una estrategia de educación, se entregarán a través de canales diversos y adecuados. La misma debe comenzar a temprana edad y estar disponible en todas las etapas de la vida. Deben diseñarse programas específicos con enfoques especializados relacionados con la educación financiera, teniendo en cuenta las necesidades de los grupos de consumidores financieros vulnerables.

Todas las partes interesadas deben ser alentadas a aplicar los principios y directrices internacionales sobre educación financiera desarrollados por la Red Internacional de la OCDE sobre Educación Financiera (INFE). Información comparable a nivel nacional e internacional sobre educación financiera y concientización debe ser compilada por instituciones nacionales y organizaciones internacionales pertinentes con el fin de evaluar y mejorar la eficacia de los enfoques de la educación financiera.

Los proveedores de servicios financieros y agentes autorizados deben proporcionar información clara, concisa, precisa, fiable, comparable, de fácil acceso, así como información oportuna por escrito y verbal sobre los productos financieros y servicios que se ofrecen, en particular sobre las principales características de los productos y (cuando proceda) sobre los posibles servicios o productos alternativos, incluidos los más simples, que proporcionan. En principio, la información debe incluir precios, costos, multas, gastos de entrega, los riesgos y las modalidades de terminación.

UNA CONDUCTA DE NEGOCIOS RESPONSABLE DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS FINANCIEROS Y AGENTES AUTORIZADOS

Los proveedores de servicios financieros y agentes autorizados deben tener como objetivo el de trabajar en el mejor interés de sus clientes y ser responsables de mantener la protección del consumidor financiero. Tales proveedores también deben ser responsables y rendir cuentas de las acciones de sus agentes autorizados. Dependiendo de la naturaleza de la transacción y con base en la información suministrada fundamentalmente

por los clientes, los proveedores de servicios financieros deben evaluar las capacidades financieras, situación y necesidades de sus clientes antes de aceptar proveerles un producto, asesoramiento o servicio. El personal (en especial el que se relaciona directamente con los clientes) debe estar debidamente capacitado y calificado. Cuando el potencial de existencia de conflictos de interés se incremente, los proveedores de servicios financieros y agentes autorizados deben esforzarse por tratar de evitarlos. Cuando no sea posible, deben garantizar su divulgación adecuada, disponer de mecanismos internos para administrarlos o negarse a proporcionar el producto, asesoramiento o servicio.

La estructura de las remuneraciones para el personal tanto de los proveedores de servicios financieros como de los agentes autorizados debe estar diseñada para fomentar una conducta empresarial responsable, el trato justo de los consumidores y para evitar conflictos de interés. La estructura de las remuneraciones debe revelarse a los clientes cuando sea apropiado; por ejemplo, cuando los potenciales conflictos de intereses no pueden administrarse o evitarse.

PROTECCIÓN DE LOS ACTIVOS DE LOS CONSUMIDORES CONTRA EL FRAUDE Y EL USO INDEBIDO

Información relevante así como mecanismos de control y protección deben blindar apropiadamente, y con alto grado de certeza, los depósitos, ahorros y otros activos financieros similares de los consumidores, incluso contra el fraude, apropiación indebida y otros malos usos.

PROTECCIÓN DE LOS DATOS Y LA PRIVACIDAD DE LOS CONSUMIDORES

La información financiera y personal de los consumidores debe estar protegida a través de mecanismos apropiados de control y protección. Los mismos deberán definir los propósitos para los cuales los datos pueden ser recolectados, tratados, mantenidos, usados y divulgados (sobre todo a terceros). Tales mecanismos también deben reconocer el derecho de los consumidores a ser informados sobre el intercambio de datos, el acceso a los mismos y para obtener la pronta corrección o eliminación de información inexacta así como de la recogida o procesada ilegalmente.

MANEJO DE QUEJAS Y REPARACIÓN

Los países deberían garantizar que los consumidores tengan acceso a mecanismos adecuados para la tramitación de las reclamaciones y la reparación de los daños, que sean accesibles, pagables, independientes, justos, responsables, oportunos y eficientes. Tales mecanismos no deben imponer costos que no sean razonables, ni retrasos o cargas adicionales sobre los consumidores. De acuerdo con lo anterior, los proveedores de servicios financieros y los agentes autorizados deberán disponer de mecanismos para la tramitación de quejas y la reparación. Debe poderse recurrir a un proceso de reparación independiente para atender las quejas que no son eficientemente resueltas por los mecanismos internos de resolución de controversias de los proveedores de servicios financieros o los agentes autorizados. Como mínimo, información agregada con respecto a las quejas y su atención debe hacerse pública.

COMPETENCIA

Deben promoverse mercados competitivos tanto a nivel doméstico como internacional con el fin de proporcionar a los consumidores una mayor elección entre los servicios financieros y crear una presión sobre los

proveedores para ofrecer productos competitivos, mejorar la innovación y mantener la alta calidad del servicio. Los consumidores deben poder buscar, comparar y, cuando sea preciso, intercambiar productos y proveedores fácilmente y a un costo previamente revelado y razonable.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES PRIMARIAS

NORMAS

Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (dfa), 2011.

Ley 1328 de 2009.

DECLARACIONES DE JEFES DE ESTADO Y MINISTROS DEL G-20

Leaders of the G20,“Seoul Summit Annex II: Multi-year action plan on development”, 11-12 November 2010.

Seoul Summit Document, November 12, 2010, Financial Sector Reforms, Further Work: Issues than warrant more attention.

Finance Ministers and Central Bank Governors of the G20, “Communiqué”, 18-19 February 2011.

Communiqué of the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Paris, October 15, 2011

Consejo Europeo de la uè, “Declaración de los jefes de estado y de gobierno de la zona del euro”, Bruselas, diciembre 9 de 2011.

FUENTES DOCTRINALES

Aguilar, Dominique. “En octubre, el Consejo Europeo toma decisiones aventuradas”.

Baquero Herrera, Mauricio. “Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria”, en: El Derecho en el contexto de la Globalización, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, ²⁰^ pp. 4²5-493.

Banco Central Europeo. “La reforma de la gobernanza económica de la zona del euro: elementos esenciales”, Boletín mensual bce, marzo de 2011, pp. 107-128.

D’Elia, Vanesa Valeria. “El sujeto económico y la racionalidad en Adam Smith”, Revista de Economía Institucional, vol. 11, n.° 21, 2009, Universidad Externado de Colombia.

Feldstein, M. S. The euro and European economic conditions, nber working paper series, National Bureau of Economic Research, noviembre de 2011.

Ferguson, Roger W. Should financial stability be an explicit central bank objective? bis Papers n.° 18, Monetary stability, financial stability and the business cycle: five views, septiembre de 2003.

Financial Stability Board. Consumer Finance Protection with particular focus on credit, octubre 26 de 2011.

Fox, Jonathan; Bartholomae, Suzanne y Lee, Jinkook. “Building the case for financial education”, The Journal of Consumer Affairs, vol. 39, n.° 1, verano de 2005.

Goodhart, Charles C. A. E., The Changing Role of Central Banks, Financial Markets Group, London School of Economics, November 1, 2010, bis Working Paper n.° 326.

Goodhart and D. P. Tsomocos, Analysis of Financial Stability, Oxford Financial Research Centre ofrc Working Papers Series 200yfe04.

Goodhart, Sunirand, P. y Tsomocos, D. P. The Optimal Monetary Instrument for Prudential Purposes, ofrc Working Papers Series 2008fe26, Oxford Financial Research Centre.

Gurría, Angel. "Opening Remarks by the oecd Secretary-General at the oecd Conference Centre", 14 de octubre de 2011.

G-20 Experts on Financial Inclusion. "Principles for Innovative Financial Inclusion", mayo de 2010. Disponible en: www.ifc.org

Hadfield, Gillian K.; Howse, Robert y Trebilcock, Michael J. Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy.

Higgins, M. y Klitgaard, T Saving Imbalances and the Euro Area, Sovereign Debt Crisis, Federal Reserve Bank of New York, Current Issues in Economics and Finance, vol. 17, n.° 5, noviembre de 2011.

International Finance Corporation. Access to Finance Annual Review Report 2010. Disponible en: www.ifc.org

Kindleberger, Charles P. Manias, panics, and crashes: A history of financial crises, 5.a ed., Palgrave Macmillan, 2005.

Krugman, P. Euro crisis coming to a head, Houston, Houston Chronicle, septiembre de 20ii.

Lapavitsas, C.; Kaltenbrunner, A.; Lambrinidis, G.; Lindo, D., Meadway, J.; Michell, J.; Painceira, J. P.; Pires, E.; Powell, J. Stenfors, A. y Teles, N. The eurozone between austerity and default, Research on Money and Finance (rmf), occasional report, septiembre de 2010.

Lapavitsas, C.; Kaltenbrunner, A.; Lindo, D.; Meadway, J.; Michell, J.; Painceira, J. P.; Pires, E.; Powell, J.; Stenfors, A.; Teles, N. y Vatikiotis, L. Breaking up? A route out of the Eurozone Crisis, Research on Money and Finance (rmf), noviembre de 2010.

López, M.; Rodríguez, A. y Agudelo, J. P. "Crisis de deuda soberana en la Eurozona", Perfil de Coyuntura Económica, n.° 15, Universidad de Antioquia, 2010, pp. 33-58.

Lusardi, Annamaria. Household saving behavior: the role of financial literacy, information, and financial education programs, Working Paper 13824, National Bureau of Economic Research, febrero de 2008.

Martin, Matthew. A Literature Review on the Effectiveness of Financial Education, Federal Reserve Bank of Richmond Working Paper n.° 07-03, junio 15 de 2007.

OECD. G-20 High-level Principles on Financial Consumer Protection 2011. Disponible en: www.oecd.org

Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (en su versión ampliada de 1999).

Ormerod, Paul. “La crisis actual y la culpabilidad de la teoría macroeconómica”, Revista de Economía Institucional, vol. 12, n.° 22, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Pánico, Carlo. “Las causas de la crisis de deuda en Europa y el papel de la integración regional”, Investigación Económica, vol. lxix, n.° 274, 2010, pp. 43-62.

Pérez Carrillo, Helena. Crisis económica y financiera en la Unión Europea. Reflexiones en torno a algunos instrumentos estratégicos para la recuperación, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la unam, septiembre de 2010.

Pérez Salazar, Mauricio. “El origen del pánico de 2008: la crisis del mercado de crédito hipotecario en Estados Unidos”, Revista de Economía Institucional, vol. 10, n.° 19, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Pessoa, A. The Euro Area sovereign debt crisis: Some implications of its systemic dimension, Faculdade de Economia, Universidade do Porto, diciembre de 2011.

Pogge, Thomas. “Qué es Justicia Global”, Revista de Economía Institucional, vol. 10, n.° 19, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Report of the working Party on Financial Stability in Emerging Market Economies. Financial Stability in Emerging Market Economies, A strategy for the formulation, adoption and implementation ofsound principles and practices to strengthen financial systems, abril de 1997.

Ruiz de la Lobera, Federico. Por qué derogar el artículo 104 del Tratado de Maastritcht (artículo 123 del Tratado de Lisboa).

Rutledge, Sue. Eca Knowledge Brief: Improving Protection in Financial Services for Russian Consumers, World Bank, 2010.

Servon, Lisa J. y Kaestner, Robert. "Consumer Financial Literacy and the Impact of Online Banking on the Financial Behavior of Lower-Income Bank Customers", The Journal of Consumer Affairs, vol. 42, n.° 2, 2008, pp. 271-305.

Schuchardt, Jane; Hanna, Sherman D.; Hira, Tahira K.; Lyons, Angela C.; Palmer, Lance y Xiao, Jing Jian. "Financial Literacy and Education Research Priorities", Journal of Financial Counseling and Planning, vol. 20, n.° i, 2009.

"Survey Shows Financial Access Growing Despite Effects of the Financial Crisis", diciembre 28 de 2010. Disponible en: www.cgap.org

Thomas, David y Frizon, Francis. Resolving disputes between consumers and financial businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman, for The World Bank Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy, Consultation Draft, vols. i y 2, junio de 2011.

UNCTAD. World Economic Situation and Prospects 2012.

williams, Toni. “Empowerment of Whom and for What? Financial Literacy Education and the New Regulation of Consumer Financial Services”, Law & Policy, vol. 29, n.° 2, 2007, pp. 226-256.

willis, Lauren E. Against Financial Literacy Education, University of Pennsylvania, marzo de 2008.

World Bank Financial and Private Sector Development Vice Presidency fpdfs - Financial Systems Policy Unit.

Xiao, JiNG Jian; Collins, Michael; Ford, Matthew; Keller, Punam; Kim, Jinhee y Robles, Bárbara. A Review of Financial Behavior Research: Implications for Financial Education, Federal Reserve System.

World Bank. Good Practices for Financial Consumer Protection, marzo de 2011, consultative draft, World Bank Financial and Private Sector DevelopmentVice Presidency FPDFS - Financial Systems Policy Unit.

PÁGINAS WEB

Alliance for Financial Inclusion (afi): www.afi-global.org/about-afi

BIS: www.Bis.org

FIAGC: www.fiagc.org/fiagc.php

Financial Stabilty Board: www.financialstabiliyboard.com.

FSA: www.fsa.gov.uk/pubs/events/fca_approach.pdf.

G-2o: www.g20.utoronto.ca/summits/2011 cannes.html.

G20 Global Partnership for Financial Inclusion: www.gpfi.org/about-gpfi/countries/ global-partnership-financial-inclusion

ICPEN: https://icpen.org

International Network on Financial Education (infe): www.oecd.org/document/50/

o,3746,en_39665975_39666o38_397ii282_i_i_i_i,oo.html

Mauricio Baquero: www.mauriciobaquero.com

OECD, International Gateway for Financial Education (igfe): www.oecd.org, International Network on Financial Education (infe).

The World Bank Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy: http://web.worldbank.org/wbsite/external/topics/extfinancialsector/o,,contentMDK:2276ioo6~pagePK:i48956~piPK:2i66i8~theSitePK:282885,oo.html

UN Advisors Group on Inclusive Financial Sectors: www.uncdf.org/english/micro- finance/advisors_group/

ADRIANA MARÍA CELY RODRÍGUEZ

Gobierno societario (corporate governance) después de la crisis y nuevos procesos de vigilancia de las empresas: mayor transparencia y menor autorregulación

INTRODUCCIÓN

Corporate governance es un término anglosajón cuya traducción al español ha sido debatida, pues el concepto tiene un contenido amplio que se acentúa de acuerdo con el grupo de interés que lo utilice. Unos la consideran como la doctrina que le da preeminencia al accionista sobre los dirigentes y que le devuelve a quien aporta el capital el poder en la empresa; otros la consideran como la que da preeminencia al interés general sobre los intereses particulares; para otros se trata de la doctrina que organiza el ejercicio del poder en el interior de las empresas. En español se habla de "gobierno corporativo", "gobierno societario", "gobierno de empresa" o, como propone el profesor Mauricio Baquero, "gobierno societario y de empresa"{1}. En este trabajo estaremos al margen de toda discusión semántica y utilizaremos indistintamente los términos "gobierno societario", "gobierno corporativo" o "gobierno de empresa", pero dejaremos de lado el anglicismo, pues preferimos referirnos en español a un concepto que admite traducción en nuestra lengua.

La expedición de una nueva regulación posterior a una situación de crisis en materia de gobierno societario no es algo nuevo. Como ejemplo reciente, después del escándalo provocado por Enron, las reglas en materia de gobierno corporativo ya habían sido revisadas y reforzadas. Pero las reglas existentes después de ese reforzamiento no permitieron detener la crisis de 2008-2009, calificada de "primera crisis de la globalización"{2}.

La globalización califica el proceso de apertura de todas las economías nacionales sobre un mercado que se convirtió en planetario. En la terminología francesa se habla más bien de "mundialización"{3}, por oposición a la terminología anglosajona de globalization. Del latín mundus que significa "universo", el término abarca la interdependencia entre los hombres, la liberalización de los intercambios, la deslocalización de las actividades, la fluidez de los movimientos financieros, el desarrollo de los medios de comunicación y de transporte y, para completar todo esto, la desreglamentación. La globalización concierne a todas las actividades humanas: industria, servicios, comercio, política, sociedad, incumbe a todos los individuos sobre la tierra entre las diferentes culturas, haciendo difícil

un mercado que funcione únicamente a nivel nacional. Dentro de este contexto, el derecho societario y más generalmente el gobierno de las empresas está también insertado dentro de ese proceso de apertura. La hegemonía de las grandes empresas multinacionales, la migración laboral, la desregulación de las economías nacionales, entre otros fenómenos propios de este proceso, han conducido a la búsqueda de frenos y límites en la aceleración del mundo.

El Comercio Justo es precisamente una propuesta tendiente a restaurar la justicia afectada en esa dinámica centrífuga de la globalización. Resalta valores que ese movimiento acelerado pierde y sacrifica en el altar de la economía planetaria. Joseph Stiglitz tuvo el mérito de rescatar un cierto número de valores sin los cuales ningún orden social tendría vocación de perdurar: rechazo a la explotación infantil, igualdad entre hombres y mujeres, dignidad de los trabajadores, respeto de los derechos humanos, precio justo que sostenga un nivel de vida digno de los productores, pago por adelantado a los productores para evitar que se orienten hacia otros medios de financiación, preservación del medio ambiente, eliminación de los intermediarios que permita mantener un mejor nivel de precios para los consumidores y, sobre todo, un margen más importante para los productores, calidad de los productos y producción sostenible. Esta teoría propuesta por Stiglitz eleva al ser humano al centro de la economía y del mundo, otorgándole la posición que es y debe ser la suya ante la preeminencia del materialismo y la prelación por los bienes materiales o financieros que irremediablemente están llamados a deteriorarse y desaparecer.

El sistema capitalista basado en la ganancia y producción a bajo precio debe también ser revisto bajo la óptica de Stiglitz. En este sentido, las empresas deben, a través de las decisiones y políticas de gobierno tomadas por sus dirigentes, respetar el medio ambiente, pagar a un justo precio, negarse a explotar mano de obra infantil, dar garantías en materia de derechos laborales y velar por la igualdad entre trabajadores hombres y mujeres. Las empresas, por su funcionamiento interno, deben garantizar la información veraz y completa a los verdaderos propietarios de las empresas, que son los accionistas (capitalistas en primera línea). Y estos últimos deben vigilar su inversión y el valor que esta les representa, un valor que se salga de lo

meramente económico y radique en valores supraeconómicos; es decir, en los valores rescatados precisamente por el Comercio Justo, como son el respeto del medio ambiente, el pago de salarios honestos, de precio justo a los productores, la igualdad entre trabajadores hombres y mujeres. En un mundo globalizado, el beneficio debe ser global y no solamente para unos pocos.

La crisis financiera fue reveladora de importantes fallas en la globalización (o mundialización si se prefiere emplear el término francés), entre las que se destacan la incapacidad del gobierno societario y de la reglamentación internacional actual para adaptarse a los cambios rápidos del mundo. Esa deficiencia es sobre todo interna y se verifica en el disfuncionamiento de una cultura empresarial que le da demasiada confianza al director general de la sociedad por acciones, en la que los accionistas están interesados únicamente en sacar ganancias sin interesarse por la política empresarial a plazo más o menos largo que adoptan los directivos{4}. Se verifica también en la falta de medidas sancionatorias serias, capaces de disuadir la desobediencia frente a la conducta esperada de los directivos de las empresas y entidades financieras. La conducta esperada radica básicamente en el respeto de los principios de conducta propuestos por la doctrina del gobierno societario, que básicamente se refieren al deber que este tiene de obrar con lealtad y transparencia. Pero esa obligación no conlleva sanción. Otra deficiencia radica en los problemas de aplicación de los principios de gobierno societario (principios de lealtad, transparencia y diligencia) por las autoridades de vigilancia de los mercados bursátiles que, a pesar de haber elaborado códigos de ética basados en esos principios, no los aplicaron como debía ser en materia de gestión de riesgos y de remuneración de los encargados de negociar los títulos en bolsa, y sobre todo no dispusieron sanción alguna capaz de ser disuasiva.

Ante estas deficiencias y considerando que existe, no obstante, un arsenal normativo orientado a impedir los desbordamientos en la conducta de quienes invierten el dinero ajeno, trataremos de esbozar en un primer momento la situación actual en materia de gobierno societario y de empresa considerado como conjunto de principios normativos y regulatorios después de la crisis financiera de 2008-2009, y en un segundo tiempo plantearemos algunas de las propuestas que han sido presentadas después de la crisis,

cuyo objetivo es vigilar con mayor eficacia las empresas y limitar así la posible producción de otra crisis como la que actualmente estamos atravesando como consecuencia de la de 2008-2009 {[5}]..

Nos fundamentamos para nuestro estudio en los esfuerzos que realiza la Comisión Europea para mejorar el gobierno societario en las sociedades europeas y particularmente en la situación francesa.

Antes de seguir adelante con nuestra presentación del gobierno societario, ubiquémonos en la resonancia que la crisis de las hipotecas subprime tuvo en Europa y que nos permite afirmar que la situación crítica está todavía presente. A mediados de 2007 surge la crisis de los subprmes en Estados Unidos. La base de esa crisis estuvo motivada por la incapacidad de algunos particulares estadounidenses en reembolsar sus créditos hipotecarios desde finales de 2006{[6}]. Las entidades bancarias emisoras de esos créditos los convirtieron en títulos valores y los vendieron a través de inversionistas de activos financieros que los dispersaron en el mercado de capitales mundial (titrisation, en francés, o securitization, en inglés). Fue así como esos títulos aparecieron en los bancos europeos. A mediados de 2007 los bancos comienzan a dudar de esos activos. Buscan vender esas deudas dudosas y el pánico se instala. En el afán por deshacerse de esos activos “tóxicos”, los bancos cortan el crédito a los otros bancos. El engranaje afecta el sistema bancario europeo en el contexto de globalización financiera. De financiera, la crisis de convierte en económica, pues el crédito es cortado a empresas muchas veces sanas, conduciéndolas a la ruina. La crisis va, en consecuencia, a afectar a los consumidores, a los trabajadores, a los ahorradores, a las ciudades, a las naciones. Surgida en Estados Unidos, la crisis afectó de esa manera a Europa y todavía hoy se sufren sus consecuencias: desempleo, falta de crédito a empresas, encarecimiento del crédito a particulares, falta de confianza en el mercado de valores.

EL GOBIERNO SOCIETARIO DESPUÉS DE LA CRISIS

La crisis financiera de 2008-2009{7} nos lleva a hacer varias constataciones en lo que atañe al gobierno societario:

Primera constatación: la mayoría de los códigos nacionales sobre gobierno de empresa se inspiran en los principios propuestos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (ocde), cuya misión es promover políticas tendientes a mejorar el bienestar económico y social en el mundo y en particular restaurar la confianza en los mercados, en las instituciones y en las empresas a través de una mejor reglamentación en gobierno societario.

En Europa, por ejemplo, muchas directivas se inspiraron de la doctrina del gobierno corporativo para dotar a la Unión Europea de un panel de reglas en materia de gobierno societario. Por ejemplo, la directiva sobre la oferta pública de adquisición (opa) (2004/25 del 21 de abril de 2004), directiva sobre la transparencia de las sociedades inscritas en bolsa (2004/ 109/CE), directiva sobre los derechos de los accionistas (2007/36/CE), directiva sobre los abusos de mercado (2003/6/CE) y directiva sobre la auditoría (CE 2006/43 del 17 de mayo de 2006). También numerosas recomendaciones (sobre independencia de los administradores no ejecutivos, creación de comités, remuneración y declaración de gobierno de empresa) han ido enriqueciendo con el tiempo el marco reglamentario europeo{8}.

Esta constatación nos lleva a hacer dos tipos de reflexión, sobre la idoneidad de los principios de gobierno societario planteados por la ocde, de un lado, y sobre la integración de esos principios en las legislaciones internas de los países europeos, por otro lado.

La crisis presenta en efecto la necesidad de replantearse la manera como la doctrina del gobierno de empresa fue integrada en las legislaciones

nacionales europeas. Y sobre todo la base sobre la cual reposa toda esa reglamentación: principalmente la creencia de que la autodisciplina sería suficiente. La crisis reveló la imperfección de la autorregulación en el campo del derecho societario en materia de dirección y de control.

Lo dicho para Europa no se aleja mucho de la realidad latinoamericana, en particular la colombiana. En Colombia y América Latina, en general, la idea de la autorregulación echó raíces. Durante los últimos años la autorregulación, como instrumento alternativo a la ley para la ordenación de los mercados de valores y las sociedades cotizadas, ha tenido un importante protagonismo y ha estado en el origen de la promulgación de códigos de buen gobierno cuya característica esencial es que son de seguimiento voluntario. Paralelamente, las legislaciones han disminuido la normatividad imperativa al respecto. De ahí que la autorregulación haya tenido su auge. Pero ese auge está en decadencia. En efecto, la crisis financiera a la que hacemos referencia en este artículo, así como la subsecuente crisis económica y también la crisis de confianza generalizada que se percibe en los mercados, ha mostrado la necesidad de tener más normas imperativas y menos autorregulatorias, pues ni el mercado de valores ni las sociedades han logrado regularse a sí mismos. De ahí la adopción de leyes en materia de transparencia.

La reglamentación nacional colombiana está inspirada, como la europea, en los principios de gobierno societario recopilados por la ocde. Es el caso por ejemplo de Ley 964 de 2005 en materia de conformación de la junta directiva de las sociedades emisoras, que establece la separación de las funciones de representante legal de ese tipo de sociedades y de presidente de la junta directiva, así como la instauración de administradores independientes y de comités de auditoría. El objetivo de esa organización del poder en el interior de las sociedades emisoras no es otro que el de obtener una mayor transparencia en su funcionamiento interno.

En sí mismos, esos principios de gobierno societario no son ni malos ni deficientes. Son propuestas tendientes a mejorar la gobernabilidad de las

grandes empresas captadoras del dinero del público. Por ejemplo, en materia de igualdad entre hombres y mujeres, el Comercio Justo se basa en la idea según la cual ambos deben recibir un trato y una retribución económica equitativa. El gobierno societario implementa esta igualdad de géneros tal y como propone la doctrina del Comercio Justo, al plantear una representación equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración (o juntas directivas). En Francia, esta propuesta se acogió recientemente en una ley del 27 de enero de 2011 relativa a la representación equilibrada entre mujeres y hombres dentro de los consejos de administración o de vigilancia, y a la igualdad profesional. Esta exigencia modifica el Código de Comercio en el artículo L 225-17 que disponía el número mínimo y el máximo de miembros dentro del consejo de administración de la sociedad anónima (entre tres y 18 miembros). Un nuevo inciso fue incluido en ese artículo. Ese inciso exige "una representación equilibrada entre mujeres y hombres" en la composición del consejo de administración. A ese mismo respecto se creó otro artículo dentro del Código de Comercio francés. Se trata del L 225-18-1 que impone a las sociedades cotizadas el deber de respetar una proporción de administradores de cada género que no puede ser inferior a 40%. Para asegurar el cumplimiento de esta evolución directamente ligada al Comercio Justo, el texto precisa que, cuando el consejo de administración se componga con violación de esta disposición, el nombramiento es nulo pero no afecta la validez de las deliberaciones de las cuales hizo parte el administrador irregularmente nombrado. Este dispositivo legislativo es progresivo en la medida en que solo se impondrá plenamente a partir del primero de enero de 2017. Por ahora, se exige que la proporción de administradores o de miembros del consejo de vigilancia de cada género no pueda ser inferior a 20% luego de la primera asamblea general ordinaria posterior al primero de enero de 2014. Otro artículo creado por la misma ley (el nuevo artículo L225-82-1 del Código de Comercio francés) impone que el consejo de administración deliberará anualmente sobre la política de la sociedad en materia de igualdad profesional y salarial{9}.

Por el rol que juegan las grandes sociedades cotizadas en el mercado de valores y por su papel dentro de la sociedad contemporánea en general, se

hace necesario y hasta imprescindible instaurar barreras, contrapoderes y controles que eviten el desbordamiento natural de la conducta humana cuando de poder y dinero se trata, así como el descarrilamiento de toda maquinaria librada a sí misma. Ese es el mérito que puede resaltarse de esa normativa basada en los principios de gobierno societario. Pero esta sigue siendo imperfecta. Esos principios codificados en varios países del mundo no lograron en efecto impedir la crisis de 2008.

Podemos decir que la normatividad resultó estar mal adaptada a la realidad y a los rápidos cambios del mundo. La eficacia del marco reglamentario actual está puesta en duda. Las autoridades de Bruselas dudan del modelo actual de gobierno de las empresas europeas. Esto motivó a la Comisión Europea a lanzar, en abril de 2011, una consulta pública bajo el formato de un libro verde{10} sobre las maneras de mejorar el gobierno de las empresas europeas. Debemos recordar que el tema relativo al Comercio Justo también se publicó bajo el formato de un libro verde.

Segunda constatación: la crisis de 2008 reveló los límites del gobierno societario y de la reglamentación internacional

La atención primera (en 2009-2010) se focalizó en los establecimientos financieros en los cuales las reglas de gobierno societario deben necesariamente reforzarse{11}, pues, de haber sido seguidas esas reglas de gobierno pregonadas por la ocde, los desbordamientos o el impacto que estos tuvieron habrían sido menores o muy probablemente detectados a tiempo. Después de 2010 los cuestionamientos se orientaron más bien a la organización del conjunto de las sociedades comerciales y no solo a las sociedades financieras. Las sociedades comerciales asumen una gran parte de las consecuencias de la crisis financiera, pues se encuentran en medio de una política de congelación de créditos que tiene consecuencias directas en su actividad y en el pago de nóminas. Como decíamos, de financiera, la crisis se ha convertido en económica. Y por tanto, luego de haber sido

promovida por la falta de confianza entre los bancos, que dejaron de prestarse mutuamente por miedo a los activos tóxicos que muy probablemente garantizarían los préstamos interbancarios, la falta de confianza y su consecuente falta de crédito se extendieron luego a las empresas. Estas últimas, muchas veces sanas, no lograron mantenerse en el mercado sin los fondos necesarios para pagar sus gastos inmediatos (que obtenían a través del crédito bancario) y fueron quebrando una tras otra, lo que produjo una crisis generalizada de tipo económico y social por el desempleo y el bloqueo en el consumo subsecuente. Esta situación condujo irremediablemente a una recesión económica en varios de los países europeos, como España, Grecia, Portugal e Islandia. La extensión planetaria de la crisis en el mundo globalizado ha sido irremediable. Por ende, sus consecuencias han sido a nivel mundial.

LÍMITES DEL GOBIERNO SOCIETARIO

Para los analistas, hubo problemas de aplicación de las reglas de gobierno societario, relativos sobre todo a la gestión de riesgos y a la remuneración.

En materia de gestión de riesgos, la crisis de 2008-2009 puso en relieve muchas fallas del sistema bancario y financiero mundial. Entre esas fallas podemos citar las prácticas comerciales agresivas que condujeron a un endeudamiento excesivo de los particulares que carecían manifiestamente de los medios para reembolsar los créditos hipotecarios fácilmente consentidos por las entidades financieras a altas tasas de interés. Estas últimas llevaban políticas de crédito caracterizadas, entre otras cosas, por una subestimación de los riesgos y por una especulación sobre los productos que ellas mismas vendían a sus clientes. En la base de esas fallas encontramos una práctica profesional agresiva, inconsciente e irresponsable, desvinculada de todo principio de ética en los negocios.

La constatación hecha por la Comisión Europea{12} resalta que las juntas directivas (consejos de administración en Francia) y las entidades encargadas de supervisar y vigilar la labor de los bancos y entidades

financieras no comprendieron ni la naturaleza ni la extensión de los riesgos ante los cuales se encontraban. Por su parte, los accionistas no cumplieron con su papel de propietarios de las empresas{13}. En definitiva, hubo una incomprensión de los riesgos tomados y una falta de autoridad o de encuadramiento de la labor de los vendedores de créditos hipotecarios y de los trader (operadores de mercado bursátil encargados de vender acciones, obligaciones y productos derivados en el mercado financiero por cuenta propia o de las sociedades que los emplean), así como una falta de control en la gestión de los riesgos y de información clara en tiempo real a todos los niveles de las entidades financieras{14}. Sobre este último punto, existe una responsabilidad particular de los dirigentes de los establecimientos financieros, pues la carencia de una cultura sana en esas sociedades en materia de gestión de riesgos les incumbe directamente a ellos, quienes deben personalmente ser ejemplares en la materia.

Los consejos de administración o juntas directivas han pues debido, bajo el control de los accionistas, perfilar lo mejor posible los riesgos y definir las estrategias con el fin de limitarlos. Pero el brillo de la capitalización a corto plazo no les dejó ver claramente. Además, las autoridades encargadas de la supervisión y vigilancia fueron incapaces de ejercer eficazmente su vigilancia en un contexto de innovación financiera y de rápida evolución del modelo comercial de los establecimientos financieros.

Aun si el gobierno societario no puede ser calificado como directamente responsable de la crisis, la carencia de mecanismos de control efectivos contribuyó ampliamente a la toma excesiva de riesgos por parte de los establecimientos financieros.

En materia de remuneración, los casos mediáticos de dirigentes societarios altamente remunerados dieron lugar a la crítica de la opinión pública. El monto de la remuneración chocaba en efecto con el salario promedio de un trabajador de la misma empresa. El criterio determinante para fijar la política de remuneración de los directivos no era otro distinto a su capacidad para generar ganancias en corto tiempo a quienes capitalizaban en la empresa, y no su aptitud para generar ganancias globales a largo plazo. El problema es que muchas veces esos dirigentes llevaban la sociedad a la ruina, o por lo menos sus remuneraciones no tenían vínculo

alguno con los resultados de la política empresarial. La gente difícilmente comprende que un puñado de personas, normalmente directivos de altas empresas inscritas en bolsa, obtenga ganancias monumentales cuando al mismo tiempo las decisiones que ellos toman en las sociedades que dirigen son categóricas en el despido de obreros y trabajadores, en el cierre de fábricas para implantación posterior en otros países donde la mano de obra sea más baja, decisiones que toman movidos por buscar el valor cada vez mayor de las acciones, o, en el peor de los casos, liquidan la personería jurídica de la sociedad como consecuencia de la situación deficitaria y la mala gestión que han conducido la empresa a la ruina. Para escapar de la vindicta popular, algunos dirigentes se vieron obligados a renunciar a sus bonos, paracaídas dorados{15} o sus stock-option, como ocurrió por ejemplo en Valéo o la Société Générale, en Francia{16}.

LIMITACIONES DE LA REGLAMENTACIÓN INTERNACIONAL

Una de las grandes lecciones de esta crisis es que ni las empresas ni el mercado de valores son capaces de reglamentarse a sí mismos. La reconfiguración del sistema financiero internacional debe garantizar la transparencia de los mecanismos financieros que incentiven a los dirigentes de las empresas a invertir correctamente y a largo plazo los capitales que les son confiados. Una estructura reglamentaria sólida debe ser estructurada a nivel internacional{17}. Las decisiones de los directivos de sociedades y establecimientos financieros tienen repercusiones que se salen de la esfera nacional. Una reglamentación macro que la ubique dentro de parámetros de buena gestión se hace necesaria.

En un mundo globalizado, la reglamentación internacional es la herramienta que permite a las naciones, cada una a su propio ritmo, caminar hacia el mismo lado. Actualmente, la economía mundial está demasiado integrada para funcionar sin reglas ni autoridades de tutela internacionales que sean realmente sólidas.

Las autoridades de reglamentación y de tutela existentes carecieron de vigilancia ante el brillo artificial de la innovación financiera. Ante la crisis actual, deben comprometerse a actuar conjuntamente a largo plazo sobre bases reglamentarias comunes. La reglamentación internacional debe propender a bloquear la evasión fiscal y la corrupción que privan a los

gobiernos de la fiscalidad necesaria para funcionar en interés colectivo, acentúan las desigualdades y perpetúan el subdesarrollo de las naciones.

NUEVOS MÉTODOS DE VIGILANCIA DE LAS EMPRESAS

La carencia de mecanismos de control efectivos en los establecimientos financieros ayudó a fomentar la toma de riesgos desconsiderados mediante la adopción de comportamientos cortoplacistas por los bancos en su constante búsqueda de ganancias inmediatas. En las sociedades ocurre lo mismo cuando los accionistas se desentienden de la política empresarial y buscan únicamente sacar ganancias de su inversión. Así es como llegan a premiar, con remuneraciones abusivas, la incompetencia a largo plazo de directivos que les permiten obtener rápidas ganancias al tiempo que conducen poco a poco la empresa a la ruina.

Para impedir ese tipo de comportamientos, en Europa y especialmente en Francia, se han establecido métodos novedosos de gobierno societario en materia de vigilancia para el sector financiero. Nada se opone a que esos mismos métodos se extiendan, en un futuro, a las sociedades del sector industrial y comercial. Esos mecanismos tendientes a una mejor vigilancia de las sociedades se combinan necesariamente con el reforzamiento de la ética financiera y de los negocios que deben regir la conducta de todo actor en el mercado.

MECANISMOS TENDIENTES A LIMITAR LOS RIESGOS Y LA REMUNERACIÓN

Esos mecanismos son los siguientes:

REFORZAR LA GESTIÓN DE RIESGOS

Una de las principales razones que condujeron a la crisis financiera de 2008-2009 fue una gestión de riesgos defectuosa. La nueva reglamentación francesa aplicable a los bancos tiende a reforzar la gestión de riesgos en los establecimientos de crédito, empresas de inversión, sociedades de gestión de activos y establecimientos de pago, mediante la promulgación de un Decreto del 19 de enero de 2010 (Diario Oficial del 12 de febrero de 2010).

La nueva reglamentación refuerza las funciones de control en esos establecimientos y particularmente el rol de la gestión de riesgos como parte del dispositivo de control interno, mediante la designación de un responsable encargado de velar por la coherencia de la política de riesgos y por la buena gestión de los mismos{18}.

En términos de organización, el objetivo principal es reafirmar la responsabilidad de los dirigentes en lo concerniente a la vigilancia de los riesgos. La persona designada como responsable de velar por la coherencia de la política y la gestión de los riesgos pertenece al órgano ejecutivo de la sociedad y le rinde cuentas. Los establecimientos financieros deben facilitarle el ejercer su función proporcionándole los medios humanos y técnicos suficientes para ello. El objetivo es permitirles a los órganos directivos ejercer una vigilancia efectiva del estado de los riesgos que cubra el conjunto de amenazas del establecimiento, un seguimiento de los mismos a través de la elaboración de una cartografía de riesgos, un seguimiento específico dentro del marco del lanzamiento de nuevos productos financieros y operaciones de control interno y externo sobre las transacciones excepcionales{19}.

El funcionamiento efectivo de ese procedimiento de gestión de riesgos está respaldado por el derecho de acceso a la información que tiene la Comisión Bancaria francesa sobre el conjunto de las informaciones que se transmiten a la junta directiva.

CREACIÓN DE UN COMITÉ DE RIESGOS

El 22 de octubre de 2010 se expidió, en Francia, una ley de regulación bancaria y financiera (Diario Oficial del 23 de octubre de 2010, codificado en el artículo L.511-46 del Código Monetario y Financiero francés). Esa ley refuerza el control de riesgos e incita a los establecimientos de crédito que realizan actividades de banca a dotarse de un comité especializado en asegurar el seguimiento de los riesgos, bajo la responsabilidad de la junta directiva.

La composición de ese comité la fija el órgano administrativo o el órgano de vigilancia en las sociedades anónimas que adoptan la forma dualista. Todos los miembros de ese comité deben ser miembros de la junta directiva o del consejo de vigilancia, a excepción de quienes ejercen las funciones de dirección (presidente, director general). Al menos uno de los miembros de ese comité debe ser experto en materia financiera o contable y ser independiente de acuerdo con ciertos criterios preestablecidos y publicados por el consejo de administración o de vigilancia.

Sin perjuicio de las competencias de los órganos encargados de la administración, la dirección y la vigilancia, ese comité de riesgos se encarga de verificar que la empresa disponga de un dispositivo adaptado de análisis y medida de los riesgos, así como de un sistema de vigilancia adaptado y de control de riesgos.

Esas funciones puede ejercerlas el órgano encargado de la administración y vigilancia o el comité de riesgos, por decisión de ese órgano. Este rinde cuentas al órgano de administración o de vigilancia en cada reunión, sobre el ejercicio de su misión, y emite recomendaciones{20}.

ENCUADRAR LA ACTIVIDAD DE LOS COLABORADORES

Una gestión de riesgos eficaz implica necesariamente que se vigile de cerca la competencia y actividad de quienes toman directamente los riesgos por cuenta ajena. Los colaboradores (comerciales, vendedores, negociadores, analistas financieros) deben tener aptitud profesional certificada que les permita tener un nivel de conocimientos mínimo necesario al ejercicio de su responsabilidad profesional. Esta certificación existe en Francia, en el Reino Unido (emitida por el Financial Services Skills Council, fssc) y en EEUU (donde el organismo de autorregulación finra valida los conocimientos de los empleados aspirantes a obtener una licencia que les permita ejercer ciertas funciones){21}. Este encuadramiento contrasta con lo ocurrido en la crisis de las hipotecas subprime, en que ciertos vendedores de créditos hipotecarios carecían de todo tipo de formación o diploma y algunas veces salían directamente de la venta de estupefacientes{22}.

REPRESIÓN DE LOS ABUSOS

Ante los escándalos mediáticos en materia de divulgación o uso indebido de información privilegiada, la jurisprudencia francesa se ha mostrado cada vez más severa en reprimir toda falta contra la legislación bursátil. El legislador francés intervino en 2010 con el fin de reforzar el poder sancionatorio de la autoridad de regulación (Autoridad de los Mercados Financieros, AMF).

El caso Péchiney vs. Alcan es significativo de esa tendencia a la severidad de la sanción: dentro del marco de la compra de Pechiney por Alcan, la AMF sancionó, en 2009, a siete personas con multas que oscilaban entre ioo mil y un millón y medio de euros. La sanción más importante (multa de 1,5 millones de euros) se aplicó a quien “conocía la información privilegiada”.

Desde la expedición de la ley de regulación bancaria y financiera del 22 de octubre de 2010, el monto de la sanción pronunciada en contra de los profesionales PSI puede alcanzar los ioo millones de euros o diez veces el monto de los beneficios realizados (antes era io millones). Las personas que obran bajo la autoridad de esos profesionales, o que obran por propia iniciativa, como dirigentes, responsables de la conformidad del control interno, vendedores, gerentes, analistas financieros, que sean declarados culpables de falsedad en la información o de tráfico de información privilegiada, podrán ser sancionados con multa de hasta 15 millones de euros o io veces el monto del beneficio incurrido.

Este sistema sancionatorio pretende disuadir, a quienes manejan dineros ajenos, de sacar provecho de su posición.

LIMITAR LA TOMA INCONSCIENTE DE RIESGOS MEDIANTE UN ENCUADRAMIENTO DE LA REMUNERACIÓN

La crisis financiera reflejó el peligro de una remuneración ligada a los beneficios a corto plazo, que anima a una toma inconsciente de riesgos.

En Europa, la directiva del 11 de octubre de 2010 “CRD3” (transpuesta en la legislación francesa por decreto del 13 de diciembre de 2010) impone a los establecimientos de crédito y a las empresas de inversión el implantar y mantener políticas de remuneración que sean compatibles con una gestión de riesgos eficaz para el personal interesado; es decir, los miembros de la dirección general, todos los tomadores de riesgos y quienes ejercen funciones de control.

La remuneración variable es excepcional y solo en la contratación de nuevos empleados. Los bonos no pueden superar el 40% de la remuneración y hasta 6o% para las más altas remuneraciones pero solo si se superan los tres años de trabajo y si la mitad de la remuneración variable es pagadera en acciones o instrumentos equivalentes. El ritmo de los pagos no puede ser más rápido que un prorrata temporis{23}.

En Estados Unidos los grandes bancos de Wall Street (Goldman Sachs, Morgan Stanley, Crédit Suisse) anticiparon la nueva reglamentación consistente en diferir los bonos de los directivos sobre un periodo de al menos tres años y modificaron su política de remuneración mediante el aumento de los salarios fijos y los bonos diferidos o pagados en acciones. Así se revaloriza la parte fija de las remuneraciones respecto de la parte variable sin que por lo tanto se reduzca su monto global.

La ruptura de la relación entre bonos y toma de riesgos deberá dar sus frutos.

NECESIDAD DE REFORZAR LA ÉTICA FINANCIERA Y DE LOS NEGOCIOS

La principal lección que dejó la crisis financiera de 2008-2009 fue la necesidad de reequilibrar la conducta de los actores del mercado financiero, así como la de los dirigentes societarios, sobre la base del respeto de la ética. Del latín ethicus, que significa “moral”, la ética exige el respeto de reglas tendientes a elevar la conducta de los individuos y organizarla para que todos actuemos de la mejor manera entre nosotros y frente a lo que nos rodea. Un comercio internacional más justo debe contar necesariamente con una conducta ética de sus diferentes actores. Tanto en las actividades profesionales ligadas a las sociedades (administración, dirección,

representación, auditoría, pero también banca y finanzas) como en el gobierno de las mismas, la necesidad de regular los comportamientos ha dado lugar a la redacción de códigos de deontología o ética empresarial{24}. Para una mayor justicia en la gobernabilidad de las empresas, se requiere, como en el Comercio Justo, una conducta ética. Cuántas veces esa palabra no ha sido pronunciada por los medios de comunicación, cuántas veces no la hemos escuchado en boca de los analistas, como un llamado al orden. Esa lección surge de la constatación de que el verdadero valor no es financiero sino moral. Como bien dice Angel Gurría, Secretario General de la OCDE,

la ética en los negocios es el combustible de las economías sanas. La ética refleja el vigor de una economía de mercado. Es un indicador importante de su salud general. En un mundo en el cual ciertas grandes empresas tienen un poder comparado al de los Estados, donde los excesos de un puñado de bancos pueden paralizar la economía de todo el planeta, resulta esencial poderse apoyar sobre un conjunto de reglas que sean a la vez sólidas, transparentes y de actualidad con el fin de que las actividades de las empresas puedan producir sus mejores frutos escapando a las desviaciones del capitalismo de mercado{25}.

La ética es, sin lugar a dudas, fuente de beneficios{26} para todos, no solo para pocos. Los estudios realizados por la OCDE permiten establecer un vínculo real y directo entre las normas de gobierno societario y los beneficios de las empresas{27}. El incremento de valor de las empresas que adoptan y se rigen por las normas de gobierno societario ha sido cuantitativamente demostrado por la OCDE. Esto no se puede ni se debe perder de vista.

Esta constatación llevó a que, después de la crisis financiera, se tomaran medidas tendientes a enmarcar una práctica profesional que fuera consciente y responsable{28}. Esas medidas se insertan dentro de una visión más amplia en la cual la necesidad de imponer la ética en los comportamientos es innegable. Una nueva regulación al servicio de la ética

podría estar naciendo. Varios valores constitutivos de la ética financiera y de los negocios pueden identificarse y la tendencia es la de crear una base reglamentaria sólida que les permita a esos valores orientar los comportamientos.

VALORES CONSTITUTIVOS DE LA ÉTICA FINANCIERA Y DE LOS NEGOCIOS

Los esfuerzos que se deben realizar para no repetir el escenario de 2008 son básicamente comportamentales. Es la conducta del hombre la que debe ser encuadrada, y esa conducta debe someterse al respeto de ciertos valores orientados a obtener una conducta ética.

La ética financiera y de los negocios se compone de valores como la transparencia, la objetividad, la fiabilidad, la honestidad y la prudencia{29}. Esos son los principios que deben resaltarse y reforzarse en los nuevos procesos de vigilancia de las empresas. Solo estos le permitirán al sector financiero asumir su responsabilidad fiduciaria; es decir, la confianza.

En materia de remuneración de dirigentes societarios, por ejemplo, las dos preocupaciones mayores son el dar una mayor transparencia y una mayor equidad. En lo concerniente a la transparencia, Francia ha ido construyendo progresivamente una regulación que la sitúa internacionalmente dentro de los países más comprometidos en la materia. Entre las medidas más notables destacamos: la Ley NRE{30} del 15 de mayo de 2001 obliga a publicar las remuneraciones de los directivos en el reporte anual que se presenta a la asamblea general de accionistas; la ley del 26 de julio de 2005, sobre la confianza y modernización de la economía, obliga a detallar en el reporte anual los elementos fijos, variables y excepcionales de las remuneraciones; el Código de Buen Gobierno AFEP-MEDEF de octubre de 2008 fija las reglas tendientes a determinar una remuneración “mesurada, equilibrada y equitativa” por parte de las juntas directivas o consejos de vigilancia. No obstante la existencia real de esas normas, el objetivo de transparencia será difícilmente alcanzado si no se refuerza el dispositivo

con normas sancionatorias serias. La autorregulación ha mostrado sus límites. El Libro Verde de la Comisión Europea propone, en materia de remuneración, implantar un marco coercitivo que permita mejorar la transparencia en la remuneración de los dirigentes y quitar toda sospecha de opacidad que incremente la desconfianza, el desequilibrio y la falta de ética.

Se debe necesariamente reconciliar la ética con el mercado de valores y el gobierno de las empresas. Pero de nada servirá instaurar reglas conformes a la ética si la sanción que las debe acompañar no está presente. Deberá hacerse, por consiguiente, un esfuerzo en plantear normas sancionatorias que garanticen la total intolerancia de los comportamientos desviados.

CONCLUSIÓN

En realidad cualquier principio de gobierno corporativo que reglamente la conducta de los dirigentes dentro de las sociedades, sean estas comerciales o financieras, permanecerá en letra muerta si no se establece un régimen de sanciones que disuadan las desviaciones eventuales de los detentadores del poder. La autorregulación ha mostrado sus límites. La coerción estará llamada a jugar su papel en el futuro inmediato. Por el momento, en Europa, la Comisión ha decidido reforzar las sanciones en el sector financiero{31}. Posiblemente, la tendencia sea de reflexionar en torno a un sistema similar para las sociedades comerciales.

Por el momento, los principios de gobierno societario resuenan en un contexto financiero difícil, en el cual los dirigentes societarios deben orientar las políticas empresariales de las sociedades que dirigen, como un barco en tiempo de tempestad. El barco necesita de un buen capitán que lo mantenga a flote durante la tormenta. Ese será el rol de los directivos de las empresas comerciales en la actualidad, en un contexto de limitación de créditos bancarios, de recesión mundial, de intervenciones más o menos eficaces de las autoridades de supervisión y de los bancos centrales, de incertidumbre. Los administradores que tienen a su cargo la orientación estratégica de las empresas contribuyen significativamente a la gestión de

esta crisis{32}. Las juntas directivas y los comités de vigilancia deben cumplir ampliamente su papel de consejo, de supervisión, de vigilancia de la política y actuaciones de la cabeza del grupo societario.

El gobierno ideal de la empresa siempre tendrá una parte de mito; ¿cómo poder controlar la ambición, de los dirigentes que tienen el poder, de querer orientar la política societaria conforme a sus propios intereses? ¿Cómo disuadir a quienes detentan el poder de una sociedad de querer mantenerlo sin compartirlo? ¿Cómo convencerlos que tienen que actuar de manera transparente, honesta y leal? ¿Cómo hacer que quienes buscan básicamente obtener ganancias las inviertan políticamente en el manejo de las sociedades?

Tantas preguntas que permanecen sin respuesta y que llaman a que la reflexión continúe. Hasta tanto el hombre mismo no controle su propia naturaleza, su propia avidez de dinero y de poder, ninguna reglamentación en materia de buen gobierno será suficiente.

BIBLIOGRAFÍA

Attali, Jacques. La crise, et après?, i.a ed., París, Fayard, 2008.

Baquero, Mauricio. “El gobierno societario y de la empresa en Colombia: una herramienta (contractual) o un requisito (normativo)”, en Globalización y derecho mercantil, Biblioteca jurídica Diké, Medellín, 2008, pp. 125-166.

Bonneau, Thierry. “Gouvernement d'entreprise”, Revue de Droit Bancaire et Financier, n.° 5, 2010.

Cahiers de droit de l'entreprise. Dirigeants, le juste prix, n.° 2, editorial, marzo de 2011.

Cely Rodríguez, Adriana María, "El gobierno corporativo y los riesgos empresariales globales". En: Gonzalo Ramírez, El derecho en el contexto de la globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Comisión Europea. Livre Vert -Le gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers et les politiques de rémunération, Bruselas, 2 de junio de 2010. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu

Funck-Brentano, François. "Prévention, répression, encadrement: une nouvelle régulation au service de l'éthique", La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n.° 27, 2011, pp. 1521-1526.

Gurria, Angel, 2009. "L'éthique des affaires et les principes de I'ocde : que faire pour éviter une nouvelle crise?", Foro Europeo de Ética en los Negocios (ebef), París. Disponible en: www.oecd.org (consultado el 30 de enero de 2012).

OECD. The corporate government lessons from the financial crisis. Disponible en: www.oecd.org (consultado el 31 de enero de 2012).

Principios de Gobierno Corporativo de la ocde, 2004. Disponible en: www.oecd.org

Roussille, Myriam. “La Commission Européenne au secours du gouvernement d'entreprise”, Revue de Droit des Sociétés, n.° II, 2011.

Tchotourian, Ivan. “Concilier long terme et gouvernance renouvelée : the new american way for doing business”, Bulletin Joly Sociétés, n.° 10, 2010, pp. 845-849.

T chotourian, Ivan. “Pour le Canada, les administrateurs sont les gardiens de la valeur de l’entreprise”, Bulletin Joly Bourse, n.° 4, 2009, pp. 339-345.

T rebulle, François-Guy. “Entreprise et développement durable”, Droit des Sociétés, n.° 12, crónica i, 2011.

WILFREDO ROBAYO GALVIS

Responsabilidad de las empresas transnacionales y el Comercio Justo

INTRODUCCIÓN

Después del fin de la Guerra Fría, la globalización ha favorecido una expansión sin precedente de las empresas multinacionales, las cuales se convirtieron en los principales operadores del comercio mundial. Estas sociedades acentúan sus actividades comerciales en la exploración y explotación de los recursos naturales de todo el mundo y la producción masiva en diversos sectores, pasando incluso por encima de los Estados, y en consecuencia derivando un provecho ilegal de los seres humanos.

Hoy día es claro que directa o indirectamente las sociedades transnacionales son unos de los responsables de los graves daños que se le han causado al medio ambiente e igualmente de la sistemática violación de los derechos humanos, gracias a la posibilidad de estar presentes en cualquier parte del planeta, debido a la versatilidad de este tipo de actividades comerciales e industriales, y escapando así de cualquier tipo de control jurídico{1}.

Aunque ciertas empresas no presentan un prontuario violatorio de las normas jurídicas que protegen derechos individuales y colectivos en una sociedad, para el desarrollo de sus actividades estas empresas se aprovechan de las disparidades entre los Estados causadas por el desarrollo desigual de los mismos. Por consiguiente, estos operadores mundiales entran a acentuar la degradación de las condiciones de vida de sectores enteros de la población mundial.

Desafortunadamente, instituciones internacionales mediante el desarrollo de políticas económicas han contribuido a mejorar el panorama de acción de las sociedades transnacionales, en detrimento de los derechos humanos {2}. Es así como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) han permitido el excesivo endeudamiento de los países pobres, situación que poco a poco degenera en un empobrecimiento aún mayor, dejándolos en una situación altamente vulnerable frente al comercio mundial que se muestra como una opción generosa a la luz de la inversión extranjera, pero con un alto costo para la población y la economía interna. Adicionalmente, la sacralización del comercio con el advenimiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha creado un amplio marco de

libertad para el desarrollo de actividades comerciales en busca del desarrollo económico, permitiendo la consecución de intereses particulares mediante la producción masiva y la acumulación de capitales a cualquier costo{3}.

Según datos proporcionados en los informes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las sociedades transnacionales emplean un 3,7% de la mano de obra total del mundo, cifra referida solamente al empleo formal, dejando a un lado otras formas de trabajo. No obstante, a pesar de tratarse de una cifra aparentemente pequeña, dicho porcentaje les permite controlar y orientar lo esencial de la producción mundial de algunos sectores como el agrario, el minero, el textil y el electrónico, creando así capitales colosales. Atendiendo de nuevo a los datos proporcionados por la OIT, resulta de suma importancia resaltar que las sociedades transnacionales más poderosas acumulan capitales y registran cifras derivadas de sus actividades equivalentes o superiores al producto interno bruto (PIB) de varios países, en especial los más pobres del planeta{4}.

Pese a lo anterior, se ha entendido claramente desde el punto de vista económico que las sociedades transnacionales son los agentes privilegiados del desarrollo, afirmación que se entiende bajo los términos de la mundialización neoliberal. Sin embargo, en cuestiones relativas a los derechos humanos y al medio ambiente, no podríamos catalogar a dichos operadores del comercio mundial bajo una perspectiva positiva y optimista, pues es evidente que dicha supremacía ha sido una de las causantes de graves y masivas violaciones a la dignidad humana y al principio del desarrollo sostenible.

En ese orden de ideas, el presente documento busca analizar la situación actual de las empresas transnacionales a la luz de la práctica del Comercio Justo, con el fin de mostrar cuál es la verdadera realidad de estos agentes de la economía mundial frente a las obligaciones, deberes, aspiraciones y anhelos de los miembros de la comunidad internacional. De esta forma, será necesario determinar el rol de las transnacionales de cara a los Estados, con especial énfasis en aquellos cuyas estructuras institucionales y jurídicas revisten un carácter de debilidad. Igualmente, es menester conocer y comprender la posición de estas sociedades en el ordenamiento jurídico

internacional, en busca de precisar la existencia o inexistencia de un régimen jurídico de responsabilidad, aplicable a las actividades comerciales e industriales por ellas desarrolladas, especialmente cuando se encuentran de por medio los derechos humanos.

Así mismo, en aras de evacuar cabalmente la problemática aquí presentada, en la última parte abordaremos las llamadas buenas prácticas comerciales, tales como la responsabilidad social empresarial y los códigos de buena conducta, y desentrañaremos la auténtica razón por la cual son adoptados, lo que presenta un turbio panorama entre el altruismo y los beneficios económicos derivados. En ese sentido, las empresas transnacionales han encontrado grandes ventajas a costa de la buena imagen que ha sido avalada por instituciones internacionales que las presentan como único camino para el desarrollo, en perjuicio de los intereses de las comunidades locales, de las economías de los Estados emergentes y de los derechos humanos.

EL COMERCIO JUSTO Y LA ECONOMÍA CONTEMPORÁNEA

Entre las nuevas tendencias que ofrece la economía contemporánea encontramos el Comercio Justo, el cual está orientado a ofrecer una alternativa más equitativa dentro de un sistema económico neoliberal que favorece esencialmente a las grandes empresas multinacionales o transnacionales de los países más industrializados{5}. Es claro que esta modalidad de comercio garantiza unas condiciones remuneratorias más equitativas y razonables para los productores de los países emergentes y que no obedecen a una producción macro, brindando una mejor calidad de vida a los trabajadores y a su entorno social y familiar{6}.

Por otro lado, la idea de Comercio Justo supone la existencia de mecanismos idóneos que permitan tanto a los productores como a los consumidores la posibilidad de acceder a un desarrollo sostenible progresista, bajo los pilares del respeto del medio ambiente, de la población y del territorio, todos estos examinados en el largo plazo. De igual manera, la incorporación de esta buena práctica incide favorablemente en la

existencia de los pequeños productores, quienes encuentran acceso a un extenso catálogo de fuente de ingresos, ya que es posible practicar una diversificación de la producción, exigiendo además la eliminación de los intermediarios{7}.

Dentro del marco del Comercio Justo, la generalidad de los proyectos y de los asuntos que conciernen al desarrollo son gestionados a través de las cooperativas o asociaciones de productores, en su mayoría aquellos que participan en la economía a pequeña escala, lo que permite escoger las iniciativas más prometedoras y provechosas para la comunidad, dando prevalencia absoluta al interés general y olvidando las pretensiones particulares y egoístas que envuelven las actividades comerciales, que solo buscan el ánimo de lucro{8}. De esta forma, una iniciativa que responda al objetivo del Comercio Justo tendrá la posibilidad de transformar positivamente los comportamientos y las estructuras sociales dentro de una comunidad determinada. Lo anterior supondría un cambio de paradigma económico, orientado a preferir el largo plazo y la rentabilidad social, lo que implica crear una estrecha relación de complementariedad entre los imperativos sociales y las preocupaciones económicas{9}, y como consecuencia la incorporación del principio democrático dentro del mundo económico{10}.

Así las cosas, hablar del Comercio Justo y de desarrollo sostenible en todas las esferas que envuelven a la sociedad implica necesariamente que la totalidad de los proyectos contribuyan con el enriquecimiento de la comunidad en la cual se desarrollan, lo que a su vez permite que los habitantes trabajen bajo condiciones laborales aceptables y acordes con la dignidad humana, que los menores de edad estén fuera del mercado laboral y, en consecuencia, se formen académicamente, y finalmente una explotación de los recursos naturales amigable con el medio ambiente, lo cual representa claramente una serie de medidas positivas para una comunidad local de productores{11}. Transportado a la esfera internacional significa una evidente aproximación al principio de solidaridad entre los países desarrollados y los que no lo son, favoreciendo un progreso respetuoso de la equidad en los intercambios comerciales y del justo precio.

Para hablar de esta práctica será necesario establecer los pilares básicos que orientan su esencia, los cuales pueden variar de una experiencia a otra, teniendo en cuenta que no existe una legislación en ese sentido. Así las cosas, destacamos los siguientes: i) una producción basada en la mano de obra local. ii) Relaciones comerciales directas entre la organización de Comercio Justo y las cooperativas de productores, o entre organizaciones mismas. Debido a esta especial relación, los agentes del Comercio Justo, incluso los productores, están orientados más por la colaboración sectorial que por la competencia comercial. iii) Un precio justo. Tanto los productores como las cooperativas establecen un precio determinado a los productos con el fin de garantizar la satisfacción de las necesidades de los primeros. Lo anterior se refiere no solo a las necesidades personales, sino también a todo lo que se relacione con la producción misma. iv) Proyectos a largo plazo. La necesidad de planificar y construir planes de desarrollo productivos implica extenderse en el tiempo para encontrar mejores resultados. v) Valores de solidaridad. Las organizaciones y cooperativas deben estar abiertas a todos los productores, lo que implica la eliminación de cualquier tipo de distinción o discriminación. vi) Información al público. Para la promoción del Comercio Justo es indispensable mantener a los consumidores informados acerca de los productores y la importancia de la práctica del comercio alternativo. vii) Desarrollo sostenible. Este principio se ve materializado de diversas formas. Como primera medida es necesario utilizar técnicas de producción que contribuyan a la conservación de los recursos naturales. Una diversificación de la producción con el fin de disminuir la dependencia de los productores respecto a una única fuente de ingresos. Igualmente las actividades deben estar orientadas a un desarrollo social integral, mejorando las condiciones de vida de los miembros de la comunidad{12}.

Con el fin de comprender cabalmente lo que es el Comercio Justo, es primordial analizarlo en un marco mucho más amplio: el comercio internacional. Sin embargo, traer a colación dicho concepto en este escenario resulta un poco contradictorio, pues ante todo la regla de la equidad es completamente inexistente en este ámbito{13}. En ese sentido, el Comercio Justo debe ser entendido como respuesta a los efectos devastadores de las relaciones comerciales gestionadas únicamente en función de los intereses económicos y de las grandes empresas

transnacionales de los países desarrollados. En efecto, bajo la idea de la mundialización económica neoliberal, las operaciones comerciales, sin distinción alguna, están orientadas en función de las ventajas que procura el mercado internacional. Lo anterior implica, bajo una nueva lógica económica y hegemónica, que los pequeños mercados y los productores y agentes que allí intervienen estén condenados a desaparecer. De la misma forma, las leyes de competencia, la circulación de bienes, los tratados de libre comercio, el poder que envuelve la práctica de lobby, y las subvenciones gubernamentales en materia tributaria ofrecidas a las sociedades transnacionales, son elementos claves que favorecen principalmente a los oligopolios establecidos por las empresas de los Estados desarrollados{14}.

En la actualidad, podríamos fácilmente explicar el normal desarrollo de la economía globalizada indicando unos aspectos que hoy por hoy resultan aceptados. De esta manera, los países industrializados y con poder económico considerable adquieren los productos de base, o si se quiere, la materia prima de los países no desarrollados, con el fin de transformarlos y ofrecer un resultado final. El valor agregado de este producto reporta ganancias de capital considerables para los países desarrollados, claramente en menoscabo de los intereses de los Estados con economía en desarrollo. Manifiestamente, se trata de un aprovechamiento legítimo de la posición desfavorecida de los Estados emergentes, por cuanto estos no cuentan con los medios económicos para construir las instalaciones y desarrollar los procesos de transformación de las materias primas, operaciones realmente de alto costo. Además, cuando existe tal iniciativa de parte de los Estados en desarrollo, dicha práctica se ve fuertemente desincentivada debido a la tasación excesiva de las exportaciones de estos países{15}.

Pero este panorama no resulta completamente novedoso en las últimas décadas, pues es prácticamente un principio de absoluta aplicación en la historia de la economía mundial. Sin embargo, en las últimas décadas se ha ido acelerando por el fenómeno de la globalización y por la importancia adquirida por las sociedades transnacionales. En nombre de la libertad de empresa y de inversión, la realidad nos permite ser testigos de la creación de oligopolios, y en algunos casos de monopolios, que acaparan cada día más los mercados de explotación. Todo este cúmulo de actividades

económicas ha sido claramente impulsado por organismos multilaterales que imponen dinámicas que favorecen a ciertos actores del mercado{16}. A título de ejemplo podríamos mencionar la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la OMC, el FMI, el BM, entre otras organizaciones que alientan la idea de la globalización, la cual resulta fácilmente criticable, pues la quieren hacer ver como algo ineluctable a los ojos de los países en desarrollo{17}. En ese sentido, la mundialización como práctica y presupuesto económico no es más que el resultado de las negociaciones realizadas en el seno de estas instituciones internacionales. En ese orden de ideas, si analizamos la realidad de la OMC, podríamos decir que, pese a que se trata de una organización internacional que tiene como objetivo primordial la liberalización total de la circulación de mercancías bajo el manto del comercio internacional, en provecho de todos sus miembros, jamás se ve materializado este propósito. Si bien las decisiones deberían ser tomadas entre todos los Estados miembros de la organización, esto nunca acontece, pues la realidad ha mostrado que el poder decisorio se encuentra radicado muchas veces en cabeza de los dirigentes de Estados Unidos, Canadá, Francia, Alemania, Japón, China y otros países muy influyentes en materia económica. Las orientaciones del comercio internacional, claramente y sin hacer consultas públicas a los actores menos poderosos, son tomadas por los Estados antes mencionados. En la práctica, los intereses de las grandes sociedades transnacionales son defendidos por los Estados donde ellos tienen su casa matriz. Básicamente, la relación es recíproca puesto que hay beneficios si los grupos económicos logran sus objetivos{18}.

Bajo ese nuevo escenario de economía internacional, las sociedades transnacionales son el motor de la globalización, de tal forma que sus actividades comerciales e industriales, al igual que sus inversiones, posibilitan el desarrollo de una lógica de integración del mercado mundial{19}. No obstante, la posición privilegiada que se puede derivar de un escenario como el aquí presentado, los recursos manejados por estos operadores comerciales, así como las tecnologías utilizadas para el desarrollo del objeto social, podrían reportar inmensos beneficios a favor de las poblaciones locales donde se desarrollan las actividades mencionadas. De la misma manera, se podría contribuir a la reducción de la pobreza,

simplemente bajo el paradigma del Comercio Justo, pero desafortunadamente no es este el escenario que predomina en la actualidad.

LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

A lo largo de las últimas décadas, las empresas transnacionales (ETN) se han convertido en un actor cada vez más importante dentro de la vida política y económica del mundo entero; ocupan un lugar verdaderamente importante y que hasta el día de hoy, se entiende, pertenece a los Estados{20}.

Los marcos jurídicos, económicos y políticos diseñados para un modelo económico basado en actores supeditados a las actuaciones estatales, poco a poco se van mostrando ampliamente ineficaces y aislados de esta nueva realidad presentada por la dinámica de las sociedades transnacionales, que escapan a toda forma de responsabilidad jurídica. En ausencia de un conjunto de normas aplicables al caso de estos particulares actores económicos, sus actuaciones se enmarcan dentro de los imperativos del mejor perfil comercial, permitiendo así la posibilidad de abusar impunemente de los Estados débiles, de las normas del mercado, del medio ambiente, de los trabajadores y de las poblaciones locales{21}.

Pese a esta situación, las ETN se presentan como gran alternativa, logrando inspirar políticas económicas y comerciales, e incluso la adopción de las mismas por los Estados, obteniendo en muchos casos beneficios y facilidades que perjudican otras actividades en las economías locales. En consecuencia, los gobernantes frecuentemente encuentran atractivas ventajas, incluso de orden personal, al presentar a estas empresas como las únicas soluciones para resolver los problemas de desempleo, desarrollo económico y pobreza{22}.

NATURALEZA DE LAS ETN

El concepto impuesto por estas sociedades de orden internacional, que actúan más allá de las fronteras de los Estados, crea una nueva realidad comercial, bajo la cual es fácilmente posible incurrir en errores sobre la naturaleza de las ETN. En efecto, las ideas generalizadas respecto a estas empresas resultan de su carácter internacional, del cual la población mundial tiene noticias, ya sea por su gigantesco tamaño institucional, o por sus actuaciones laborales en calidad de empleadores, aprovechándose de situaciones de inferioridad económica, cultural e institucional de algunos Estados.

En razón de la denominación indistinta de estas empresas, llamadas transnacionales o multinacionales, resulta importante hacer la siguiente precisión. Si bien los dos conceptos inducen a pensar falsamente que se trata de personas jurídicas que poseen un anclaje en diferentes Estados y que, por ende, poseen una identidad supranacional, las ETN se caracterizan por la existencia de un único centro de decisión, histórico y efectivo (casa matriz), que se sitúa en un Estado determinado, el cual es el núcleo esencial de todas sus operaciones legales y administrativas, sin importar el lugar de ejecución industrial y comercial del objeto social{23}.

En ese sentido, el concepto de la empresa transnacional se refiere a una entidad o a un grupo de entidades económicas que operan en dos o más Estados, sin importar la existencia de identidad de los marcos jurídicos internos del país de origen ni del establecimiento. Lo anterior indica que se trata de personas jurídicas de derecho privado con una localización territorial múltiple, pero con un centro único para la toma de las decisiones estratégicas{24}.

La estructura típica que adoptan las empresas transnacionales se basa en la existencia de una sociedad matriz de la cual se desprenden diversas filiales, constituyendo grupos empresariales en torno a una misma actividad, conglomerados o coaliciones con actividades diversas, e incluso podrían también presentarse los fenómenos de la fusión societaria y los conjuntos financieros, conocidos como Holdings{25}. En todos los casos, lo esencial es la centralización de las decisiones, que permite la dirección general de todas las actividades de los miembros de la empresa transnacional{26}, lo

que implica la elaboración de políticas coherentes y una estrategia común y en torno a las cuales estas entidades se encuentran ligadas{27}.

Un punto de bastante relevancia es el relacionado con el domicilio de la empresa transnacional, elemento de suma importancia si consideramos que se trata de uno de los factores que determinan la competencia de un tribunal nacional y la ley aplicable, en caso de suscitarse una controversia de derecho internacional privado. Estos actores económicos tendrán la posibilidad de elegir su domicilio, o incluso podrían escoger una pluralidad de estos, en función del lugar donde se encuentra la sede principal de la sociedad matriz, la sede de las principales actividades o el Estado donde la sociedad ha sido registrada{28}. Esta posibilidad, entonces, permitiría un fenómeno de deslocalización de la controversia, situación que claramente es favorable para las mencionadas empresas, pues podrán escoger el régimen jurídico que reglamente sus actividades, alternativa que será ejercida en función de la flexibilidad de las normativas nacionales.

En ese orden de ideas, si bien las sociedades transnacionales están sometidas, en principio, al derecho de un Estado y a la jurisdicción de sus tribunales, el hecho de organizarse en grupo permite la dispersión y limitación de la responsabilidad, pues este último no posee como tal una personalidad jurídica distinta e independiente de la de cada uno de los miembros que lo componen, situación absolutamente beneficiosa para la organización empresarial{29}. Para reforzar la afirmación precedente, se debe tener en cuenta que las decisiones se toman en un Estado, pero son ejecutadas en otro, donde puede ser que las instituciones estatales sean permisivas o incapaces de imponerse como autoridad soberana o simplemente la reglamentación jurídica comercial es más favorable a los agentes económicos{30}. Todo lo anterior muestra que, económicamente, las empresas transnacionales existen en el mundo real, pero no es posible determinar su presencia en términos de responsabilidad jurídica frente a los daños causados.

LOS ESTADOS EN EL NUEVO ORDEN MUNDIAL

El fenómeno que presentamos no puede entenderse sin tener en cuenta el contexto de la evolución del capitalismo contemporáneo, y así mismo dimensionando el desafío que representa la globalización frente a los escenarios políticos y jurídicos de los Estados, que ofrecen los ámbitos nacional e internacional, donde la empresa se constituye evidentemente como un actor principal{31}. Sin embargo, un análisis de la globalización nos muestra que un elemento microeconómico siempre se encuentra presente, en el sentido que una empresa transnacional configura su actividad determinando su estrategia de inversión, de producción, de distribución y de venta, a escala mundial. Así las cosas, los actores económicos buscarán privilegiar los lugares de producción en los cuales existan las condiciones más favorables para el desarrollo de sus actividades comerciales o industriales{32}.

Uno de los factores que las empresas transnacionales tienen en cuenta dentro de una perspectiva globalizada es el que se relaciona con el marco legal y reglamentario que impone una serie de obligaciones a los actores económicos, pero que reposa bajo un modelo de responsabilidad del Estado. En otros términos, la decisión de implantar un nuevo centro de operaciones en un determinado territorio no solo estará condicionada al costo directo de los factores de producción, sino, de manera sustancial, a los costos indirectos que representan las reglamentaciones frente a las condiciones de trabajo, los montos de los descuentos sociales y fiscales a cargo de las empresas, las reglas establecidas en materia de permisos de explotación, control de contaminación, de seguridad y de responsabilidad en caso de accidentes o catástrofes industriales, etc. En ese sentido, las empresas transnacionales harán un análisis de favorabilidad frente a estos aspectos y lo que ello representa con relación a las ganancias proyectadas{33}.

Pese a lo anterior, no es un secreto que la desigualdad existente entre los países, en materia de protección real de los derechos humanos, de los recursos naturales y de las condiciones de trabajo en general, al igual que la imposibilidad de algunos Estados para imponerse como autoridad soberana frente a los titanes societarios, juega a favor de los actores económicos, que poseen una plena libertad para escoger el lugar que deseen para el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales, lo que en términos jurídicos implicaría la posibilidad de escoger las normas aplicables a su

situación, aprovechándose las empresas de la debilidad de ciertos Estados y de la permisibilidad o flexibilidad de sus normas, dando paso al llamado forum shopping{34}. Esta situación incita a las empresas a instalarse en los lugares en los cuales la presión jurídica es la menos fuerte, ya sea porque efectivamente no existen normas sobre la materia o porque el constreñimiento jurídico es mínimo. O, sencillamente, no existen mecanismos efectivos que permitan un verdadero control frente al cumplimiento de estas normas.

Este escenario, si se quiere, de derecho a la carta ha corrompido incluso a los mismos Estados, que en situaciones de crisis económica y de inferioridad clara frente a las grandes organizaciones societarias se transforman en representantes del comercio. Esto implica no solamente que las entidades estatales deban adornar y elogiar las ventajas de sus modelos políticos, económicos y sociales, sino también entren a proponer y poner a disposición de las empresas "paquetes legales" suficientemente atractivos para persuadir a las empresas transnacionales a instalarse en su territorio o, si es el caso, para evitar que estas abandonen dichas tierras en busca de mejores horizontes jurídico-económicos{35}. Lo anterior supondría entonces, no la creación de un derecho global, sino un mercado mundial de ordenamientos jurídicos nacionales{36}.

Dado por sentado lo anterior, esta manifestación del libre mercado crea hoy día una competencia entre los ordenamientos políticos y jurídicos, escenario que favorece lo que podría llamarse una "guerra de precios" entre los diferentes derechos nacionales, conduciendo claramente a una reducción de la presión jurídica ejercida sobre las empresas. Dicho escenario lleva a que los Estados reduzcan las exigencias normativas con el fin de conservar o adecuar un ambiente jurídico atractivo y competente, generando un dumping legal interestatal, frente a las actividades comerciales e industriales de las empresas transnacionales{37}.

Como consecuencia, algunos Estados no han querido dejar que sean las mismas leyes del mercado y la buena conciencia de los países que se prestan para estas prácticas las que gestionen una economía mundial globalizada, poniendo a consideración dentro de un ambiente internacional el principio del libre cambio. Estos Estados preocupados por dicha

situación, entre los cuales se encuentran los más desarrollados, invocan las consecuencias de esta situación, argumentando la permisión de circunstancias de competencia desleal, especialmente en materia laboral, y lo que se ha querido llamar la cláusula social, que propone un umbral normativo mínimo en temas de protección de las condiciones de trabajo{38}.

No siendo posible el establecimiento de las condiciones propuestas en los debates de la OMC, la discusión fue transferida a la oit, y por eso -en 1998- adopta una declaración solemne tripartita sobre los derechos fundamentales al trabajo (Core Labour Standards). Allí se fijan los estándares mínimos a nivel mundial referidos al derecho al trabajo{39}. Pese a los buenos propósitos que engloba la declaración tripartita, la vinculación está en entredicho, en tanto que ni siquiera se trata de un tratado internacional, y por ende jamás fue sometida a la firma y ratificación por los Estados miembros de la oit. Sumado a lo anterior, dicha declaración no establece obligaciones jurídicas propiamente dichas, sino que se limita a enunciar -en términos generales- cuatro principios esenciales en materia laboral: prohibición del trabajo infantil, prohibición del trabajo forzado, principio de no discriminación en las relaciones laborales y libertad sindical{40}.

Un año más tarde estos principios fueron recogidos en la iniciativa de Kofi Annan que hoy es conocida como el Global Compact o Pacto Mundial. Este trabajo se encuentra dirigido a las empresas y grupos empresariales, y no a los Estados u organizaciones internacionales. El texto mencionado exhorta a los actores económicos a participar voluntariamente en la construcción de una red cívica mundial comprometida con el respeto y la condena de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, con la promoción de principios relativos al desarrollo sostenible y la lucha contra la corrupción. Claramente, puede comprobarse que son los pilares de la declaración de la oit. Desafortunadamente se trata de un texto desprovisto jurídicamente de fuerza vinculante, dejando así a la merced y a la buena voluntad de las empresas la adquisición de obligaciones que lleguen a causar algún tipo de responsabilidad. No obstante, podemos ver este Pacto Global como una puerta de entrada a la comunidad internacional de las empresas multinacionales, y claramente de las que actúan en el orden local, vinculándolas a los intereses e inquietudes supranacionales, lo que las hace

en cierto modo acreedoras de una especie de subjetividad internacional, concepto que se encuentra en construcción{41}.

EL ESTATUS DE LA EMPRESA EN DERECHO INTERNACIONAL

Siendo el derecho internacional económico el llamado a responder los interrogantes de la regulación supranacional de las empresas transnacionales, hasta hoy no hemos encontrado unas disposiciones que nos señalen cuál es el papel de estos actores económicos frente a las expectativas de orden mundial de todos los integrantes de la comunidad internacional{42}. Esta situación se debe no solamente a la ausencia de un acuerdo político mundial sobre los principios y las reglas de tal regulación, sino a la lógica misma de la subjetividad que maneja el derecho internacional clásico, permitiendo adquirir derechos y contraer obligaciones a los Estados de manera exclusiva. Sin embargo, es a partir del final de la Segunda Guerra Mundial y del desarrollo de los derechos humanos, que se dota de "subjetividad internacional" a los individuos, reconociéndoseles la calidad de titulares de derechos y exigiendo del Estado las garantías necesarias para el respeto y ejercicio de los mismos.

De igual manera, y atendiendo a la misma tendencia ius fundamentalista de protección, las personas jurídicas de orden privado pueden llegar también a gozar del reconocimiento de este tipo de derechos, grupo privilegiado dentro del cual se encuentran las empresas transnacionales. Así las cosas, es posible ver que los representantes legales de una sociedad demanden la protección de sus derechos, por ejemplo el de la propiedad, la libertad de expresión, la honra y el buen nombre, entre otros, en ciertos escenarios que así lo han permitido como es el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos{43}.

Ahora bien, si tanto las personas naturales como las jurídicas se encuentran reconocidas como titulares de derechos, no se entiende por qué la responsabilidad por la violación de los derechos humanos, en principio, solo puede ser atribuida a los Estados, y bajo las tendencias del derecho

internacional penal, algunas conductas, que en razón a su gravedad constituirían crímenes internacionales, darían paso a la llamada responsabilidad internacional individual, para el caso de las personas naturales{44}. Cabe resaltar en esta instancia que la jurisprudencia y la doctrina han reconocido a los derechos fundamentales un cierto efecto horizontal, lo que implica que las personas privadas deben en principio respetar los derechos y libertades de las demás personas del orden privado, y en consecuencia tampoco podrán atentar contra ellos{45}. Bajo esa idea, las empresas transnacionales se encuentran limitadas en su actuar, por un deber de respeto frente a los derechos de las personas que se encuentren vinculadas, laboral, territorialmente o de alguna otra forma con sus actividades comerciales e industriales. Pese a lo anterior, el panorama actual nos muestra una realidad diferente, en la medida que sí se presenta una situación de violación de los derechos humanos por una empresa transnacional. Bajo el modelo de la violación horizontal, no es la empresa la llamada a responder, sino es el Estado el que será condenado por no haber puesto en marcha las medidas positivas necesarias para evitar la vulneración de los derechos humanos y asegurar así una buena ejecución de sus obligaciones internacionales{46}.

De acuerdo con lo anterior, actualmente es posible afirmar que la empresa es por lo general un sujeto activo, pero no pasivo del derecho internacional público y mucho menos de los derechos humanos. Bajo ese entendido, sobre el plano internacional aquella es titular de ciertos derechos fundamentales, así como de otros derechos de tipo económico, por ejemplo la libertad de empresa o a la seguridad de las inversiones, que producen efectos directos y de los cuales puede obtener un beneficio. Por el contrario, nunca podrá ser catalogada como garante de estos derechos, y difícilmente podrá imputársele responsabilidad derivada de la violación de los mismos. Como se mencionó, estos deberes de prevención, promoción y protección, corresponden al Estado, sobre el que recae también la facultad de imponer a los actores económicos obligaciones de respeto a nivel interno frente a estos derechos. Sin embargo, dicha afirmación nos lleva a recordar el problema de la relativa impotencia de los ordenamientos jurídicos domésticos a la luz de las actuaciones de las empresas transnacionales dentro de un contexto de globalización{47}.

Otra causa que también alimenta la asimetría mencionada, privilegiando la especial situación de las empresas transnacionales, se deriva de un hecho mismo del derecho internacional, respondiendo al criterio de especialidad de las organizaciones internacionales, creadas bajo objetivos precisos y que limitan absolutamente el actuar de las mismas, por lo cual no permiten inmiscuirse en temas diversos a los mencionados en su tratado de constitución. Así las cosas, la OMC se preocupa de la promoción del libre cambio económico y de la organización del comercio internacional, mientras que la OIT se encarga exclusivamente de las cuestiones derivadas del trabajo. De esta manera, otras temáticas, como el medio ambiente, la salud, la cultura, y los derechos humanos en general, se encuentran dentro de los objetivos de diferentes organizaciones o instituciones internacionales{48}.

La consecuencia de este hermetismo temático que se presenta en el plano del derecho internacional económico es mostrar que el principio del libre cambio está fuertemente asentado sobre bases jurídicas que permiten eficazmente vigilar su aplicación, mediante dispositivos vinculantes y sanciones disuasivas, mientras que las demás temáticas que responden a intereses esenciales para el desarrollo de la humanidad misma, en aspectos de salud pública, protección al medio ambiente, servicios públicos, son vistas como peligrosas e interpretadas restrictivamente como excepciones al principio de libertad del comercio, y aun como infracciones del mismo. Argumentos como los que preceden permiten a las empresas aprovecharse de la interpretación extensiva que se ha hecho del principio del libre cambio para conquistar nuevos mercados y desarrollar sus actividades, dejando a los Estados, que no tienen los medios, y en algunos casos la voluntad o la competencia, para asegurar los derechos fundamentales, eventualmente 'fragilizados' o afectados por el desarrollo económico{49}.

Esta especial situación en la que se encuentran las empresas transnacionales en la escena internacional, podría ser catalogada como un beneficio materializado en una inmunidad de hecho. Dicho contexto resulta profundamente insólito y día a día se alzan voces de reclamo a lo largo de la doctrina{50}. Sin embargo, es en el interior de las instancias judiciales nacionales que se ha cuestionado la situación y dado soluciones jurídicas, protegiendo los intereses colectivos más que al desarrollo y provecho

económico. De esta manera, resaltamos la afirmación del juez federal americano, para quien es posible comprometer la responsabilidad de la empresa, al menos civilmente, a título de autoría o complicidad, por la violación de ciertas reglas fundamentales del derecho de gentes, dentro del marco del Alien Tort Claims Act (ATCA){51}. En virtud del mencionado dispositivo normativo{52}, es posible reclamar indemnizaciones derivadas de los daños ocasionados por no nacionales estadounidenses, a causa de la violación de obligaciones internacionales en cabeza de Estados Unidos que se encuentren en normas convencionales ratificadas por este Estado, o por la violación de la Ley de las Naciones{53}. Respecto a esta última expresión, la jurisprudencia norteamericana entendió en un principio que se trata del derecho internacional general consuetudinario, aunque tal interpretación no ha sido constante y genera cierto grado de incertidumbre{54}.

Lo cierto es que este instrumento ha permitido demandar actos cometidos fuera del territorio estadounidense, en perjuicio de extranjeros, por la violación de normas internacionales que encajan dentro de conductas como tortura, genocidio, violencia sexual, crímenes de guerra, esclavitud, trabajos forzosos, apartheid, ejecuciones extrajudiciales, tratos inhumanos y degradantes, daños graves al medio ambiente, desapariciones forzosas, entre otras{55}.

En ese sentido, la aplicación del ATCA en acciones judiciales contra las ETN muestra que se ha entendido que estos actores privados tienen la capacidad de violar las normas internacionales, acarreando consecuencias jurídicas por sus conductas, situación que alimenta el debate de la responsabilidad de estos agentes económicos.

De igual forma, no podemos dejar de nombrar que, en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la subcomisión encargada de la promoción y la protección de los derechos humanos, en 2003, adoptó las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. A la letra de dicho texto se afirma que si bien los Estados son los llamados en primer orden, a promover, respetar, hacer respetar y proteger los derechos humanos y de velar por su realización, las sociedades transnacionales y otras empresas, en

razón a su pertenencia a la sociedad, tienen también la responsabilidad de promover y garantizar los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Igualmente, se resalta que a lo largo del texto encontramos responsabilidades en cabeza de las empresas en temas de derecho laboral, medio ambiente y derechos humanos en general, derivando así obligaciones de vigilancia sobre los miembros de la cadena de valor, de sumisión a los mecanismos de control establecidos y de reparación por los daños causados derivados de la violación de los derechos mencionados{56}.

No queriendo desestimar los esfuerzos y avances que implica la creación de las normas en cuestión, es necesario dejar por sentado que se trata de un catálogo de buenas intenciones, que difícilmente podrán ser materializadas en el mundo real. Prueba de esto es la mala recepción del texto por los actores económicos, que bien saben que una regulación como la aquí aludida, difícilmente reunirá las condiciones necesarias para imponerse de manera obligatoria, sin importar su origen multilateral y particular derivado de la autoridad que revela la ONU.

A título de conclusión de este aparte, es poco probable que el estatus jurídico internacional de la empresa evolucione rápidamente, estableciendo un régimen de responsabilidad jurídica obligatoria y practicable, y así limitemos el principio de la libertad de empresa, el libre cambio y el comercio internacional, en pro de los intereses generales de la humanidad.

REGULACIÓN DE LAS ETN

Hoy día, un concepto se ha ido incrustando en las personas jurídicas, sin importar su naturaleza pública o privada, es la llamada responsabilidad social empresarial. En consecuencia, temas relacionados con el medio ambiente y la humanidad misma, como el desarrollo sostenible, la reducción de emisiones de CO2, biodiversidad, protección del agua, la vivienda, el consumo, enfermedades, manipulación de los desechos, etc., son objeto de diferentes debates, dentro de los cuales, naturalmente, las

empresas juegan un rol importante en razón al desarrollo de sus actividades comerciales o industriales. Lo anterior se explica porque las empresas jamás habían tenido un lugar central en la sociedad, donde no solo existen unos intereses privados de tipo comercial, sino que sus actividades trascienden a la esfera colectiva, en razón a los efectos causados dentro de una comunidad como consecuencia del desarrollo de sus actividades.

En este escenario resulta de crucial importancia la diferenciación entre una empresa local, nacional, y las transnacionales que actúan comercial o industrialmente en varios Estados, bajo un escenario de distanciamiento físico entre los trabajadores y clientes, de una parte, y la empresa, de otra. Bajo este modelo, entonces, los compromisos y responsabilidades no son asumidos de la misma manera, de tal forma que en una ETN a un director financiero de la sociedad matriz, quien toma decisiones concernientes a una filial situada en otro continente, no le recaerá la misma carga personal que al que dirige diariamente los trabajadores de la empresa. En ese orden de ideas, los efectos causados por la distancia son claramente diferentes, dependiendo del tamaño de la empresa, lo que nos obliga a poner de presente la necesidad de comprender las consecuencias de la dispersión institucional de las ETN, que encuentran un procedimiento decisorio particular, y frente al cual no existe una regulación jurídica en el ámbito internacional; por esta razón se convierten en actores económicos 'exentos' de responsabilidades por las eventuales daños que ocasionen{57}.

Así las cosas, podríamos encontrar diversas razones que explican el porqué de la inexistencia de la regulación mencionada{58}, aunque no queremos, de ningún modo, hacer un análisis integral y profundo al respecto. En ese sentido encontramos:

1. La fuerte influencia de las etn sobre los Estados: no podemos afirmar que un tema tan sensible como es el de las etn no se encuentra dentro de las agendas de las instituciones internacionales e igualmente en el orden interno, en manos de los organismos competentes. Sin embargo, estas iniciativas resultan insuficientes. Tratándose de la regulación de los negocios comerciales o industriales, son las empresas las primeras interesadas en ubicarse al lado de los Estados. Por tal razón, podríamos afirmar categóricamente que gran parte de las normas que se adoptan a lo

largo y ancho del planeta, concernientes a temas comerciales, fiscales, empresariales, laborales, de la competencia, del consumo, entre otras, son el resultado del lobbying de las empresas más poderosas de estos sectores, que normalmente son las sociedades transnacionales. Esta influencia explica sin duda por qué el ambiente normativo de las etn no impone obligaciones severas y deberes imperantes a las empresas que no se comprometen con el medio ambiente, los derechos humanos, la economía de un Estado, y al mismo tiempo no recompensa a las que se comprometen con la satisfacción permanente del interés general de la comunidad.

2. La existencia de un consenso internacional sobre la necesaria contribución de las etn al interés general: tanto el Global Compact convocado por la onu, los principios directores de la ocde, la declaración tripartita de la oit, los instrumentos existentes y los que están en construcción, como la ISO 26000{59}, apuntan hacia una misma dirección, resaltando que las etn son un vector de garantía del interés general, y en ese sentido la falta de regulación no ha permitido a los Estados y a las instituciones internacionales ejercer sus prerrogativas, que permitan orientar las actuaciones de dichas empresas hacia el principio de desarrollo sostenible, y por ende del interés general. Igualmente podemos resaltar el informe de John Ruggie{60}, en el que se llama la atención sobre la insuficiencia de las medidas actuales que animan a las empresas a actuar de manera responsable.

3. Los importantes obstáculos conceptuales y estructurales: los impactos sociales y ambientales de las etn no pueden en el estado actual del derecho ser aprehendidos con eficacia. Lo anterior se debe claramente a un doble concepto fundamental del derecho de sociedades, los principios de la autonomía jurídica y de responsabilidad limitada, que tienen por efecto el aislamiento de cada miembro de un grupo transnacional de las consecuencias civiles y penales de la acción de los otros miembros de la organización empresarial. Estos principios buscan proteger a los inversionistas de los riesgos financieros, jurídicos y sociales de sus actividades, generando claramente una situación de asimetría, en cuanto que la casa matriz del grupo puede hacerse partícipe de las ganancias de sus filiales, sin necesidad de gravar su situación en el ordenamiento jurídico interno del lugar donde se desarrollan las actividades comerciales e

industriales del grupo. Esta lógica comercial genera una serie de dificultades respecto al régimen jurídico aplicable a las matrices y al grupo empresarial en general. Así las cosas, el carácter extraterritorial de los litigios y la interposición frecuente de diferentes personas jurídicas que se puedan suscitar en el desarrollo de estas actividades, significan importantes dificultades procedimentales que no garantizan a las eventuales víctimas un derecho de acceso a la justicia.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Este nuevo concepto tiene por origen la locución angloamericana corporate social responsibility que aparece en la década del cincuenta en Estados Unidos, a partir de consideraciones religiosas y éticas. Esta idea poco a poco fue evolucionando en busca de una conciliación entre las actividades económicas y las preocupaciones y expectativas de la sociedad.

Tratándose de una noción polifacética, en virtud de la cual se han creado diversas definiciones, lo esencial es resaltar que el elemento común a este concepto gira en torno a la necesidad de considerar los efectos de las actividades de las empresas sobre el ambiente social y natural, y en consecuencia poner en marcha estos aspectos dentro de su estrategia y gestión, bajo la idea de un desarrollo sostenible. Así las cosas, se trata de una realidad constituida por discursos, prácticas, controversias y dispositivos que se ponen en marcha{61}.

Aunque se pretenda reivindicar la originalidad del concepto de la responsabilidad social empresarial (RSE) como novedoso, es de anotar que lo que presenciamos hoy día es un cambio de vocabulario, debido a la evolución de la idea en razón a la situación de globalización que viene experimentando el mundo en las últimas décadas. Podríamos afirmar que se trata de la nueva versión de la llamada “empresa ciudadana” o “ética de los negocios”. El mensaje que se quiere trasmitir con estas tendencias ya es conocido a lo largo del argot societario, y se debe a las motivaciones existentes de moralizar el comportamiento de los actores económicos, no

solamente sobre los medios y métodos de producción, comercialización y distribución, sino también sobre los fines de la actividad misma{62}. En cuanto a los medios y métodos de la actividad, se entiende per se la existencia de límites constitucionales y legales que deben ser respetados, y se espera una suerte de ética intrínseca en el desarrollo del objeto social. Por el lado de los fines, es de esperarse que la empresa enmarque todo su actuar en busca de la adquisición de ganancias producto de su actividad, pero igualmente estas deben estar encaminadas a contribuir al bienestar colectivo y a la satisfacción del interés general, o al menos debe comprometerse a no afectarlos{63}.

Si contextualizamos la idea planteada dentro de un modelo liberal de economía de mercado, a todas luces parece contradictoria la noción de responsabilidad social empresarial con la teoría económica, tratando de esconder así la naturaleza misma de los agentes económicos, que tienen como único fin la consecución de sus intereses privados sin correr el riesgo de limitar su poder de acción y comprometer su responsabilidad. De esta manera, la RSE incita a los agentes económicos a renunciar a estas premisas unilaterales, y a perseguir fines altruistas, asumiendo una serie de responsabilidades planteadas en términos generales, que resultan bastante amplios, y que a todas luces puede representar graves peligros que contrarían la naturaleza comercial de la empresa{64}.

De lo anterior se puede colegir que la RSE pretende exaltar la naturaleza jurídica de los agentes económicos, en la medida que busca incorporar su actuar dentro de los fines mismos del Estado, haciéndolo partícipe de un catálogo de obligaciones que implican el respeto y garantía de ejercicio de los derechos y libertades, y por ende la salvaguarda de los bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento jurídico nacional o internacional.

Todo este movimiento de la RSE muestra la existencia de un fenómeno de gran amplitud, constituido por una diversidad de manifestaciones y dispositivos que en la actualidad constituyen un elemento de cotidianeidad, al menos desde el punto de vista teórico. Es así como, con solo un vistazo sobre algunos sitios de internet, encontramos listados interminables de empresas de mayor, menor y pequeña escala y de grupos empresariales, que

publican declaraciones de intención, cartas o códigos de buena conducta, que proclaman compromisos de diversa naturaleza en temas sociales, de protección del medio ambiente, de promoción y protección de los derechos humanos, e incluso de la democracia. Adicionalmente, hay una proliferación de iniciativas que invitan a los agentes económicos a inscribirse dentro de los programas de RSE, planteando modelos a seguir, mecanismos de control y medición de los compromisos, instrumentos de evaluación de las actuaciones de las empresas, llegando hasta establecer sanciones y ordenar reparaciones por las faltas cometidas frente a los compromisos adquiridos.

De esta manera, podemos destacar iniciativas como los fondos éticos, los índices bursátiles de valores éticos, sellos sociales y ambientales, normas técnicas de certificación de tipo ISO, multiplicación de la estandarización de los reportes no financieros, procedimientos de auditoría y la certificación de los mismos, cláusulas de respeto de los derechos humanos, entre otras, auspiciados por organizaciones internacionales, los Estados mismos y claramente la sociedad civil representada por medio de organizaciones no gubernamentales, sin excluir otras formas de asociaciones sociales{65}.

Lo anterior, no bajo una idea exclusiva de altruismo, pues detrás de esto encontramos beneficios económicos y tributarios como consecuencia de la inscripción en el modelo de la RSE.

Así las cosas, cabría cuestionarse si debemos observar la RSE como una simple cortina ideológica destinada a disimular en alguna medida los efectos devastadores de un capitalismo globalizado, o si realmente se trata de sentimientos morales surgidos de los agentes económicos, como contrapartida de los beneficios adquiridos por las actividades desplegadas{66}.

LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Enmarcándose dentro del boom de la rse, tal vez se trata de la manifestación más clara del catálogo de compromisos sociales de las empresas. En ellos, los actores económicos afirman asumir voluntariamente, sin constituir una obligación jurídica, una responsabilidad al menos moral en temas sociales, ambientales y de respeto general de los derechos humanos{67}.

La dinámica que alienta esta práctica se presenta como compromisos, que normalmente adoptan el carácter de públicos, que son difundidos generalmente en los sitios web de las empresas interesadas. Su contenido es extremadamente variable, en tanto que no existe un marco general para crear estos instrumentos, lo que permite la existencia de una diversidad de formas y contenidos, en cuanto a los compromisos propiamente dichos y a los procedimientos. Sin embargo, podríamos adoptar ciertos contenidos estándar propuestos a nivel doctrinario, que identifican tres zonas inmersas en los códigos de conducta. En un primer momento encontramos las disposiciones que contienen los aspectos internos de la empresa, y todas las que se refieran a las condiciones de trabajo dentro de ella. En un segundo aparte encontramos lo referido al entorno inmediato del cual se rodea la empresa, incluyendo aquí lo referido a la sociedad y al medio ambiente, porque son afectados de alguna manera por el desarrollo de las actividades. Y, finalmente, una tercera parte que corresponde al ambiente político en sentido amplio, incorporando las relaciones de la empresa con los poderes públicos e incluso con la comunidad internacional. De esta manera, encontraremos compromisos relacionados con la democracia y los derechos humanos{68}.

De nuevo es importante resaltar que las buenas intenciones que recubren la rse resultan sospechosas, en tanto que pueden constituirse sencillamente en sofismas de distracción que permitan realizar al máximo los ideales capitalistas, en busca de la acumulación de la riqueza y la satisfacción de los intereses privados a toda costa. Lo anterior nos permite hacer un análisis sesgado de la rse, dejando como punto de referencia los intereses particulares propiamente dichos. Si una empresa transnacional se compromete al desarrollo de una política de responsabilidad social es porque puede obtener algún beneficio de esta situación, pues no olvidemos que la lógica de las actividades comerciales e industriales es el ánimo de

lucro, y por tanto toda su maquinaria institucional deberá ir orientada al cumplimiento de dicha finalidad. Según lo consignado en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre el tema{69}, la responsabilidad social participa de una política de desarrollo sostenible de la empresa, que aumentaría a mediano y largo plazo los beneficios de esta; es decir que la adopción de dichas prácticas les permite a los actores económicos gozar de un valor agregado, lo cual convertiría en económicamente razonable la propuesta de mostrarse socialmente responsable{70}.

Para otros, la rse responde a la necesidad del mercado de ser provisto de reglas para funcionar correctamente, y en la situación sub examine, es claro que existe un vacío normativo derivado de la realidad que presenta la globalización, razón por la cual es indispensable adoptar normas de autorregulación con el fin de evitar o retardar la construcción de normas más rígidas y de carácter vinculante{71}. De este modo, la adopción de los códigos de conducta es una maniobra táctica de los agentes económicos con el fin de mostrar a la comunidad internacional que no es necesaria la adopción de una regulación propiamente dicha, pues son las mismas empresas las que se encargan de codificar sus propias reglas{72}.

Podemos incluso encontrar argumentos más prosaicos, referidos a la idea del valor comercial que puede estar intrínsecamente ligado a la promoción de los derechos humanos. En ese sentido, la rse y su implementación bajo la figura de los códigos de conducta es más una operación de marketing que una verdadera conciencia de responsabilidad frente a la sociedad. De esta manera, el hecho de comprometerse con una política de responsabilidad social no busca los fines altruistas que ella normalmente envuelve, sino busca responder a unas expectativas de los consumidores en general, y en especial a aquellos que también se encuentran bajo la lógica del consumo responsable{73}.

Prueba de lo anterior son los sondeos realizados por la ONU que demostraron, después de un estudio de campo, que dos de tres personas esperan que las empresas contribuyan con la consecución de los objetivos sociales, y no solo se dediquen a respetar el derecho, reportar ganancias, pagar impuestos y generar empleo{74}. Lo anterior nos muestra entonces una nueva tendencia entre los consumidores, una especie de politización del

consumo que revela comportamientos que influencian a los destinatarios de los productos finales; es decir, una situación del mercado en que los consumidores no determinan su opción de consumo solamente en función del precio y la calidad del producto, sino que igualmente se tienen en cuenta las circunstancias y condiciones en las que la empresa realiza sus actividades, su política social, el respeto al medio ambiente, las prácticas del Comercio Justo{75}, condiciones impuestas a los productores de las materias primas, lo que implica, entonces, que los consumidores estén dispuestos eventualmente a pagar un sobreprecio por un producto realizado en condiciones correctas{76}.

No obstante, esta conciencia colectiva de los consumidores es bastante limitada, pues se manifiesta específicamente en países desarrollados, donde el nivel de vida es considerable, y permite al destinatario del producto o servicio la posibilidad de escoger dejando a un lado el tema del precio y el poder adquisitivo de la moneda local{77}. Tal situación podría ser aprovechada por las empresas transnacionales que pueden, una vez más, beneficiarse del mercado local para imponer sus condiciones de venta, distribución y comercialización en general, en Estados donde el poder soberano resulta débil y los consumidores están imposibilitados para ejercer una posición contestataria. Sin embargo, y guardando una posición optimista, es posible que las empresas bajo la idea de mejorar o reparar su imagen o reputación, y en consecuencia conservar así una marca de alta alcurnia, decidan adoptar los códigos de conducta y las políticas de responsabilidad social empresarial.

Ahora bien, si atendemos a los datos reales que arrojan estudios de campo sobre la materia{78}, las cifras son acordes con los argumentos de los escépticos, que no encuentran razón diferente a la adopción de la responsabilidad social que la referida a la de un golpe de publicidad sin contenido de fondo, que busca generar una imagen favorable frente a la comunidad internacional en general y a los consumidores en particular.

CONCLUSIONES

Las sociedades transnacionales, importantes actores económicos a nivel mundial y que gozan de un escenario perfecto bajo el modelo de la globalización, se encuentran en un lugar privilegiado derivado de las circunstancias de un libre mercado y la desigualdad de los Estados en términos de soberanía. Es así como estas empresas pueden actuar prácticamente en cualquier lugar del mundo, adoptando las figuras comerciales que más les convengan, ajustando su comportamiento a derecho, pero aprovechándose de las condiciones que la misma economía les permite, frecuentemente en detrimento de las poblaciones locales de los Estados anfitriones.

Sumado a lo anterior, se resalta la existencia de una laguna jurídica en cuanto a la regulación de las sociedades transnacionales, que gozan de dicha ausencia no solo a nivel internacional, sino también en el ámbito nacional. En primer lugar, se debe a que dichos actores no son considerados sujetos de derecho internacional, lo que impide la aplicación de ciertas normas, dentro de las cuales no se encuentran los derechos humanos, aunque así quieran hacerlo ver las ETN. En segundo lugar, las sociedades transnacionales gozan de un gran poder que somete incluso a las mismas entidades estatales, las cuales, bajo la influencia de Estados mucho más fuertes, instituciones internacionales y la corrupción interna, aceptan el ingreso de dichas compañías al territorio nacional, con la idea de una inversión extranjera productora de progreso, ideales que en muchas ocasiones no se hacen realidad y, por el contrario, causan graves perjuicios a las naciones afectadas.

Ahora bien, bajo la idea del Comercio Justo, entendida como una buena práctica comercial, las empresas transnacionales solventan estos ideales bajo el manto de la autorregulación de la responsabilidad social empresarial. Dichas normas, al no tener carácter obligatorio y reposar sobre la base de la mera voluntad de las empresas, son de poca usanza y representan mayores costos para las empresas, que ven en ellas una gran oportunidad publicitaria y beneficios económicos diversos, y no un compromiso moral y social con las comunidades afectadas con el desarrollo de sus actividades.

La conjugación de los aspectos mencionados crea un escenario donde los Estados ofrecen un derecho a la carta que les permite a las sociedades transnacionales escoger la mejor plaza para el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales, lo que significa que dichas empresas optarán por las mejores condiciones económicas; es decir, las que impliquen menos costos y donde la regulación jurídica sea más flexible.

Finalmente, consideramos que el Comercio Justo debe ser una iniciativa desplegada no solo por los Estados en desarrollo, sino también por los que cuentan con las mejores posibilidades económicas en el mercado mundial, con el fin de homogeneizar las condiciones de todas las poblaciones del mundo, y así proteger a los menos favorecidos, a los pequeños productores y a las economías de pequeña escala. Para esto será necesario incorporar en este proceso a las instituciones internacionales en materia económica, las cuales deben propender a la extensión del Comercio Justo y el desarrollo económico de los países pobres, sin privilegiar el apoyo a las grandes transnacionales que no trabajan con objetivos sociales, en busca de beneficiar la población local, los derechos humanos y el medio ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

Amnistía Internacional. Las normas de derechos humanos de la ONU para empresas: hacia la responsabilidad legal, Madrid, edai, 2004.

Araque Padilla, Rafael. La responsabilidad social de la empresa al debate, Barcelona, Icaria, 2006.

Barrat Brown, Michael. Comercio justo, comercio injusto. Hacia una nueva cooperación internacional, Barcelona, Icaria, 1998.

Beck, Ulrich. ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Barcelona, Paidós, 1998.

Bourdon, William. "Réguler les entreprises transnationales, en Le pouvoir des transnationales, Passerelle, n.° 5, París, Coredem, 2011.

Bureau International du Travail. Conseil D'Administration, Sous-commission Sur les Entreprises Multinationales. Huitième enquête sur la suite donnée à la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale. Disponible en: www.ilo.org (consultado el 2 de febrero de 2011).

Capron, Michel. "La responsabilité sociale d'entreprise", en Le pouvoir des transnationales, Passerelle, n.° 5, París, Coredem, 2011.

Castillo Meneses, Yadira. "Un marco jurídico internacional insuficiente y una posibilidad limitada para responsabilizar a las etn por violación a los derechos humanos", en A. Perret (ed.), Mercenarios y compañías militares y de seguridad privadas: dinámicas y retos para América Latina, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Cetim. Propositions d'amendements au Projet des normes sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme du Groupe de travail sur les sociétés transnationales, Génève, Cetim y aaj, 2003.

Comisión Europea. Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, 2001. Disponible en: http://europa.eu (consultado el 12 de junio de 2010).

Daillier, Patrick. Droit international public, París, lgdj, 1999.

Daugareilh, Isabelle. "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica", Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 27, n.° 1, Madrid, 2009.

Del Toro Huerta, Mauricio Iván. Derechos humanos y jurisdicción universal en materia civil. Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la unam. Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 23-26 de mayo de 2006. Disponible en: www.juridicas.unam.mx (consultado el 2 de marzo de 2012).

Delmas-Marty, Mireille. "Désordre mondial et droits de l'homme", en Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004.

Dubin, Lawrence. "Aplicación directa de las normas de derechos humanos a y por las empresas transnacionales", Revista de la Comisión Internacional de Juristas", n.° 61, 1999.

Friedman, Milton. Capitalismo y libertad (trad. Alfredo Lueje), Madrid, Rialp, 1966.

Frydman, Benoît. “Stratégies de responsabilisation des entreprises à l’ère de la mondialisation”, en : Responsabilités des entreprises et corégulation, Bruxelles, “Penser le Droit”, n.° 6, Bruylant, 2007.

Gómez Montoro, Ángel. “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas”, Cuestiones Constitucionales, n.° 2, Madrid, 2000.

Hernández Zubizarreta, Juan. Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales, Madrid, Hegoa-Omal, 2009.

Leary, Virginia. “The WTO and the Social Clause: Post-Singapore”, European Journal of International Law, vol. 8, n.° 1, 1997.

Malservisi, Mauro-F Le Commerce équitable, Chaire de Coopération Guy-Bernier, Montreal, Université du Québec, 2000.

Martin-Ortega, Olga. Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional, Barcelona, Bosch, 2008.

OECD. Corporate responsibility: private initiatives and public goals, 2001. Disponible en: www.oecd.org (consultado el 4 de febrero de 2011).

ONU. The millenium poll on corporate social responsibility, septiembre de 1999. Disponible en: www-dev.iblf.org (consultado el 4 de febrero de 2011).

ONU. Consejo Económico y Social. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. 26 de agosto de 2003. Disponible en: www.unhchr.ch (consultado el 4 de febrero de 2011).

Özden, Melik. Sociétés transnationales et droits humains. Etat des lieux des débats à I'onu à propos des Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, 2005. Disponible en: www.cetim.ch (consultado el 20 de mayo de 2011).

Parra Parra, José Eurípides. Sociedades extranjeras y negocios internacionales, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

Peyer, Chantal. "Le long chemin pour soumettre les entreprises transnationales au régime des droits humains", en Le pouvoir des transnationales, Passerelle, n.° 5, París, Coredem, 2011.

Pulecio, Jorge (ed.). I Foro y muestra regional de Comercio Justo, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá, 2007.

Ratner, steven. "Corporations and human rights: A theory of legal responsibility", Yale Law Journal, 111.

Reyes GuzmÁn, Gerardo. “Reseña de ‘Globalization and its discontents’ de Joseph E. stiglitz”, Revista Aportes, vol. III, n.° 022, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 2003.

Rydberg, Erik. “Multinationales, supply chain et syndicats: une typologie”, en Le pouvoir des transnationales, Passerelle, n.° 5, París, Coredem, 2011.

Rydberg, Erik. “Responsabilité sociale des entreprises: autopsie d’un concept”, en Le pouvoir des transnationales, Passerelle, n.° 5, París, Coredem, 2011.

Sichar, Gonzalo. Comercio justo: ¿una alternativa real?, Madrid, cideal, 2002.

Stiglitz, Joseph. Cómo hacer que funcione la globalización, Bogotá, Taurus, 2006.

Teitelbaum, Alejandro. El papel de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo, 2001. Disponible en: www.cetim.ch (consultado el 8 de abril de 2010).

Teitelbaum, Alejandro. La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo, Barcelona, Icaria, 2010.

Thys, Willy. La responsabilité sociale des entreprises et les codes de conduite. Nouveaux enjeux ou vieux débat, Bruselas, cmt, 2004.

TERCERA PARTE

DILEMAS Y SOLUCIONES DEL COMERCIO EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN: PUEBLOS INDÍGENAS, SOCIEDAD CIVIL, MIGRACIONES Y MEDIO AMBIENTE

BARTOLOMÉ CLAVERO{*}

Principios contra garantías: empresas transnacionales y pueblos indígenas en el orden internacional de los derechos humanos tras 2011

DECLARACIÓN TRIPARTITA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE EMPRESAS MULTINACIONALES

“En los decenios de 1960 y 1970, las actividades de las empresas multinacionales (EMN) fueron objeto de grandes debates. A raíz de ellos, se desplegaron esfuerzos para establecer instrumentos internacionales destinados a reglamentar la conducta de las EMN y a fijar las condiciones que han de regir las relaciones de las emn con los países huéspedes, sobre todo en el mundo en desarrollo”: así arranca la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de 1977{1}. Fue elaborada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, aprobándose a finales de noviembre de dicho año y manteniéndose desde entonces con sus propios mecanismos de supervisión y actualización{2}. Tripartita es cualificación referente al dato importante de constituir una declaración formal conjunta de las tres partes constituyentes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la gubernamental, la empresarial y la sindical. Participación indígena no hay a pesar de que esta agencia ya venía ocupándose de asuntos indígenas.

Nada se decía por entonces, en 1977, sobre la incidencia de dichas actividades empresariales multinacionales respecto a pueblos indígenas, pese a ser en efecto asunto de preocupación para la propia Organización Internacional del Trabajo desde tiempo atrás, conduciéndole finalmente a la adopción, en 1989, del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), un tratado que se abre a la ratificación de los Estados{3}. Es un instrumento que registra derechos de tales pueblos, pueblos a los que pueden fácilmente afectar las actividades empresariales contempladas por la Declaración Tripartita. No obstante, las sucesivas actualizaciones de esta, la última de 2006, siguen sin atender el caso. Cabría entender que, por ser partes constitutivas de la oit, empresas y sindicatos habrían de quedar vinculados al Convenio 169 aunque el respectivo compromiso no se formalice mediante el procedimiento de ratificación propio de los Estados, pero tal no es la lógica del orden internacional. Tampoco se efectúa la conexión entre derechos de pueblos

del Convenio 169 y responsabilidades de empresas de la Declaración Tripartita. Esta, en su versión actual, toma entre sus términos de referencia la 169, pero no el 169, una recomendación sobre política de empleo de 1984, pero no el Convenio sobre pueblos indígenas de 1989.

Estamos ante duplicidades características del sistema internacional en el seno de la constelación hoy constituida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sustancialmente intergubernamental; esto es, entre Estados. Pese a la peculiaridad de ser una agencia tripartita, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha adoptado la óptica de las instituciones en exclusiva intergubernamentales, en cuya virtud se entiende que son tan solo los Estados los que se comprometen en el ámbito internacional y que es a través de los mismos y por los mismos como debe comprometerse a otras entidades. Resultado de esto es la opacidad o el punto ciego que se produce respecto a la acción transnacional de las empresas que desbordan a los Estados. Con todo ello, las instituciones internacionales pueden mantener un doble discurso para caras distintas de un mismo asunto; en el caso, sobre las responsabilidades empresariales, de una parte, y sobre derechos respecto a las actividades de las empresas, de otra. Veremos que ocurre lo propio en el seno de las instituciones centrales de la ONU.

NORMAS SOBRE LAS RESPONSABILIDADES DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS COMERCIALES

En 2003, la entonces Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que era organismo formado por expertos y expertas y en consecuencia, para la óptica de las Naciones Unidas, subordinado a instancias intergubernamentales, en concreto a la Comisión de Derechos Humanos, que por entonces era subsidiaria del Consejo Económico y Social, elaboró unas normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, entendiendo que esto formaba parte de su cometido que con anterioridad, antes de 1999, más particularmente se había definido como de prevención de discriminaciones y protección a minorías y ahora, en 2003,

era de promoción de derechos. No lo entendieron así las instancias intergubernamentales pues se abstuvieron de darle curso ulterior a la propuesta impidiendo que ascendiera hasta la Asamblea General y fuera adoptada como una norma internacional de derechos humanos. En todo caso, aunque abortadas de raíz, dichas normas merecen un recordatorio. Ayudan al menos a seguir situándonos. Luego, consideraremos si merecerían hoy rescatarse{4}.

De corporaciones transnacionales y de otras empresas más se habla. Las hay no transnacionales que siguen la misma pauta de desbordamiento del marco de los derechos humanos con la connivencia en su caso de los respectivos Estados. Se trataba de comprometer a aquellas y a estos. La propuesta de normas tomaba como punto de partida una constatación elemental: las empresas tienen "la obligación de respetar los principios y normas generalmente reconocidos que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales". En su virtud, esto es lo que establece el artículo primero: "Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando por que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos. Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar".

Los miembros de las Naciones Unidas son los Estados y ellos son los que contraen primariamente obligaciones y responsabilidades cuando se adoptan instrumentos normativos de derechos humanos, pero los derechos humanos, si son derechos, valen frente a cualquier agente, como en el caso frente a las empresas, igualmente obligadas a respetarlos; y si son humanos, corresponden a todos, como a los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, según especifica dicho mismo artículo primero para recalcar la especial obligación que tienen entonces, por esa vulnerabilidad, tanto los Estados como, desde luego, las empresas. En el artículo segundo se abunda:

“Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales garantizarán la igualdad de oportunidades y de trato, como se dispone tanto en los instrumentos internacionales y la legislación nacional pertinentes como en las normas internacionales de derechos humanos, con el fin de eliminar toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, condición social, pertenencia a un pueblo indígena, discapacidad, edad...”. Por decirlo brevemente, las empresas tienen responsabilidades de respeto a los derechos humanos; a los Estados corresponde la obligación de exigir esas responsabilidades. Porque sean transnacionales y desborden a los Estados, no por ello las empresas pueden escapar a sus consiguientes obligaciones.

Aquellas normas abortadas intentaban abrirle un espacio no meramente pasivo, no solo como objeto de protección, a la humanidad indígena entre otros agentes: “Además de las partes directamente afectadas por las actividades de las empresas comerciales, podrán ser partes interesadas aquellas partes que resulten afectadas indirectamente por las actividades de las empresas transnacionales u otras empresas comerciales como son los grupos de consumidores, los clientes, los gobiernos, las comunidades vecinas, los pueblos y las comunidades indígenas, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones crediticias públicas y privadas, los proveedores, las asociaciones comerciales y demás” (art. 22). No parece que pudiera haber sido de otro modo{5}. En el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la que recibe en 1999 el apellido de promoción y protección de los derechos humanos, ya se había elaborado el proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que comenzaba por considerarles como sujetos de derecho. La Subcomisión no se sustraía a esta consideración. Quienes se sustrajeron y defraudaron fueron las instancias intergubernamentales de las Naciones Unidas.

En la ONU ya se estaba promocionando otro planteamiento frente a la propia noción de los derechos humanos como derechos y como humanos, como títulos de validez consiguientemente universal o, como suele decirse entre juristas, erga omnes, vinculantes para todas y todos, empresas incluidas junto a los Estados. Las mismas normas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos hacían referencia:

“Teniendo en cuenta las normas enunciadas en la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales (...). Conociendo también la iniciativa de las Naciones Unidas denominada Pacto Mundial en que se reta a los dirigentes empresariales a adoptar y promulgar nueve principios básicos en la esfera de los derechos humanos...”, proceden a su propuesta. Frente a posiciones más débiles, como esta del Pacto Mundial que enseguida tratamos, el inspirador y principal impulsor de las normas, David Weissbrodt, profesor de derecho internacional de los derechos humanos de la Universidad de Minnesota, a quien ya hemos citado{6}, se cuidaba de fundamentarlas en el derecho de los derechos humanos. Las personas cuentan.

DE LOS DIEZ PRINCIPIOS DEL PACTO MUNDIAL A LOS PRINCIPIOS RECTORES PARA PROTEGER, RESPETAR, REMEDIAR

De las referencias citadas de las normas, ya conocemos la Declaración Tripartita. Conviene ahora ocuparse de la otra, la del Pacto Mundial, porque estaba ya introduciendo un planteamiento bien distinto. El Pacto Mundial se lanza por las Naciones Unidas en 2000 respondiendo a la misma preocupación ante los efectos del desbordamiento de los Estados por la transnacionalización de las empresas en relación con los derechos humanos{7}. La clave se nos acaba de decir: adoptar y promulgar por parte de los dirigentes empresariales sus propios principios respecto a los derechos humanos, entendiéndose desde luego que van a responder a los patrones del derecho internacional. No se trata de declarar la vinculación de las empresas al cuerpo normativo de los derechos humanos, responsabilizando a los Estados, sino de proponer a las primeras que, según pautas y modos que las mismas empresas acuerden, se comprometan con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Es la vía por la que el Pacto Mundial pretende estar construyendo nada menos que una ciudadanía corporativa de ese alcance global. Voluntariamente respecto al compromiso internacional es el término modal que más se repite{8}. Entre los mencionados nueve principios básicos, en realidad diez, no hay nada en

absoluto sobre derechos de pueblos indígenas. El decálogo se completó con un compromiso contra la corrupción{9}.

Un principio que en algo pudiera colateralmente interesar a los pueblos indígenas es el octavo: “Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental”, caso por supuesto de que tales pueblos se resignasen a ser elementos del medioambiente y no sujetos de derecho. Pudiera interpretarse que los dos primeros principios cubren los derechos de los pueblos indígenas en especial tras la Declaración al respecto que luego veremos: “Las Empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia”; “Las Empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices de la vulneración de los derechos humanos”. Sin embargo, lo de umversalmente se entiende en estos medios de intereses corporativos como excluyentes de garantías no universales de derechos universales, como las que precisan los pueblos, las comunidades y las personas indígenas. Y esos deben se formulan siempre en este contexto bajo la clave de la voluntariedad, lo que basta para privar ya de entrada a los derechos humanos, a todos ellos, de su categoría y de su vigor en cuanto que tales{10}. No nos dejemos llamar a engaño. A efectos prácticos poco importa que la operación se haga de buena fe, para ir encauzando a las empresas por la senda de los derechos humanos, o de mala fe, para ayudarles a eludirlos. El caso es que no se admite la vinculación estricta y que cabe que se facilite el fraude solapado. No se trata de meras suspicacias, como todavía veremos.

En este punto conviene volver a personalizar. John Ruggie, a quien se viene citando, profesor de derechos humanos y asuntos internacionales en la Universidad de Harvard, jugó un papel relevante en el planteamiento del Pacto Mundial. Con posterioridad, viéndose lo que el invento podía dar de sí{11}, el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan a la sazón, le eligió como su Representante Especial para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, cargo que desempeñó entre 2005 y 2011{12}. Ruggie culminó su mandato trayendo ante el Consejo de Derechos Humanos, encargo mediante{13}, unos Principios para la puesta en práctica de su Informe, de 2008, Proteger, respetar, remediar: marco para las actividades empresariales

y los derechos humanos. Entre los verbos del título no se dice que reconocer derechos ni, aún menos, garantizarlos o, todavía mucho menos, repararlos conforme estrictamente todo ello, tanto el reconocimiento como la garantía y como la reparación, a la entidad de su categoría en cuanto que derechos humanos. Contribuía al cortocircuito del enfoque de las Normas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos{14}.

No obstante, algún detalle ha tenido el Representante Especial Ruggie con los pueblos indígenas, pues en ocasiones hace mención a su existencia, algo que el decálogo del Pacto Mundial evita cuidadosamente{15}. Los ha venido ubicando entre los sectores vulnerables de la sociedad a fin de reducirlos a objeto de protección, no tratándolos nunca, ni siquiera tras la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como sujetos de derecho. En el Informe Proteger, respetar, remediar los pueblos indígenas solo comparecen incidentalmente en una nota sin mayor efecto. En su último informe ya aludido, el de 2011, normativamente titulado Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, respetar, remediar", ha de prestar a los pueblos indígenas una atención más específica. Lo hace impidiendo hasta el final la posibilidad de que se les tome en consideración como sujetos de derechos propios que puedan obligar a las empresas. El abuso de título lo da el Consejo de Derechos Humanos por bueno{16}.

En concreto, Ruggie plantea que, por vía de asesoramiento, se ha de aconsejar a las empresas sobre “los métodos adecuados, incluida la debida diligencia en materia de derechos humanos” para “tratar eficazmente las cuestiones de género, vulnerabilidad y/o marginación, reconociendo los problemas específicos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias”. Registra la existencia de instrumentos de la ONU sobre “los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias”, pero sin especificar ni distinguir y para regresar a términos de protección sin derechos específicos. Señala que hay casos de “obstáculos legales” que pueden afectar a las empresas: “cuando los

derechos humanos de ciertos grupos, como los pueblos indígenas y los migrantes, no reciben el mismo nivel de protección jurídica que los de la población mayoritaria", como si no pudieran tener más derechos ni más garantías que los reconocidos y las suministradas por el Estado. Los unos y las otras de sujetos indígenas brillan por su ausencia en el Marco y los Principios de la ONU sobre Derechos Humanos y Empresas, en los definidos por el Representante Especial.

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos no solo ha recibido el último Informe del Representante Ruggie dando por concluido el ejercicio de su mandato, sino que también ha resuelto instituir un Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales para que, ante todo, "promueva la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores". Dicho Grupo, según la misma resolución del Consejo de Derechos Humanos{17}, ha de organizar y dirigir un Foro sobre las Empresas y los Derechos Humanos, foro abierto a "representantes de los pueblos indígenas" entre otros agentes, lo cual, especialmente lo de la representación indígena, por sí y por cuanto todavía hemos de considerar sobre derechos de estos pueblos, puede que todavía cambie significativamente la suerte del Marco y de los Principios. En todo caso, el planteamiento de Ruggie, con su efecto nugatorio para los derechos de los pueblos indígenas{18}, marca hoy la perspectiva de las Naciones Unidas en el capítulo más general de los derechos y las empresas. Ya se toma como el escenario dado{19}. A ello habrá de volverse para discutirlo con el conocimiento de causa que aún falta y ahora sigue.

DEL CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES A LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El futuro del orden internacional sobre las relaciones entre derechos humanos que vinculan a los Estados y empresas transnacionales que los desbordan no está sin embargo definitivamente marcado por la obra de Ruggie gracias a otra razón de peso. Paralelamente a todo lo visto, viene

desarrollándose en el seno de la constelación de las Naciones Unidas un paradigma distinto en atención precisamente a los pueblos indígenas y sus derechos. El impulso principal ha venido de un Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, su Convenio 169, un tratado que desde 1989 propone a los Estados una agencia especializada de la ONU y que en principio solo vincula a aquellos determinados que lo ratifican, pero Convenio que ha logrado y mantiene un valor bastante superior. Comienza a definir resueltamente ese otro paradigma en términos normativos, lo que además, para el caso de las Américas, viene siendo potenciado por el sistema interamericano de derechos humanos{20}.

El Convenio 169 no es en rigor un tratado de derechos humanos, pero lo es sobre derechos de los pueblos indígenas, derechos que la propia ONU ha venido a considerar, con la Declaración que acto seguido veremos, derechos estrictamente tales, humanos. Y compromete a los Estados en unos determinados procedimientos a guisa de garantías para los propios derechos sustantivos que el Convenio registra. Se trata del procedimiento de consulta y el procedimiento de participación, el uno como el otro constituyendo derechos en sí mismos para el pueblo y deberes por ende para el Estado. ¿Y para las empresas? También para estas el Convenio 169 trae directrices en conformidad con los derechos sustantivos y los derechos procedimentales. Para las relaciones de los pueblos indígenas con empresas interesan ante todo, como garantías, los procedimientos, el de consulta y el de procedimiento, unos procedimientos que en principio solo conciernen a los pueblos y al Estado, dejándose a las empresas para un momento ulterior, tras evacuarse la consulta. La primera es la de excluir de entrada que las empresas que buscan acceso a recursos de territorios indígenas se relacionen con los correspondientes pueblos directamente, sin mediación y garantía de consulta por el Estado{21}.

El Convenio 169 cuida la concreción de requisitos para las garantías. Los Estados deben practicar la consulta con los pueblos indígenas respecto a todas las “medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”; tienen que hacerlo con “sus instituciones representativas”, con las que los pueblos tengan o con las que se doten autónomamente, no con las que los Estados decidan o instituyan; así como han de “establecer los medios” y “proporcionar los recursos necesarios” a dicho fin; esto es,

“para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos”, los indígenas. La consulta ha de conducirse “mediante procedimientos apropiados” y “de buena fe”, debiendo responder a “la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Los Estados quedan obligados no solo a consultar a las instituciones representativas de los pueblos indígenas y a proveer los recursos necesarios para su mantenimiento, sino también a “establecer los medios” para que “puedan participar libremente” y “a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan” (art. 6).

Respecto a lo que pueda más específicamente interesar a actividades empresariales en territorios indígenas, el Convenio registra un principio esencial: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”, a cuyo efecto estos pueblos, los pueblos indígenas que tienen el derecho de decidir sus propias prioridades de desarrollo en cuanto que tales pueblos, “deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”; más aún, “en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan” pueblos indígenas, “el mejoramiento” de sus “condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación (...) deberá ser prioritario”, esto mismo de prioritario en conformidad ha de entenderse con las prioridades propias, no con las del Estado (art. 7).

El Convenio todavía especifica más: “Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”; “los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (art. 7 también). Por una parte, los estudios de impacto social, cultural, espiritual y ambiental, no solo sobre esto último, de los proyectos de desarrollo, por

ejemplo para las concesiones de acceso a recursos en territorios indígenas a favor de empresas extractivas, han de realizarse en cooperación con los pueblos respecto a todo lo que pueda interesarles. Adicionalmente, las políticas medioambientales en cuanto afecten a pueblos indígenas habrán de plantearse y llevarse a cabo en cooperación con los mismos. ¿Se necesita por parte indígena asesoramiento técnico para participar en estudios de impactos y políticas de desarrollo? Ya está dicho que los Estados han de proveer los medios sin interferir en las decisiones de los pueblos indígenas.

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sigue en esa misma línea abierta por el Convenio 169 potenciando tanto derechos como, lo que no es menos importante, procedimientos de garantía{22}. Lo que comienza potenciando es a los mismos pueblos como sujetos de derecho internacional en su virtud. La Declaración es una norma de derechos humanos. Fue adoptada bajo tal concepto en septiembre de 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas conteniendo disposiciones vinculantes para ellas mismas y para los Estados: "Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración" (art. 38); "Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia" (art. 42). En consulta y cooperación con los pueblos indígenas debe ponerse en práctica la Declaración, un instrumento de derechos humanos que especialmente potencia el derecho al consentimiento de los pueblos indígenas en cuanto que derecho a la libre determinación en general y, en particular, a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos, de las tierras, territorios y recursos indígenas (arts. 3 y 32.1).

Reforzándolo siempre, la Declaración califica repetidamente al consentimiento como libre, previo e informado: "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación

con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo" (art. 32.2); "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art. 19). Es el Estado el que debe garantizar respecto a la consulta su carácter previo a cualquier decisión que pueda afectar a pueblos indígenas, su ejercicio por los mismos en condiciones de libertad, lo que significa autonomía (art. 4), y con plena información a disposición de la parte indígena.

El consentimiento es exigencia que la Declaración reitera por activa y por pasiva, por reflexiva y por perifrástica (arts. 10, II, 19, 28, 29, 32.), detallando casos en los que el mismo ha de ser absolutamente imprescindible; así, por ejemplo, algunos en los que fácilmente pueden incurrir las empresas extractivas como el de desplazamiento o traslado, o el de almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos (arts. io y 29.2). El requerimiento es -en todo caso- de carácter y por principio, general. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación siempre que "las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma (...) hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado" (arts. 28.1). El consentimiento es por ende necesario. Y la participación no es una obligación, sino igualmente un derecho y, como tal derecho, optativo por principio: "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado" (art. 5). Si lo desean es por supuesto la clave de libre determinación que fundamenta para la Declaración todos los derechos de los pueblos indígenas que registra (art. 3 citado).

¿Qué ocurre si se trata de recursos en territorios indígenas que los pueblos indígenas no hayan poseído u ocupado o utilizado? ¿Y si son los del subsuelo, aquellos en los que se interesan las empresas extractivas? ¿Y si los mismos se encuentran reservados constitucionalmente al Estado? El Convenio i69 admite este supuesto: "En caso de que pertenezca al Estado la

propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos.", procede lo dicho, la consulta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento: "Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras", dice el Convenio (art. 15.2); "Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso", dice la Declaración (art. 27).

No puede decirse que, entre Convenio y Declaración, el derecho internacional sobre derechos de los pueblos indígenas tenga previstos todos los supuestos. Falta, por ejemplo, uno tan sensible ante la presión de las empresas como el de los pueblos que ejercen su derecho a la libre determinación manteniéndose en aislamiento voluntario. En todo caso, hay principios y reglas suficientes para abordar todos los supuestos{23}.

PRINCIPIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS CONTRA DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: CONTRIBUCIÓN DEL RELATOR ANAYA

Quien haya leído atentamente hasta este punto imagino que no dará crédito a sus ojos. ¿Cómo las Naciones Unidas pueden llevar al mismo tiempo e impasiblemente dos agendas tan contradictorias sobre el mismo asunto y ninguna de ellas oculta, ambas abiertas, bien a la vista? Cierto es que han discurrido por cauces distintos. La agenda de los pueblos indígenas se lanza y desarrolla en instancias de derechos mientras que la agenda de las

empresas se plantea y progresa por otras vías. También es cierto que en momentos decisivos los caminos confluyen sin que colisionen y sin que se miren a la cara. E, igualmente, resulta cierto que a estas alturas andan las agendas confundidas en detrimento precisamente de la propia de los pueblos indígenas, la de sus derechos.

La agenda de los derechos de los pueblos indígenas comenzó a fraguarse en el ámbito de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, vino a concretarse por una agencia de las Naciones Unidas especialmente atenta y sensible con los derechos, la oit, y llegó a culminarse por las instancias de derechos humanos hasta la aprobación de la Declaración por la Asamblea General en septiembre de 2007{24}. La agenda de las empresas se cocinó en otras instancias menos específicas de derechos e incluso en momentos a espaldas no solo de las unas, sino también de los otros, de los derechos mismos. Fue en el ámbito de la Secretaría General de las Naciones Unidas donde se organizó el Pacto Mundial y donde se situó al Representante Especial para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales. Ni lo uno ni lo otro se ubicaron en el ámbito propio de este tipo de instancias, especialmente de la segunda, el de, en tiempos, la Comisión o, luego, el Consejo de Derechos Humanos. En todo caso ha sido este, el Consejo de Derechos Humanos, el que, por una parte, da el definitivo espaldarazo al proyecto de Declaración en su ascensión final hacia la Asamblea General y, por otra parte, respalda el marco y los principios de Proteger, Respetar, Remediar erigiéndolos en guía directiva para el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales{25}.

Sobre la profundidad de la contradicción entre las agendas no creo que quepan muchas dudas, aunque cierto es que usualmente, aun de apreciarse diferencias, no se resaltan tanto ni de tal modo{26}. Basta, sin embargo, con observar objetivos. Una agenda, la de derechos humanos y empresas, intenta neutralizar a la otra, la de los derechos de los pueblos indígenas. No se trata de que esta sea desiderativa y aquella, operativa, pudiendo la segunda, según pretende, ir preparando el terreno para que la primera resulte factible. Cabe pensarse por supuesto de buena fe que, ante las resistencias tanto de los Estados como las empresas a la hora de las políticas

y los proyectos, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas debe rebajar su perfil de norma imperativa y reducirse a una formulación de objetivos finales abriéndose pacientemente paso a través de la constelación de las Naciones Unidas antes de llegar al mundo a ras de tierra, el de las víctimas. Si la buena fe se le presume a las empresas, a los Estados y a las instancias internacionales como si así además se cubriera, sin los pueblos indígenas, la totalidad de los sujetos principales concernidos, la política comprensiva y gradual parece desde luego preferible al derecho riguroso y vinculante{27}. Más con todo esto no se recorre otro camino hacia un mismo fin, sino que se abre una senda hacia un horizonte bastante más incierto y, con toda seguridad, distinto{28}.

La hoja de ruta marcada por Proteger, respetar, remediar es todavía diversa, pues ni siquiera utiliza la brújula de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La agenda de los derechos de los pueblos indígenas se formula en términos normativos vinculantes con las garantías bien efectivas de la consulta y la participación bajo la regla del consentimiento. Los principios rectores de Proteger, respetar, remediar enseñan en cambio a hacer oídos sordos a los derechos de los pueblos indígenas, pues son vulnerables; todo lo que necesitan es protección del Estado y no en modo alguno derechos ni, aún menos, garantías o, todavía menos, determinación propia sobre pnondades y estrategias para el desarrollo. Para esto, el desarrollo, están las empresas a las que, según Proteger, respetar, remediar, se les debe asesorar, y no obligar, a fin de que respeten derechos universales de forma que les sirva para ignorar garantías específicas de derechos como los propios de los pueblos indígenas. Tras la Declaración, Proteger, respetar, remediar representa el desafió más frontal contra tales garantías. Otras instancias internacionales están buscando mecanismos todavía más sutiles para obviar los derechos de los pueblos indígenas o más bien, pues nominalmente los aceptan, sus garantías, lo decisivo desde luego a efectos prácticos{29}.

Como hemos visto, todas las instancias de la ONU están obligadas al cumplimiento de la Declaración, pero hay tres específicas para esta materia, dos del Consejo de Derechos Humanos y una del Consejo Económico y Social. Las primeras son la del Relator Especial y la del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la tercera, la del

Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Las tres han asumido expresamente el compromiso con la Declaración y las tres están abiertas a aportación indígena, pero hay una que se singulariza porque es la única instancia a la que explícitamente se le encomienda la promoción de la Declaración{30}. En este punto conviene volver a personalizar. Quien recibe dicho encargo, el actual Relator Especial, es James Anaya, profesor de derecho y políticas de derechos humanos en la Universidad de Arizona, una primera autoridad internacional en esta materia de derechos de los pueblos indígenas{31}. Se encuentra en las mejores condiciones para afrontar la contradicción entre agendas a favor lógicamente de los derechos de los pueblos indígenas en este apartado tan neurálgico y problemático de las actividades empresariales. Resulta difícil pensar en alguien más capacitado que James Anaya para contrarrestar desde dentro de la constelación de la ONU el poderoso lobby empresarial que no es difícil adivinar detrás de la iniciativa del Pacto Mundial{32}.

La cuestión de las empresas transnacionales la plantea el Relator Anaya desde su primer Informe ante el Consejo de Derechos Humanos en 2008 "debido al impacto que tienen en las actividades y la vida cotidiana de los pueblos indígenas", señalando que las mismas, las empresas, "tienen una importante responsabilidad de respetar y promover los derechos y los principios de la Declaración", la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas{33}. En el de 2009 se produce una incongruencia. Remite confiadamente, como testimonio positivo de "la expectativa de que las empresas observen esas normas (de derechos humanos) en sus respectivas esferas de influencia", al "Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos", asumiendo incluso que "el derecho internacional no impone directamente a las empresas la responsabilidad de respetar los derechos humanos". Entiende que son ellas mismas, las empresas, por iniciativa propia, mediante la adopción de códigos de conducta, las que han de asumir el compromiso con los derechos{34}.

El Relator Anaya pone ejemplos de autorregulación empresarial que se encuentran realmente bajo mínimos en lo que toca a derechos de los

pueblos indígenas{35}. Entendiendo además que a las empresas lo que les falta es comprensión del derecho y no voluntad de respetarlo, en informe del mismo año 2009 a la Asamblea General el Relator Anaya reitera que se ofrece para asesoramiento tanto a las mismas empresas como a los Estados y también a los pueblos indígenas u otros agentes. A efectos prácticos, el enfoque ha dejado de ser el de los derechos de estos pueblos{36}. Que las empresas "tienen una importante responsabilidad de respetar y promover los derechos y los principios de la Declaración", la de los Derechos de los Pueblos Indígenas, es principio que ha seguido también reiterando el Relator Anaya, pero la cuestión no reside ahí, sino en los medios para alcanzarse el objetivo y, principalmente, dado su mandato, en las garantías con las que cuentan los pueblos indígenas, vinculando a los Estados, para que esa responsabilidad empresarial pueda realmente sustanciarse.

Entre el primer y el segundo Informe al Consejo de Derechos Humanos, en las posiciones del Relator Anaya se produce, si no un giro, una clarificación de postura por influencia directa del Representante Ruggie y en su dirección. No hay recapacitación ulterior{37}. En el informe de 2011 ante el Consejo de Derechos Humanos, se produce un giro de tuerca. Su alineamiento ya es inequívoco: "La labor del Representante Especial de Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas trasnacionales y otras empresas, que ha culminado en el establecimiento del marco para Proteger, respetar y remediar y de los principios rectores para su aplicación, ha contribuido aún más a fomentar la sensibilización respecto de las repercusiones de las operaciones comerciales en los derechos humanos. El marco y los principios, que el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos (...), proporcionan una base aún más firme para seguir avanzando en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de las actividades empresariales". Y la tuerca se aprieta. Tales marco y principios constituyen para el Relator Anaya la estructura normativa básica, el orden jurídico fundamental, al propósito. No lo sería definitivamente entonces la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas{38}.

A aquellos, el marco y los principios, el Relator Anaya les acaba así confiriendo un valor normativo que no le reconoce en cambio a la Declaración pese al propio mandato de promocionarla. La minusvaloración personal de la segunda le facilita la sobrevaloración institucional, como

Relator, de lo primero{39}. No hay precedentes en las Naciones Unidas para un paso de tamaño alcance, un paso que otorga valor normativo a un mero informe de un relator, dígasele representante, por encima de un instrumento de derechos humanos adoptado como tal por la Asamblea General{40}. El acuerdo del Consejo de Derechos Humanos asumiendo el Informe de Ruggie y erigiéndolo como término de referencia para el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales no parece que justifique el paso. Puede ser un paso en falso para el Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero con todos los visos de que, en la coyuntura actual de reticencias de los Estados, reservas de las empresas e incluso resistencias de las agencias de desarrollo de las propias Naciones Unidas ante la Declaración sobre los Derechos sobre los Pueblos Indígenas, puede asentarse. Por ahora, es el triunfo del Pacto sobre las Normas, de la política sobre el derecho, de las empresas sobre los derechos{41}.

En 2008, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas se dirige al Representante y al Relator para que estudiasen "cuáles son las actividades de las empresas transnacionales que pueden constituir una violación de los derechos inmanentes enunciados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas"{42}. Ha de decirse que el segundo, Anaya, y no el primero, Ruggie, respondió con diligencia poniendo pronto en marcha un estudio sobre el impacto humano de las Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos. Hasta hoy no se ha concluido, pero se cuenta con algún anticipo comprometido, que con razón se aprecia{43}. Sin embargo, no se anuncia un cambio de fondo porque se observe más específicamente el asunto, incluida para su estudio una encuesta que se dirige por igual a todas las partes concernidas, ni siquiera principalmente, conforme a protocolo acorde con la Declaración, a los pueblos indígenas y sus organizaciones{44}. El adelanto se incluye en el mismo Informe del 2011 en el que adopta Proteger, respetar, remediar como término normativo de referencia{45}.

Las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales de la Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos parecen definitivamente desahuciadas. Resultan

suplantadas por el marco y los principios para Proteger, respetar, remediar. De requiem se ha hablado{46}. ¿Es así? El Relator Anaya no se ha planteado ciertamente rescatarlas. En ninguno de sus informes de los tres años que median entre el marco y los principios plantea cuestión a su respecto{47}. En el futuro puede hacerlo, pues el Consejo de Derechos Humanos ha dirigido el mandato de promover la divulgación y aplicación de los mismos al nuevo Grupo de Trabajo, no al Relator Especial, como tampoco al Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, igualmente dependiente de dicho Consejo. Y, como está dicho, el Grupo habrá de trabajar con un Foro en el que pueden participar representantes indígenas. Por su parte, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas no tiene por qué adoptar las posiciones del Relator Especial. Es en este contexto tan abierto en el que se ha llegado a esa precipitada conclusión de que el marco y los principios constituyen la estructura normativa básica en lo que interesa a los pueblos indígenas ante las actividades empresariales que les afectan.

En su último Informe ante la Asamblea General, de 2011, el Relator Anaya pretende que se está en vías de alcanzar un "consenso en torno a la responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos" sobre las bases de Proteger, respetar, remediar. Al menos tiene el detalle de no mencionar a los pueblos indígenas como partícipes en ese presunto consenso. Un tal consensus es fácil de presumirse y figurarse, según viene de hecho haciéndose{48}, cuando así se elimina la presencia activa de sujetos de derecho internacional como lo son, tras la Declaración, los pueblos indígenas. Las empresas no lo son. Entre Representante Ruggie y Relator Anaya las cosas funcionan tal y como si la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no existiera ni siquiera a los efectos de considerarles parte en el asunto neurálgico de los derechos humanos y las empresas transnacionales, algo que, como vimos, estaba claro, incluso antes de la Declaración, para el planteamiento de las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales elaboradas por la Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos que se están queriendo dar por irremisiblemente desahuciadas.

La comunicación con los pueblos indígenas no se tiene como preferente en caso de plantearse. En el mandato del Relator Especial se comprende

naturalmente dicha comunicación{49}. En su último Informe a la Asamblea General, el Relator Anaya concede a los pueblos indígenas entrada tras la referencia al consenso, a aquel consenso para el que no los toma en cuenta. Los considera objeto obligado de reconocimiento por las empresas conforme al derecho internacional, y no al derecho de cada Estado{50}. Bien un mínimo para una instancia de la ONU es un tanto positivo, como otros que vienen a continuación, pero siguen los pueblos indígenas sin aparecer en la posición que les corresponde según la Declaración, más o menos junto a los Estados, como sujetos de derecho en el ámbito internacional ambos, también los pueblos indígenas después de la Declaración, pero en todo caso, sin lugar a dudas, por delante de las empresas. A la hora de la verdad, el derecho internacional de referencia para el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es el representado por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas{51}. Hay más. Entre las garantías frente a posibles atropellos de derechos vitales de los pueblos indígenas por industrias extractivas se tiene también la de un derecho penal internacional que el Relator Anaya también viene eludiendo{52}.

¿Todo anda entre dos profesores o, mejor dicho, tres, como los tenores? Son David Weissbrodt, John Ruggie y James Anaya: normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales; Proteger, respetar, remediar, y Derechos de los Pueblos Indígenas. Las normas partían de que las empresas han de estar vinculadas a los derechos humanos y los Estados ser los garantes de esa vinculación. Cuando entró en funciones de Representante Especial, Ruggie distorsionó el planteamiento de las normas por descargar del peso de sus obligaciones a las empresas. Presentó a las primeras como si pretendieran convertir a las segundas en sujetos de derecho internacional sindicables ante la onu. En vano ha insistido Weissbrodt en que Ruggie ha construido un maniqueo falseando el planteamiento de las normas. De poco igualmente vale que las empresas transnacionales de hecho actúen como sujetos internacionales sin las responsabilidades correspondientes de grado superior{53}. Aun con el falseamiento de partida o precisamente por el mismo, la agenda de Ruggie se impone. En el ámbito académico de este debate clave entre profesores, Anaya no ha terciado{54}.

Los aportes de dos de los tres tenores resultan influyentes, representativos y complementarios. Las instancias mayores de desarrollo, como el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), están rindiendo tributo retórico a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas al tiempo que acuñan fórmulas y arbitran mecanismos para eviscerarla reproduciendo un escenario que sigue seriamente afectando a los derechos de los pueblos indígenas y sus garantías{55}. A estos mismos efectos, el paradigma Ruggie resulta insuficiente, pues no cubre el flanco del registro de los derechos de los pueblos indígenas neutralizándose al tiempo sus garantías, como la del consentimiento, no ignorándose por supuesto los derechos sustantivos en el caso del Relator Anaya{56}.

Hay todavía una diferencia entre los dos tenores respecto a los pueblos indígenas. Ruggie ignora llanamente derechos mientras que Anaya afirma derechos y relaja garantías. Con esto, su respaldo al marco y los principios de Proteger, respetar, remediar les imprime una plausibilidad de cara a los pueblos indígenas de la que por sí solos originalmente carecen. La sintonía del dueto es lo que puede imprimir operatividad al marco y a los principios por encima y a pesar de las garantías de los derechos de los pueblos indígenas acuñadas por el propio derecho internacional{57}.

CONCLUSIÓN DE URGENCIA TRAS 2011: NACIONES UNIDAS, EMPRESAS, ESTADOS, PUEBLOS

“Elijo la voz de responsabilidad en lugar de la de deber porque la mayor parte del derecho internacional no se aplica directamente a las empresas”, manifiesta John Ruggie en una reciente entrevista{58}. Es el punto de partida del Pacto Mundial y, ahora, del marco y los principios para Proteger, respetar, remediar que han rehabilitado la regla anterior a los derechos humanos de que solo los Estados son sujetos de derecho internacional cuando hoy lo somos todos los individuos y además, junto a los Estados, los pueblos indígenas{59}. ¿Es que, como sujeto internacional de derechos humanos, yo tengo solo la responsabilidad y no el deber de respetar a los del resto de la humanidad? Si me dedico a actividades que desbordan a los

Estados atropellando derechos humanos, ¿no se me deberá someter, en la medida que así sea, a mecanismos internacionales? Pongamos que se trate de empresa transnacional afectando a pueblo indígena, en cuyo caso no admitir otra posibilidad de protección de los correspondientes derechos que la de remitirse al Estado, ¿no equivale a enervar garantías sustrayéndoles la principal, la del derecho a la autonomía reconocido internacionalmente como forma de libre determinación con requerimiento consiguiente de consulta y consentimiento? Y no distingamos, para la reacción internacional, entre actividades transnacionales legales o ilegales, lícitas o ilícitas, según lo fuere la empresa. Si atenta contra derechos humanos, es ilícita cualquier actividad de empresa por muy legal que sea esta{60}.

Con dicha falacia de partida para permitir que las empresas transnacionales escapen al derecho estricto está creándose en las Naciones Unidas un régimen de excepción a favor de los correspondientes intereses. Mejor sería decir por supuesto que se está intentando crear ese estado de excepción. Ni principios del representante especial ni informes del Relator Especial constituyen derecho. El Convenio de la oit y la Declaración de las Naciones Unidas sí lo hacen. Estos y no aquellos son derecho. Aquí y no allí se tiene el régimen internacional de unos derechos de pueblos frente a unos intereses de empresas dado el caso usual de que se contrapongan y colisionen. La cuestión está abierta. Tampoco es que vaya a resolverse entre tenores y por mayoría de dos contra uno, Ruggie y Anaya contra Weissbrodt. Los pueblos indígenas pugnan sobre el propio terreno, con los Estados y por ámbitos internacionales{61}, aun sin contar con instancias que realmente les representen en la constelación de la onu. Las hay abiertas a participación, ninguna basada en representación estricta salvo la de los Estados. Naciones Unidas sigue siendo constitutivamente intergubernamental. Es organización formada por Estados y con peso creciente de intereses económicos transnacionales.

Por si fuera poco, los pueblos indígenas se encuentran con que también han de pugnar con expertos y expertas internacionales comprometidos con la defensa de intereses empresariales invocando de continuo y en vano los derechos humanos no raramente además en nombre de los mismos, como si tuvieran la representación de una ciudadanía global, la ciudadanía corporativa que predica el Pacto Mundial. Hay ejemplos{62}. ¿Es este, el

de suplantación y defraudación, el modelo de asesoramiento encarecido desde instancias de la ONU competentes en materia indígena? No necesariamente desde luego, pero tal es el mensaje que reciben las empresas sin verse contradichas por pregonarlo en forma incluso de propaganda comercial{63}. Y los Estados siguen asumiendo instrumentos internacionales de derechos humanos con reservas implícitas compartidas en la práctica por la onu. Baste, sin ir más lejos, el ejemplo de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Para defraudar sus promesas, por mucho que pretenda atendérseles a niveles de políticas ordinarias, basta con la impasibilidad habitual de las constituciones de Estados ante compromisos internacionales que alcanzan al orden constitucional{64}.

Tal y como están las cosas, alguna conclusión al menos logramos. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen por supuesto las responsabilidades definidas en el marco y los principios para Proteger, respetar, remediar, quién lo duda, pero no con las implicaciones que ahí, en esos informes, se presumen. Respecto a los pueblos indígenas, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen además las obligaciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos, esto es al respecto la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la que las instancias específicas de las Naciones Unidas -Foro Permanente, Mecanismos de Expertos y Relator Especial- deben hacer valer frente a la operación del marco y los principios atentatoria contra derechos no solo de los pueblos indígenas{65}.

Frente a confusión, Declaración. Frente a suplantación, derecho. Cierto es que el desorden internacional y los desórdenes locales no están incomunicados entre sí; que el orden internacional es un universo tan conflictivo como el del orden doméstico; que el derecho internacional no puede suplir las deficiencias de los ordenamientos de Estados. Puede asistir desde luego, sobre todo si el derecho internacional de los derechos humanos lo hacen suyo sus sujetos reconocidos, los pueblos indígenas tras la Declaración en el caso. La confusión es en definitiva superable, pero no sin los pueblos.

BIBLIOGRAFÍA

Allen, Steve y Xanthaki, Alexandra (eds.). Reflections on the UNDeclaration on the Rights of Indigenous Peoples, Oxford, Hart, 2011.

Anaya, S. James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional, Madrid, Trotta, 2005, trad. de Rodríguez Piñero, L. y GutiérrezVega, Pablo, presentación de Clavero, B., edición conforme a la segunda original actualizada de 2004.

Anaya, S. James. "The Rights of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era". En: C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), Making the Declaration Work, pp. 184-198.

Aroca Medina, Javier. "El dilema de los pueblos indígenas frente a las industrias extractivas", Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales, vol. 1, n.° i, 2011, pp. 175-195.

Bachmann, Sascha-Dominik oliverVladimir y Miretski, Pini Pavel. Global Business and Human Rights: The UN 'Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights' - A Requiem, 2011.

Banerjee, Subhabrata Bobby. "Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly", Critical Sociology, 34-1, 2008, pp. 51-79.

Benavides, Margarita. “Industrias extractivas, protesta indígena y consulta en la Amazonía peruana”, Anthropologica. Revista del Departamento de Ciencias Sociales (Pontificia Universidad Católica del Perú), n.° 28, suplemento i, Industrias extractivas y sociedad rural, 2010, pp. 263-287.

Bilchitz, David. “El Marco Ruggie: ¿una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?”, Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, n.° 12, 2010, pp. 209-241.

Bilchitz, David. “Do Corporations Have Fundamental Rights Obligations?”, en Theoria. Journal of Social and Political Theory, n.° 125, 2010, pp. 1-35.

Boyle, Alan y Chinkin, Christine. The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 48-50.

Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (eds.). El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, Copenhague, iwgia (International Work Group for Indigenous Affairs), 2010.

Chirif, Alberto. Pueblos indígenas amazónicos e industrias extractivas, Lima, caaap-ceas (Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-Comisión Episcopal de Acción Social), 2011.

Clapham, Andrew. Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 76-80 y 195-270.

Clavero, B. “Conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos, ¿bien jurídico global?”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, vol. 15, 2011. Versión abreviada y sin aparato en clavero.derechosindigenas.org/ wp-content/uploads/2011/12/oMPi-TKi.pdf

Clavero, B. ¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena, Copenhague, iwgia, 2011, pp. 250-262.

Clavero, B. Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas, México, Siglo xxi, 2008, y los capítulos suplementarios accesibles en www. derecho.us.es/clavero/geografia.pdf

Clavero, B. Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words, Milán, Giuffre, 2008.

Clavero, B. “Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano”. En: R. Rojas, P. Mijangos, A. Luna (ed.), De Cádiz al Siglo xxi. Doscientos años de constitucionalismo en Hispanoamérica, México, Taurus, 2012.

Eide, Asbj0RN. “The Indigenous Peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), Making the Declaration Work, pp. 3²-4⁶.

Feeney, Patricia. “Empresas y derechos humanos. La lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agencia de incidencia”, Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, n.° II, 2009, pp. 177-193.

Jerbi, Scott. “Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?”, Human Rights Quarterly, vol. 31, n.° 2, 2009, pp. 299-320.

Kell, Georg y Ruggie, John Gerard. “Global markets and social legitimacy: The case of the Global Compact”, en Transnational Corporations, vol. 8, n.° 3, 1999, pp. I0I-I20.

Kinley, David (ed.). Human Rights and Corporations, Londres, Ashgate, 2009, pp. 103-121.

Leipziger, Deborah. The Corporate Responsibility Code Book, Sheffield, Greenleaf, 2.a ed. revisada, 2010.

Mares, Radu (ed.). The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

Mares, Radu (ed.). “Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations”, en The George Washington International Law Review, vol. 40, n.° 4, 2009, pp. 1157-1217.

Mares, Radu (ed.). Business and Human Rights: A Compilation of Documents, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

MacKay, Fergus. “The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples: Progress or More of the Same?”, Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 22, n.° 1, 2005, pp. 65-98.

O’Faircheallaigh, Ciaran y Ali, Saleem (eds.). Earth Matters: Indigenous Peoples, the Extractive Industries and Corporate Social Responsibility, Sheffield, Greenleaf, 2008.

Peters, Anne, Koechlin, Lucy, Förster, Till y Zinkernagel, Gretta Fenner (eds.). Nos-State Actors as Standard Setters, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Rasche, Andreas y Kell, G. (eds.). The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and Challenges, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Reed, Ananya, Reed, Darryl y utting, Peter (eds.). Business Regulation and Non-State Actors: Whose Standards? Whose Development?, edición anunciada en Routledge, 2012.

Rodríguez Piñero, L. “La ‘implementación’ de la Declaración: las implicaciones del artículo 42”, en N. Alvarez, J. D. Oliva y N. Zúñiga (eds.), Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible, Madrid, Catarata, 2009.

Rodríguez Piñero, L. “Las agresiones del desarrollo: pueblos indígenas, normas internacionales e industrias extractivas”, Relaciones Internacionales, n.° 11, 2009, pp. 43-78. Disponible en: www.relacionesinternacionales.info

Rodríguez Piñero, L. Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The no Regime, 1919-1989, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Rodríguez Piñero, L. “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas”, en: M. Berraondo (ed.), Pueblos indígenas y derechos humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-203. Disponible también en: www.ibcperu. org/doc/isis/9002.pdf

Ruggie, J. G. “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, American Journal of International Law, vol. 101, n.° 4, 2007, pp. 819-840.

Ruggie, J. G. “Global_governance.net: The Global Compact as Learning Network”, Global Governance, n.° 7, 2001, pp. 371-378.

Ruggie, J. G. “Reconstituting the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices”, European Journal of International Relations, vol. 10, n.° 4, 2004, pp. 499-531.

Ruggie, J. G. “The theory and practice of learning networks: Corporate social responsibility and the Global Compact”, en M. McIntosh, S. Waddock y G. Kell (eds.), Learning to Talk: Corporate Citizenship and the Development of UN Global Compact, Sheffield, Greenleaf, 2004, pp. 32-42.

Sagafi-nejad, Tagi y Dunning, John H. The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact, Bloomington, Indiana University Press, 2008.

Sarfaty, Galit A. “The World Bank and the Internalization of Indigenous Rights Norms”, Yale Law Journal, vol. 114, n.° 7, 2005, pp.1791-1818.

Segerlund, Lisbeth. Making Corporate Social Responsibility a Global Concern: New Construction in a Globalizing World, Londres, Routledge, 2010.

Seppala, Nina. “Business and the International Human Rights Regime: A Comparison of UN Initiatives”, Journal of Business Ethics, n.° 87, sup. 2, 2009, pp. 401-417.

Weiss, Thomas G. y Thakur, Ramesh. Global Governance and the UN: An Unfinished Journey, Bloomington, Indiana University Press, 2010, pp. xv-xx.

Weissbrodt, D. “Business and Human Rights”, The University of Cincinnati Law Review, n.° 74, 2005, pp. 55-73.

Weissbrodt, D. y Kruger, M. “Human Rights Responsibilities of Business as NonState Actors”, en P. Alston (ed.), Non-State Actors and Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 315-349.

Weissbrodt, D. y Kruger, M. “Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights”, American Journal of International Law, vol. 97, n.° 4, 2003, pp. 901-922.

ERLI MARGARITA MARÍN ARANGUREN

La sociedad civil como impulsora de la idea de Comercio Justo

En el mundo globalizado cada vez más parece perderse la perspectiva del orden natural{1} del mundo. Una mirada rápida a la manera como hoy se hacen los negocios y como se toman las decisiones lleva a considerar que la mayoría de las transacciones tienden a ser juegos de suma cero, donde el que tiene el poder de transformar es el gran ganador. Los demás, simplemente son los perdedores. La norma parece ser la producción en serie y las grandes escalas. Así se logran ganancias. Y para reducir consideraciones morales y éticas, hace mella el eslogan "el que piensa pierde". No obstante, es el momento de hacer un alto y considerar con más atención algunas situaciones que se agravan con el transcurrir del tiempo. La pobreza en el mundo{2}, el cambio climático, la doble moral y las pocas consideraciones éticas son solo algunos de los males que se agudizaron en la crisis del final del siglo xx y que se han continuado en lo corrido del nuevo milenio.

En este texto se pretende mostrar cómo las organizaciones de la sociedad civil global (OSCC) han sido abanderadas de una opción diferente. Ellas presentan alternativas como la del Comercio Justo, que inicialmente busca apoyar la cadena productiva mediante la concientización de los problemas generados por el comercio convencional. Esta nueva opción se expande por el mundo en una relación libre, directa y honesta, y que más allá del mercado impacta el ciclo de la política pública nacional e internacional. Primero se hace un recorrido por escenarios globales para ver cómo el tema es llevado por las oscc a la arena internacional. Luego se detalla la actuación específica en el caso colombiano. Básicamente, se propone que en un país megadiverso -como lo es Colombia- la apuesta por esta alternativa debe consolidarse tanto porque logra vincular la soberanía alimentaria, es una opción para ser incluyente y posibilita una redistribución más justa, como porque hay mercado para los productos y servicios característicos del territorio. Aun con la opción de la explotación de los recursos naturales (minero-energéticos), también hay alternativas verdes que tienen acogida internacional.

Para ello, se establecen las tendencias del Comercio Justo y un marco de definiciones, luego se presenta un recorrido internacional que recoge algunas de sus dinámicas y propuestas. Se puntualiza en el estudio de caso mencionado, donde se presenta un interesante debate entre la apuesta del

Estado hacia el libre mercado con un retorno a la exportación de recursos naturales y la de un sector de la sociedad civil que sostiene que el Comercio Justo podría aportar grandes ventajas para los colombianos y el aseguramiento de flora y fauna exclusiva para generaciones futuras. Ello, en un contexto donde el consumidor tiene poca información y la variable central parece ser el precio de los productos, pero donde las verdades inconvenientes{3} son necesarias para asegurar la vida del hombre en el planeta.

Bien, la economía de libre mercado es un fenómeno histórico, entonces lo único que se resaltará aquí es que el precio de los bienes y servicios es determinado según las leyes de oferta y demanda. Luego, en teoría el sistema parece perfecto, pero la realidad muestra otra cosa{4}. La sociedad pasa de una crisis{5} a otra de manera casi permanente. No obstante, algunos autores, como el nobel de economía Joseph Stiglitz, reconocen que "los acuerdos comerciales del pasado no han sido ni libres ni justos"{6}. Por eso él y Andrew Charlton consideran que lo que se tiene que hacer es crear una globalización más justa y mejorar el bienestar de la población, pero eso no se puede lograr simplemente liberando los mercados pues "el acceso a los mercados por sí solo no es suficiente para llevar los beneficios del comercio a los países en desarrollo"{7}.

Algunos teóricos sugieren el establecimiento de políticas anticorrupción y a favor del medio ambiente, así como medidas que permitan aumentar la asistencia a los países en desarrollo para posibilitar -de manera equitativa- los ajustes al régimen comercial. Sin embargo, autores como Stiglitz subrayan que "son muchos los que piensan que ayudar a la población del mundo en desarrollo, a quienes son más pobres, es una obligación moral. Pero, cada vez y en mayor medida, quienes pertenecen a los países desarrollados reconocen que esta ayuda es algo que revierte en su propio beneficio"{8}.

Otros autores, como Marco Coscione, llegan a sostener la necesidad de replantear las reglas que rigen el sistema de la Organización Mundial de Comercio (OMC){9}. La argumentación se centra en que "en la base de las negociaciones del comercio internacional deberían estar principios éticos (equidad, justicia, respeto a los actores en juego, etc.) y no solamente los

principios económicos que, como bien se sabe, utilizan la perspectiva de la eficiencia económica más que de la justicia social”{10}.

LOS CONCEPTOS BÁSICOS

Comoquiera que sea, lo que plantean las Organizaciones de la Sociedad Civil Global (apoyadas en los desarrollos teóricos de algunos economistas{11}) es un juego gana-gana que contrarreste el tradicional de suma cero que parece dominar el escenario comercial. Si bien es una alternativa, pueden considerarse dos tendencias. Por ello, antes de adentrarnos en las dinámicas de esta alternativa, se presentan las dos tendencias y luego se precisa la definición de tres conceptos básicos: Comercio Justo, sociedad civil global y movimiento social, en tanto que se ha desarrollado un movimiento de Comercio Justo que continúa con la concientización, la promoción y la defensa de esta alternativa.

Una de las tendencias del Comercio Justo es la “tradicional y dominante”{12} que busca una reforma de la OMC y el establecimiento de unas reglas más justas. De hecho, considera que la venta de productos de Comercio Justo en grandes cadenas como Carrefour y Starbucks es un logro de los consumidores que obliga a las multinacionales a ofrecer en sus tiendas este tipo de productos.

La otra tendencia es la “global y alternativa”{13}. Desde esta perspectiva se considera al productor del sur como un aliado estratégico en la lucha para transformar el sistema político y económico. Básicamente hay un criterio de solidaridad internacionalista que rige las relaciones. Quienes se identifican con esta corriente se oponen a que los productos de Comercio Justo estén en las grandes superficies, porque consideran que los objetivos políticos y sociales deben prevalecer por encima del volumen de ventas. Los activistas de esta segunda tendencia defienden la soberanía alimentaria y abogan por sacar de la OMC los temas referentes a la alimentación y a la agricultura.

Por supuesto, los debates no se hacen esperar, pero la polarización dinámica, utilizando la terminología de Montagut y Vivas{14}, tiende a construir circuitos retroalimentados y una de las maneras de implementarlos es mediante redes{15}. Es así que organizaciones como la Federación Internacional para un Comercio Alternativo (IFAT{16}), la Red de Tiendas del Mundo (NEWS{17}) y la Federación Europea de Comercio Justo (EFTA{18}), organizadas en red (desde 1998), consensuaron una definición en los siguientes términos: "El Comercio Justo es una asociación comercial que se basa en el diálogo, la transparencia y el respeto y que busca una mayor equidad en el comercio internacional. Contribuye al desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y garantizando el cumplimiento de los derechos de productores marginados, particularmente en el Sur"{19}.

Definición que coincide con la de autores como Gonzalo Sichar y Pablo Cabrera quienes, de manera directa, anotan que "el Comercio Justo es una alternativa al comercio tradicional. Ofrece a los productores vías para comercializar sus productos, que, además de tener en cuenta los criterios económicos, ponen atención en los valores sociales y en los aspectos ecológicos"{20}.

Para la Red de redes de Economía Alternativa y Solidaria (Reas), "la novedad del Comercio Justo es que las organizaciones del Norte no se limitan a transferir recursos para crear infraestructuras, capacitar o prefinanciar a los grupos productores, sino que participan activamente en la comercialización mediante la importación, distribución o venta directa al público. Además realizan una importante labor de denuncia y concienciación (...) y los intermediarios (importadoras, distribuidoras o tiendas) están dispuestos a reducir sus márgenes para que le quede un mayor beneficio al productor"{21}.

El segundo término que se requiere definir es uno operativo y polisémico. Sociedad civil global (aquí usado indistintamente con el de organizaciones de la sociedad civil global). Su complejidad, en parte, deviene porque sus componentes{22} son disímiles y porque no todos conocen que, como agentes sociales y políticos, tienen un poder y una influencia diferente a la del Estado nacional en el escenario internacional, las Organizaciones

Intergubernamentales, entre otros{23}. Aun así, en la arena internacional se encuentran todos y los nuevos procesos de gobernanza hacen que la inclusión sea un imperativo.

De hecho, Gellner al referirse al "milagro de la sociedad civil" plantea que "la sociedad civil 'frena' al poder de dos maneras. Por una parte, libera a las relaciones económicas de las políticas al crear un ámbito de intereses y recursos privados. Por otra parte, la sociedad civil libera a las relaciones económicas de las sociales estableciendo un ámbito de libertad para crear o romper vínculos asociativos"{24}.

Para la investigadora del Centro de Estudios sobre Sociedad Civil del London School of Economics, Mary Kaldor, el "concepto de sociedad civil parte de la presunción de que la libertad individual es una condición para la emancipación tanto política como económica y, quizá por la manera en que esta idea se ha aprovechado, ofrece al individuo la posibilidad de acceder a los centros de poder"{25}. Kaldor propone una sociedad civil como "medio a través del cual se negocian, comentan y meditan los contratos o pactos sociales entre los individuos y los centros de poder político y económico"{26}. En otras palabras, es agente-escenario, una característica ya identificada en las relaciones internacionales por varios estudiosos de esta disciplina.

El acento de Kaldor abre la posibilidad de negociar y nos ubica en un juego más democrático en el que participan agentes tradicionales y los nuevos, los incluidos. De esta manera, frente a la escuela clásica que considera que el mercado tiene sus propios pesos y contrapesos con los que se logra la perfección del sistema, se logra una alternativa como es el Comercio Justo. La mano invisible de Smith no lo logra todo, como se creía antes. Luego, las oscg asumen su rol en términos de cómo lograr un mundo más justo{27}. Para buscar opciones -y en palabras de Kaldor- comentan y meditan alternativas que luego entran a negociar en los escenarios de toma de decisión. La justicia y la solidaridad orientan sus deliberaciones y son principios que también orientan el Comercio Justo.

Dado que en la literatura de este asunto se pueden encontrar referencias a un movimiento social, aquí se retoma la definición de Jorge Riechmann y Francisco Fernández, quienes lo identifican como "un agente colectivo que

interviene en el proceso de transformación social (promoviendo cambios u oponiéndose a ellos)"{28}. En el mismo sentido, Javaloy retoma a Turner y Killian para definir que un movimiento es "una colectividad que actúa con cierta continuidad para promover o resistir un cambio en la sociedad (o grupo) del que forma parte"{29}. Casi podría decirse que desde mediados del siglo pasado un colectivo tomó una opción para desarrollar una alternativa comercial que trascendiera lo local y que alcanzara el ámbito internacional.

Líderes del movimiento, activistas y voluntarios decidieron apoyar a los productores y concientizar a los consumidores para que adquirieran productos que realmente compensen, de manera justa, el trabajo de los productores (campesinos y artesanos). Es una tarea que tiene como objetivo una "transformación social", en los términos de Riechmann y Fernández o, en palabras de Turner y Killian, que "promueve un cambio". Para lograrlo adelantan diferentes repertorios como movilizaciones, en las cuales intervienen diferentes componentes de la sociedad civil e individuos que consideran moral o éticamente razonable solidarizarse con trabajadores y productores marginados en aras de lograr un comercio más justo, que compense las asimetrías del mercado.

Si bien para unos los objetivos sociales y políticos se alcanzarán en el largo plazo, para otros se visualizan logros con el solo hecho de encontrar productos de Comercio Justo en las grandes cadenas comercializadoras{30}. Ello implica que el consumidor está demandando conscientemente estos productos y se abren mercados para los productos solidarios o productos verdes, como también se les conoce. De hecho, las tiendas orgánicas, ecológicas, solidarias o de Comercio Justo hoy no solo están en Europa, Norteamérica y Australia sino que en varios países del sur también hay. Básicamente, la demanda exhorta el desarrollo de tiendas en los países de origen, y toma fuerza la idea del fortalecimiento de un mercado interno para robustecer la exportación.

La transformación social que se anotó anteriormente ha estado acompañada de incidencia política tanto en el ejecutivo como el legislativo y en el ámbito nacional e internacional. Las organizaciones de la sociedad civil global no solo impulsan la economía solidaria{31} y el Comercio Justo sino

que trabajan para que se desarrollen políticas públicas que fortalezcan a los sectores menos favorecidos involucrados (campesinos, artesanos y pequeños productores). Más adelante se detallarán algunos casos. Además, logran que se establezca institucionalidad para el efecto, tarea que es apoyada por organismos intergubernamentales y la banca multilateral{32}.

Ahora bien, son más de cincuenta años de trabajo continuado en movilizaciones que se concretan en territorios específicos, con coyunturas que convocan adversarios ideológicos y económicos. Esta acción colectiva no es solo para protestar por las injusticias del comercio convencional o tradicional sino que poco a poco se institucionaliza{33} y se consolida en organizaciones de la sociedad civil dedicadas exclusivamente al Comercio Justo.

Unas para apoyar a los productores marginados, otras centradas en la formalización de tiendas para la venta de este tipo de productos, primero en los países del norte y luego en los mismos países del sur. Allende, otras más dedicadas a certificar los productos mediante marcas y sellos que le permiten -al consumidor- conocer información del producto en términos de la calidad, el pago de salarios de las personas que estuvieron involucradas en el proceso y el respeto por la naturaleza que se tiene en el territorio donde fue elaborado (aquí el sello de origen es fundamental). De igual forma, se ha apoyado el control del mercado propio, a través de la cooperación con empresas de Comercio Justo, con el fin de que los productores también sean parte activa en el proceso de comercialización y, de esta manera, negociar con los sellos de certificación que ya son conocidos alrededor del mundo y que gozan de prestigio.

RECORRIDO INTERNACIONAL DE AVANCES

Si bien muchos pueblos indígenas y campesinos han desarrollado intercambios solidarios y recíprocos, como es el caso del trueque{34}, y luego puede hablarse de una suerte de cooperación entre los países del viejo

mundo con los del nuevo mundo, donde estaban sus antiguas colonias, de Comercio Justo solo se habla desde el siglo xx.

Es por eso que, casi siempre, se anota que el repertorio más antiguo del movimiento de Comercio Justo data de la década del cuarenta del siglo xx, en Estados Unidos, cuando Edna Ruth Byler salía en un camión a vender productos de artesanos pobres de países en desarrollo{35}, porque creía que para generarles trabajo e ingresos solo se requerían oportunidades económicas sustentables. Paralelo a las ventas informales, ella y el grupo de amigos que le colaboraba comentaban a los compradores las condiciones de vida de quienes elaboraban aquellos productos. Luego, en el marco de la Conferencia Mundial Menonita de 1952, instaló una feria donde, con un grupo de base, no solo vendió las artesanías etiquetadas con precio justo, sino que logró el apoyo del Comité Central Menonita{36} para el Comercio Justo, como una forma para erradicar la pobreza a través de soluciones de mercado.

Desde la perspectiva estatal, no puede dejarse de lado el interés de los gobiernos de los países del tercer mundo que, en la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo{37}, celebrada en Ginebra, en 1964, buscaron generar un espacio comercial para garantizar a los países del sur vender sus productos en el norte. En ese escenario se dieron a conocer las tesis de Raúl Prebisch, quien, a su vez, era secretario general de la unctad{38}, en las que se planteaba que "el subdesarrollo del sur se debía, primeramente, a un intercambio desigual causado por el deterioro relativo de los precios de los productos primarios producidos en el sur en relación con los productos manufacturados producidos en el norte"{39}. Una vez entendido el concepto de intercambio desigual, no se hizo esperar el lema: "Comercio, no ayuda"{40}, con el que los países en desarrollo estaban de acuerdo pero que a los representantes del norte les incomodaba.

Sin duda, en aquel segundo gran momento, las organizaciones de la sociedad civil de los países en desarrollo también estuvieron activas. Se sabe que ellas suelen trabajar en red, pues así cuentan con "un conducto para la propagación de la información o el ejercicio de la influencia, y el lugar de un individuo en el patrón general de relaciones determina la

información a la que tiene acceso o, en consecuencia, a quién se halla en posición de influir”{41}. Las organizaciones de la sociedad civil suelen diseñar estrategias de movilización social{42} y, al hacerlo, establecen espacios intrasocietarios y extrasocietarios en los que deben desarrollarla. Si se trata de los espacios intrasocietarios, usan sus redes para ejercer influencia en sus propios Estados-nacionales. De este modo, les ofrecen suficientes argumentos y evidencias a los gobiernos{43} para presentar situaciones-problema en los escenarios globales y defender posturas en las negociaciones internacionales. En el ámbito extrasocietario, las redes de las oscg también desarrollan campañas de presión{44} y lobby para que el mundo observe lo que ellas señalan y que otros tratan de ocultar y para que se tomen decisiones públicas -a nivel global-.

En este caso particular de la unctad, las demandas del G-77{45} “iban encaminadas a conseguir relaciones comerciales dignas y justas que les permitieran, por un lado, obtener recursos para invertir en el presente y, por otro lado, establecer relaciones duraderas para conseguir un desarrollo perdurable en el futuro”{46}. En este orden de ideas, anota Coscione, se planteaba “la agenda por un nuevo orden económico internacional que debería estar fundado sobre tres pilares: a) el cambio de las reglas del comercio internacional desde el punto de vista económico y político, a través de la plena participación de los países en desarrollo en la elaboración de los nuevos principios (trato preferente y no reciprocidad antes que todo); b) una mayor autonomía económica para completar y potenciar las economías de los países en desarrollo (comercio para el desarrollo); c) un tipo de desarrollo ‘autocentrado’ que mire hacia las necesidades y los recursos domésticos, y la cooperación regional”{47}.

En las décadas siguientes la prioridad se centró en conseguir mercados para los excluidos. Básicamente, intercambios comerciales más equitativos. Sin duda, los europeos fueron los líderes tanto abriendo tiendas en sus territorios{48} para que los consumidores pudieran encontrar los productos de Comercio Justo, como desarrollando marcas y sellos especiales{49} para generar procesos transparentes de compra y venta. Si bien la mayoría de los productos de Comercio Justo son alimentos (por ello los orgánicos están incluidos), lo más importante es que se genera equidad para los productores y los trabajadores de los Estados del sur, donde se encuentra la mayoría de

los países en desarrollo. No se puede desconocer que en algunas ocasiones las relaciones comerciales están asociadas a solidaridades políticas como la campaña que se adelantó, en todo el mundo, para que la gente comprara café nicaragüense y así apoyara al régimen sandinista. También pudo descubrirse un tinte político en Twing Trading{50}, que nació como una forma alternativa del hacer negocios, donde en aras de compartir riesgos y beneficios de manera equitativa, se compartía información en red, pero se reveló un tinte político al ser apoyado por el Gran Consejo de Londres.

De manera precisa puede anotarse que las redes de Comercio Justo han estado apoyadas por organizaciones religiosas. Antes se mencionó a los menonitas, en Estados Unidos, pero no son los únicos. En Europa se reconoce que en los Países Bajos fue sos Wereldhaldel, una fundación de ayuda y de desarrollo de las juventudes católicas, la que difundió los principios del Comercio Justo con un carácter fundamentalmente ético, que busca garantizar una clara diferenciación entre el comercio convencional y el alternativo o justo, donde los procesos de intercambio están mediados por relaciones comerciales altruistas{51}. Ellos establecieron unos catálogos con productos del mundo en desarrollo que vendían en los países desarrollados y, mediante tiendas solidarias, se convirtieron en los mayores importadores directos. No puede dejarse de lado a Oxfam, una organización que trabaja por la erradicación de la pobreza y contra la injusticia social, que fue la primera organización de comercio alternativo en el Reino Unido. No solo adelanta acciones directas para ayudar a los campesinos y artesanos sino que hace advocacy en escenarios nacionales e internacionales para que se adopten medidas que posibiliten el Comercio Justo y adelanta investigaciones{52} para dar a conocer los impactos del comercio convencional entre los pobres de los países en vías de desarrollo y los efectos que se logran al dar oportunidades más equitativas cuando existen asimetrías comerciales.

De la misma manera hay otros componentes de la scg que apoyan el Comercio Justo como lo son las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y ambientalistas, además de cooperativas y asociaciones de campesinos y artesanos. Esta alternativa de comercio al servicio de las personas ha sido respaldada incluso por algunos gobiernos de países en desarrollo, de manera directa o indirecta, y por algunas multinacionales que,

quizá con sentido de responsabilidad social, se han dado a la tarea de vincular los productos con etiqueta justa. En productos tradicionales del Comercio Justo, como lo es el café, cabe destacar programas como el que en Colombia adelanta la Federación Nacional de Cafeteros (una de las organizaciones más grandes en el sector agrícola) para resaltar no solo las bondades de los cafés suaves sino el beneficio que tienen los campesinos que se dedican a cultivarlos.

Si bien el contexto histórico, político y social sirvió de marco para un mini boom de organizaciones que optaron por esta alternativa, en los años setenta las organizaciones de la sociedad civil global que buscaban apoyarse mutuamente se reunieron de manera informal pero sistemática. Ello llevó a que, diez años más tarde, se agruparan de manera más formal y crearan fuertes y extensas redes internacionales que les permitían ser más eficientes y eficaces en la promoción del Comercio Justo. Por ejemplo, la Asociación Europea de Comercio Justo, compuesta por once organizaciones importadoras directas de nueve países europeos. Otra organización desde la cual busca coordinar esfuerzos es la Federación Internacional de Comercio Alternativo (ya mencionada). Antes pertenecían 150 organizaciones de 47 países (hoy son más de 200 en 50 territorios). Desde esta plataforma global se busca mejorar las condiciones de vida de la población y para ello establecen un Código de Ética que orienta las actuaciones de las organizaciones que hacen parte.

Rápidamente se había mencionado a la Organización Internacional de Etiquetado Justo (flo, por su sigla en inglés{53}), que se convierte en la sombrilla de varias organizaciones de etiquetado, que se rigen con el código de buenas prácticas de la Alianza Internacional para la Acreditación y la Certificación Social y Ambiental (iseal, por su sigla en inglés). flo establece tres principios comunes que se aplican tanto para pequeños productores, trabajadores y organizaciones, que tienen que ver con el desarrollo social, económico y del medio ambiente. Si una organización desea obtener el sello flo, debe cumplir con una serie de criterios que la FLO tiene preestablecidos, pero que pueden ser ajustados con nuevos desarrollos y según las políticas{54}. Cuando ello sucede, Fairtrade International divulga las nuevas políticas y lista de criterios en varios idiomas.

Además del sello (léase etiqueta) flo, también existen TransFair{55}, Fairtrade Mark{56}, Max Havelaar{57}, entre otros, pero básicamente tienen los mismos objetivos. De la misma forma pueden encontrarse algunas etiquetas puntuales como Regmerk y Step que se desarrollaron en el marco de la campaña contra la explotación laboral infantil. Puntualmente, las etiquetas Regmerk y Step se pegan a las alfombras que garantizan que en su elaboración no intervinieron menores de edad. Son etiquetas para productos por temáticas específicas, como sucede con Fairtrade & Fairmined{58}, que si bien nació para destacar el apoyo que se les da a los pequeños mineros artesanales que cuidan del medio ambiente, también se extiende a otros metales preciosos.

Paralela a la Organización Mundial del Comercio (OMC) existe la Organización Mundial de Comercio Justo (WFTO, por su sigla en inglés). Esta es la única red global donde sus miembros están interesados en que los bienes vayan del productor directamente al consumidor y, de esta manera, se establezca una redistribución más justa entre quienes hacen parte de la cadena productiva. Básicamente, que terceros no hagan negocio con el trabajo de los productores. Además, que los consumidores sean lo suficientemente responsables para demandar productos de los cuales tengan referentes en cuanto a que se da cumplimiento a las mínimas exigencias para proteger los derechos de los trabajadores, el no involucramiento de menores en el proceso de elaboración del producto, el respeto por el medio ambiente, entre otros. Para nadie es un secreto que la política internacional en comercio se construye en torno a capacidades asimétricas y que la libre competencia dista mucho de la igualdad de oportunidades. El sistema hace que el comercio convencional posibilite a algunos “ganar”; es decir, acaparar y concentrar, mientras que otros “pierden” y se vuelven más dependientes y pobres{59}.

Para tratar de contrarrestar los efectos negativos del comercio convencional y tratando de encauzar la globalización, en 2007, en la OMC se realizó un Foro Público, donde la Fundación Friedrich-Ebert (fes) recordó la necesidad de una dimensión social de la globalización y para ello planteó la necesidad de reconocer los instrumentos y los mecanismos que existen para promover y aplicar las normas sociales en la promoción de un Comercio Justo. En el mismo evento, la vicepresidenta de la Asociación Internacional

de Comercio Justo hizo un llamado a las instituciones internacionales para que respaldaran el Comercio Justo e insistió en el establecimiento de relaciones comerciales equitativas con el sur, en lugar de que el norte se quede con todos los beneficios comerciales y devuelva una pequeña parte en forma de asistencia al desarrollo{60}.

De manera paralela, quienes defienden el Comercio Justo o alternativo consideran que el consumo responsable puede convertirse en el disparador de una serie de cambios en el sistema. Por ejemplo, ya se constituye en el mercado número uno para los productos de Comercio Justo. De hecho, más de 55.000 supermercados europeos tienen este tipo de alternativas para los compradores. El 20% del café que se vende en el Reino Unido está etiquetado con sellos justos{61}. Para mejorar estas cifras, muchas organizaciones del norte trabajan en proyectos de información y promoción del comercio alternativo, porque ellos son conscientes de que los consumidores no se pueden quedar al margen del proceso que busca una transformación de las reglas que hoy mueven el mercado.

No todas las organizaciones integran solamente a los ciudadanos del norte interesados en el consumo responsable. También hay organizaciones del sur como brac y corr, The Jute Works, St. Mary's Ahmedabad, Pekerti y Community Crafs Association, Fundación Sinchi Sacha, Fundación Solidaridad, Kagera Cooperative Union Ltda., El Ceibo, entre otras que tienen su base en el sur{62}. Tanto las unas como las otras pueden ser de tendencia "tradicional y dominante" o irse por la "global y alternativa", pero las unen los ideales del Comercio Justo.

Así las cosas, ya se introdujo en el lenguaje el término Comercio Justo sur-sur que "incorpora la necesidad de trabajar por lograr soberanía y seguridad alimentaria en y desde el sur, apoyando a los productores locales en el desarrollo de su productividad y eficiencia en armonía con la sustentabilidad de la naturaleza, revalorando y protegiendo la biodiversidad"{63}. Otros consideran, que ya se está en la tercera generación de desarrollo del Comercio Justo{64}, que precisamente lleva a dirigir a los productores para que, asociados, busquen la manera de controlar el mercado de sus productos de manera cooperativa. En palabras del economista bengalí, Amartya Sen, "hace falta crear condiciones que

permitan un reparto íntegro y más justo de los enormes beneficios del comercio”{65}, pero que no se confundan algunos y lleguen a pensar que la propuesta va enfocada a eliminar el comercio internacional, solo se trata de racionalizar el intercambio comercial, de suerte que los pobres tengan una oportunidad.

Las organizaciones de la sociedad civil también se han dado a la tarea de crear esas condiciones que plantea Sen. No solo rechazan los tratados de libre comercio sino que también han hecho un llamado a la defensa de los derechos humanos, con particular atención en los derechos de los trabajadores. De un lado, en su papel de meditar y comentar -siguiendo a Kaldor- han elaborado estadísticas con las que hacen documentos e informes que les sirven de soporte al momento de hacer lobby para poner el comercio solidario o equitativo en la agenda internacional. En los escritos mencionan los desequilibrios del mercado y los impactos negativos que deja la globalización neoliberal. De otro lado, se han movilizado en diferentes escenarios; por ejemplo, en 2001, estuvieron en Canadá, en la Segunda Cumbre de los Pueblos de América. En 2005, cuando la cumbre tuvo lugar en Mar de Plata (Argentina), se adelantó el Foro Latinoamericano de la Economía Solidaria y el Comercio Justo, escenario en el que se reafirmaron los acuerdo hechos en Cochabamba (Bolivia), en los que básicamente se planteaba una mayor articulación para el proceso de expansión del Comercio Justo y la economía solidaria en la región. Las organizaciones que hacen parte de la Red Intercontinental de Promoción de la Economía Social y Solidaria (Ripess) han logrado poner el tema en Dakar (Senegal), en el Tercer Encuentro Internacional Globalización de la Solidaridad; en Caracas (Venezuela), en el vi Foro Social Mundial; en Chiapas (México), en el Segundo Foro Internacional de Turismo Solidario y Comercio Justo; en Córdoba (Argentina), en el encuentro de presidentes del MERCOSUR; en La Habana (Cuba), en el 11 Encuentro Latinoamericano de Economía Solidaria y Comercio Justo. De la misma manera, la preocupación ha estado presente en los encuentros de la sociedad civil de la Unión Europea - América Latina y el Caribe. Por ejemplo, en la Declaración de Guadalajara se anotó que “deberían implementarse políticas fiscales que permitan una mejor distribución de la riqueza y garanticen niveles adecuados de gasto social”{66}.

En concreto, los países de América Latina y el Caribe que entran en esta alternativa comercial presentan productos básicos como café, cacao, banano y algunas artesanías con la esperanza de mejorar sus ingresos con productos de bajo valor agregado, pero que son trabajados en contextos que requieren cambios estructurales económicos, sociales y políticos. En el caso del banano{67}, por ejemplo, las diferentes pequeñas organizaciones productoras se han asociado en una de segundo nivel porque saben que así puede cambiarse la situación de sus territorios. En el caso del café, en Colombia, la Federación Nacional de Cafeteros lidera el programa Cafés Especiales de Colombia{68}, con el objetivo de identificar y seleccionar cafés de características excepcionales, provenientes de regiones específicas, y así lograr precios superiores para los productores{69}.

PALADÍN DEL COMERCIO JUSTO

Las organizaciones de la sociedad civil que trabajan por el Comercio Justo fundamentalmente son empresas sociales{70} que incorporan, en su diario trasegar, las ideas que defienden. Por ejemplo, son colectivos donde se ejerce democracia directa y participativa; es decir, quienes hacen parte del colectivo o cooperativa tienen voz y voto en la toma de decisiones. En palabras de Cotera son “iniciativas económicas con gestión social y empresarial”{71}. Y tienen presente la solidaridad como valor ético y económico, por eso mismo las relaciones laborales trascienden el cumplimiento de las normas. Casi que, en estos colectivos, es una regla la distribución equitativa de la riqueza generada{72}. Además, son los primeros en velar por el entorno y el futuro ambiental del planeta, toda vez que evitan la contaminación durante la producción y luego usan empaques ecológicos que pueden ser reutilizados, reciclados o susceptibles de ser tratados para su pronta degradación, mitigando impactos negativos para la tierra.

Para algunas organizaciones de la sociedad civil (léase, por ejemplo, asociaciones campesinas, cooperativas, etc.) que trabajan con Comercio Justo el “objetivo no es vender más a consumidores impulsivos sino crear

consumidores responsables que participen en un movimiento amplio y que solo compren lo que necesitan conociendo lo que hay detrás de cada producto"{73}. Además de educar consumidores responsables, instruyen a productores para que sean responsables ambientalmente y promueven los principios de solidaridad y justicia. Igualmente, incitan los negocios inclusivos{74} o negocios sociales como el caso de la Eletrocooperativa, en Brasil que incentiva a los jóvenes a introducirse en el medio digital y de esta manera los convierte en emprendedores sociales. Concretamente, la propuesta es que las relaciones sean de tipo cooperativo, pues "solo los neoliberales creen en la ilusión de que a través de los mecanismos del mercado se puede conseguir la justicia social"{75}.

Precisamente por ello Intermón, en 1996, presentó una propuesta de acción para el Comercio Justo en España y la Comisión para el Desarrollo del Congreso de los Diputados valoró positivamente la proposición e instó al gobierno a tomar medidas. Hoy, muchos de los desarrollos que se han logrado en territorio español obedecen a las recomendaciones que allí se anotaron. Las acciones también se han adelantado en el marco de la Unión Europea, como veremos más adelante.

En Países Bajos, la fundación Mac Havelaar no solo logró que el parlamento introdujera la marca en los cafés y bares sino que la medida se extendió a otros países como Bélgica y más tarde incluso llegó a tener una disposición del Parlamento Europeo para favorecer el café con sello justo en todas sus dependencias{76}.

Aquellos fueron los primeros logros casi que individuales porque eran de organizaciones sociales que estaban focalizadas en territorios puntuales, pero a medida que el proceso globalizador tomaba fuerza, y se daban nuevos desarrollos en las tecnologías de la información, las comunicaciones y la computación, se organizaron las redes de la sociedad civil global. Precisamente, la consolidación la fija Kaldor en Seattle, en 1999, cuando los Estados quisieron relanzar las negociaciones para la liberalización comercial, pero no lo lograron. Puntualmente, las organizaciones de la sociedad civil global llegaron a la misma ciudad porque aquella negociación no podía adelantarse sin este nuevo agente-escenario. Cientos de militantes y voluntarios de organizaciones de derechos humanos,

estudiantiles, ecologistas, sindicalistas, cooperativistas, entre otros, como repertorio organizaron la Batalla de Seattle o el N-30 para insistir en el cambio de reglas de juego comercial y pedir la inclusión de la sociedad civil en las negociaciones que se daban en el marco de la OMC{77}. Aquel Día de Acción Global, como también se le conoce al N-30, sin duda llamó la atención de los medios de comunicación mundiales{78}, que es el primer objetivo de cualquier movilización.

Desde entonces, pueden registrarse dos cambios importantes. Uno, referido a las organizaciones de la sociedad civil global que interactuaron por una misma causa. Si bien ya se daban algunas actuaciones en red, solo desde 1999 los teóricos se refieren a sociedad civil global. El segundo, más relacionado con el cambio de lenguaje, para referirse al comercio internacional. Nadie puede negar que, desde entonces, se vinculan los derechos humanos, el medio ambiente, la inclusión, la reducción de la pobreza, la redistribución de beneficios, entre otros términos que cada vez se usan con mayor frecuencia en la literatura relacionada.

Ahora bien, no se trata estrictamente de una confrontación. Varias de las organizaciones de la sociedad civil que han optado por esta alternativa ética y solidaria consideran que las reglas del comercio internacional se deben cambiar desde adentro. Es decir, empezando desde el mismo sistema de la OMC{79}. La propuesta ha sido liderada por Oxfam Internacional, que ya en 2002 elaboraba estudios en los que daba cuenta de los impactos negativos del comercio convencional y hacía propuestas{80} para el cambio de reglas y la lucha contra la pobreza. Como anotan Montagut y Vivas, “el problema es que la globalización del comercio es algo intrínsecamente perverso de por sí, por una razón muy sencilla: cuanto mayor es la distancia entre un productor y un consumidor, mayor es el poder del que goza el intermediario. En ese triángulo la situación tiende al desequilibrio”{81}.

La actividad académica que se ha adelantado desde la sociedad civil para investigar las causas de la situación que se vive y las consecuencias de algunas decisiones que toman los líderes mundiales, impactos que logran con los proyectos que adelantan con los pequeños productores y los sectores excluidos, pero sobre todo el respaldo que alcanzan de otras comunidades,

multinacionales y gobiernos permiten considerar que Coscione tiene razón cuando anota que "la scg es más capaz y tiene más recursos para reivindicar justicia económica y social (...) otro tipo de globalización, más justa, más equitativa, menos excluyente"{82}.

Es la misma sociedad civil que demanda soberanía alimentaria, entendida "como el derecho a alimentarse, de manera que haya acceso, disponibilidad, autosuficiencia, posibilidad de compra, mercados justos, calidad y cantidad de alimentos sanos y limpios de toda contaminación (…) la soberanía alimentaria incorpora aspectos socioeconómicos, políticos, culturales y ambientales"{83}. De manera precisa: un comercio internacional justo, donde los países en desarrollo estén integrados, se les ayude a sacar provecho de las nuevas oportunidades y obtengan beneficios de los adelantos de las ciencias de la información, de la comunicación y las tecnologías de la informática.

Las organizaciones sociales han sabido sacar provecho del principio "actuar local, pensar global", y han logrado ir más allá con el lobby adelantado ante las instituciones de la Unión Europea. Esto simplemente demuestra que, más que las protestas, lo que funciona son las propuestas (ver tabla) y que cuando son sensatas, Estados y organismos supranacionales las acogen.

Logros de Comercio Justo de la SCG en la UE	
1991	El Parlamento Europeo adopta la Resolución sobre consumo del café como una manera de dar apoyo a pequeños cafetaleros del Tercer Mundo y la introducción de este café en las instituciones europeas.
1994	La Comisión Europea prepara su "Memoria sobre comercio alternativo", donde declara su apoyo a la consolidación de Comercio Justo en el sur y el norte, y su intención de crear un grupo de trabajo de la CE sobre este tema.
1994	La Comisión Económica y Social de las Comunidades Europeas adopta una "Opinión sobre los efectos de la Ronda de Uruguay" y llama la atención sobre las marcas de Comercio Justo, como una vía adicional por la cual mejorar los niveles éticos y sociales en los países en desarrollo. Invita a la UE a financiar estas iniciativas y a ayudarlas en su expansión.
1996	La Comisión Económica y Social de las Comunidades Europeas adopta una "Opinión sobre el movimiento europeo de las marcas de Comercio Justo".

1997	El Parlamento Europeo adopta una resolución sobre el sector de los plátanos y pide a la Comisión que facilite el acceso al mercado a las nuevas empresas que practican el Comercio Justo.
1999	Comunicación de la Comisión al Consejo (COM 99) 619 donde se propone iniciar proceso de colaboración de la doctrina de la Comunidad sobre Comercio Justo.
2002	La Unión Europea acoge favorablemente la campaña de Oxfam por el Comercio Justo.
2007–2008	La UE financió acciones, especialmente de concienciación sobre el Comercio Justo por un valor de € 19.466 millones. Acciones que también se llevan a cabo en el marco de la ayuda al desarrollo.
2008	La Comisión presentó una Comunicación (COM 2008) 400 al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre contratación pública ecológica donde se señala que es preciso tener en cuenta los criterios de Comercio Justo en las ofertas públicas.
2009	Comunicación de Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo donde se promueve la diversidad en los sistemas de certificación y concesión de etiquetas de Comercio Justo en tanto que contribuye de manera decisiva al desarrollo sostenible.

Fuente: elaboración de la autora sobre la base de la información presentada en SICHAR, GONZALO *et al*. 2002, "Comercio Justo, ¿una alternativa real?", CIDEAL y SETEM, Madrid, y ampliada con información del sitio oficial en internet de la Unión Europea.

A pesar de los logros de la scg en la ue, puede observarse que en el contexto de los acuerdos de asociación en los que está empeñada la unión esta "pretende imponer un marco injusto de negociación al exigir paridad con los TLC ya acordados con los EEUU. Esta estrategia ha sido usada con México, cuyo acuerdo emula el TLCan"{84}, y también en el que se adelantó con los países centroamericanos. Por supuesto, la regla fue la misma para el acuerdo que se firmó con Colombia y Perú.

Organizaciones como Oxfam Internacional{85} que sostienen que un acuerdo justo solo es posible si se reconocen las desigualdades, denuncian que con los acuerdos de asociación, la ue busca imponer condiciones que van en detrimento del desarrollo sostenible y que impiden la reducción de la pobreza. No obstante, debe destacarse que en el acuerdo de asociación con la ue se estableció una cláusula de suspensión ante la posibilidad de una flagrante violación de derechos humanos{86}, que de alguna manera ayuda a mejorar las condiciones de la población. Aun así, varias organizaciones sociales (especialmente ong europeas{87}) consideran que aquella es una cláusula insuficiente que no va más allá del estándar.

En resumen, la Sociedad Civil Global, especialmente las organizaciones no gubernamentales del norte, ha asumido la responsabilidad de hacerle frente a los problemas sociales del sur. Primero, los identifican y logran que los otros actores del sistema internacional concierten en ponerlos en la agenda y planteen estrategias y programas para abordarlos. Precisamente, el Comercio Justo ha sido una idea impulsada como alternativa al comercio tradicional y en aras de buscar la inclusión y promover principios como la solidaridad y la justicia.

Ya se anotaron algunos logros del lobby en la Unión Europea, muchos fueron impulsados por la Asociación Europea de Comercio Justo{88}. Con algunos de los ejemplos aquí reseñados puede verse que las ong se convierten en los canales de distribución de la ayuda para el desarrollo. Y muchas veces, ellas o sus contrapartes en los países en desarrollo, lideran los proyectos que se adelantan en el sur para mejorar las condiciones de vida de los obreros, campesinos y artesanos. Aquellas actividades en el ciclo de la política pública se logran después de numerosos debates teóricos, éticos y políticos en los que las comunidades toman posición luego de ser informadas; es decir, la meditación que menciona Kaldor al definir la sociedad civil y asignarle roles.

En concreto, la demanda aumenta al punto que las grandes cadenas deben ofrecer los productos de Comercio Justo, con precios que permiten aportes especiales para las comunidades y los territorios menos favorecidos. Supermercados como Auchan y Carrefour, en Francia; Rewe o Spar/Eurospar, en Alemania; Marks and Spencer y Tesco, en el Reino Unido y Wal-Mart, en Estados Unidos. Igual sucede con algunas cadenas de restaurantes y cafés como McDonalds y Starbucks. Otras grandes compañías, simplemente han intentado pasar todo el proceso de certificación de flo, quizá para superar los boicots de las organizaciones sociales que delataron las violaciones de normas o efectos colaterales por sus comportamientos poco éticos en la producción. Es el caso de Nestlé, que aun con la certificación, continúa luchando para ganar credibilidad ante los nuevos consumidores.

EL CASO COLOMBIANO COMO PAÍS MEGADIVERSO

Existen evidencias de prácticas comerciales, directas o indirectas, que apoyan el Comercio Justo en Colombia; la mayoría alejadas del concepto, pero involucradas con el desarrollo de comunidades rurales de base como pequeños grupos de agricultores, campesinos o pequeñas cooperativas de artesanos. Muchas de las comunidades enmarcan su trabajo en la economía solidaria, los productores comprometidos prefieren hablar de responsabilidad social y el Estado identifica oportunidades para impulsar emprendimientos o negocios sociales.

Es así que el Estado colombiano, desde el Ministerio de Agricultura, fue el que tuvo la iniciativa para desarrollar programas de Comercio Justo con los que se proponía beneficiar a los campesinos. Básicamente, en la última década del siglo pasado, cuando el país se abría{89} al comercio, se propiciaron las alianzas entre pequeños productores y se buscó promover la producción agropecuaria, pesquera, avícola y artesanal. Según el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura y la Corporación Latinoamericana Misión Rural el impacto social fue bajo, debido a "deficiencias en el planeamiento, gestión y administración de recursos, falta de capacitación, altos costos en arrendamiento de instalaciones, costos de publicidad, número de participantes, falta de compromiso de accionistas y limitados recursos"{90}.

A la par, organizaciones no gubernamentales se daban a la tarea de apoyar a los excluidos y fortalecer a las pequeñas cooperativas a lo largo y ancho del país. De hecho, la Asociación de Pequeños Productores de Café - Ingrumá fue la pionera en la exportación con el sello de Comercio Justo (flo), a través de Expocafé, en 1991. Para el 2006 ya se registraba un mercado campesino de Comercio Justo, respaldado por tres organizaciones de la sociedad civil: Fundehumano{91}, la Corporación Autónoma del Valle y el Fondo para la Acción Ambiental y la Niñez. Esta actividad abrió un espacio a los campesinos para que ofrecieran sus productos sin intermediarios y se convirtió en una oportunidad para que los consumidores tuvieran acceso a productos que hoy se distinguen como orgánicos, de producción limpia; es decir, cultivados sin químicos y directamente del productor al consumidor.

En esta alternativa, y con más de diez años de experiencia en Colombia, trabaja Ecocert{92}. Este es un organismo de certificación que de manera mancomunada con la multinacional Carrefour desarrolla el referencial "intercambios solidarios y responsables" (isr), para mejorar los ingresos a los productores y posibilitarles el acceso a los mercados internacionales. Para la multinacional, los isr están en el marco de su responsabilidad social{93} y sus compromisos con el Pacto Mundial.

En el territorio colombiano también se registran experiencias locales apoyadas por organizaciones internacionales. Tal es el caso de la Asociación de Productores de San Cayetano (Aprosan) apoyada por la Corporación Latinoamericana Misión Rural y el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), en el marco del Programa Nacional de Desarrollo de la Microempresa Rural. Aprosan nació como proyecto local, pero rápidamente se extendió en el territorio cundinamarqués con productos de pan coger y otros con bajo valor agregado como los elaborados con lácteos. Además, integra la red de trueque intermunicipal{94} en la que los productores que desean trocar bienes, servicios y saberes, solo asisten a una feria donde se comparten experiencias.

En el mismo sentido, está la Confederación Agrosolidaria{95} que ya exporta pulpa de fruta y vende café orgánico con denominación de origen. Esta organización{96} básicamente recoge al sector solidario colombiano, que según el investigador de la Universidad de los Andes, Luis Felipe Avella, es el más activo en el seguimiento de los principios del Comercio Justo aun cuando no siempre se autorreconocen en el movimiento del Comercio Justo, pues se le da más valor al componente del que hacen parte (la cooperativa). En el caso particular de la Confederación Agrosolidaria, se trabaja con los principios filosóficos de la socioeconomía solidaria, la agroecología y el Comercio Justo campo-ciudad. No puede dejar de mencionarse la Red ColombiaVerde, que congrega a 38 organizaciones comunitarias de campesinos, indígenas y afros, algo más de 20 mil familias que habitan 16 departamentos del país.

De la misma manera se han adelantado algunos esfuerzos desde el ámbito municipal colombiano. Por ejemplo, la "Alcaldía Mayor de Bogotá, la oficina Bogotá Internacional, celebró dos versiones del Foro y Muestra

Regionales de Comercio Justo, en los años 2006 y 2007. Actualmente, el Instituto para la Economía Social (ipes) de la Alcaldía de Bogotá analiza posibilidades para activar pequeñas Ecoferias"{97}.

Sean esfuerzos desde el Estado o desde la sociedad civil, en Colombia no puede dejar de mencionarse el café, donde las tiendas Juan Valdez han ganado buen espacio, pero donde los consumidores poco saben que se trata de café certificado. Sin duda, es un producto emblemático en esta alternativa comercial, no solo en Colombia sino en el mundo entero. Desde 2008, por ejemplo, existe Fairtrade Colombia, que vende café colombiano en Canadá y busca ayudar a poblaciones vulnerables que cultivan café en Colombia. Aun así, personajes como Thierry Loussakoueno (exagregado Agrícola para la Comunidad Andina, América Central y Caribe de la Embajada Francesa en Colombia) consideran que "el modelo más grande y exitoso de Comercio Justo en el mundo lo expresa la Federación Nacional de Cafeteros, sin necesidad de certificaciones"{98}. De todas maneras, en Colombia certifican flo, wfto, Ecocert y Max Havelaar.

A pesar de que en Colombia es incipiente el consumo de productos con sello verde, etiquetas de origen o de Comercio Justo, los pequeños productores y las otras organizaciones de la sociedad civil que están empeñados en lograr mejores condiciones de vida para los excluidos, le apuntan a esta alternativa comercial porque saben que en el primer mundo se abren posibilidades. Por ejemplo, el banano, que es el quinto producto alimenticio después de los cereales, el azúcar, el café y el cacao, ingresó al Comercio Justo en 1996, y hoy los bananos orgánicos procedentes de Colombia le garantizan a los europeos que se paga un precio justo a los productores y que hay una inversión social y medioambiental en los territorios del Urabá y el Magdalena{99}. De todas maneras, se trabaja paralelamente con los consumidores nacionales para concienciarlos sobre la importancia de pagar un sobreprecio en aras de aportar al desarrollo social en los territorios donde se produce el banano. No se trata solo de productos agropecuarios, también están involucrados los minerales como el oro, que certifican el Oro Verde{100} en los mercados internacionales; los medicamentos, especialmente los fitomedicamentos, para que las personas vulnerables de bajos ingresos puedan acceder a las medicinas que requieren, y las flores colombianas, en especial las rosas, que ocupan un buen renglón

en las exportaciones del país hacia los mercados europeos, orientales y el mismo norteamericano.

UNA REFLEXIÓN FINAL

En realidad, el Comercio Justo es un tema que está en la agenda nacional e internacional. Los abordajes pueden ser varios, por eso el debate no se hace esperar. Hay apoyos directos e indirectos desde el Estado, las multinacionales y las mismas empresas nacionales que cada día se vinculan más al Pacto Mundial. Las Organizaciones de la Sociedad Civil siguen empeñadas en buscar opciones. Por ejemplo, en Colombia, desde el sector académico, varias universidades, como la Universidad de los Andes, la Universidad Javeriana y la Universidad Minuto de Dios, han colaborado con el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria (Dansocial) en un estudio sobre cobertura nacional del Comercio Justo.

Definitivamente, en el ámbito local como en el internacional, son las organizaciones de la sociedad civil las que impulsan esta idea que está orientada por principios de solidaridad y justicia. Muchas veces, las redes internacionales se apoyan en las nacionales como sucede en Colombia con la Mesa de Comercio Justo, que lideran la Universidad Minuto de Dios y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura y la Corporación Misión Rural. La Mesa elaboró una propuesta de estrategia de Comercio Justo para Colombia, en donde se propone “la creación de un mecanismo nacional que apoye a los pequeños productores, mediadores y consumidores nacionales, para fortalecer un tipo no convencional de intercambio comercial, el cual otorgue un papel central a la solidaridad”{101}. En realidad, se han dado algunos pasos en ese sentido, pero prácticamente puede decirse que no hay voluntad política para fortalecer ese proceso.

Desde el seminario “Sociedad civil y Responsabilidad Social Empresarial”{102} que se dicta en la especialización de Responsabilidad Social Empresarial de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones

Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, se ha venido impulsando la reflexión entre sociedad civil-responsabilidad social y Comercio Justo. En algunas ocasiones se han abordado los negocios inclusivos y la sociedad civil, sin dejar de lado los emprendimientos empresariales. La propuesta es meditar sobre temas que suelen ser reificados, pero que en realidad requieren estudio, más reflexión y énfasis especial para el caso colombiano.

La realidad es que Colombia es uno de los 17 HotSpots del mundo{103}, hace parte de la Comunidad Andina, una de las organizaciones supranacionales más adelantadas en la protección del Acceso y Distribución de Beneficios (abs, por su sigla en inglés), en el marco del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), y fundamentalmente es exportador de materias primas (café, banano, flores y productos de la industria minero-extractiva){104}. Así las cosas, es importante considerar las condiciones de desarrollo del país y las opciones para cerrar las brechas económicas a partir de los recursos que se tienen.

Analizar el biocomercio sostenible y el Comercio Justo como generadores de cambios culturales, económicos, sociales, ambientales y políticos.

Ya está visto que no se trata de ir en contra del comercio convencional; la propuesta es abrir oportunidades para todos. Hay evidencia, en el país, del interés de los productores, especialmente los pequeños, y se integran los grandes que ante la demanda internacional buscan que sus productos lleven los sellos verdes, de origen o de Comercio Justo. De los comerciantes, que quieren vender estos productos en el mercado interno y exportarlos porque en el mercado externo hay demanda. Del Estado nacional al apoyar negocios sociales, proyectos productivos, emprendimientos que permitan mejorar las condiciones de vida de la gente. Es decir, todos los sectores. Quizá solo se trata de ajustar las cosas y así lograr el cambio que facilite reconfigurar el capital social que permita hacer más grande al país y entrar al concierto internacional con mayor liderazgo.

BIBLIOGRAFÍA

Acotto, Laura. Las organizaciones de la sociedad civil. Un camino para la construcción de ciudadanía, Buenos Aires, Espacio Editorial, 2003.

Avella, Luis Felipe. “El Comercio Justo Sur-Sur en Colombia”, en: A. Cotera, Comercio Justo Sur-Sur. Problemas y potencialidades para el desarrollo del Comercio Justo en la Comunidad Andina de Naciones, Lima, Grupo Red de Economía Solidaria del Perú, 2009.

Barrat, Michael. Comercio justo, comercio injusto, España, Icaria, 1998.

Coscione, Marco. Una alianza estratégica para el desarrollo de América Latina, Madrid, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación y Los Libros de la Catarata, 2008.

Cotera Fretel, Alfonso. “El Comercio Justo y su aporte al desarrollo humano, inclusivo y solidario en América Latina”, en: Comercio Justo Sur-Sur. Problemas y potencialidades para el desarrollo del Comercio Justo en la Comunidad Andina de Naciones, Perú, Grupo Red de Economía Solidaria del Perú, 2009.

Kaldor, Mary. La sociedad civil global, Barcelona, Kriterios Tusquets, 2005.

Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn. Activistas sin frontera, México, SigloVeintiuno, 2000.

Marín, Margarita. “Dos contextos de intervención de la sociedad civil. A propósito de su participación en la toma de decisiones ambientales”. En: Opera, n.° 9, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 241-270.

Martínez-Orozco, Santiago. Comercio justo, consumo responsable, Barcelona, Documentos Intermón, 2000.

Montagut, Xavier y Vivas, Esther (coords.). ¿Adónde va el Comercio Justo? Modelos y experiencias, Barcelona, Icaria, 2006.

North, Douglas. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Riechmann, Jorge y Fernández, Francisco. Redes que dan libertad. Introducción a los nuevos movimientos sociales, Barcelona, Paidós, 1995.

Rubio, Rafael. “Los ciudadanos ¿protagonistas de la globalización?”, en: G. A. Ramírez Cleves, El derecho en el contexto de la globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 241-273.

Sichar, Gonzalo y Cabrera, Pablo (coords.). Comercio Justo: ¿una alternativa real?, Madrid, Cideal y Setem, 2002.

Stiglitz, Joseph y Charlton, Andrew. Comercio Justo para todos, Colombia, Tauros, 2007.

Watts, Duncan. “La era de la conectividad”, en: Seis grados de separación. La ciencia de las redes en la era del acceso, Barcelona, Paidós, 2006, p. 50.

DOCUMENTOS EN INTERNET

Carrefour. Disponible en: www.carrefour.com.co

Censat Agua Viva. Disponible en: www.censat.org/contenidos/areas-de-trabajo/ soberania-alimentaria.html (consultado el 30 de marzo de 2010).

Corporación Latinoamericana Misión Rural. Disponible en: www.misionrural.net/ info_especial/trueque/experiencia.htm

Corporación Oro Verde. Disponible en: www.greengold-oroverde.org

Fridell, Gavin. “Comercio justo, neoliberalismo y desarrollo rural: una evaluación histórica”, Iconos. Revista de ciencias sociales, n.° 24, Flacso, Ecuador, enero de 2006. Disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/ecuador/flacso/iconos/ICONOS%20i4/Iconos24fridell.pdf

Grupo Red de Economía Solidaria del Perú. Disponible en: www.gres.org.pe

Grupo 77. Disponible en: www.g77.org

Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura y Corporación Latinoamericana Misión Rural. El Comercio Justo como alternativa para el desarrollo equitativo, Cuaderno Técnico n.° 38, San José, Costa Rica. Disponible en: www.iica.int

La W. "Por la violación de derechos humanos podrían suspender TLC entre Colombia y la ue", 2010. Disponible en: www.wradio.com.co (consultado el 3 de julio de 2011).

Marín, Margarita. "Sociedad civil global en escenarios locales: las experiencias de México, El Salvador, Argentina y Colombia", 2009. Centro Argentino de Estudios Internacionales. Disponible en: http://www.caei.com.ar/es/programas/ latam/23.pdf

Montes, Álvaro. "Comercio con dignidad", Semana, miércoles 29 de agosto de 2007. Disponible en: www.semana.com

Oxfam Internacional. Oxfam Internacional ante la V Cumbre alc-ue: solo es posible un acuerdo justo si se reconocen las desigualdades. Disponible en: www.oxfam.org/ es/news/20o8/pro8o5i3_cumbre_latinoamerica_europa

Programa de las Naciones unidas para el Desarrollo (PNUD). www.teamstoendpo- verty.org/wq_pages/es/visages/chiffres.php

Red de Redes de Economía Alternativa y Solidaria. http://economiasolidaria.org/ comercio_justo.

TenThousandVillages. www.tenthousandvillages.com/php/about.us/about.history.php

unicef. “Abogacía en medios y movilización social”, 2006. Disponible en: www.unicef/ spanish/cuadernillo6.pdf

Zigla Consultores. “¿Qué son negocios sociales?”, 2010. Disponible en: http://zi- glablog.com.ar/2010/ 03/o2/%C2%BFque-son-los-negocios-sociales (consultado el 3 de julio de 2011).

ERLI MARGARITA MARÍN ARANGUREN

MARCELA MUÑOZ TÉLLEZ

Las redes del Comercio Justo, un enfoque latinoamericano. Casos de Bolivia, Brasil, Perú y Colombia

Banano, café, cacao y artesanías son los productos que tradicionalmente se identifican con el Comercio Justo. Una idea que, si bien nació en los países del norte, en aras de mitigar los impactos negativos del libre mercado se ha desarrollado en los países del sur como una alternativa para abrir la baraja de exportaciones y mejorar la calidad de vida de los productores{1}.

En América Latina hay más opciones. La quinua y la castaña entre los productos agrícolas y cada vez se abre paso al mercado de metales, donde la minería artesanal de pequeña escala está a la vanguardia. Más aún, hay países como Brasil que son líderes en términos de normatividad y de esta manera se busca garantizar una identidad nacional para esta alternativa comercial. Por este motivo, el presente artículo analizará el desarrollo del Comercio Justo en América del Sur, en especial en los países que han presentado mayor avance específico. En la tabla clasificatoria de países por número de productores, según las certificaciones de flo, se tiene a Perú, en el segundo lugar, seguido por Colombia, Bolivia, en el tercero y cuarto lugar. Brasil aparece en el noveno lugar{2}.

En este orden de ideas, la pregunta que surge es ¿de qué manera ha participado la sociedad civil en el desarrollo del Comercio Justo en países como Bolivia, Brasil, Perú y Colombia? De forma concreta puede señalarse que las organizaciones de la sociedad civil (osc) han sido espacio de coordinación entre comunidades en dos sentidos. Primero, los pequeños productores logren precios justos y, por el otro lado, los consumidores sean responsables y solidarios en sus compras tanto en el ámbito local como global. Segundo, es impulsora de los emprendimientos productivos como alternativa de comercio que posibilita la justicia en el mercado. Además, es promotora de redes que se convierten en espacios de deliberación y negociación para el Comercio Justo.

APROXIMACIONES CONCEPTUALES

Así las cosas, lo que se debe dejar claro es la polisemia respecto al concepto sobre las osc, pero los acercamientos académicos trazan algunos elementos

comunes que posibilitan referirnos a ellas con mayor facilidad. Por ejemplo, Mary Kaldor lo considera como el "medio a través del cual se negocian, comentan y meditan los contratos o pactos sociales entre los individuos y los centros de poder político y económico"{3}; mientras que Kumi Naidoo y Rajesh Tandon se refieren a "una red de asociaciones autónomas que los ciudadanos portadores de derechos y cargados de responsabilidades crean voluntariamente para ocuparse de problemas compartidos, presentar sus intereses comunes y promover sus aspiraciones colectivas"{4}.

De la misma manera, es indispensable precisar el concepto de Comercio Justo. Para este artículo se retomará la definición de Gonzalo Sichar para quien es "una alternativa al comercio tradicional. Ofrece a los productores vías para comercializar sus productos, que, además de tener en cuenta los criterios económicos, ponen atención en los valores sociales y aspectos ecológicos"{5}. Sin duda, aquí se abre el debate con el libre comercio que promueve el proceso globalizador. Para algunos economistas, el Comercio Justo es el libre mercado y por ello algunos promueven comercio y no ayuda. Para otros, el libre mercado abre una brecha que anula a los pequeños productores porque no están en capacidad de competir. Ahora, para quienes se refieren al Comercio Justo como alternativa, la propuesta tampoco es conjunta. Montagut y Vivas{6} explican las dos tendencias de la manera que sigue: por un lado identifican una posición "tradicional y dominante" que se soporta en la idea de vender productos de Comercio Justo en las grandes cadenas comerciales. Por el otro, está la tendencia "global y alternativa", que defiende la postura de no vender estos productos en supermercados de multinacionales, dado que esta opción presenta una contradicción de la alternativa misma al apoyar el sistema de libre mercado.

Sin embargo, el debate entre estas dos tendencias todavía no tiene una incidencia fuerte en América Latina puesto que el Comercio Justo aún es incipiente. En realidad es una alternativa económica que se utiliza básicamente en productos primarios (café, cacao, banano) como los que se exportan desde esta parte del continente a países desarrollados. Sin embargo, en los últimos años, la novedad está en la introducción de los metales, desde la minería artesanal de pequeña escala. Hasta ahora, la explotación respondía al juego de la oferta y la demanda desde empresas nacionales o multinacionales, y donde los mineros artesanales tenían poca

participación. La situación ha cambiado porque en los países desarrollados hay más compradores responsables que se interesan por conocer la procedencia de los productos, vigilar que el medio ambiente sea respetado y exigir que se cumpla con los derechos de los trabajadores involucrados en su extracción.

Además, también hay un mayor sentido de responsabilidad, más allá de la del consumidor, en la elección de sus objetos de compra. Los productores cuentan con iniciativas que llevan a procesos sustentables. La empresa, en concreto, tiene la responsabilidad de elaborar los productos, con valor agregado o sin él en los términos señalados por Sichar; esto es, con los criterios comerciales, los valores sociales y los aspectos ecológicos.

ÁMBITOS DEL COMERCIO JUSTO

GLOBAL

Es imposible considerar el Comercio Justo únicamente para un territorio. La realidad es que implica distintos ámbitos y las modalidades tradicionales de mercado que ocurren de manera paralela. En este orden de ideas, aquí se dará un breve repaso para llegar a mostrar los desarrollos en algunos países de América Latina.

El libre mercado o globalización{7} resalta las relaciones desiguales que existen en el sistema comercial mundial y que pueden llegar a ser injustas para una parte de la población. La diferencia entre la posición económica de países desarrollados{8} y los que están en vía de desarrollo{9} es evidente.

En los países con economías frágiles se requiere del apoyo del Estado para la producción y exportación de bienes y servicios, además de cooperación internacional para desarrollar tecnologías apropiadas a las condiciones que exige el contexto económico, social y político. En algunos casos, incluso, se

necesita un apoyo especial para superar los conflictos que imposibilitan el crecimiento de la economía. Cuando los países en vía de desarrollo entran en la lógica del libre mercado, de inmediato se genera una dependencia directa con países más fuertes. Analistas como el nobel de economía Joseph Stiglitz ya han demostrado que "forzar a un país en desarrollo a abrirse a los productos importados que compiten con los elaborados por alguna de sus industrias, peligrosamente vulnerables a la competencia de buena parte de industrias más vigorosas en otros países, puede tener consecuencias desastrosas, sociales y económicas"{10}. Justamente el malestar de la globalización está dado por la expansión de la brecha de desigualdad.

Si bien en la Organización Mundial del Comercio (OMC) se intenta "contribuir a que el comercio fluya con la mayor libertad posible, sin que se produzcan efectos secundarios no deseables"{11}, existe un Foro Público en el que participa la sociedad civil para avanzar en la solución de los efectos negativos. Hay más espacios desarrollados por las osc para trabajar el tema como la Organización Mundial del Comercio Justo{12} que se institucionaliza como vocera y representa a más de "450 miembros comprometidos"{13} y la Fairtrade Labelling Organizations (FLO), que puntualmente coordina "el Sellado de Comercio Justo Fairtrade a nivel internacional"{14}. Los sellos Max Havelaar (Holanda, Bélgica, Francia, Dinamarca y Suiza), Transfair (Austria, Alemania, Italia, Luxemburgo, Canadá, Estados Unidos y Japón), Fairtrade (Irlanda y Gran Bretaña) y Rattrisemark (Suecia), todos operan bajo la flo. De esta manera, quienes están involucrados en el movimiento entran a buscar el sello para garantizarle al consumidor que en el proceso de elaboración del producto se consideraron algunos elementos esenciales que aseguran un mejor trato para los productores del tercer mundo{15}. Adicionalmente, está el Movimiento de Agricultura Orgánica (ifoam) que le da un plus al Comercio Justo con normas básicas para la agricultura ecológica y la transformación de alimentos.

De esta manera se puede ver que la discusión del Comercio Justo se puede manejar desde dos espacios: la institucionalidad oficial (Organización Mundial del Comercio, Unión Europea, Comunidad Andina de Naciones, entre otros) y desde una institucionalidad no oficial, la que viene a representar escenarios globales alternativos en los cuales siempre está

presente la sociedad civil por medio de redes globales (entre ellas se encuentra el Foro Público de la OMC, FLO, IFOAM, y la OMCJ). Lo cierto es que cada vez se registra una mayor movilización de las osc que combaten el malestar de la globalización. Por este motivo, mientras que algunas adelantan actividades de incidencia en el interior de la OMC, según los mecanismos que para el efecto allí se han establecido, otras desarrollan acciones colectivas con las cuales se busca concientizar tanto a productores como a consumidores. Lo más importante es que unas y otras crean redes internacionales de defensa que interconectan las organizaciones locales, nacionales, regionales e internacionales.

EL REGIONAL: UNIÓN EUROPEA, ÁFRICA Y LATINOAMÉRICA

Desde la perspectiva regional, se puede ver que "las iniciativas de Comercio Justo impulsadas por grupos de activistas europeos buscan modificar los términos del intercambio entre el norte industrializado y el sur, en vías de desarrollo. Su premisa básica es que se puede beneficiar a los productores al reducir la intermediación y crear vínculos directos con los consumidores del norte"{16}. En este sentido, hay quienes consideran que la noción del Comercio Justo como iniciativa que nace de los países del norte puede llegar a tener una connotación negativa, en tanto que continúa generando dependencia porque son los consumidores del norte los potenciales compradores de estos productos al tener la capacidad adquisitiva para ello, entonces los productores quedan atrapados, dependiendo de la demanda. Sin embargo, algunas iniciativas de Comercio Justo, en el ámbito regional, se han venido dando de manera independiente. Por tanto, lo más importante es la calidad de los productos y que al ser elaborados protegen el medio ambiente y reducen los intermediarios de manera que logran mayores ganancias. Además, van descubriendo el mercado interno, que también es potencial consumidor de estos productos.

Lo cierto es que la iniciativa regional más desarrollada en el mundo es la europea. Específicamente, la de la Unión Europea (ue) que cuenta con un marco normativo para favorecer las mercancías procedentes del Comercio

Justo y facilitar su acceso al mercado comunitario{17}. El primer paso se dio en 1994, cuando se aprobó la Resolución para promover la justicia y la solidaridad en el comercio Norte-Sur. Dos años más adelante, en 1996, "el Comité Económico y Social emitió un dictamen sobre el movimiento de etiquetado de Comercio Justo en Europa"{18} y quizá lo más importante es que se consideró la urgencia de contar con una línea presupuestal específica que junto con la normatividad posibilitó que se le diera un mayor protagonismo al movimiento. De esta manera, se ampliaron los productos y más allá del café y las artesanías; el interés particular por el banano llevó a que se estableciera una Resolución, en 1997, para que se tomaran medidas concretas en apoyo a quienes estaban interesados en este producto dentro de la Unión. La Resolución fue aprobada en la asamblea paritaria entre la Unión Europea y los países ACP{19}.

La petición de un presupuesto específico dedicado al movimiento se reiteró en 1998, en el Informe Fassa (aprobado por el Parlamento Europeo) que a su vez daba pie para la ampliación del tema con otras propuestas de fomento del Comercio Justo. Ante la necesidad de concretar el tema, la Comisión de la Unión Europea decidió expedir una comunicación [com (99) 619] en la que definió el objetivo de Comercio Justo y estableció los lineamientos a seguir en el marco europeo{20}. Esta comunicación resultó fundamental para la formalización de las tiendas de Comercio Justo que ya existían dentro de la Unión Europea, al igual que darle una cabida oficial en el marco comercial del mismo. En realidad, "la promoción del Comercio Justo está entre los objetivos más amplios de la Comunidad en lo relacionado con la cooperación al desarrollo; es decir, a la lucha contra la pobreza, al desarrollo económico y social y, en particular, a la inserción progresiva de los países en desarrollo en la economía mundial"{21}. Esto, luego de las dificultades que siguen presentando los acp los cuales no han logrado reducir significativamente las consecuencias negativas del libre comercio.

Diez años después se da una nueva Comunicación de la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo: "Contribución al desarrollo sostenible: el papel del Comercio Justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial"{22}. Para entonces, la Comisión hizo un diagnóstico de los

avances del Comercio Justo e introdujo nuevos conceptos tales como el desarrollo sostenible. Esta comunicación también agregó consideraciones acerca de los poderes políticos y los otros actores involucrados en el movimiento. En resumen, en la comunicación se va más allá del tema netamente comercial y alcanza los aspectos sociales, ambientales y culturales, prioritarios para la ue.

Ahora bien, la iniciativa del Comercio Justo tiene una relación directa con África, puesto que esta surgió para ayudar a los países con los cuales la antigua Comunidad Europea (hoy Unión Europea) tenía estrechos vínculos comerciales y de cooperación. Allí la red Fairtrade Africa (parte de flo) se desglosa en redes regionales y en redes locales (country partnerships). Las tres regionales son: Eastern Africa Network (fta-ean), West Africa Network (fta-wan) y Southern Africa Network (fta-san). Ellas garantizan los estándares en los productos de la región, ofrecen un apoyo técnico a las empresas y posibilitan un mayor número de conexiones para la comercialización de los bienes no solo en la región sino también con los países europeos. Las redes regionales apoyan a las locales; de esta manera se fortalece la cadena de producción y se fomenta el comercio en la base. De acuerdo con Fairtrade Africa, para finales de 2009, se contaba con un total de "827 organizaciones certificadas con producción de Comercio Justo"{23}. Cada vez, hay mayor interés de parte de los productores del sur en asociarse bajo esta iniciativa que cuida el medio ambiente, mejora el trato con los trabajadores, y se esfuerza por optimizar la calidad de los productos, que cada vez tienen mayor valor agregado. Luego, hoy es una propuesta que se comparte tanto en el sur como en el norte.

América Latina no es un caso aparte. Si bien no existe un esquema estructurado como el africano, o una normatividad general como la de la Unión Europea, sí puede hablarse de un desarrollo de redes en la región que han fortalecido el Comercio Justo. Solo el hecho de exportar productos primarios que también son identificados como de Comercio Justo, y que tienen una alta demanda internacional, se presenta como ventaja para Latinoamérica. En el estudio de caso que ocupa este trabajo (Bolivia, Brasil, Perú y Colombia) puede anotarse la preponderancia del café al ser Brasil el mayor productor del mundo (exportó un total de 48.095 bultos de café en 2010){24} y Colombia el productor de uno de los cafés más suaves

y de calidad (exportó un total de 9.200 bultos en 2010){25}. El tercer productor de café más grande de la región fue Perú, con 3.976 bultos exportados en 2010{26}; en un porcentaje menor le siguió Bolivia con 129{27}. Otro de los bienes primaros de mayor producción en América Latina es el banano. El mayor exportador es Ecuador, con 4.945 miles de toneladas. A este le sigue Colombia con una exportación de 1.802 miles de tonelada para el mismo año y, a una escala menor, Brasil con 139 miles de toneladas{28}. También se exporta la quinua (principalmente Bolivia) y de los minerales vale la pena destacar el oro, donde el principal exportador es Colombia seguido por Brasil.

Compartir productos de exportación favorece la creación de redes para la región, puesto que se logra establecer conexiones entre entidades de un país y otro que ya tienen el objetivo común de fomentar prácticas de Comercio Justo en bienes de alta producción como los mencionados anteriormente. Pero América Latina no solo cuenta con productos de exportación en común. También se comparte una cultura latinoamericana ancestral y moderna la cual puede llegar a ser receptora de esta estrategia de alternativa económica. La filosofía del buen vivir o vivir bien que proviene de la cultura ancestral originaria de la región andina comparte varias ideas que se asemejan a la implementación del Comercio Justo {29}. La equidad en el buen vivir es un principio fundamental al igual que el de dar y recibir. Estos principios se asemejan a las metas que busca alcanzar el Comercio Justo pues al disminuir el nivel de intermediarios entre el productor y el consumidor, y retribuir un pago más justo por el producto de alta calidad con un marco social claro para el consumidor, se está buscando una distribución equitativa de los ingresos y un acercamiento entre los actores.

Además de compartir una historia cultural parecida, la región latinoamericana tiene el potencial de ser productor de Comercio Justo y a la vez ser un consumidor sensato de este tipo de productos. La generación de una conciencia regional se está fortaleciendo cada vez más, tomando como ejemplo no solamente la historia y la cultura común que se tiene con la mayoría de naciones, sino también la coyuntura en el ámbito político, social y económico. Lo primero que se debe resaltar es la brecha de desigualdad a nivel nacional a pesar de los logros en desarrollo{30}.Varios analistas consideran que en ello radica el malestar en la globalización{31}.

Antes se había mencionado la importancia de las redes, y son precisamente las organizaciones de la sociedad civil las que han logrado conformar redes entre los distintos actores del tema, como lo es la Asociación Internacional de Comercio Justo de América Latina (parte del wfto), arm (Alianza por la Minería Responsable), entre otras. La Asociación Internacional de Comercio Justo de América Latina reúne a "55 miembros de 13 países de Latinoamérica"{32}. Básicamente son cooperativas, organizaciones y asociaciones que trabajan en la elaboración de productos de Comercio Justo. Esta red, además de afianzar vínculos de comunicación entre los miembros, se convierte en facilitadora con otras organizaciones que están interesadas en este tipo de emprendimientos productivos.

arm es una red que trabaja con emprendimientos específicos asociados con la minería artesanal y de pequeña escala, inicialmente en Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú, pero se están expandiendo dada la preponderancia que en la región está tomando la reprimarización de la economía. La Alianza por la Minería Responsable es una red que se basa en la creación de vínculos entre los mineros artesanales y de pequeña escala y otras organizaciones, y así lograr establecer un sistema de beneficios tanto para los mineros como para los consumidores de sus productos; todo en el marco de la responsabilidad con el medio ambiente, los trabajadores e incluso los mismos consumidores. arm creó el "Estándar Cero", el cual sirvió como la base para la creación conjunta con flo del Estándar Fairtrade y Fairmined. Este último permite obtener el doble sello del mismo nombre.

En realidad, el "Estándar Cero" fue una iniciativa en la que participaron distintos actores del sector productivo (mineros, artesanos y joyeros) y comercial del oro, y en comité técnico se dieron las pautas para establecerlo. En palabras de LinaVilla, directora ejecutiva de arm, "una vez construido el estándar, vimos la necesidad de crearnos como organización y buscar una alianza formal con flo (...) luego vino un proceso de homologación de estándares y finalmente, el lanzamiento al mercado de oro Fairtrade y Fairmined. Es la primera vez que flo lanza al mercado un sello conjunto"{33}. Esta innovación en el mercado del Comercio Justo impulsa al continente latinoamericano como un actor competitivo aún en el marco de una alternativa de mercado. En concreto, es un producto único, es de la

región y es un indicador del creciente desarrollo del Comercio Justo en el continente.

El ejemplo de arm sirve para resaltar la importancia de la sociedad civil en la organización y en la elaboración de un producto generado a partir de unos parámetros de responsabilidad que surgen de la iniciativa de la base productiva. Ahora bien, los aliados de arm varían. Puede ser simplemente la misma comunidad dentro de los países donde se trabaja, una organización de primer o segundo nivel{34} o incluso una del sector solidario como lo son las cooperativas. Lo que busca arm es tener un vínculo intermedio con una organización de apoyo local (sea con o sin fines de lucro) con capacidad de asistir a las organizaciones de mineros en los procesos transformativos hacia el cumplimiento del estándar. De hecho, esta flexibilidad es lo que posibilita que la red de arm no solo se acople a diferentes contextos sino que también se expanda y abarque un ámbito más global.

LOS ESTUDIOS DE CASO COMO REFERENTE: BOLIVIA, BRASIL, PERÚ Y COLOMBIA

En este documento se quiere detallar un poco lo que sucede en cuatro casos específicos que, de alguna manera, sirven de muestra de los desarrollos que se están dando en América Latina en materia de Comercio Justo desde la perspectiva de Bolivia, Brasil, Perú y Colombia. Estos países se encuentran entre las io naciones con mayor número de productores de Comercio Justo de acuerdo con datos del FLO-Cert del 2007. Perú se encuentra en el segundo lugar, Colombia en el tercero, Bolivia en el cuarto y Brasil en el noveno{35}. Ahora, si bien hay unas características comunes, también hay algunos rasgos particulares en cada país, entre los que vale la pena mencionar la normatividad y las iniciativas de base.

BOLIVIA SE IMPONE CON EL GRANO DE ORO DE LOS ANDES

Una de las características de Bolivia, país enclavado en la cordillera andina, es la preponderancia del uso de métodos tradicionales para la agricultura. Su producción es prácticamente orgánica, luego sus tierras están libres de agroquímicos. Aún se conservan las prácticas productivas limpias. Esto posibilita la certificación de sus áreas agrícolas (las tierras actualmente contaminadas en otros países requieren de tres o más años para recuperar el suelo productivo limpio){36}, lo que se traduce en una ventaja competitiva (de alta calidad) para exportar productos primarios que coinciden con las demandas del mercado para bienes de Comercio Justo.

En el altiplano boliviano se produce y exporta un cereal único de la región andina: la quinua. Más que ser parte vital de la dieta de la población indígena de la zona, se han descubierto las bondades nutricionales que contiene este alimento, que han hecho que sea un producto de consumo incluso para los astronautas en la Nasa. Por ejemplo, la variedad "quinua real", más conocida como el "grano de oro de los Andes", es un producto ioo% ecológico, no contiene colesterol y contiene io aminoácidos. De este grano es posible elaborar productos como panes, galletas, pastas, cereales y postres, que tienen valor agregado y son demandados por los consumidores tanto del norte como del sur.

Una de las características de la producción de quinua es su particularidad normativa. El presidente Evo Morales promulgó la ley de "incentivo de la quinua" (2011), en la que se "incluye la aprobación de un financiamiento de US$io millones para otorgar créditos a los pequeños, medianos y grandes productores de quinua en los departamentos de La Paz, Oruro y Potosí"{37}. De esta manera, el Estado se convierte en promotor institucional para el Comercio Justo. Se parte del marco general de la Constitución boliviana, la cual con herramientas normativas sirve de apoyo para este tipo de alternativas económicas apropiadas al contexto del país, y a las demandas del comercio internacional. Una de las ventajas de que ello sea así es que, desde la misma carta política, se define al sistema económico boliviano como una economía plural. Esto implica que se basa en principios que se asocian con los del Comercio Justo, tales como la solidaridad y la justicia.

Este espacio normativo permite que se constituyan emprendimientos productivos con un enfoque alternativo al de la empresa privada tradicional. Es decir, posibilita la forma de organización económica privada, pública, comunitaria y social cooperativa{38}. Así pues, la constitución facilita los procesos de coordinación entre entidades con distinta naturaleza jurídica que buscan objetivos de desarrollo humano dentro del esquema económico.

La organización de la sociedad civil es vital en este emprendimiento porque su tejido en red robustece la producción. Por ejemplo, a la Asociación Nacional de Productores de Quinua (Anapqui) pertenecen 8 organizaciones de primer nivel que cuentan con 1 .260 socios productores de "quinua real"{39}. Esta variedad del cereal la siembran 157 comunidades (284 son mujeres y 976 hombres) en los departamentos de Potosí y Oruro. Básicamente en 5 provincias y 7 municipios.

Los productos de Anapqui cuentan con 6 certificaciones en total, entre ellas cabe destacar el sello Fairtrade. Pero no es la única organización campesina. También se encuentra la Central de Cooperativas Agropecuarias Operation Tierra (cecaot), integrada por 14 cooperativas de los productores de la quinua real, también localizados en Potosí , uno de los territorios del altiplano donde se cultiva esta variedad. cecaot también está certificada por la flo (con el sello Fairtrade). Una organización de menor escala, pero con más de 17 años de tradición, es la cooperativa de 229 campesinos que internacionalmente se reconoce como Apquisa. Ellos cuentan con la certificación de la flo (sellos Max Havelaary Fairtrade).

La tabla 1 indica el nivel de producción de quinua (con y sin certificación ecológica), ventas y valor de organizaciones que trabajan con el esquema de Comercio Justo. Los datos permiten evidenciar los beneficios que trae para las comunidades involucradas. De hecho, el 65,2% de la producción total tiene certificación ecológica.

TABLA I

Organización	Producción total (T.M. / 09)	Producción con certificación ecológica (T.M./ años)	Ventas (T.M. / año)		Valor de las ventas (US$)	
			C.J.s	Otros merc.	C.J.	Otros merc.
Anapqui	3.641,178	2.807,226	414,04	937,03	1.135.800	2.633.471
CECAOT	215,53	203,13	50,00	208,17	144.810	456.788
Apquisa	907,00	100,00	100,00	146,5	296.328	702.499
Total	4.763,708	3.110,39	564,04	1.291,70	1.576.938	3.792.758

Fuente: González, Walter. "Comercio Justo; una opción para organizaciones de productores de quinua en Bolivia". Disponible en: www.infoquinua.bo/fileponencias/e_gonzales%20%20walter%20-%20comercio%20justo(eco).pdf

Aparte de la quinua, en Bolivia existen otros productos emblemáticos en materia de Comercio Justo, como el cacao, que también cuenta con una sólida red nacional. El Ceibo, por ejemplo, que fue creada, en 1977, por los mismos agricultores de cacao, está integrada por 37 cooperativas que reúnen a un total de 800 socios{40}. Desde el comienzo, se enfocó en los parámetros del Comercio Justo, y hoy día sus productos cuentan con el sello de Fairtrade. El café y la castaña también cuentan con organizaciones y cooperativas que trabajan en el marco del Comercio Justo. Del café puede mencionarse a Fe-cafeb, que "aglutina a 30 organizaciones económicas campesinas, estructuradas en asociaciones, cooperativas y la Coracas que representan a 8.700 familias productoras de café orgánico certificado'"{41}. Para la castaña, la Cooperativa Agrícola Integral "Campesino" Limitada (caic Ltda.) fue fundada por campesinos de la Amazonia de Bolivia (regiones de Pando, La Paz y Beni){42}.

En el mapa 1 se pueden apreciar las zonas donde se cultivan algunos de los productos de Comercio Justo en Bolivia. Se destacan la quinua (punteado) y el café (línea diagonal) ubicados en el Altiplano, y el cacao (cuadrados) y la castaña (líneas verticales), ubicados en la Amazonia, por ser los que representan un alto valor en ventas. Los distintos ecosistemas de Bolivia le permiten una gama en la oferta para el mercado internacional, y su cultura

de producción tradicional agrícola es una variable que entra a favorecerles en la oferta de productos, según las exigencias de los nuevos consumidores del primer mundo.

MAPA I

Quinua Castaña CAIC Ltda. Cacao El Ceibo Café FECAFEB

Fuente: Ajuste de las autoras, sobre la base del mapa que aparece en FAN, Bolivia. Disponible en: www.fan-bo.org/es/que-hacemos.php

En suma, si bien ha sido una iniciativa de base, las comunidades de producción de estos bienes en Bolivia han logrado organizarse en cooperativas con las cuales se fortalece el movimiento del Comercio Justo, puesto que allí también trabajan en red para formarse y cuidar el medio ambiente, mejorar la calidad de vida de quienes trabajan en la cadena productiva y esforzarse por el cumplimiento de los parámetros del mismo, de manera que logren mejores precios en el mercado internacional por ser productos orgánicos que respetan a los individuos y les ofrecen oportunidades de vida.

BRASIL IMPULSA EL COMERCIO JUSTO CON POLÍTICAS DE ESTADO

El movimiento de Comercio Justo en Brasil lleva poco tiempo. Si bien el concepto de economía solidaria{43} se ha ido desarrollando desde el comienzo de la década de los noventa, el de Comercio Justo comenzó a desplegarse una década después. En 2001 se conformó el Foro para la Articulación del Comercio Ético y Solidario en Brasil, Faces do Brasil. Básicamente, Faces do Brasil fue la líder de tal organización en el país carioca. El trabajo en equipo es una de las características que se pueden destacar en las osc. La estructura muestra una red organizativa que no solo es amplia sino que es elegida de manera democrática. Existe un consejo político, integrado por 20 organizaciones, un consejo administrativo, que cuenta con 4 representantes de distintas organizaciones, un consejo fiscal, con 3 personas encargadas, y una secretaría ejecutiva{44}.

Una de las contribuciones más grandes que ha logrado Faces do Brasil es la creación de la “Carta de Valores, Principios, y Criterios del Comercio Justo y Solidario Brasileño”{45}. Varios de los parámetros allí establecidos, ahora hacen parte del Sistema Nacional de Comercio Justo y Solidario (scjs, por su sigla en portugués), el primer sistema mundial incorporado formalmente en un Estado, donde se adhieren actores tanto públicos como de la sociedad civil para la promoción del Comercio Justo. El proceso de elaboración y el desempeño mismo del sistema permite que los distintos

actores de la sociedad puedan participar de manera equitativa. Al ser inclusivo (tanto público como privado) legitima política y económicamente el sistema. Esta iniciativa le otorga un protagonismo esencial a la base social. Es decir, a los productores que están en el campo trabajando sobre las base de estos principios y con criterios de calidad para la cadena productiva. Realmente, el SCJS hace que la experiencia de Brasil en materia de Comercio Justo sea única no solo en América Latina sino en el mundo. Cuenta con normatividad nacional específica para promoverlo.

Por otra parte, con el Decreto 7.358 de 2010 se estableció el scjs, y con ello se crea la Comisión Gestora Nacional, vinculada al Ministerio de Trabajo y Empleo a través de la Secretaría Nacional de Economía Solidaria{46}. No solo es un ministerio sino que al ser una política de Estado es transversal y se vinculan otros ministerios como el de Desarrollo Agrario y el de Desarrollo Social y Lucha contra el Hambre. Obviamente, se mantiene el concurso de la sociedad civil con dos de las entidades del segmento de emprendimientos económicos solidarios (Unisol-Brasil{47} y Unicafes{48}), dos de las entidades del segmento de apoyo y fomento al Comercio Justo y solidario (Sebrae{49} e Imca{50}) y dos de las entidades del segmento de las redes de economía solidaria (fbes{51} y Faces do Brasil{52}). Es con voz y voto{53}. A la Comisión se le dan atribuciones concretas en el artículo 4 de la norma, que posibilitan su actuación en el marco del Comercio Justo, y lo consolidan como interfaz para avanzar de manera paralela con productos alternativos en el ámbito interno, pero también en el comercio internacional.

De manera concreta, puede destacarse que no solo se trata de un beneficio social que brinda el scjs (mejoramiento en transparencia, consumo responsable, beneficios ambientales, relaciones de trabajo), sino que existen mejoras en la calidad del producto, en la gestión del emprendimiento, en el establecimiento de un precio más justo o equitativo para el productor y en las condiciones de pago y garantía en las relaciones de continuidad. De esta manera, se busca ampliar el mercado tanto internamente como el de exportación con una oferta más variada que posibilite a vendedores y compradores tener acceso a los mercados según su preferencia. Para contrarrestar los actuales patrones de producción y consumo denunciados por la Organización Mundial de Comercio, en Brasil se cuenta con “21.854

emprendimientos económicos solidarios (reconocidos por la investigación nacional hecha por la senaes/mte), que producen 191.451.037 reales por año, entre producción agrícola, artesanal, alimenticia y textil"{54}.

Dado que es una política de Estado, con normatividad nacional, puede verse que la producción certificada con los sellos de Comercio Justo se encuentra no solo diversificada (café, jugos, frutas secas, entre otros), sino extendida a lo largo y ancho del país carioca, pues según el Ministerio del Trabajo y Empleo, los grupos productivos de Comercio Justo y solidario en su mayoría están en la región Nordeste (44%), seguidos por las regiones Sur (17%), Sudeste (14%), Norte (13%), y Centro-Oeste (12%){55}.

En conclusión, el Comercio Justo en Brasil ha logrado posicionarse dentro de la normativa nacional gracias al trabajo conjunto de organizaciones como Faces do Brasil y el apoyo institucional del Estado con la formación del Sistema Nacional de Comercio Justo y Solidario. La normatividad permite que se desarrollen mayores emprendimientos de Comercio Justo, facilita su propagación y logra convertir esta alternativa en un verdadero sistema económico con oportunidades de expansión.

PERÚ, LA ORIGINALIDAD DEL INCA TAMBIÉN EN EL COMERCIO JUSTO

Perú es uno de los países que contienen el mayor número de productores de Comercio Justo. De hecho, contiene 53 productores y 11 comercializadoras especializadas{56}. Este gran abanico de productores se debe, en parte, a la variedad de bienes de Comercio Justo que se da en Perú.

El contexto histórico de este desarrollo coincide con el de Brasil, en tanto que durante la década del noventa se realizaron varios foros y simposios como el Encuentro Nacional de las Experiencias de Economía Solidaria, para promocionar alternativas económicas inclusivas con respaldo de varias osc tanto nacionales como internacionales. Vale la pena destacar al Grupo Red de Economía Solidaria, GRES{57}, que fue creado -en 1998- para

“aportar en la creación de modelos económicos que contribuyan a eliminar la pobreza, el desempleo y la marginación, desarrollando capacidades y prácticas solidarias”{58}. Allí estaban las bases del Comercio Justo, pero solo hasta 2006 se conformó la Coordinadora Nacional de Pequeños Productores del Perú (CNCJ) como una red especializada. Técnicamente es un gremio nacional que representa los intereses de los productores organizados del país (sin importar la línea de productos). De acuerdo con su presidente, Arnaldo Neira, la coordinadora reúne a 35 organizaciones y representa a más de 30.000 pequeños productores{59}. Uno de los objetivos de la Coordinadora es hacer incidencia política para incrementar el Comercio Justo en el país puesto que en Perú no existe normatividad nacional. Neira aboga por jurisprudencia al respecto porque es fundamental para defender a los pequeños productores y con esto la alternativa comercial.

La organización de Comercio Justo más antigua que hay en el país es Minka. Se creó en 1976 como una cooperativa Quechua{60} con más de 20 comunidades de productores indígenas, lo cual corresponde a más de 2.000 asociados{61}. La cooperativa apoya económicamente a los artesanos y ofrece sus productos en nuevos mercado. Además, los capacita en el desarrollo de proyectos. Entre otras organizaciones que tienen gran peso puede destacarse a Comercio Alternativo de Productos no Tradicionales y Desarrollo para Latino América Perú (Candela Perú), que se dedica a facilitar procesos de desarrollo social y actividad empresarial con el desarrollo, procesamiento y comercialización de productos peruanos{62}.

En Perú hay un gran debate, pero no precisamente en contra o a favor del Comercio Justo sino porque la producción está orientada a la exportación y esto hace que el comercio siga siendo dependiente. Esto es toda una paradoja, pues es contradictorio con los principios de esta alternativa comercial. Además, crea otro tipo de dependencia: la del pequeño productor a la centralizadora exportadora. Esto está demostrado en el estudio que adelantó la Coordinadora Sur Andina de Artesanía del Cusco, Cosart, en Perú . En el análisis se encontró, por ejemplo, que los artesanos marginales rurales y urbanos trabajan con la meta en la exportación. De hecho, el 90% va a los mercados internacionales, y el 85% de estos son mercados solidarios. En realidad, lo que se descubre es que los productores terminan

pensando más en el valor adicional que recibirán que en los principios mismos de esta alternativa comercial que está diseñada para el desarrollo y la sostenibilidad.

Los consumidores del norte, también principales compradores del Comercio Justo peruano, pueden escoger entre productos agrícolas como la maca, la castaña (aceite de esta), nueces y frutos secos, pero también hay otros con más valor agregado como lo son las artesanías, textiles, joyería, cerámica e instrumentos musicales. Ahora bien, recientemente y con la vuelta al consumo de bienes primarios o commodities, en el movimiento toma importancia la minería artesanal y de pequeña escala. Uno de los líderes, Manuel Reinoso, de la Asociación Regional de Productores Mineros Artesanales del Sur Medio y centro del Perú (Amasuc), trabaja en la consolidación de capital social no solo en el Perú sino también con Ecuador, Colombia y Bolivia (a través de la Alianza por la Minería Responsable), precisamente para que la labor de minería artesanal responsable sea reconocida nacional e internacionalmente.

En resumen, lo que hay que destacar es que Perú se distingue por la variedad de productos de Comercio Justo. Sin embargo, esta ventaja no se ve reflejada a nivel institucional, pues la carencia de una normatividad para estas iniciativas indica la falta de voluntad política para estas alternativas económicas. Aun así, Perú se posiciona como un gran aliado del movimiento de Comercio Justo al ser uno de los principales exportadores de este tipo de productos, pero esto mismo genera una nueva dependencia en el comercio que no es deseable para los pequeños productores. Por este motivo, es importante resaltar la necesidad de crear parámetros de Comercio Justo que se acoplen a las circunstancias locales e incentivar a los peruanos a consumir productos en los que en la cadena productiva se han respetado los derechos humanos, laborales y el medio ambiente.

COLOMBIA, EL NUEVO DORADO CON LA MINERÍA ARTESANAL

Si bien es cierto que no hay normatividad específica como en otros países, sí puede decirse que para el tema minero la consulta previa{63} puede considerarse como un primer paso para reducir los impactos negativos en las comunidades y en el medio ambiente. Hay criterios compartidos con el movimiento de Comercio Justo, puesto que se protege la posición del actor más vulnerable.

Cabe mencionar que Colombia ha hecho algunos acercamientos en el sector agrícola. De hecho, el mismo Estado lo promovió a finales del siglo xx, pero con poco éxito{64}. Algunas de las organizaciones que lo continuaron fueron apoyadas por ong internacionales, pero lo que se produce es básicamente para exportación y el consumo interno es casi que inexistente.

No obstante, puede hablarse de una gran acogida de emprendimientos productivos que cuentan con el aval de la cooperación internacional y a ello se unen las organizaciones que avanzan en términos de soberanía alimentaria y mercados agrológicos u orgánicos.

Evidentemente, al producir uno de los cafés más suaves del mundo, este producto también lidera las exportaciones orgánicas y con sello de Comercio Justo, como lo hace por ejemplo la empresa JuanValdez, seguidas del banano y el cacao. Ahora, y casi que a la par de uno de los ejes centrales de desarrollo del gobierno de Juan Manuel santos, el sector minero, aparece un nuevo producto: los metales provenientes de la minería artesanal de pequeña escala.

Bien, con lo que los economistas denominan “la maldición de los recursos”{65}, el principal motor que mueve la economía en los países de Latinoamérica, y por su puesto el de Colombia, es la minería. Antes, las multinacionales que llegaban estaban enfocadas en la energía fósil, hoy más compañías se centran en la explotación de metales como oro, plata, cobre y níquel para nombrar los de mayor producción. Esto conlleva la degradación de medio ambiente y atenta el bioma amazónico que comparte fronteras con varios países como Brasil y Perú, entre los que se han mencionado. Así mismo, se afectan las fuentes de agua dulce, mapa que ya empieza a cambiar respecto a las existencias ancestrales.

En el caso colombiano, que es el cuarto estudio de caso, cabe mencionar que una de las cinco locomotoras de desarrollo del Plan de Desarrollo Nacional "Prosperidad Para Todos" del presidente Juan Manuel santos es la minera. Aquí se detallará únicamente este eje porque el poseer ese potencial demanda gran responsabilidad con la nación. De hecho, "los diversos sectores involucrados en el tema parecen estar de acuerdo en la necesidad de hacer una minería responsable"{66}. Al ser así el caso, se comprueba el interés conjunto de buscar una explotación minera que no perjudique a las comunidades{67} que habitan en las zonas de exploración cercanas.

Precisamente, en las diferentes regiones ya existen comunidades que practican la minería artesanal de pequeña escala. Un ejemplo son las comunidades de Condoto y de Tadó, en el departamento del Chocó, que han desarrollado el "OroVerde" y con ello logran vender el producto a un mejor precio para beneficiar el desarrollo de sus propias localidades.

De acuerdo con Ingrid Lozada, directora ejecutiva de la fundación Amichocó{68}, los mineros artesanales de estas comunidades "dijeron qué es ser responsable como mineros de lavada y no como empresarios capitalistas de multinacionales o empresas grandes que tienen una responsabilidad por ser generadores de valor, generadores de empleo y generadores de impactos sino estas por ser iniciativas de la misma base de comunidades, de corporativas, de asociaciones o de emprendimientos individuales. Con un sentido social muy claro en su misión y en su cadena productiva"{69}.

La fundación Amichocó (Amigos del Chocó), impulsora del "OroVerde" junto con los dos consejos comunitarios de los municipios del departamento de Chocó, Condoto y Tadó, entre otros, fue pionera en la creación de la Alianza por la Minería Responsable (ARM).

Amichocó desarrolla un programa bandera que ya es reconocido mundialmente: "Oro Verde". En este programa están más de 1.300 mineros artesanales; esto es, 194 unidades de producción familiar individualizadas y que actualmente participan en el programa que se encadenan para la producción{70}. Ahora bien, también trabajan con platino, luego no es exclusivo para el oro, y ambos son extraídos con criterios que fueron definidos por los mineros artesanales asociados. En estos términos, el

programa nace con una visión desde la base (tradicionalmente los parámetros de Comercio Justo son establecidos por organizaciones internacionales como FLO).

Aun así, el programa ha podido extenderse e involucrar más comunidades en otros espacios con el desarrollo del "Estándar Cero" que sistematizó la arm, de la cual hacen parte mineros artesanales. En este momento ya se cuenta con un Estándar Fairtrade y Fairmined.

Además de "Oro Verde", Amichocó cuenta con una línea de políticas públicas donde se busca incidir en la protección de los derechos humanos en la actividad minera, el derecho de participación de las comunidades en el desarrollo minero en sus territorios, y donde también se trabaja en el reconocimiento de la minería artesanal de pequeña escala como una actividad ancestral reconocida y respetable. En realidad, en el país la actividad minera artesanal tiende a verse como problemática al no ser una industria amplia ni reconocida y que a la vez impide procesos de extracción minera de alta escala. Al tener en cuenta lo anterior, es necesario resaltar la necesidad de que el Estado reconozca las actividades de minería artesanal y las apoye como una alternativa económica que también es factor de desarrollo.

Para Amichocó, lograr un diálogo con las entidades del Estado es muy importante, pero en el ámbito local es complejo porque hay muchos intereses que tienden a ser conflictivos. De todas maneras, vale la pena destacar el esfuerzo que desde el gobierno central se viene haciendo para incrementar la participación en el momento de tomar decisiones en el área.

De hecho, "Oro Verde", que es una iniciativa desde las osc, no solo es ejemplo mundial sino que sirve para mostrar que desde la base pueden surgir propuestas interesantes que están concatenadas con desarrollos integrales y sustentables, y que pequeños productores pueden diseñar protocolos para desarrollar el Comercio Justo. Así las cosas, el movimiento no solo es un asunto de los países del Norte.

De esta manera se puede concluir que en Colombia el auge de la explotación minera hace que surjan emprendimientos inclusivos que, además de la protección a derechos laborales, están en la senda del

desarrollo sustentable. Para lograrlo, las multinacionales mineras se están viendo obligadas a actuar de manera responsable con el medio ambiente y las osc están adelantando control social y veedurías para verificar que cumplan con la ley nacional y con las normas que el Estado colombiano se ha comprometido{71}. De todas maneras, el dilema se presenta cuando hay intereses internacionales para explorar y explotar en sitios donde las comunidades tradicionales trabajan de manera artesanal.

ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES PARA MAYORES REFLEXIONES

Si bien los cuatro casos analizados a lo largo de este escrito no permiten diferir una tendencia estructurada, sí son representativos en América del Sur. De los 11 países, en los acá escogidos se presenta sobreexplotación de los recursos naturales sin reconocimiento apropiado para las poblaciones locales. En cada uno, simplemente se ha justificado el libre comercio sobre la base del mito que “más comercio es siempre mejor para todos los socios comerciales"”. Lo cierto es que en estos casos, si bien siempre hay un favorecido, también siempre hay un perjudicado. El libre comercio ha hecho que varias poblaciones en el ámbito mundial se sometan a aceptar unas reglas de juego que solo los hace perdedores.

En realidad, en el marco de la globalización, solo parecen darse relaciones de dependencia tras un discurso que menciona todo lo contrario: libertad. Para romper con aquella situación, en un marco democrático y de cooperación, las OSC promueven alternativas económicas tales como el Comercio Justo como una manera innovadora de abordar la justicia social a nivel global, desde abajo y por fuera del terreno de los gobiernos y de las agencias multilaterales. Aun así y ante los resultados exitosos, varios Estados se han incorporado promoviendo normativas, como en el caso de Brasil. Otros países latinoamericanos, aunque carecen de normativa nacional, se acogen a los estándares internacionales y de manera concatenada los impulsan (empresas, Estado y osc).

Con ello se busca que las relaciones comerciales sean de corte horizontal y se posibilita que los productores de base obtengan un precio más alto para contribuir al desarrollo de los territorios. Más allá de la garantía social, el Comercio Justo alcanza toda la cadena de producción, para esparcir la sostenibilidad ambiental, reivindicar a los trabajadores (hombres y mujeres), excluir a los menores de los sitios de trabajo y darles oportunidades de gozar de la niñez, de la educación y la lúdica.

De los cuatro casos analizados se evidencia que el Comercio Justo en América Latina se ha podido expandir gracias a la demanda que hay por este tipo de productos (café, cacao, quinua, entre otros). La realidad es que los consumidores cada vez más están exigiendo parámetros de responsabilidad social en la cadena productiva. De la misma manera se puede anotar que el desarrollo e implementación de normatividad que impulsa esta alternativa comercial empodera a los agricultores y mineros artesanales para seguir trabajando de manera diferencial pero obteniendo mayores beneficios por la forma como se elaboran o cultivan los productos.

Hasta aquí se han mencionado diferencias y complementariedades en la alternativa que presenta el movimiento de Comercio Justo en América Latina. Esa variedad, más que en los productos que ofrece, donde hay ventanas de oportunidades para cada país, incluye una visión diferente por las tradiciones en términos de cultura ancestral y agraria, identificadas por la importancia del territorio en la filosofía indígena, por pequeños minifundios, cultivos con poca utilización de fertilizantes químicos y apuestas al uso de vectores en alimentos. Para la artesanía se utilizan productos naturales (hay gran tradición textil andina) y siempre hay inclusión en los emprendimientos productivos.

En realidad, hay heterogeneidad en el movimiento. Más allá de la tendencia “tradicional y dominante” y la “global y alternativa”, existe un debate en cuanto a la aplicación del Comercio Justo bajo los parámetros establecidos por los países del norte y la aplicación del Comercio Justo de acuerdo con los contextos locales de las comunidades productoras. América Latina se identifica como una región exportadora de este tipo de productos que carece de un mercado interno y entre los países que están desarrollando esta alternativa comercial. Desde el concepto de las osc de Kumi Naidoo y

Rajesh Tandon, se puede ver cómo las redes autónomas de ciudadanos interesados en la aplicación del Comercio Justo en la región pueden encontrar dificultades al momento de comercializar productos exclusivos. Es por esto que para muchos autores vuelve a existir una dependencia frente a los países del norte a pesar de utilizar la alternativa económica. Para combatir esta paradoja, es necesario fomentar que los consumidores sean más responsables al momento de elegir sus opciones de compra para que opten en primera instancia por los productos locales que cumplen con los estándares del Comercio Justo.

BIBLIOGRAFÍA

Barrat, Michael. Comercio Justo, comercio injusto, Barcelona, Icaria, 1998.

De la Torre oropeza, Verónica. "Activismo político transnacional: la rendición de cuentas en el comercio mundial", Aldea Mundo, año 11, n.° 21, 2006.

Jongejans, Laura. "Memorias del desarrollo. Once experiencias en Latinoamérica", en: Visión y práctica del Comercio Justo por los grupos de artesanos de la Coordinadora Sur Andina de Artesanía del Cusco, Perú, Lima, Desco, 2010.

Jurado, Wilfredo. "Productos orgánicos y mercados con premio: una oportunidad de exportación para Bolivia". En: Instituto Boliviano de Comercio, n.° 121, 2004.

Kaldor, Mary. La sociedad civil global, Barcelona, Tusquets, 2005.

Keane, John. “C.2. Catalizadores”, en: La sociedad civil global y el gobierno del mundo, Barcelona, Hacer Editorial, 2008.

Montagut, Xavier y Vivas, Esther (coords.). ¿A dónde va el Comercio Justo? Modelos y experiencias, Barcelona, Icaria, 2006.

Sichar, Gonzalo y Cabrera, Pablo (coords.). Comercio Justo: ¿una alternativa real?, Madrid, Cideal, 2002.

Stiglitz, Joseph. El Malestar en la Globalización (traducción de Carlos Rodríguez Braun), Madrid, Taurus, 2002.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

Amichocó. Disponible en: www.amichoco.org (consultado el 4 de septiembre de 2011). Anapqui. Disponible en: www.anapqui.org.bo/esp (consultado el 4 de septiembre de 20Il).

ARM (Alianza por una Minería Responsable). Página oficial. www.communitymining.org

CAIC. Disponible en: www.caic.web.bo/#operaciones (consultado el 4 de septiembre de 2011).

Candela Perú. Disponible en: www.candelaperu.org (consultado el 29 de noviembre de 2011).

CECAOT. Quiénes somos. Disponible en: www.quinua.com.bo/index.php?Vent=20s (consultado el 4 de septiembre de 2011).

Centro de Investigación y Promoción del Campesinado. Documento de trabajo. Bolivia. 2006, p. 5. Disponible en: www.tau.org.ar (consultado el 4 de septiembre de 2011).

Coordinadora Nacional de Pequeños Productores de Perú. "Quiénes somos", 2010. Disponible en: http://coordinadoracomerciojusto.pe (consultado el 29 de noviembre de 2011).

"Decreto instituye el Sistema Nacional de Comercio Justo y Solidario". Disponible en: http://agendasociedadecivil.blogspot.com (consultado el 20 de noviembre de 2010.

Faces do Brasil. Disponible en: http://www.facesdobrasil.org.br/comercio-justo- no-brasil.html (consultado el 28 de agosto de 2011).

Fairtrade Africa. www.fairtradeafrica.net

Fan, Bolivia. Disponible en: www.fan-bo.org/es/que-hacemos.php

FECAFEB. Disponible en: www.fecafeb.com (consultado el 4 de septiembre de 2011).

González Ubarra, Walter. "Comercio Justo; una opción para organizaciones de productores de quinua en Bolivia". Disponible en: www.infoquinua.bo (consultado el 4 de septiembre de 2011).

Gres, "Perfil institucional". Disponible en: http://hermes.ucs.br (consultado el 29 de noviembre de 2011).

Huanacuni Mamani, Fernando. 2010. Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas, Ia ed. Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (caoi). Disponible en: www.reflectiongroup.org

ICLEI - Governos Locáis pela sustentabilidade, secretariado para a América Latina e Caribe. Fairtrade andSolidarity Economy in Brazil. Disponible en: www. buyfair.org (consultado el 24 de noviembre de 2011).

"Instrumentos normativos del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: "Prosperidad para todos". Disponible en: www.dnp.gov.co (consultado el 21 de agosto de 2011).

Minka. Disponible en: www.minkafairtrade.com (consultado el 29 de noviembre de 2011).

OMC. www.wto.org

PNUD: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/BOL.html

http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/BRA.html

http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/PER.html

http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/ECU.html

http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/COL.html

Producciones Alternativas. “Bolivia promulgó ley de incentivo para la quinua”, 2011. Disponible en: http://www.agronoa.com.ar/noticias_desc.php?id=Ó377&catid=3 (consultado el 4 de septiembre de 2011).

Productor/El Ceibo. Disponible en: www.ponlecaraalcomerciojusto.org (consultado el 4 de septiembre de 2011).

SEBRAE. “Pesquisa Mundial de Comércio Justo”, 2007. Disponible en: http://20i.2.ii4.i47/bds/BDS.nsf (consultado el 28 de noviembre de 2011).

Semana. “Locomotora minera, señales de alerta”, noviembre de 2010. Disponible en: www.semana.com (consultado el 8 de agosto de 2011).

Unión Europea. “Comunicación de la Comisión al Consejo, de 29 de noviembre de 1999, relativa al Comercio Justo”, 2008. Disponible en: http://europa.eu (consultado el 14 de septiembre de 2011).

Visión Mundial. “Comercio Justo Brasil”, 2007. Disponible en: www.visionmundial. org (consultado el 28 de noviembre de 2011).

Zerbini et al. “El Comercio Justo en España 2008. Canales de importación y distribución, Visiones del Comercio Justo desde América Latina”, en: 3.2 Sistema brasileño del Comercio Justo y Solidario, 2008. Disponible en: www.facesdobrasil. br (consultado el 28 de noviembre de 2011).

NORMATIVIDAD

Carta Política de Bolivia.

COM (2009) 215. “Contribución al desarrollo sostenible: el papel del Comercio Justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial”. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu (consultado el 6 de noviembre de 2011).

COM (1999) 619. “El Comercio Justo dentro de la Unión Europea”. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu (consultado el 6 de noviembre de 2011).

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Decreto 7.358 de 2010. Disponible en: http://pautasagendassoccivil.blogspot.com

Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a reunión de la Conferencia General de la oit, Ginebra, 1989.

NATALIA ZENZES CORDERA

Migraciones internacionales irregulares: el resultado de la falta de un Comercio Justo en los casos de México-Estados Unidos y Marruecos-España

INTRODUCCIÓN

Al iniciar el nuevo milenio la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) presentó los Objetivos del Milenio, un conjunto de medidas concretas que tienen como imperativo reducir la pobreza mundial. En el mismo tenor se llevaron a cabo, en 2002, la Conferencia Internacional sobre Financiación del Desarrollo, en Monterrey (México), y la Cumbre de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible. Estos acontecimientos condujeron al reconocimiento global sobre la necesidad de una acción colectiva para combatir la pobreza y mejorar el bienestar de este sector de la población, a partir de una globalización más justa.

En este contexto, se realizó la Ronda de Doha, en 2001, denominada Ronda del Desarrollo porque plasmó el objetivo de traer crecimiento, desarrollo y prosperidad para todos los países del orbe a través del comercio. Así, la integración comercial debería propiciar el desarrollo sostenible en todos los ámbitos.

Sin embargo, los avances han sido muy pocos y no han dado lugar a que los países menos desarrollados exploten sus ventajas comparativas. Específicamente, hay tres temas que preocupan a estos y que los más avanzados se muestran reticentes a negociar: la liberalización de los servicios que no requieren gran especialización, la agricultura y las migraciones.

Lo cierto es que nos encontramos en "la era de las migraciones"{1} por la gran diversidad de países que involucran los flujos migratorios internacionales, así como la magnitud que estos han alcanzado, con 214 millones de migrantes alrededor del orbe que en 2010 enviaron a sus lugares de origen un aproximado de 440 mil millones de dólares por concepto de remesas{2}.

La globalización se constituye como una causa fundamental en la continuidad y el incremento de las migraciones internacionales, en la medida que los procesos de integración económica regional se han enfocado en la liberalización del mercado de capitales sin incluir al

mercado laboral, pues a los gobiernos les preocupa incrementar el rendimiento de capital más que atajar los efectos sobre el trabajo{3}.

Los diferentes acuerdos regionales de libre comercio siguen una tendencia a regular la migración temporal de trabajadores especializados, pero poco se han abordado los flujos de mano de obra no especializada entre los países socios. Lo mismo sucede en el seno de la OMC, pues a pesar de que estos integran el Modo 4 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC, no se ha avanzado en su desarrollo. No obstante autores como stiglitz, Hollifield y Martin{4} señalan que el movimiento temporal de estos trabajadores hacia los países más desarrollados aumentaría el bienestar social mundial.

Stiglitz y Charlton{5} apuntan que, contrario a un Comercio Justo que se basa en los principios internacionales de equidad, los países desarrollados reducen los aranceles en los productos donde tienen ventaja comparativa y no eliminan las subvenciones, por ejemplo en el sector agrícola, lo cual coloca en desventaja a los países menos desarrollados y merma la posibilidad de que exporten de manera competitiva los productos que pueden darles mayores rendimientos, en los que pueden hacer uso intensivo de su excesiva mano de obra poco calificada.

Diversos autores{6} estudiosos de los flujos migratorios laborales señalan que los países más desarrollados esperan que al liberalizar el comercio se evite un incremento en los flujos migratorios. Sin embargo, en el corto plazo el resultado ha sido diferente y las migraciones internacionales de trabajadores poco calificados no han disminuido.

El problema que se presenta es que las causas que originan las migraciones económicas internacionales no desaparecen, aumentando la presión migratoria y, ante la falta de canales para que los trabajadores poco especializados emigren legalmente de forma temporal, estos optan por hacerlo de manera clandestina o irregular.

En este contexto, el presente trabajo toma como objeto de estudio dos casos ejemplificativos de países vecinos con diferentes niveles de desarrollo: Marruecos-España y México-Estados Unidos de América (en adelante EEUU). El objetivo es analizar los elementos que caracterizan su

desigualdad y sus políticas migratorias, para determinar cómo ha influido la integración económica en los flujos migratorios y si es posible establecer canales de cooperación bilateral en este marco, propiciando un comercio más justo entre las naciones, en beneficio de su población y los propios trabajadores migrantes.

LA GLOBALIZACIÓN COMO UNA CAUSA DE ORIGEN DE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES

Existe un amplio cuerpo teórico, multidisciplinario, sobre las causas que dan origen a las migraciones internacionales. Estas obedecen tanto a factores propios del país de origen de los migrantes, denominadas causales de expulsión (push), así como los factores que se presentan en el país receptores o de destino, denominadas causales de atracción (pull){7}.

Las teorías neoclásica y nueva economía de la migración señalan a la diferencia salarial y el desempleo en el país de origen, frente a una mayor demanda de trabajadores en los países receptores, como los principales factores de expulsión de migrantes{8}. Al respecto, hay que enfatizar que cuando se liberaliza el comercio entre países con profundas diferencias económicas, y especialmente en salarios, la brecha se acentúa de manera que se incrementa también la presión migratoria entre la población del país menos desarrollado.

En cuanto a los factores de atracción que se manifiestan en el país de destino, destacan los mercados laborales segmentados en un sector primario, intensivo en capital y nicho de los trabajadores más especializados, y otro secundario, en el que los inmigrantes se convierten en una fuerza laboral de bajo costo que representa la posibilidad de mantener una reserva de trabajadores y, por lo tanto, bajos salarios para estos segmentos{9}. De esta manera se genera una constante demanda de trabajadores migrantes y, para ellos, mayores posibilidades de encontrar empleo con respecto a su país de origen.

Teniendo en consideración a estos como los principales factores de expulsión y atracción de migrantes, se puede afirmar que actualmente las migraciones se producen como una consecuencia natural de la globalización, en la medida que esta crea vínculos de dependencia entre los países menos y más desarrollados.

Como explica Wallerstein{10} en la Teoría del Sistema Mundial, los países de la periferia -los menos desarrollados- tienen mayor población y menores oportunidades de emplear a la población económicamente activa (PEA) que aumenta año con año; dadas tales circunstancias, estos países cuentan con un excedente de trabajadores dispuestos a trasladarse hacia los países más desarrollados que ofrecen mejores oportunidades, especialmente hacia aquellos con los que sus países de origen mantienen una integración comercial pues propicia, entre otras cosas, mayores canales de comunicación y disminuye el costo de los transportes.

Como ya se mencionó, el problema que presenta la integración económica es que sigue una tendencia a liberalizar el capital, mas no el trabajo, de manera que si existen disparidades en el nivel de desarrollo de los países desde el inicio, el libre comercio puede tener efectos contrarios y perpetuar el estancamiento en las regiones menos desarrolladas, en la medida que la producción no conduzca a un incremento en la renta per cápita{11}.

Como apunta De la Dehesa (2008), los países desarrollados esperan que la integración comercial y la inversión extranjera propicien la creación de empleo en los países menos desarrollados, y paulatinamente se produzca una paridad en los salarios, disminuyendo con ello la presión migratoria. Pero lo cierto es que, en el corto plazo, el comercio incrementa las migraciones internacionales cuando se produce entre países cuyos salarios e ingresos presentan disparidades elevadas.

Sin embargo, aunque las disparidades económicas son una causa importante, necesaria, para que se produzcan los movimientos migratorios internacionales, por sí mismas no los explican{12}. El motor de las migraciones cuenta con un engranaje importante, que son las comunidades de migrantes previamente establecidas en los países más desarrollados, las cuales se constituyen como los principales agentes de la globalización pues facilitan los flujos migratorios{13}. Así, tal cual establecen autores como

Portes y Sassen en la tesis de la globalización, las migraciones no solo tienen un origen económico, sino también uno social, combinación que dificulta a los Estados controlar por completo este fenómeno.

Ahora bien, en virtud de que la presión migratoria por motivos económicos se continuará manifestando en el futuro próximo, exacerbada por la falta de un Comercio Justo, es necesario tener más presentes los factores políticos que se relacionan con las migraciones internacionales, como apunta Hollifield{14}.

La negativa de los países desarrollados sobre la inclusión más abierta de los trabajadores poco calificados en los acuerdos comerciales, y su correlativa adopción de políticas migratorias más restrictivas, tienen como consecuencia que las migraciones se produzcan de manera clandestina. Las cifras constatan que las migraciones irregulares persisten a pesar de las barreras a la circulación de los trabajadores y sus familias: la ONU estima que el 15% de los migrantes internacionales a nivel mundial son irregulares{15}.

Las migraciones internacionales se basan en una decisión familiar, no solo personal, con el fin de incrementar los ingresos y reduciendo los riesgos que conlleva la migración clandestina y la estancia irregular. En general, las familias optan porque inicialmente emigre un integrante. Sin embargo, conforme aquel vaya estabilizando su estancia y no regrese a su lugar de origen, paulatinamente todos o la mayoría de los miembros de la familia terminan por emigrar.

Como resultado de las políticas migratorias restrictivas, las migraciones laborales han ido perdiendo su carácter circular y cada vez son menos temporales. La tendencia que siguen actualmente es a la permanencia y la reunificación familiar. Este es el principal reto que plantean los migrantes a los países emisores y receptores.

A continuación se revisarán las condiciones de desigualdad que se presentan en los dos casos de estudio, las cuales se traducen en las causas de origen de los flujos migratorios.

GLOBALIZACIÓN Y DESIGUALDAD EN LOS DOS CASOS DE ESTUDIO

España y Marruecos, en el marco de la Unión Europea (en adelante UE), al igual que EEUU y México, son países vecinos que forman parte de una zona de libre comercio. Marruecos y la ue firmaron el Acuerdo de Asociación en 1996, y fue ratificado en 2000. En el caso estadounidense, se constituyó mediante la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en 1992, y su ratificación en 1993.

Como se sabe, el objetivo de las zonas de libre comercio es incrementar el intercambio entre las partes mediante un aumento en las exportaciones; esto debería propiciar mayor producción interna, elevando consecuentemente el empleo y el nivel de vida de los trabajadores.

El Acuerdo de Asociación prevé un periodo transitorio de 12 años para que se aplique plenamente la integración, plazo que está próximo a cumplirse. Entonces, se podrá estimar en qué medida esta sociedad comercial ha mejorado el nivel de vida de los marroquíes. Por ahora, durante el periodo transitorio, se han ido incrementando las exportaciones de Marruecos, pero todavía no es posible medir un crecimiento en el empleo a consecuencia de la integración comercial.

En el caso del TLCan, a pesar de que en los primeros 10 años de su entrada en vigor las exportaciones mexicanas se incrementaron, este aumento no se ha reflejado directamente en el producto interno bruto (pib), el cual ha mantenido una tasa media anual de crecimiento del 2,3% entre 1994 y 2003{16}. Del mismo modo, el TLCan tampoco ha tenido un impacto positivo en la generación de empleo{17}.

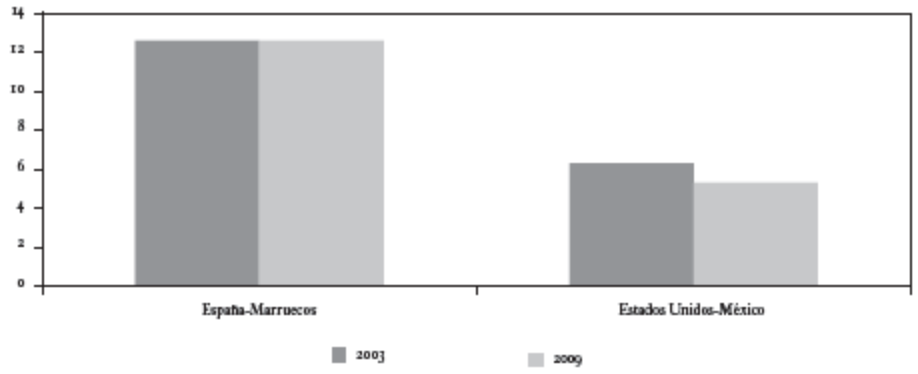
De esta manera, en los dos casos de estudio se mantiene el escalón económico que se registraba previo a la integración económica. España y Marruecos se ubican entre los países fronterizos con mayor desigualdad a nivel mundial, al registrar una diferencia de 11,42 veces en el ingreso per cápita. Este escalón no ha registrado ninguna variación en los últimos años, y a pesar del Acuerdo de Asociación con la ue, Marruecos no ha elevado su

nivel de desarrollo ni ha logrado mejorar las condiciones de vida de su población.

En el caso americano la brecha en el desarrollo entre los dos países ha disminuido un poco, pero no es suficiente para que el nivel de vida de la población mexicana sea como el que ofrece el país más avanzado a sus habitantes. En este caso, el PIB per cápita de EEUU en 2009 fue 5,3 veces mayor que en México, diferencia que en 2003 era 6,3 veces mayor{18}.

Estas diferencias en el PIB propician que se manifiesten las causas principales de las migraciones internacionales señaladas en el apartado anterior. En primer lugar, la diferencia salarial es evidente: en 2010 los salarios en España eran 3 veces el salario mínimo en Marruecos, y entre Estados Unidos y México la diferencia era de 2 a 1{19}. Al respecto, Muñoz del Bustillo{20} destaca que es sorprendente que las migraciones entre estos países no sean más intensas, ya que nunca en la historia países tan próximos habían tenido una brecha salarial tan acentuada.

GRÁFICA 1. ESCALÓN ECONÓMICO ENTRE VECINOS



Fuente: MORÉ, 2003 y 2009. Banco Mundial, 2010.

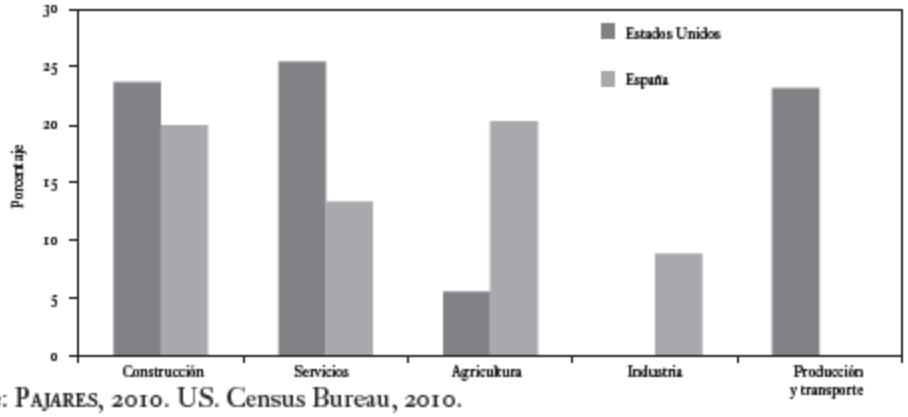
México y Marruecos se caracterizan por tener una población de jóvenes y jóvenes adultos, en tanto que España y EEUU tienen una población de adultos. Así, la edad promedio de la población estadounidense es de 35,5 años, y de 37,7 entre los españoles, mientras que el grueso de los mexicanos cuenta con 22 años y los marroquíes con 22,3 años. Sin embargo, el

llamado “bono demográfico” de los países menos desarrollados no se aprovecha, pues son jóvenes en plena edad productiva que anualmente engrosan las filas tanto de la población económicamente activa como del desempleo pues no se crean suficientes puestos para todos ellos. Aunado a esto, no todos pueden refugiarse en la educación media y/o superior.

El grueso de la población de los países más desarrollados cuenta con educación media-superior, con 12 y 13 años de estudios en promedio. En cambio, la mayor parte de los mexicanos estudian 7,4 años y tan solo 4 años los marroquíes{21}. Por ello, estos países cuentan con un excedente de mano de obra poco o nada especializada. No obstante, es necesario subrayar que aunque sean pocos los años de estudio, los países menos desarrollados han invertido en la educación de los migrantes.

En la medida que la población de los países avanzados es más educada, y por tanto más especializada, sus mercados laborales abren un nicho para los trabajadores migrantes en los sectores secundarios y terciarios, especialmente en los servicios y la construcción, donde la población de mayor edad y educación de los países de destino opta por dejar de laborar en estos rubros. Para los trabajadores migrantes, los salarios son mejores que en su país de origen, por lo que están dispuestos a realizar estas actividades, aun cuando su nivel educativo y/o sus capacidades sean superiores a las que requiere el puesto de trabajo.

GRÁFICO 2: DISTRIBUCIÓN DE LOS INMIGRANTES POR SECTOR DE ACTIVIDAD



Fuente: PAJARES, 2010. US. Census Bureau, 2010.

Adicionalmente, es necesario subrayar que en ambos países receptores existe un importante nicho en la economía informal, que abre otra ventana de oportunidad para emplear a los trabajadores migrantes. De hecho, la manifiesta interdependencia entre la economía formal y la informal permitió que un gran número de inmigrantes legales e irregulares lograran subsistir durante la reciente crisis económica mundial de 2008-2009, contribuyendo también al sostenimiento de la economía formal en la medida que la informal propicia el rápido gasto de los ingresos en la economía oficial{22}.

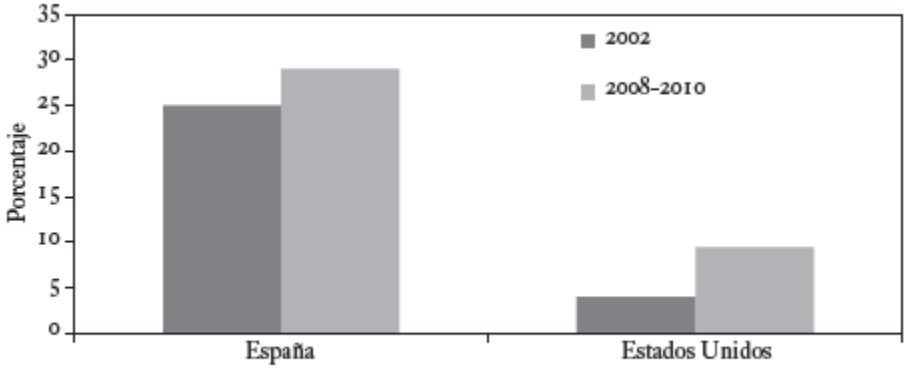
En un principio, los trabajadores inmigrantes fueron los que más resintieron la crisis porque afectó directamente a los sectores de la construcción, la agricultura y los servicios. En ellos, lo empleadores optaron por recortar a los trabajadores irregulares, los temporales y los de menor nivel educativo, además de considerar el factor nacionalidad{23}. No obstante el desempleo entre los trabajadores migrantes, no se registraron retornos masivos a los países de origen, pues es más viable encontrar un empleo en estos países, aún durante la crisis, que en los de origen{24}.

Resulta evidente que si bien la integración económica ha generado un sólido intercambio de mercancías, capital e información entre estas naciones, no ha logrado disminuir la disparidad en los niveles de desarrollo,

dando lugar a la continuidad e incluso aumento de las migraciones internacionales. De hecho, los efectos de la reciente crisis económica mundial incrementan las asimetrías entre estos países y, con ello, la presión migratoria.

En ambos casos, la respuesta de los gobiernos receptores ha sido la restricción a la circulación de personas y una mayor inversión en personal e infraestructura para el control de las fronteras. Sin embargo, estas medidas no han detenido los flujos y, por el contrario, han derivado en un incremento de las migraciones clandestinas por zonas más peligrosas, así como la estancia irregular por mayor tiempo. Como ya se dijo, la falta de canales para emigrar y trabajar legamente en los países más desarrollados se constituye como la causal de las migraciones clandestinas e irregulares por antonomasia.

GRÁFICO 3. DESEMPLEO ENTRE INMIGRANTES



Fuente: INE, 2010. Bureau of Labor Statistics, 2011.
Las cifras de España corresponden al 2008 y de Estados Unidos al 2010.

LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS EN LOS DOS CASOS DE ESTUDIO

En el caso americano se trata de un flujo migratorio tradicional, que comenzó tras la Primera Guerra Mundial y con mayor fuerza a partir de la implementación del Programa Bracero{25}, entre 1942 y 1964. Este

programa se basó en el modelo de trabajadores invitados para laborar en las actividades agrícolas por un tiempo contractualmente determinado.

Sin embargo, hubo inconsistencias en su aplicación, especialmente cuando el gobierno estadounidense dejó el reclutamiento y la contratación en manos de los empleadores, lo cual generó un desorden que resultó en una bolsa de trabajadores inmigrantes que permanecieron en el territorio estadounidense un tiempo superior al contractualmente establecido. Este fue el principio de las redes migratorias que, hasta hoy, facilitan el flujo de trabajadores migrantes mexicanos.

En Europa se implementó el modelo Trabajador Invitado tras la Segunda Guerra Mundial, el cual consistía en la contratación de trabajadores extranjeros provenientes de los países de la periferia y de las antiguas colonias, para realizar las labores de reconstrucción{26}. Se implementó hasta 1972, cuando se cambió por un modelo que cerraba las fronteras a los trabajadores migrantes, denominado Inmigración Cero.

Los migrantes marroquíes y de otras nacionalidades africanas que ingresaban a la Europa central por la frontera española permanecieron en este territorio, esperando una oportunidad para trabajar en los países del centro. Cabe destacar que España también fue un país emisor de trabajadores, hasta que a mediados de la década del setenta se produjo el cambio de régimen y la transición a la democracia, lo que permitió que, en 1985, España ingresara a la Unión Europea.

Paulatinamente España se ha ido convirtiendo no solo en un país receptor de migrantes, sino en una de las principales puertas de entrada al territorio comunitario para los trabajadores migrantes provenientes de terceros países.

En la década del ochenta se constató que el modelo de cierre de fronteras no funcionaba, pues dio lugar al establecimiento irregular de los trabajadores migrantes y disminuyó la circularidad de estos flujos, elemento fundamental para evitar la irregularidad. Sin embargo, el modelo que implementa actualmente el grueso de los países receptores recoge el espíritu de aquel.

El modelo que actualmente siguen las políticas migratorias de los países receptores se basa en tres pilares: i) Establece cupos para un número limitado de trabajadores temporales, ii) desarrolla medidas para combatir la inmigración irregular, tales como el control de las fronteras para disminuir los cruces clandestinos, así como vigilancia dentro del territorio para detener y retornar a su país de origen a los inmigrantes cuya estancia o empleo s irregular; iii) el tercer pilar se refiere a la colaboración con los países de origen, específicamente para garantizar la readmisión de sus nacionales, y también para proyectos de ayuda al desarrollo que contribuyan a disminuir la emigración.

Tanto en Estados Unidos como en España el diseño de la política migratoria es facultad del poder ejecutivo. Los gobiernos locales pueden elaborar planes que desarrollen esta normativa, mas no están facultados para legislar en la materia. Cabe destacar que la política migratoria española está determinada, en primera instancia, por los lineamientos de la ue en el marco de la Política Común de Inmigración y Asilo.

La legislación de inmigración estadunidense data de 1952, y solo ha pasado por dos grandes reformas: una en 1986 y otra en 1996.

La filosofía de la reforma de 1986, con el Acta de Reforma y Control de la Inmigración (irca, por su sigla en inglés), fue recuperar el control de las fronteras para reducir el aumento de la inmigración clandestina. Por un lado, esta ley estableció sanciones para todo aquel que colaborara con la inmigración clandestina en cualquier forma, así como para los empleadores de los inmigrantes irregulares, e incrementó el presupuesto de la Patrulla Fronteriza para fortalecer el control. Por otro lado, creó un sistema de cupos para trabajadores agrícolas temporales y llevó a cabo un programa para legalizar la situación migratoria de 3 millones de inmigrantes irregulares, el más grande en la historia americana. Entre 1986 y 1990 más de dos millones de mexicanos obtuvieron la residencia{27}.

Sin embargo, la presión migratoria en México y la demanda de mano de obra barata en Estados Unidos persistieron. El resultado fue la proliferación de documentos fraudulentos, especialmente de permisos para trabajar.

Al iniciar la década del noventa, el presidente George Bush anunció su intención de unificar la actividad del Servicio de Inmigración y Naturalización (en adelante INS, por su sigla en inglés) en materia de tráfico de drogas y de migrantes.

Esto fue la antesala para que, en 1996, se aprobara otra reforma a la ley, el Acta de Reforma sobre Inmigración Irregular y Responsabilidad de los Inmigrantes (IIRIRA, por su sigla en inglés), la cual introdujo mayores sanciones a los delitos relacionados con la inmigración irregular. Con ello, se incrementaron las sanciones, las deportaciones, y los procesos de regularización de la irca pasaron a manos del INS. Las deportaciones aumentaron considerablemente, sin seguir un proceso formal y sin brindarles la posibilidad de apelación. Más del 80% de los deportados en este periodo fueron mexicanos{28}. Además, la IIrira dificultó la reagrupación familiar pues elevó en un 125% los ingresos que debía demostrar el inmigrante solicitante.

Nuevamente, el resultado de estas normas fue la clandestinidad. Solo se reforzó el carácter restrictivo sin atacar las causas de origen de las migraciones de trabajadores.

Entre 2004 y 2006 se llevó a cabo un profundo debate legislativo en Estados Unidos para reformar la legislación migratoria. El punto de partida fue una iniciativa ambiciosa que presentó el presidente Bush, la cual incluía un amplio programa de trabajadores temporales y la posibilidad de unir a trabajadores migrantes con empleadores que demandan mano de obra barata, así como el fortalecimiento de las inspecciones y los controles migratorios{29}.

En la Cámara de Representantes se presentaron y discutieron varias propuestas alternativas, hasta que en el mes de diciembre de 2005 se aprobó la iniciativa Sensenbrenner, cuyo objetivo fue detener la inmigración irregular{30}, y fue turnada al Senado para su revisión y eventual aprobación.

Los senadores discutieron la iniciativa turnada y presentaron nuevas propuestas de reforma a la legislación migratoria. Tras un gran cabildeo, en mayo de 2006, se aprobó la iniciativa Hegel-Martínez, la cual seguía más la

línea de la iniciativa presentada por el presidente Bush e incluía un importante programa de regularización{31}.

Dado que el texto de esta contenía diferencias con relación a la versión aprobada por los representantes, para proceder a reformar la legislación migratoria era necesario crear un Comité Bicameral que consensara las dos iniciativas aprobadas en cada Cámara. Era de esperarse una negociación ríspida, pues las posturas entre los legisladores y los partidos eran divergentes. Su constitución se postergó al grado que nunca logró crearse el Comité, y la reforma migratoria terminó por congelarse.

Más adelante, Barack Obama incluyó el tema entre sus propuestas de campaña presidencial. Sin embargo, dio prioridad a debatir las reformas sobre salud y energía, antes de iniciar una discusión sobre una cuestión tan polarizada, y que abarca tantas aristas, como es la migratoria. En el segundo trimestre de 2009, inmerso en el contexto de la crisis económica mundial, y siendo ya presidente, Obama comenzó a abordar el tema de la reforma migratoria, pero sin adquirir el nivel que alcanzó en la era Bush.

En realidad, durante la administración Obama se han incrementado las inspecciones en los centros de trabajo. Sin embargo, las detenciones y expulsiones no fueron suficientes y, con el fin de disminuir la presencia de inmigrantes irregulares, los Estados comenzaron a legislar en materia de inmigración. Se aprobaron las controvertidas leyes Arizona y Alabama, seguidas por otras iniciativas estatales todavía en proceso de aprobación, las cuales tienen como objetivo principal impedir la estancia irregular de los inmigrantes{32}. Estas leyes observan normas discriminatorias que abren la posibilidad de una detención policial a cualquier individuo, con base en cualquier motivo legalmente válido, para verificar su situación migratoria y proceder, en consecuencia, si se determina la estancia irregular.

El presidente Obama se ha manifestado en contra de estas leyes; incluso presentó un recurso en contra de la Ley Arizona por su inconstitucionalidad{33}. Pero esto no es suficiente para cambiar un clima socio-político contrario a la inmigración, que no reconoce los beneficios que representan estos trabajadores, especialmente en el sostenimiento de la economía y el estilo de vida norteamericano.

En el caso español, la legislación migratoria se elaboró en 1985 como un requisito para su adhesión a la ue, adelantándose a regular un fenómeno que era todavía incipiente en España. Sin embargo, en poco tiempo este país se ha constituido en una de las principales puertas de entrada al territorio comunitario.

La Ley de 1985 se basa en un enfoque administrativo del derecho de extranjería, con algunas insuficiencias y lagunas{34}, a la vez que reconoció un importante número de derechos y libertades para los extranjeros, en igual condición de ejercicio que los españoles, siempre que demostraran su estancia legal en el territorio español.

La legislación de extranjería española se desarrolla a través del Reglamento. Se promulgó el primero en 1986 y se reformó diez años después para adecuar algunas disposiciones al derecho comunitario{35}. Sin embargo,

a finales de la década del noventa, tanto la ley como el reglamento resultaban insuficientes para el fenómeno que se producía en España, ahora como un país plenamente de inmigración.

Cabe destacar que, desde 1993, se estableció el "Contingente", un programa de cupos anuales para canalizar, de manera ordenada, la migración legal de trabajadores por sectores de actividad y nacionalidades, según lo requiera el mercado laboral español. Sin embargo, este mecanismo se ha utilizado en mayor medida como un medio para regularizar la estancia de los trabajadores inmigrantes irregulares.

La ley se reformó en enero de 2000. Esta reforma amplió el catálogo de derechos reconocidos a los inmigrantes en estancia legal, impulsando el principio de igualdad con los nacionales. Para los inmigrantes en situación irregular, reconoció los derechos básicos de educación para menores de edad, de asistencia sanitaria para mujeres embarazadas y para todos en caso de urgencia, así como servicios y prestaciones sociales básicos. Para ejercer estos derechos es necesario inscribirse en el registro del Padrón Municipal, con el fin de demostrar una estancia continuada en el territorio.

La inscripción en el Padrón Municipal también sirve para adquirir la residencia por razones de arraigo, demostrando dos años de estancia

continuada y medios económicos que garanticen su subsistencia{36}.

Fue así que en el mes de diciembre el gobierno, en manos del presidente Aznar, promulgó una nueva reforma a la ley en virtud de que "el fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma". La L. O. 8/2000 modificó en un 80% a la anterior L. O. 4/2000, limitó el ejercicio de los derechos reconocidos y amplió el margen de discrecionalidad de la autoridad administrativa en la materia.

En julio de 2001 se aprobó un nuevo reglamento basado en el fomento de la inmigración legal mediante la gestión coordinada de los flujos migratorios. Para ello, agilizó y simplificó los trámites administrativos. Sin embargo, en marzo de 2003 el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que declaró la inconstitucionalidad de 13 apartados del reglamento y anuló 11 artículos que iban más allá de la ley, endureciendo sus normas y principios. Sin embargo, el gobierno no procedió a aplicar la sentencia; por el contrario, anunció una nueva reforma a la ley para endurecer los preceptos que derogaba aquella, sin modificar su estructura ni el catálogo de derechos.

Los objetivos plasmados en la L. O. 14/2003 son mejorar la gestión de los flujos migratorios para propiciar migraciones legales e integradas, luchar contra la inmigración clandestina y el tráfico de inmigrantes, así como incorporar las disposiciones comunitarias. De ellos, conviene destacar que abrió a la policía el acceso a los datos del Padrón Municipal, con el fin de conocer la situación migratoria de los inscritos y proceder, en cada caso, de acuerdo con el derecho.

En diciembre de ese año, bajo el gobierno del presidente Rodríguez zapatero, se aprobó un nuevo reglamento que desarrolla la política para combatir la inmigración irregular, mejorar la gestión de los flujos migratorios y el funcionamiento del Contingente, con el fin de canalizar los flujos con las necesidades del mercado laboral español{37}. No obstante, mantuvo el acceso de la policía a los datos del Padrón Municipal.

Durante 2006 se incrementaron las llegadas clandestinas de inmigrantes africanos a las costas españolas{38}. La opinión pública y el gobierno canario, en particular, demandaron al ejecutivo una nueva reforma a la ley en aras de detener las constantes llegadas. En este contexto dio inicio la

crisis económica mundial, que afectó, de manera especial, al mercado laboral español.

En junio de 2008 se iniciaron los trabajos para reformar la legislación de extranjería y la L. O. 2/2009 se promulgó el 11 de diciembre. Su texto se adaptó a la polémica Directiva Retorno{39} de la ue, y restringió las reagrupaciones familiares al núcleo básico (cónyuge e hijos menores de edad); por otro lado, integró las sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen los derechos de reunión, asociación, sindicalización y asistencia jurídica gratuita para los inmigrantes en España{40}. Cabe destacar que el texto mantuvo el nexo entre el empleo y el permiso de residencia, además de endurecer las sanciones a todas aquellas actividades relacionadas con la inmigración irregular.

Tras las sucesivas reformas a la legislación española de extranjería, se han llevado a cabo diversos procesos de regularización. Las cifras de estos procesos hablan por sí mismas, demostrando que la estancia irregular se ha ido multiplicando. En 1991 se regularizó la situación de 109,068 inmigrantes, los cuales aumentaron a casi 164 mil para 2001, y en el último proceso, que se llevó a cabo en 2009, se regularizó la situación de 607,798 inmigrantes{41}.

En conclusión, la legislación migratoria de ambos países receptores se caracteriza por su corte restrictivo y unilateral, que no tienden a la construcción de puentes con los países vecinos para aminorar las causas de origen de las migraciones laborales y tampoco abren mayores posibilidades para la migración temporal de los trabajadores poco calificados que demanda su mercado laboral y que los países vecinos, socios, pueden enviarles.

Por el contrario, como se aborda a continuación, los países de destino han realizado significativas inversiones en los mecanismos de control fronterizo con el fin de disminuir los cruces clandestinos a través de las fronteras, en lugar de invertir esas sumas en la generación de empleo para los potenciales migrantes en el país de origen.

LOS CONTROLES FRONTERIZOS

En Estados Unidos el primer muro se instaló al concluir el mandato del presidente James (Jimmy) Cárter, a lo largo de 9,7 km en los puntos de San Isidro, California y El Paso, Texas. Sin embargo, esto no evitó que los cruces clandestinos continuaran.

En 1993, el presidente Bill Clinton ordenó una inversión de 90 millones de dólares para reforzar a la Patrulla Fronteriza con 6oo agentes y la construcción de un muro fronterizo{42}. Ahí se inició la Operación Bloqueo en El Paso, Texas, más adelante, en 1994, la Operación Guardián, en San Diego, con el mismo sistema que se ha extendido a todo lo largo de la frontera de California. A estas siguieron los operativos Salvaguarda (1995, en Nogales, Arizona), Detrás de la Línea (1997, en Nuevo México, Río Grande y Mc Allen), Salvaguarda del Desierto (2002, en Arizona){43}, y finalmente la Operación Frontera (2005 en Yuma y 2009 Tucson, Del Río y Laredo){44}.

En 2006 el presidente Bush publicó el Acta sobre el Muro de Seguridad, que ordena la construcción de 1,072 km de muro fronterizo, físico y virtual, que requieren una inversión que oscila entre los 4 y 7,5 millones de dólares. El presidente Obama dio continuidad a este proyecto, en 2009, extendiendo el plazo de construcción por cinco años{ 45}.

El presupuesto del ins se duplicó entre 1993 y 1997; en ese periodo el personal de la Patrulla Fronteriza aumentó en un 45%, y para 2010 contaba con 20 mil agentes -un incremento del 476% desde 1994. Así, el presupuesto de la Patrulla Fronteriza pasó de $400 millones a $3 mil millones de dólares{46}.

Sin embargo, los flujos migratorios clandestinos no se han detenido. Por el contrario, al cruzar la frontera por zonas más peligrosas, los operativos de control fronterizo han propiciado la proliferación de redes de tráfico de migrantes y la estancia prolongada. Así, estas mafias reciben mayores ganancias, pues el 90% de los inmigrantes utilizan sus servicios{47}, y permiten que los migrantes encuentren un empleo en una semana, y no en

un mes; además su estancia se alarga a diez años en lugar de tres o cinco, como era antes de iniciar los operativos de control fronterizo{48}.

En el caso español, la mayoría de los inmigrantes marroquíes utilizan pequeñas embarcaciones de motor, conocidas comúnmente como “pateras”, para cruzar el estrecho de Gibraltar y llegar a la península española. Otros optan por evitar ese gran riesgo y se dirigen a los enclaves españoles en el Norte de África: las ciudades Ceuta y Melilla, que comparten frontera con Marruecos.

En 1983 el gobierno español estableció un mecanismo para agilizar el tránsito migratorio en las aduanas; a partir de 1990 los puestos de Málaga, Almería, Algeciras y Ceuta comenzaron a jugar un papel fundamental en este operativo. Sin embargo, ante la dificultad para obtener un visado para migrar legalmente, los inmigrantes comenzaron a esconderse en barcos pesqueros y a utilizar las “pateras” para cruzar clandestinamente la frontera.

Fue así que, en 1992, se creó el Sistema de Vigilancia Exterior (SIVE), un cuerpo policial específico para vigilar la costa sur de España con aparatos de alta tecnología: barcos-patrullas dotados con equipo de detección electrónica, helicópteros con cámaras infra-rojas y reflectores de alta potencia.

Además, en 1995 se construyeron muros fronterizos en las fronteras terrestres de las ciudades Ceuta y Melilla. La primera consiste en una cerca de dos metros de altura a lo largo de 8 km, reforzada con alambra de púas.

En Melilla se levantó una doble valla que mide 3 metros de altura por io km{49}. Ambas cuentan con instrumentos de detección acústica y sensibles al movimiento, así como cámaras de vigilancia que funcionan de día y noche. En la vigilancia participan la Guardia Civil, la policía y las fuerzas armadas.

El muro de seguridad de Ceuta terminó de construirse en 2000, con un costo aproximado de 6o millones de dólares, de los cuales el 25% fue sufragado por la UE. Por su parte, la doble valla de Melilla requirió una inversión de io millones de dólares{50}.

Así, resulta evidente que la inversión en la construcción de muros y en el incremento de personal de vigilancia ha sido muy importante en ambos casos. Pero lo cierto es que no han logrado una disminución significativa en los flujos migratorios y más bien los han desviado hacia zonas más peligrosas, propiciando una mayor dependencia a las redes de tráfico y contrabando de migrantes.

Las cifras demuestran esta aseveración. En 2000 se estimaba la presencia de 500 mil inmigrantes irregulares en España. En 2003 el gobierno español calculó que anualmente entraban mil inmigrantes a su territorio, recibiendo a 1 de cada 3 inmigrantes que llegaban a la UE{51}. Con base en los programas de regularización, los inmigrantes irregulares han pasado de 153.465 en 2000 a 607.798 en 2009{52}.

España se constituye como el segundo Estado miembro de la ue con mayor incremento poblacional, y en la lista de los 9 países que, a nivel mundial, duplicaron el crecimiento natural de su población en los últimos 5 años, debido a los flujos netos de inmigrantes que reciben{53}. En 2010 los inmigrantes representaban al 7,4% de la población total, de los cuales se estima que el 2% son irregulares{54}. Del total de inmigrantes, el 17% eran marroquíes{55}.

Los casi 32 millones de habitantes que tiene Marruecos representan al 69% de la población total española. En el país africano, el 17% de la población se encuentra en situación de pobreza, en tanto que el 40% de la población total es económicamente vulnerable{56}.

Por su parte, en 2000 el gobierno estadounidense calculaba la presencia de 85 millones de inmigrantes irregulares en su territorio{57}, que se incrementaron en un promedio de 26o mil anualmente para alcanzar la cifra de 10,5 millones de inmigrantes irregulares para el 2005. De ellos, 6 millones eran mexicanos{58}.

La población total de México equivale al 35% de la población estadounidense, con casi 107 millones y medio de habitantes. De ellos, el 47,2% vive en condiciones de pobreza{59}.

Así, a pesar de los niveles de pobreza en los países menos desarrollados, donde se ubican los potenciales migrantes, España y EEUU destinan más recursos en el control de fronteras y menos a medidas dirigidas directamente a reducir las causas de origen de las migraciones y mejorar las condiciones de vida en sus países vecinos y socios comerciales.

CONCLUSIONES

Aunque la migración de mexicanos a Estados Unidos constituye un flujo tradicional y la de marroquíes a España es más reciente, ambos casos siguen patrones similares: mantienen una asociación comercial que une a sus economías y sociedades, a la vez que aumenta las diferencias en desarrollo en la medida que la integración económica, y la crisis, no han contribuido a que los países emisores de migrantes puedan ofrecer las mismas oportunidades de empleo y salario a su población.

De hecho, organismos internacionales como la ONU y el Fondo Monetario Internacional estiman que la actual crisis económica mundial incrementará las asimetrías entre las naciones. En la medida que estas se mantengan, persistirán los flujos migratorios.

Lamentablemente, los países receptores de inmigrantes mantienen un modelo de política migratoria de corte restrictivo y unilateral, lo cual dificulta que la vecindad y la asociación económica sean los motores para trabajar en un marco de cooperación para la gestión de los flujos migratorios. Su perspectiva de colaboración se basa en el control de las fronteras, pero sin hacer frente conjuntamente las causas que originan estos movimientos de personas.

En este sentido, es fundamental que se atienda la necesidad real del mercado laboral, pues en la medida que el principal factor de atracción de migrantes -la demanda- no se aborda directamente, el resultado inmediato es la clandestinidad, tanto en la llegada de nuevos trabajadores migrantes como en su estancia y empleo. Además, en ambos casos es patente que ha

disminuido la circularidad y la temporalidad en estos flujos pues, al ser más difícil cruzar las fronteras, se prolonga la estancia irregular y se buscan nuevas vías para sortear las inspecciones de la policía en los centros de trabajo.

Por otro lado, es necesario atender también a los factores de expulsión en los países de origen. La sociedad económica, comercial, puede ser el marco que propicie las líneas de cooperación bilateral para impulsar proyectos productivos en los lugares de origen de los migrantes.

Para fomentar el retorno de los migrantes que aún no se establecen definitivamente en los países receptores, se requiere la creación de nuevas fuentes de empleo, bien remuneradas. Esto es posible si los países receptores coadyuvan a los de origen en la inversión canalizada directamente a las zonas que lo necesitan. Así, con proyectos productivos diseñados por los migrantes y sus comunidades, se abre una ventana de oportunidad para que las zonas marginales de los países de origen puedan dar un paso hacia adelante en su propio desarrollo, disminuyendo uno de los principales motivos para emigrar: el desempleo.

La integración económica, desde la perspectiva de un Comercio Justo que potencie los beneficios por igual para los socios, puede servir para establecer los puentes que faciliten la migración temporal de los trabajadores poco calificados, así como el envío y la canalización de las remesas al país de origen. Los lazos ya están tendidos; solo falta la voluntad política para abordar conjuntamente la gestión de las migraciones internacionales, reconociendo y afrontando sus causas

BIBLIOGRAFÍA

Andreas, Peter. Border Games. Policing the U.S.-Mexico Divide, Ithaca-Londres, Cornell University Press, 2000.

Banco Mundial. Datos país, 2010. Disponible en: www.worldbank.org

Brettell, caroline B. y Hollifield, James F (eds.). Migration Theory. Talking Across Disciplines, Nueva York-Londres, Routledge, 2000.

Castles, Stephen y Miller, Mark J. The Age of Migration. International Populations Movements in the Modern World, United Kingdom, The Macmillan Press, 1993.

Collinson, Sarah. Europe and International Migration, Londres, Royal Institute of International Affairs, Printer Publishers, 1993.

Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Informe de pobreza multidimensional en México 2008-2010.

Cornelius, Wayne A., Martin, Philip L. y Hollifield, James F (eds.). Controlling Immigration: A Global Perspective, Stanford, Stanford University Press, 1994.

Cornelius, Wayne y Lewis, Jessa M. (eds.). Impacts of Border Enforcement on Mexican Migration. The View From Sending Communities, California, Center for Comparative Immigration Studies (UCSD), 2009.

Corneliu, Wayne, Fitzgerald, David, Lewin Fischer, Pedro y Muse-orlinoff, Leah (eds.). Mexican Migration and the U.S. Economic Crisis. A

Transnational Perspective, California, Center for Comparative Immigration Studies (ucsd), 2010.

De La Dehesa, Guillermo. Comprender la inmigración, Madrid, Alianza, 2008.

Department of Homeland Security (DHS). "Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: January 2009", Office of Immigration Statistics, Populations Estimates, 2010.

Department of Homeland Security (DHS). "Immigration Enforcement Actions: 2009", Office of Immigration Statistics, Annual Report, 2010.

Directiva 2008/ 115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial de la Unión Europea, 24 de diciembre de 2008.

Durand, Jorge. Política, modelos y patrón migratorios. El trabajo y los trabajadores mexicanos en Estados Unidos, Cuadernos del Centro, San Luis Potosí, México, El Colegio de San Luis, 1998.

Hagan, Jacqueline y Rodríguez, Néstor. "Resurrecting Exclusion: The Effects of 1996 U.S. Immigration Reform on Communities and Families in Texas, El Salvador, and México", en: Suárez orozco y Páez, Latinos Remaking America, Cambridge, David Rockefeller Center for Latin

American Studies, Harvard University and the University of California Press, 2002.

Hollifield, James F. Immigrants, Markets and States. The Political Economy of Postwar Europe, United Kingdom, Harvard University Press, 1992.

Hollifield, James F. “Trade, Migration, and Economic Development: The Risks and Rewards of Openness”. Ponencia presentada en la conferencia Migration, Trade and Development, Federal Reserve Bank, Dallas, Texas, 2006.

Instituto Nacional de Estadística (ine). “Anuario Estadístico de Inmigración 2009”, 2010. Disponible en: www.ine.es

Instituto Nacional de Estadística (ine). “España en la Unión Europea de los 25”. Notas de prensa, 9 de diciembre de 2004. Disponible en: www.ine.es/prensa/np354.pdf

Juffras, Jasson. Impact of the Immigration Reform and Control Act on the Immigration and Naturalization Service, California & Washington, D. F, The rand Corporation and the Urban Institute, 1991.

Losby, Jan, Else, John, Kingslow, Marcia, Edgomb, Elaine, Malm, Erika y Kao, Vivian. Informal Economy Literature Review, Washington, ised Consulting and Research, field and The Aspen Institute, 2002.

Mangas Martín, Araceli y Liñán Nogueras, Diego J. Instituciones y Derecho de la Unión Europea, 4.a ed., Madrid, Tecnos, 2004.

Martin, Philip L. Trade and Migration: nafta and Agriculture, Washington, D. C., Institute for International Economics, 1995.

Massey, Douglas S., Arango, Joaquín, Hugo, Graeme, Kouaouci, Ali, Pellegrino, Adela y Taylor, J. Edward. Worlds in Motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium, Oxford, Clarendon Press, 1998.

Moré, Iñigo. El escalón económico entre vecinos. El caso España-Marruecos. Documento de trabajo, Madrid, Real Instituto Elcano de Estudios Estratégicos, 14 de febrero de 2003,.

Moré, Iñigo. Inmigración y remesas informales en España. Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, n.° 22, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.

Muñoz del Bustillo, Rafael. "Nivel de desarrollo y emigración internacional", en: Alfonso Guerra y José Félix Tezanos (eds.), La inmigración y sus causas, Madrid, Sistema, 2008.

Novelo Urdanivia, Federico. Hacia la economía política de las migraciones internacionales México-Estados Unidos, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2007.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Key indicators of the labour market (kilm) 2009, 6.a ed., Génova, ILO, 2009.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). UnitedNations' Trends in totalMigrant Stock: The 2008 Revision, 2008. Disponible en: http://esa.un.org/migration

Pajares, Miguel. Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010. Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.

Piore, Michael J. Birds of passage: Migrant Labor and Industrial Societies, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

Portes, Alejandro y Sensenbrenner, Julia. "Embeddedness and Immigration: Notes on the Social Determinants of Economic Action", The American Journal of Sociology, vol. 98, n.° 6, 1993, pp. 1320-1350.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Índice de Desarrollo Humano, 2010. Disponible en: www.hdrstats.undp.org

Rius Sant, Xavier. El libro de la inmigración en España, España, Almuzara, 2007.

Ruiz Nápoles, Pablo y Moreno-Brid, Juan carlos. “Efectos macroeconómicos de la apertura y el TLCan”, en: Mónica Gambrill (ed.), Diez años del TLCan en México, México, unam, cisan, Instituto de Investigaciones Económicas, Facultad de Economía, 2006.

Santos, Lidia. “Legislación de migración y modelo de convivencia”, Temas para el debate, n.° 43, Iniciativa editoriales sistemas, junio de 1998.

Sassen, Saskia. Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization, Nueva York, Columbia University Press, 1996.

Schneider, Friedrich y Enste, Dominik. “Ocultándose en las sombras. El crecimiento de la economía subterránea”, Temas de Economía, n.° 30, Washington, Fondo Monetario Internacional, 2002.

Stiglitz, Joseph E. y charlton, Andrew. Comercio justo para todos, Madrid, Taurus Santillana, 2007.

Stiglitz, Joseph. “La globalización y los retos de la inmigración”, en: Alfonso Guerra y José Félix Tezanos (eds.), La inmigración y sus causas, Madrid, Editorial Sistema, 2008.

Soysal, Yasemin. Limits to Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe, Chicago, University of Chicago Press, 1994.

United States District court for the District of Arizona, n.° CV 10-1413-PHx- srb. Disponible en: http://www.azd.uscourts.gov/

U.S. Bureau of Labor Statistics. “Current and Real (constant 1982-1984) earnings for all employees on private nonfarm payrolls, seasonally adjusted”, Economic News Release, 2011. Disponible en: www.bls.gov

U.S. census Bureau. Current Population Survey, 2000.

U.S. census Bureau. Statistical Abstract of the United States: 2011, 2011.

Vasileva, Katya. “Foreigners Living in the eu are Diverse and Largely Younger than the Nationals of the eu Member States”, Population and Social Conditions. Eurostat n.° 45/2010.

Wallerstein, Immanuel. The Modern World System 11: Mercantilism and the Consolidation ofthe European World-Economy, 1600-1750, Nueva York, Academic Press, 1980.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007 de 19 de diciembre.

RAFAEL RUBIO NÚÑEZ

Gobierno abierto y Comercio Justo: cómplices necesarios

DESARROLLO SOSTENIBLE Y TIC

Aunque pudiera parecer un tema fuera de discusión, no todos piensan que el desarrollo de la Sociedad de la Información favorece el progreso de la sociedad, el desarrollo de la economía y la mejora de la productividad. Frente a los que no dudan en señalar que "la tecnología de la información y la capacidad de utilizarla y adaptarla, son los factores decisivos para generar y acceder a la riqueza"{1}, algunos siguen mirando el uso de las nuevas tecnologías en países en desarrollo como una forma de imperialismo, un capricho de ricos, un lujo inalcanzable alejado de las posibilidades de los más desfavorecidos. Es posible que este hecho esté motivado porque, habitualmente, los proyectos relacionados con las TIC más conocidos se estén produciendo en sociedades maduras en lo económico y en lo social, precisando para su desarrollo de un entorno propio de una sociedad desarrollada. De esta manera se ha venido reforzando la idea de que por su coste, su difícil acceso, la dificultad de empleo... o la combinación de todos estos elementos, las nuevas tecnologías estarían sirviendo más para acelerar las desigualdades que para acortarlas.

Quizás por eso es tan necesario que foros institucionales, como la Declaración de Santo Domingo, insistan en el papel de "las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) como herramienta transversal para el logro del desarrollo equitativo y sostenible y el fortalecimiento de la gobernabilidad, la promoción y protección de los derechos humanos, así como la necesidad de trabajar intensamente para que todas las personas en las Américas, en particular aquellas en situación de vulnerabilidad o con necesidades especiales, sean partícipes de los beneficios generados por la Sociedad del Conocimiento"{2}.

Las TIC pueden convertirse en las principales aliadas del desarrollo, ayudando a reducir desigualdades en aspectos tales como el acceso universal a la sanidad, la educación o el empleo. De hecho, en los últimos años, son muchos los países que han utilizado tecnologías de la información en áreas como el emprendimiento, la innovación, la investigación y el desarrollo, apostando por el e-aprendizaje, la e-sanidad, la e-agricultura, el e-comercio…

Aunque muchos de estos ejemplos se han planteado como iniciativas aisladas, con más impacto que continuidad, han servido para confirmar esta relación entre tecnología y desarrollo y consolidar, por la vía de los logros, la idea que, lejos de suponer un obstáculo, la información y las tecnologías de la comunicación son un acelerador del desarrollo.

Para que este desarrollo sea eficaz, eficiente y duradero, deberá ser un desarrollo sostenible. Y es en esa sostenibilidad donde el uso de las nuevas tecnologías puede contribuir decisivamente. Este desarrollo sostenible, como señala Daniela Vilar, es aquel que "implica no solo desarrollo económico, sino también inclusión social"{3}.

En este puntos las nuevas tecnologías pueden ser determinantes: facilitan la colaboración, ofrecen mecanismos y procesos para la planificación, organización, coordinación y puesta en práctica de distintos programas de desarrollo; favorecen los trabajos del sector público, reduciendo costes y facilitando procesos, mejorando la eficacia; ayudan a la continuidad de las operaciones y servicios; contribuyen a la inclusión gracias a las posibilidades de integración que ofrecen, llegando al mayor número posible de personas y facilitando que todos puedan experimentar sus beneficios y participar en su gestión.

Desde esta perspectiva podemos decir que las TIC se han convertido en el gran facilitador de la globalización sostenible, su destino está unido y si, como señala Ibáñez Martín, "la gestión de la globalización lleva consigo la extensión de algunos valores, entre los que citaríamos, basándonos en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, la promoción de sistemas políticos democráticos caracterizados por el respeto a los derechos humanos de todos sus miembros, por la práctica universal del imperio de la ley y por la igualdad en el trato jurídico, económico y educativo entre varones y mujeres, capacitando a estas con un poder que muchas veces les ha sido negado"{4}, las TIC pueden convertirse en el aliado más importante en la labor de "enmarcar éticamente la mundialización, es decir, ligarla a la solidaridad y al desarrollo sostenible" (Declaración de Laeken, 15.XII, 2001, Ap. I).

En esta tarea, en la que el desarrollo de hoy no puede comprometer el desarrollo de mañana, la sostenibilidad pasa por operaciones y servicios que

afectan a los resultados del desarrollo (eficacia y eficiencia) y el mantenimiento en el tiempo (sostenibilidad) y por sistemas de gobernanza, tanto nacionales como locales, centrados en el ciudadano, socialmente inclusivos y participativos (inclusión y consolidación institucional).

APLICACIONES DE LAS TIC AL COMERCIO JUSTO{5}

Uno de los campos del desarrollo sostenible donde se está viendo de una forma clara esta vinculación entre tecnologías y desarrollo es en el Comercio Justo. En países en desarrollo, alcanzar un desarrollo sostenible pasa por asegurar unos ingresos dignos a los productores de materias primas o productos manufacturados. Y ese es el fundamento del Comercio Justo: pagar un precio justo por los productos sean agrícolas, ganaderos, forestales o manufacturados. Ese precio justo es la base de la sostenibilidad, al integrar los costes sociales (salarios dignos, derechos laborales, prohibición del trabajo infantil) y los costes medioambientales (reglas ecológicas en el cultivo, prohibición del uso de productos químicos nocivos para la tierra y la sobreexplotación de selvas y bosques).

El Comercio Justo afecta a toda la cadena de valor, desde la producción hasta la venta, y la tecnología está permitiendo transformar aspectos de cada uno de los pasos favoreciendo la sostenibilidad del proceso. Las nuevas tecnologías contribuyen al Comercio Justo facilitando la financiación (microfinanzas), los costes de producción y distribución (a través de la puesta en común de información y la colaboración), la comercialización (incrementando su conocimiento, aumentando su mercado potencial y centralizando la oferta en portales de e-comercio), la venta (garantizando un precio justo), e incluso su control (garantizando el origen de los productos a través de sistemas de trazabilidad).

En los últimos años el Comercio Justo ha encontrado en la tecnología un aliado imprescindible para dar un salto cualitativo tanto en la involucración de mayor número de actores que, desde distinto lugares, participan en esta

forma de entender el comercio, como en su extensión entre los consumidores.

MAYOR EFICACIA

Las nuevas tecnologías nos permiten mejorar la gestión de las distintas fases del Comercio Justo, cumplir mejor sus objetivos utilizando menos recursos. En toda la cadena de valor, gracias a las mismas, los procesos transcurren más rápido, con mayor calidad, menos costes y más ingresos. Aspectos como la gestión de la información en el interior de las organizaciones, los recursos humanos, reforzando la generación de redes de colaboración entre los distintos actores, el seguimiento de proyectos. se fortalecen por medio de procesos de apropiación y uso estratégico de las TIC.

Uno de los campos en los que esto se ve de manera clara es el de la distribución. Las TIC, y los teléfonos móviles en particular, ha ayudado a distintas organizaciones a aumentar su eficiencia en el suministro y la distribución de bienes. Tenemos ejemplos como The Alternative Trading Network en Nigeria, donde los granjeros actualizan en tiempo real la información sobre los productos que tienen que ser recogidos y los transportistas tienen acceso a esa información, pudiendo informar de cualquier imprevisto, muestran cómo el uso de teléfonos móviles para coordinar las tareas de distribución ha provocado ahorros de hasta el 20%.

CREACIÓN DE COMUNIDAD

La filosofía del Comercio Justo, articulada en torno a las TIC, ayuda a las comunidades, no solo a los productores individuales, promoviendo la colaboración entre distintos actores y repartiendo los beneficios, y creando

un sentido de comunidad, con objetivos comunes. De esta manera el uso de las TIC en el Comercio Justo permite integrar a las poblaciones, contribuyendo de forma efectiva con la gestión de la información y el mejoramiento de los procesos de comunicación tanto desde la organización hacia la comunidad como desde la comunidad hacia el exterior. En Suazilandia, artesanos han utilizado el incremento en sus ingresos procedentes del Comercio Justo de artesanías para invertir en pequeños negocios locales que fortalecen la comunidad, como establecer un sistema de carga de teléfonos móviles en un lugar en el que no hay electricidad y los móviles son la única forma de comunicarse a larga distancia. Estar involucrado en el Comercio Justo los ayuda en el uso de la tecnología para expandir sus beneficios no solo en su pueblo, sino en los alrededores.

Algo similar ocurre con Linking Local Learners (lll), que usa teléfonos móviles de una forma muy similar. A través de este sistema trata de mantener a todo el mundo (el granjero, el vendedor, el transportista, el minorista, el almacenista o el distribuidor) involucrado en el proceso de llevar los productos de la granja al mercado. lll anima a todos los que participan en el proceso a compartir información. Al relevar detalles como los precios de mercado, los costes de transporte y el valor de venta, el proceso de suministro se vuelve más transparente, promueve la confianza y crea una comprensión mutua, que genera una auténtica comunidad de comercialización, que colabora logrando que el proceso sea más eficaz, con resultados de hasta un 50% de ahorro.

AGREGACIÓN Y CREACIÓN DE MARCA

La agregación de productores en una sola plataforma es otra de las contribuciones de las nuevas tecnologías. Gracias a esta unión es posible, habitualmente bajo una misma marca, mejorar los mecanismos de comercialización y acceso a los mercados locales, regionales e internacionales de pequeños productores, incrementar la promoción de los productos, a través del marketing, e incluso fomentar una cultura ciudadana de Comercio Justo.

La posibilidad de comercializar bajo la misma plataforma, y compartir servicios como la promoción, la plataforma de venta directa a los consumidores o, como ya hemos visto, el sistema de distribución ha llevado a la creación de buen número de plataformas de e-Comercio Justo como World of Good Inc., una compañía de eBay que ofrece un lugar para la venta de productos de Comercio Justo; The Body Shop, que se concentra en productos naturales centrados en el comercio comunitario. Craft Network Similar busca proporcionar una plataforma de búsqueda para Comercio Justo. Global Exchange promueve los regalos socialmente responsables. Edun Fairtrade, World of Good, MicroPlace, Global Exchange, Craft Network y Transfair usa.

MICROFINANCIACIÓN

Otro de los grandes aportes de las TIC al Comercio Justo es la posibilidad de poner en contacto a pequeños emprendedores con personas dispuestas a financiar sus iniciativas. Gracias a las TIC tanto ong como inversores individuales pueden ofrecer servicios como depósitos, préstamos y seguros a pequeños empresarios directamente a través de internet. Además esto facilita el seguimiento y el control de los proyectos financiados en función de indicadores que respondan a objetivos previamente establecidos como superar el nivel de pobreza o la sostenibilidad del sistema de financiero.

Sitios como MicroPlace que utilizan plataformas de terceros, vía eBay, conectando individuos con proyectos, en función de distintos elementos como el género, o la zona geográfica. Otros como Grameen Bank, Kiva, PlaNet Finance, Angel Moola Fairtrade.

Las nuevas tecnologías también contribuyen con el Comercio Justo en otras materias como la formación de los actores en el proceso, el establecimiento de un precio más justo, el control de los distintos procesos, el consumo ético…

COMERCIO JUSTO Y GOBIERNO ABIERTO. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS

Los objetivos y principios del desarrollo sostenible, y el Comercio Justo, no pueden ser esfuerzos aislados sino que se insertan en una corriente de gobernabilidad global y local, que podríamos resumir en un nuevo concepto: el gobierno abierto, que se refiere a la aplicación de las TIC a la labor de gobierno y a los cambios que esto supone, especialmente en la devolución del poder al ciudadano y su participación en los distintos procesos.

Si, como señala John F. Moore, el gobierno abierto "está centrado de lleno en lograr objetivos aumentando la eficiencia, con mejor gestión, con transparencia en la información y la involucración de los ciudadanos y aprovecha las nuevas tecnologías para lograr los objetivos deseados", el Comercio Justo, como hemos visto, también aprovecha las nuevas tecnologías para mejorar la gestión, aumentar la eficacia, incrementando la transparencia y la involucración de los distintos actores del proceso.

Las TIC permiten aumentar las oportunidades de comunicación entre personas, disminuyendo los costes de intercambio de información y de organización de colectivos, minimizando las limitaciones de tiempo y distancia que pueden afectar a los procesos. Gracias a los nuevos canales de comunicación se han establecido relaciones solidarias, ya sea de intercambio comercial más directas entre los productores y los consumidores, ya de ciudadanos, entre sí y con la administración. De esta manera la participación se hace mucho más sencilla y eficaz.

Tanto el gobierno abierto como el Comercio Justo se apoyan en el convencimiento de que los mejores resultados son fruto de la colaboración y la participación y que para ser sostenibles es necesario el involucramiento de un número amplio de actores. Como señalaba Sha Zukang: "Hoy poderosas nuevas tecnologías pueden utilizarse para avanzar en el desarrollo sostenible para gente de todo el mundo incluyéndoles en el proceso"{6}.

Este poner a la persona en el centro no es más que el reflejo del cambio en los valores que Comercio Justo y gobierno abierto están provocando, frente a los valores establecidos tanto en el gobierno como en el comercio internacional. En este sentido, ambos comparten una concepción más integral, que supera el ámbito de la tecnología, afectando al marco legal, al cambio cultural, a los cambios estratégicos, y a una serie de valores como la transparencia, la colaboración y el compromiso de las personas, valores que coinciden casi literalmente con la definición de Comercio Justo que nos proporciona la red fine: "El Comercio Justo es una asociación comercial basada en el diálogo, la transparencia y el respeto". Transparencia y colaboración se convierten así en los dos pilares fundamentales tanto del gobierno abierto como del Comercio Justo.

TRANSPARENCIA

El uso de las nuevas tecnologías puede servir de revulsivo para cambiar aspectos esenciales como la implicación de las personas tanto en su desarrollo como en la vida política. Proporcionar a la gente estas herramientas provoca un cambio de orientación hacia el ciudadano, que genera mayor adaptación de los servicios y mayor inclusión social. En este punto, la información juega un papel clave. Si los productores/consumidores/ciudadanos están llamados a ser protagonistas del proceso, necesitan tener acceso directo a la información, contribuir a la elaboración de la misma y compartirla con el resto. Igual que el gobierno abierto se fundamenta en hacer pública información que obra en su poder, así como sobre el uso de los servicios y el feedback ofrecido por los ciudadanos, así los actores del Comercio Justo han hecho del compartir información un motor de progreso.

En el caso del gobierno no se trata solo de establecer la obligación de que la información se haga pública. Ni de poner la información en línea, aunque sea completa. Ni siquiera de ofrecer esta información de manera accesible, para que pueda ser utilizada por los ciudadanos, o multiplicar los canales informativos, dotándoles de un tono más cercano, dirigido directamente al

ciudadano. Se trata de garantizar a tiempo la disponibilidad de información relevante y que interesa a cada ciudadano{7}. De permitir el seguimiento, control y evaluación de la administración pública por parte de la ciudadanía para lograr un gobierno transparente y eficiente, así como el fortalecimiento de la democracia{8}. Se trata de cambiar el modo centralizado en que se ofrece esta información. Se trata de dejar de pensar en categorías administrativas (con sus intrincadas estructuras, procesos y terminologías) y empezar a pensar con la cabeza del ciudadano que busca información orientada a temas y objetivos.

En el caso del Comercio Justo los avances en la tecnología permiten compartir datos para la racionalización eficiente de los procesos, la personalización de la oferta al consumidor, adaptando el contenido y la forma de la información presentada y los productos ofrecidos en función de las preferencias de estos e incluso permiten la trazabilidad del producto, desde su origen hasta la venta, lo que permite controlar la calidad del producto.

Como veíamos antes, las nuevas tecnologías ofrecen la oportunidad de segmentar, personalizar la información hasta límites de detalle insospechables tanto desde el punto de vista del canal como del contenido del mensaje y eso forma parte también de la transparencia. De ahí las posibilidades de transmitir aquellos mensajes que sean suficientemente interesantes para quien los recibe y de manera adaptada a las necesidades de la gente (en lo que a canal de comunicación se refiere).

En este sentido, el uso efectivo de distintos canales, en particular el teléfono móvil (tanto web como texto) y las redes sociales (por motivos distintos) es una garantía de inclusión social. La conectividad es un principio esencial y hay que buscarla, ya sea a través de kioskos públicos y otras localizaciones; esto ayudará a mejorar la eficiencia económica y la eficacia en la prestación de servicios.

Gracias a la diversidad de los canales, zonas rurales con muy poco acceso a la telefonía pueden beneficiarse de conectividad móvil e incluso de banda ancha, para acceder a estos servicios. De ahí el desarrollo de portales móviles de gobierno, y de plataformas de trabajo móviles en el caso del Comercio Justo. Allí donde los gobiernos nacionales han asumido el

liderazgo, el crecimiento de la tecnología móvil ha contribuido a un crecimiento económico superior al 1% en los últimos años.

Compartir información permite también su agregación a través de la integración en plataformas tecnológicas. Los ciudadanos no piensan con categorías administrativas, o temáticas, y habitualmente tienden a ver gobierno o Comercio Justo como un todo. Esto se está reflejando en el gobierno abierto con la tendencia a la integración y creación de un portal único de servicios electrónicos; el uso de una única identificación e incluso una misma identidad digital. Esto ha permitido grandes ahorros así como aumentar la eficiencia de los procesos aumentando la calidad de los servicios prestados. En el Comercio Justo este principio se ha traducido en la agregación de productores y consumidores, en torno a portales únicos.

COLABORACIÓN

Hoy las estructuras jerárquicas, en la empresa o en el gobierno, están en crisis, se extiende la demanda "de búsqueda conjunta de soluciones. La corresponsabilidad y la colaboración son dos premisas claves para la concreción de estrategias, (...) la concepción de desarrollo se consolida como una realidad posible de alcanzar pero ya no como resultado de una decisión centralizada en un punto de la pirámide de poder, sino ahora desde abajo" {9}.

Como bien señala Koldo Echevarría, gerente oficial de planificación estratégica y efectividad en el desarrollo del Banco Interamericano de Desarrollo, "la consolidación democrática es un elemento fundamental en el crecimiento sustentable y equitativo y requiere acciones que apunten a dos objetivos: una mayor estabilidad política democrática y una mayor inclusión política que permita una representación efectiva de los grandes sectores de la población actualmente excluidos o desigualmente representados".

Los servicios electrónicos ocupan un lugar clave para la inclusión de grupos más vulnerables y marginados, como los pobres, los disminuidos, ciertas minorías o grupos más limitados como mujeres, niños y jóvenes, o los mayores. De ahí que superar la barrera digital y lograr la participación activa de los ciudadanos sean los principales retos.

Poner al ciudadano en el centro es hacerle protagonista de su propio futuro. El gobierno abierto habla de colaboración, entendida como una concepción de la administración, como trabajo conjunto, colaborativo, en el que contribuyen tanto distintos niveles de la administración, como actores no vinculados formalmente con la misma pero que una vez insertados en el sistema, formalizados (aunque sea temporal o esporádicamente), trabajarían conjuntamente dentro de las estructuras de la administración, como parte de ella. Su adopción implica, no solo la colaboración dentro de la administración y entre las distintas administraciones, sino que supone cierta cesión de responsabilidad a la sociedad civil. Con el cambio de paradigma que esto supone abrir, por esta vía, el paso a la privatización de servicios lo que es un auténtico tabú en amplios sectores de la sociedad. El modelo de gobierno abierto supone una apuesta por la sociedad, por el individuo como componente esencial de la misma, y una concepción del gobierno que supera la visión del Estado como proveedor de servicios y la sustituye por una visión del Estado convertido en plataforma, en una especie de facilitador, que proporciona las condiciones para que la sociedad y sus individuos asuman el protagonismo del que disfrutaron en otros tiempos. Se trata de asumir y aplicar al Estado el principio de que “hoy en día el liderazgo social puede venir de posiciones periféricas”{10}. Como señalaba el presidente Obama en su famoso memorándum del gobierno abierto, las administraciones “deben usar herramientas innovadoras, métodos y sistemas para cooperar entre ellos mismos, a través de los distintos niveles de gobierno, y con ong, empresas e individuos del sector privado”.

Como hemos visto en los distintos proyectos presentados el Comercio Justo se basa en la colaboración y permite la interrelación entre los productores, los consumidores, los sindicatos, las autoridades locales y las ONG, con el propósito de mejorar los sistemas de comercialización en donde todos los actores del proceso salgan beneficiados. También se promueve la colaboración entre las distintas comunidades como las que participan en el

proyecto Linking Local Learners (LLL), que pueden compartir información entre sí, aprendiendo de experiencias ajenas. Este tipo de prácticas ofrece un valor agregado a las organizaciones en términos de visualización de los impactos de su trabajo y colabora con una proyección más cercana a las comunidades, rescatando buenas prácticas que pueden ser compartidas por los participantes de diferentes comunidades.

¿QUÉ PUEDE HACER EL GOBIERNO ABIERTO POR EL COMERCIO JUSTO? (Y VICEVERSA)

Como se puede ver, las sinergias entre gobierno abierto y Comercio Justo son enormes. De ahí la necesidad de plantear el papel del gobierno abierto para impulsar el Comercio Justo.

El gobierno abierto se presenta como un gran aliado del Comercio Justo y el desarrollo sostenible. Quizás por eso el hecho de que el tradicional estudio de Naciones Unidas sobre Gobierno electrónico 2012{11} se centre, junto a sus tradicionales puntos de estudio, en el papel del gobierno electrónico en el desarrollo sostenible, profundizando en el estudio de cómo estas tecnologías contribuyen a la promoción de la equidad social, el crecimiento económico y la protección del medioambiente, no es casualidad.

A pesar de los avances, tenemos aún mucho camino por recorrer. Más que de un sistema de Comercio Justo, construido sobre las redes de la globalización, estamos ante un conjunto de iniciativas sueltas, en ocasiones más efectistas que efectivas, estéticas pero casi estáticas en el objetivo de establecer una serie de principios aplicables al comercio en general y al comercio internacional, en particular.

Los países en desarrollo son los que más sufren las barreras tradicionales para apostar decididamente por las tecnologías de la información como motor del desarrollo; al nivel de las infraestructuras tecnológicas necesarias, la falta de formación técnica para entender el contexto y planificar estratégicamente se une el alto coste de la tecnología y una regulación

marco insuficiente. En estos países la falta de acceso a las tecnologías y la infraestructura educativa son los mayores obstáculos para el desarrollo de Comercio Justo. La renta per capita también es un factor que limita esta apuesta, por el alto coste marginal de cada dólar invertido en tecnología, que se ve agravado por la crisis económica que ha situado a las tecnologías en desventaja frente a otras inversiones como el agua potable, o la salud y la educación universales. La falta de formación también puede ser un problema aunque, como señala Negroponte, en su versión adaptada por Ibáñez Martín, "aquellos que se introducen en el mundo tecnológico desde la nada tienen una mayor facilidad de incorporarlas a sus vidas de manera útil y eficaz"{12}.

A esto se une la débil priorización de proyectos de e-gobierno entre las políticas públicas y, en consecuencia, los presupuestos; los ciclos de atención-desatención que llevan al progreso en parches, la falta de interés y comprensión de los altos cargos y la falta de planeamiento y visión estratégica, una falta de estrategia, que Castells denomina "informatización ciega" "que no utiliza realmente la capacidad informática instalada para procesar información relevante (...) sin relación con las necesidades de la economía o del servicio público"{13}.

Pero superar estos obstáculos no es suficiente, es necesario un cambio de paradigma que someta a reconsideración el papel del gobierno, en el que más allá de proporcionar una serie de servicios se convierta en plataforma que facilite el trabajo a los distintos actores involucrados en el Comercio Justo, ejerciendo un fuerte liderazgo hacia procesos coordinados e integrados.

"Se trata de la capacidad que debieran, ahora, tener los gobiernos de llevar adelante proyectos de desarrollo sustentable, en el que se conjuguen las capacidades territoriales, económicas, técnicas, culturales y sociales articuladas en un esquema de desarrollo sostenible. es en la sociedad toda, en su esencia, donde entiendo está el poder de acción -o inacción- y la capacidad de transformar la idea de desarrollo en un proyecto efectivo de desarrollo sostenible y eficaz"{14}. Esto requiere una revisión de procesos y procedimientos, un cambio en la forma de pensar y actuar de los servidores públicos y un cambio de filosofía en la forma de gestionar la

información entre departamentos públicos, pero también con las empresas y los ciudadanos.

El gobierno debe repensar su papel para convertirse en un impulsor eficaz del desarrollo. No basta con la creación y mantenimiento de infraestructuras tecnológicas. Es necesario repensar su papel en la sociedad de la información, donde debe abandonar su obsesión por controlar la información y los servicios, por un papel de facilitador, distribuidor de información y creación de vínculos, a través de la creación de redes y plataformas en las que la sociedad civil pueda comunicarse, para la creación de sinergias. Sus funciones claves pasan por establecer un marco integral de políticas, leyes y reglamentos, que aseguren la seguridad y la privacidad y faciliten la cooperación institucional e interoperabilidad (técnica) y desarrollar instituciones y procesos que permitan al sector privado proporcionar y a los ciudadanos disfrutar de los beneficios de las nuevas tecnologías, dando publicidad a los logros y beneficios de la aplicación de estas tecnologías y buscando soluciones, junto al resto de actores involucrados, para los problemas relacionados con la brecha digital y el cambio cultural. Sus estructuras jerárquicas y burocráticas necesitan ser transformadas en sistemas horizontales integrados, orientados al ciudadano y con un elevado nivel de transparencia y control en una orientación de ofrecer soluciones públicas sostenibles.

Con financiación suficiente de las infraestructuras tecnológicas, un marco institucional adecuado y las políticas y esfuerzos de formación y comunicación, es posible que el gobierno electrónico se convierta en un arma eficaz para lograr un desarrollo sostenible y un eficaz aliado del Comercio Justo.

BIBLIOGRAFÍA

Castells, M. La era de la información, vol. 3. Fin de milenio, México D.F., Siglo XXI, 2001.

Declaración de Santo Domingo: Gobernabilidad y desarrollo en la Sociedad del Conocimiento (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006).

Ibáñez Martín, José Antonio. “El quehacer educativo en un mundo globalizado”, en: Nueva Revista, n.° 113, octubre de 2007.

Ortiz de Zárate, Alberto. “Open Government”, en: Gobierno abierto, César Calderón y Sebastián Lorenzo (eds.), Madrid, Algon Editores, 2000.

United Nations. E-Government Survey 2012. E-Government for the People, Nueva York, 2012.

Vilar, Daniela. “Estrategias de OGov para un desarrollo sostenido en Gobierno abierto”. En: Gobierno Abierto, César Calderón y Sebastián Lorenzo (eds.), Madrid, Algon Editores, 2000.

MARTHA ISABEL GÓMEZ LEE

El Protocolo de Nagoya y el examen de las patentes

INTRODUCCIÓN

El Protocolo de Nagoya es relevante para el Comercio Justo, porque su objetivo es controlar una práctica injusta en la que tanto los países de origen como las comunidades vinculadas a los recursos genéticos son ignorados y dejados al margen del reparto de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, productos bioquímicos o derivados y conocimientos tradicionales. Esta práctica es conocida como biopiratería.

A primera vista parece que se trata de un tema técnico, pero en realidad es un asunto político que será analizado desde una discusión más amplia acerca del Comercio Justo en la perspectiva de Joseph E. Stiglitz. En este capítulo se analizará la biopiratería en la que se utilizan las patentes de los países industrializados para ejercer un control monopólico sobre la utilización de los recursos genéticos, productos bioquímicos o derivados y de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales de los países en desarrollo. Para solucionar estas asimetrías del sistema de comercio mundial, Stiglitz propone una agenda política balanceada. Sin embargo, reconoce que cada negociación internacional acaba beneficiando a los países desarrollados y frustrando a las naciones en desarrollo{1}. ¿Es este el caso del Protocolo de Nagoya?

El Protocolo de Nagoya se origina en el Convenio marco de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica (CDB){2}, que entró en vigor en 1993, como el primer acuerdo global que abordó los diferentes aspectos de la diversidad biológica. El CDB tiene la forma de un tratado marco que puede negociar anexos y protocolos conforme se avanza en los esfuerzos de implementación. La Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en 2002 dio el mandato de negociar, en el marco del CDB, un régimen internacional “para promover y salvaguardar de forma eficaz la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos”. La Séptima Conferencia de las Partes del CDB, en Kuala Lumpur, acordó el inicio de las negociaciones{3}.

En este contexto fue adoptado el Protocolo de Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa de los Beneficios que se

deriven de su utilización al CDB, el 30 de octubre de 2010 en la ciudad japonesa de Nagoya, tras seis años de negociaciones. Este instrumento internacional entrará en vigencia 90 días después de que sea ratificado por 50 países{4}.

Lo que busca el Protocolo de Nagoya es la puesta en práctica del Tercer Objetivo del CDB: la justa y equitativa distribución o participación de beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados. Como lo explica Fernando Casas{5}, se trata de determinar cómo distribuir justa y equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de bienes tales como una medicina contra el cáncer que se extraiga de una medusa o el perfume que una multinacional fabrique a partir de una flor amazónica{6}.

Para entender de qué se está hablando al referirse al Protocolo de Nagoya, hay que empezar por ciertas definiciones y hacer algunas precisiones.

Por una parte, el CDB define recurso genético a "todo material genético de valor real o potencial" (CDB, art. 2). A su vez, el CDB considera que material genético es "toda porción de un organismo que contiene unidades funcionales de la herencia" (CDB, art. 2){7}. Es decir, lo importante es que el recurso contenga unidades funcionales de la herencia que son ácido desoxirribonucleico (ADN) y en algunos casos ácido ribonucleico (ARN). Son ejemplos de recursos genéticos{8} "los organismos individuales, espermas, semillas, partes de plantas. Así mismo el adn extraído de un animal, una planta o microbio, como un cromosoma, un gen, un plásmido bacterial o cualquier parte de estos y extractos bioquímicos con unidades funcionales de la herencia".

Por otra parte, se observa que la definición de recurso genético en el CDB considera como elementos esenciales al adn y arn, sin tener en cuenta que la microbiología moderna puede extraer características químicas o biológicas, de valor real o potencial, de materiales que no contienen unidades funcionales de la herencia. Es por esto que era tan importante incluir en el ámbito de aplicación del Protocolo de Nagoya a los materiales que no contienen unidades funcionales de la herencia, pero son aprovechables, tales como los productos bioquímicos o derivados.

En otras palabras, el CDB no se aplica a los productos químicos o derivados. Esto quiere decir que la utilización de los productos químicos o derivados no exige al usuario una distribución justa y equitativa de beneficios. Incluir a los productos bioquímicos o derivados en el ámbito del Protocolo de Nagoya era estratégico porque al menos el 90% de todos los casos conocidos de biopiratería recaen sobre estas sustancias que no están cobijadas por el CDB{9}.

Si el Protocolo incluía o no a los bioquímicos o derivados fue un enfrentamiento entre el mundo desarrollado y el mundo en desarrollo. Los países en desarrollo querían su inclusión para asegurar la distribución de beneficios, los países desarrollados no la querían para evitar la distribución de beneficios. A primera vista, se podría afirmar que el mundo desarrollado logró su objetivo pues en el artículo tercero, al definir el ámbito del Protocolo, no se consideró a los productos derivados o bioquímicos, sino tan solo a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

Sin embargo, por medio de una interpretación sistemática del Protocolo de Nagoya se podría concluir que el Protocolo sí abarca los productos derivados. Puesto que, en primer lugar, el Protocolo de Nagoya define como derivado a “un compuesto bioquímico que existe naturalmente producido por la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos, incluso aunque no contenga unidades funcionales de la herencia”. En segundo lugar, por “utilización” de los recursos genéticos el Protocolo entiende “la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo bajo la aplicación de la microbiotecnología”.

La clave está en el concepto de “utilización” de los recursos genéticos que no estaba contemplado en el CDB. Es una definición nueva que hace el Protocolo de Nagoya por medio de la cual se hace una referencia amplia a los recursos genéticos y a su utilización, lo que garantiza la inclusión de las actividades de investigación y desarrollo de la composición bioquímica de los derivados. En otras palabras, el nuevo término de utilización de los recursos genéticos cobija a los productos derivados o bioquímicos.

Si los recursos bioquímicos o derivados quedaron cobijados por el Protocolo, depende de la interpretación que se le dé al Protocolo, y el tema quedará solventado cuando el instrumento internacional entre a regir y sea implementado. También puede suceder que siga siendo un tema de conflicto entre países desarrollados y países en desarrollo durante largo tiempo{10}. Las definiciones de los conceptos de recursos genéticos y derivados son esencialmente políticas y se negocian en el foro internacional del CDB, como es el caso del Protocolo de Nagoya.

Por último, en cuanto a la definición de conocimiento tradicional, no existe en la actualidad una definición reconocida de manera universal. El artículo 8 (j) del CDB circunscribe el concepto a "los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica". Los conocimientos tradicionales sí fueron incluidos en el ámbito del Protocolo de Nagoya en el mismo sentido en que los incorpora el CDB.

Para que la utilización de los recursos genéticos, productos bioquímicos o derivados y conocimientos tradicionales sea justa y equitativa se deben cumplir tres pasos entre el usuario y el país proveedor y la comunidad indígena o local: primero, que el usuario cumpla con las reglas de Acceso y Distribución de Beneficios (ADB) del CDB y del Protocolo de Nagoya. Es decir, acceda al recurso con consentimiento fundamentado previo y convenido bajo condiciones mutuamente acordadas, conforme a lo requerido por la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales. Segundo, que el usuario que solicita una patente de los recursos genéticos, productos bioquímicos o derivados y conocimientos tradicionales, revele en el examen de la patente, el nombre del país que suministra los recursos y/o los conocimientos tradicionales conexos, la persona de quien se obtuvieron en el país proveedor y pruebe que se ha accedido al recurso que cubre la patente conforme al consentimiento fundamentado previo y que se han convenido condiciones mutuamente acordadas, conforme a lo requerido por la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales. Tercero, el usuario debe distribuir, de manera justa y equitativa y mutuamente acordada, los beneficios obtenidos por la utilización del recurso genético, productos

bioquímicos o derivados y conocimientos tradicionales con el país de origen y las comunidades indígenas o locales vinculadas al recurso.

A partir del Protocolo de Nagoya se iniciará una nueva fase en la que se exigirá a los usuarios que acrediten el estatus legal de los recursos genéticos y que compartan los beneficios derivados de su utilización con los países proveedores y con las comunidades que han facilitado el acceso a los mismos.

En este contexto, al hablar de Comercio Justo, la utilización de los recursos genéticos es un caso obligado. En primer lugar, en la práctica, los mecanismos adb del Convenio sobre la Diversidad Biológica se perciben básicamente como esquemas de Comercio Justo, en los que se garantiza una distribución justa y equitativa de los beneficios. En segundo lugar, el movimiento de Comercio Justo busca reformar el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para excluir la posibilidad de patentar la biodiversidad, los recursos genéticos y las semillas. En tercer lugar, como lo propone Stiglitz, hay que plantear el establecimiento de un Comercio Justo y crear un marco institucional en el cual el fruto del progreso económico no se quede concentrado en los segmentos de la población rica en los países de mayor nivel de desarrollo. En ese sentido, hay que buscar una globalización que no funcione solamente para los ricos y poderosos, sino también para todos los pueblos incluyendo a los de los países más pobres. ¿El marco institucional internacional contribuye a establecer un Comercio Justo en materia de utilización de recursos genéticos, productos bioquímicos o derivados y conocimientos tradicionales?

LA UTILIZACIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS: PROBLEMA DE COMERCIO JUSTO

El asunto de ADB que entrará a regular el Protocolo de Nagoya es un problema de Comercio Justo en el que el fruto del progreso económico se

queda concentrado en los países de mayor nivel de desarrollo. Se trata de un comercio en el que se presenta una doble asimetría en desventaja para los países en desarrollo que se espera sea compensada por una distribución justa y equitativa de beneficios.

LA DOBLE ASIMETRÍA

La utilización de los recursos genéticos de los países en desarrollo por parte de los países desarrollados está impregnada por una práctica que durante muchas centurias permitió que las empresas farmacéuticas y de semillas del norte recolectaran plantas ubicadas en los países del sur, sin estar obligadas a pagar por esa recolección ni a compartir con los países en desarrollo los beneficios de las investigaciones adelantadas. Según Stoianoff, con esta práctica, las empresas y los países industrializados aumentaron su riqueza a costa de los países en vía de desarrollo, mientras que en los países en desarrollo aumentó la pobreza, la degradación ambiental, la explotación y destrucción de recursos naturales{11}.

Como dicen De Jonge y Louwaars, las prácticas de colecta de material biológico de plantas en el sur dieron lugar a una asimetría en la división global de los beneficios que fueron obtenidos por el norte con base en investigación y comercialización de semillas, productos medicinales o químicos, de origen de los países del sur. En estas condiciones, se presenta una doble asimetría en la localización y la explotación de los recursos. Por un lado, la biodiversidad está localizada más que todo en el mundo en desarrollo. Por otro lado, la explotación de la biodiversidad se ha dado es en el mundo desarrollado, justo donde se obtienen los beneficios. Para Klopenburg, “no es una exageración decir que los recursos genéticos de plantas que fueron recibidos como bienes de libre acceso desde el Tercer Mundo han valido incontables billones de dólares a favor de las naciones capitalistas”{12}. Es una práctica injusta en la que tanto los países de origen como las comunidades vinculadas a los recursos genéticos son ignorados y dejados al margen del reparto de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, productos bioquímicos o derivados y

conocimientos tradicionales. Es un escenario en el que se presenta un problema de Comercio Justo entre los países del norte (desarrollados) y los países del sur (en desarrollo) por la doble asimetría en la localización y la explotación de los recursos.

LA BIOPIRATERÍA Y LA ASIMETRÍA EN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Durante centurias los conocimientos tradicionales y las plantas fueron usados por comunidades indígenas y no fueron patentados, mientras que hoy en día los derivados (moléculas naturales) y los productos purificados sí son patentados. Esta asimetría en la localización de los derechos de propiedad intelectual dio lugar al concepto de biopiratería{13}.

Se entiende por biopiratería el acto de solicitar una patente o de patentar una invención en la que se han utilizado recursos biológicos, recursos genéticos o conocimientos tradicionales, sin la obtención del consentimiento fundamentado previo del país de origen o de las comunidades indígenas o locales, según sea el caso, y sin establecer una distribución equitativa de los beneficios, conforme a las reglas de adb. En la región andina se han documentado casos, como la quina, el ayahuasca, la maca, el algodón de color, entre otros{14}.

Para Shiva, el concepto colonial de terra nullius tiene su equivalente contemporáneo en bio nullius; esto es, considerar a los conocimientos tradicionales como si carecieran de creatividad y de derechos previos y, por lo tanto, de estar disponibles para su apropiación por medio de una solicitud de patente de invención{15}.

Posey describe la práctica injusta de la biopiratería en los siguientes términos:

Las industrias que emplean biotecnología, que en su mayoría son del norte, dependen de los recursos biológicos del sur que consiguen gratis. La ley de patentes protege las inversiones que hacen las trasnacionales en investigación y permite a estas cobrar precios de monopolio hasta que expire la patente. Por otro lado, los países del sur, donde residen los recursos de la diversidad biológica que proporcionan gratis, deben pagar los precios de monopolio y además se espera que conserven los sitios de origen de los recursos que hacen posible la fabricación de los productos {16}.

El fruto de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales no se puede quedar concentrado en las industrias biotecnológicas de los países del norte. En ese sentido, hay que buscar una ley de patentes que no funcione solamente en beneficio de los ricos y poderosos, por medio de una biopiratería legalizada, sino también para los países del sur incluyendo a las comunidades indígenas y locales. También en el caso de la asimetría por los derechos de propiedad intelectual se trata de un escenario en el que se presenta un problema de Comercio Justo entre los países del norte (desarrollados) y los países del sur (en desarrollo).

AGENDAS PARA LA UTILIZACIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS

Para solucionar el problema de Comercio Justo que se presenta en la utilización de los recursos genéticos, hay varias agendas internacionales que están tratando de controlar la biopiratería. En particular, se destacan tres agendas: la del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), la agenda de la OMC para examinar la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB y, por último, la agenda del Comité de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), para reformar los tratados de patentes.

EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA (CDB)

Fue en 1992 que el CDB abolió la idea de que los recursos genéticos fueran patrimonio de la humanidad. Es bajo este convenio internacional que nace el Protocolo de Nagoya. El CDB reconoció un derecho soberano de los Estados sobre sus recursos genéticos en los propios territorios. Según De Jonge y Louwaars, el reconocimiento de la soberanía nacional sobre los recursos genéticos fue la forma de compensar la doble asimetría en la localización y la explotación de los recursos{17}. El derecho de soberanía que reconoce el CDB a los Estados sobre sus recursos genéticos es el que fundamenta el acceso a los recursos genéticos y su subsiguiente utilización y distribución de beneficios. Concebido como una forma de Comercio Justo y equitativo.

Los objetivos del CDB son i) la conservación de la diversidad biológica, ii) la utilización sostenible de sus componentes y iii) la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas: un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada (artículo 1 del CDB).

El CDB reconoce la soberanía de los recursos genéticos, por lo tanto los Estados pueden someter el acceso a los mismos a su legislación nacional. El CDB contempla un sistema nacional de acceso y distribución de beneficios (adb), para los países que decidan regular el acceso a sus recursos genéticos, basado en dos instrumentos: el “consentimiento fundamentado previo” y la negociación de “términos mutuamente acordados”. El “consentimiento fundamentado previo” es la autorización del Estado como soberano sobre el acceso de sus recursos. Los “términos mutuamente acordados” son el contrato en el que se eleva la relación entre las partes, tanto las condiciones de acceso físico a los recursos como las condiciones en las que se procederá al reparto de beneficios.

El artículo 15 del CDB establece la regulación básica sobre el acceso a los recursos genéticos y el reparto de beneficios. Contempla que cuando se

conceda acceso a los recursos genéticos este será en “condiciones mutuamente acordadas” (artículo 15.4 del CDB). El acceso a los recursos genéticos estará sometido al “consentimiento fundamentado previo” de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa (artículo 15.5 del CDB). “Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas” (artículo 15.7 del CDB).

Según De Jonge y Louwaars, en el CDB se reconocieron los derechos soberanos de los países del sur sobre los recursos genéticos, para que las relaciones internacionales fueran equitativas. El CDB es un convenio balanceado. En este escenario, los Estados usuarios están obligados a compartir los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos a los Estados proveedores de recursos genéticos. Sin embargo, la realidad es que aunque el CDB ha sido ratificado por casi todas las partes{18}, pocos países han recibido beneficios sustanciales{19}.

LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

EL ACUERDO DE LOS ADPIC

En 1994, con la creación de la OMC, se adoptó el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC){20}. Por primera vez se incluyeron los derechos de propiedad intelectual en las negociaciones multilaterales de comercio, que antes estaban en la ompi. El Acuerdo de los ADPIC aseguró que todos los países miembros de la OMC estén obligados a proporcionar los mismos niveles mínimos de protección en derechos de propiedad intelectual. El

Consejo del Acuerdo de los ADPIC es el encargado de supervisar el cumplimiento de los mínimos de los derechos de propiedad intelectual. En caso de violación o menoscabo de los compromisos adquiridos en materia de propiedad intelectual se puede acudir al mecanismo de solución de controversias de la OMC.

En este contexto los países del sur han tenido que hacer lo siguiente: en primer lugar, adecuar sus legislaciones nacionales de propiedad intelectual para cumplir los estándares del Acuerdo de los ADPIC, de lo contrario se presentaría un caso de incumplimiento del Acuerdo de los ADPIC sancionable por el mecanismo de solución de controversias de la OMC. En segundo lugar, permitir las patentes de invenciones, ya sea de productos o procesos, en todos los campos de las tecnologías, sin discriminación, con sujeción de los criterios clásicos de patentabilidad de novedad, altura inventiva y aplicación industrial (articulo 27.1 de los ADPIC). Este articulo implica que microorganismos y productos biotecnológicos elaborados con base en la biodiversidad de los países en desarrollo pueden ser patentados en virtud de reglas universalmente reconocidas por los miembros de la OMC.

El movimiento Comercio Justo se ha pronunciado en contra de las patentes que recaen sobre la biodiversidad, recursos genéticos y conocimientos tradicionales. El Acuerdo de los ADPIC no es considerado una agenda balanceada por las obligaciones impuestas a los países en desarrollo. Por otra parte, el Acuerdo de los ADPIC tampoco es balanceado pues legaliza la biopiratería, al no exigir que en la patente el usuario del recurso genético o el conocimiento tradicional divulgue el origen del recurso o el conocimiento tradicional.

LA REUNIÓN MINISTERIAL DE DOHA

En la Reunión Ministerial de Doha (Qatar, noviembre de 2001) se le encomendó al Consejo de los ADPIC de la OMC la tarea de examinar la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB, la protección de los

conocimientos tradicionales y el folclore. El texto aprobado en la Declaración Ministerial de Doha estableció un renovado mandato para el Consejo de los ADPIC, en el que se le encomendó lo siguiente:

(...) al llevar adelante su programa de trabajo examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos señalados por los miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión del desarrollo (Par. 19).

Fue el primer reconocimiento oficial en la OMC sobre la necesidad de aclarar la relación entre el Acuerdo de los ADPIC y el CDB. Diez años después, las discusiones se han reducido a la figura de la revelación del origen de los recursos genéticos o conocimiento tradicional en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual, de manera principal en las patentes{21}.

El Consejo de los ADPIC explora la posibilidad de exigir a los inventores que cuando soliciten patentes divulguen el país de origen de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales utilizados en las invenciones, den pruebas de que han recibido un “consentimiento fundamentado previo” conforme al CDB y demuestren que los beneficios se comparten de manera “justa y equitativa” conforme al CDB. De esta manera se evita la biopiratería{22}. Al no exigirse la divulgación, se puede afirmar que el Acuerdo de los ADPIC legaliza la biopiratería.

Los países han asumido distintas posiciones frente a dicha divulgación. Están los que piden desde una divulgación obligatoria en el ámbito de los ADPIC, hasta la aplicación de la legislación nacional, sin divulgación.

Posiciones de los países miembros de la OMC frente a la “divulgación”

Divulgación obligatoria en el ámbito de los ADPIC:

Un grupo representado por Brasil e India, integrado, entre otros países, por Bolivia, Colombia, Cuba, Ecuador, Perú, República Dominicana y Tailandia, y apoyado por el Grupo Africano y por algunos otros países en desarrollo, desea modificar el Acuerdo sobre los ADPIC de manera que se exija a los solicitantes de patentes que divulguen el país de origen de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales utilizados en las invenciones, proporcionen pruebas del “consentimiento fundamentado previo” y demuestren que los beneficios se comparten de manera “justa y equitativa” (CDB).

Divulgación por medio de la OMPI:

Suiza ha propuesto una modificación del Tratado de Cooperación en materia de Patentes de la ompi (y, aplicable, por referencia, al Tratado sobre el Derecho de Patentes de la ompi) con el fin de que las legislaciones nacionales puedan exigir a los inventores que divulguen, cuando soliciten patentes, la fuente de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. El incumplimiento de ese requisito puede impedir la concesión de una patente, o, en caso de existir intención fraudulenta, entrañar la invalidez de una patente concedida.

Divulgación, pero fuera del ámbito de aplicación de la legislación en materia de patentes: la posición de la ue incluye una propuesta para examinar el requisito de que todos los solicitantes de patentes

divulguen la fuente de origen del material genético; las consecuencias jurídicas de no respetar ese requisito deberían situarse fuera del ámbito del derecho de patentes.

Posiciones de los países miembros de la OMC frente a la “divulgación”

Aplicación de la legislación nacional, con inclusión de los contratos, en lugar de la obligación relativa a la divulgación: Estados Unidos ha sostenido que serían más fácilmente alcanzables los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica en relación con el acceso a los recursos genéticos y con la distribución de los beneficios, mediante leyes nacionales y disposiciones contractuales basadas en la legislación, que podrían incluir compromisos sobre la divulgación de cualquier aplicación comercial de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales.

Fuente: wto.org (consultada el 12 de junio de 2012){23}.

La India y Brasil, en julio de 2006, pidieron que el Consejo de los ADPIC concluyera la etapa de consultas a los Estados miembros y pasara a la etapa de negociación de los textos multilaterales relativos a la divulgación de origen. La petición contiene una propuesta para modificar el Acuerdo sobre los ADPIC para que se incluya la exigencia al solicitante de una patente relativa a materiales biológicos o conocimientos tradicionales a fin de que se divulgue la fuente y el país de origen del recurso utilizado en la invención, así como evidencias del consentimiento informado previo y de la distribución justa y equitativa de los beneficios (IP/C/W/474 del 5 de julio de 2007).

En julio de 2008, un grupo de miembros de la OMC pidió una decisión de procedimiento para negociar entre otras la propuesta relativa a la divulgación. El texto ha sido denominado “modalidades acordadas en materia de propiedad intelectual”, ha sido apoyado por más de 11o países y es la propuesta para una nueva norma internacional en la negociación multilateral de la OMC: el artículo 29 bis OMC/ADPIC{24}.

En el Acuerdo sobre los ADPIC se ha formulado la siguiente propuesta concreta de modificar el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC para introducir el requisito de divulgación obligatoria{25}:

Artículo 29 Bis OMC/ADPIC

Divulgación del origen de los recursos biológicos y/o los conocimientos tradicionales conexos

A efectos de establecer una relación de mutuo apoyo entre el presente Acuerdo y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, los Miembros, en el cumplimiento de sus obligaciones, tendrán en cuenta los objetivos y principios del presente Acuerdo y los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

En caso de que la materia objeto de una solicitud de patente concierna a recursos biológicos y/o conocimientos tradicionales conexos, se derive de ellos o se desarrolle a partir de ellos, los Miembros exigirán a los solicitantes que revelen el nombre del país que suministra los recursos y/o los conocimientos tradicionales conexos, la persona de quién se obtuvieron en el país proveedor y, cuando se pueda conocer tras una investigación razonable, el país de origen. Los Miembros exigirán asimismo que los solicitantes proporcionen información, con inclusión de pruebas del

cumplimiento de las prescripciones jurídicas aplicables en el país proveedor al consentimiento fundamentado previo para el acceso y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización comercial o de otro tipo de dichos recursos y/o conocimientos tradicionales conexos.

Los Miembros exigirán a los solicitantes o los titulares de una patente que complementen y corrijan la información, con inclusión de las pruebas presentadas en virtud del párrafo 2 del presente artículo, a la luz de la nueva información de la que hayan tenido conocimiento.

Los Miembros publicarán la información revelada, de conformidad con los párrafos 2 y 3 del presente artículo, junto con la solicitud o con la concesión, si esta es anterior. Cuando un solicitante o titular de una patente proporcione otra información requerida en virtud del párrafo 3 después de la publicación, la información adicional se publicará sin demoras indebidas.

Los Miembros establecerán procedimientos de observancia eficaces a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones previstas en los párrafos 2 y 3 del presente artículo. En particular, los Miembros asegurarán que las autoridades administrativas y/o judiciales tengan la facultad de impedir la tramitación ulterior de una solicitud o la concesión de una patente y de revocar, a reserva de las disposiciones del artículo 32 del presente Acuerdo, o de hacer inexigible una patente cuando el solicitante, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya incumplido las obligaciones contenidas en los párrafos 2 y 3 del presente artículo o haya proporcionado información falsa o fraudulenta.

Esta propuesta de norma ha sido patrocinada por Colombia. La idea consiste en pasar de la etapa de las consultas a los Estados Miembros de la OMC, a la etapa de las negociaciones de una nueva norma internacional, en el marco del Consejo de los ADPIC. Estados Unidos considera que hay que seguir con las consultas puesto que se trata de un debate sobre hechos, por lo tanto no es un debate de derecho y no es necesario negociar ninguna norma en el marco del sistema de patentes{26}.

La propuesta del artículo 29 bis es balanceada y busca un Comercio Justo entre los países usuarios y los países proveedores de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales. La incorporación exitosa del artículo de divulgación de las patentes, para frenar la biopiratería en su fuente, depende de un cambio radical de los países desarrollados.

Hay varios países que ya han introducido en el ámbito nacional un requisito de divulgación obligatoria en lo que atañe a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales, por ejemplo, Noruega, Suiza, China, Sudáfrica y los países de la Comunidad Andina (CAN).

EL COMITÉ DE LA OMPI

El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (en adelante, el Comité) ha recibido dos propuestas formales, una a favor del requisito de divulgación obligatoria y otra en la que se habilita expresamente a las Partes Contratantes en el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (pct) a introducir un requisito de esta índole (Documento wipo/grtkf/iwg/3/6).

La Comunidad Europea y sus Estados miembros presentaron una propuesta llamada “Divulgación del origen o la fuente de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos en las solicitudes de patentes”. Dicha propuesta está contenida en el siguiente resumen (Documento wipo/ grtkf/iwg/3/6):

a) que se adopte el requisito obligatorio de divulgar el país de origen o la fuente de los recursos genéticos en las solicitudes de patente;

b) que ese requisito se aplique lo antes posible en todas las solicitudes internacionales, regionales y nacionales de patente;

c) que el solicitante haga una declaración en la que informe sobre el país de origen o, si desconoce dicho país, la fuente del recurso genético específico al que el inventor haya tenido acceso físico y del que tenga conocimiento;

d) que la invención esté directamente basada en un recurso genético específico;

e) que se contemple la posibilidad de estipular un requisito en el sentido de que el solicitante declare la fuente específica del conocimiento tradicional conexo al recurso genético, en la medida en que sepa que la invención está directamente basada en dicho conocimiento; a ese respecto es necesario proceder a un debate más detallado sobre el concepto de conocimiento tradicional;

f) que, en la medida en que el solicitante no declare la información solicitada o se niegue a hacer dicha declaración, y a pesar de que se le ofrezca la oportunidad de subsanar dicha omisión no suministre dicha información o siga negándose a ello, se interrumpa la tramitación de la solicitud;

g) que, en la medida en que la información suministrada sea incorrecta o incompleta, se contemplen sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas fuera del ámbito de la legislación en materia de patentes;

h) que se adopte un procedimiento sencillo de notificación que apliquen las oficinas de patentes cada vez que reciban una declaración; cabría seleccionar, en particular, el mecanismo de facilitación del CDB en tanto que organismo central al que se dirijan las oficinas de patentes para enviar la información disponible.

En caso de adoptarse la propuesta, será necesario reformar el Tratado sobre el Derecho de Patentes (plt), el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (pct) y, llegado el caso, los acuerdos regionales como el Convenio de la Patente Europea (cpe) (Documento WIPO/GRTKF/IWG/3/6).

El Comité de la ompi elabora opciones para la labor futura en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos y ha dispuesto lo siguiente:

El Comité podría examinar la posibilidad de formular recomendaciones o directrices a fin de que en los procedimientos de búsqueda y examen de solicitudes de patente se tenga[n] en cuenta la divulgación del origen de los recursos genéticos, así como una recomendación para que las autoridades encargadas de la concesión de patentes sometan las solicitudes nacionales que guarden relación con los recursos genéticos a una búsqueda 'de índole internacional' como la que se estipula en el Reglamento del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) (Documento wipo/grtkf/ic/19/7). Las administraciones de patentes deberían emprender

iniciativas específicas y sistemáticas para velar por que las patentes concedidas sean válidas desde el punto de vista de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, y con respecto a los sistemas correspondientes de conocimiento tradicional (Documento WIPO/GRTKF/IC/ 12/7).

Para el Comité, el papel que desempeñan estas recomendaciones es exclusivamente complementario y con ellas no pretende anticiparse a los resultados de los debates en la OMC. La agenda del Comité es balanceada pues vela por los intereses de las comunidades indígenas y locales. Mientras no se adopte como norma la propuesta del artículo 29 bis OMC/ADPIC y las directrices y recomendaciones del Comité de la ompi para reformar los tratados de patentes, no se podrá controlar la biopiratería en la fuente. Es decir, en los exámenes de patentes directamente.

LOS ACUERDOS COMERCIALES PREFERENCIALES

Respecto a las normas comerciales, hay que tener en cuenta que hay una proliferación de acuerdos comerciales preferenciales. Según los expertos, esta proliferación es la punta del iceberg de una problemática muy seria en la política internacional del comercio{27}. Hay un gran interrogante a futuro: ¿qué pasará en el sistema internacional de la economía cuando ninguno de los acuerdos comerciales preferenciales haga lo que dice la OMC y cada uno sea diferente del otro?

Según algunos estudios, para mediados de 2011, había cerca de 300 acuerdos de esta naturaleza, y se estima que los acuerdos comerciales preferenciales se han multiplicado por cuatro desde 1990. Se calcula que, en promedio, cada Miembro de la OMC cuenta con 13 tratados de libre comercio{28}. Según Baldwin y Low, nadie tiene certeza de cuántos acuerdos comerciales preferenciales hay en el mundo; lo que sí es ampliamente conocido es que las negociaciones comerciales multilaterales

en la OMC van a un ritmo más lento, mientras que al mismo tiempo los grandes poderes comerciales del mundo están buscando de manera activa acuerdos comerciales preferenciales. Este procedimiento es evidente de parte de la Unión Europea (UE), Estados Unidos (EEUU), China y Japón{29}. Un gran reto para el sistema de comercio global es darles coherencia a estos acuerdos comerciales preferenciales.

En Colombia hay doce tratados de libre comercio, seis vigentes, uno sucrito, cinco en negociación. A continuación una relación de dichos tratados.

Tratados de Libre Comercio de Colombia
Vigentes
Acuerdo Colombia-Chile
TLC Grupo de los Tres
Colombia-Países del Triángulo Norte: El Salvador, Guatemala y Honduras
Colombia-Canadá
Colombia-Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein
Colombia-Estados Unidos
Suscritos
Acuerdo comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú
Acuerdo comercial entre Colombia y Corea del Sur
Negociación en curso
Acuerdo comercial entre Colombia y Panamá
Acuerdo comercial entre Colombia y Turquía
Acuerdo comercial entre Colombia e Israel
Alianza del Pacífico

Fuente: http://www.mincomercio.gov.co (consultado el 12 de junio de 2012).

En este contexto de acuerdos comerciales preferenciales surge el Protocolo de Nagoya, en octubre de 2010. Aunque es un acuerdo ambiental, se verá impactado por los tratados de libre comercio. Por una parte, porque en algunos de los tratados de libre comercio se han pactado normas de propiedad intelectual que son ADPIC plus; es decir, que van más allá de lo pactado en el Acuerdo de los ADPIC. Por otra parte, porque los tratados de libre comercio, en el examen de las patentes, no contemplan el requisito de divulgación de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales

utilizados en el desarrollo de la invención, ni el país de origen y fuente de los mismos, como se verá a continuación.

CLÁUSULAS ADPIC PLUS

En los TLC se pactan cláusulas ADPIC plus, lo cual aumenta la biopiratería. Se toma como muestra el Tratado de Libre Comercio de Colombia-Estados Unidos en el que se han pactado cláusulas ADPIC plus. En el artículo 16.9.1 del TLC literalmente se señala que:

Cada Parte permitirá la obtención de patentes para cualquier invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. Para los efectos de este Artículo, una Parte podrá considerar las expresiones "actividad inventiva " y "susceptible de aplicación industrial"como sinónimos de las expresiones "no evidentes" y "útiles", respectivamente.

Los criterios clásicos de patentabilidad del ADPIC exigen que la invención entrañe "actividad inventiva" y que sea "susceptible de aplicación industrial". Esos criterios clásicos están pactados en la OMC. Son disposiciones ADPIC plus exigir que las invenciones sean "no evidentes" y "útiles." Van más allá de lo pactado en la OMC.

El que una Parte pueda considerar las expresiones "actividad inventiva" como sinónimo de la expresión "no evidente" equivale a que, en vez de tener en cuenta dos puntos de referencia: el estado de la técnica y los conocimientos de una persona normalmente versada en la materia, solo sea necesario que la invención sea evidente según la especialización que se requiera para juzgar la invención.

El que una Parte pueda considerar las expresiones “susceptible de aplicación industrial” como sinónimo de la expresión “útiles” equivale a que, en vez de tener que demostrar la posibilidad técnica de aplicar la invención a la fabricación de un producto, baste que la invención sea capaz de realizar alguna función útil a la humanidad.

“No evidente” y “útiles” son criterios de patentabilidad bastante amplios, mientras que “actividad inventiva” y “susceptible de aplicación industrial” son criterios en los que el ámbito de lo patentable está limitado. Los sistemas “no evidentes” y “útiles”, al ser más amplios, facilitan la práctica de la biopiratería. Según el TLC con Estados Unidos, un gen aislado es patentable por ser una invención no evidente y útil.

FALTA DE DIVULGACIÓN

En los Tratados de Libre Comercio no se pacta la divulgación de origen de los recursos genéticos, ni los conocimientos tradicionales. Sobre el particular se observa que Colombia, en el marco de la can, ya tiene consagrado, de manera particular, el requisito de divulgación en la Decisión 486, artículo 26, que dispone lo siguiente:

La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente:

h) de ser el caso, la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen;

i) de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo con lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes.

En los países de la can, en virtud de la Decisión 391 de 1996, a la solicitud de la patente se debe allegar el contrato de acceso al recurso genético. En Colombia, el contrato es celebrado entre el usuario y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. En el caso de los conocimientos tradicionales se debe allegar la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales. Se debe celebrar un contrato accesorio con las comunidades indígenas o locales, poseedoras del conocimiento tradicional asociado.

En los capítulos de derechos de propiedad intelectual de los TLC que ha negociado Colombia no ha quedado plasmada la obligación de dar cumplimiento a los requisitos de divulgación que están consagrados en el artículo 26 de la Decisión 486 de la can. Tampoco se establece la obligación de divulgar conforme la propuesta del artículo 29 bis OMC/ADPIC. Una vez vigentes los respectivos TLC, con este vacío, los solicitantes de patentes en países como Estados Unidos o la Unión Europea (UE) no tendrán que revelar el nombre del país que suministra los recursos y/o los conocimientos tradicionales conexos, la persona de quien se obtuvieron en el país proveedor y no tendrá que probar que se ha accedido al recurso que cubre conforme al consentimiento fundamentado previo y de que se han convenido condiciones mutuamente acordadas, conforme a lo requerido por la legislación nacional.

Este vacío no corresponde con los intereses de la propuesta presentada por los andinos en las negociaciones del capítulo de patentes con Estados Unidos que, según uno de los negociadores de la época, era una oportunidad para prevenir la biopiratería{30}.

(...) en materia de uso ilegal de los recursos genéticos estamos tratando de establecer un lenguaje que cree o que contenga una serie de mecanismos para que en los sistemas de patentes en los países que negocian -en este caso en los sistemas de patentes de Estados Unidos-, se verifiquen antes de otorgar una patente. Esos elementos fundamentalmente son: (1) que se establezca el origen del material genético; (2) que se identifiquen los conocimientos tradicionales relacionados con el material utilizado; (3) que haya prueba de la distribución justa y equitativa de los beneficios, y (4) que haya prueba del consentimiento fundamentado previo bien del gobierno o del país donde se obtuvieron los recursos genéticos, o bien de las comunidades tradicionales, si se trata de un invento relacionado con ese conocimiento.

Sin embargo, ese lenguaje no se logró establecer en el TLC con Estados Unidos; por el contrario, Colombia ha renunciado a exigirles a sus socios comerciales en los TLC los requisitos que permiten prevenir la biopiratería en el propio sistema de patentes conforme la Decisión 486. Esto equivale a legitimar el otorgamiento de patentes sin divulgación. En otras palabras, los TLC legitiman la biopiratería respecto de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales originarios de Colombia.

Los tratados de libre comercio adoptan un mismo formato, ninguno incluye el requisito de la divulgación. De esta forma, la legitimación de la biopiratería se va presentando cada vez en más tratados. Con esta situación de proliferación de tratados comerciales con cláusulas ADPIC plus y sin cláusulas de divulgación en el capítulo de patentes hay menos probabilidades de lograr que de manera universal la OMC exija el requisito de divulgación en el Consejo de los ADPIC, en el contexto de la Ronda de Doha.

EL PROTOCOLO DE NAGOYA

El Protocolo es un acuerdo complementario del CDB. Suministra un marco jurídico para la implementación de uno de los tres objetivos del CDB: la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos.

El objetivo del Protocolo es:

La participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Para solucionar las asimetrías entre los países desarrollados y los países en desarrollo en la utilización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales, las negociaciones del Protocolo de Nagoya tenían una agenda balanceada que incluía, entre otros, los siguientes puntos: las medidas de vigilancia de la utilización de recursos genéticos, la revelación de origen y los puntos de verificación obligatoria.

MEDIDAS DE VIGILANCIA DE LA UTILIZACIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS

El artículo 17 del Protocolo de Nagoya contempla las medidas de vigilancia de la utilización de recursos genéticos. Según este artículo, “cada Parte

adoptará medidas, según proceda, para vigilar y aumentar la transparencia acerca de la utilización de los recursos genéticos".

El Protocolo conserva el sistema establecido por el CDB con relación al consentimiento fundamentado previo y la negociación de condiciones mutuamente acordadas y agrega el permiso y el certificado de cumplimiento. El permiso o su equivalente prueba que los recursos genéticos se han adquirido de forma legal. Este permiso lo expide la autoridad nacional del país proveedor una vez se haya comprobado que se ha obtenido el consentimiento fundamentado previo y se ha negociado las condiciones mutuamente acordadas; es decir, cuando se ha cumplido con su marco nacional de acceso{31}.

Después de obtenido el permiso o su equivalente emitido al momento del acceso se debe notificar al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios. Este permiso debidamente notificado constituye un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente que "sirve como prueba de que se ha accedido al recurso que cubre conforme al consentimiento fundamentado previo y de que se han convenido condiciones mutuamente acordadas, conforme a lo requerido por la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios de la Parte que otorga el consentimiento fundamentado previo" (artículo 17).

Con este Protocolo todos los países se comprometen a luchar en su jurisdicción contra la biopiratería, puesto que se obligan a establecer medidas para asegurar que el acceso a los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción haya sido de conformidad con el marco nacional del país proveedor. Para ello, todos los países se han comprometido a implantar puntos de verificación bajo su jurisdicción y a exigir a los usuarios de recursos genéticos que pasen bajo esos puntos de verificación a que aporten información sobre los recursos genéticos, principalmente por medio del certificado de cumplimiento{32}.

LA REVELACIÓN DEL ORIGEN (CERTIFICADO DE LEGAL PROCEDENCIA O CUMPLIMIENTO)

Para evitar la biopiratería se consideró incluir en el Protocolo la figura de la revelación del origen de los recursos genéticos o conocimiento tradicional en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente en la de patentes.

Los países en desarrollo habían insistido en la necesidad de introducir un requisito obligatorio para los miembros del Protocolo de revelar el origen o fuente de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado utilizados en una innovación objeto de una solicitud de derechos de propiedad intelectual, condición que además incluiría la prueba de la existencia del consentimiento fundamentado previo del país y/o las comunidades, de términos mutuamente acordados para su acceso y uso; y dependiendo del caso, de un documento (certificado de legal procedencia o permiso) que en definitiva acreditara el cumplimiento de la legislación nacional del país proveedor de los recursos{33}.

Desde el inicio hasta el final de las negociaciones este tema se caracterizó por la existencia de posiciones extremadamente opuestas, en relación con la competencia del CDB y la oportunidad y conveniencia de incluir la revelación del origen y el certificado en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual, en particular en las patentes. También se omitieron las potenciales sanciones en caso de incumplirse con dicho trámite. Por lo tanto, no fue sorpresivo que no fuera posible lograr un acuerdo sobre este tema en el Grupo Informal de Consultas creado en la Conferencia de las Partes para finalizar el Protocolo.

PUNTOS DE VERIFICACIÓN

En las negociaciones del Protocolo la principal diferencia entre los países desarrollados y los países en desarrollo fue el requisito de puntos de verificación obligatorios para supervisar o controlar la biopiratería. En determinados puntos, había que controlar, de manera obligatoria, el

cumplimiento de las leyes nacionales de acceso y distribución de beneficios del país de origen o del país proveedor de recursos genéticos. Los países en desarrollo habían insistido que "las oficinas de patentes y otras oficinas de propiedad intelectual fueran el punto de control mínimo obligatorio, y a eso se opusieron los países desarrollados, excepto Noruega"{34}. En particular, los países megadiversos argumentaban que era fundamental que hubiera un punto mínimo obligatorio en el examen de patentes y de las oficinas de variedades vegetales, puesto que "resulta el punto más cercano en la cadena de valor de la obtención real de beneficios"{35}. Sin embargo, no se incluyó como punto mínimo obligatorio a las oficinas de patentes, ni de variedades vegetales. En otras palabras, no se logró que se controlara la biopiratería en su fuente, en las oficinas de patentes y variedades vegetales.

Los países desarrollados rechazaron la posibilidad que el Protocolo contemplara una lista indicativa de puntos de control para guiar a las Partes en la puesta en práctica del Protocolo en el nivel nacional. La lista era la siguiente (Yoke Ling, 2010, en línea):

– Autoridad nacional competente en el país del usuario;

– Instituciones de investigación sujetas a financiamiento público;

– Entidades que publican resultados de investigación que se relacionan con la utilización de recursos genéticos;

– Examen/Patente de propiedad intelectual y oficinas de variedades vegetales;

– Autoridades que conceden la aprobación para la comercialización de productos basados en la utilización de recursos genéticos o sus derivados;

– Comunidades indígenas y locales, incluyendo sus autoridades relevantes competentes, que pueden conceder el acceso al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos.

El texto final del Protocolo requiere que uno o varios puntos de verificación "eficaces" sean designados y le deja a las Partes la posibilidad de escoger. Las Partes pueden hacer la designación de un punto de verificación, o más.

Estos deben ser “pertinentes a la utilización de recursos genéticos, o a la recopilación de información pertinente, entre otras cosas, en cualquier etapa de investigación, desarrollo, innovación, pre-comercialización o comercialización” (artículo 17).

CONCLUSIÓN

El Protocolo de Nagoya es una negociación internacional que acabó beneficiando a los países desarrollados y frustrando a las naciones en desarrollo. Si bien es cierto, el Protocolo avanzó en establecer un permiso o su equivalente emitido al momento del acceso que constituye un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente y sirve como prueba de que se ha accedido al recurso que cubre conforme las reglas de Comercio Justo de adb y las partes pueden hacer la designación de un punto de verificación, o más.

Sin embargo, el Protocolo de Nagoya no avanzó, conforme a los intereses de los países en desarrollo, en incluir en el Protocolo la figura de la revelación del origen de los recursos genéticos o conocimiento tradicional en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente en las de patentes. Tampoco se logró lo que expresamente pidieron algunos países en desarrollo, en el sentido de que las oficinas de patentes y otras oficinas de propiedad intelectual se convirtieran en el punto de control mínimo obligatorio. Los países desarrollados ni siquiera aceptaron que se incluyera una lista optativa de puntos de verificación.

En estas condiciones, a partir del Protocolo de Nagoya no se iniciará una nueva fase en la que se exija a los usuarios de recursos genéticos, derivados y conocimientos tradicionales conexos que pretendan patentarlos, que acrediten el estatus legal de los recursos y compartan los beneficios derivados de su utilización con los países proveedores y con las comunidades que han facilitado el acceso a los mismos. En otras palabras, el Protocolo no controlará la biopiratería en la que se utilizan las patentes

para ejercer un control monopólico sobre la utilización de recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales.

Como lo propone Stiglitz, hay que plantear el establecimiento de un Comercio Justo y crear un marco institucional en el cual el fruto del progreso económico no se quede concentrado en las empresas biotecnológicas del norte. En ese sentido, hay que buscar una globalización que no funcione a costa de los países del sur y sus comunidades indígenas y locales, en provecho de los ricos y poderosos, sino en beneficio de todos los pueblos incluyendo a aquellos de los países más pobres.

Sin embargo, como se comprobó, el marco institucional internacional de utilización de recursos genéticos, productos bioquímicos o derivados y conocimientos tradicionales no contribuye a establecer un Comercio Justo en la materia. En primer lugar, el CDB tiene una agenda balanceada, pero no se han presentado casos de distribución de beneficios significativos. En segundo lugar, el Acuerdo de los ADPIC de la OMC facilita una piratería legalizada de los recursos genéticos, bioquímicos o derivados y del conocimiento tradicional por medio de las patentes. Esto debido a que el régimen mundial del comercio, tanto en la OMC, como en la ompi, funciona sin exigir que en las solicitudes de las patentes se divulgue la fuente de los recursos genéticos, los bioquímicos o derivados, ni los conocimientos tradicionales utilizados en el desarrollo de la invención, ni el país de origen y fuente de los mismos. En tercer lugar, en el Comité de la ompi no se han dado avances en favor de los países del sur y las comunidades indígenas y locales.

Hay que cambiar el sistema de patentes mundial de forma tal que los países desarrollados y los países en desarrollo puedan prosperar. No es justo que la biopiratería esté legalizada en la OMC. Sin embargo, es muy poco probable que en la OMC se pase de los hechos a las negociaciones en derecho, para poder adoptar el artículo 29 bis OMC/ADPIC. Las discusiones están en un punto muerto. Por otro lado, hay una proliferación de acuerdos comerciales preferenciales en los que se pactan patentes ADPIC plus, y al mismo tiempo no se pactan cláusulas de divulgación de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales usados en la invención. Estos TLC son un

desincentivo para que la OMC adopte el artículo 29 bis y legitiman la biopiratería, dejando sin opciones a los países en los que están vigentes.

Para controlar la biopiratería en la que se utilizan las patentes para ejercer un control monopólico sobre la utilización de recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales hay que ejercer control en el examen de las patentes para verificar el cumplimiento de las disposiciones de Acceso y Distribución de Beneficios del CDB y del Protocolo de Nagoya. De esta forma se podría lograr un Comercio Justo que supere la triple asimetría que hay entre los países desarrollados y los países en desarrollo.

En ese marco institucional del Comercio Justo el futuro del Protocolo de Nagoya está en la voluntad de las autoridades nacionales de incluir, como punto de verificación del certificado de cumplimiento, al examen de las patentes. Las autoridades nacionales de los países desarrollados tienen la última palabra, ya que son sus oficinas de patentes las que registran casi todas las patentes del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

Baldwin, R. y Low, P. Multilateralizing Regionalism: Challenges for the Global Trading System, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Cabrera Medaglia, J. El Protocolo de Nagoya sobre acceso a recursos genéticos y la propiedad intelectual: un paso adelante, muchos por recorrer, 2010. Disponible en: http:// ictsd.org (consultado el 21 de enero de 2011).

Cabrera Medaglia, J. Contenidos esenciales del Protocolo de Nagoya sobre acceso a recursos genéticos y distribución justa y equitativa de beneficios.

Lima, 19 de mayo de 2011. Disponible en: www.spda.org.pe (consultado el 7 de septiembre de 2011).

Casas Castañeda, F. “Yo estuve en la negociación del Protocolo de Nagoya”, El Espectador, 25 de diciembre de 2010.

Comunidad Andina. “Análisis del Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos”, SG/di 620/Rev. 1 de 7 de mayo de 2004.

De Jonge, B. y Louwaars, N. “The Diversity of Principles Underlying the concept of Benefit Sharing”, Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law: Solutions for Access and Benefit Sharing, Earthscan Publications, 2009.

Decenio de las Naciones Unidas de Biodiversidad. Comunicado de prensa. Unión Europea y 12 Estados miembros firman el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y la Participación Justa y Equitativa de los Beneficios Derivados de su Utilización, 2011. Disponible en: www.cbd.int (consultado el 4 de septiembre de 2011).

Glowka, L. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Cambridge, uicn, 1996.

Gómez Lee, M. I. Conocimientos tradicionales y biodiversidad en el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (TLC), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Group, C. I. Seeding Solutions. Volume 1: Policy Options for Genetic Resources (People, Plants, and Patents Revisited). idrc Books, 2000. Disponible en: www.cbd. int (consultado el 13 de junio de 2012). Disponible en: www.mincomercio.gov.co (consultado el 12 de junio de 2012).

ICTSD y CINPE. "Questions over Future of Doha Intensify as Ministerial Draws Nearer", Bridges Weekly Trade News Digest, vol. 15, n.° 30, 14 de septiembre de 2011. Disponible en: http://ictsd.org (consultado el 19 de septiembre de 2011).

ICTSD. "omc llama a más coherencia en acuerdos comerciales regionales". Puentes 13, 8, 2011. Disponible en: http://ictsd.org (consultado el 22 de junio de 2011).

Lago Candeira, A. "El éxito de una ardua y compleja negociación: el Protocolo de Nagoya", Revista Ambienta, 2010. Disponible en: www.revistaambienta.es (consultado el 6 de septiembre de 2011).

Marín Aranguren, M. y Gómez Lee, M. I. "El papel del lenguaje en las negociaciones del régimen internacional de acceso y distribución de beneficios de los recursos genéticos (adb). Un diálogo con Fernando Casas", Comunicando & Política, vol. 3, n.° 27, 2009, pp. 143-163.

OMC. "ADPIC. Antecedentes y situación actual". Disponible en: www.wto.org (consultado el 12 de junio de 2012).

OMC. “Informe sobre el Comercio Mundial 2011. La omc y los acuerdos comerciales preferenciales: de la coexistencia a la coherencia”, 2011.

POSEY, D. A. y Dutfield, G. Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities (annotated edition), idrc Books, 1996.

Rodríguez, A. “El Acuerdo de los ADPIC y la Convención sobre Diversidad Biológica”, en: Carlos Alberto García Navia (comp.), La propiedad intelectual en los tratados comerciales, Colombia, Fundación Agenda Colombia, 2005.

Shiva, V. ¿Proteger o expoliar?: los derechos de la propiedad intelectual, Barcelona, Intermón y Oxfam, 2003.

Silva Herrera, J. “Un colombiano cocinó los avances en Nagoya”, El Tiempo, 17 de noviembre de 2010.

Stiglitz, J. E. El Malestar en la Globalización, Madrid, Taurus, 2007.

Stiglitz, J. E. y Charlton, A. Fairtrade for All: How Trade Can Promote Development, Oxford University Press, 2007.

Stoianoff, N. P. Accessing Biological Resources: Complying With the Convention on Biological Diversity, Ia ed., Kluwer Law International, 2004.

WIPO/GRTKF/IC/ii/8, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, 11.a sesión, Ginebra, 3 a 12 de julio de 2007, Recursos genéticos: Lista de opciones.

WIPO/GRTKF/IC/ 12/7, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, 12a sesión, Ginebra, 25 a 29 de febrero de 2008, Reconocimiento de los conocimientos tradicionales en el sistema de patentes.

WIPO/GRTKF/IC/ 19/7, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, 19.a sesión, Ginebra, 18 al 22 de julio de 2011, Opciones para la labor futura en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos.

Yoke Ling, C. “Mixed reactions on new access and benefit sharing treaty”, 3 de noviembre de 2010. Third World Network. Disponible en: http://undercovercop. org (consultado el 17 de agosto de 2011).

REYNALDO MUÑOZ CABRERA

Comercio Justo y Derecho del Mar

INTRODUCCIÓN

El hombre ha incorporado a su dinámica comercial prácticamente todos los recursos provenientes del mar y sus zonas costeras, como son sus recursos vivos (fauna, flora y recursos genéticos), sus recursos no vivos (hidrocarburos, minerales, energías) y los servicios que puede aprovechar de él como son, por excelencia, la navegación y, entre otros, el turismo. Por supuesto, el comercio de los recursos marinos y costeros también ha estado sometido a las características que la actividad comercial ha tenido a través de la historia, determinadas por los intereses de las potencias que han imperado en cada época.

Ahora, si el objeto del comercio es el intercambio (compra, venta, permuta) de mercancías consistentes bien en materias primas, productos elaborados, servicios, en fin, todo aquello susceptible de ser valorado e intercambiado y esa actividad conlleva el uso e impulso de otras actividades como el transporte, se desprende de ello, por un lado, la explotación de recursos naturales, renovables y no renovables, y, por otro lado, la utilización de espacios y ambientes con los efectos consiguientes.

Hasta hace poco se pensaba en la magnitud del mar no solo en cuanto a sus recursos sino también en cuanto a su capacidad para absorber y diluir la creciente y acelerada contaminación que soporta. Hoy en día se conoce aún más sobre su potencial, especialmente en recursos hidrocarburíferos y de minerales en los fondos marinos, se tiene una tecnología que permite llegar a profundidades antes impensables para su exploración y explotación pero desafortunadamente el conocimiento científico sobre este medio es aún muy limitado, lo que impide conocer la magnitud del daño que se le ha ocasionado y el aún mayor al que está expuesto ante las nuevas perspectivas de explotación.

La presión sobre el medio marino ha venido aumentando por múltiples factores, entre ellos, el constante incremento de la población mundial y la homogenización de los intereses orientados hacia la búsqueda de mayor confort y un estilo de vida fuertemente centrado en el consumo.

Es de advertir que el deterioro del medio marino es ya un hecho que preocupa a los científicos marinos y a los expertos conforme quedó establecido en el taller interdisciplinario realizado en la Universidad de Oxford, en Inglaterra, a principios de 2011, en el que se informó sobre el deterioro acelerado de la salud de los océanos ocasionado por la confluencia de diversos factores, entre ellos la sobreexplotación y la contaminación, y se advirtió del riesgo de una extinción sin precedentes de especies marinas y de ecosistemas.

Al asociarlo con el tema de Comercio Justo habría que convenir que el concepto de justicia tiene que ir aparejado con el concepto de sostenible. Los recursos deben aprovecharse de manera sostenible para que constituyan realmente un beneficio para todos, incluidas las futuras generaciones. Por tanto, la explotación del mar debe hacerse respetando principios ambientales y de sostenibilidad.

EL MEDIO MARINO

El informe de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) "Los océanos, fuente de vida, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vigésimo aniversario (1982-2002)" resume las características de este medio señalando:

Los océanos cubren casi las tres cuartas partes de la superficie de la tierra, contienen las nueve décimas partes de los recursos de agua y más del 97% de los seres vivos del planeta. Los océanos son parte esencial de nuestra biósfera: influyen en nuestro clima y afectan a nuestra salud y nuestro bienestar. De hecho, sin los océanos la vida no existiría en nuestro planeta.

El informe antes mencionado presenta los siguientes datos al referirse a los recursos y servicios que provee el medio marino y costero:

Los océanos son un recurso económico vital que proporciona sus medios de vida a millones de personas en todo el mundo. El grueso del comercio internacional -aproximadamente el 90 %- se transporta por mar. Más del 29 % de la producción mundial de petróleo viene de los océanos. El turismo de playa y los cruceros son una importante fuente de ingresos para muchos países, especialmente los pequeños Estados insulares en desarrollo. Cada año se capturan en todo el mundo casi 90 millones de toneladas de pescado, con un valor aproximado de 50.000 millones de dólares, y el sector pesquero y la acuicultura por sí solos dan trabajo a 36 millones de personas. Por último, cada vez son más los científicos que se interesan por el fondo de los océanos y buscan allí los descubrimientos científicos y los recursos del futuro.

Cabe hacer notar que como la demanda de recursos tanto para cubrir necesidades alimentarias así como para abastecer a la industria y el desarrollo técnico y tecnológico ha aumentado y las fuentes terrestres no dan abasto o empiezan a agotarse, el mar se convierte entonces en la fuente alternativa incrementándose allí la pesca, captura y aprovechamiento de fauna y flora, avanzando en su fondo la explotación de productos hidrocarburíferos así como en la exploración con miras a la explotación masiva de minerales pues allí se encuentran los mismos y aún más y en mayor cantidad de los que se encuentran en el medio terrestre, como sucede con el cobalto, cromo, hierro, plata, tierras raras, titanio, azufre, estaño, uranio, nódulos polimetálicos, sulfuros y cortezas de ferromanganeso con alto contenido de cobalto, petróleo, entre otros.

El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (pnuma), en un comunicado de mayo de 2011 señalaba que la extracción mundial de recursos no vivos pasó de 6.ooo millones de toneladas en 1900 a 49.000 millones de toneladas en 2000 y presentaba un cálculo para 2050 de unos 140.000 millones de toneladas de minerales, combustibles fósiles y

biomasa; es decir, cerca de 3 veces el monto actual y advertía sobre el catastrófico impacto de esta explotación sobre el medio ambiente y por supuesto el medio ambiente marino que será de donde se extraiga en el futuro gran cantidad de los recursos requeridos para cubrir esa demanda.

DERECHO DEL MAR

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A través de la historia pensadores, juristas, estrategas e historiadores, entre otros, han señalado las tendencias en las distintas épocas en relación con la concepción del mar.

Tanto en el Digesto como en la Instituta de Justiniano se encuentra la siguiente visión: “Et quidem naturali iuri omnium communia sunt illa: aer, aquae profluens et mare; et per hoc littora maris”. (“Ciertamente, según el Derecho Natural, el aire, el agua, el mar y sus riberas, pertenecen a todos los hombres”).

Digesto. Libro I, Título xiii, párrafo 2.

Y al hacer la distinción entre las cosas:

I.- Et quidem naturali communia sunt omnium haec: aer, acqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur,

dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mari.

2.-Flumina autem omnia etportuspublica sunt; ideoque iuspiscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.

3.- Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.

i.- Y por derecho natural son en verdad comunes a todos estas cosas: el aire, el agua corriente y el mar, y por lo mismo las costas del mar. A ninguno, pues, se prohíbe acercarse a las costas del mar, con tal de que, sin embargo, se aparte de las granjas, de los monumentos y de los edificios, porque no son, como el mar, del derecho de gentes.

2. - Mas todos los ríos y los puertos son públicos; y por tanto, es común a todos el derecho de pescar en el puerto y en los ríos.

3. - Mas es costa del mar hasta donde se extienden las mayores olas en el invierno.

De la Instituta del Señor Justiniano

Libro II, Título 1 - De la división de las cosas

En el siglo XVI, el jurista español FernandoVásquez de Menchaca defendía la libertad de los mares en cuanto a la navegación y a la pesca, pues abogaba que al mar le era inherente el derecho de gentes primitivo, que el mar no había sido separado de la comunidad de los hombres ni entregado ni confiado a alguno o algunos en particular.

Francisco de Vitoria, teólogo y jurista español, en sus aportaciones jurídicas y sobre temas económicos también afirmó la libertad de los mares pues consideraba que el orden natural se basaba en la libertad de circulación de los hombres, ideas y productos.

Los holandeses, por su parte, reclamaron su derecho a participar del comercio que se desarrollaba a través de los mares, argumentando que por derecho de gentes es libre la navegación para todos y hacia todos. Hugo Grocio, en su obra De la libertad de los mares (1609) señalaba, como se encuentra en la edición en español editada en 1979:

Nos hemos propuesto demostrar breve y claramente que los holandeses, como súbditos de las Provincias Unidas belgo-germánicas, tienen derecho de navegar, como lo hacen, a las Indias y de comerciar con sus habitantes. Fundamentaré mi argumentación en el Derecho de gentes que llaman primario, como regla certísima, y cuya clara e inmutable razón es la siguiente: que todas las gentes pueden relacionarse y negociar entre sí (p. 62).

En fin, era un alegato para oponerse a que los portugueses, entonces grandes descubridores, fueran los únicos autorizados para navegar y comerciar con las Indias Orientales, doctrina que igual se aplicaba a los españoles con respecto a las Indias Occidentales. Además, para rechazar el derecho de dominio sobre las Indias Orientales y Occidentales de los portugueses y los españoles respectivamente por título de donación pontificia. Entre otras razones porque [...] “una donación como la citada no tiene ninguna importancia por ser donación de cosa ajena” (p. 75).

En el siglo xvii marinos y mercaderes de las llamadas Provincias Unidas lograron penetrar rutas que previamente habían sido del dominio de españoles y portugueses creando todo un imperio comercial que iba desde América hasta el Extremo Oriente.

A mediados del siglo xvii, Inglaterra, en la puja por el control de los mares orientó una serie de leyes en ese sentido, denominadas Actas de Navegación, entre las que estableció la exclusividad de uso de naves inglesas para el transporte de mercancías originadas allí o con destino hacia ese país, con lo cual fortaleció su flota mercante que imperó en los mares del mundo hasta el siglo xx.

En el siglo xviii el jurista y teórico político neerlandés Cornelius van Bynkershoek señalaba que los Estados ribereños tenían derecho a las aguas adyacentes. Para aquella época se hablaba del mar territorial de un Estado ribereño consistente en tres millas náuticas que era la distancia que se calculaba alcanzaba una bala de cañón disparada desde la orilla de la costa hacia el mar.

Hacia finales del siglo xix Alfred Thayer Mahan, militar e historiador estadounidense, con una visión geopolítica insistió en la importancia de que Estados Unidos de Norteamérica proyectara su poderío naval considerando esto como la mejor estrategia militar y así mismo que orientara su política exterior expandiendo sus comunicaciones marítimas y ampliando los mercados a escala mundial. Entre otras recomendaciones contemplaba la ocupación de islas como Hawai y Filipinas, así como tener el dominio del Caribe y apoyaba además la iniciativa de unir los océanos Pacífico y Atlántico mediante un canal.

Las dos guerras mundiales del siglo xx, al igual que las guerras de siglos anteriores, tuvieron como escenario importante de su desenvolvimiento el mar, y las potencias en sus respectivos momentos determinaron la importancia estratégica del mismo. Terminada la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos de Norteamérica empezó a reclamar derechos en este sentido, pero no solamente para efectos de su seguridad y de su preeminencia en su condición de potencia vencedora sino también por su incidencia en el campo comercial.

En la Declaración Truman del 28 de septiembre de 1945, el presidente estadounidense Harry Truman manifestaba que su gobierno consideraba los recursos naturales del subsuelo y el fondo marino de la plataforma continental por debajo de la alta mar cercana a las costas de su país como pertenecientes al mismo y por tanto bajo su jurisdicción y su dominio y, más aún, se dispensaba el derecho de establecer áreas de conservación para protección de sus recursos pesqueros en la alta mar contigua a sus costas. Con esta precisión empieza a enfatizarse el interés en el mar no solo para su utilización en la navegación sino para efectos de la explotación de sus recursos en los fondos marinos.

Ante la necesidad de proteger los recursos pesqueros y mineros de los países ribereños y poder ejercer control, incluso de carácter ambiental, se planteó el incremento del mar territorial. En este sentido pesaron los planteamientos, por un lado, del gobierno de Estados Unidos de Norteamérica y en reacción a estos y a continuación, los de países latinoamericanos que en 1952 firmaron la Declaración de Santiago de Chile proclamando su soberanía y jurisdicción en aguas marinas hasta una distancia de 200 millas marinas desde las costas de sus países. Acto seguido otros países latinoamericanos y de los demás continentes acogieron esta medida.

En 1956 la ONU convocó a la I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en Ginebra (Suiza) que concluyó en 1958 con la elaboración de cuatro convenciones regulatorias del mar, a saber:

Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua. Define tanto el mar territorial como la zona contigua y establece la soberanía de los Estados sobre estas franjas de espacio marino diferenciándolas una de otra, estableciendo su respectiva extensión, la forma y criterios para su medición, los límites, las regulaciones para el tránsito de embarcaciones y otros aspectos.

Convención sobre Alta Mar. Define la Alta Mar y la declara abierta a todas las naciones, pero sin que ningún Estado pueda ejercer soberanía sobre ella. Precisa además las libertades que sobre ella tienen todos los Estados, ribereños y no ribereños, entre ellas, la libertad de pesca y la libertad de navegación y su regulación mediante normas del derecho internacional.

Convención sobre Plataforma Continental. Define este espacio y hace precisiones sobre su delimitación además de señalar a los Estados los derechos y deberes que les son inherentes en relación con el mismo, incluidos los relativos a la protección del medio ambiente marino.

Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar. Considerando el avance de la técnica moderna para la explotación de los recursos vivos del mar, que ha permitido al hombre incrementar su explotación para atender los requerimientos alimenticios de una población en aumento, lo cual ha puesto a algunas especies en peligro, y haciendo evidente que para solucionar este problema se requiere la cooperación internacional, se suscribió esta Convención en la que se establecieron objetivos orientados a corregir y solucionar esta problemática, estableciendo deberes y derechos de los Estados para el logro de los mismos.

Conviene anotar que para esa época no se pensaba aún en la posibilidad de poder explorar y explotar recursos existentes en los profundos fondos oceánicos llamados fondos abisales.

Avanzando en el siglo xx dos factores determinantes generaron un importante incremento en la explotación del medio marino: por un lado, el aumento acelerado de la población mundial, que pasó de 2.000 millones en las primeras décadas de 1900 a más de 6.ooo millones al acercarse el año 2000, con el consecuente aumento en la demanda de alimentos, productos y servicios; y por otro lado, los grandes avances tecnológicos aplicados a la navegación, la pesca y la exploración del medio marino que han permitido llegar a intervenir de manera importante el alta mar ocasionando su sobreexplotación y parejo a ello su contaminación.

Los avances científicos y tecnológicos asimismo han permitido cada vez más el acceso a los fondos marinos abisales, lo que unido a la sobreexplotación y contaminación del alta mar han activado las tensiones entre los Estados, ribereños y no ribereños, ante perspectivas como el agotamiento de recursos alimenticios, la explotación de hidrocarburos y los graves efectos ambientales de esa actividad así como exploración con miras a la explotación de minerales y nuevos productos que la ciencia va descubriendo en esos espacios, como los recursos genéticos.

Se evidenció entonces la necesidad de que los Estados actuaran concertadamente para el manejo de esos fondos marinos, determinando un orden para su utilización y para la gestión de sus recursos.

En 1967 Arvid Pardo, embajador de Malta, tomando en consideración los avances tecnológicos que para la época permitían cada vez mayor acceso a los fondos marinos y previendo la explotación de sus recursos, planteó ante la ONU la adopción de un tratado y la creación de un organismo internacional que regulara los siguientes aspectos relativos al lecho del mar y el fondo del océano más allá de los límites de la jurisdicción nacional:

– que estos espacios no fueran susceptibles de apropiación por ningún Estado;

– que su exploración se hiciera conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas;

– que su exploración y explotación se hiciera en interés de todos, constituyéndose en patrimonio común de la humanidad; y

– que se reservaran exclusivamente para fines pacíficos.

En diciembre de 1970, mediante la Resolución 2749 de la Asamblea General de la ONU, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, más allá del límite de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, fueron declarados patrimonio común de la humanidad.

La ONU convocó, en 1973, la tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar y luego de nueve años de negociaciones la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fue suscrita, en Montego Bay, Jamaica, el io de diciembre de 1982.

Mientras se adelantaban las deliberaciones que concluyeron con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la ONU también trabajaba en una regulación de los derechos y deberes económicos de los Estados que se adoptó en i974 como “Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados” en donde se incluyen algunos aspectos relacionados con el derecho del mar como se verá a continuación”.

CARTA DE DERECHOS Y DEBERES ECONÓMICOS DE LOS ESTADOS

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 328i del 12 de diciembre de 1974 adoptó esta Carta que, en su preámbulo, declara como objetivo fundamental:

[...] promover el establecimiento del nuevo orden económico internacional, basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, sin distinción de sistemas económicos y sociales.

Como sus fines señala, entre otros, que se espera de todos los Estados,

[...] la cooperación en materia económica, comercial, científica y técnica, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos o sociales; [...]

La Carta señala como requisito el establecimiento y mantenimiento de un orden económico y social bajo parámetros de justicia y equidad mediante, entre otros:

a) El logro de relaciones económicas internacionales más racionales y equitativas y el fomento de cambios estructurales en la economía mundial;

b) La creación de condiciones que permitan una mayor expansión del comercio e intensificación de la cooperación económica entre todas las naciones; [...]

Con el estricto respeto de la igualdad soberana de cada Estado y mediante la cooperación de toda la comunidad internacional pretende lograr un desarrollo justo y racional a nivel mundial.

Reconociendo que todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas, en el artículo 29 del capítulo III sobre responsabilidades comunes para con la comunidad internacional, expresa:

Los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como los recursos de la zona, son patrimonio común de la Humanidad. Sobre la base de los principios aprobados por la Asamblea General en su resolución 2749 (xxv), de 17 de diciembre de 197o, todos los Estados, deberán asegurar que la exploración de la zona y la explotación de sus recursos se realicen exclusivamente para fines pacíficos, y que los beneficios que de ello se deriven se repartan equitativamente entre todos los Estados, teniendo en cuenta los intereses y necesidades especiales de los países en desarrollo; mediante la concertación de un tratado internacional de carácter universal que cuente con el acuerdo general, se establecerá un régimen internacional que sea aplicable a la zona y sus recursos y que incluya un mecanismo internacional apropiado para hacer efectivas sus disposiciones.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

Como se mencionó antes, las Naciones Unidas convocaron la tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar en i973. Luego de nueve años de negociaciones fue aprobada en Nueva York, en abril de 1982, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por 13o Estados, 4 votos en contra (Estados Unidos, Israel, Turquía y Venezuela) y 17 abstenciones. A continuación fue abierta a la firma en Montego Bay, Jamaica, el io de diciembre de 1982 y ese mismo día la suscribieron II9 Estados. A septiembre de 2011, de 193 Estados, la han ratificado 162 y por tanto son Estados Parte de la Convención. Estos Estados Parte cubren todas las latitudes y entre ellos se encuentran Estados ribereños y no ribereños así como Estados en situación geográfica desventajosa.

Es importante hacer notar que Colombia en su momento suscribió la Convención, pero a la fecha aún no la ha ratificado.

Esta convención fue calificada por Tommy T. B. Koh, presidente de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, como "una verdadera constitución para los océanos". En ella se parte de la conveniencia de

[...] establecer, con el debido respeto de la soberanía de todos los Estados, un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos confines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos.

Teniendo presente que el logro de esos objetivos contribuirá a la realización de un orden económico internacional justo y equitativo que tenga en cuenta los intereses y necesidades de toda la humanidad y, en particular, los intereses y necesidades especiales de los países en desarrollo, sean ribereños o sin litoral.

La Convención definió los diferentes espacios marinos y costeros así como su jurisdicción, estableció parámetros y normas para su uso y para el aprovechamiento y conservación de sus recursos señalando la importancia de concebir el mar de manera integral e introdujo la categoría de "patrimonio común de la humanidad" para el espacio marino denominado la Zona que comprende el suelo y subsuelo marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional, lo que a la vez que la declara como perteneciente a todos los países -ribereños y no ribereños- los responsabiliza a todos de su protección.

La Convención contempla los siguientes asuntos:

- Definición y límites de las zonas marítimas (mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, plataforma continental).

– Derechos de navegación, inclusive por los estrechos utilizados para la navegación internacional.

– Paz y la seguridad en los océanos y los mares.

– Conservación y gestión de los recursos marinos vivos.

– Protección y preservación del medio marino.

– Investigación científica.

– Actividades en los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional de los Estados ribereños.

– Procedimientos para la solución de controversias entre los Estados.
Interesa hablar de la gestión de los espacios marinos de carácter internacional, como son el Alta Mar y la Zona cuyo aprovechamiento se plantea, en principio, en beneficio de todos.

LA ALTA MAR

La Parte VII de la Convención se refiere a la Alta Mar y aunque no la define propiamente, en el desarrollo del articulado va indicando sus características. Así, en el artículo 86 señala:

Las disposiciones de esta Parte se aplican a todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico.

En el artículo 87 agrega:

La alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral. [...].

Al hacer mención a la libertad de la Alta Mar señala, entre otras, la libertad de navegación y la libertad de pesca.

Es decir que la Alta Mar está conformada por todas las partes del mar más allá del límite exterior de la zona económica exclusiva, siendo la zona económica exclusiva la zona de 200 millas contadas a partir de las líneas de base. En consecuencia, si la Alta Mar antes se medía respecto de la "bala de cañón", con esta nueva medida a partir del límite exterior de la zona económica exclusiva se redujo bastante su tamaño.

La Alta Mar es libre y no está bajo la soberanía de ningún Estado; todos los países -ribereños y no ribereños- pueden realizar actividades y usos de la misma, tales como la navegación y la pesca, dentro de unas normas establecidas por la Convención y otros convenios o tratados internacionales que regulan las rutas marítimas, las condiciones de las embarcaciones, la

protección de las especies marinas y muchos otros aspectos. Asimismo, su uso debe hacerse exclusivamente con fines pacíficos.

LA ZONA

La Convención en su artículo primero define la Zona así:

Por 'Zona' se entiende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Vale la pena mencionar que los límites exteriores de las plataformas continentales nacionales definen el límite de la zona internacional de los fondos marinos. La plataforma continental en principio, como primero fue reconocida, se extendía hasta las 200 millas marinas a partir de la costa. Hoy, según la propia Convención, puede extenderse, en determinados casos, hasta en 350 millas marinas; una milla marina es equivalente a 1.852 metros.

Actualmente, la mayoría de los Estados ribereños tienen la intención de extender su plataforma continental hasta las 35o millas marinas. Para el efecto la Convención creó la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, ante la cual el Estado interesado debe someter su intención a consideración previa.

La Convención establece que para efectos de la exploración y de la explotación de sus recursos naturales el Estado ribereño ejerce soberanía sobre la plataforma continental, precisando que esos recursos naturales son los recursos minerales y otros recursos no vivos en el lecho del mar y su subsuelo, al igual que los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias, consideradas como tal las que en el periodo de explotación

estén inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo o solo se movilicen manteniendo constante contacto físico con el lecho o el subsuelo.

El artículo 8i otorga al Estado ribereño el derecho exclusivo a autorizar y regular las perforaciones que con cualquier fin se realicen en su plataforma continental.

La Parte xi de la Convención, dedicada a la Zona, en el artículo 136 reitera: “La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad ".

Cabe anotar que la extensión de la plataforma continental y su ampliación conllevan una notable disminución de la extensión total de los fondos marinos internacionales que pueden equivaler a más de la mitad de la extensión del planeta, y por ende se reduce el patrimonio común de la humanidad, tanto en área como en recursos.

El artículo 137 de la Convención dice:

I. Ningún Estado podrá reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de la Zona o sus recursos, y ningún Estado o persona natural o jurídica podrá apropiarse de parte alguna de la Zona o sus recursos. No se reconocerán tal reivindicación o ejercicio de soberanía o de derechos soberanos ni tal apropiación.

2. Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad. Estos recursos son inalienables. No obstante, los minerales extraídos de la Zona solo podrán enajenarse con arreglo a esta Parte y a las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad.

3. Ningún Estado o persona natural o jurídica reivindicará, adquirirá o ejercerá derechos respecto de los minerales extraídos de la Zona, salvo de

conformidad con esta Parte. De otro modo, no se reconocerá tal reivindicación, adquisición o ejercicio de derechos.

Al referirse al tema de los recursos naturales de la Zona, la Convención los definió así en el artículo 133:

[...] a) Por "recursos" se entiende todos los recursos minerales sólidos, líquidos o gaseosos in situ en la Zona, situados en los fondos marinos o en el subsuelo, incluidos los nódulos polimetálicos.

b) Los recursos, una vez extraídos de la Zona, se denominarán "minerales".

El artículo 150, también contenido en la Parte xi de la Convención, se refiere al aprovechamiento de los recursos de la Zona y precisa:

Las actividades en la Zona se realizarán, según se dispone expresamente en esta Parte, de manera que fomenten el desarrollo saludable de la economía mundial y el crecimiento equilibrado del comercio internacional y promuevan la cooperación internacional en pro del desarrollo general de todos los países, especialmente de los Estados en desarrollo y con miras a asegurar:

a) El aprovechamiento de los recursos de la zona [...]. e) El aumento de la disponibilidad de los minerales procedentes de la Zona en la medida necesaria, junto con los procedentes de otras fuentes, para asegurar el abastecimiento a los consumidores de tales minerales. f) La promoción de

precios justos y estables, remunerativos para los productores y equitativos para los consumidores, respecto de los minerales procedentes tanto de la Zona como de otras fuentes, y la promoción del equilibrio a largo plazo entre la oferta y la demanda. g) Mayores oportunidades de que todos los Estados Partes, cualquiera que sea su sistema social y económico o su ubicación geográfica, participen en el aprovechamiento de los recursos de la Zona, así como la prevención de la monopolización de las actividades de la Zona. h) La protección de los Estados en desarrollo respecto de los efectos adversos en sus economías o en sus ingresos de exportación resultantes de una reducción del precio o del volumen de exportación de un mineral, en la medida en que tal reducción sea ocasionada por actividades en la Zona [...], i) El aprovechamiento del patrimonio común en beneficio de toda la humanidad. [...].

LA AUTORIDAD INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS

Para efectos de la gestión y administración de ese patrimonio común de la humanidad, la Convención creó la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (la Autoridad), encargada de vigilar todas las actividades que se lleven a cabo allí, entendiéndose por actividades en la Zona las actividades de exploración y explotación de sus recursos.

Por principio, la Autoridad se basa en la igualdad soberana de todos sus miembros.

La Autoridad dispondrá la distribución de los beneficios financieros y de otro orden resultantes de la explotación de los recursos de la Zona, explotación que se hará en beneficio de la humanidad, lo que incluye Estados ribereños y no ribereños.

La Autoridad se creó en i994, cuando la Convención entró en vigor, y opera desde 1996. Su sede es en Kingston (Jamaica).

LA EMPRESA

La Convención creó también la Empresa, a través de la cual ejerce sus funciones la Autoridad, y la define así en el artículo 170:

La Empresa será el órgano de la Autoridad que realizará actividades en la Zona directamente [...] así como actividades de transporte, tratamiento y comercialización de minerales extraídos de La Zona.

La sede de la Empresa también es en Kingston (Jamaica).

CÓDIGO DE MINERÍA

En desarrollo de lo señalado en el artículo i45 de la Convención, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos ha venido trabajando en la delineación del Código de Minería para la Zona que contenga normas, reglamentos y procedimientos para regular la prospección, exploración y explotación de minerales con el objetivo de garantizar la protección ambiental de la Zona y defenderla de los efectos negativos que las actividades de exploración, explotación y actividades conexas puedan generar.

A la fecha la Autoridad ha aprobado los siguientes reglamentos:

– Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona, aprobado en 2000.

– Reglamento sobre prospección y exploración de sulfuros polimetálicos en la Zona, aprobado en 2010.

En estos reglamentos se ha hecho énfasis en la aplicación del criterio de precaución a la que están obligados tanto la Autoridad como los Estados patrocinadores de la actividad minera.

Existe también un proyecto de reglamento sobre prospección y exploración de costras de ferromanganeso con alto contenido de cobalto en la Zona.

Asimismo, se han aprobado recomendaciones para orientar a los contratistas en relación con la evaluación de los impactos ambientales causados por la exploración de nódulos polimetálicos.

PROTECCIÓN Y PRESERVACIÓN DEL MEDIO MARINO

Con visión hacia futuro la Convención incluyó la Parte XII que hace referencia a la protección y preservación del medio marino estableciendo lineamientos sobre cooperación internacional, asistencia, vigilancia, legislación, investigación científica, desarrollo y trasmisión de tecnología marina, entre otros. En el artículo 193 establece:

Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino.

El artículo 194 se refiere a las medidas que los Estados deben adoptar para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino y precisa:

I. Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente

de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto [...]. 3. Las medidas que se tomen con arreglo a esta Parte se referirán a todas las fuentes de contaminación del medio marino. Estas medidas incluirán, entre otras, las destinadas a reducir en el mayor grado posible [...]. c) La contaminación procedente de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración y explotación de los recursos naturales de los fondos marinos y su subsuelo, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos [...]. 5. Entre las medidas que se tomen de conformidad con esta Parte figurarán las necesarias para proteger y preservar los ecosistemas raros o vulnerables, así como el hábitat de las especies y otras formas de vida marina diezmadas, amenazadas o en peligro.

También aborda el tema de la armonización de las normas de nivel nacional e internacional para estos efectos y complementa con el artículo 209 sobre contaminación resultante de actividades en la Zona que dice:

I. De conformidad con la Parte xi, se establecerán normas, reglamentos y procedimientos internacionales para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino resultante de actividades en la Zona. Tales normas, reglamentos y procedimientos se reexaminarán con la periodicidad necesaria.

2. Con sujeción a las disposiciones pertinentes de esta sección, los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino resultante de las actividades en la Zona que se realicen por buques o desde instalaciones, estructuras y otros dispositivos que enarbolen su pabellón, estén inscritos en su registro u

operen bajo su autoridad, según sea el caso. Tales leyes y reglamentos no serán menos eficaces que las normas, reglamentos y procedimientos internacionales mencionados en el párrafo I .

Además, en el artículo 237 en relación con otros convenios o acuerdos precisa:

I. Las disposiciones de esta Parte no afectarán a las obligaciones específicas contraídas por los Estados en virtud de convenciones y acuerdos especiales celebrados anteriormente sobre la protección y preservación del medio marino, ni a los acuerdos que puedan celebrarse para promover los principios generales de esta Convención.

2. Las obligaciones específicas contraídas por los Estados en virtud de convenciones especiales con respecto a la protección y preservación del medio marino deben cumplirse de manera compatible con los principios y objetivos generales de esta Convención.

Algunos de estos convenios son:

– Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) y el Mandato de Yakarta (1995), derivado de este convenio.

– Convención Ramsar sobre humedales (1971).

– Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (l992).

– El Tratado Antártico (1959).

INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA MARINA

El conocimiento científico del medio marino es aún muy incipiente en contraste con el avance tecnológico que permite intervenirlo y explotarlo cada vez más a fondo desconociendo los efectos. Es necesario, por tanto, enfatizar en la investigación científica de estos espacios, sus ecosistemas, las relaciones de interdependencia y, por supuesto, las consecuencias de su afectación.

La parte XIII de la Convención trata sobre la investigación científica marina y señala el derecho que tienen todos los Estados, cualquiera que sea su situación geográfica, así como las organizaciones internacionales competentes, a realizar investigaciones científicas marinas con sujeción a los derechos y deberes de otros Estados, según lo dispuesto en la Convención.

Por otra parte, estimula el fomento y facilitación de esta investigación y la cooperación internacional para este fin, además de la difusión de los conocimientos resultantes de la investigación científica marina, sin perjuicio del derecho de los Estados -en ejercicio de su soberanía- de regular, autorizar y realizar actividades de esta índole en su mar territorial, su zona económica exclusiva y su plataforma continental pero de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención.

RESPONSABILIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS RESPECTO A LOS ASUNTOS OCEÁNICOS Y DEL DERECHO DEL MAR

INFORME DEL SECRETARIO GENERAL DE NACIONES UNIDAS

Por mandato de la Convención, el Secretario General de Naciones Unidas debe presentar anualmente un informe a la Asamblea General y a la Conferencia de los Estados Partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Ese informe es preparado en la División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de la Oficina Jurídica de la onu.

En el adendo 2 del informe del Secretario General de la ONU correspondiente al 65 periodo de sesiones, llevado a cabo en 2010, sobre el tema de los océanos y el Derecho del Mar se contemplan los siguientes aspectos:

ASPECTOS ECONÓMICOS DEL TRANSPORTE MARÍTIMO

En este sentido indica el Secretario General:

5I. La industria del transporte marítimo internacional es indispensable para la economía mundial, pues transporta aproximadamente el 90% del volumen del comercio mundial y hace posible el comercio intercontinental, el transporte a granel de materias primas y la importación y exportación de artículos manufacturados y alimentos asequibles.

Sobre este mismo asunto agrega que el Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional (omi) recientemente aprobó normas internacionales basadas en objetivos para la construcción de buques graneleros y petroleros tendientes a garantizar que los buques de nueva construcción cumplan criterios estructurales ajustadas a los requisitos funcionales elaborados y acordados por ese Comité.

Respecto a los recursos pesqueros marinos señala:

171. La pesca marina mundial provee, a casi i.ooo millones de personas de todo el planeta, del pescado que constituye su fuente de proteínas principal. Asimismo, la pesca procura aproximadamente 170 millones de puestos de trabajo y unos ingresos de 35.000 millones de dólares anuales a las familias de pescadores. Sin embargo, la pesca marina mundial afronta actualmente su posible hundimiento y reporta unos beneficios económicos y sociales inferiores a los que debería reportar. En un informe del pnuma se ha estimado que la ordenación ecológicamente racional del sector pesquero, que consistiría en regenerar las poblaciones de peces e instaurar medidas de gestión efectiva, podría aumentar el volumen de capturas de la pesca marina de 8o millones de toneladas anuales a 112 millones de toneladas, lo que podría reportar unos ingresos totales por capturas de 119.000 millones de dólares anuales aproximadamente, en lugar de los 85.000 millones actuales, y elevar los ingresos mundiales totales de las familias de pescadores de 35.000 millones de dólares a 44.000 millones de dólares anuales.

ASPECTOS DE SEGURIDAD DEL TRANSPORTE MARÍTIMO

Se refiere al transporte de mercancías peligrosas y comenta que la Conferencia General del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) adoptó medidas para reforzar la cooperación internacional en materia de seguridad nuclear, radiológica, del transporte y de los desechos.

También trata sobre las rutas seguras para la navegación internacional y la identificación y seguimiento de largo alcance de los buques.

Se refiere igualmente a los siniestros y sucesos en el mar, y recuerda que la Organización Marítima Internacional (OMI) ha publicado un análisis elaborado con base en los informes recibidos de más de 100 siniestros evidenciando tendencias generales y extrayendo enseñanzas útiles para dar a conocer entre la gente del mar.

Hace mención también a la migración internacional por mar precisando que es con frecuencia peligrosa y señala que actualmente la ruta migratoria a través del Golfo de Adén y el Mar Rojo es la más concurrida y mortífera del mundo.

Habría que agregar también las rutas por el Mediterráneo del norte de África a España e Italia.

Sobre seguridad marítima{1}, en el capítulo vii del informe se refiere a los avances para

[...] hacer frente a las amenazas a la seguridad marítima, en particular los actos de piratería y robo a mano armada en el mar, los actos terroristas contra la navegación y las instalaciones en mar abierto y otros intereses marítimos y la delincuencia organizada transnacional.

También se refiere al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y señala en el aparte 123 lo siguiente:

123. Del Informe Mundial sobre las Drogas 2010, elaborado por la unodc, se desprende que el transporte por mar sigue siendo el método primordial del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en todo el mundo. Por ejemplo, el tráfico de cocaína con destino a Europa se realiza principalmente por mar, ya que alrededor del 69% del volumen total de la cocaína confiscada por las autoridades aduaneras que se dirigía a Europa occidental se ha descubierto a bordo de botes o buques, escondida entre el cargamento o en la estructura de la embarcación.

ASPECTOS CIENTÍFICOS Y DE PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO

Se refiere el informe en el aparte 132 al estudio sobre los océanos y el Derecho del Mar y señala que:

[...] el uso sostenible de los océanos depende de la ciencia marina y de un conocimiento científico adecuado. La ciencia marina es un instrumento para investigar, comprender y aprovechar el medio marino de manera sostenible. Al acrecentar el conocimiento que tiene la humanidad de los procesos naturales de los océanos, dicha ciencia y sus tecnologías auxiliares pueden ayudar a adoptar decisiones y a mejorar la ordenación costera integrada y el aprovechamiento sostenible de los recursos marinos, así como ofrecer medios efectivos de proteger y conservar el medio marino y sus recursos.

El Secretario General, en su informe general del 65 periodo de sesiones, celebrado en 2010, al tratar el tema de los recursos no vivos señalaba lo siguiente:

182. Recursos no vivos. Gran parte de las actividades de investigación y desarrollo, así como de exploración y explotación de los recursos marinos no vivos, incluidos los recursos de petróleo, gas y minerales submarinos, se llevan a cabo dentro de la jurisdicción nacional de los Estados.

Mediante un caso concreto en el sector de la extracción submarina de petróleo y gas mencionaba el esfuerzo por armonizar las políticas y leyes ambientales nacionales de minería marina, dragado y prospección y producción petrolíferas en el mar y elaborar un modelo de los efectos acumulativos de tales actividades en el medio marino.

En el aparte 185 del informe indicaba:

En lo que atañe a la Zona, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos impulsa actividades e iniciativas de creación de capacidad en relación con la exploración y explotación de los recursos no vivos, en particular mediante talleres sobre los aspectos científicos y técnicos de la extracción de minerales de los fondos marinos, los efectos ambientales de dicha actividad y las posibles formas de normalizar la información y los datos reunidos por diversas instituciones científicas y de difundirlos entre los Estados miembros. La Autoridad cuenta también con un depósito central de datos, que contiene datos centralizados públicos y privados adquiridos de varios institutos del mundo sobre recursos minerales marinos.

En el informe del Secretario General de Naciones Unidas para la Asamblea General de 2011 se señalaba que:

3. No hay zona marina que no se haya visto afectada por las actividades humanas, y en casi la mitad de ellas inciden fuertemente múltiples factores de cambio. Sigue aumentando la demanda de alimentos marinos conforme aumenta la población. Las poblaciones de peces silvestres continúan sometidas a presiones y se expande la acuicultura. El cambio climático hace que las poblaciones de peces se redistribuyan hacia los polos y, en comparación, los océanos tropicales pierden diversidad. El aumento del nivel del mar amenaza muchos ecosistemas costeros. La acidificación de los océanos menoscaba la capacidad de formar esqueleto de los mariscos, los corales y el fitoplancton marino, lo que amenaza debilitar las redes alimentarias marinas, así como las estructuras de los arrecifes. El aumento de la carga de nutrientes y la contaminación elevan la incidencia de las zonas costeras muertas, y la globalización aumenta el daño que provocan las especies exóticas invasoras transportadas en las aguas de lastre de los barcos.

Y agregaba:

5. Si bien las actividades humanas y las presiones sobre la biodiversidad marina siguen alcanzando su máxima intensidad en las zonas costeras, diversos factores han propiciado un aumento de las actividades humanas a mayor distancia de las costas. Entre ellos cabe mencionar la declinación y, en algunos casos, el colapso de las poblaciones de peces de aguas someras, el desarrollo de nuevas tecnologías para explorar y explotar los recursos de los fondos marinos, la búsqueda de nuevas fuentes alternativas de energía y la reglamentación más estricta de ciertas actividades en zonas dentro de la jurisdicción nacional. Los crecientes intereses científicos y comerciales en zonas que hasta la fecha esencialmente no se habían explorado inciden ahora de manera acumulativa en la biodiversidad marina y en los recursos biológicos. En el Censo de la Vida Marina se determinó que antes el mayor impacto sobre las aguas profundas era causado por la eliminación de desechos y otros residuos, mientras que hoy en día se debe a la pesca y a la extracción de hidrocarburos y minerales. Se prevé que en el futuro será el cambio climático el que provoque los mayores efectos. Los mayores conocimientos científicos sobre las amenazas a los océanos también ponen de manifiesto de qué forma los efectos aislados de sectores individualmente considerados terminan por concentrarse, se expanden más allá de zonas y mares cerrados e interactúan de forma sinérgica, afectando no solo a las especies y comunidades humanas locales que dependen de los ecosistemas costeros sino también, cada vez más, a los sistemas naturales y sociedades humanas más amplios de los que forman parte.

Sobre el tema de avances tecnológicos es importante anotar los contenidos del numeral 27 en el que se señalaba que continúa ampliándose la frontera de la extracción de hidrocarburos a grandes profundidades. Refiriéndose a acontecimientos más recientes señalaba que:

[...] Mientras que la extracción se realiza normalmente a profundidades de entre 1.500 y 2.000 metros, la plataforma "Perdido " en el Golfo de México está amarrada en aguas de una profundidad de alrededor de 2.450 metros. Marcando un nuevo récord en lo que a profundidad de extracción se refiere, la plataforma comprende también el pozo submarino "Tobago", situado a unos 2.925 metros de profundidad. Sin embargo, el aumento de la extracción de recursos de los fondos marinos a gran profundidad plantea cuestiones de seguridad, tanto en lo relativo a las instalaciones submarinas como del personal que las opera.

En cuanto a las actividades de pesca, en los apartes 29 al 31 señalaba:

29. La pesca y la acuicultura desempeñan un papel fundamental en la economía y el desarrollo sostenible de numerosos países. La FAO informó que en 2008 la producción de la pesca de captura y la acuicultura ascendió a aproximadamente 142 millones de toneladas, de las cuales 79,5 millones de toneladas correspondieron a las capturas marinas. Casi el 81 % de la producción pesquera mundial se destinó al consumo humano y proporcionó a 3.000 millones de personas al menos el 15% de la proteína animal de sus dietas. La cuota de la producción pesquera y acuícola destinada al comercio internacional aumentó del 25% en 1976 al 39% en 2008y las exportaciones mundiales alcanzaron la cifra récord de 102.000 millones de dólares.

30. Las actividades pesqueras siguen teniendo efectos perjudiciales sobre la biodiversidad marina en zonas dentro y fuera de la jurisdicción nacional debido, en particular, a la sobrepesca; la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada; las prácticas pesqueras destructivas; las capturas incidentales; y los descartes. Se estima que el porcentaje de poblaciones de peces de mar infra explotadas u objeto de una explotación moderada bajó del 40% a mediados de la década de 1970 al 15% en 2008, mientras que el porcentaje de las poblaciones sobreexplotadas, agotadas o en recuperación pasó del 10% en 1974 al 32% en 2008. De ese 32%, se estimó que el 28%

estaban sobreexplotadas, el 3% agotadas y el 1 % en recuperación tras haber estado agotadas. A causa de la sobreexplotación, la pesca ha pasado a ser un recurso natural poco productivo.

31. Es motivo de especial preocupación la sobreexplotación de algunas poblaciones de peces transzonales, poblaciones de peces altamente migratorios y otros recursos pesqueros de alta mar. De las 23 poblaciones de atunes objeto de seguimiento por la FAO, hasta el 60% están más o menos plenamente explotadas, y hasta un 35 % sobreexplotadas o agotadas.

Sobre el turismo, que es una actividad comercial también, en el aparte 85 expresaba:

[...] La biodiversidad marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional también puede verse afectada por los cruceros de turismo. Esos buques generan un promedio de 4.400 kg de desechos al día, en tanto que los buques de carga producen 60 kg y los buques de pesca 10 kg al día. Además, se considera que los buques dedicados a cruceros son responsables de introducir, mediante las pinturas antiincrustantes utilizadas en los cascos, productos químicos dañinos, como el tributilestaño en zonas prácticamente vírgenes como el Antártico.

El informe también hace referencia especial al efecto negativo del ruido subacuático en la vida marina, ocasionado por el transporte marítimo de todo tipo, las escopetas de aire utilizadas en estudios sísmicos, los sonares militares, las explosiones, construcciones, extracción de recursos y las actividades pesqueras, entre otros.

Aunque en el informe no se mencione, parejo a la alteración sonora también habría que considerar los efectos generados por la alteración lumínica en el

mar.

INFORME DE LA AUTORIDAD INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS SOBRE EXPLOTACIÓN MINERA

El Secretario General de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos presenta anualmente un informe con una sinopsis de la situación en el momento y de las perspectivas de la explotación minera de los fondos marinos.

En el informe de 2009, aparte 63, indicaba que las perspectivas del desarrollo comercial de los minerales marinos era optimista, en particular se observaba que los precios del cobalto, el cobre, el níquel y el manganeso, principales metales que se podrían extraer de los fondos marinos, mostraban una fuerte tendencia ascendente, principalmente como resultado de un marcado crecimiento de la demanda causado por la rápida industrialización.

[...] En términos generales, se estimó que se necesitarían anualmente de 70.000 a 90.000 toneladas de níquel procedente de nuevos yacimientos, 8oo.ooo toneladas de cobre, 5.000 toneladas de cobalto, y de 1,5 a 2 millones de toneladas de mineral de manganeso, en toneladas brutas. Estas necesidades irían en aumento a medida que aumentase la demanda y se podía prever que la explotación minera de los fondos marinos contribuiría a satisfacer la demanda mundial, junto con la minería terrestre.

En el aparte 66 de este documento se plantea que:

Por otra parte, las perspectivas pesimistas para el sector de la minería no parecen afectar al sector de la extracción submarina de petróleo y gas

natural. Se prevé que la industria de explotación de petróleo y gas natural de las profundidades marinas continuará su tendencia reciente de crecimiento acelerado y gastará 162.000 millones de dólares en el periodo 2009-2013, con un crecimiento particularmente fuerte en América Latina y Asia. Ello se debe a que la mayor parte de las iniciativas en dicha industria están partiendo de grandes compañías petroleras, que dependen menos de la financiación externa de proyectos que las pequeñas empresas de exploración, y pueden por tanto adoptar una perspectiva a largo plazo de la demanda y los precios del petróleo. Se prevé que la producción mundial de crudo extraído de las profundidades marinas aumentará de 6 millones de barriles diarios de equivalente en petróleo en 2007 a 11 millones de barriles de equivalente en petróleo en 2011. Los principales factores en que se basa la previsión de gastos durante los próximos cinco años son la apertura de reservas más lejos de la costa y la perforación y terminación de pozos submarinos, que conjuntamente representan casi el 70% del total de gastos.

Recientemente la prensa informaba sobre la construcción en marcha de un barco gasífero de enormes dimensiones, que equivaldría a una plataforma de 6oo.ooo toneladas, que se planea tener anclado para 2017 a unos 200 kilómetros de la costa norte australiana. Una vez se agote el gas de esa reserva el barco será trasladado a otra reserva.

Brasil pronto utilizará plataformas de perforación capaces de llegar a 5.000 metros de profundidad en yacimientos ubicados a 300 kilómetros de su costa, o sea, cerca de los límites exteriores de su plataforma continental.

Todo esto indica cómo avanza la exploración y explotación de los recursos en el medio marino, cada vez a mayor distancia de la costa y a mayores profundidades.

En el informe al que se viene haciendo referencia, el Secretario General de la Autoridad dice que la Convención establece que la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos debe garantizar la protección eficaz del medio marino de los efectos negativos consecuencia de las actividades en la Zona; por ello en el aparte 73 expresa:

Un factor fundamental para la Autoridad es que, a pesar de las muchas investigaciones básicas y aplicadas realizadas en el pasado o aun en curso, existe un consenso general en el sentido de que el nivel actual de los conocimientos y la comprensión de la ecología de las profundidades oceánicas no basta para llevar a cabo una evaluación concluyente de los riesgos que plantea la explotación minera comercial a gran escala de los fondos marinos, en contraste con las labores de exploración. Para que en el futuro pueda gestionarse el impacto de las actividades mineras en la Zona a fin de evitar los efectos perniciosos sobre el medio marino, será esencial que la Autoridad mejore sus conocimientos sobre el estado y la vulnerabilidad del entorno en las regiones ricas en minerales. Estos conocimientos incluyen, entre otros, los relativos a las condiciones de referencia en estas regiones, su variabilidad natural y su relación con los impactos de las actividades mineras.

INFORMES SOBRE CRECIMIENTO

LOS LÍMITES DEL CRECIMIENTO

En 1972 se publicó el informe Los límites del crecimiento, elaborado por el MIT por encargo del Club de Roma. En ese informe se expresaba que si el aumento de la población, la industrialización, la producción de alimentos, la explotación de recursos naturales y la contaminación en el mundo se mantenían al ritmo de ese momento, en los próximos ioo años se llegaría al límite absoluto del crecimiento.

Este informe se actualizó veinte años después, en 1992, y se presentó con el título Más allá de los límites del crecimiento. Los resultados de la actualización indicaban que la humanidad había rebasado la capacidad de

carga del planeta para sostener su población. En ese momento la población mundial se acercaba a los 5.500 millones.

Más adelante, en 2004, se publicó un informe actualizado titulado Los límites del crecimiento treinta años después cuyos resultados mantenían prendida la luz roja alertando sobre el imparable aumento de la población y el agotamiento de los recursos paralelamente con el incremento de la contaminación y se concluía que no era viable continuar con un crecimiento poblacional, económico e industrial ilimitado en un planeta de recursos limitados.

INFORME DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA)

Un informe reciente del pnuma titulado La humanidad debe hacer más con menos también constituye una alerta sobre el consumo desmedido de recursos naturales e insiste en reiterar que esta práctica resulta insostenible si se tiene en cuenta que los recursos del planeta son finitos.

A propósito informa:

El promedio global anual de consumo per cápita de recursos fue de 8 a io toneladas en 2000, casi el doble de la tasa registrada en 1900. En 2000, la tasa promedio en los países industrializados (hogar de una quinta parte de la población mundial) fue aproximadamente el doble del promedio mundial y cuatro o cinco veces superior al de los países en desarrollo más pobres [...]. En términos absolutos - con el crecimiento de la población, los altos niveles de consumo en los países industrializados, y el aumento de la demanda de bienes materiales, especialmente en China, India, Brasil y otras economías rápidamente emergentes - el uso total de recursos creció ocho veces, de 6 mil millones toneladas en 1900 hasta 49 mil millones de

toneladas en 2000. Se estima que actualmente alcanza 59 mil millones de toneladas.

Y precisa además:

Los minerales de mejor y más fácil acceso, así como los combustibles fósiles, se están agotando. Las nuevas fuentes de recursos están en general más alejadas y son de menor calidad. Buscar y extraer estos últimos consume más energía y aumenta el impacto ambiental. Para lograr la misma cantidad de extracción de minerales que hace un siglo, se necesita movilizar alrededor de tres veces más material, con los correspondientes incrementos en las alteraciones de la tierra, los efectos en el agua y el uso de la energía.

Y menciona como factor agravante que

La extracción de recursos se produce cada vez más en países con estándares legales y ambientales más bajos, lo que significa que "los impactos ambientales por unidad de material extraído podrían ser más graves".

Sugiere el informe que la tecnología que ha permitido este grado de explotación de recursos se reoriente hacia un uso más eficiente de los mismos.

Este informe también coincide con la conclusión a la que han llegado los autores del informe del MIT en el sentido de que "es hora de reconocer los límites de los recursos naturales disponibles para apoyar el desarrollo humano y el crecimiento económico" desde la óptica de la sostenibilidad.

CONCLUSIONES

El hombre, a través de toda su historia, ha utilizado los recursos y servicios que le presta el medio marino para efecto de sus actividades comerciales. El mar le brinda recursos naturales, materia prima de sus productos y mercancías comerciables, y le sirve como medio para el transporte y mercadeo de las mismas.

El aumento constante e incontenible de la población mundial que se ha venido registrando desde los últimos cien años, junto con el avance de la industria y la tecnología para atender al interés de las poblaciones desarrolladas y en vías de desarrollo por aumentar su nivel de confort y calidad de vida, se aparejan con una mayor demanda de recursos naturales no renovables, unos para su alimentación, otros para la generación de energía y otros para el desarrollo de nuevas tecnologías en campos como las comunicaciones, la computación, la salud y la guerra, entre otros.

Como se ha visto, los recursos naturales no son infinitos y empiezan a agotarse en el medio terrestre, pero como la humanidad ya ha generado una serie de necesidades que necesita satisfacer, busca esos recursos donde se encuentren y su siguiente mina se encuentra en el mar. Incluso allí ya hay afectación por sobreexplotación y contaminación, como ocurre con el caso del recurso pesquero, afectación que aumenta permanentemente con la explotación de yacimientos hidrocarburíferos en áreas de jurisdicción nacional ya casi llegando a la frontera con la Zona y que aumentará aún más cuando pronto se inicie la explotación de yacimientos de minerales propiamente en los fondos marinos de la denominada Zona.

Ya existen por lo menos ocho contratos de ejecución para la prospección y exploración de la Zona y cuando se inicie la explotación de la misma se habrá llegado a la última frontera, claro que, con el argumento de que sus utilidades se repartirán equitativamente entre todos los Estados, sean ribereños o sin litoral.

La salud del mar, como ya lo han denunciado los científicos y expertos marinos, se encuentra bastante deteriorada lo cual amenaza la vida y los ecosistemas en ese ambiente, además de la mengua y las alteraciones en la capacidad que se le atribuye de servir de sumidero de dióxido de carbono y moderador del clima, más grave aún en medio de la situación actual generada por el cambio climático. Todos esos efectos por supuesto se reflejarán a nivel mundial y los sufrirán todos los Estados, sean ribereños o sin litoral.

Como lo señalan los diferentes estudios, frente a la perspectiva de un agotamiento de los recursos naturales es fundamental orientarse hacia un desarrollo sostenible. El desarrollo económico por supuesto también debe ser sostenible y, en consecuencia, este carácter también aplica para el comercio. Puede decirse que el Comercio Justo no solo debe analizarse desde la perspectiva de las relaciones comerciales entre los hombres sino de la relación entre los hombres y la naturaleza y, en este aspecto particular, entre los hombres y el mar.

Un Comercio Justo tiene muchos factores; uno de ellos, importante, es que sea sostenible, en el marco de lo que se ha venido tratando, la sostenibilidad en los recursos naturales, que son la base o materia prima de la que se alimenta el comercio.

En la medida en que se dé un manejo apropiado al mar y a sus recursos, de manera que pueda realmente ser un patrimonio mundial de la humanidad, podrá asegurarse un grado de justicia entre el medio marino y el comercio.

Tanto a nivel mundial, mediante la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, como a nivel de Estados se han formulado políticas y normativas orientadas hacia la protección y el manejo adecuado de los espacios marinos y costeros. No obstante, una cosa son los instrumentos políticos y jurídicos desarrollados para la búsqueda de este objetivo y otra muy distinta su logro real como lo han demostrado las prácticas de pesquería, transporte marítimo y la explotación de hidrocarburos.

Frente a la constatación de la realidad tenemos un marco teórico y jurídico que promueve un cambio hacia un orden económico y social mundial más

equilibrado, que, por tanto, abriría el camino hacia el Comercio Justo. En distintos instrumentos internacionales en materia ambiental y de comercio se hacen avances que tienden hacia la idea del Comercio Justo.

Esta es la tarea más importante y difícil de la época presente y, por tanto, la que exige acciones concertadas y profundas a nivel mundial.

Siguiendo la idea de Amartya Sen, la justicia no está dada pero es un horizonte hacia el cual debemos caminar, en un camino en el cual día a día debemos avanzar.

BIBLIOGRAFÍA

Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. (s. f.). Código de Minería. Disponible en: www.isa.org.jm/es/documents/mcode (consultado el 18 de abril de 2011).

Betancor Rodríguez, Andrés. Instituciones de derecho ambiental, Madrid, La Ley, 2001.

Gaviria Liévano, Enrique. Derecho internacional público, 6.a ed., Bogotá, Temis, 2005.

Grocio, Hugo. (1609). De la libertad de los mares, ed. 1979, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Civitas.

International Seabed Authority (ISA). Disponible en: www.isa.org.jm

Liñán Barreto, Araceli Paola. (s. f.). El derecho del mar. Disponible en: www.monografias.com (consultado el 3 de mayo de 2011).

Muñoz cabrera, Reynaldo. “Minería, energía y medio ambiente en los espacios marinos y costeros”, en: Universidad Externado de Colombia (ed.), Minería, energía y Medio Ambiente, Bogotá, 2011, pp. 57-98.

Naciones Unidas. Disponible en: www.un.org/es

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), Oficina Regional para América Latina y el Caribe. La Humanidad puede y debe hacer más con menos: pnuma, mayo de 2011. Disponible en: www.pnuma.org (consultado el 28 de mayo de 2011).

Sección del Sitio Internet de la onu de la División de Noticias y Medios de Información del Departamento de Información Pública, onu. Los océanos, fuente de vida. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Vigésimo aniversario (19822002), 2002. Disponible en: www.un.org (consultado el 6 de octubre de 2011).

Sen, Amartya. La idea de la justicia, Bogotá, Taurus, 2009.

University of üxford. Océanos en peligro de extinción en masa, 21 de junio de 2011. Disponible en: www.ox.ac.uk (consultado el 28 de junio de 2011).

JAVIER FRANCISCO ARENAS FERRO

Una narración sobre los bioagrocombustibles desde la perspectiva del Comercio Justo

{*}

(...) Creo que una de las primeras cosas que ustedes los jóvenes, especialmente ahora, deben aprender a hacer es ver por sí mismos, escuchar por sí mismos y pensar por sí mismos. Entonces pueden llegar a una decisión inteligente por sí mismos. Pero si se forman el hábito de dejarse llevar por lo que escuchan decir de alguien a otro, o dejarse llevar por lo que otros piensan de alguien, en vez de ir e indagarlo por sí mismos y cerciorarse por sí mismos, van a estar andando hacia el oeste cuando crean que están yendo hacia el este, y andando hacia el estecuando crean que están yendo hacia el oeste (…)

MALCOLM X

Apreciado lector:

Sea lo primero aclararte que este ensayo no es común a aquellos que en tu vida has tenido la oportunidad de leer. Esto no significa que no encontrarás argumentos que defiendan una tesis determinada, o que, tras algunos párrafos, no halles la conclusión que el autor pretende defender. Todo lo contrario; en él percibirás cada uno de aquellos elementos que dice la técnica hacen parte de un ensayo, escrito científico o como quieras denominarlo. Te preguntarás entonces qué tiene este escrito que no contemplen los demás que has leído. La respuesta es simple: la forma.

El lenguaje científico, con el que se pretende ser claro, es excluyente. Solo aquellos letrados que manejan sus conceptos pueden acceder al contenido del mensaje que se transmite de esta forma. En este orden de ideas se imponen una dificultad y una necesidad: hacerlo accesible a aquellos y aquellas que no tienen la formación para entender, a través del lenguaje técnico, los conflictos sociales y ecológicos que aunados prefiero

llamar ambientales. Aunque no es este el momento de defender la posibilidad de lograr este objetivo, con el presente ensayo se pretende, mediante herramientas literarias, aproximar a un debate trascendental para la sociedad en la actualidad: los bioagrocombustibles desde la perspectiva del Comercio Justo.

Así, encontrarás unos diálogos, que pueden parecer simples, pero que a la vez buscan permitir el acceso a una problemática que nos concierne a todos y todas. Para diferenciar más fácilmente cuál de los personajes está interviniendo, en el caso del Sol observarás un * al iniciar y finalizar su diálogo. En cambio, cuando participe la conciencia humana, hallarás una (i) al comenzar y terminar su parte. Por lo demás, el arte puede ser una forma de transmitir contenidos políticos; de hecho, muchas veces ha sido empleado tanto para resistir como para dominar, al igual que para plasmar comportamientos sociales aceptados o proscritos en determinado momento{1}. No siendo más, el autor de este texto se despide invitándote a continuar con este escrito.

ENERGÍA Y BIOAGROCOMBUSTIBLES

(*) Los he visto crecer, levantarse y morir. Durante miles de años mis rayos han irrigado la tierra que hoy, ayer y siempre, han cultivado sus civilizaciones. En momentos pasados me adoraron, algunos y algunas aún lo hacen hoy. He tenido múltiples nombres que los humanos, homínidos que se denominan a sí mismos sapiens, me han puesto: Ogún, Inti, Helios, Sol. no me interesa recordarlos todos. El punto es que siempre han vivido de la energía que les brindo. Mis rayos son transformados por las plantas a través de la fotosíntesis en biomasa, algunas de ellas utilizadas por los humanos

directamente, otras consumidas por los animales que ellos emplean de múltiples formas; comiéndoselos a veces o poniéndolos a arar la tierra o a transportarlos. Durante milenios, la principal fuente de energía que utilizaban provenía de los bosques y en ocasiones - debido a la radiación solar y a la evaporación- la fuerza hidráulica les sirvió para efectuar trabajos gracias a la energía mecánica, como en algunos molinos. Así mismo, sus primeros viajes en ultramar dependieron de los vientos, generados por cambios en la temperatura del aire{2}. Gracias a mí, sin obviar sus capacidades de marineros, llegaron a parajes lejanos, entre ellos lo que desde Europa se denominó el Nuevo Mundo.

Durante milenios sus civilizaciones fueron agrarias, les brindé la energía para que se estabilizaran y dejaran de ser nómadas. Aún hoy, tras una revolución energética fósil y a pesar de sus fertilizantes artificiales, producidos industrialmente con dicha energía, dependen de mí para comer. Antes se transportaban usando el viento y los animales, ahora, emplean en su mayoría máquinas que engullen líquidos denominados gasolina y acpm. Esto, desde una perspectiva espacio/temporal, ha implicado que su mundo se reduzca. Ahora pueden recorrer en cuestión de minutos u horas, gracias a los motores que impulsan camiones y barcos, al igual que a las turbinas que hacen volar sus aviones jets, lo que antaño requeriría meses o incluso años{3}. La nueva fuente de energía proviene del petróleo, fruto de los restos de las plantas y animales milenarios que se alimentaron de mis rayos y que transformaron una atmósfera terrestre que tenía prevalencia de CO_2 en una donde el oxígeno les permitió a los homínidos ser lo que son{4}. En pocos años, comparativamente con la historia del planeta, están poniendo a circular este gas que denominan de efecto invernadero, llenando la atmósfera como en otros tiempos solía estar; poniendo en circulación veloz lo sepultado bajo la tierra. Esto es, precisamente, lo que algunos de sus pensadores vinculan con el calentamiento global, impulsado por las dinámicas de producción y consumo de ciertas culturas y Estados, donde algunos - los más responsables - pueden ser claramente identificados, como lo son Estados Unidos de Norte América y ciertos países europeos que se titulan como desarrollados{5}.

Ahora, andan preocupados porque su revolución industrial, su forma de vida originada hace 200 años, tiene los días contados. El petróleo, aceite de la piedra, se agota de las entrañas de la tierra; es la consecuencia de habitar un mundo finito. Se volverá a generar, pero a un ritmo tan lento que su breve existencia no lo verá jamás. Dependen de él. Lo utilizan para todo: combustible, material para empaques, fertilizantes, etc. Incluso - sin saberlo - comen polímeros que sintetizan a partir del petróleo y que en el mar, por el descuido de las bolsas y demás desechos de plástico que finalmente terminan despedazándose en este cuerpo de agua, se mezclan con el plancton que algunos peces ingieren{6}. Se movilizan gracias al petróleo, calientan sus casas con él, empacan sus mercancías en él, forran sus libros con él, y posiblemente - si no se preparan - morirán sin él. La solución que algunos han planteado son combustibles generados a partir de otras fuentes; así que ahora pretenden quemar aceites y alcoholes provenientes de plantas. Bioagrocombustibles los llaman, pues para su producción utilizan la agrobiodiversidad{7}. Esto quiere decir, escuetamente, que requieren del suelo, del agua, de plantas que a través de la fotosíntesis generen biomasa y de mano de obra que cuide los cultivos de producción{8}(*).

(i) Soy tu conciencia, inmolada miles de veces cuando me silencias. Soy tú subconsciente, aquello a través de lo que observas pero no ves. Te despiertas cada mañana como individuo; interpretación de tu sociedad que inicia ideológicamente en el mismo siglo que la revolución industrial. Las reglas de vida, tu comportamiento, tu forma de relacionarte se conectan con esa tecnología energética derivada de los combustibles fósiles y tu antropocéntrica forma de ver el mundo y explotarlo. Naciste como individuo cuando el antiguo régimen de la edad media fue sepultado por el carbón. Los Estados Nacionales, derivados de la revolución francesa e independencia norteamericana, se impusieron en el mundo tan rápido como el carbono sube a la atmósfera. En ese momento, las reglas existentes se transformaron por inútiles ante el abandono de la sociedad agraria{9}.

Antes, cuando yo pertenecía y habitaba entre tus antepasados, las reglas de comportamiento eran diferentes. El individuo no existía, solo vivías en una sociedad; en un grupo humano cuyas reglas obedecían a una relación energética determinada y diferente a la que conoces{10}. Así, por ejemplo, al norte de los Alpes -durante los siglos XIV a XVIII- existían pueblos que imponían límites a la disposición de las maderas o las praderas, que consideraban como bienes comunes, de los que todos podían disfrutar, pero en consideración de las generaciones presentes y futuras. Lo que no era igual a una libre y absoluta disposición o uso{11},{12}, como posteriormente -de forma equivocada desde una perspectiva histórica- un ecólogo indicaría, tras someter e interpretar desde parámetros individualistas y racionales de maximización del interés propio, las formas comunes que para él conllevaban ineludiblemente a una tragedia{13}. Vivías de la madera para calentarte y cocinar, así que las normas de comportamiento no obedecían a ese consumismo que dicen te da bienestar y felicidad. ¿Si no consumes qué eres? ¿Si eso no te da bienestar o te da felicidad en qué te conviertes? ¿Un anormal? ¿Un desviado? ¿Un infeliz individuo? Te recuerdo, las reglas sociales dependen estrechamente de tu relación con el planeta{14}. Cuando comes, te asoleas y te trasportas tienes una relación, y en este momento la tuya depende esencialmente de la energía fósil.

Vives una crisis energética, además de ser finito, el petróleo se ha aproximado a los $140 dólares por barril y tus economías capitalistas y globales tambalean -incluso- cuando desciende a los $40 dólares{15}. No es la primera vez que la humanidad haya afrontado problemas energéticos, tampoco será la última. Hace 200 años, cuando la sobrepoblación de tu especie en Europa se elevó tanto que pasó los límites manejables del sistema feudal, emplearon el carbón para calentar sus viviendas{16}. Ahora, ante la ausencia de suficientes combustibles fósiles para mantener tu sistema energético -tu metabolismo social-, planteas una solución en los bioagrocombustibles. Esperas remplazar parte de tus necesidades energéticas a través de productos agrarios como el biodiesel, hecho de aceites como el proveniente de la palma africana. Así mismo, contemplas el etanol como tabla de salvación y consideras la caña de azúcar como un

producto mercantilmente valioso. Planteas que tiene grandes ventajas, y has creado leyes, como la 693 de 2001{17}, que consideras "(…) la primera piedra de lo que será una verdadera revolución en los sectores energético, agrícola, de transporte y del medio ambiente "{18}.

Crees que Colombia tiene inmensas posibilidades en el mercado de combustibles biológicos, para lo que pretendes emplear biomasa proveniente de azúcar, maíz, yuca y papa. Lo consideras una "(…) alternativa, una fuente nacional de empleo y progreso, con un gran significado ecológico"{19}. Así, buscas que la economía colombiana crezca gracias a las dificultades energéticas que tiene el mundo. Ahora bien, la productividad por hectárea de caña de azúcar equivale a 40 barriles, mientras que de palma aceitera solo llega a 30. A nivel mundial, para el año 2000, se produjeron 318 mil millones de barriles, de los cuales el 87% fue producido por Estados Unidos y Brasil. Imagina cuantas hectáreas sembradas requerirás para aproximarte a ese número. En cuanto a los costos de producción, en el primer caso, esto es, el alcohol carburante, los costos a 2008 eran 92% más altos para Colombia que para Brasil, mientras que en el segundo caso - el biodiesel - superaban IIo% a los de Indonesia{20}. Sin embargo, a la nueva estrategia para el crecimiento económico le sumas ventajas sociales, que a tu parecer son "(…) evidentes: [pues] se favorece la producción agropecuaria con la siembre de 103.331 hectáreas de caña de azúcar y se generarán, aproximadamente, 170 mil empleos. La reducción de las emisiones de gas carbónico a la atmósfera serán ostensibles (aproximadamente 237 mil toneladas anuales en la sola ciudad de Bogotá)'"{21}. Curiosamente, uno de los problemas que vislumbra el Consejo Nacional de Política Económica y Social para la competitividad en este sector, radica en los costos laborales; por lo que puedes esperar que intenten reducir los salarios para abaratar la mano de obra{22}. Así que, suponiendo que se generan tales puestos laborales, ¿cuál será su remuneración? Sumado a esto, en tu país - Colombia - los cultivos de palma africana o de caña de azúcar también están vinculados a desastres humanitarios, producto del desplazamiento forzado de miles de personas, como ocurrió en los consejos comunitarios de Curbaradó y Jiguamiandó, para expoliarles la tierra y cultivar las nuevas fuentes de energía{23}.

Europa, la misma que con la velocidad del tren y barco a vapor difundió su poderío por el mundo, pretende que para el 2020 el 20% de la totalidad de energía que consuma sea renovable. De esto, espera que el 10% sean bioagrocombustibles. Sin embargo, ¿no has escuchado que la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD){24} ha reconocido que para producir esa cantidad el 70 % de la superficie cultivable de la Unión Europea sería utilizada?{25} Si emplearan esa magnitud de tierra se enfrentarían a un serio problema de ausencia de territorios para cultivar alimentos y esto, precisamente, sería uno de los puntos que demarcarían la injusticia de ese tipo de comercio{26}.

Toda sociedad y civilización ha dependido, depende y dependerá de la energía. La República Popular de China, con más de mil doscientos millones de habitantes, ha crecido 10 veces económicamente en los últimos 25 años{27}. Para continuar creciendo, requiere inmensas cantidades de energía que le permitan producir, transportar y vender los productos que inundan los mercados mundiales. Esto explica el acercamiento que ha tenido con Estados como Venezuela, que como sabes, exporta petróleo. También ha negociado con Brasil, potencia en alcohol carburante suramericano{28}. Este país hace parte de un grupo también conformado por India y Sur África (IBSA), que invierte tiempo y dinero en busca de la cooperación “Sur-Sur”. Brasil pretende impulsar la producción de etanol en el continente africano, pues se ha dado cuenta que si quiere competir a nivel mundial de forma sostenible, requerirá más tierras de las que dispone en el continente americano. En la actualidad, más de la mitad de la producción de caña de azúcar es destinada por este país para generar el alcohol carburante, utilizar más de ello con destino a los bioagrocombustibles podría desabastecerla del mencionado producto a nivel interno. No se trata de un párvulo inexperto en la materia, ya desde 1973 empezó con el programa denominado Pro-Álcool para impulsar el consumo del alcohol carburante ante la crisis petrolera de ese año. Desde entonces, está interesado en convertirse en un importante jugador a nivel mundial en el tema de la energía. Eso explica sus inversiones en el mencionado continente. Como

ves, el país más grande de Suramérica no puede evitar uno de los grandes riesgos de los bioagrocombustibles, que también advierte la oecd: la caña de azúcar y el mercado creciente requieren mucho espacio para ser cultivados, por lo que su siembra, cosecha y procesamiento -en el caso del alcohol se requiere la fermentación- necesariamente entran en competencia y tensión tanto con la agricultura destinada para alimentos, como con la pérdida de biodiversidad por la intervención en los ecosistemas para sembrar las nuevas fuentes sostenibles de energía{29}.

Al igual que los automóviles, tu cuerpo necesita energía -transformada por las plantas, que serán metabolizadas por ti o por los animales de los que te alimentas para mantenerte vivo-, la denominan endosomática, pues se transforma en tu cuerpo, que la recibe a través de los alimentos. Lo anterior es diferente en los medios de transporte mecánicos que utilizas y que requieren de la combustión para funcionar, proceso que necesita entonces energía exosomática. El mundo en el que vives pregona el individualismo, y la economía capitalista mantiene la idea de que a mayor consumo mayor bienestar. Las tierras de tu país serán empleadas para generar biomasa que alimente el trasporte de lo que tú y ellos denominan primer mundo. Mira las estrategias de Brasil en el África; sé consciente de las tensiones existentes entre bioagrocombustibles y alimentación o, en otras palabras, entre energía exosomática y endosomática, así como entre los primeros y la biodiversidad. Mientras que los automóviles se mueven con combustibles generados en los suelos fértiles de Colombia, ¿dónde cultivarás los alimentos que le darán energía a tu cuerpo? ¿De dónde sacarás el agua para regar los cultivos? Y ¿quiénes serán los cultivadores que sembrarán ahora solo para hacer combustibles? Aún tienes la posibilidad de derribar más bosque para trasladar ahí los cultivos de los que dependes para sobrevivir; en tal caso te enfrentarías a un problema de pérdida de biodiversidad mayor a la que se vislumbra hoy, acompañado del serio cuestionamiento a la soberanía alimentaria.

Según lo que te digo, solo el 20% de la energía que consuma Europa en el 2020 será renovable, por lo tanto el resto provendrá de los combustibles

fósiles. El consumo de energía no se detendrá, pues mides -y miden- el progreso mediante el crecimiento de la producción, comercio y adquisición de bienes y servicios; la población no parará de aumentar y "adquirir bienestar". Siguiendo estos parámetros, el éxito de tu sociedad lo cuantifican por el acrecimiento en el consumo. Transferirás entonces la energía solar contenida en vegetales a Europa y a Estados Unidos, mientras aquí corres el riesgo de disminuir la producción de alimentos que requieres para sobrevivir. Esta es la distribución energética que tu modelo defiende y según la cual generarás trabajo, para comprar alimentos que otros produzcan para ti. Esta es, también, la medida de su justicia.

El riesgo que corres radica en perder la autonomía alimentaria y por tanto la soberanía en esta materia. Te recuerdo, según la declaración de tus derechos humanos, toda persona tiene derecho a asegurarse -mediante una remuneración equitativa- la sobrevivencia{30}, pero si los precios de los alimentos son demasiado altos no podrás hacerte a ellos. Así pretendan retribuirte equitativamente tu fuerza de trabajo, no te alcanzará para hacerte a los bienes importados{31}. En tu país, Colombia, al igual que en muchas otras partes del mundo, se ha generado una gran paradoja tras la apertura comercial iniciada en 1990: se ha presentado un crecimiento económico y una generación de riqueza sin precedentes, sin que se produzca una distribución de estos recursos. Este modelo ha generado entonces mayor pobreza, exclusión y marginalida{32}, y estas personas serán las que más pierdan con costos exorbitantes de alimentos. Pasarás a depender de los precios que otros fijen y si quieren obligarte a hacer algo, simplemente dejarán de suministrarte alimentos; podría asimilarse a aquella magnánima política en el oriente medio tras la guerra del golfo Pérsico: petróleo por alimentos, mas será redefinida como bioagrocombustibles por alimentos. No deja de ser irónico, ¿verdad?

Crees que generarán más trabajo, al menos así defiendes la política de reestructuración agraria que piensas seguir, pues cambiarás zonas de cultivo de alimentos y de ganadería por potreros de vegetales para transformar en combustibles{33}. Recuerda la revolución industrial y el fantasma que

según Marx deambulaba por Europa. Acuérdate de Henry Ford y su producción en masa, ¿acaso la tecnología y la revolución verde acarrean más puestos de trabajo? Tú no fumigas a pie, mandas a fumigar en avión hasta los cultivos de uso ilícitos y los arrozales del Tolima. La mano de obra humana ha sido reemplazada por la máquina y esto generó crisis derivadas del cambio en el metabolismo social que conllevó la revolución industrial, y que ya han aparecido en tu historia. Recuerda las luchas de comienzos del siglo xx que devinieron en derechos sociales como la protección al trabajo -materializada en jornadas máximas laborales, en el concepto de salario mínimo y en la guarda de los sindicatos-, los límites a la propiedad privada -como la función social de la misma- y la intervención del Estado en la economía{34}. La historia te ha mostrado que a mayor y mejor tecnología, menor mano de obra humana se requerirá (i).

(*) No sé si se han dado cuenta, pero desde arriba veo una cadena larga de producción de sus bioagrocombustibles; aplanan la tierra con tractor y luego la fertilizan; esperan a que con mis rayos sus plantas crezcan, algunas son lentas como la palma aceitera y otras más rápidas como la caña; luego recogen los frutos que la tierra les ha dado mediante gigantescos camiones que sudan energía. Procesan su materia prima en grandes silos mediante insumos químicos y maquinaria. Después la transportan a sus destinatarios en las ciudades, para que el combustible sea mezclado con la gasolina, proceso que en Colombia avanza paulatinamente conforme a mandatos del Ejecutivo{35}.

Deberían analizar entonces la totalidad de la cadena productiva, para constatar que el balance energético puede ser negativo; invierten más combustibles fósiles y agrícolas que aquellos que reciben por la caña o la palma{36}. Ahora, lo que sí sucederá es el incremento en el precio de los alimentos y la sustitución de cultivos de pan coger por monocultivos para transformar energía solar en energía exosomática que impulse sus vehículos{37}, dejando de lado la producción de plantas que brinden energía endosomática a sus cuerpos. En cuanto al ambiente sano, y la supuesta energía limpia, recuerda que para la producción de aceite de

palma, además de grandes extensiones de tierra, necesitas mucha energía que produce CO2; el cual aumenta si lo que pretendes es producir agro-diesel{38}.

Han analizado la energía y crearon así unas leyes que denominan de la termodinámica, mediante las cuales estudian las transformaciones que aquella sufre. Según estas leyes, la energía no se crea ni se destruye, sino que se transforma; pasando de energía solar, a química, mecánica y térmica. En este proceso pierde su potencial para ejercer trabajos, pues se degrada; a esto le denominan entropía o desorden. El hecho es que es inevitable, y aplica tanto en la energía que yo les brindo directamente, como en la que obtienen de los combustibles fósiles. El petróleo, finito en todo caso, no puede escapar de la entropía y por tanto el sistema energético-social que depende de él está llamado a desaparecer tarde o temprano, pues dejará de ser capaz de movilizar la cantidad de maquinaria de la que ellos dependen. Por tanto, los bioagrocombustibles son paliativos que buscan demorar lo inevitable si pretenden continuar con su desaforada forma de consumo.

También los observo desde aquí arriba deforestando para cultivar palma y caña. Si solo el 10% de la energía consumida en el "primer mundo" provendrá de los bioagrocombustibles, otro 10% de fuentes renovables como el viento y el 80% de los combustibles fósiles, comparativamente y ante el aumento del consumo por la individualización de los medios de transporte, no habrá una fuerte reducción de los gases de efecto invernadero. De igual forma, ante la deforestación y la pérdida de biodiversidad, es cuestionable que se fije realmente tanto carbono como se señala. A esto, debes sumarle que los incentivos legales otorgados por el gobierno no son ni para alimentos ni para conservación de bosques, sino para bioagrocombustibles{39}. Así, ante un aumento de la demanda en Europa, por el modelo de crecimiento y de consumo imperante, no serías un desquiciado si esperas una mayor deforestación y erosión del suelo{40}. (*)

(i) Consume individuo, consume; abre tus inmensas fauces y replétalas de recursos, no pienses en límites a tu manera de gastar; cree que aquellos son ilimitados frente a tus necesidades definidas por la farándula y el jet set. La libertad y la propiedad; el triunfo del individualismo frente a la colectividad{41}, amarran tu relación con el entorno; primero tú, segundo tú y así hasta el infinito. Eres el homo-consumidor, sin ética de ahorro frente a las generaciones venideras, y te mueves en un mercado global. Comprende; si tú y los tuyos pretendieran mantener el estilo de vida europeo, requerirías varios planetas que soportaran tu manera de gastar{42}. Ahora bien, es imposible abstenerte de usar, finalmente tu cuerpo se relaciona inseparablemente con el entorno, por ejemplo al respirar, pero existen formas de utilizar lo que te rodea de manera ambientalmente amigable. Todo el consumo que haces deja huella, el asunto es lograr que esta última no desborde las capacidades de resiliencia de la tierra. Este comportamiento ético - imperativo ambiental - partiría del derecho al uso, pero con responsabilidad hacia las generaciones presentes y futuras, y su incumplimiento conllevaría tu deuda ambiental frente al mundo{43}.

Pero el individualismo ha sido dejado por la Revolución Industrial en tu psiquis, primero impulsada por el carbón y luego acelerada por el petróleo. Esa segunda fase, que ha sido en últimas la radicalización de la manera como has expoliado los recursos de la tierra, implicó que desde 1850 hasta hoy -entre los años 1950 y 197o- se haya presentado la contaminación más crítica de las aguas y el aire{44}. Por lo tanto, además de haber logrado un sistema que engulle energía a mayores volúmenes bajo la idea de que el progreso es equivalente al crecimiento económico, has obtenido un momento histórico en la existencia de la humanidad. Ahora, diariamente, liberas toneladas de gases con efecto invernadero que no sabes con certeza en qué momento serán reducidos por los bosques que cuando mueras permanezcan de pie

{45}.

Durante esos mismos años (1950-1970), tras la segunda guerra mundial, evidenciaste el alzamiento de las teorías económicas del desarrollo; ellas asumen como cierto la existencia de determinadas condiciones que son -según occidente- subdesarrollo, más que han sido causadas en gran parte por políticas de explotación y expoliación, donde el denominado tercer mundo juega un rol trascendental surtiendo de materias primas a la industria mundial{46}. Aquella situación -te han dicho y aprendes en las universidades- puede ser abandonada si sigues el camino marcado por las teorías económicas dominantes, que parten del individualismo, la industrialización, el crecimiento y la acumulación{47}. Ahora, tras una apertura económica teñida de tratados de libre comercio en un mundo donde las condiciones reales son desiguales entre las naciones, has decidido salir de la pobreza apostándole a los bioagrocombustibles. Plantarás de nuevo la materia prima para que el llamado primer mundo impulse la forma de vida que ha tenido desde las revoluciones liberales del siglo xix. Tendrás entonces que sumarle a las condiciones actuales el hambre, si es que no la has evidenciado ya cuando sales a la calle, subes a un bus o caminas por la ciudad.

Evidencia entonces lo irrefutable, lo ineluctable. Al existir la posibilidad de que los balances energéticos sean negativos, al aumentarse la deforestación, la erosión, y el desplazamiento forzado de miles de colombianos, al no disminuirse sustancialmente los gases de efecto invernadero, al perderse la soberanía alimentaria, al cambiar alimentos por combustible para que los europeos anden en mejores carros; es irrazonable la comparación entre los costos sociales y ecológicos, que sumados denominaremos ambientales, que generan los bioagrocombustibles y la solución que de ellos se espera. Mira por ti mismo, oye por ti mismo y piensa por ti mismo. Nadie puede negar que exista una crisis energética; el valor del petróleo pasó de los $130 dólares por barril a los $40. Seguramente volverá a subir, pero este no es realmente el problema de fondo, el cual radica en la dependencia de tu sociedad de una fuente de energía no renovable. Es necesario entonces suplir estas deficiencias del metabolismo social, pero existen varias opciones que nos permitirían salir avante de la crisis. El primer paso es cambiar tu forma de consumo por un uso ético del entorno y aceptar la

transformación de la sociedad por el futuro agotamiento del petróleo. Una vez hagas esto, deberás comenzarte a preparar para afrontar lo inevitable.

Por una parte, se debe incentivar la tecnología sobre fuentes de energía limpias como la eólica y la solar. Respecto a la primera, Colombia cuenta con el parque eólico Jepírachi, ubicado en La Guajira, que empezó a operar desde el 2004 y que en octubre de 2009 acrecentó su productividad en un 6o%. Si hubiera contado con más aerogeneradores antes de este año, al menos 300, pues en la actualidad solo opera con 15, la energía en él generada habría sido suficiente para no acudir con premura a las fuentes térmicas utilizadas debido a las sequías causadas por el fenómeno del niño{48}, {49}.

Por otra parte, se debe cambiar la lógica de consumo que mueve al mundo capitalista, pues el individualismo y la idea de que el consumo es igual al bienestar han entrado en crisis. De continuar así, tu país morirá de hambre mientras alimenta los automóviles del denominado primer mundo. Ante la ausencia de energía fósil se debe optar por optimizar la existente y dejar de desperdiciarla en movilizaciones individuales. Hoy más que nunca se hacen necesarios los sistemas de transporte público masivos, y el uso de bicicletas. Así mismo, se debe empezar a pensar en el colectivo más que en soluciones microeconómicas o individualistas para la problemática ambiental{50}. Pero por sobre todo, es imperiosa una postura ético-política diferente, donde sean los alimentos y la conservación los que reciban los incentivos del gobierno, y no las plantaciones para los combustibles{51}.

Mira la realidad, el mundo está en crisis. Europa, supuesta cuna de los derechos humanos, adelanta políticas contra la inmigración masiva de sapiens que pretenden encontrar en su lecho las posibilidades negadas en el lugar de donde provienen parte de sus ancestros{52}. Lo mismo pasa en el norte del continente americano. Arizona, un Estado Federado de los Estados Unidos, expidió leyes contra inmigrantes indocumentados. Se le impele a la

ciudadanía a denunciarlos y los priva de acceso a servicios públicos{53}. Cuando siembres bioagrocombustibles, por la crisis alimentaria debido a la escasez y los altos costos, el desplazamiento humano será mayor y las medidas represivas aún más fuertes. Mientras ellos repletan los tanques de sus vehículos y mantienen en lo posible su forma de vida y de consumo, tú y los tuyos se verán forzados a rebuscar el alimento en otros lugares. Si miras el fondo, no es la mejor opción cambiar alimentos por combustibles, ni resulta la manera más justa de comerciar para tu presente, tu futuro y el de los tuyos.

Mira al este y dirígete a él, sin equivocarte y realmente andar hacia el oeste (i).

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES PRIMARIAS

Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). Documento CONPES 3510, Lineamientos de política para promover la producción sostenible de biocombustibles en Colombia, Departamento Nacional de Planeación (dnp), 31 de marzo de 2008. Visible en: www.dnp.gov.co (consultado el 28 de febrero de 2012).

Corte Constitucional. Auto (colombiano) del 18 de mayo de 2010, Referencia: Adopción de medidas cautelares de protección inmediata para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las comunidades afrocolombianas de Curvaradó y Jiguamiandó víctimas del desplazamiento forzado, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la

sentencia T-025 de 2004 y de los autos de seguimiento, en particular del Auto 005 de 2009.

Decreto (colombiano) 1135 de 2009, Por el cual se modifica el Decreto 2629 de 2007, en relación con el uso de alcoholes carburantes en el país y con las medidas aplicables a los vehículos automotores que utilicen gasolinas para su funcionamiento, en Diario Oficial n.° 47.308 de 31 de marzo de 2009.

Ley 693 de 2001, Por la cual se dictan normas sobre el uso de los alcoholes carburantes, se crean estímulos para su producción, su comercialización y consumo, y se dictan otras disposiciones, en Diario Oficial n.° 44.564 de septiembre de 2001.

Ley 939 de 2004, Por medio de la cual se subsanan los vicios de procedimiento en que incurrió en el trámite de la Ley 818 de 20003 y se estimula la producción y comercialización de biocombustibles de origen vegetal o animal para uso en Motores diesel y se dictan otras disposiciones, en Diario Oficial n.° 45.778 de 31 de diciembre de 2004.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948. Visible en: www.un.org (consultado el 28 de febrero de 2012).

LITERATURA SECUNDARIA

Acosta, M. A. et al. El gran desafío, a propósito de los alcoholes carburantes, 2.a ed., EdiSion Ltda., 2004. Prólogo de Alvaro Uribe Vélez.

Arenas Ferro, J. A. "Brevísima narración sobre los bioagrocombustibles", Gestión y Ambiente, vol. 13, fasc. 1, pp. 77-86, Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín, 2010.

Alvarez, A. y Castrillón, F "Agrocombustibles: una vía para el despojo de las tierras y la inseguridad alimentaria de los campesinos del centro-oriente de Colombia", en: Semillas, Los agrocombustibles, una receta para un desastre ambiental y el hambre en el Sur, n.°s 34 y 35, 2007, pp. 83-88.

Buitrago Guzmán, M. R. "Análisis comparado de los inicios del constitucionalismo social", en: Marquardt (ed.), Constitucionalismo comparado: acercamientos metodológicos, históricos y teóricos, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009, pp. 391 a 422.

Burmeister, K. H. "'La Justicia' de 1559 de Pieter Brueghel el Viejo", Pensamiento Jurídico, n.° 24, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones (UNIJUS), 2009, pp. i9-37.

Comisión Intereclesial de Justicia y Paz. Seminario internacional "Crisis planetaria, derechos humanos y agrocombustibles. Diagnóstico, análisis y alternativas", en: Semillas. Los agrocombustibles, una receta para un desastre ambiental y el hambre en el Sur, n.°s 34 y 35, 2007, pp. 92-95.

Escobar, A. “The development or development economics: method, discourse, and interpretation in economic development theory”, Draft, 1984.

Fernández, V. “Nueva ley anti-inmigrante en Arizona genera temor, confusión”, Nueva América Media, 2009. Disponible en: http://news.newamericamedia.org (consultado el 28 de febrero de 2012).

Hardin, G. “La tragedia de los bienes de propiedad común”, en: C. Crawford (comp.), Derecho Ambiental y justicia social, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Título original: The Tragedy of the Commons.

León Sicard, T “Agrobiocombustibles y ambiente: la nueva reconfiguración del campo colombiano”, Gestión y Ambiente, vol. io, n.° 3, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Antioquia, 2007.

Marquardt, B. Umwelt und Recht in Mitteleuropa. Von den grossen Rodungen des Hochmittelalters bis ins 21. Jahrhundert, Zurich, Schulthess Juristische Medien, 2003.

Marquardt, B. Historia universal del Estado. Desde la sociedad preestatal hasta el Estado de la sociedad industrial, Bogotá, Universidad Nacional y Grupo Editorial Ibáñez, 2007.

Marquardt, B. “La cuestión ecológica de la revolución industrial y la habilidad para el futuro de la civilización industrial”, Pensamiento Jurídico,

n.° 25, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009.

Martínez-Orozco Llórente, S. Comercio Justo, consumo responsable, Barcelona, Octaedro, 2000.

Mesa Cuadros, G. "Deuda ambiental y climática: amigos o depredadores-contaminadores del ambiente", Pensamiento Jurídico, n.° 25, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009, pp. 77-90.

Mesa Cuadros, G. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho", Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2007.

Molano, A. "El Chocó que desconocemos. El proceso penal contra empresarios palmicultores aliados con paramilitares", El Espectador, n.° 35.019, 23 de mayo de 2010, pp. 2-4.

Ortega, G., Rojas Gómez, J. y Mora-Motta, A. "¿Es posible hablar de deuda climática? Una aproximación desde los enfoques de deuda ambiental", Revista de Cambio Climático. Reflexiones sobre una problemática global: análisis de las tendencias en el abordaje de la política climática, vol. i, Bogotá, Grupo de Trabajo Interdisciplinario en Cambio Climático, Universidad Nacional de Colombia, 2011, pp. 22-28.

Paiva, M. y Wolde-Georgis, T "Brazil's 'Biofuels Diplomacy' in Africa: A Model for South-South Collaboration?", 2010. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=i593658 (consultado el 28 de febrero de 2012).

Patiño Guzmán, C. A. "Microalgas, otra opción para producir biocombustibles", UN Periódico, n.° 132, 2010. Disponible en: www.unperiodico.unal.edu.co/ (consultado 28 de febrero de 2012)

Palacio, L. M. "Energía eólica ¿vale la pena para Colombia?", UN Periódico, n.° 132, 2010. Disponible en: www.unperiodico.unal.edu.co (28 de febrero de 2012)

Ramírez Cleves, G. Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2009.

Sieferle, P "Las instituciones estatales, la Revolución Industrial y el camino especial de Europa", Pensamiento Jurídico, n.° 24, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009, pp. 219-240.

Sieferle, P. The subterranean forest. Energy systems and the industrial revolution, Cambridge, White Horse Press, 2001.

Sieferle, P y Marquardt, B. La revolución industrial en Europa y América Latina: interpretaciones ecohistóricas desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas de Energía y del Metabolismo Social, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009.

Vargas, C. A. "Energía y medioambiente", Gestión y Ambiente, vol. io, n.° 3, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Antioquia, 2007, pp. 73-82.

Vélez, H. "Cambio climático y agroenergía. Los espejismos de los agrocombustibles",Semillas. Los agrocombustibles, una receta para un desastre ambiental y el hambre en el Sur, n.° 34/35, 2007, pp. 24-26.

Vivas, E. "La situación del Comercio Justo en el Estado español", en: X. Montagut y E. Vivas (coords.), ¿Adónde va el Comercio Justo? Modelos y experiencias, Barcelona, Icara, 2006.

Weisman, A. El mundo sin nosotros, Barcelona, Debate y Random House Mondadori, 2007.

Maximiliano A. Aramburo Calle. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín). Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros y en Derecho Penal, Universidad Eafit (Medellín). Especialista y máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España). Candidato a doctor en Derecho por la Universidad de Alicante (España). Fue abogado asociado de la firma Javier Tamayo Jaramillo & Asociados. Actualmente es becario de investigación doctoral en la Universidad de Alicante y miembro del grupo de investigación Justicia y Conflicto de la Universidad E, donde es profesor. Correo electrónico: maximilianoaramburo@gmail.com

Javier Francisco Arenas Ferro. Abogado y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo del Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad Nacional

(IDEA). Miembro del Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (gidca) y del Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado (CC). Correo electrónico: odonata27@gmail.com; arenasfrancisco@hotmail.com.

Mauricio Baquero Herrera. Abogado, Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Regulación Financiera Internacional de Queen Mary University of Londres (Inglaterra). PhD en Regulación e Integración Bancaria de la misma institución. Director del Observatorio de Derecho Financiero y del Mercado deValores. Profesor de Derecho Financiero y del Mercado de Valores, Contratación Internacional, Integración Económica y Financiera y Métodos de Estructuración de procesos investigativos en la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Comercial General en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile). Ha escrito numerosos artículos relacionados con el sector financiero y la integración económica,

publicados local e internacionalmente. Página web: www.mauriciobaquero.com

Diana María Beltrán. Estudiante de quinto año de derecho en la Universidad Externado de Colombia, participante y oradora en el III y IV concurso de Arbitraje Internacional organizado por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario. Participante y oradora en la regional latinoamericana de la 9.a edición de la competencia elsa Moot Court en derecho de la OMC. Experiencia profesional como monitora del departamento de Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia.

Adriana María Cely Rodríguez. Doctora en Derecho de la Universidad París 11 y profesora de la Universidad Externado de Colombia. Profesora de derecho civil la Universidad de la Sorbona (Paris i) y abogada asociada a la oficina jurídica LExplana en París. Sus escritos han sido publicados en Francia, Argentina, Chile y Colombia. Entre ellos destacan "Les fondaments

de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés, étude comparé franco- colombien", "Anticipación y prevención, la nueva ley francesa de salvaguarda empresarial", "El gobierno corporativo y los riesgos empresariales globales" y "Teoría de la responsabilidad civil profesional, Aproximación a los deberes específicos de los profesionales y en especial de los administradores sociales". Correo electrónico: adriana_cely@hotmail.com

Bartolomé Clavero. Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (España). Especialista en Historia de las Instituciones de Castilla, Historia de la Cultura Jurídica Europea, Historia del Constitucionalismo Americano y Derecho de los Pueblos Indígenas. Autor, entre otros libros, de Antidora. Antropología católica de la economía moderna (1991), Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias ayer y hoy (2003), Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas (2008) y Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words (2008).

Actualmente es miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. Administra junto con Víctor Toledo el blog www.clavero.derechosindigenas.org

Santiago Deluca. Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Argentina (1998). Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos I de Madrid, España (2001). Especializado en Altos Estudios Internacionales por la Sociedad de Estudios de Internacionales de Madrid, España (2000). Desde 1995 a 2006 se desempeñó como funcionario del Poder Judicial de la Nación Argentina en el Fuero Criminal y Correccional Federal. De diciembre de 2006 a diciembre de 2007 fue Asesor del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Desde el i.° de enero de 2008 y hasta diciembre de 2011 se desempeñó como secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en Asunción (Paraguay), elegido mediante concurso público internacional, y fue el primer secretario desde que se creó el Tribunal. Actualmente es titular de la Comisión interina de la Universidad de Buenos Aires (uba). Director de tesis doctoral

en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Salvador (Argentina) en 2007. Profesor ayudante diplomado interino (2008-2009) de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina). Ha publicado libros y artículos de especialidad en forma individual y coautoría. Correo electrónico: delucasantiago@hotmail.com

Laura Victoria García-Matamoros. Abogada de la Universidad del Rosario, máster en Derecho Internacional Privado de la Universidad París II y doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesora asociada de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y directora del Grupo de Investigación en Derecho Internacional. Investigadora invitada a la Universidad de París I (2008-2009); ponente invitada al Foro Mundial de negociadores de tratados de inversión de países en vías de desarrollo (Quito, Ecuador, 2009); investigadora invitada a la Universidad de Córdoba, España (2004); becaria de la UNCTAD (Lima, Perú, 2004) y becaria ONU-UNITAR (La Haya, Holanda,

1999). Correo electrónico: laura.garcia@ urosario.edu.co

Ángela Isabel Giraldo Suárez. Ingeniera Administradora, Universidad Nacional de Colombia, Magister en Asuntos Internacionales, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia. Ha trabajado en el desarrollo de modelos en dinámica de sistemas específicamente para el sector floricultor. Trabajó en el sector aéreo por más de ocho años en el análisis de demanda de mercados internacionales. Actualmente realiza una Maestría en Negocios Internacionales (msc) en London South Bank University (lsbu). Correo electrónico: quimeralxii@ hotmail.com

Martha Isabel Gómez Lee. Docente investigadora de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia. Abogada especialista en Derecho Ambiental. Becaria del Externado y el Servicio de

Cooperación Alemán (daad) en el programa de doctorado en Estudios Políticos del Externado y la pasantía de investigación en la Universidad Libre de Berlín. Tesis de doctorado: "El rol de las ideas en las políticas de acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios (1996-2011). Un estudio de caso desde las coaliciones de causas". Autora de los libros: Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones del TLC (2004) y Conocimientos tradicionales y biodiversidad en el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010).

Angélica Guerra Barón. Abogada, Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú (graduada con honores) y especialista en Arbitraje Internacional de Inversiones (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas). Experiencia en derecho comparado, régimen contractual inglés y metodología para la investigación jurídica (University of Reading, Inglaterra, 1999). Experiencia profesional como

asesora de la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Experiencia profesional en el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones (can). Miembro del equipo negociador de Colombia en acuerdos bilaterales de inversión; tratados de libre comercio en aspectos relacionados con la propiedad intelectual y temas relacionados con la distribución justa y equitativa de beneficios derivados del acceso a recursos genéticos. Actualmente, profesora asistente del Departamento de Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: angelica.guerra@javeriana.edu.co

Erli Margarita Marín Aranguren. MA en Relaciones Internacionales de University of Wollongong (Australia). Magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Docente e investigadora del Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales (CIPE) de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones

Internacionales de la Universidad Externado de Colombia. Entre sus trabajos más recientes se destacan La sociedad civil: un tabú en Colombia, publicado en la colección Pretextos de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia (2011). Capítulos como "La sociedad civil andina: limitaciones y alcances en la pecan", en Política exterior y política común. Experiencias en la integración (2012). Sus escritos han sido publicados en Brasil, España, México y Colombia. La producción bibliográfica siempre hace referencia a las organizaciones de la sociedad civil como agente en el ámbito glocal, donde da cuenta de las Organizaciones de la Sociedad Civil Global. Correo electrónico: erli.marin@uexternado.edu.co

Reynaldo Muñoz Cabrera. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Colombia. Asesor y consultor nacional e internacional en política, legislación y gestión ambiental. Ha desempeñado, entre otros cargos, el de Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios de la Procuraduría

General de la Nación.Vinculado como docente a la Universidad Externado de Colombia desde i992, en los últimos años en el Departamento de Derecho del Medio Ambiente, actualmente con la cátedra de Derecho del Mar. Entre sus publicaciones figuran el libro La protección del medio ambiente marino, insular y costero y el caso de las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009), y artículos para publicaciones colectivas sobre temas como la función social y ecológica de la propiedad; cambio climático y espacios marinos y costeros; minería, energía y medio ambiente en los espacios marinos y costeros, entre otros.

Marcela Muñoz Téllez. Estudiante de x semestre de Gobierno y Relaciones Internacionales de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia. Monitora Senior del área de Relaciones Internacionales en la misma universidad. Pasante en el área internacional del Instituto de Estudios Humanitarios (IEH). Voluntaria de la organización techo desde junio de 2010. Ha

participado en el festival internacional estudiantil isfít en Trondheim (Noruega). Recientemente obtuvo la oportunidad de asistir al curso de innovación social de Dell Social Innovation Challenge y Transformative Action Institute, en Massachusetts (Estados Unidos).

Andrés Palacios Lleras. Abogado de la Universidad de los Andes, con maestría en Derecho de la Universidad de Harvard. Ha sido profesor de varias universidades de materias como Análisis Económico del Derecho y Derecho de la Competencia. Actualmente cursa estudios de doctorado (MPhil/PhD) en University College of London.

Gonzalo Andrés Ramírez Cleves. Abogado, Universidad Externado de Colombia (1997). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 2000). Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid (Madrid, España, 2003). En la actualidad realiza

un Máster en Historia en la Universidad de los Andes. Profesor titular tiempo completo de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia. Autor de los libros Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma (2003), Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción (2005) y Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación (2009). Editor de El derecho en el contexto de la globalización (2007), Los blogs jurídicos y la Web 2.0 para la enseñanza y la difusión del derecho (2010) y Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias (2012), todos en la editorial de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido profesor invitado por la University College of London (ucl), Université Paris x (Nanterre) y Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Trabajó como Magistrado Auxiliar en la Corte Constitucional Colombiana. correo electrónico: gonzalo.ramirez@uexternado.edu.co y goracles@yahoo.es

Wilfredo Robayo Galvis. Abogado, Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Internacional de la Universidad Católica de Lovaina. Estudios de maestría en Cooperación Internacional y Relaciones Exteriores. Docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: wilfredo.robayo@uexternado.edu.co

Alejandra Rodríguez Cortés. Abogada de la Universidad del Rosario. Asistente de investigación del proyecto Comercio Internacional y Derecho al Desarrollo, de la línea de investigación en Derecho Internacional y Globalización, y joven investigadora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario-Colciencias. Colaboradora en la elaboración del libro Inversión extranjera en Estados Unidos. Miembro del grupo representativo de la Universidad del Rosario y de Colombia en el Modelo de Naciones Unidas de Harvard 2010 y participante en el concurso de

Derecho Internacional Phillip C. Jessup International Law Moot Court Competition en representación de la Universidad del Rosario, 2008. Correos electrónicos: alekrina@hotmail.com; alejandrarc28 @gmail.com

Héctor David Rojas. Abogado, Universidad Externado de Colombia. Filósofo de la Universidad Libre de Colombia. MA Philosophy and Law, University of Bristol (UK).

Rafael Rubio Núñez. Abogado, politólogo y doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor e investigador de la misma Universidad. Entre sus escritos se encuentran: "Los grupos de presión", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003; "El proyecto de una Constitución para Europa, Confederación de Estados, Unión de Ciudadanos", Nueva Revista de Política, n.° 88, 2003; "Internet para la participación política", Revista de Estudios Políticos, n.° 109, 1999; "Investigación con células:

un problema jurídico", Revista de Derecho Público, uned, 2004; "Los ciudadanos protagonistas de la globalización", en El Derecho en el contexto de la globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007; "Enseñar derecho en red", en: Los blogs jurídicos y la Web 2.0 para la difusión y la enseñanza del Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. Ha sido profesor visitante de las universidades Georgetown, Navarra, Carlos III de Madrid, Pontificia de Salamanca y el Instituto Universitario Ortega y Gasset. Es cofundador de la empresa Piensaenred, la primera empresa española especializada en sistemas y redes sociales. Administra el blog www.ethepeople.blogspot.com

Christian SchmitzVaccaro. Abogado, Universidad de Concepción (Chile). Magíster en Administración de Empresas (MBA-UC) de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente, profesor adjunto de Derecho Económico y Derecho Informático y jefe del Departamento de Derecho Económico y Laboral de la Facultad de Derecho, Universidad Católica

de la Santísima Concepción (Chile). Docente de Derecho Económico, Universidad San Sebastián, Sede Concepción (Chile).

Natalia zenzes Cordera. Doctora en Análisis Económico y Empresarial por la Universidad de la Coruña (España). Obtuvo el Diploma en Estudios Avanzados (DEA) en el programa de Estudios Europeos del Instituto Universitario Ortega y Gasset-Universidad Complutense de Madrid. Es Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Fue asesora para temas multilaterales del secretario de Relaciones Exteriores del gobierno mexicano.

(1) El proceso de globalización económica se incrementó principalmente

{1} El proceso de globalización económica se incrementó principalmente tras la caída del Muro de Berlín en 1989, donde se produjo el triunfo del modelo capitalista liberal frente al socialismo de la Unión Soviética. Este sistema de economía-mundo en que producción y consumo se hace a nivel mundial ha producido una economía global, pero sin política y derecho global. (Ver P. De Vega, Mundialización y derecho constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público n.° 50, 1998).

{2} T. Pogge. La pobreza en el mundo y los derechos humanos, Barcelona, Paidós, 2005, p. 14.

{3} H. P. Martin y H. Schumann. La trampa de la globalización, Madrid, Taurus, 2000.

{4} El patrón de cambio en la actualidad es el dólar. Dicho patrón fue cuestionado al inicio de la crisis económica mundial por parte de China, por ejemplo en las reuniones que se realizaron en el G-7.

{5} Durante los primeros años de gobierno del presidente Barack obama se detuvo la firma definitiva de Tratados de Libre Comercio negociados con Panamá, Corea del Sur y Colombia, que posteriormente fueron ratificados.

{6} Sin tener en cuenta el caso de Cuba que conserva el modelo económico socialista-comunista con algunos cambios tangenciales y mínimos de apertura del comercio y reconocimiento de propiedad privada a partir de la administración de Raúl Castro.

{7} El término se refiere a Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica, que son las economías que se encuentran más fuertes con el modelo de globalización en la actualidad por la potencialidad de sus mercados y su economía en crecimiento.

{8} J. Stiglitz. ¿Cómo hacer que funcione la globalización?, Madrid, Taurus, 2006, p. 116. Aunque esta Ronda del Desarrollo no ha sido firmada en forma definitiva por la negativa de los países emergentes a abrir sus economías sin que antes se eliminen por parte de los países ricos los subsidios agrícolas y que haya transferencia de tecnología, Doha se constituye en una evidencia de transformación de las funciones y objetivos

constituye en una evidencia de transformación de las funciones y objetivos de la OMC.

{9} I. Wallerstein. El moderno sistema mundial. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo xvi (tres tomos), Madrid, Siglo xxi, 1979.

{1} Sobre el surgimiento de los movimientos antiglobalización se puede consultar J. Pastor. ¿Qué son los movimientos antiglobalización?, Barcelona, 2002.

{2} Ulrich Beck establece que hay tres tipos de globalización: en primer lugar el globalismo según el cual el mercado mundial desaloja o sustituye al quehacer político; en segundo lugar se encuentra la globalidad que significa que las distintas formas económicas, culturales y políticas no dejan de entremezclarse e interrelacionarse, y finalmente el concepto de globalización en sentido lato, que significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (U. Beck. ¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas de la globalización, Barcelona, Paidós, pp. 26 a 30).

{3} Stiglitz explica esta forma de medición de la desigualdad: “Una medida estándar de la desigualdad es el coeficiente de Gini (...) según este indicador la igualdad perfecta tiene un valor de o y la desigualdad perfecta de i. Los países que están razonablemente bien tienen un coeficiente de 0,3. Estados Unidos, el peor clasificado de los países industrializados avanzados, lo tiene de 0,47% y los países con una elevada desigualdad superan el 0,5% ...” (J. E. Stiglitz. El precio de la desigualdad: el 1% de la población tiene lo que el 99% necesita, Madrid, Taurus, 2012, p. 12).

{4} En un reciente artículo de la revista The Economist titulado “For richer, for poorer” se estableció que el aumento entre personas ricas y pobres en un mismo país ha ido en aumento de 1980 a 2010 en países como Sudáfrica, China, Estados Unidos, Gran Bretaña, India, Alemania y Suecia. El único país donde se ha disminuido la brecha entre ricos y pobres durante este periodo es Brasil. Teniendo en cuenta el índice Gini, la desigualdad en Estados Unidos ha aumentado en un 20% desde 1980 llegando a 0.39% en

Estados Unidos ha aumentado en un 30% desde 1980 llegando a 0,39%, en Suecia se acrecentó en un cuarto llegando al 0,24% y en China se ha aumentado en un 50% llegando al 0,42% y en algunas mediciones al 0,48%. En el caso de Brasil, aunque se han disminuido los índices de desigualdad a partir de los años ochenta, la cifra sigue estando por encima del 0,5%. La economía emergente con mayores índices de desigualdad en la medición del índice Gini es Sudáfrica con 6,2% (ver el cuadro "For richer, for poorer", The Economist, October 13-19, 2012, p. 4, Special Report).

{5} Existen al menos cinco formas de definir la pobreza. En primer lugar el criterio económico que consiste en valorar la compra de la canasta básica y de los bienes y servicios considerados como indispensables, que ha dado lugar a que se entienda que ser pobre es el que tenga menos de dos dólares al día y pobre extremo menos de un dólar al día, criterio utilizado por instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. En segundo lugar el criterio de las capacidades popularizado por el premio Nobel de Economía Amartya Sen donde se tiene en cuenta los funcionamientos para llevar a cabo el proyecto de vida y para tomar decisiones libres e informadas que es utilizado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) con el índice de desarrollo humano y donde se valora la capacidad de las personas en términos de analfabetismo, desnutrición, esperanza de vida y enfermedades infecciosas previsibles. Por otro lado se define la pobreza como exclusión, vulnerabilidad y el concepto que tienen los pobres sobre la pobreza, donde se incluyen factores como la dependencia, inseguridad, inestabilidad, injusticia, falta de poder para negociar, para defenderse y para mantenerse en el mercado (Ver G. Ramírez Cleves. Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, n.° 81, 2009, pp. 11-14).

{6} La sociedad 20:80 fue descrita por los periodistas Martin y Schumann, quienes afirmaron que, de acuerdo con los estudios de Jeremy Rifkin en su libro El fin del trabajo, en el próximo siglo el 20% de la población activa bastará para mantener en marcha la economía mundial y no se necesitará más fuerza de trabajo (Ver H.-P. Martin, y H. Schumann. La trampa de la globalización, Madrid, Taurus, 2000, p. 10).

{7} La crisis financiera internacional, que para algunos economistas se

{7} La crisis financiera internacional, que para algunos economistas se inicia desde 2007 con la crisis hipotecaria de las subprime en Estados Unidos, se agudizó en el mes de julio de 2008 con el rescate financiero de las agencias hipotecarias Freddie Mac y Fannie Ma. Sin embargo, la etapa más crítica de la crisis fue la quiebra de Lehman Brothers y el salvamento por parte del gobierno federal de la aseguradora aig. Como dice Antonio Torrero Mañas, desde esta fecha "la crisis afectó a todas las instituciones del sistema financiero de los Estados Unidos: entidades de seguros, fondos de inversión, bancos comerciales e industriales y a las agencias públicas que tenían por objetivo la promoción de los créditos para la adquisición de viviendas" (A. Torrero Mañas. La crisis financiera internacional. Cuarto año, Madrid, Marcial Pons, 2011).

{8} La primera fue la del crack de 1929 por la caída de la Bolsa de Nueva York y el pánico financiero que se presentó y que dio lugar a una recesión económica mundial.

{9} N. Bobbio. Igualdad y libertad, Barcelona, Paidós, 1993, p. 58.

{10} La cita completa es la siguiente: "Primeramente hay que averiguar qué límites dan de la oligarquía y de la democracia y qué es lo justo, tanto en una oligarquía como en una democracia. Pues todos se atienen a algo justo, pero llegan solo hasta un cierto límite y hablan no de todo lo absolutamente justo. Por ejemplo, parece que igualdad es lo justo, y lo es, pero no para todos, sino para los iguales; y lo desigual parece que es justo y ciertamente lo es, pero no para todos, sino para los desiguales" (Aristóteles. La Política, libro III, capítulo ix (1280a), Madrid, Alianza, 2003, p. 132).

{11} Dice Aristóteles: "Es por tanto, la virtud (...) un medio entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto, y también por no alcanzar, en un caso, y por sobrepasar, en otro, lo necesario en las posiciones y acciones, mientras que la virtud encuentra y elige el término medio". Para ejemplificar la idea del justo medio dice que la valentía se ubica entre la temeridad y la cobardía; la sensatez se sitúa entre la vida desenfrenada y el tedio; sobre el uso del dinero el ser generoso se centra entre la mezquina tacañería y la prodigalidad, el ser tranquilo se define como no ser iracundo pero tampoco flemático (Aristóteles. Ética Nicomáquea, Buenos Aires, Losada, 2004, pp. 72 a 76).

{12} Se expone este tipo de justicia en el capítulo III del libro v de la Ética

{12} Se expone este tipo de justicia en el capítulo III del libro V de la Ética titulado "Primera especie de justicia" y donde se dice: "Si las personas no son iguales, no deberán tampoco tener partes iguales. Y de aquí las disputas y las reclamaciones, cuando aspirantes no tienen partes iguales; o cuando no siendo iguales, reciben sin embargo porciones iguales. Esto mismo es de toda evidencia si, en lugar de mirar a las cosas, se mira el mérito de las personas que las reciben. Todos están de acuerdo en reconocer que en las participaciones lo justo debe acomodarse al mérito relativo de los contendientes." (ibíd., pp. 172 a 173).

{13} Sobre este punto ya Aristóteles subraya que todos están de acuerdo en reconocer que en las particiones lo justo debe acomodarse al mérito de los contendientes; sin embargo, subraya que no todos hacen coincidir el mérito en una misma cosa: ". los partidarios de la democracia le colocan ya en la riqueza, ya en el nacimiento; y los de la aristocracia en la virtud" (ibíd.).

{14} N. Bobbio. Ob. cit., pp. 53-54. Aristóteles expresaría dicho dilema de la siguiente forma: "Es una consecuencia no menos necesaria que lo justo sea un medio y una igualdad en relación con una cierta cosa y a ciertas personas. En tanto que medio, es el medio entre ciertos términos, que son el más y el menos: en tanto que justo, se refiere a personas de cierto género. Lo justo implica por lo tanto necesariamente cuatro elementos por lo menos, puesto que las personas, a las cuales lo justo se aplica, son dos; y las cosas, en las que se encuentra lo justo son igualmente dos." (Aristóteles. Ética, libro v, capítulo III, p. 172).

{15} R. Alexy. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 381. Bobbio también comparte esta posición y apunta que el concepto de igualdad es relativo, por los menos en tres aspectos: 1. Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes; 2. Los bienes o gravámenes a repartir; 3. El criterio para repartirlos.

{16} N. Bobbio. Ob. cit., p. 58. Aristóteles explica esta relación entre justicia e igualdad de la siguiente forma: "Puesto que el carácter de la injusticia es la desigualdad, y que lo injusto es lo desigual, se sigue de aquí claramente que debe haber un medio para lo desigual. Este medio es la igualdad; porque en toda acción, sea la que se quiera, en que puede darse el más o el menos, la igualdad se encuentra también precisamente. Luego, si

más o el menos, la igualdad se encuentra también precisamente. Luego, si lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual; esto lo ve cualquiera sin necesidad de razonamiento; y si lo igual es un medio, lo justo debe ser igualmente un medio." (Aristóleles. Ética, ob. cit., p. 172).

{17} R. Alexy. Ob. cit., p. 388.

{18} Sin embargo, en contra de la crítica de Alexy a Aristóteles podemos decir que, como se veía en la nota 15, ya Aristóteles había identificado que el criterio de la igualdad dependía de los regímenes políticos: democracia, aristocracia y oligarquía.

{19} Ibíd.

{20} J.J. Rousseau. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos, Madrid, Tecnos, 4.a ed., 1998, pp. 204-205.

{21} Rousseau para fundar su teoría hace uso del concepto de derecho natural el cual se contraría con el derecho positivo estableciendo criterios injustos. Explica al final de su opúsculo: "Se sigue también que la desigualdad moral, autorizada únicamente por el derecho positivo, es contraria al derecho natural todas las veces que no va unida en la misma proporción con la desigualdad física. Esta distinción determina de modo suficiente lo que se debe pensar a este respecto de la clase de desigualdad que reina entre los pueblos civilizados, puesto que está manifiestamente contra la ley de la naturaleza, comoquiera que se la defina, el que un niño gobierne a un anciano, que un imbécil conduzca a un hombre sabio y que un puñado de gentes rebase de cosas superfluas mientras que la multitud hambrienta no tiene lo necesario" (ibíd.).

{22} E. W. Bóckenfórde. "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", en Escritos sobre derechos fundamentales, Baden-Baden, 2003, p. 36.

{23} Esta idea la expresa Kant en la "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres" cuando afirma: "Una acción es conforme a derecho, cuando, según ella o según su máxima, la libertad de arbitrio de cada uno

puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general" (I. Kant

puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general" (I. Kant. Metafísica de las costumbres, Madrid, Tecnos, 1989, p. 17)

{24} Anatole France ironizaba con relación a la igualdad frente a la ley: "Esa majestuosa igualdad ante la ley, que permite que tanto los ricos como los pobres duerman en la noche bajo los puentes". (Citado por J.-P. Fitoussi y P. Rosanvallon. La nueva era de las desigualdades, Buenos Aires, Manantial, 2003, p. 104).

{25} N. osuna Patino. Tutela y Amparo: derechos protegidos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 226.

{26} Sin embargo, hay que resaltar que la Declaración francesa de los derechos del Hombre y del Ciudadano tenía una vocación universalista; así lo demuestran las traducciones americanas de dicha Declaración que reprodujeron el liberalismo político y las ansias de libertad. Por ejemplo, como indican Hardt y Negri, en Haití (antiguo Santo Domingo) el esclavo negro Toussaint L'ouverture a fines del siglo xviii condujo a la primera lucha victoriosa por la independencia y contra la esclavitud moderna con base en "la retórica de la Revolución francesa" y los derechos humanos a la libertad, la igualad y la fraternidad. "Toussaint suponía que los negros, los mulatos y los blancos de la colonia estaban también incluidos en el amplio paraguas de los ciudadanos" (M. Hardt y A. Negri. Imperio, Barcelona, Paidós, 2002, p. 111).

{27} Por Earl Warren que presidió la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de 1953 a 1969.

{28} Dentro de esta decisión se expusieron para el cambio del precedente (overruling) del fallo Plessy vs. Fergurson, presupuestos sociológicos y psicológicos. Como es de sobra conocido, la demanda que produjo el fallo Brown fue interpuesta por una serie de asociaciones civiles de los negros. Se trataba de buscar que una niña de raza negra pudiera asistir a una escuela de raza blanca que le quedaba más cerca de su casa que el colegio de niños negros. Entre los argumentos dados por Warren para establecer la nueva regla se estableció por parte de la Corte que la separación racial en las escuelas públicas producía que los niños psicológicamente se sintieran diferenciados desde temprano dando lugar a que en la sociedad no se pudiera dar un cambio real sobre la discriminación. Algunos autores desde

pudiera dar un cambio real sobre la discriminación. Algunos autores desde la perspectiva crítica del derecho estiman que, a pesar de los fallos contra la discriminación racial dados en los años cincuenta por la Corte Suprema, la discriminación continúa de facto. (Ver N. Gotanda. "Una crítica a 'nuestra Constitución es ciega al color'", en Crítica Jurídica, Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 69 a 97).

{29} Aprobada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009. En la Sentencia C-293 de 2010 se hizo el control de constitucionalidad de dicha ley.

{30} Señala el profesor Villar Borda con relación a los tratados sobre Derechos Humanos: "... es incuestionable que los estados tienen la obligación de comportarse, como miembros de la comunidad internacional, con responsabilidad frente a sus nacionales y extranjeros residentes en su territorio, conforme preceptos estatuidos en las convenciones por ellos mismos aprobadas y aceptadas. Como lo observa Antonio Cassese, cada estado ha de rendir cuentas a los demás países y a ciertos organismos internacionales, sobre el trato que se da, en su interior, a los ex tranjeros, y no solo a ellos, sino también a sus propios ciudadanos. Gráficamente, cada Estado ha de convertirse en una casa de cristal" (L. Villar Borda. Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. ° 9, 1998, p. 46). La idea de la caja de cristal también ha sido explicada por Twining cuando nos dice que actualmente la globalización desafía las teorías de "caja negra", ". es decir, aquellas que tratan a los Estados Nación, las sociedades, los sistemas jurídicos y los ordenamientos jurídicos como si fuesen entidades cerradas, impermeables, que se pueden estudiar aisladamente" (W. Twining. Derecho y Globalización, Bogotá, Siglo del Hombre, 2005, p. 120).

{31} En este sentido, señalan Fitoussi y Rosanvallon que en la elección del criterio valorativo: ". la equidad puede definirse como una propiedad del o de los criterios de igualdad que se escogen" (J.P. Fitoussi y P. Rosanvallon. Ob. cit., p. 105).

{32} W. Twining. Ob. cit., p. 121.

{33} Esta definición se encuentra también en C. A. Ramírez Cleves

{33} Esta definición se encuentra también en G. A. Ramírez Cleves. Pobreza, globalización y derecho, ob. cit., p. 14.

{34} Apuntan F itoussi y Rosanvallon que el proceso de globalización tiende a ser independiente de la voluntad política-lógica que se encuentra impotente ante el avance de la lógica económica y de regulación mínima por parte del Estado, y señalan que: "no sería posible una política nacional independiente en un mundo en donde los países son económicamente interdependientes. Mucho más poderosa que la ley de los estados, la ley del mercado y la apertura al mundo diluyen a cada país en un conjunto indiferenciado donde ninguna sociedad nacional controla su destino" (J.P. Fitoussi y P. Rosanvallon. Ob. cit., pp. 117-118). Sin embargo, hay que tener en cuenta que este poder de decisión puede ser mayor o menor dependiendo del poder económico y político. Ejemplo de esto es el unilateralismo en las decisiones de países hegemónicos como Estados Unidos; por ejemplo, en la obligación de seguir o no las Resoluciones de Naciones Unidas en el caso de la invasión a Iraq.

{35} Esta es una de las medidas que se tomaron en el llamado "Consenso de Washington", que constata la imposición del ideario económico neoliberal. Boaventura de Sousa Santos enumera dichas orientaciones y exigencias; por ejemplo: "las economías nacionales deben abrirse al mercado mundial y los precios domésticos han de adecuarse forzosamente a los precios internacionales; se debe dar prioridad a la economía de exportación; las políticas monetarias y fiscales deben ser orientadas hacia la reducción de la inflación y de la deuda pública, así como la vigilancia de la balanza de pagos; los derechos de propiedad privada tienen que ser claros e inviolables; es necesario que el sector empresarial del estado sea privatizado (...) la regulación estatal de la economía debe ser mínima; la importancia de las políticas sociales en el gasto público tiene que ser reducida, disminuyendo el monto de las transferencias sociales, eliminando su universalidad y transformándolas en simples medidas compensatorias en relación con los estratos sociales inequívocamente vulnerados por la acción del mercado" (B. de Sousa Santos. El milenio huérfano: ensayos para una nueva cultura política, Madrid, Trotta, 2005, p. 239. Este libro se titula también: La caída del angelus novus, y es publicado en Bogotá por la editorial ilsa, 2003)

{36} Expuesto en la obra de I. Wallerstein. El moderno sistema mundial. La

{36} Expuesta en la obra de I. Wallerstein. El moderno sistema mundial. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI (tres tomos), Madrid, Siglo xxi, 1979.

{37} Dice Regina Kreide: “Gran parte de la población pobre en el mundo pertenece a los denominados workingpoor, es decir, aquellas personas que si bien tienen un trabajo no pueden vivir de manera adecuada gracias a este. En las zonas de libre comercio (maquiladoras) -por lo menos 2.000 en todo el mundo- de las Filipinas, China, México, Vietnam, Sri Lanka, El Salvador y Nicaragua, donde subempresas de EEUU o Taiwán producen para reconocidas empresas como Wal-Mart, Tommy Hilfinger, Gap o Nike, la catastrófica situación es la misma. Allí hay obreras que trabajan a destajo siete días a la semana, desde las siete y media de la mañana hasta la medianoche, y reciben un salario por horas con el cual no se aproximan siquiera a llevar una vida digna. En estos espacios económicos extraterritoriales, carentes de derecho, con los que los Estados buscan ser atractivos para las empresas transnacionales en la competencia internacional, los sweatshops pueden prosperar sin trabas, sin ninguno de los controles que rigen para el cumplimiento de los estándares laborales y los correspondientes niveles de salarios” (R. Kreide. “Justicia Global, Pobreza y Responsabilidad. ¿Tienen obligaciones las empresas transnacionales?”, en Justicia Global, Derechos Humanos y Responsabilidad, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007, p. 101).

{38} Señala De Sousa Santos sobre los primeros autores que se percataron de este fenómeno: “Frobel, Heinrichs y Kreye fueron probablemente los primeros en hablar, en los primeros años de la década de los ochenta, de la emergencia de una división internacional del trabajo, basada en la globalización de la producción por parte de las empresas multinacionales.” (ibíd., pp. 238-239). Fazio Vengoa desde un análisis histórico señala que la globalización como tendencia proviene desde los años setenta cuando se transforman los procesos de producción concentrados en el Estado-nación. Diferentes circunstancias, como la crisis del petróleo de 1973, la saturación de los mercados internos, el agotamiento de las reservas de racionalización del trabajo, obligaron a que las grandes empresas iniciaran un proceso de reestructuración que se basaba en la recomposición del proceso productivo deslocalizando o desterritorializando la cadena de producción en diferentes

partes del globo, en busca de mano de obra barata y mejores condiciones

partes del globo, en busca de mano de obra barata y mejores condiciones fiscales y de contratación flexible (H. Fazio Vengoa. Ob. cit., pp. 34-35).

{39} Como señalan Fitoussi y Rosanvallon, hasta hace tan solo 20 años dos tercios de la población mundial vivían en países cerrados al comercio internacional. La entrada de China y de los antiguos países del Este al mercado mundial y el fin del proteccionismo latinoamericano que se fundaba en el modelo de sustitución de exportaciones formulado por la Cepal producen la expansión súbita del mercado (J.P. Fitoussi y P. Rosanvallon. Ob. cit., p. 121).

{40} Hay que tener en cuenta que, como afirma De Julios-Campuzano, el concepto de "globalización" es una clave explicativa de nuestro tiempo que se impone sobre otros conceptos-metáfora como el de la "tercera ola" (Alvin Toffler), "sociedad informática" (Adam Schaff), "shopping center global' (Theodore Levitt), "aldea global" (Marshall McLuhan), "ciudad global" (Saskia Sassen) (A. de Julios-Campuzano. La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo, Madrid, Dykinson, 2003, p. 17). Igualmente en G. Ramírez Cleves. "Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización", en El Derecho en el contexto de la globalización, aavv, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 195 a 197.

{51} Fue Francis Fukuyama quien introdujo el término "el fin de la historia" en su obra El fin de la historia y el último hombre, Barcelona, Paidós, 1992. Por su parte, Bell habla del "fin de las ideologías" ante la evidencia del colapso comunista que dividía al mundo en dos ideologías económico-políticas: la capitalista-liberal y la socialista-regulada por el Estado.

{42} Apunta Boaventura de Sousa: "La desigualdad y la exclusión son dos sistemas de pertenencia jerarquizada. En el sistema de desigualdad, la pertenencia se da por la integración subordinada, mientras que en el sistema de exclusión la pertenencia se da por la exclusión." (B. de Sousa Santos. El Milenio huérfano, ob. cit., p. 195).

{43} Escribe De Sousa: "El dispositivo ideológico de la lucha contra la desigualdad y la exclusión es el universalismo, una forma de caracterización esencialista que, paradójicamente, puede asumir dos formas

caracterización esencialista que, paradójicamente, puede asumir dos formas en apariencia contradictorias: el universalismo antidiferencialista que opera por la negación de las diferencias, y el universalismo diferencialista que se da por la absolutización de las mismas. La negación de las diferencias opera según la norma de la homogenización, que impide la comparación por la destrucción de los términos de esta comparación. La absolutización de las diferencias se evidencia según la norma del relativismo, que hace incomparables las diferencias por la ausencia de criterios transculturales" (ibíd., p. 198).

{44} Ibíd., p. 207.

{45} No se trató de la adopción de un verdadero esquema de "Estado de bienestar" (Welfare State) a la manera del "modelo sueco" donde el Estado acompañaba al individuo "desde la cuna hasta la tumba", que se implantaría no solo en Suecia, sino en Noruega y Dinamarca, y donde se combinaba crecimiento económico, pleno empleo y estabilidad monetaria. (Una explicación de dicho modelo y su entrada en crisis se encuentra en H. Küng. Una ética mundial para la economía y la política, Madrid, Trotta, 1999, pp. 182-184). En Latinoamérica el modelo de "Estado providencia" se dio en la mayoría de los casos como Estado interventor de la economía, prestador de servicios públicos, Estado empresario y explotador de recursos naturales, pero no se cumplió una verdadera función social de mayor distribución de la riqueza y del ingreso dentro de dicho esquema estatal.

{46} T. Pogge. La pobreza en el mundo y los derechos humanos, Barcelona, Paidós, 2002, p. 14.

{47} P. deVega García. Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional, Bogotá, Universidad Externado, 1998, p. 13. De igual forma De Sousa expone: "Hoy es evidente que la inequidad de la distribución de la riqueza mundial se agravó considerablemente en las últimas décadas: 54 de los 84 países menos desarrollados vieron decrecer su pnb per cápita en los años ochenta (...) más de 1.200 millones de personas (un poco menos de una cuarta parte de la población mundial) vive en la pobreza absoluta, es decir, con un ingreso inferior a un dólar por día" (B. De Sousa Santos. Ob. cit., p. 243).

{48} Wellmer indica que para poder pensar en una sociedad cosmopolita se

{48} Wellmer indica que para poder pensar en una sociedad cosmopolita se debe eliminar la diferenciación entre derechos del hombre y del ciudadano (A. Wellmer. Bedingungen einer demokratischen Kultur. Zur Debatte zwischen Liberalen und Kommunitaristen. Citado por F. Cortés Rodas. De la Política de la Libertad a la Política de la Igualdad: un ensayo sobre los límites del liberalismo, Bogotá, Siglo del Hombre, 1999, p. 43). En el mismo sentido Ferrajoli plantea la tesis de una nueva forma de discriminación en la "ciudadanía", que debe ser erradicada con el concepto de "ciudadanía mundial" (L. Ferrajoli. Derechos y garantías: la ley del más débil, Madrid, Trotta, 1999).

{49} B. de Sousa Santos. Ob. cit., p. 216. Igualmente el libro de Martha Gómez Lee: Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones del TLC, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro sobre Genética y Derecho, 2004, y "Las patentes sobre biodiversidad en el TLC: negocio inconsulto", en Oasis, n.° 11, 2005-2006; "Al final, ¿TLC con o sin biopiratería?, Opera, n.° 12, 2006-2007.

{50} Ibíd. Sobre ciudades globales ver el libro de S. Sassen, The global city, Princeton, Princeton University Press, 1991, traducido al español como Ciudad global, Buenos Aires, Eudeba, 1999. Más recientemente Sassen publicó la obra Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales, Buenos Aires, Katz, 2010.

{51} Ibíd., p. 215. Un ejemplo de la eliminación de una cultura indígena en Colombia son los nukak makú, tribu nómada que ha venido emigrando a las zonas pobladas en el Guaviare por razones de supervivencia o de desplazamiento forzado, y de esta manera pierde su riqueza cultural.

{52} Esta frase ya fue usada por Marx y Engels en 1848 en el Manifiesto Comunista.

{53} De esta manera se forma una serie de reglas heterónomas y no autónomas para dichos Estados.

{54} Estas fueron las primeras propuestas que se dieron tras la crisis financiera y económica mundial de 2°°8, donde se dieron dos cumbres "para los mercados financieros y la economía mundial". La segunda Cumbre del G-28 en Washington el 14 y 15 de noviembre de 2888, en la

Cumbre del G-2° en Washington el 14 y 15 de noviembre de 2°°8, en la cual se propone una mayor regulación y transparencia de los mercados financieros y una forma de autorresponsabilidad de cada Estado, y posteriormente la Tercera Cumbre del G-2° en Londres, que se realizó el 2 de abril de 2°°9, donde ante la evidencia de la agravación de la crisis se propusieron medidas mucho más estrictas como la eliminación de los paraísos fiscales y la dependencia de la economía de los Estados Unidos y el patrón dólar. En estas dos cumbres, además de los países miembros del G-20, participaron España y Holanda.

{55} Ver sobre la evolución del Comité el artículo de M. Baquero. "Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria", en El Derecho en el contexto de la globalización (ed. Gonzalo A. Ramírez), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 423 a 495.

{56} Ver el artículo de M. I. Gómez Lee. "Globalización: 20:80, dos mundos, una organización y una sola tierra", en El Derecho en el contexto de la globalización, (ed. Gonzalo A. Ramírez), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 367-403.

{57} Por ejemplo, en la Unión Europea el caso de igualdad entre hombres y mujeres se ejemplifica con jurisprudencia como la Sentencia del 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas que aplican la Recomendación 84/635 de 1984 en su tercer considerando que establece la lógica de la incorporación de acciones positivas (affirmative actions) en la legislación europea. Dicha recomendación especifica que "las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho, si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los gobiernos y de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad" (ver el libro de J. Brage Camazano. Discriminación positiva a favor de la mujer en el derecho comunitario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, n.° 62, 2001, p. 13). En el mismo sentido en materia de

reconocimiento de la igualdad recientemente la Corte Interamericana de

reconocimiento de la igualdad recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso en la Sentencia Atala Riffo vs. Chile (24 de febrero de 2012) que no se podía discriminar por razones de orientación sexual y que se convertía en un criterio sospechoso que debía ser analizado de manera estricta.

{58} F. Martínez. "Mundialización y redistribución: la propuesta de la Renta Básica", en Revista Internacional de Filosofía Política, n.° 19, México D. F., julio de 2002, p. 5.

{59} Uno de los libros de Stiglitz sobre la globalización económica se titula Los felices noventas (Madrid, Taurus, 2003), que da cuenta de cómo al comenzar la década de los noventa con el derrumbe de la Unión Soviética y el predominio del sistema capitalista-democrático se empezaron a dar índices de crecimiento económico sin precedentes ante el aumento de las inversiones en los nuevos mercados. Sin embargo, desde el "efecto tequila" en México (1994-1995) y el "efecto tango" en Argentina (2001-2002) se empezaron a evidenciar las aporías y dilemas del modelo de producción y consumo global. A mediados de los años noventa se empieza a sentir el descontento de los países ricos por la deslocalización de las empresas, el aumento del desempleo y la imposibilidad del sostenimiento del Estado de Bienestar. En esta misma época algunos de los países en vías de desarrollo que habían aplicado las "recetas" o recomendaciones de los organismos financieros internacionales empezaron también a sufrir las consecuencias nocivas del proceso de mundialización sin restricciones. Es esta época la que Stiglitz describe titulando otra de sus obras El malestar de la globalización (Madrid, Taurus, 2003).

{60} Batalla de Seattle o N2°.

{61} U. Beck dice lo siguiente: "Contagiados por el virus del globalismo, aparecen en todos los partidos ideologías y argumentos de reacción proteccionista. Y en sentido aparentemente contrario, aunque también bajo el hechizo del globalismo, se está formando una enorme coalición negro-roja-verde del proteccionismo que defiende con objetivos opuestos, (la batalla por) el viejo orden frente a los hechos y contrariedades que proliferan en la segunda modernidad (...)". Explica Beck que los proteccionistas negros defienden los valores del nacionalismo donde se resalta nuevamente elementos como la raza, la cultura, la religión o la

resalta nuevamente elementos como la raza, la cultura, la religión o la familia para ir contra lo extranjero, lo extraño y lo intruso que amenaza con la apertura de la economía. Los protec cionistas verdes, por su parte, interpretan que la globalización económica (globalismo) es una amenaza a la idea de medio ambiente y desarrollo sostenible, y por último los proteccionistas rojos encuentran que la idea de mercado y consumo mundial pone en riesgo los avances que se han hecho en materia de derechos sociales y pone en crisis la idea de Estado de bienestar (U. BECK. Ob. cit., pp. 175-177).

{62} Dicen A. FarrÉ y X. Masllorens que "en septiembre del año 2000 las Naciones Unidas celebraron una cumbre extraordinaria, en la que 189 jefes de Estado y de gobierno suscribieron solemnemente la Declaración del Milenio, que propició por primera vez un compromiso global, colectivo y concreto de lucha contra la pobreza." (A. Farré y X. Masllorens. Los Objetivos del Milenio: no valen excusas, Barcelona, Intermón-Oxfan, 2°°7, p. 9). Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (odm) para 2°i5 son los siguientes: i. Erradicar la pobreza extrema y el hambre: donde se debe reducir a la mitad el porcentaje de personas cuyos ingresos sean inferiores a 1 dólar al día y reducir a la mitad el porcentaje de las personas que padecen de hambre; 2. Lograr la enseñanza primaria universal; 3. Promover la igualdad entre géneros y la autonomía de la mujer; 4. Reducir la mortalidad infantil; 5. Mejorar la salud materna; 6. Combatir el viH/sida, el paludismo y otras enfermedades infecciosas; 7. Garantizar la sostenibilidad del medioambiente y 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

{63} H. Kelsen, por ejemplo, en su obra ¿Qué es justicia? evidenció los problemas de vaguedad y ambigüedad que se pueden generar con el concepto de justicia. Kelsen analiza las definiciones de justicia como "dar a cada uno lo suyo" (Platón), "no hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti" (ley de oro), "actúa de tal forma que tu conducta pueda convertirse en una conducta universal o universalizable" (imperativo categórico de Kant), "de cada quien según sus capacidades, a cada quien según sus necesidades" (Marx), como fórmulas abiertas en su definición que puede llegar a ser interpretable. Por ejemplo, qué es lo suyo, qué son capacidades o necesidades, qué es en últimas lo universalizable (ver H. Kelsen. ¿Quées justicia?, Barcelona, Ariel, 1982).

{64} Por ejemplo, la Asociación Europea de Comercio Justo (efta) la define

{64} Por ejemplo, la Asociación Europea de Comercio Justo (efta) lo define como "una iniciativa que intenta corregir algunos de los perjuicios que sufren los pequeños productores y los trabajadores explotados. Quiere ser un símbolo de un comercio diferente, en el que todos ganen, tanto consumidores como productores, en el que los marginados puedan participar en la globalización en beneficio de los explotados" (efta, Anuario del Comercio Justo 1998-2000, Intermón, Maastricht, 1998, citado por S. Martínez-orozco Llorente. Comercio Justo, Consumo Responsable, Barcelona, Intermón, 2000, p. 25).

{65} Se referencia el caso de Ten Thousand Villages, una ong del Comité Central de Menonitas (mcc) y la serrv de la Iglesia de Brethen que comenzaron a realizar estas actividades con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Ten Thousand Villages comenzó a comprar bordados de Puerto Rico para vender en las Iglesias de la comunidad en 1946 (Ver "Where did all begin?", en World Fair Trade Organization, 25 de julio de 2011).

{66} En las tiendas Oxfam del Reino Unido se vendían artesanías hechas por refugiados chinos. En 1967 la Organización Fair Trade Original fue creada en los Países Bajos. Ibíd.

{67} Dicen Mamen Cuéllar y Carola Reintjes que "el Comercio Justo, en su origen (años cincuenta), surge en los países del 'Norte', con el objetivo de establecer relaciones comerciales más directas y bajo mejores condiciones, con grupos de pequeños productores-artesanas del 'Sur'. Así pues, en su origen está implícitamente orientado hacia el comercio Sur/Norte, en un espíritu de alejarse de las relaciones de asistencialismo, muy extendidas en el ámbito de la cooperación al desarrollo de la época; y trabajar sobre uno de los aspectos estructurales y sistémicos de la pobreza: el sistema comercial Norte/Sur. El lema que le dio identidad al movimiento fue el de 'Trade, not Aid' ('Comercio, no ayuda')" (M. Cuéllar y C. Reintjes. Los sellos y sistemas de garantía para el Comercio Justo, Barcelona, Icaria, 2009, p. 11).

{68} También han sido llamados "países menos desarrollados" o least developed country (ldc).

{69} Estas propuestas se dieron en el conocido Informe Prebisch "Towards

{69} Estas propuestas se dieron en el conocido Informe Prebisch "Towards a New Trade Policy for Development" de 1964.

{70} En esta conferencia se hizo popular la frase "Trade, not Aid" (Comercio, no ayuda).

{71} Esta propuesta ha sido reiterada en la Reunión Internacional sobre la Economía para el Desarrollo, de la onu, Monterrey, marzo de 2002.

{72} Ver en la página de la UNCTAD sobre su historia: http://unctad.org/en/Pages/About%20 UNCTAD/A-Brief-History-of-UNCTAD.aspx.

{73} Para algunos economistas, la década pérdida.

{74} Por ejemplo, Véronique Lacomme dice que dicho comercio tiene que hacerse en condiciones de "equidad", con el máximo respeto y justicia económica en todas las transacciones económicas, tanto en la prestación (productores, exportadores, transportistas) como en el aval (importadores, prestamistas de servicios, comerciantes revendedores, clientes) (verV. Lacomme. "Andines, una cooperativa francesa comprometida con un planteamiento de Comercio Justo", en ¿A dónde va el Comercio Justo? Modelos y experiencias, eds. Xavier Montagut y Esther Vivas, Barcelona, Icaria, 2006, p. 77).

{75} Sobre el tema ver el libro citado de M. Cuéllar y C. Reintjes. Los sellos y sistemas de garantía. Existen sistemas genéricos de certificación como iso 8000, Rainforest Alliance y el Código de Conducta CCCC y para casos sectoriales UTz café. También se han establecido Sistemas Participativos de Garantía (spg) como el ifoam y el maela que se basan en la idea de que quien mejor puede avalar si un grupo productor o una entidad respetan determinados criterios en torno a unas condiciones de producción y comercialización justas es su propio entorno social y económico (ver ibíd., pp. 151 y ss.).

{76} Principalmente se presenta el debate entre el llamado sello flo y los otros sistemas alternativos de certificación, debido a que con la certificación flo se ha logrado introducir los productos del Comercio Justo en las grandes superficies comerciales. Para los opositores al sello flo (Fairtrade Labelling

superficies comerciales. Para los opositores el sello no (Fairtrade Labelling Organization) solo certifica las condiciones de trabajo y elaboración de los productos en el Sur, sin tener en cuenta su distribución y comercialización en los países del Norte, que deberían tener los mismos criterios de responsabilidad apoyando no a las grandes superficies, sino a las pequeñas tiendas de distribución y fomentando una responsabilidad en la cadena de producción. Sobre esta polémica ver X. Montagut y E. Vivas (coords.). ¿A dónde va el Comercio Justo?: Modelos y experiencias, Barcelona, Icaria, 2006.

{77} En el derecho internacional se consagra el derecho al desarrollo, por ejemplo en la aprobación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en 1981, precedente que se retomó por la Asamblea General de la ONU en 1986 en la cual se adoptó la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo que consiste, según el artículo I.I, en el derecho de toda persona o pueblo "a participar en el desarrollo económico, social y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales". Igualmente, en el artículo 8. 1 de dicha Declaración, se indica que los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizar la igualdad de oportunidades para el acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos; lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo y establecer reformas económicas y sociales con el objeto de erradicar todas las injusticias sociales (ver G. A. Ramírez cleves. Pobreza, globalización y derecho, ob. cit., pp. 61-62).

{78} Principalmente por la contienda que se da entre los países más desarrollados y los países emergentes y en vías de desarrollo. Los países desarrollados proponen consolidar los principios del comercio de apertura de los mercados y eliminación de los aranceles y los países en vías de desarrollo y emergentes piden un tratamiento especial, transferencia de tecnología y eliminación de los subsidios agrícolas.

{79} Por ejemplo, el Foro Público que se dio en la OMC el 4 y 5 de octubre de 2007, titulado "¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la globalización?", en que se le dio participación a ong y grupos de interés

para formular propuestas a fin de restringir la desigualdad y la inequidad en

para formular propuestas a fin de restringir la desigualdad y la inequidad en el comercio internacional. Ver documento en www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/public_forum07_s.pdf

{80} Existen tres libros sobre el tema de otra forma de globalización publicados por Stiglitz: ¿Cómo hacer que funcione la globalización?, Madrid, Taurus, 2006; Comercio justo para todos, Madrid, Taurus, 2007 (con Andrew Charlton), y El precio de la desigualdad: el 1 % de la población tiene lo que el 99% necesita, Madrid, Taurus, 2012.

{81} También propone Stiglitz otras medidas económicas, por ejemplo el tratamiento de la deuda para los países más pobres y reformar el sistema global de reservas. Ver los capítulos 8 y 9 de ¿Cómo hacer que funcione la globalización?

{82} Ver el texto de S. A. Aaronson y J. M. Zimmerman. Trade Imbalance: the struggle to weigh human rights concerns in trade policymaking, Cambridge, Cambridge University Press, 2008. En dicho texto las autoras explican que en la firma de los tratados bilaterales de libre comercio (bit) se han fortalecido los derechos humanos y las normas laborales y ambientales.

{83} Por ejemplo, Joseph Stiglitz establece que la falla se presenta en una mala comprensión de la teoría económica moderna que se basa en una interpretación ingenua de la economía a partir de los supuestos de una competencia perfecta, de unos mercados perfectos y de una información perfecta (ver J. Stiglitz. El precio de la desigualdad, ob. cit., p. 13). En el mismo sentido, Joel R. Paul dice que actualmente los bienes y servicios no se intercambian en mercados perfectos ya que los cuatro requisitos que permiten el funcionamiento de un mercado perfecto -bienes homogéneos, número suficientemente grande de compradores y vendedores, inexistencia de barreras para el ingreso al mercado, y conocimiento perfecto- rara vez ocurren en los mercados internacionales (ver J. R. Paul, ¿Es realmente libre el libre comercio?, Bogotá, Universidad de los Andes, 2003, p. 76 y ss.).

{84} Por ejemplo, la OMC, que se funda en tres pilares: liberalización del comercio, eliminación de las barreras comerciales (aranceles) y protección de la propiedad intelectual (ADPIC), propone desde la Conferencia un nuevo pilar que es el comercio para el desarrollo.

{85} Sobre la creación de un Tribunal de Justicia internacional que

{83} Sobre la creación de un Tribunal de Justicia Internacional que sancione aquellas conductas que puedan ir en contra de la idea de desarrollo y de equidad en las transacciones comerciales internacionales ver el capítulo 3 del libro de J. Stiglitz. ¿Cómo hacer que funcione la globalización?, ob. cit.

{86} Para los autores que han trabajado el tema, ver el libro compilado por F. Cortés y M. Giusti, Justicia global, derechos humanos y responsabilidad, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007. También la obra de F. Arcos Ramírez titulada La justicia más allá de las fronteras: fundamentos y límites del cosmopolitismo, Valencia, puv, 2009, y el texto de H. O. Seleme, Las fronteras de la justicia distributiva: una perspectiva rawlsiana, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. Entre los autores norteamericanos se encuentran las exposiciones de Charles Beitz, David Richards, Brian Barry, Thomas Pogge, Henry Shue, Stephan Gosepath, Peter Singer y Martha Nussbaum.

{87} Aunque, como expone Seleme, existe una primera aproximación a la justicia internacional que se establece en Theory of Justice, donde Rawls aborda tangencialmente dicho problema (parágrafo 58 de A Theory of Justice), pero solamente con el propósito específico de juzgar los objetivos y los límites de la guerra justa. Ver J. Rawls. El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública, Barcelona, Paidós, 2001, p. 14. Rawls realiza un escrito en 1993 sobre el tema, titulado "The Law of Peoples", en On Human Rights, The Oxford Amnesty Lectures (eds. S. Shute y S. Hurley), Nueva York, Basic Books. El libro definitivo se publicó en 1999 bajo el título The Law of Peoples, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

{88} Los principios de justicia de Rawls fueron expuestos en su Teoría de la Justicia y corregidos mínimamente con relación a la segunda parte (principio de la diferencia) en su obra Liberalismo Político (1993) y consisten en lo siguiente: a. Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos, y, en este esquema, las libertades políticas iguales, y solo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo; y b. Las desigualdades

sociales y económicas solo se justifican por dos condiciones: en primer

sociales y económicas sólo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos en condiciones de igualdad de oportunidades; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deberán ejercerse en el máximo beneficio de la sociedad de los menos privilegiados (ver J. Rawls. Liberalismo Político, México, Fondo de Cultura Económica, 2006).

{89} Ver sobre este tema el texto de F. Cortés Rodas. "¿Hay un conflicto insuperable entre la soberanía de los Estados y la protección de los derechos humanos?", en Justicia global, derechos humanos y responsabilidad, ob. cit., pp. 142 a 151.

{90} Rawls en el capítulo 11 de El derecho de gentes establece que el término que utilizará será el de "pueblos" y no el de "Estados"; la diferencia radica en que el Estado como organización política de su pueblo no es el autor de sus propios poderes; por ejemplo, los poderes de guerra del Estado, en sus diferentes versiones, son solo los otorgados por su pueblo. Es decir que el Estado está sometido a la voluntad de su pueblo, y no viceversa (ver J. Rawls. El derecho de gentes, ob. cit-, p. 38).

{91} Rawls clasifica los pueblos en cinco tipos: los pueblos liberales razonables, los pueblos decentes (con una jerarquía consultiva), los estados proscritos, los estados lastrados por condiciones desfavorables y los absolutismos benignos. Explica Rawls que usa el término "decente" "... para describir las sociedades no liberales cuyas instituciones básicas cumplen ciertas condiciones específicas de equidad y justicia política (incluido el derecho de los ciudadanos a tener un papel sustancial, a través de grupos y asociaciones, en la adopción de decisiones políticas) y conducen a sus ciudadanos a cumplir un derecho razonablemente justo de la sociedad de los pueblos" (ibíd., p. 13).

{92} Los bienes primarios propuestos por Rawls son de dos tipos: bienes sociales primarios, que son directamente distribuidos por las instituciones sociales, como la riqueza, las oportunidades y los derechos, y bienes naturales primarios como la salud, el talento y la inteligencia, que no pueden ser repartidos, sino que son condiciones propias de cada individuo según la idea de "lotería natural" (R. Gargarella. Las teorías de la justicia

después de Rawls: un breve manual de filosofía política. Barcelona, Paidós

después de Rawls: un breve manual de filosofía política, Barcelona, Paidós, 1999, p. 38).

{93} Sobre este punto Rawls dice lo siguiente: "Los ejemplos históricos parecen indicar que los países con recursos escasos, como Japón, pueden hacerlo muy bien, mientras que los países con recursos abundantes, como Argentina, pueden afrontar grandes dificultades. Los elementos cruciales que establecen la diferencia son la cultura política, las virtudes políticas de la sociedad civil, y la probidad, laboriosidad y capacidad de innovación de sus miembros. También resulta decisiva la política demográfica del país: no hay que sobrecargar el territorio y la economía con una población mayor que la que se puede sostener" (J. Rawls. El derecho de gentes, ob. cit., pp. 127 a 128).

{94} Esta clasificación es planteada por F. Cortés en su artículo "¿Hay un conflicto.?", ob. Cit., pp.I42-I47.

{95} C. Beitz. Political Theory and International Relations, Princeton, Princeton University Press, 1979, citado por J. Rawls. El derecho de gentes, ob. cit., p. 135.

{96} F. Cortés. "¿Hay un conflicto.?", ob. cit., p. 148.

{97} J. Rawls. El derecho de gentes, ob. cit., p. 135.

{98} El "deber de asistencia" que se aplica por parte de los países ricos a las sociedades menos favorecidas, y que no consiste en una redistribución de recursos de manera obligatoria o imperativa, sino simplemente en un deber de tipo moral que tiende a favorecer la instauración de instituciones justas en países pobres, pero sin intervenciones directas a los países para la imposición de dicho criterio (J. Rawls. El derecho de gentes, ob. cit., pp. 126-127).

{99} Pogge estima: "Aquí las sociedades ricas, que controlan conjuntamente el 82% del producto global y el acceso lucrativo a los mercados del mundo, disfrutan de una gran superioridad de poder de negociación, información y pericia respecto de las sociedades pobres, tomadas en conjunto. Capaces y deseosas de explotar esta superioridad, modelan el orden económico global de modo que favorezca lo máximo

modelan el orden económico global de modo que favorezca lo máximo posible su ventaja para así capturar la parte del león de los beneficios en la interacción económica. La mano invisible guía estos asuntos por la dirección equivocada, permitiendo a las sociedades ricas adquirir índices de crecimiento superiores en PIB per cápita, y por lo tanto, agravando todavía más las diferencias en poder de negociación" (T. Pogge. "La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls", en Revista Internacional de Filosofía Política, n.° 23, julio de 2004, pp. 28 a 49).

{100} Esta propuesta de Thomas Pogge prevé que los estados y sus gobiernos no deberán disfrutar de plenos derechos de propiedad sobre los recursos naturales de su territorio, sino que se les podrá exigir que compartan una pequeña parte del valor de cualquier recurso que decidan utilizar o vender generando un dividendo que se repartirá a los países menos favorecidos para realizar políticas estructurales y no de subvención para erradicar el hambre y la pobreza (T. Pogge. "Erradicar la pobreza estructural: defensa de un dividendo global de recursos", en La pobreza en el mundo y los derechos humanos, Barcelona, Paidós, 2002).

{101} Ver T. Pogge. "Innovaciones farmacéuticas: ¿debemos excluir a los pobres?", en Hacer Justicia a la Humanidad, México, unam, 2009, pp. 393-450.

{102} Dice Rawls: "Esto plantea la cuestión de la diferencia entre el principio de distribución global y el deber de asistencia. Aquel principio está diseñado para ayudar a los pobres del mundo y propone un 'dividendo general sobre los recursos' que cada sociedad debe aportar a un fondo internacional con tal fin. La cuestión es si el principio tiene un objetivo y un término. El deber de asistencia tiene ambas cosas. Pretende promover a los pobres del mundo para que se conviertan en ciudadanos libres e iguales de una razonable sociedad liberal o miembros de una sociedad jerárquica decente. Este es su objetivo. Y tiene un término puesto que en cada sociedad desfavorecida deja de aplicarse el principio cuando se alcanza el objetivo." (J. Rawls. El derecho de gentes, ob. cit., pp. 137-138).

{103} Ver T. Pogge. "Incoherencia entre las teorías de Justicia de Rawls", en Hacer justicia a la humanidad, ob. cit., pp. 165-192.

{104} Por ejemplo, Regina Kreide estima que las empresas transnacionales

{104} Por ejemplo, Regina Kreide estima que las empresas transnacionales no solo están obligadas a respetar los derechos humanos, sino también principios de justicia los cuales incluyen principios de derechos humanos.

{105} A.-M. Slaughter. A New World Order, Princeton University Press, Princeton, 2004.

{106} M. Nussbaum. Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano, Barcelona, Paidós, 2012, pp. 147-148.

{*} El presente texto se escribió gracias a la beca de formación de doctorado en el exterior de Colciencias (convocatoria 2006) y la Universidad Eafit, en el programa de doctorado Metodología, fuentes e instituciones jurídicas de la Universidad de Alicante.

{1} Adelante se anota que el Comercio Justo (Fairtrade) representa una alternativa al comercio convencional y se basa en la cooperación entre productores y consumidores. El Comercio Justo ofrece a los productores un trato más justo y condiciones comerciales más provechosas. Esto les permite mejorar sus condiciones de vida y hacer planes a futuro. Para los consumidores, el Comercio Justo es una manera eficaz de reducir la pobreza a través de sus compras diarias.

{2} N. Fraser. Escalas de justicia. Traducción de Antoni Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008, pp. 97 y ss.

{3} Ibíd., p. 161.

{4} Fraser entiende por “Westfalia” el imaginario político “que trazó el mapa del mundo a modo de un sistema de Estados soberanos territoriales que se dieron mutuo reconocimiento”. Cfr. Fraser. Escalas de justicia, ob. cit., pp. 32 y ss. (esp. nota 2).

{5} Me refiero a los criterios de certificación del Comercio Justo y no a las prácticas “generales”. Por ello, no me refiero a leyes locales de Comercio Justo (como la neozelandesa de 1986), pues estas suelen reconocer, como es apenas natural, competencia a sus jueces nacionales para resolver las controversias correspondientes.

{6} Estos casos son los que Tarruffo llama simplemente de justicia

{6} Estos casos son los que Taruffo llama simplemente de justicia "internacional". Controversia transnacional, según el mismo autor es la que prescinde completamente de los esquemas nacionales. La existencia de controversias transnacionales no excluye ni las internacionales ni las "infranacionales". Ampliar en M. Taruffo. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Traducción de B. Quintero. Temis, Bogotá, 2006, pp. 91 y ss.

{7} M. Taruffo. Páginas sobre justicia civil. Traducción de M. Aramburo. Marcial Pons, MadridBarcelona, 2009, p. 65.

{8} Ibíd., p. 66.

{9} P. Larrañaga. Regulación. Porrúa-ITAM, México, 2009, p.145.

{10} Ibíd., p. 152.

{11} P. Taruffo. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, ob. cit., p. 96.

{12} Sobre las reglas como generalizaciones (atrincheradas). Ampliar en F. Schauer. Profiles. Probabilities and stereotypes. Belknap Press (hup), Cambridge y Londres, 2003.

{13} P. Taruffo. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, ob. cit., p. 98.

{14} Shapiro. Courts. A Comparative and Political Analysis. Chicago University Press, Chicago, 1981, pp. 5 y ss.

{15} P. Taruffo. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, ob. cit., pp. 82 y ss.

{16} Los Principios y las Reglas del proceso civil transnacional hacen parte de un proyecto del American Law Institute y Unidroit. Los redactores principales del proyecto son Michele Taruffo y Geoffrey C. Hazard, Jr., quienes contaron con la colaboración de varias decenas de colaboradores de diferentes países.

{17} Las controversias con los Estados tienen otras aristas. Así, por

{17} Las controversias con los Estados tienen otras aristas. Así, por ejemplo, los conflictos que involucran Derechos humanos gozan de especiales mecanismos de protección que, si bien no carecen de críticas, sí se encuentran bien posicionados en el concierto internacional.

{18} P. Taruffo. Páginas sobre justicia civil, ob. cit., p. 68.

{19} O. Chase. "Legal Process and Legal Culture", en Cardozo, Journal of International and Comparative Law, n.° 5, 1997, p. 23.

{20} R.Kagan. Adversarial Legalism. The American Way of Law. hup, Cambridge y Londres, 2001.

{21} Ibíd., pp. 103 y ss.

{22} P. Taruffo. Páginas sobre justicia civil, ob. cit., p.114.

{23} F. Laporta. "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley", Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, n.° 22, 1999, p. 325.

{24} M. Atienza. "Constitucionalismo, globalización y Derecho", en M.Carbonell y L. García. El canon neoconstitucional, 2.a ed., Madrid, Trotta, 2010.

{1} C.-D. Ehlerman y L. Ehring, "Decision-Making in the World Trade Organization. Is the Consensus Practice of the World Trade Organization Adequate for Making, Revising and Implementing Rules of International Trade?", Journal of International Economic Law, vol. 8, n.° II, 2005, p. 51.

{2} Ibid.

{3} Tristan Lecomte, Le Commerce Equitable, Paris, Eirolle, Deuxième Tirage, Eyrolles-Pratique, 2005, p. 43.

{4} Ibid., p. 55.

{5} Ibid.

{6} Ehlerman Claus-Dieter y Ehring Lothar. Ob. cit., p. 53.

{7} John H. Jackson. "The WTO Constitution and Proposed Reforms:

{7} John H. Jackson. "The WTO Constitution and Proposed Reforms: Seven 'Mantras' Revisited", Journal of International Economic Law, 2001, 4 (i), p. 78.

{8} Consensus definition, Legal Dictionary, Duhaime.org, en http://www.duhaime.org/ LegalDictionary/C/Consensus.aspx (Consultada 6 de junio de 20Ii).

{9} Documento Informativo sobre las Cumbres de la ONU, Anexo 3, Glosario de Términos, p. 28, en http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/ 12_un_summit_guide_sp_v2rev1.pdf (Consultada 30 de enero de 2012).

{10} Ibíd.

{11} Ver John H. Jackson. Ob. cit., p. 69.

{12} Ver Martha E. Gentry. "Consensus as a Form of Decision Making", Journal of Sociology and Soctal Welfare, 1982, 9, p. 235.

{13} Ibid., p. 238.

{14} Ver Nota al pie n.° 9. C.-D. Ehlerman y L. Ehring. Ob. cit., p. 55.

{15} Ibid.

{16} Ibíd., p. 56.

{17} Ibíd.

{18} Ibíd., pp. 61-62.

{19} Ver H.-J. Chang. Kicking Away the Ladder. Development Strategy in Historical Perspective, London, Anthem Press, 2002.

{20} J. Stencel. "Free Trade versus Fair Trade", Denver Journal of International Law and Policy, n.° 36, 2007-2008, p. 365.

{21} R. Blackhurst. "Reforming WTO Decision-Making: Lessons from

{21} R. Blackhurst. "Reforming WTO Decision-Making: Lessons from Singapore and Seattle", en The World Trade Organization Millennium Round. Free Trade in the Twenty First Century (eds. K. G. Deutsch y B. Speyer), London, Routledge, 2001, p. 305.

{22} Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Estudio Analítico del Alto Comisionado de los Derechos Humanos sobre el Principio Fundamental de la Participación y su Aplicación en el Contexto de la Globalización, E/CN.4/2005/41, 23 de diciembre de 2004, p. 17.

{23} Ver J. E. Stiglitz y A. Charlton. Pour un Commerce Mondial plus juste, Oxford, Oxford University Press, 2005 - Fayard, 2007, pp. 133-134 ("Comercio Justo para todos", Madrid, Taurus, 2007).

{24} C.-D. Ehlerman y L. Ehring. Ob. cit., p. 64.

{25} Ibíd., p. 66.

{26} J. H. Jackson. Ob. cit., p. 74.

{27} C.-D. Ehlerman y L. Ehring. Ob. cit., p. 65.

{28} Ibíd.

{29} Ibíd.

{30} Ibíd.

{31} Ibíd.

{32} J. E. Stiglitz y A. Charlton. Ob. cit., p. 100.

{33} Ver C.-D. Ehlerman y L. Ehring. Ob. cit., p. 55.

{34} Ibíd.

{35} Ibíd., p. 74.

{36} Ibíd., p. 72

{36} Ibíd., p. 72.

{37} J. H. Jackson. Ob. cit., p. 76.

{38} Ibíd., p. 77.

{39} Ibíd.

{40} Ver Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Estudio Analítico del Alto Comisionado de los Derechos Humanos sobre el Principio Fundamental de la Participación y su Aplicación en el Contexto de la Globalización, ob. cit., p. 16.

{41} C.-D. Ehlerman y L. Ehring. Ob. cit., p. 74.

{42} Ibíd. En esta misma parte y con el ánimo de fortalecer su discurso, los autores ponen a disposición el siguiente hecho: "En este contexto, vale la pena recordar el incidente del algodón en el osd cuando varios miembros parecían dispuestos a considerar la aplicabilidad de la votación, pero la Secretaría no".

{43} J. H. Jackson. Ob. cit., p. 78.

{44} Ver C.-D. Ehlerman y L. Ehring. Ob. cit., p. 75.

{45} Ibíd.

{46} J. J. Ruiz. "La equidad en el derecho internacional público. Aspectos actuales", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, n.° 9, 1991, p. 92.

{1} Por razones de espacio, el análisis que presentamos se refiere explícitamente a los escenarios regionales o globales en los que el comercio tiene lugar entre países desarrollados y países del "Sur Global". No incluimos un análisis de las normas de competencia de la Comunidad Andina (can) y, en particular, de la Decisión 608 de 2005 que ha llevado a procesos entre Colombia y Perú.

{2} Un análisis detallado de los incentivos a las diferentes iniciativas para

{2} Un análisis detallado de los incentivos a las diferentes iniciativas para internacionalizar el derecho de la competencia se encuentra en D. Sokol. "Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age", en Berkeley Business Law Journal, vol. 4, 2007, pp. 37-122.

{3} Ibid.

{4} P. Brusick y S. J. Evenett. "Should Developing Countries Worry about Abuse of Dominant Power?", Wisconsin Law Review, 2008, pp. 269-294.

{5} Ver J. M. Connor. "Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels", Journal of Industry, Competition and Trade, vol. 4, n. ° 3, 2004, pp. 239-67. Disponible en www.agecon. purdue.edu (consultado el 7 de agosto de 2011).

{6} Argentina. Sentencia n.° y. 1 . xxxvil de Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de julio de 2002. Ver también www.diariojudicial.com (consultado el 25 de julio de 2011).

{7} Sudáfrica. Caso n.° i3/Cr/Febo4 Harmony Gold Mining Company Ltd. v. Mittal Steel South Africa Ltd. Del Tribunal de Competencia de Sudáfrica.

{8} Además, es importante tener presente que muchos de los países que son grandes productores y exportadores de bienes y servicios tienen normas especiales que generan exenciones en la aplicación de las normas de competencia. En Estados Unidos, por ejemplo, los carteles para la exportación tienen ciertas exenciones desde 1918, cuando se promulgó la Webb-Pomerene Act, las cuales fueron modificadas parcialmente por otras dos leyes federales promulgadas en 1982, la Export Trading Company Act y la Foreign Trade Antitrust Improvement Act.

{9} Ver A. T Guzmán. "Is International Antitrust Possible?", New York University Law Review, vol. 73, 1998, pp- 1510-1521.

{10} Ver A. Lowenfeld. International Economic Law, 2.a ed., Nueva York, Oxford University Press, 2008. Part. II.

{11} Ver "Final Act of the United Nations Conference on Trade and

{11} Ver "Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment: Havana Charter For an International Trade Organization - Section v. Restrictive Trade Practices", articulo 46. Disponible en www.worldtradelaw.net (consultado el 19 de julio de 2009).

{12} Havana Charter. Ob. cit. Artículos 47-50.

{13} United States vs. Aluminum Company of America. 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). La decisión puede encontrarse en www.myweb.clemson.edu (consultado el 19 de julio de 2011). Antes de alcoa, la Corte Suprema de Justicia habia adoptado una interpretación restrictiva del alcance extraterritorial de la Ley Sherman. Ver American Bannana Co vs. United Fruit Co 213 U.S. 347 (1909).

{14} D. J. Gerber. "Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus", 2a ed., Londres, Oxford University Press, 1998, p. 358.

{15} D. Sokol. Ob. cit., p. 45. Colombia fue uno de estos países, y su representación estuvo a cargo del doctor Fulgencio Lequerique Vélez.

{16} Ibíd., p. 47.

{17} Con respecto al estudio sobre Colombia, ver "Colombia - Peer Review of Competition Law and Policy 2009". Disponible en www.oecd.org (consultado el 19 de julio de 2011).

{18} Este documento puede verse en http://ro.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/cpset/rbp-c10rev20sp.pdf (consultado el 19 de julio de 2011).

{19} D. Sokol. Ob. cit., p. 48. Por ejemplo, en lo que se refiere a los objetivos (en el 2) establece alcanzar una mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo de los países mediante, entre otras cosas, (b) el control de la concentración del capital, o del poder económico, o de ambas cosas. Esto implica un importante quiebre con la idea, que ha tenido más fuerza en la ocde, de acuerdo con la cual la concentración de capital o de poder económico no es una preocupación inherente al derecho de la competencia. Ver oecd, "Policy Roundtables. Abuse of Dominance and

competencia. Ver OECD. "Policy Roundtables Abuse of Dominance and Monopolisation 1996". Disponible en www.oecd.org/dataoecd/0/61/2379408. pdf (consultado el 19 de julio de 2011).

{20} D. Sokol. Ob. cit., p. 48.

{21} Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. "Conjunto de Principios y Normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales Restrictivas sobre Competencia de las Naciones Unidas", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de Resolución 35/63 del 5 de diciembre de 1980. Literal G), numerales i) y ii).

{22} D. Sokol. Ob. cit., p. 49.

{23} Organización Mundial del Comercio, "Declaración Ministerial de Singapur" (adoptada el 16 de diciembre de 2006). Numeral 20. Disponible en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/ minist_s/min96_s/wtodec_s.htm (consultado el 6 de agosto de 2011).

{24} D. Sokol. Ob. cit., p. 50.

{25} Organización Mundial del Comercio. Declaración Ministerial de Doha (adoptada el 14 de noviembre de 2001). Numerales 23-25.

{26} D. Sokol. Ob. cit., p. 50.

{27} Organización Mundial del Comercio. "Quinto Día: la Conferencia termina sin consenso". Disponible en www.wto.org (consultado el 19 de julio de 2011).

{28} Organización Mundial del Comercio. "Programa de Trabajo de Doha. Decisión adoptada por el Consejo General el i.° de agosto de 2004". Disponible en www.wto.org (consultado el 19 de julio de 2011).

{29} Ver, por ejemplo, E. M. Fox. "The Wto's First Antitrust Case - Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition", Journal

of International Economic Law, vol. 9, n.° 2, pp. 271-292.

of International Economic Law, vol. 9, n.° 2, pp. 271-292.

{30} D. Sokol. Ob. cit., p. 52.

{31} Ibid.

{32} D. Sokol. "Order without (enforceable) law: Why Countries enter into non-enforceable competition policy chapters in free trade agreements", Chicago Kent Law Review, vol. 83, 2008, pp. 101-163. Disponible en http://ssrn.com/abstract=ioo5338 (consultado el 7 de agosto de 2011). Según el Apéndice 1 (p. 155 y ss.) hasta 2007 habia 24 tratados de libre comercio celebrados por países de América Latina; de esos tratados, 22 traen capítulos que obligan a las partes a desarrollar un régimen de competencia, de los cuales solo uno incorpora la posibilidad de acudir al régimen de solución de controversias, pero solo si no hay procedimientos domésticos para solucionar controversias (México-Israel).

{33} Texto final TLC Colombia-EEUU. Disponible en http://www.tlc.gov.co (consultado el 20 de julio de 2011).

{34} D. Sokol. "Order without (enforceable) law", ob. cit., p. 13o y ss.

{35} Ibíd.

{36} Ibíd.

{37} Ibíd.

{38} Por ejemplo, el cobro de precios inequitativos que establece el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, que guarda cierta similitud con el artículo 102.a del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea.

{39} M. Boodman. "The Myth of Harmonization of Laws", American Journal of Comparative Law, vol. 39, n.° 4, 1991, pp. 699-724. En particular, p. 702.

{40} S. Weber Waller. "Neo-Realism and the International Harmonization of Law: Lessons from Antitrust", University of Kansas Law Review, vol. 42, 1994, pp. 557-604.

{41} Al respecto ver M. Gal. "The 'Cut and Paste' of Article 82 of the EC

{41} Al respecto ver M. Gal. "The 'Cut and Paste' of Article 82 of the EC Treaty in Israel: Conditions for a Successful Transplant", NYU Law and Economics Research Paper, n.° 08-03, 2008. Disponible en http://ssrn.com/abstract=io82035 (consultado el 25 de julio de 2011).

{42} Ver oecd. "Argentina - Peer Review of Competition Law and Policy" (2006), p. 8. Disponible en http://www.oecd.org/dataoecd/36/57/3797oo45.pdf (consultado el 25 de julio de 2011).

{43} República de Colombia, Ley 1340 de 2009, artículo 3.°. Disponible en http://web.presidencia. gov.co (consultado el 25 de julio de 2011).

{44} S. Weber Waller. "Neo-Realism". ob. cit.

{45} E. M. Fox. "Harmonization of Law and Procedures in a Globalized World: Why, What and How?", Antitrust Law Journal, vol. 6o, 1991, pp. 593-598. Ver p. 595.

{46} S. Weber Waller. "Neo-Realism", ob. cit., pp. 571-574. (Cita el interés de Estados Unidos en tener acceso a los mercados japoneses).

{47} Un ejemplo de una iniciativa multilateral es el programa compal, patrocinado por las Naciones Unidas y la Secretaría de Asuntos Económicos, que le provee capacitación técnica y fondos para desarrollar programas específicos a países latinoamericanos, entre los cuales se encuentra Colombia. Ver www.unctadxi.org/templates/Page 1484-aspx (consultado el 25 de julio de 20ii). Un ejemplo de una postura académica que confía en la posibilidad de trasplantar el derecho de la competencia realizando cambios modestos lo encontramos en M. GAL. "The 'Cut and Paste' of Article 82 of the EC Treaty in Israel". Ob. cit.

{48} Un ejemplo de ellos es S. Weber Waller. "Neo-Realism", ob. cit.

{49} Ver, por ejemplo, W. E. Kovacic. "Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement", Chicago- Kent Law

Review, vol. 77, 2001, pp. 265-315. Disponible en www.ftc.gov (consultado

Review, vol. 77, 2001, pp. 263-313. Disponible en www.ftc.gov (consultado el 7 de agosto de 2011).

{50} Ver, por ejemplo, A. E. Rodríguez. "Does Legal Tradition Affect Competition Policy Performance", International Trade Journal, vol. 21, 2007, pp. 417-454.

{51} Ver K. E. Davis y M. J. Trebilcock. "The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics", The American Journal of Comparative Law, vol. 56, 2008, pp. 895-946.

{52} S. Weber Waller. "Neo-Realism", ob. cit.

{53} Ver E. M. Fox. "In Search of a Competition Law Fit for Developing Countries", NYU Law and Economics Research Paper, n.° 11-04, 2011. Disponible en http://ssrn.com/abstract=1761619 (consultado el 26 de julio de 2011).

{54} E. Lamprea Montealegre. "Comentario: el ingreso ciudadano en el Sur Global. Hacia la realización de la utopía", en E. Olin Wright (ed.). Repensando la distribución El ingreso básico ciudadano como alternativa para un capitalismo más igualitario. i.a ed., Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2008, pp. 307-358. Ver también B. Thomas-Slayter. Southern Exposure International Development and the Global South in the Twenty First Century, i.a ed., Bloomfield, Kumarian Press, 2003.

{55} E. Lamprea. Ob. cit., pp. 308-309.

{56} Ver D. Acemoglu et al. "Institutions as the Fundamental Cause of Long-run Growth". nber Working Paper 10481. Disponible en www.nyu.edu (consultado el 7 de agosto de 2011).

{57} Ver, por ejemplo, A. Miranda Londoño. "El régimen general de la libre competencia", en CEDECIII, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p. 34.

{58} M. Carejo Villegas. "El derecho como esperanza: constitucionalismo y

{38} M. García Villegas. "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en R. Uprimny et al. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, 1.a ed., Bogotá, Norma, 2006.

{59} A la letra dice: "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del Territorio Nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control, y la vigilancia de dichos servicios…".

{60} Brusick y Evennet. Ob. cit.

{61} República de Sudáfrica. Tribunal de Competencia de Sudáfrica, Decisión del 27 de marzo de 2007, "Harmony Gold Mining Co. vs. Mittal Steel S. Afr. Ltd".

{62} Ver "Harmony Gold Mining Co. vs. Mittal Steel S. Afr.", ob. cit., párrafos 90-121.

{63} Ibíd., pp. 182-184.

{64} Sin embargo, la decisión fue apelada, y la Corte de Apelaciones de Competencia de Sudáfrica ordenó que el proceso fuera adelantado bajo parámetros diferentes sobre la estimación del carácter abusivo de los precios. Al respecto ver República de Sudáfrica, Corte de Apelaciones de Competencia de Sudáfrica, Decisión de mayo 29, 2009. "Mittal Steel S. Afr. Ltd. vs. Harmony Gold Mining Co.".

{65} Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 102.a. Disponible en http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:20i0:083:0047:0200:ES:PDF (consultado el 6 de agosto de 2011).

{66} Al respecto ver A. Sen. Desarrollo como Libertad, i.a ed., Madrid, Planeta, 2000. De acuerdo con esta lógica perversa, los países del "Sur Global" también deberían recibir los desechos tóxicos de los países

industrializados, a cambio de unos ingresos; sus habitantes deberían poder

industrializados, a cambio de unos ingresos, sus habitantes deberían poder vender sus órganos a los habitantes de los países más ricos; deberían dedicarse a trabajos más peligrosos, relacionados con el manejo de sustancias tóxicas, y ofrecerse para experimentos médicos posiblemente letales.

{67} D. Acemoglu et. al. Ob. cit.

{*} Este trabajo corresponde a un sustrato de la tesis "Análisis de la relación entre libre comercio y desarrollo humano y cuál ha sido la reacción de la sociedad civil", para optar por el título de magíster en Asuntos Internacionales, dirigida por el profesor Bernardo Vela.

{1} J. A. ocampo. Una apuesta al futuro económico en Colombia, Bogotá, Libros de Cambio, 2001.

{2} El modelo de libre comercio sobre el cual se hace referencia en este trabajo se consolida en la conferencia de Bretton Woods, en 1944, en medio de unas circunstancias históricas en las que Estados Unidos se constituía como el gran vencedor de la Segunda Guerra Mundial; allí se reunieron 44 países con el fin de establecer el nuevo orden económico; en otras palabras, salvar el libre mercado bajo el marco de las Naciones Unidas a través de la creación de dos instituciones: el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

{3} World Bank. "World Development Report: Poverty", Oxford University Press, Nueva York. En J. E. Stiglitz y G. M. Meier, Fronteras de la economía del desarrollo. El futuro en perspectiva, Washington, Banco Mundial, y Bogotá, Alfaomega, 2002.

{4} Organización de las Naciones Unidas, "Podemos erradicar la pobreza 2015. Objetivos de desarrollo del milenio", comunicado de prensa, Departamento de Información Pública de 167 Naciones Unidas, septiembre 2010. Disponible en www.un.org (consultado 17 de octubre de 20I0).

{5} En dicho pronunciamiento la ONU mencionó que el 8i% de las exportaciones de países menos adelantados (excluyendo armas y petróleo) llegan libres de aranceles a los países industrializados, cuando el

compromiso en la reunión de la OMC en Hong Kong (2005) era que el

compromiso en la reunión de la OMC, en Hong Kong (2005), era que el 97% de las exportaciones de los países más pobres tendrían acceso a los países más ricos, sin aranceles ni cuotas. Por lo cual enfatiza en concluir en un plazo realista la Ronda Doha de negociaciones multilaterales sobre comercio, orientado hacia el desarrollo buscando que los países más vulnerables refuercen sus capacidades comerciales. En Organización de las Naciones Unidas, "Podemos erradicar la pobreza", ob. cit.

{6} Algunas de las propuestas de regulación del comercio se refieren a transferir a los países exportadores de materias primas el ingreso extra que reciben los países desarrollados por el deterioramiento del comercio dadas sus implicaciones asimétricas, integrar las políticas de commodities, el establecimiento de reservas, creación de un fondo de financiación para la creación de stocks, el diseño de un esquema de compensación financiera que logrará la estabilización de las ganancias a las exportaciones. Esta serie de propuestas se han hecho a lo largo de los debates de la UNCTAD desde su consolidación en 1964. Ampliar en United Nations. The History of UNCTAD 1964-1984, Nueva York, 1985.

{7} Las causas de la pobreza y la diferencia entre países desarrollados y países en desarrollo son diversas; se encuentran en las viejas estructuras internacionales de dominación, en las tradicionales desigualdades internas de las sociedades, en el precario desarrollo de su capital social, en los actuales desequilibrios del sistema económico internacional, en la incapacidad de los estados del sur para ejercer soberanía efectiva sobre sus riquezas nacionales, en la fragilidad de las economías de los países en desarrollo, en la impertinencia de las políticas que los organismos financieros internacionales han impuesto a cambio de sus servicios, etc. Pueden verse, por ejemplo, Conferencia de Jometien (1990) sobre Desarrollo y Educación; Conferencia de Nueva York (1990) sobre la infancia; Conferencia de Río de Janeiro (1992) sobre Desarrollo y Medio ambiente; Conferencia de Viena (1993) sobre Derechos Humanos; Conferencia de El Cairo (1994) sobre Población y Desarrollo; Conferencia de Copenhague (1995) sobre Desarrollo Social; Conferencia de Pekín (1995) sobre la Mujer; Segunda Conferencia de Estambul (1996) sobre Asentamientos Humanos; Cumbre de Roma (1996) sobre Alimentación; Conferencia de Monterrey (2002) sobre la Financiación para el Desarrollo.

{8} "(...) la globalización, sostiene McEwan, en el sentido de un

{8} "(…) la globalización -sostiene McEwan-, en el sentido de un importante aumento del comercio a través de fronteras políticas que produce nuevas pautas de organización económica y genera un cambio social, político y cultural de amplias proporciones", propicia, entre otras cosas, un avance inusitado de la tecnología de las comunicaciones que rebasa con facilidad las fronteras políticas y las políticas económicas nacionales, y una integración entre economías asimétricas, que genera brechas crecientes de ingresos entre los países que intervienen en los intercambios. A. MacEwan. ¿Neoliberalismo o democracia? Estrategia económica, mercados y alternativas para el siglo xxi, Barcelona, Intermón Oxfam, 2001, pp. 15 y ss., 146 y ss.

{9} Como ha señalado MacEwan, la globalización, entendida como el incremento del comercio que rebasa las fronteras estatales y que, en consecuencia, produce nuevas reglas de organización económica y propicia un cambio social, político y cultural de amplias proporciones, se remonta a tiempos de la Revolución Industrial y va hasta la Primera Guerra Mundial y la Gran Depresión, cuando hay un cierre de las fronteras y una disminución del comercio mundial. Tras la Segunda Guerra Mundial surgirá la segunda fase del proceso de globalización que comenzó con el establecimiento de las instituciones de Bretton Woods y las propuestas keynesianas que reactivaron el comercio mundial y que, con algunas transformaciones, han llegado hasta nuestros días. A. MacEwan. ¿Neoliberalismo o Democracia?, ob. cit., p. 47.

{10} La idea de desarrollo humano se ha construido en la ONU con base en la perspectiva teórica de Amartya Sen y consiste en las relaciones que hay entre libertad y desarrollo. Esta idea va en contra de la corriente generalizada que ha pensado que solo en un entorno de cierta prosperidad es posible la libertad. En efecto, para Sen el aumento de la libertad del hombre es tanto el principal objetivo del desarrollo como su medio primordial. Ampliar en A. Sen. Desarrollo y libertad, traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, Bogotá, Planeta, 2000. En este sentido, el Premio Nobel de Ciencia Económica de 1998 propone la realización de un "análisis integrado (que considere) las actividades económicas, sociales y políticas en las que intervienen toda una variedad de instituciones, así como muchas agencias interactivas". A. Sen. Desarrollo y libertad, ob. cit., 17. Sobre esas

bases, la ONU ha ido concibiendo el problema del desarrollo desde

bases, la ONU ha ido concibiendo el problema del desarrollo desde diferentes perspectivas: en primer lugar, ha señalado que este no es eminentemente económico y, todavía menos, un problema de crecimiento; en segundo lugar, que hay una relación muy estrecha entre el Derecho Internacional Económico, el Derecho Internacional del Desarrollo y el derecho específico de los individuos a beneficiarse del contenido de sus estipulaciones y, en tercer lugar, que hay una relación muy estrecha entre desarrollo, paz y seguridad internacional. Pueden verse en United Nations, PNUD, Human Development Report 1994, New Dimensions of Human Security; United Nations, PNUD, Human Development Report 1996, Economic Growth and Human Development, y United Nations, PNUD, Human Development Report 1997, Human Development to Erradicate Poverty, 1998.

{11} A. Ramos Pérez. Globalización y neoliberalismo: ejes de la reestructuración del capitalismo mundial y del Estado en el fin del siglo xx, México, Plaza y Valdés, 2001, p. 28.

{12} Braudel plantea que "podemos ver claramente, entonces, cómo los procesos de globalización generan toda una nueva gama de condiciones y reacciones sociopolíticas en los ámbitos locales, regionales y nacionales. Estos cambios, sin embargo, no son dictados por poderes hegemónicos supranacionales o simplemente impulsados por intereses capitalistas internacionales. Las condiciones globales cambiantes -sean económicas, políticas, culturales o ecológicas- son relocalizadas". En A. Ramos Pérez. Globalización y neoliberalismo, ob. cit., 28.

{13} R. Torrent. "Los Acuerdos Preferenciales y la OMC: una perspectiva política, legal e institucional", en Después de Doha: la Agenda Emergente del Sistema de Comercio Internacional, Madrid, Marcial Pons, 2007.

{14} A. Harrison. "Globalization and Poverty", NBER Working Paper, 12347, en Acuerdos Comerciales Regionales y Cooperación Económica Global en Después de Doha: la Agenda Emergente del Sistema de Comercio Internacional, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 394.

{15} A. Estevadeordal y K. Suminen. "Acuerdos comerciales regionales y cooperación económica global", en Después de Doha: la Agenda Emergente del Sistema de Comercio Internacional, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 67.

del Sistema de Comercio Internacional, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 67.

{16} El Zollverin era una Unión Aduanera Alemana, por medio de la cual se unificaron los aranceles entre los miembros de la Confederación Germánica, a excepción de Austria.

{17} A. Estevadeordal y K. Suminen. "Acuerdos comerciales regionales y cooperación económica global", op. cit., p. 67.

{19} Los elementos discutidos en las reuniones de las siete primeras reuniones de la UNCTAD presentados en este trabajo fueron tomados de un documento generado por la onu, donde se condensan los debates de la unctad. United Nations. The History of unctad 1964-1984, Nueva York, 1985; sobre UNCTAD VIII en Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo y Comercio, Midrand, 1996. Disponible en www.unctad.org (consultado el 14 de marzo de 2012); sobre UNCTAD ix en unctad. Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo Acerca de su Noveno Periodo de Sesiones, Midrand, 1996. Disponible en www. unctad.org (consultado el 14 de marzo de 2012); sobre UNCTAD x en F. Trias Granell. La x Sesión de la unctad, 2000, Boletín Económico del ice, n.° 2646. Disponible en www.revistasice. info (consultado el 14 de marzo de 2012); sobre UNCTAD xi en M. Khor. Unctad xi finaliza auspiciosamente, Tercer Mundo Económico, 2004. Disponible en www.redtercermundo.org.uy (consultado el 14 de marzo de 2012).

{20} A. Sen. "Development as Freedom", en F. J. Escobar Restrepo. El sentido del desarrollo. Relectura desde Amartya Sen, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana.

{21} J. Stiglitz y A. Charlton. Comercio Justo para todos, Bogotá, Tauro, 2007.

{22} M. Corden. Tariffs, "Subsides and the Terms of Trade", Económica, n.° 24, pp. 242-255, en J. Stiglitz y A. Charlton. Comercio Justo para todos, ob. cit.

{23} El IDH, de acuerdo con la ONU, busca medir el alcance en tres

{23} El IDH, de acuerdo con la ONU, busca medir el alcance en tres dimensiones básicas del desarrollo humano: larga vida saludable, acceso al conocimiento y un estándar decente de vida. Los rangos que categorizan los países de acuerdo con el IDH son: muy altos, aquellos en el que su IDH se encuentra entre 0,900 y 1,000; altos, que están entre 0,800 y 0,899; medio, ubicados entre 0,500 y 0,799, y bajos, entre 0,000 y 0,499. Sin embargo, esta clasificación ha sido reciente, apenas desde 2009. Inicialmente se manejaban solo tres categorías: alto, medio y bajo IDH, lo que puede ser una evidencia de las profundas diferencias entre los países, que hace necesaria la creación de la categoría muy alta para reagruparlos.

{25} Este índice determina el poder adquisitivo de exportaciones, el cual está dado por el índice del volumen de las exportaciones desinfladas y el índice de volumen de unidad de la importación. El índice de valor tanto de las importaciones como de las exportaciones está convertido a dólares y expresado como un porcentaje de la base correspondiente al año 2000.

{27} Los países que se analizaron (de los cuales se encontraron datos) con bajo IDH son: Benín, Burkina Faso, Burundí, Chad, Eritrea, Costa de Marfil, Etiopía, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Liberia, Malawi, Mali, Mozambique, Niger, Ruanda, Senegal, Sierra Leona, Timor del Este, Togo, Zambia.

{28} Estos índices se refieren a números relativos que expresan el valor de las exportaciones e importaciones en dólares comparada con la registrada en el año 2000, la cual se toma como base igual a 100. UNCTAD stat. International Merchandise Trade Indicators, ob. cit.

{29} Unctad Stat. International Merchandise Trade Indicators, ob. cit..

{34} Unctad, Consenso de Sao Paulo, Brasil, 2004. Disponible en http://www.unctad.org (consultado el 13 de marzo de 2012).

{35} En esta gráfica, con el fin de que fuera comparable la información, se tomó en cuenta la misma clasificación de países para todo el periodo analizado. Es decir que los 19 países que se catego– rizaron con muy bajo IDH son los mismos para todo el periodo de análisis y de forma similar para los demás grupos de países clasificados de acuerdo con su IDH.

{39} Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Informe

{39} Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Informe sobre Desarrollo Humano 2007-2008. La lucha contra el cambio climático: solidaridad frente a un mundo dividido, Madrid, Mundi-prensa, 2007.

{42} Estados Unidos subvenciona gran parte de la producción de cereales, oleaginosa, productos lácteos y carnes.

{43} N. Stancanelli. Ronda Doha: "Queremos un resultado significativo siempre que los sacrificios sean equilibrados", entrevista realizada telefónicamente por Rodrigo Conde Garrido y Santiago Alles el 8 de marzo de 2007. Disponible en www.uca.edu.ar (consultado el 7 julio de 2010).

{44} Comunidad Económica Europea. Agricultura y Desarrollo Rural. Disponible en www.eur-lex. europa.eu (consultado el 30 noviembre de 2010).

{45} Ó. Carvallo. "La globalización y el Programa de Doha de la OMC: repercusiones en el desarrollo". Sesión organizada por la red del Tercer Mundo (twn) en el Foro Público de la OMC 2007. Foro Público de la OMC: "¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la globalización?", octubre de 2007, Suiza. Impreso por la Secretaría de la OMC, 2008, pp. 251-255.

{46} M. shafaeddin. "La globalización y el Programa de Doha de la OMC: repercusiones en el desarrollo", ob. cit., pp. 251-255.

{47} Bentham, el padre del Utilitarismo, nació en Houndsditch (Inglaterra) en 1748 y murió en Londres en 1832. Sus trabajos críticos sobre el sistema legal y judicial inglés le permitieron proponer la doctrina utilitarista de acuerdo con la cual todo acto humano, norma o institución deben ser considerados por la utilidad que entrañan, esto es, por el placer o el sufrimiento que producen a las personas. Esta observación, tan simple como antigua, le permitió a Bentham dar fundamento a una nueva ética que él propuso en una frase: "la mayor felicidad para el mayor número" y que lo acercó a corrientes de pensamiento progresistas y democráticas. Las bases del Utilitarismo fueron esbozadas en Introducción a los principios de moral y legislación, escrita en 1789. El texto citado fue consultado en J. Bentham. Obras selectas, Buenos Aires, Rodamillans, 2005.

{48} Unctad. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre

{48} Unctad. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo acerca de su xii Periodo de Sesiones, Ghana, 2008. Disponible en http://conf-dtsi.unog.ch (consultado el 14 marzo de 2012).

{1} "El movimiento del Comercio Justo nació como parte de la evolución de las organizaciones civiles en Europa. La premisa fue que, además de brindarles ayuda financiera, los países del tercer mundo necesitan generar los recursos para que ellos mismos se desarrollen. Estos recursos pueden obtenerse mediante el pago de un precio justo por sus materias primas y productos". O. Lara Pineda, El Comercio Justo en Europa. Disponible en http://es.scribd.com (consultado el i° de septiembre de 2011). En el mismo sentido M. Shafaeddin. Free Trade or Fair Trade? An enquiry into the causes of failure in recent trade negotiations. Disponible en www.unctad.org (consultado el 8 de octubre de 2011).

{2} L. E. Peterson. Derechos humanos y Tratados Bilaterales de Inversión, Quebec, Centro internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. Disponible en www.dd-rd.ca (consultado el 3 de septiembre de 2011). E. A. Prieto-Ríos, bit y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho. Disponible en http://redalyc.uaemex.mx (consultado el 5 de septiembre de 2011).

{3} La mayoría de las organizaciones entienden el concepto de la siguiente manera: "Mientras tanto, los pequeños granjeros en los países en vías de desarrollo, quienes producen algunas de las frutas y bebidas favoritas del mundo, se encuentran a sí mismos recibiendo centavos por sus productos que se venden por varios dólares en los supermercados más ricos del mundo. Incluso peor, sus ingresos fluctúan violentamente de temporada a temporada, algunas veces día a día, dependiendo del precio de los commodities. Luchar contra otros productores para mantener sus ingresos cuando los precios están cayendo puede llevar al empobrecimiento colectivo alrededor del mundo". (La traducción es de la autora). P. Hulm. "Fair trade", International Trade Forum, n.° 2/2006, abril 2006. Disponible en http://vlex.com/vid/fair-trade-61546883 (consultado el 27 de septiembre de 2011).

{4} Ibíd.

{5} Por ejemplo, la decisión L/4903 de 1979 (que se abordará más

{3} Por ejemplo, la decisión L/4903 de 1979 (que se abordará más adelante) establece un trato especial y diferenciado a los países que se encuentran en vías de desarrollo. Esta decisión resulta bastante amplia ya que no solo se limita a los tratados multilaterales, sino que permite que, por acuerdo de las partes, sea incorporado en tratados de otro tipo como los Acuerdos Bilaterales de Inversión

{6} J. E. Stiglitz. ¿Cómo hacer que funcione la globalización?, Bogotá, Nomos, 2006, p. 94.

{7} M. Shafaeddin, Free Trade or Fair Trade? An enquiry into the causes of failure in recent trade negotiations, ob. cit.

{8} J. E. Stiglitz. Globalization and its discontents, Nueva York, W. W. Norton, 2003, pp. 27-36. Claro está que, teóricamente, ambas partes dentro del acuerdo tendrán ciertas obligaciones que implican reformas estructurales en el interior del país; a los países subdesarrollados les corresponde adquirir responsabilidades mayores en pro de alcanzar los niveles necesarios para abrir los mercados y alcanzar el desarrollo. H. Gómez et al., Cambios institucionales para la negociación del TIC de Colombia con los EEUU y derivados de su implementación. Disponible en http://www. eclac.cl (consultado el 5 de octubre de 2011).

{9} M. Shafaeddin. Ob. cit.

{10} J. E. Stiglitz, ¿Cómo hacer que funcione la globalización?, ob. cit., p. 119.

{11} M. Shafaeddin. Ob. cit. Para ahondar en este punto nos referimos a la decisión de la OMC (para ese entonces GATT) L/4903 de 1979, que abordaremos adelante [cfr. 3d].

{12} P. Arsen. Tratados Bilaterales de Inversión. Su significado y efectos, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 2. Un ejemplo de esta idea se encuentra en las negociaciones de tratados que Estados Unidos ha hecho: los tratados bilaterales les han sido de mayor utilidad ya que en ellos tienen que concentrarse en convencer y llevar a cabo la negociación del tratado con una sola nación, lo cual resulta más difícil cuando se trata de tratados multilaterales donde hay que seguir la regla de la unanimidad y los intereses

multilaterales donde hay que seguir la regla de la unanimidad y los intereses que se deben conciliar son muchos más. Ampliar en J. E. Stiglitz. ¿Cómo hacer que funcione la globalización?, ob. cit., p.136.

{13} M. A. Martín López. Laformación de los tratados internacionales, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 29-30.

{14} El concepto de "principios" para los fines de este artículo realmente son mecanismos de protección de las relaciones que emanan de los tratados comerciales. La OMC ha generalizado estos principios a partir de sus diferentes textos jurídicos con el fin de interpretarlos. Ampliar en J. M. Alvarez. La OMC, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 65; J. C. Fernández Rozas, "El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, n.° 5, 2000, http://eprints.ucm.es (consultado el 5 de septiembre de 2011).

{15} P. Samuelson et al. Economía, Bogotá, McGraw-Hill, 2006, p. 444.

{16} En este sentido, específicamente, resulta muy interesante el trabajo de Shafaeddin, el cual hace énfasis en lo que llama "falacias de la ideología neoliberal" y cómo se alteran las relaciones económicas al haber un abuso de la parte dominante. Ampliar en M. Shafaeddin. Free Trade or Fair Trade?, ob. cit. Así mismo, y tal como se verá a lo largo del escrito, Stiglitz propone su idea de Comercio Justo partiendo de la premisa que en realidad hay un abuso de los países desarrollados cuando implementan relaciones comerciales con países que están en una evidente desventaja económica.

{17} L. E. Peterson, Derechos humanos y Tratados Bilaterales de Inversión, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. Disponible en www.dd-rd.ca (consultado el 3 de septiembre de 2011).

{18} P. Arsen. Tratados Bilaterales de Inversión. Su significado y efectos, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. o.

{19} J. M. Álvarez. La OMC, ob. cit., p. 67.

{20} Omc. Principios del sistema de comercio. Disponible en

{20} Omc, Principios del sistema de comercio. Disponible en www.wto.orgjconsultado el 3 de septiembre de 2011).

{21} L. E. Peterson. Derechos humanos y Tratados Bilaterales de Inversión, ob. cit.

{22} Aquí se encuentra una de las más fuertes críticas que autores como Stiglitz hacen para definir el Comercio Justo a nivel macroeconómico: ¿quién define la forma bajo la cual se debe dar el desarrollo? ¿Quién condiciona las reformas económicas que se presentan en los países emergentes? La respuesta parece sencilla: organizaciones supranacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Sin embargo, estas organizaciones defienden los intereses de "sus mayores inversionistas", por lo cual no tienen en cuenta las condiciones de los países que buscan el desarrollo.

{23} Las disposiciones acerca del trato especial y diferenciado recogidas en esta decisión fueron recogidas posteriormente en diferentes instrumentos de la OMC. [omc. Trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo. Disponible en www.wto. org (consultado el 3 de septiembre de 2011)]. OMC. Disposiciones sobre trato especial y diferenciado. Disponible en www.wto.org (consultado el 2 de septiembre de 2011).

{24} J. E. Stiglitz. ¿Cómo hacer que funcione la globalización?, ob. cit.

{25} J. E. Stiglitz et al. Fair trade for all, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 68.

{26} Aunque este concepto no es muy común dentro de los Acuerdos Bilaterales de Inversión, sí lo es dentro de otro tipo de tratados y tiene como objetivo corregir las asimetrías lesivas que se presenten en la relación. Por ejemplo, Colombia lo tuvo en cuenta en el TLC con los países del triángulo Norte: "El trato especial y diferenciado, es un término técnico en el comercio internacional, concebido por algunos como un principio que surge como respuesta a quienes invocan asimetrías objetivas entre las economías. En la práctica, se expresa generalmente a través de medidas que incluyen plazos más largos en la aplicación de normas multilaterales o en reducciones arancelarias más lentas" (Corte Constitucional de la República

reducciones arancelarias más leves" (Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-446 del 8 de julio de 2009. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Expediente LAT-338).

{27} El modelo utilizado en este escrito corresponde al de 2007.

{28} Esta perspectiva de la Constitución es producto de un mundo globalizado en el cual era necesario que los Estados adoptaran cambios para ser parte del fenómeno económico.

{29} Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-401 del 7 de septiembre de 1995. Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente LAT-045.

{30} En el mismo sentido, Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-379 del 22 de agosto de 1996. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente LAT-061.

{31} E. A. Prieto-Ríos. bit y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho. Disponible en http://redalyc.uaemex.mx (consultado el 5 de septiembre de 2011).

{32} Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-262 del 13 de junio de 1996. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente LAT-068.

{33} Esta afirmación puede sustentarse bajo una afirmación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-644/2004 (magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil): "Aun cuando los Estados son libres de escoger la forma de regular, administrar y disponer de sus asuntos internos, y, en igual medida, de llevar a cabo sus relaciones internacionales, no por ello su independencia les otorga el poder de actuar por fuera del marco de las costumbres, principios y tratados del derecho internacional, que constituyen un límite normativo en la dirección de las relaciones internacionales". Es evidente cómo las políticas de economía internacional no pueden darse por fuera del ámbito bajo el cual van a actuar, ya que dichos parámetro se han establecido

para poder encaminar en un mismo sentido las políticas globales y así

para poder encaminar en un mismo sentido las políticas globales y así alcanzar un mismo objetivo.

{34} E. A. Prieto-Ríos. BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho. Disponible en http://redalyc.uaemex.mx (consultado el 5 de septiembre de 2011).

{35} P. Samuelson. Economía, Bogotá, McGraw-Hill, 2006, pp. 696-699.

{36} Particularmente, el Acuerdo Bilateral con Japón desarrolla más ampliamente dichos objetivos: pone de presente las nuevas preocupaciones que existen en el comercio internacional como es el desarrollo sostenible, así como la importancia de la relación entre ambas naciones. sice. Acuerdos bilaterales de inversión ratificados por Colombia. Disponible en www.sice.oas.org (consultado el 14 de septiembre de 2011).

{37} De hecho, el Órgano de examen de las políticas comerciales de la OMC reconoció en el informe de Colombia de 2006 que para Colombia es una prioridad "la mejora de la competitividad para la atracción y mantenimiento de la inversión tanto interna como extranjera. Esta estrategia se centra en tres ejes: i) Fortalecer la estabilidad económica y jurídica del país; ii) Continuar la estrategia de Integración Dinámica; y iii) Seguir mejorando los incentivos para los inversionistas" (omc, Órgano de examen de las políticas comerciales de la omc. Informe Colombia 2006 WT/ TPR/G/172, párr. 48. Disponible en http://docsonline.wto.org (consultado el 5 de septiembre de 2011). Razón por la cual hay un compromiso del Gobierno de realizar cambios normativos que permitan lograr las metas mencionadas (ibíd., párr. 49).

{38} Por ejemplo, el artículo 12 del Acuerdo con España lo enuncia de la misma forma que el modelo. Mientras que el Acuerdo con Japón lo desarrolla de mejor manera en el artículo 7.

{39} Los ordinales a, b, d de dicho artículo usan el término "estándar" para hacer referencia al concepto internacional que se tiene sobre cada uno de los términos que se trata de definir.

{40} Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-379

{40} Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-379 del 22 de agosto de 1996. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente LAT-061.

{41} Entendida en el modelo como "nacionalización, expropiación directa o indirecta, o cualquier otra medida de efectos similares" (artículo vi del acuerdo modelo).

{42} Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-379 del 22 de agosto de i996. Ob. cit.

{43} Para consultar los acuerdos ratificados por la República de Colombia se puede consultar la base de datos del Sistema de Información sobre Comercio Exterior (sice) de la Organización de Estados Americanos. Disponible en http://www.sice.oas.org

{44} Así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-379/1996: "En un mundo como el actual, caracterizado por la globalización de la economía y la interdependencia de los Estados, el logro de mayores flujos de inversión extranjera que complementen el ahorro nacional, financien grandes proyectos de infraestructura y apoyen la expansión industrial, es una necesidad indispensable para alcanzar niveles adecuados de desarrollo económico y bienestar social. En este entorno los preceptos convencionales en revisión, que delimitan el ámbito de aplicación, los sujetos y la clase de inversiones a los que se refiere el Tratado, y que imponen a las partes el deber de promover mutuamente las inversiones, resultan necesarios para la correcta aplicación del Instrumento internacional y para conseguir los objetivos que se propone".

{1} Las organizaciones supranacionales constituyen el nivel más elevado de integración y se caracterizan porque en ellas prima el interés común; hay transferencia de competencias soberanas; las decisiones adoptadas por sus órganos se aplican inmediatamente de modo que producen efectos jurídicos de manera inmediata sobre los nacionales de los Estados miembros, y la existencia de un órgano jurisdiccional a cargo de la interpretación y cumplimiento del ordenamiento comunitario. E. Salmón. Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas. Derecho

Comunitario Andino. Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad

Comunitario Andino, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 21-56.

{2} Citados por McGrew. "Globalization and Global Politics", en Baylis y Smith (eds.), The Globalization of World Politics. An introduction to international relations, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 19-40.

{3} Ibid.

{4} N. Chanda. "Runaway globalization without governance", Global Governance, n.° 14, 2008, pp. II9-i 25.

{5} McGrew. "Globalization and Global Politics", en Baylis y Smith (eds.), The Globalization of World Politics. An introduction to international relations, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 19-40.

{6} S. Ostry. The domestic domain: the new international policy arena. Transnational Corporations, vol. 1, n.° 1, 1992, pp. 7-26. Disponible en www.unctad.org (consultado el 20 de junio de 2011).

{7} Fridell. Ob. cit., p. 45.

{8} A. Guerra. La aplicación de medidas de salvaguardia, un instrumento de defensa comercial con profundas implicaciones jurídicas desde la perspectiva del Derecho Internacional Económico. La experiencia de China y Perú, en Colección Enrique Low Murtra, tomo vil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 75-184. .

{9} Ibíd.

{10} Sin embargo, otros autores señalan que la idea del Comercio Justo se gestó en Estados europeos, los cuales percibieron la enorme brecha entre los países desarrollados y los países en desarrollo, a partir del aumento irreversible de las diferencias en el nivel de desarrollo de los Estados, a causa de la caída en el precio de las materias primas, principalmente de los productos agrícolas. T. Steinrücken y S. Jaenicheb. "Does the fair trade

concept work? An economic analysis of social labels", en:

concept work? An economic analysis of social labels", en: Aussenwirtschaft, 2006, pp. 189-209.

{11} Ibíd.

{12} El subdesarrollo en el sur se debía a un intercambio desigual causado por el deterioro relativo de los precios de los productos primarios producidos en el sur con relación a los productos manufacturados producidos en el norte. G. Fridell. "Comercio justo, neoliberalismo y desarrollo rural: una evaluación histórica", Iconos. Revista de Ciencias Sociales, n.° 24, 2006, Ecuador, Flacso, pp. 43-57.

{13} A. Freitas. "Fair trade for all: How trade can promote development". Revista de Economía Mackenzie, vol. 4, n.° 4, 2006, pp. 154-164.

{14} M. Sornarajah. The International Law on Foreign Investment, 3.a ed., United Kingdom, Cambridge University Press, 2010.

{15} J. Behrman. "Transnational Corporations in the New International Economic Order", Journal of International Business Studies, vol. 12, n.° I, Tenth Anniversary Special Issue, 1981, pp. 29-42. Recuperado de la base de datos jstor el 20 de octubre de 2010.

{16} P. Willetts. "Transnational Actors and International Organizations in Global Politics". En Baylis y Smith (eds.), The Globalisation of World Politics, Nueva York, Oxford University Press, 2001, pp. 425-447.

{17} Barbosa. "El derecho y la historia: mirada convergente en la globalización". En G. Ramírez (ed.), El derecho en el contexto de la globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 87-119.

{18} E. Pastrana. Institucionalización de las relaciones económicas internacionales: globalización versus regionalización de la economía. Cali, Universidad Santiago de Cali, 2000.

{19} Ibíd.

{20} Hira y Ferrie. "Fair Trade: Three Key Challenges for Reaching the

{20} Hira y Ferrie. "Fair Trade: Three Key Challenges for Reaching the Mainstream". Journal of Business Ethics, 2006, pp. 107-118.

{21} Ibíd.

{22} Sin embargo, algunos centran la concepción del Comercio Justo únicamente como las mercancías certificadas por las organizaciones que garantizan un precio mínimo y que dan fe de que en la producción se han seguido los principios de no utilización de trabajo infantil, sindicatos, de trabajadores rurales reconocidos y sustentabilidad ambiental. Para efectos del análisis, debe distinguirse la "red" del "movimiento" de Comercio Justo. Mientras que la red se refiere a un organismo formal de organizaciones no gubernamentales que ponen en contacto los campesinos de PED con socios del norte, el movimiento de Comercio Justo incluye iniciativas de gobiernos del Sur para la protección de agricultores del sur frente al poder de las grandes ETN (FRIDELL, ob. cit.).

{23} Los procesos de "primera clase" corresponden a aquellos en que participan los grandes bloques (Europa: ue, usa: TLCan, Japón: Proceso regional sudeste asiático). A.M. Casas. "La economía política internacional de la nueva integración regional de las Américas: el caso de la Comunidad Andina", en Integración y Comercio, n.° 16, enero-junio, 2002.

{24} Como la pérdida de la hegemonía de EEUU en el comercio mundial, causada por las negociaciones multilaterales de comercio y el fortalecimiento de Japón y de la Unión Europea (ue), lo cual dio auge a la conformación de la tríada de bloques económicos (Estados Unidos, Japón, Unión Europea). A. M. Casas. Ob. cit.

{25} A. M. Casas. Ob. cit.

{26} Bid (2003). Integración regional, resumen y agenda. Más allá de las fronteras. El nuevo regionalismo en América Latina.

{27} Banco Interamericano de Desarrollo (bid). Integración regional, resumen y agenda. Más allá de las fronteras. El nuevo regionalismo en América Latina, 2003.

{28} Al tratarse de países geográficamente cercanos, con políticas y

{28} Al tratarse de países geográficamente cercanos, con políticas y desarrollo similares, con ingresos y políticas convergentes. De ahí que se hable de un regionalismo geográfico (can, mcca, MERCOSUR) y un regionalismo involuntario (PI que se da de manera indirecta a través de la interacción económica y social de los países que lo componen. Todo dentro de una región determinada). A. M. Casas. Ob. cit.

{29} También llamadas Políticas comunes o especiales. Incluyen: régimen agropecuario (capítulo vil), integración física (capítulo xi), política comercial común (art. 26, lit. e), asuntos financieros (capítulo xii).

{30} A través de un Programa de Liberación del intercambio, automático e irrevocable, sobre la totalidad de los productos subregionales. Art. 45, Acuerdo de Cartagena.

{31} Artículo 3, Acuerdo de Cartagena.

{32} Cláusulas de salvaguardia (capítulo ix), reglas de origen de las mercaderías (capítulo x).

{33} A. Guerra. 2009. "La naturaleza de las relaciones ALC-UE, con miras a la suscripción de un Acuerdo de Asociación CAN-UE". Contexto. Revista de Derecho y Economía, n.° 27, 2010, pp. 85 106. Disponible en http://paper.ssrn.com (consultado el 12 de diciembre de 2010).

{34} J. A. Ocampo. "Pasado, presente y futuro de la integración regional", en Integración y comercio, Lima (Perú), mo 13, enero-abril de 2001, pp. 149-161.

{35} El Protocolo de Arequipa (1978) amplió los plazos del AC para aprobación del aec, eliminación de restricción de importaciones (Colombia y Venezuela), insistiendo en la armonización de políticas. Igualmente, se creó el Sistema Andino de Información Tecnológica y se estableció el Programa Sectorial de Desarrollo de la Industria Automotriz (Decisiones 142, 149, 152, 158, I59).

{36} Comunidad Andina. Treinta años de integración andina: balances y perspectivas, Lima, Secretaría General, can, 1999.

{37} A. Guerra. Ob. cit., 2009

{37} A. Guerra. Ob. cit., 2009.

{38} El Consejo Presidencial Andino fue considerado como órgano supremo del sai. Fue creado en la reunión presidencial en Machu Picchu (1990)

{39} Así, el Acta de La Paz (1990) buscó acelerar el Mercado Común Andino (mca) mediante la liberación total del comercio intrasubregional y el establecimiento de una tarifa externa común simultánea con la armonización de políticas de comercio exterior. Un año más tarde, en el Acta de Barahona (1991) se planteó un programa para conformar la zlc (vigente a partir de enero de 1992) y adoptar el aec (escalonado en cuatro niveles arancelarios). Sin olvidar el tratamiento preferencial para Bolivia y Ecuador. La zlc empezaría a partir de julio de 1992.

{40} Can. Ob. cit., 1999.

{41} Secretaría General. Ob. cit., 1999, pp. 102-104.

{42} Decisión 353. Ello implicó la participación plena en adopción de decisiones sobre políticas macroeconómicas y negociaciones comerciales conjuntas con terceros países. Pero mantendría su calidad de observador en temas del aec.

{43} J. L. da Cruz y J. M. Sobrino. "Del Pacto a la Comunidad Andina. El Protocolo de Trujillo del io de marzo de 1996. ¿Simple reforma institucional o profundización de la integración subregional?", Revista Jurídica del Perú, vol. 66, n.° 3, 1996, pp. 227-262.

{44} El nuevo rumbo se expresó en los cambios introducidos mediante el Protocolo de Trujillo (1996), como el rol más activo del Consejo Presidencial Andino en el cual se aprobaron las directrices sobre el proyecto de modificación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y el fortalecimiento del Parlamento Andino y de los convenios.

{45} E. Salmón. Ob. cit. A. M. Casas. Ob. cit.

{46} J. L. da Cruz y J. M. Sobrino. Ob. cit.

{47} A. Guerra. Ob. cit. (2009) y R. Devlin et al. "Estabilidad

{47} A. Guerra. Ob. cit. (2009), y R. Devlin et al. "Estabilidad macroeconómica, comercio e integración". Trabajo presentado en el Foro de Política Coordinación de políticas macroeconómicas y cooperación monetaria en el MERCOSUR, Río de Janeiro, Brasil, 2000. Disponible en www.iadb. org (consultado el 15 de junio de 2011).

{48} La pobreza y la pobreza extrema se miden en función del número de indicadores de necesidades básicas insatisfechas (nbi) (hogares con infraestructura y servicios inadecuados, con alta depen dencia económica, con niños que no asisten a la escuela y hogares con hacinamiento crítico). La pobreza corresponde a hogares que presentan uno o más de los indicadores de nbi, mientras que la pobreza extrema corresponde a la ausencia de dos o más de los indicadores mencionados. Datos elaborados por la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Disponible en www.comunidadandina.org (consultado el 13 de marzo de 2009).

{49} Ese índice mide el grado en que la distribución del ingreso -en algunos casos los gastos de consumo- entre individuos u hogares dentro de una economía se desvía de una perfecta igualdad (índice o) hasta una desigualdad perfecta (100). World Bank Indicators.

{50} Para 2004, los flujos de ied alcanzaron US$5.837 millones, para llegar a su cifra récord en 2008 con US$19.809 millones, pero reportaron una leve disminución en 2009 (US$12.959). sgcan, Estadísticas.

{51} E. Lizano. "Integración regional e integración internacional", en Integración y comercio, Lima (Perú), mo 14, mayo-agosto de 2001, pp. 117-128.

{52} Entendido como el conjunto de normas dictadas por ciertos órganos comunitarios que, ejerciendo la competencia que les ha sido atribuida por los pm en el tratado constitutivo, elaboran normas de obligatorio cumplimiento. F. Novak. La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico. Derecho comunitario, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 57-100.

{53} Mucho más si se atiende la realidad latinoamericana. Teniendo la peor distribución primaria del ingreso de todo el mundo, América Latina y el Caribe se caracterizan además por la heterogeneidad productiva, número

Caribe se caracterizan además por la heterogeneidad productiva, número creciente de personas en el nivel de pobreza, poca productividad de un sector informal cuyos trabajadores no están cobijados por la seguridad social; en otras palabras, por la ausencia de un Estado de Bienestar (cepal, 2008).

{54} Cepal. Superar la pobreza mediante la inclusión social. Naciones Unidas, 2008. Disponible en www.eclac.org

{55} La labor de conservar y difundir el legado cultural andino está a cargo de la Secretaría General, a través de la promoción de industrias culturales, la preservación del patrimonio cultural de la subregión (material e inmaterial) y el fortalecimiento de la diversidad cultural. Disponible en www.comunidadandina.org/cultura.htm (consultada el 15 de marzo de 2009).

{56} Instancia comunitaria creada mediante la Decisión 592 (2004), en el marco de la xv Reunión del Consejo Presidencial Andino. La ejecución de la Decisión 592 a cargo del Consejo Andino de Ministros de Desarrollo Social; la ejecución de la Decisión 6°I (2004) a cargo de los Comités Nacionales del pids (Bolivia: aspectos socio-laborales, salvo empleo; Colombia: educación y cultura; Ecuador: desarrollo rural, seguridad alimentaria para pueblos indígenas y armonización de indicadores sociales; Perú: medio ambiente y seguridad alimentaria, y, en ese entonces: Venezuela: salud y empleo), la Red andina de ong y entidades académicas, a cargo de la Decisión 553 (2003). Disponible en www.comunidadandina.org (consultado el 15 de marzo de 2009).

{57} El Consejo Consultivo Empresarial (Decisiones 442 y 464) es una institución consultiva del sai, integrada por cuatro delegados elegidos entre los directivos del más alto nivel de las organizaciones empresariales representativas de los pm. El Consejo Consultivo emite opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General de la can, a solicitud de estos o por propia iniciativa, sobre los programas o actividades del proceso de integración que sean de su interés. El Consejo Consultivo Laboral (Decisiones 441, 464 y 494) es una institución consultiva del sai, conformada por delegados del más alto nivel, elegidos directamente por las organizaciones representativas del sector laboral de cada uno de los pm. Este Consejo emite opiniones ante el

laboral de cada uno de los pm. Este Consejo emite opiniones ante el Consejo Andino de Ministros de rree, la Comisión o la Secretaría General, previa solicitud o por iniciativa propia, sobre temas laborales. Disponible en www.comunidadandina.org/sociedad/empre_traba.htm (consultado el 15 de marzo de 2009).

{58} Información electrónica disponible en www.comunidadandina.org/fronteras.htm (consultado el 15 de marzo de 2009).

{59} El Comité Andino de Estadísticas, órgano permanente integrado por las autoridades estadísticas de cada uno de los PM, encargado de emitir una opinión técnica en el ámbito de las estadísticas; fue creado con el fin de cubrir "las prioridades de política comunitaria en relación con la conformación del mercado común, la armonización de políticas económicas, la competitividad, el crecimiento y el empleo y el desarrollo de la agenda social y la participación ciudadana". Así mismo, se aprobó el Programa Estadístico Comunitario 2000-2004 (Decisión 488). Adicionalmente, se espera que la CAN cuente con información estadística pertinente para el seguimiento de las políticas comunitarias; así como con la expertise necesaria al establecer sistemas de difusión de las estadísticas comunitarias. La formación de un equipo de expertos en materia de estadísticas, encargados de monitorear y nutrir el servicio andino de estadística, permitirá sostener un sistema estadístico comunitario coherente. Guerra y Nina (artículo en revisión).

{1} Sobre el concepto y evolución de soberanía se recomienda ampliar en J. A. Barberis. El territorio del Estado y la soberanía territorial, Buenos Aires, Ábaco, 2003. En particular, caps. vi y vil, donde el autor desarrolla la temática con suma prolijidad y claridad.

{2} Firmada por los presidentes de los dos países, Raúl Alfonsín y José Sarney, el 30 de noviembre de 1985.

{3} Firmada el 29 de julio de 1986.

{4} Firmada el 6 de julio de 1989.

{5} Entra en vigencia el 29 de noviembre de 1991. Asimismo, marcos la

{5} Entra en vigencia el 29 de noviembre de 1991. Asimismo, merece la pena destacar que este tratado fue aprobado prácticamente sin oposición en las respectivas cámaras legislativas.

{6} Primer considerando del Tratado de Asunción.

{7} Ver artículos 34, 35 y 36 del Protocolo de Ouro Preto (pop). Cabe aquí mencionar que a raíz de la entrada en vigencia de la CMc/Dec. n.° 63/2010, que creó el Alto Representante General del Mercosur, el CMC ha delegado en el funcionario a cargo de dicha representación la facultad de negociar acuerdos internacionales futuros, además de atribuirle competencias de coordinación interna para la consolidación de su plataforma institucional

{8} Hoy denominada Secretaría del Mercosur (sm).

{9} Firmado el 17 de septiembre de 1994 en la misma ciudad brasileña.

{10} Adviértase que solo se mencionarán los órganos del MERCOSUR que, de una u otra forma, se relacionan con los fines perseguidos en este trabajo. Para ampliar sobre la estructura institucional del MERCOSUR, ver F. González Oldekop, La integración y sus instituciones, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.

{11} Artículos 3 a 9 pop.

{12} Artículos io a 15 pop.

{13} Artículo 16 pop.

{14} Artículos 17 y 18 pop.

{15} Artículo 20 pop.

{16} Artículo 21 pop.

{17} Artículos 28, 29 y 30 pop.

{18} CMc/Dec. n.° 24/04.

{19} CMc/Res. n.° 66/05

{19} GMc/Res. n.° 66/05.

{20} Cabe destacar que en 2002 se la transformó en una secretaría técnica, utilizando la denominación "Secretaría del MERCOSUR" (sm). Se le asignaron nuevas funciones y se creó el Sector de Asesoría Técnica (sat), integrado por cuatro asesores técnicos (Dec. cmc n.° 30/02).

{21} Artículos 31, 32 y 33 pop.

{22} CMc/Dec. n.° 20/07.

{23} CMc/Dec. n.° 45/04.

{24} Artículo I, Anexo I CMc/Dec. n.° 07/07.

{25} Conforme lo establecido en el anexo de la CMc/Dec. n.° 24/05, "Reglamento del Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur" (anexo i, CMc/Dec. n.° 07/07).

{26} CMc/Dec. n.° 37/°8. Sobre la evolución de la dimensión social en el Mercosur se recomienda ampliar en D. perrota y M. Vázquez. El Mercosur de las políticas públicas regionales. Las agendas en desarrollo social y educación, Montevideo, cefir, 2°io, pp. 27-30.

{27} Artículo 2 y 3 anexo CMc/Dec. n.° 37/°8.

{28} GMc/Res. n.° 50/03.

{29} M. Vázquez. El MERCOSUR social. Cambio político y nueva identidad para el proceso regional en América del Sur, en G. Caetano (coord.), MERCOSUR 2° años, Montevideo, cefir, 2°ii, p. 1 85.

{30} CMc/Dec. n.° 49/04.

{31} CMc/Dec. n.° 14/09.

Mediante CMc/Dec. n.° 32/09 se aprobó el Acuerdo de Sede entre la República Argentina y el Mercosur para el funcionamiento del ippdh.

{32} Sobre el particular se recomienda la lectura de los "Lineamientos para

{32} Sobre el particular se recomienda la lectura de los "Lineamientos para el Plan Estratégico 2010-2012" del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, aprobado en diciembre de 2°I°. Solicitar en ippdh@MERCOSUR.org.uy

{33} Anexo de la CMc/Dec. n.° 12/10.

{34} Artículo 6, CMc/Dec. n.° 14/09. El primer presupuesto del ippddhh fue aprobado mediante CMc/Dec. n.° 13/10.

{35} Documento de trabajo Assessoria para Assuntos Internacionais da Secretaría Geral da Presidencia da República Federativa do Brasil, "mercosul Social e Participativo, construindo o mercosul dos povos com democracia e cidadania" (jornalista responsável Dorian Vaz). La traducción al español es propia.

{36} Su puesta en funcionamiento se dio en 2005, con la adopción de la CMc/Dec. n.° 18/05 que estableció las normas para su integración y funcionamiento.

{37} Artículos 20 a 24 CMc/Dec. n.° oí / II.

{38} Artículos 26 y 27 CMc/Dec. n.° oí / II.

{39} Sobre la aplicación y usos del focem, en particular desde la visión de Paraguay, se recomienda L. Arce, "focem: ¿instrumento olvidado? Recuento de las acciones y proyectos en marcha a través de la ayuda MERCOSUReña". Disponible en www.oered.org. (consultado el II de mayo de 20I°).

Asimismo, por la labor comparativa realizada, ver F. de Andrade Correa. "Integración regional y desarrollo: un análisis jurídico/institucional del Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur (focem)", Revista de Derecho Privado y Comunitario, vol. 2, 2010, Rubinzal-Culzoni, pp. 59i-6i5.

{40} Recuérdese, el 26 de marzo de 1991.

{41} Artículo 4 de su anexo III.

{41} Artículo 1 de su anexo III.

{42} En el estado actual del proceso de integración prefiero hablar de órganos, ya que refleja de mejor forma el criterio de unidad de momento aún imperante en las distintas instancias que conforman el MERCOSUR (cmc, ccm, GMC, tpr, Prlamento, etc.).

{43} El 18 de febrero de 2002.

{44} El 13 de agosto de 2004.

{45} Artículos 19, 23 y 17 po, respectivamente.

{46} Artículo 3 po. Por su parte, conforme a los términos de los artículos 3 y 4 de la CMc/Dec. n.° 37/03 (Reglamento al Protocolo de Olivos), las primeras viables por consenso, las segundas a petición de cualquiera de los Superiores Tribunales de Justicias respecto de colisiones o interpretaciones en la aplicación del derecho interno y del MERCOSUR en el marco de un expediente judicial en trámite.

{47} Cfr. S. Deluca. “Acceso a la Justicia en los Procesos de Integración: del paradigma europeo al Mercosur”, La Ley Online, noviembre de 2007.

En coincidencia, A. D. perotti. Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur, Buenos Aires, Marcial Pons, cap. V.

Conforme a la reglamentación para solicitud de opiniones consultivas por los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Parte, establecida en la CMc/Dec. n.° 2/07, el único requisito para solicitar una opinión consultiva, fuera de que sea en el marco de un proceso judicial en trámite, es que el Superior Tribunal de Justicia de que se trate la estime admisible.

{48} De 15 de diciembre de 2003.

{49} CMc/Dec. n.° 40/07. La toma de posesión de cargo se concretó el 2 de enero de 2008.

{50} Firmado en Río de Janeiro, República Federativa del Brasil, el 19 de enero de 2007.

{51} Vale la pena destacar que muy recientemente la República Argentina

{51} Vale la pena destacar que muy recientemente la República Argentina, mediante Ley 26.405, sancionada el 20 de agosto de 2008 y promulgada de hecho el 9 de septiembre del mismo año, aprobó este Protocolo modificatorio del po.

{52} Artículo 18 po, artículo 35 CMc/Dec. n.° 37/03 y GMc/Res. n.° 66/05 y n.° 39/ ío.

{53} Sus funciones se encuentran discriminadas en la CMc/Dec. n.° 37/03 y GMc/Res. n.° 66/05.

{54} GMc/Res. n.° 50/03.

{55} Artículo 1 po: "1. Las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el presente Protocolo.".

{56} Sobre el sistema de solución de controversias en MERCOSUR, así como su fundamento, ver S. Deluca. Unión Europea y Mercosur: los efectos de la norma comunitaria en los ordenamientos jurídicos nacionales, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, cap. Iv. Asimismo, en cuanto al Protocolo de Olivos, la estructura del tpr y el sistema de solución de controversias instaurado con él, se recomienda L. O. Pimentel y A. Dreyzin de Klor. "O Sistema de Soluçâo de Controvérsias do Mercosul", en Soluçao de Controversias: OMC, Unido Européia e mercosul, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004, pp. 141-233; C. A. González Garabelli. Procesos de integración, MERCOSUR: solución de controversias, Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, cidsep/uc, Asunción, 2004, caps. vi y vil, entre muchos otros.

{57} Véase artículo 3 del Protocolo de Olivos.

{58} Las pautas generales de las tres formas de solicitar opiniones

{38} Las pautas generales de las tres formas de solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión se encuentran previstas en el capítulo II del Reglamento del Protocolo de Olivos (Dec. cmc n.° 37/03).

{59} S. Deluca. "Acceso a la Justicia en los Procesos de Integración: del paradigma europeo al Mercosur", La Ley Online, noviembre de 2007.

En coincidencia, A. D. perotti. Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur, cap. v, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

{60} Recordar que para ello, en todos los Estados Parte, se deben transitar y finiquitar las instancias judiciales internas previas a llegar a la Corte Interamericana.

{61} Plasmado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

{*} El presente trabajo es el resultado de una investigación realizada por el autor en la Law School de la Victoria University of Wellington (vuw), Nueva Zelanda, al ser becado por dicha casa de estudios, a inicios de 2°íí.

{1} K. Annan. Mensaje del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) dirigido a la Quinta Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC), Cancún, ío de septiembre de 2003. Disponible en www.un.org

{2} Así lo expresa también el preámbulo del Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC): "Deseosos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo...".

{3} Este tratado se conoce también como Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (trips, por su sigla en inglés) y forma parte de los Acuerdos de Marrakech a través de los cuales se crea la

Organización Mundial de Comercio (OMC). Fueron firmados el 15 de abril

Organización Mundial de Comercio (OMC). Fueron firmados el 15 de abril de 1994.

{4} C. Schmitz Vaccaro. "Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses", en Revista Chilena de Derecho, vol. 36, n.° 2, 2009, p. 364.

{5} Cifras obtenidas con base en datos publicados en el sitio web de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Disponible en www.direcon.cl

{6} El North American Free Trade Agreement (nafta) se había concluido en 1994 entre Canadá, México y EEUU y constituía, en su época, un modelo a seguir.

{7} El GATT fue ideado en la Conferencia de Bretton Woods de 1944 y se materializó mediante un Acta firmada por 23 países, el 30 de octubre de 1947, en Ginebra.

{8} Organización Mundial de Comercio, Entender la OMC, 5.a ed., Ginebra, 2010, p. 2°.

{9} El listado completo de los temas tratados en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo puede consultarse en el sitio web de la Organización Mundial de Comercio: http://wto.org

{10} G. Umaña Mendoza. "El TLC y la Comunidad Andina", en A. Acosta y F. Falconí (eds.), tlc: más que un tratado de libre comercio, Quito, flacso, Ecuador, 2005, p. 112.

{11} European Commission's Directorate-General for Trade. Trade topics, Intellectual Property. Disponible en http://ec.europa.eu (consultado el 29 de diciembre de 2011).

{12} Office of the United States Trade Representative. Zoellick Joins Entertainment Industry Launch of Free Trade Coalition, 2003. Disponible en http://ustraderep.gov (consultado el 29 de diciembre de 2011).

{13} D. S. Tarantino y E. W. Zehrmach, Intellectual Property Rights:

{13} D. S. Tantuico y E. W. Zshornack. Intellectual Property Rights: Talking Points for rp-us fta Negotiations, Philippine Institute for Development Studies, Discussion Paper Series n.° 200612. Disponible en http://dirp4.pids.gov.ph (consultado el 29 de diciembre de 2011).

{14} Así, por ejemplo, Layton incluye en dicha expresión "la concesión internacional de licencias para la explotación de la creatividad de los productos de la industria de contenidos, como el software, la música y la literatura, al igual que aquella de los diseños patentables, los medicamentos tradicionales y los productos etnobotánicos. Como un tema aparte aunque conexo, también se consideran los nombres comerciales, las marcas de fábrica y todos los demás derechos de propiedad intelectual relacionados con los bienes físicos" R. Layton. "Incremento de las exportaciones de propiedad intelectual a través del Comercio Justo", en M. Finger y P. Schuler (eds.), Poor people's knowledge: Promoting intellectual property in developing countries (El conocimiento de la gente pobre: promoviendo la propiedad intelectual en los países en desarrollo), Washington DC, Banco Mundial, 2004, p. 76.

{15} P. Drahos. Expanding Intellectual Property's Empire: the Role of ftas, 2003, p. 19. Disponible en http://ictsd.net (consultado el 29 de diciembre de 2011).

{16} S. Frankel. "The Legitimacy and Purpose of Intellectual Property Chapters in ftas", en R. Buckley y Vai lo Lo (B. Laurence, ed.), Challenges to Multilateral Trade The Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2008, p. 195.

{17} Parliament Great Britain, House of Commons, International Development Committee, The WTO Hong Kong Ministerial and the Doha Development Agenda, Third Report of Session 2005-06, vol. II, Londres, 2006, p. 98.

{18} M. Gómez Uranga, M. López Gómez y A. Araüjo de la Mata. "Los ADPIC plus en los actuales tratados bilaterales impulsados por Estados Unidos y consecuencias en los países en desarrollo", Revista de Economía Mundial, n.° 20, Sociedad de Economía Mundial, Universidad de Huelva, 2008, p. 26.

{19} C. M. Correa (ed.), Propiedad intelectual y políticas de desarrollo

{19} C. M. Correa (ed.). Propiedad intelectual y políticas de desarrollo, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2°°5, pp. 15-16.

{20} Ibíd., p. 16.

{21} Asia-Pacific Economic Cooperation (apec, por su sigla en inglés). Se trata de un grupo de diálogo informal iniciado en 1989, que desde entonces se ha convertido en el principal foro para facilitar el crecimiento económico, la cooperación, el comercio y la inversión en la región de Asia-Pacífico. En 1993, una Secretaría de apec se estableció en Singapur para apoyar las actividades del foro. El apec tiene actualmente 21 miembros: Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, Chile, República Popular de China, Hong Kong, Indonesia, Japón, Corea del Sur, Malasia, México, Nueva Zelanda, Papúa Nueva Guinea, Perú, Filipinas, Rusia, Singapur, Taiwán, Tailandia, Estados Unidos de América y Vietnam.

{22} Esta clasificación antigua ha suscitado varios comentarios de los doctrinarios. Basta consultar las actas de discusión del año 1962, que precedieron a la firma de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Véase Organización de las Naciones Unidas, "Summary record of the 642nd meeting. Topic: Law of Treaties", Yearbook of the International Law Commission, vol. I, 1962. Disponible en http://untreaty.un.org

{23} Por ejemplo, podemos enunciar las siguientes:

– "Fortalecer los lazos especiales de amistad y cooperación entre ellos; [...]

– Contribuir al desarrollo armónico y a la expansión del comercio mundial y potenciar una mayor cooperación internacional en foros internacionales;

– Crear un mercado más amplio y seguro para las mercancías y los servicios en sus respectivos territorios;

– Evitar las distorsiones en su comercio recíproco;

– Establecer reglas claras en su intercambio comercial;

– Asegurar un marco comercial previsible para la planificación de las actividades de negocios y de inversiones; [...]

– Ser conscientes que el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección al medio ambiente sean componentes interdependientes y de fortalecimiento mutuo del desarrollo sustentable y que una más estrecha alianza económica puede jugar un importante rol en la promoción del desarrollo sustentable;

– Consolidar su alianza económica y estratégica de manera de lograr beneficios económicos y sociales, crear nuevas oportunidades de empleo y mejorar los niveles de vida de sus pueblos;

– Preservar la flexibilidad necesaria para salvaguardar el bienestar público".

{24} Estos temas se encuentran regulados en detalle en el capítulo 16 del Acuerdo P-4, titulado "Asociación Estratégica".

{25} El P-4 prevé la desgravación arancelaria del comercio de bienes en un plazo máximo de io años a contar de su entrada en vigencia, con el fin de que el comercio entre los cuatro países se desarrolle sin obstáculos arancelarios. Así, el 90% del intercambio mutuo ya se desarrolló con arancel cero desde un comienzo, lo cual se debe en parte a que las relaciones comerciales entre los países en cuestión eran relativamente escasas. La excepción era el comercio entre Nueva Zelanda y Singapur

{26} Dicha cláusula se encuentra establecida en el artículo 20.6 del tratado, sin perjuicio de que el mismo preámbulo contempla la situación de incorporar otros Estados.

{27} El New Zealand Singapore Closer Economic Partnership (nzscep) fue suscrito el 14 de noviembre de 2°oo y entró en vigencia el i° de enero de 2°oi.

{28} Mayores antecedentes sobre los resultados comerciales del P-4 se pueden encontrar en los documentos del Departamento de Estudios de la direcon confeccionados periódicamente con el fin de evaluar los acuerdos

suscritos por Chile. Disponible en www.direcon.gob.cl/bibliotecas/

suscritos por Chile. Disponible en www.direcon.gob.cl/bibliotecas/scategorias/list/8ii

Particular interés revisten los siguientes estudios:

"Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (P-4). Evaluación comercial a cuatro años de entrada en vigencia del Acuerdo" (nov. 2°io). Disponible en www.direcon.gob.cl

"Evaluación del P4 al tercer año del Acuerdo" (nov. 2009). Disponible en: www.direcon.gob.cl

{29} Indicaciones geográficas son "las que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico" (art. 22. 1 del Acuerdo sobre los ADPIC).

{30} La norma chilena que regula la materia es la Ley 19.039 sobre propiedad industrial, publicada en el Diario Oficial de 25 de enero de i99i , y modificada con posterioridad, por:

– Ley 19.996 publicada en el Diario Oficial de 11 de marzo 2005,

– Decreto con Fuerza de Ley 3, publicado en el Diario Oficial de 20 de junio de 2006, y

– Ley 2°.i6° publicada en el Diario Oficial de 26 de enero de 2007.

{31} Office of the United States Trade Representative, usTR Ron Kirk Comments on Trans-Pacific Partnership Talks, 2010. Disponible en http://www.ustr.gov (consultado el 29 de diciembre de 2011).

{32} Las rondas de negociación del tpp realizadas hasta la fecha son:

1.a ronda: 15-19 de marzo de 2010 en Melbourne.

2.a ronda: 14-18 de junio de 2010, en San Francisco.

3.a “ ronda: 4-9 de octubre de 2010, en Brunéi.

4.a “ ronda: 6-10 de diciembre de 2010, en Auckland.

5.a. “ ronda: 14-18 de febrero de 2011, en Santiago.

6.a “ ronda: 24 de marzo - i° de abril de 2011, en Singapur.

7.a “. ronda: 15-24 de junio de 2011, en Ho Chi Minh City.

8.a “ ronda: 6-15 de septiembre de 2011, en Chicago.

9.a “ ronda: 19-28 de octubre de 2011, en Lima.

{33} En Chile, el proceso de negociación se ha llevado con relativo hermetismo, con la única excepción que después de cada ronda la direcon publica un escueto comunicado de prensa.

Contrastan, en este aspecto, países como Australia o Nueva Zelanda, en los cuales los negociadores han intervenido hasta en seminarios, informando del estado de la negociación. En ese contexto, también destacan sitios gubernamentales que invitan a la sociedad civil a interactuar con las autoridades gubernamentales:

– Australia: www.dfat.gov.au/fta/tpp/index.html#submissions

– NuevaZelanda:www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/2-TradeRelationships- and-Agreements/Trans-Pacific/ i-Tpp-Talk/ i-Tpp-talk.php

– Eeuu:www.ustr.gov/tpp/comment;www.regulations.gov/#!searchResults;dct=PS;rpp=io ;po=o;s=tpp

{34} Se trata de grupos de personas, formalmente organizados o no, que manifiestan o defienden intereses concretos en las materias sometidas a negociación, y que por consiguiente hacen valer sus puntos de vista en esas reuniones paralelas.

{35} Association of Southeast Asian Nations (asean, sigla en inglés que se

{33} Association of Southeast Asian Nations (asean, sigla en inglés que se usa en castellano también).

{36} El único país con el cual no ha firmado acuerdo es Vietnam. Sin embargo, pronto habrá un acuerdo bilateral con esa nación, pues las negociaciones respectivas entre Vietnam y Chile ya concluyeron.

{37} El encadenamientos productivo "es un nuevo desafío de la política comercial de Chile, con el objeto de lograr un mejor aprovechamiento de las oportunidades comerciales generadas por la red de acuerdos comerciales suscritos por nuestro país. (...) Se trata del encadenamiento de bienes y servicios con terceros países, que cumpliendo un proceso mínimo de transformación en Chile, sean luego exportados a los mercados en los cuales Chile goza de los beneficios mencionados. Esta iniciativa cobra mayor relevancia en mercados como los asiáticos, donde existen altos aranceles, cobro del cual Chile queda liberado gracias a los acuerdos comerciales, y por lo tanto tiene una ventaja competitiva importante". Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Encadenamiento Productivo, sep. 2008. Disponible en www. prochile.cl (consultado el 29 de septiembre de 2°ii).

{38} Al respecto, son muchos los requerimientos públicos formulados con respecto del tpp, por lo cual resulta fácil percatarse que la presión ejercida es múltiple. A continuación una pequeña selección:

–Retail Industry Leaders Association tpp Comments. Disponible en www.regulations.gov

– U.S. Cattlemen's Association tpp Submission. Disponible en www.regulations.gov

– Toyota tpp Submission. Disponible en www.regulations.gov

– Time Warner tpp Submission. Disponible en www.regulations.gov

– Final PhRMA tpp Submission. Disponible en www.regulations.gov

– Wine Institute and California Association of Wine Growers. Disponible en www.regulations.gov

– Comment from Anissa Whitten, Motion Picture Association of America. Disponible en www.regulations.gov

– Comment from Robert Cummings, usa Rice Federation. Disponible en www.regulations.gov

{39} Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade. Intellectual Property and International Trade. Disponible en www.dfat.gov.au/ip/ (consultado el 29 de diciembre de 20Ii).

{40} Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade. Australia-United States Free Trade Agreement: Fact sheet Intellectual Property. Disponible en www.dfat.gov.au (consultado el 29 de diciembre de 2011).

{41} Disponible en el sitio web de la ong Public Citizen: www.citizen.org/documents/ChilePre-liminaryConsiderationsforTppipChapter.pdf

{42} Igualmente publicados por la ong Public Citizen, respectivamente: www.citizen.org/documents/ NewzealandproposedIPChaptertext.pdf; www.citizen.org/documents/NZleakedIPpaper-i .pdf

{43} Se encuentra disponible en el sitio web de Knowledge Ecology International: http://keionline. org/node/1091

{44} La Agenda de Innovación y Competitividad 20i°-2020, elaborada por el Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad (cnic), contiene los lineamientos y estrategias en ese sentido: http://biblioteca.cnic.cl/media/users/3/ 181868/files/ i88i3/Agenda_Innovacion_20i°-2020. pdf

{45} Nos estamos refiriendo a la Ley n.° 20.435 publicada en el Diario Oficial del 4 de mayo de 2°io, por la cual se reformó la legislación chilena sobre derechos de autor (n.° 17.336).

{46} Dicho informe puede consultarse en www.ustr.gov/webfm_send/2841

{46} Dicho informe puede consultarse en www.ustr.gov/webfm_send/2841

{47} Para solo mencionar algunos de los artículos de opinión:

– R. Cooper. “La roja, ¿otra vez?”, El Mercurio, Chile, 9 de mayo de 2°ii, y

- S. Amenábar. “El zapato chino en que nos metimos”, El Mercurio, Chile, 7 de mayo de 2°ii.

{48} El Tratado de la ompi sobre Derecho de Autor y el Tratado de la ompi sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas son llamados frecuentemente tratados Internet; ambos fueron firmados en el marco de la Conferencia Intergubernamental de 1996 y se conocen también wipo Copyright Treaty (wct, por su sigla en inglés) y wipo Performances and Phonograms Treaty (wppt).

{49} El acuerdo comercial con Australia, si bien pudiera considerarse dentro de esa categoría, fue suscrito décadas atrás, en 1983; es decir, mucho antes del Acuerdo sobre los ADPIC y antes de que la propiedad intelectual obtuviere el rango de asunto estratégico en el escenario del comercio internacional.

{50} Una de ellas es la iniciativa “tpp Talk” promovida por el New Zealand Ministry of Foreign Affairs & Trade, que periódicamente publica noticias y comunicados. Véase: http://mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/2-Trade-Relationships-and-Agree- ments/Trans-Pacific/i-TPP-Talk/ i-TPP-talk.php

{51} Uno de los documentos más claros en ese sentido es “tpp: Intellectual Property Chapter: Horizontal Issues/Overall Structure, General Provisions and Cooperation”, del 4 de diciembre de 2010. Disponible en www.citizen.org

{52} La propuesta neozelandesa (art. x.2) expresa al respecto: “Each Party affirms its rights and obligations with respect to each other under the trips Agreement”

{53} Asimismo, en el artículo x. 10 de la propuesta hay un reconocimiento

{53} Asimismo, en el artículo x. 10 de la propuesta hay un reconocimiento expreso de la heterogeneidad de las capacidades nacionales relativas a la propiedad intelectual: “The Parties acknowledge the differences in capacity between some Parties in the area of intellectual property. ...”.

{54} El ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Agreement (aanzfta) fue suscrito el 27 de febrero de 2009, y su capítulo 13 está dedicado a la propiedad intelectual.

{55} Véase sección B (arts. X.6 y siguientes) de la propuesta de Nueva Zelanda, que regula extensamente el tema Cooperación.

{56} El Tratado de Cooperación en materia de Patentes (Patent Cooperation Treaty, pct) es uno de los tratados más importantes de propiedad intelectual. Se celebró en junio de 1970 y entró en vigor el 24 de enero de 1978; es administrado por la ompi.

{57} Recién, en 2011, el Congreso de EEUU ratificó tres TLC muy cuestionados, celebrados hace varios años atrás, y que involucran a Colombia, Corea del Sur y Panamá. La lista actualizada de acuerdos comerciales suscritos y ratificados por los EEUU puede consultarse en www.ustr.gov/ trade-agreements/free-trade-agreements

{58} Office of the United States Trade Representative. tpp Statements and Actions to Date, 2009. Disponible en www.ustr.gov (consultado el 29 de diciembre de 2011).

{59} Por ejemplo, el 17 de mayo de 2011, un grupo de 28 senadores presentaron una carta dirigida al presidente Barack Obama, con el fin de que en la negociación del tpp se adopten los más altos estándares de protección de derechos de propiedad intelectual. Véase: http://finance.senate. gov/newsroom/ranking/release/?id=9bcacbf4-304i-49ad-b4cd-6cd9bbad55a4

{60} J. Kelsey. New leaks of tppa text show U.S. is playing hardball. Disponible en http://tppwatch. org (consultado el 3 de enero de 2012).

{61} El TLC entre EEUU y Corea del Sur (korus) fue firmado el 30 de

{61} El TLC entre EEUU y Corea del Sur (korus) fue firmado el 30 de junio de 2007 y fue ratificado en 2011 por el Congreso estadounidense.

{62} El Anti-Counterfeiting Trade Agreement (acta), o Acuerdo Comercial contra la Falsificación, se ha negociado desde 2007 en forma secreta y al margen de la institucionalidad internacional de propiedad intelectual de la ompi y la OMC. Participaron en las negociaciones Australia, Canadá, Japón, Corea del Sur, Marruecos, México, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza, Estados Unidos y la Unión Europea. Recientemente, los primeros países suscribieron el tratado el i° de octubre de 2011 en Tokio.

{63} Al respecto, se pueden mencionar las siguientes leyes: Lanham (Trademark) Act (título 15 del US Code), Copyright Act (título 17 del US Code) y Digital Millennium Copyright Act (dmca) de 1998.

{64} J. H. Koo. Trans-Pacific Partnership - Intellectual Property Rights Chapter, February Draft - Section by Section Analysis, 2011. Disponible en http://infojustice.org (consultado el 3 de octubre de 2011).

{65} Marcas de certificación son las que pertenecen a un organismo certificador que acredita el cumplimiento de determinadas calidades de un producto y que luego facultan al fabricante de dicho producto para utilizar la marca de certificación junto con su propio signo distintivo.

{66} En caso que la obra no se publicara con autorización dentro de los 25 años siguientes a su creación, el plazo de protección llegará incluso a 12o años, contados desde la misma forma enunciada anteriormente.

{67} La Digital Millennium Copyright Act (dmca) de 1998 es una ley estadounidense que regula el copyright de la era digital y es el resultado de la implementación de los dos tratados de la ompi firmados en 1996: el WCT y el WPPT.

{68} Véanse los artículos 12 y 19 de dichos tratados, respectivamente.

{69} New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade. tpp: Intellectual Property Chapter: Horizontal Issues/Overall Structure, General Provisions

and Cooperation, 2010. Disponible en www.citizen.org (consultado el 3 de

and Cooperation, 2010. Disponible en www.citizen.org (consultado el 3 de octubre de 2011).

{70} Así, ya no sorprenden titulares como este: "Watch out, Frosty! Inventor gets astonishing U.S. patent granted for building snowmen". Disponible en www.dailymail.co.uk

{71} Cabe agregar que la nomenclatura de los requisitos a ambos lados del Atlántico son diferentes: en EEUU se exige la no evidencia y la utilidad para que una invención sea patentable. En cambio, los europeos señalan que la invención debe tener nivel inventivo y aplicación industrial para que sea patentable. En ambos casos -y al respecto no hay discusión- se agrega la novedad como requisito principal.

Esas diferencias han justificado la introducción de la nota al pie al artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC, anotación que se reitera en el artículo 8.1 de la propuesta tpp de EEUU.

{72} "Freedom to operate", o libertad para operar, se utiliza generalmente en el sentido de definir si una determinada acción, como los ensayos relativos a un producto o la comercialización de un producto, se puede llevar a cabo sin violar los derechos válidos de propiedad intelectual de terceros. El resultado del estudio de "freedom to operate" variará según los mercados y jurisdicciones en los cuales se van a ensayar o comercializar los productos respectivos.

{73} H. Koo. Trans-Pacific Partnership -Intellectual Property Rights Chapter, February Draft- Section by Section Analysis, 2011. Disponible en http://infojustice.org (consultado el 3 de octubre de 2011).

{74} Estos temas han sido tocados en múltiples oportunidades en los foros de la OMC. Así por ejemplo: Declaración Ministerial adoptada el 4 de noviembre de 2°oi en el marco de la Conferencia de Ministros, celebrada en Doha, artículo 25. Disponible en http://docsonline.wto.org

{75} Al respecto, recomendamos la lectura de dos obras: A. Kur y V. Mizaras. The Structure of Intellectual Property Law, Londres, Edward Elgar Publishing, 2°ii, y J. Boyle. "A Manifesto on wipo and the future of

Intellectual Property", Duke Law & Technology Review, n 8 9, 2004

Intellectual Property", Duke Law & Technology Review, n.° 9, 2004, Durham.

{76} Al respecto, podemos remitir al lector a dos artículos que apoyan lo señalado con respecto a China: "China entra en una nueva fase industrial: pasa de la copia a la innovación", texto del Financial Times publicado por el Diario Financiero, Santiago, 30 de mayo de 2008, p. 32, y "China escala en la cadena de valor", texto del Economist Intelligence Unit publicado por el Diario Financiero, 7 de septiembre de 2°ii, Santiago, p. 25.

{1} En el presente documento se denomina crisis financiera subprime la originada en Estados Unidos por razón del cambio del modelo de negocios basados en el otorgamiento de cartera hipotecaria, sin una adecuada administración del riesgo de crédito, así como su posterior empaquetamiento y traslado de los respectivos riesgos en activos financieros de diversa naturaleza. Ver en general M. Pérez Salazar. "El origen del pánico de 2008: la crisis del mercado de crédito hipotecario en Estados Unidos", Revista de Economía Institucional, vol. io, n.° 19, segundo semestre de 2008, Universidad Externado de Colombia. Disponible en www.economiainstitucional.com. Así mismo, se usa la expresión crisis de la deuda externa, por el efecto causado en los países de la Eurozona tanto por la crisis financiera subprime como por las políticas fiscales que se venían adoptando en ciertos países de esa zona que llevaron a una pérdida de confianza en el cumplimiento del pago de la deuda de países como Grecia, Irlanda e Italia. Ver, entre otros, A. Pessoa.

{2} C. P. Kindleberger. Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises, 5.a ed., Palgrave Macmillan, 2005.

{3} En este capítulo usamos la expresión 'sector financiero' como se entiende en el contexto internacional, esto es, en general las operaciones, instituciones y operaciones que de ordinario se desarrollan en el mercado de valores. Debe llamarse la atención a que la regulación no usa este criterio, como quiera que excluye del sector financiero al mercado de valores y el asegurador.

{4} Comprende las instituciones que tienen como propósito establecer, monitorear e incentivar la adopción e implementación de estándares internacionales orientados a diversas temáticas. Entre los múltiples

internacionales orientados a diversas temáticas. Entre las múltiples existentes es preciso resaltar el Comité de Basilea, iosco, iais, Financial Stability Board, FMI y BM.

{5} Ver "Report of the Working Party on Financial Stability in Emerging Market Economies", Financial Stability in Emerging Market Economies. A strategy for the formulation, adoption and implementation of sound principles and practices to strengthen financial systems, abril de 1997. Disponible en www.Bls.org/publ/gteno2.pdf

{6} Aunque esfuerzos regionales por establecer estándares con una mirada de conglomerados financieros que actúan internacionalmente comenzaron a darse a nivel de G-7/io con la creación del Joint Forum (1996), el cual se convertiría en inspiración y base del Financial Stability Forum (fsf) (1999). Por razón de la crisis subprime, se transformaría en el Financial Stability Board (fsb) (2009). Para mayor información ir a www.financialstabiliyboard.com

{7} Ver Report of the Working Party on Financial Stability in Emerging Market Economies, supra, nota 5.

{8} Englobando operaciones de los mercados bancarios, de valores, seguros, cambiario, fiduciario.

{9} Nótese que una primera respuesta de los presidentes y jefes de Estado y de Gobierno del G-20 fue la de establecer el Financial Stability Board (FSB) y señalarle un mandato de coordinación y trabajo en el área de estabilidad financiera global, la cual supone una visión de todo el conjunto de operaciones, instituciones y mercados financieros.Ver Mandato del Financial Stability Forum en http://www.financialstabilityboard.org/about/mandate.htm.

{10} Debe recordarse que durante la década de los noventa hubo una conciencia global hacia la introducción de reformas normativas (constitucionales o legales) que establecieran bancos centrales independientes de los gobiernos. Ver C. Goodhart. The Changing Role of Central Banks, Financial Markets Group, London School of Economics,

noviembre 1 de 2010, bis Working Paper n.8 326. Disponible en

noviembre 1 de 2010, bis Working Paper n.° 328. Disponible en http://papers.ssrn.com

{11} Ver las constantes cumbres de los jefes de Estado, presidentes y jefes de Gobierno de los miembros del G-7/8 y G-20. Para mayor información ir a la página web G-20 Information Centre, de la Universidad de Toronto (http://www.g20.utoronto.ca/), la cual se ha especializado en el seguimiento de esta clase de reuniones y presenta, de manera ordenada y coherente, la información fundamental relativa a estos importantes eventos.

{12} El trabajo coordinado de los bancos centrales de los países afectados por la crisis ha sido extraordinario y fundamental para contener los efectos de la misma que pudieron ser peores. Ver "The Euro Crisis: The Central Banks to the Rescue", The Economist, septiembre 16 de 2011. Disponible en http://www.economist.com. Ver también The euro crisis: The ECB's tricky route to stabilisation, febrero 2 de 2012. Disponible en http://www.economist.com

{13} Ver, por ejemplo, los trabajos del Comité de Basilea de Supervisión Bancaria en www.Bls.org, iosco y el iais.

{14} Ver los trabajos relacionados con Basilea III en "International regulatory framework for banks (Basel III)", en www.Bls.org.

{15} En Estados Unidos la Ley Dodd-Frank es un ejemplo sin precedentes de intervención y reforma. De igual manera, cuando se estableció el esquema integrado de regulación y supervisión en Inglaterra al separarse de tales funciones al Banco de Inglaterra y crearse la Financial Services Authority (fsa), una conclusión casi unánime en la literatura especializada señalaba que el mejor test que el esquema unificado podía tener era precisamente el sobrevivir a una crisis financiera. Al parecer, el esquema se ha mostrado inadecuado y una reforma institucional profunda que implica el abandono del modelo se discute al momento de escritura de este documento en ese país. Ver http://www.fsa.gov.uk/pubs/events/fca_approach.pdf

{16} Ver Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (dfa), 2011. Disponible en www.gpo.gov

{17} Considerado por algunos como el "santo grial" de la regulación

{17} Considerado por algunos como el "santo grial" de la regulación prudencial, ver www.Bis.org, Para una bibliografía comprensiva de la crisis financiera subprime que puede ayudar a comprender las diferentes causas y actores, ir a www.mauriciobaquero.com

{18} Ver, entre otros, los siguientes trabajos de Goodhart y Tsomocos. C. A. Goodhart y D. P. Tsomocos. Analysis of Financial Stability, Oxford Financial Research Centre Working Papers Series 2007fe04. Disponible en www.finance.ox.ac.uk; C. A. Goodhart, P. sunirand y D. P. Tsomocos. The OptimalMonetary Instrumentfor Prudential Purposes, Oxford Financial Research Centre Working Papers Series 2008fe26. Disponible en http://www.finance.ox.ac.uk/file_links/ finecon_papers/2008fe26.pd

{19} BBC Mundo. "Joseph Stiglitz: la austeridad no es el camino en Europa", 5 de octubre de 2011. Disponible en www.bbc.co.uk

{20} Banco Central Europeo. "La reforma de la gobernanza económica de la zona del euro: elementos esenciales", Boletín mensual bce, marzo 2011, pp. 107-128; Consejo Europeo ue. "Declaración de los jefes de estado y de gobierno de la zona del euro", Bruselas, diciembre 9 de 2011; M. López. "Crisis de deuda soberana en la Eurozona", Perfil de Coyuntura Económica, n.° 15, agosto de 2010, pp. 33-58. Disponible en http://aprendeenlinea.udea.edu.co; y C. Pánico. "Las causas de la crisis de deuda en Europa y el papel de la integración regional", Investigación Económica, vol. lxix, n.° 274, octubre-diciembre de 2010, pp. 43-62.

{21} D. Aguilar. "En octubre, el Consejo Europeo toma decisiones aventuradas". Disponible en www.eurogersinfo.com, y F. Ruiz de la Lobera. "Por qué derogar el artículo 104 del Tratado de Maastritcht (artículo 123 del Tratado de Lisboa)". Disponible en http://rosamar-textosin- teresantes.blogspot.com

{22} H. Pérez carrillo. Crisis económica y financiera en la Unión Europea. Reflexiones en torno a algunos instrumentos estratégicos para la recuperación, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la unam, septiembre de 2010.

{23} World Bank. Good Practices for Financial Consumer Protection

{23} World Bank. Good Practices for Financial Consumer Protection, marzo de 2011. En adelante [Good Practices] consultative draft, World Bank Financial and Private Sector Development Vice Presidency fpdfs, Financial Systems Policy Unit. Disponible en http://siteresources. worldbank.org

{24} Diversos trabajos se han desarrollado en el área de Acceso a los Servicios Financieros (Financial Inclusion).Vale destacar los realizados por la ocde, International Gateway for Financial Education (igfe), Financial Inclusion: Programmes and Articles. Disponible en www.oecd.org; International Network on Financial Education (infe); UN Advisors Group on Inclusive Financial Sectors. Disponible en www.uncdf.org; afi Alliance for Financial Inclusion. Disponible en www.afiglobal.org; G20 Global Partnership for Financial Inclusion (gpfi), lanzada oficialmente el io de diciembre de 2010 en Seúl (Corea). Para más información ir a http://www.gpfi.org/about- gpfi/countries/global-partnership-financial-inclusion. De igual manera se recomienda revisar estos dos documentos: International Finance Corporation. "Access to Finance Annual Review Report 2010". Disponibile en www.ifc.org,, y G-20 Experts on Financial Inclusion. "Principles for Innovative Financial Inclusion", mayo de 2010. Disponible en www.ifc.org

{25} Ver Good Practices, supra nota 23.

{26} Un compendio de literatura sobre las causas de la crisis subprime, las medidas proferidas para contenerla y evitarla a futuro, así como de la crisis de la deuda externa, fue realizado por el autor y se encuentra disponible en www.mauriciobaquero.com

{27} El concepto de reforma financiera se utiliza para englobar todos los esfuerzos regulatorios que tienen múltiples propósitos y temáticas. Dentro de tantas áreas prioritarias que requieren atención de los Estados por razón de la crisis financiera global, la protección de los consumidores de servicios financieros ha tomado una importancia relativa, lastimosamente supeditada a la estabilidad financiera global.

{28} Ver Seoul Summit Document, noviembre 12 de 2010, Financial Sector Reforms, Further Work: Issues than warrant more attention. Disponible en www.g20.utoronto.ca

www.g20.utoronto.ca

{29} Ibíd. Se traduce libremente de “41 (...) Enhancing consumer protection: We asked the fsb to work in collaboration with the OECD and other international organizations to explore, and report back by the next summit, on options to advance consumer finance protection through informed choice that includes disclosure, transparency and education; protection from fraud, abuse and errors; and recourse and advocacy”.

{30} Ver www.g20.utoronto.ca/summits/2011cannes.html. Así mismo ver Financial Stability Board. Consumer Finance Protection with particular focus on credit [en adelante fsb Report], octubre 26 de 2011. Disponible en www.financialstabilityboard.org

{31} Ver Finance Ministers and Central Bank Governors of the G20. “Communiqué”, 18-19 de febrero de 2011. Disponible en www.g20.utoronto.ca, al final del parágrafo 6: “We call on the oecd, the fsb and other relevant international organizations to develop common principles on consumer protection in the field of financial services by our October meeting”.

{32} Al referirse a los principios, el secretario general de la ocde señaló que el propósito detrás del diseño de los principios no es otro que el de ayudar a las autoridades locales a establecer un marco apropiado para la protección de los consumidores financieros. Ver A. Gurría. “Opening Remarks by the oecd Secretary-General at the oecd Conference Centre”, 14 de octubre de 2011. Disponible en www.oecd.org

{33} “We (...) endorsed the fsb report and the common principles on financial consumer protection prepared by OECD with fsb and call for further work on implementation issues (...)”. Communiqué of the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, París, octubre 15 de 2011. Disponible en www.g20.utoronto.ca

{34} Ver “The World Bank Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy”. Disponible en http://web.worldbank.org

{35} Este programa reúne tanto a agencias privadas como públicas

{33} Este programa reúne tanto a agencias privadas como públicas - supervisores, asociaciones gremiales y organizaciones de consumidores- con el propósito de encontrar las estrategias, mecanismos y estructuras para cada país. Tomado de la página web del programa. Ibíd.

{36} Ibíd. Reportes de la actividad realizada en algunos países (Azerbaiyán, Bulgaria, Croacia, República Checa, Letonia, Lituania, Rumania, Federación Rusia y Eslovaquia) se puede encontrar en esa página. http://web.worldbank.org/ wbsite/external/topics/extfinancialsector/o,,contentMDk:22766380~pagePK:i48956~piPK:2i66i8~theSitePK:282885,oo.html

{37} D. Thomas y F. Frizon, para The World Bank Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy. Resolving disputes between consumers andfinancial businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman, Consultation Draft, junio de 2011, vols. i y 2. Disponibles en http:// siteresources.worldbank.org

{38} Ver Good Practices, supra nota 23.

{39} El listado del anexo 1 de este documento se basa en el anexo K del reporte del fsf, pp. 46 a 48. Esta lista fue presentada y discutida en la reunión de la Task Force de protección al consumidor financiero de la ocde en abril de 2011. Se advierte en la nota 53 de ese documento que la lista no es exhaustiva pero ilustra la amplitud del trabajo internacional en el área de protección al consumidor de esta clase de productos y servicios. El aporte de este capítulo a ese extraordinario esfuerzo del fsb consiste en revisar los 67 trabajos que allí se listan y actualizarlo, con el propósito de ilustrar mejor al interesado que no lee en inglés así como ayudarle en la ubicación de los documentos en la Web.

{40} Entre otros, ver los siguientes trabajos de la ocde: publicados en 2009: Consumer Education: Policy Recommendations on Consumer Policy; Financial Education and the Crisis; Promoting Consumer Education: Trends, Policies and Good Practices. De igual manera, como documentos oficiales encontramos: Recommendation on Good Practices on Financial Education and Awareness relating to Credit y Recommendation on a Policy Framework for Effective and Efficient Financial Regulation. De 2010: Addressing Financial Consumer Protection Deficiencies in the Post Crisis

Addressing Financial Consumer Protection Deficiencies in the Post Crisis Era; Consumer Policy Toolkit; Consumer Protection and Financial Innovation: A Few Basic Propositions; Policy Handbook on Natural Hazard Awareness and Risk Reduction Education y Protecting and Empowering Consumers in the Internet Economy Options for Advancing the Review of the 1999 OECD guidelines. Así mismo, el siguiente documento oficial: Declaration on Property, Integrity and Transparency in the Conduct of International Business and Finance. De 2011: Guides to the Evaluation of Financial Education Programs y Draft Guideline on Financial Education at School.

{41} Si bien hay una justificada discusión en torno a si los inversionistas deben considerarse como consumidores de servicios financieros, el Comité Técnico de iosco publicó seis importantes trabajos poscrisis: en 2011: Principles on Suspensions of Redemptions in Collective Investment Schemes y Principles on Point of Sale Disclosure. En 2010: Guidelines for the Regulation of Conflicts of Interest Facing Market Intermediaries, Transparency of Structured Finance Products Disclosure y Principles for Public Offerings and Listings of Asset-Backed Securities. En 2009: Protection of Minority Shareholders in Listed Issuers.

{42} Ver M. Baquero Herrera. Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, en G. Ramírez. El Derecho en el contexto de la Globalización, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 425-493.

{43} Ver infra numeral 3.

{44} Ver fsb Report, supra nota 30.

{45} En este escrito se plantea que los mecanismos de protección al consumidor por lo menos deben contar con seis elementos que garanticen su efectividad. Y se argumenta que acercarse a esta clase de protección desde una visión sistèmica privilegia la estabilidad financiera (macro) sobre la que debe preocuparse por establecer mecanismos para una adecuada atención y efectiva resolución de los problemas individuales, de poca monta y sin duda poco sistémicos (micro) de ciudadanos como usted y yo. Si los servicios financieros ofrecidos que pueden contener tremendas injusticias y abusos con los consumidores no tienen vocación de producir efectos

abusos con los consumidores no tienen vocación de producir efectos sistémicos, ¿no es necesario establecer mecanismos de protección para los consumidores? ¿O pueden esperar un poco los consumidores y aceptar los abusos mientras se aclaran los requerimientos de defensa para los productos y servicios financieros con importancia sistèmica? Si bien este esfuerzo del fsb es muy importante, no por ello deja de ser parcial.

{47} Oecd. G-20 High-level Principles on Financial Consumer Protection 2011 [en adelante OECD Principles, í'cp]. Disponibles en www.oecd.org

{48} Ibíd. Traducción libre del autor. Llama la atención la denominación usada para los mismos. En general, un principio es la explicación o razón última, una verdad tan elemental que no requiere contrastación o que no es consecuencia de otra. Sin embargo, en este caso, estos principios son "del más alto nivel". ¿Es posible que existan principios de medio o bajo nivel? No creo. Es quizás una connotación política para hacer notar que quienes los aprobaron tienen cierto poder doméstico y que, asociados como grandes economías, lo tienen a nivel global. Sin embargo, no fueron los presidentes o primeros ministros o jefes de gobierno del G-20 quienes los autorizaron. Lo hicieron los ministros de Economía y gobernadores de los bancos centrales. Por lo mismo, son de alto nivel, ¡pero no del más alto nivel!

{49} Ibíd.

{50} Ver OECD Principles FCP, supra nota 47. Traducción libre del autor.

{51} Idem. Traducción libre del autor.

{52} Ver Good Practices, supra nota 23.

{53} Ibíd.

{54} Ibíd.

{55} Naciones unidas, Departamento de Asuntos Económicos y sociales. Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor [en adelante Directrices UN] (en su versión ampliada de 1999), 2003. Disponible en www.un.org

{56} Ibíd. (Comentarios entre paréntesis y en itálicas fuera del texto)

{56} Ibíd. (Comentarios entre paréntesis y en itálicas fuera del texto).

{57} Ibíd.

{58} T. Pogge. "Qué es Justicia Global", Revista de Economía Institucional, vol. 10, n.° 19, 2008, Universidad Externado de Colombia.

{59} Ver fsb Report, supra nota 30.

{60} Ver International Network on Financial Education (infe). La ocde creó la Red en 2008 para promover y facilitar la cooperación internacional en temas de educación financiera mundial. En la actualidad, más de 170 instituciones de 86 países se han unido. Información tomada de www.oecd.org/document/50/0,3746,en_39665975_39666038_397ii282_i_i_i_i,00.html

{61} Información tomada de https://icpen.org/

{62} La Red fue creada en 1992 por Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Finlandia, Alemania, Holanda, Hungría, Irlanda, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos, con la participación de representantes de la ocde y la ue. Grecia, Italia y Luxemburgo se unieron después. México se convirtió en miembro de la Red en 1994. Malta, la República de Corea, Polonia, Eslovaquia y la República Checa participan desde 1996, Letonia y Estonia en 2002, Lituania en 2003, Chipre y Chile en 2005, Azerbaiyán y China en 2006, Costa Rica, Egipto, El Salvador y Turquía en 2010, Barbados en febrero de 2011, así como Panamá en junio de 2011. Ibíd.

{63} Para mayor información ir a www.fiagc.org/fiagc.php

{64} Sue Rutledge. ECA Knowledge Brief: Improving Protection in Financial Services for Russian Consumers, World Bank, 2010. Disponible en http://web.worldbank.org

{65} Ver FSB Report, supra nota 30.

{66} Ver Rutledge, supra nota 64: "The World Bank recommends that gaa

{66} Ver Rutledge, supra nota 64. "The World Bank recommends that eca countries develop strong and specific institutional frameworks for financial consumer protection, disclose financial information more clearly to consumers, improve business practices in the financial sector, set up efficient dispute resolution mechanisms, develop financial education programs, and conduct financial literacy surveys".

{67} Ver Good Practices, supra nota 23. "A well-functioning regime of financial consumer protection provides effective safeguards for financial consumers while empowering consumers to exercise their legal rights and fulfill their legal obligations".

{68} Para una revisión positiva de la concepción del Homo economicus racional, egoísta y maximizador de utilidades, ver V. V. D'Elia. "El sujeto económico y la racionalidad en Adam Smith", Revista de Economía Institucional, vol. 11 , n.° 21, 2009, Universidad Externado de Colombia. Disponible en www.economiainstitucional.com. Una posición diferente se encuentra en P. ormerod. "La crisis actual y la culpabilidad de la teoría macroeconómica", Revista de Economía Institucional, vol. 12, n.° 22, 2010, Universidad Externado de Colombia. Disponible en www.economiainstitucional.com. De igual manera consultar a G. K. Hadfield, R. Howse y M. J. Trebilcock. Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy. Disponible en www. springerlink.com/content/uhgup5677284w727/

{69} Por ejemplo, este interesante artículo que revisa el estado del arte (a 2009) en la investigación sobre protección al consumidor financiero desde las teorías del comportamiento: J. Schucha- rdt, S. D. Hanna, T K. Hira, A. C. Lyons, L. Palmer y J. J. Xiao. "Financial Literacy and Education Research Priorities", Journal of Financial Counseling and Planning, vol. 20, n.° 1, 2009, p. 24. Disponible en http://6aa7f5c4a990ia3eiai682793cdiif5a6b732d29.gripelernents. com. Igualmente ver J. J. Xiao, M. Collins, M. Ford, P. Keller, J. Kim y B. Robles, Federal Reserve System. A Review of Financial Behavior Research: Implications for Financial Education. Disponible en www.nefe.org

{70} Ver Directrices UN, supra nota 55.

{71} Ver D. Thomas y F. Frizon, supra nota 37.

{71} Ver D. Thomas y F. Frizon, supra nota 37.

{72} OECD International Network for Financial Education (infe), compuesto por representantes de cerca de 88 países que incluyen todos los del G20 y del fsb. Para mayor información ir a www. financial-education.org. Ver también Institute for Financial Literacy, www.financiallit.org/ resources/standards.aspx. En cuanto a la múltiple literatura disponible se sugiere leer a A. Lusardi. Household Saving Behavior: The Role of Financial Literacy, Information, and Financial Education Programs, Working Paper 13824, National Bureau of Economic Research, febrero de 2008. Disponible en www.nber.org; J. Fox, S. Bartholomae y J. Lee. "Building the case for financial education", The Journal of Consumer Affairs, 2005, vol. 39, n.° 1; y L. J. Servon, y R. Kaestner. "Consumer Financial Literacy and the Impact of Online Banking on the Financial Behavior of Lower-Income Bank Customers", The Journal of Consumer Affairs, 2008, vol. 42, n.° 2, pp. 271-305. Así mismo, M. Martin. A Literature Review on the Effectiveness of Financial Education, Federal Reserve Bank of Richmond Working Paper n.° 07-03, junio 15 de 2007. Disponible en www.finalist-project.eu, así como T. Williams. "New Regulation of Consumer Financial Services", Law & Policy, vol. 29, n.° 2, 2007, pp. 226-256. Disponible en http://kar. kent.ac.uk

{73} Ver L. E. Willis. Against Financial Literacy Education, Pennsylvania State University, marzo de 2008. Disponible en http://works.bepress.com. La búsqueda de una educación financiera efectiva debe ser sustituida por la búsqueda de políticas más favorables para los consumidores.

{*} Traducción del autor.

{74} Los proveedores de servicios financieros y los agentes autorizados deberán proporcionar información clara, concisa, precisa, fiable, comparable, de fácil acceso, así como información oportuna por escrito y verbal sobre los productos financieros y servicios que se ofrecen, en particular sobre las características principales de los productos y (cuando proceda) sobre los posibles servicios o productos alternativos, incluidos los más simples, que proporcionan. En principio, la información debe incluir precios, costos, multas, gastos de entrega, los riesgos y las modalidades de terminación.

{1} M. Reguera. "El gobierno societario y de la empresa en Colombia: una

{1} M. Baquero. "El gobierno societario y de la empresa en Colombia: una herramienta (contractual) o un requisito (normativo)", en Biblioteca Jurídica Diké, Globalización y derecho mercantil, Medellín, 2008, pp. 125-166.

{2} Expresión de Jacques Attali.Ver J. Attali. La crise, et après?, ia ed., París, Fayard, 2008. La crisis financiera fue activada por la quiebra del banco Lehman Brothers durante el otoño de 2008, ligada a una 'titrización' inapropiada de la deuda hipotecaria americana llamada subprime. Esto condujo a las autoridades públicas de todo el mundo a interrogarse sobre la robustez efectiva de los establecimientos financieros y sobre la adecuación de su sistema de regulación y de supervisión frente a la innovación financiera en un mundo globalizado.

{3} En francés, el verbo "mundializar" comenzó a utilizarse hacia 1928 para designar la extensión del mercado de productos industriales. El término "mundialización" se comenzó a utilizar en la prensa escrita al hacer referencia a la extensión de los intercambios de productos comerciales de bienes, servicios, mano de obra, tecnología y capitales a escala internacional. Si bien es cierto que el término anglosajón globalization ha entrado al vocabulario francés, algunos autores como Laurent Carroué aboga por una diferenciación de los dos términos. Para él, "mundialización" designa la difusión del capitalismo sobre el espacio geográfico, mientras que "globalización" designa los fenómenos que ocurren a escala global y requieren una gestión global. Para otros, el término "mundialización" designa más bien la extensión planetaria de los intercambios culturales, o políticos, mientras que "globalización" se circunscribe a lo económico. En definitiva, ambos términos (mundialización y globalización) tienen la misma base (mundo y globo, que son dos conceptos cercanos). Los pensadores actuales le dan preeminencia a uno u otro término de acuerdo con el contenido que le otorguen y que se adapta a la corriente de pensamiento a la que adhieran.

{4} En Francia el desentendimiento de la política empresarial de las grandes sociedades, por parte de los accionistas, se ve reflejado en el siguiente dato: en 2010, únicamente el 5% de los accionistas franceses participaron en las reuniones de la asamblea general de las grandes

empresas inscritas en bolsa del cac 40. (Data extraída de la editorial n 2

empresas inscritas en bolsa del cac 40. (Dato extraído de la editorial n.2, Cah. Droit de l'entr. n. 2, marzo 2011, Dirigeants, le juste prix).

{5} La crisis que actualmente estamos atravesando empezó en realidad en 2007 con los subprimes, en 2008-2009 se convirtió en crisis bancaria y financiera principalmente en Estados Unidos y a partir de 2010 hasta hoy se volvió crisis económica por la recesión de la economía mundial. Esto se verifica en países como España, Italia, Irlanda o Portugal.

{6} Se trata de particulares endeudados a quienes se les propusieron préstamos inmobiliarios llamados subprimes (para designar justamente préstamos "bajo la primera categoría"). J. Attali. La crise, et après?, ob. cit

{7} Para ir más lejos sobre la crisis financiera en Francia, ver el reporte sobre la crisis financiera realizado por el gobierno francés durante su presidencia de la Unión Europea. Disponible en www.minefe.gouv.fr/directions_services/sircom/rap_ricol080905.pdf. Para la cronología de la crisis financiera surgida en 2007 en EEUU y sus consecuencias en Francia, ver http://democratie-socialisme.org

{8} M. RoussiLLE. "La Commission Européenne au secours du gouvernement d'entreprise", Revue de Droit des Sociétés, n.° 11, nov. 2011, p. 10.

{9} TrÉbulle, François-Guy. "Entreprise et développement durable", en Droit des Sociétés, n.° 12, crónica 1, diciembre de 2011.

{10} Comisión Europea. Livre Vert. Le gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers et les politiques de rémunération, 52010 DC0284, com (2010) 164 final, 284 final, sec (2010) 669, Bruselas, 2 de junio de 2010. Disponible en http://eur-lex.europa.eu

{11} Esta afirmación aparece claramente en el Libro Verde sobre el gobierno de empresa en los establecimientos financieros del 2 de junio de 2010 y en la propuesta de Directiva en materia bancaria de 2011.

{12} En el reporte Larosiere que dio origen al Libro Verde sobre gobierno de empresa mencionado.

{13} Papel que rara vez cumplen tratándose de grandes empresas cotizadas

{13} Papel que rara vez cumplen tratándose de grandes empresas cotizadas en bolsa.

{14} Ver en esta misma obra la contribución de M. Baquero “Estabilidad financiera y Comercio Justo de servicios financieros”.

{15} En Francia y Estados Unidos son primas de partida que tienden a amortizar la caída del dirigente societario una vez salga este de la empresa. Los montos de esas primas o indemnizaciones son, por lo general, negociados individualmente y por lo general introducidos en el contrato inicial. Operan cuando el evento que origina su partida se produce adquisición de la empresa, fusión o cambio del consejo de administración. Ampliar en Adriana María Cely Rodríguez, “El gobierno corporativo y los riesgos empresariales globales”, en: Gonzalo Ramírez, El derecho en el contexto de la globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 410.

{16} En 2009 el presidente deValéo, Thierry Morin, anunció que rebajaría su salario fijo y renunciaría a su parte variable. Su remuneración era en efecto muy elevada: un salario fijo superior a un millón y medio de euros en 2007, 62% superior al promedio de salarios de dirigentes del cac 40. Y como indemnizaciones de separación de funciones, le correspondían tres años de salario en vez de los dos años preconizados por AFEP-MEDEF.

{17} Á. Gurria. L'éthique des affaires et les principes de í'ocde : que faire pour éviter une nouvelle crise? Foro Europeo de Ética en los Negocios (ebef), París, 2009. Disponible en www.oecd.org (consultado el 30 de enero de 2012).

{18} F. Funck-Brentano. Prévention, répression, encadrement: une nouvelle régulation au service de l'éthique, La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n.° 27, 7 de julio de 2011, pp. 1521-1526.

{19} Ibid.

{20} Ibíd.

{21} Ibíd.

{22} Ver película documental franco-suiza “Cleveland contra Wall Street”

{22} Ver película documental franco-suiza "Cleveland contra Wall Street" de Jean-Stephan Bron, publicada el 18 de agosto de 2010, que retrata muy bien esta situación a través de los testimonios de protagonistas reales de la venta de créditos hipotecarios en la ciudad de Cleveland.

{23} F. Funck-Brentano. Ob. cit.

{24} Del griego déon y logos, es decir, "deber" y "palabra".

{25} A. Gurria. L'ethique des affaires et les principes de l'ocDE: que faire pour éviter une nouvelle crise?, ob. cit.

{26} Ibíd.

{27} Ver Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, 2004, en www.oecd.org/dataoecd/47/ 25/37191543.pdf (consultado el 15 de enero de 2012).

{28} F. Funck-Brentano. Ob. cit.

{29} A. Gurria. L'ethique des affaires..., ob. cit.

{30} Ley sobre Nuevas Regulaciones Económicas, codificada en el Código de Comercio y en otras codificaciones.

{31} En este sentido, Libro Verde, ob. cit. Comunicación: COM (2010) 716 (final), 8 de diciembre de 2010.

{32} I. Tchotourian. "Pour le Canada, les administrateurs sont les gardiens de la valeur de l'entreprise", Bull. Joly Bourse, n.° 4, 2009, pp. 339-345.

{1} M. Ozden. Sociétés transnationales et droits humains. Etat des lieux des débats à l'onu à propos des "Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises", 2005, p. 2. Disponible en www.cetim.ch (consultado el 20 de mayo de 2011).

{2} J. Hernández Zubizarreta. Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la

responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas

responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Madrid, Hegoa-Omal, 2009, pp. 178-189.

{3} M. Ozden. Ob. cit., p. 3.

{4} Bureau International du Travail. Conseil D'administration, Sous-Commission Sur Les Entreprises Multinationales. Huitième enquête sur la suite donnée à la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 2005. Disponible en www.ilo.org (consultado el 2 de febrero de 2011).

{5} M. Barrat Brown. Comercio justo, comercio injusto. Hacia una nueva cooperación internacional, Barcelona, Icaria, 1998, pp. 7-17.

{6} G. Sichar. Comercio justo: ¿una alternativa real? Madrid, Cideal, 2002, p. 48.

{7} J. Pulecio. I Foro y muestra regional de Comercio Justo, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá, 2007, pp. 11-29.

{8} M. Barrat Brown. Ob. cit., pp. 61-65.

{9} G. Sichar. Ob. cit., p. 50.

{10} G. Reyes Guzmán. "Reseña de 'Globalization and its discontents' de Joseph E. Stiglitz", Revista Aportes, vol. IIi, n.° 022, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 2003, p. 120.

{11} J. Pulecio. Ob. cit., pp. 21-29.

{12} M.-F. Malsekvisi. Le Commerce équitable, Chaire de Coopération Guy-Bernier, Montréal, Université du Québec, 2000, p. 14.

{13} M. Bakkat Bkown. Ob. cit., pp. 7-17.

{14} W. Thys. La responsabilité sociale des entreprises et les codes de conduite. Nouveaux enjeux ou vieux débat, Bruxelles, cmt, 2004, pp. 6-io.

{15} M. Bakkat Bkown. Ob. cit., pp. 7-17

{16} A. Teitelbaum. La armadura del capitalismo. El poder de las

{16} A. Teitelbaum. La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo, Barcelona, Icaria, 2010, pp. 33-35.

{17} A. Teitelbaum. El papel de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo, 2001, pp. 18-21. Disponible en www.cetim.ch (consultado el 8 de abril de 2010).

{18} A. Teitelbaum. La armadura del capitalismo, ob. cit., pp. 163-212.

{19} J. Hernández Zubizarreta. Ob. cit., p. IIo.

{20} J. E. Parra Parra. Sociedades extranjeras y negocios internacionales, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 129-140.

{21} I. Daugareilh. "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica", Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 27, n.° i, Madrid, 2009, p. 78.

{22} A. Teitelbaum. La armadura del capitalismo, ob. cit., pp. 153-154.

{23} E. Rydberg. "Multinationales, supply chain et syndicats: une typologie", en Le pouvoir des transnationales, París, Coredem, 2011, pp. 9-11.

{24} M. Ozden. Ob. cit., pp. 7-8.

{25} Ibíd., p. 7.

{26} P. Daillier. Droit international public, París, lgdj, 1999, p. 691.

{27} L. Dubin. "Aplicación directa de las normas de derechos humanos a y por las empresas transnacionales", en Revista de la Comisión Internacional de Juristas, n.° 61, 1999, p. 39.

{28} CETIM. Propositions d'amendements au Projet des normes sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme du Groupe de travail sur les sociétés transnationales, Génève, Cetim - AAJ, 2003, p. 8.

{29} I. Daugareilh. Ob. cit., pp. 81-84.

{29} I. Daugareilh. Ob. cit., pp. 81-84.

{30} Ibíd., p. 82.

{31} J. Hernández Zubizarreta. Ob. cit., pp. 82-85.

{32} B. Frydman. “Stratégies de responsabilisation des entreprises à l’ère de la mondialisation”, en Responsabilités des entreprises et corégulation, Bruxelles, Penser le Droit, n.° 6, Bruylant, 2007, p. 3.

{33} M. Ozden. Ob. cit., pp. 8-18.

{34} B. Frydman. Ob. cit., p. 3.

{35} J. Hernández Zubizarreta. Ob. cit., pp. 82-85.

{36} B. Frydman. Ob. cit., p. 5.

{37} Ibid.

{38} V. Leary. “The WTO and the Social Clause: Post-Singapore”, en European Journal ofInternational Law, vol. 8, n.° 1, 2001, pp. 118-122.

{39} B. Frydman. Ob. cit., p. 6.

{40} J. Hernández Zubizarreta. Ob. cit., pp. 371-389.

{41} Ibíd., pp. 483-489.

{42} W. Bourdon. “Réguler les entreprises transnationales”, en Le pouvoir des transnationales, Passerelle, n.° 5, 2011, pp. 20-25.

{43} Á. Gómez Montoro. “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas”, en Cuestiones Constitucionales, n.° 2, Madrid, 2000, pp. 23-71.

{44} C. Peyer. “Le long chemin pour soumettre les entreprises transnationales au régime des droits humains”, en Le pouvoir des transnationales, Passerelle, n.° 5, 2011, pp. 94-98.

{45} S. Ratner. “Corporations and human rights: A theory of legal

{45} S. Kadel. "Corporations and human rights: A theory of legal responsibility", en Yale Law Journal, n.° 111, 2001, pp. 443-545.

{46} B. Frydman. Ob. cit., p. 9.

{47} U. Beck. ¿Qué es la globalización?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 25-32.

{48} B. Frydman. Ob. cit., p. 9.

{49} Idem.

{50} M. Delmas-Marty. "Désordre mondial et droits de l'homme", en Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 635-645.

{51} Y. Castillo Meneses. "Un marco jurídico internacional insuficiente y una posibilidad limitada para responsabilizar a las etn por violación a los derechos humanos", en A. Perret (ed.), Mercenarios y compañías militares y de seguridad privadas: dinámicas y retos para América Latina, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 263-291.

{52} "La atca fue aprobada poco después de la ratificación de la Constitución estadounidense, en 1789, en la primera sesión del Congreso de los Estados Unidos, como parte de la ley que creaba los tribunales federales de Distrito y delimitaba su jurisdicción, la First Judiciary Act. (...) La ley permaneció prácticamente inutilizada durante 200 años, hasta 1980, cuando fue invocada, con éxito, en el caso Filártiga vs. Peña Irala. Esta sentencia no solo fue la primera en la que los tribunales federales hicieron uso de la ley en este sentido, sino que la confirmó como una norma generadora de derechos de acción judicial, más allá de un mero estatuto jurisdiccional de distribución de competencias entre los tribunales estatales y federales". O. Martín-Ortega. Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional, Barcelona, Antoni Bosch, 2008, pp. 261-262.

{53} El texto literal de la disposición es el siguiente: "Thedistrictscourtsshallhave original jurisdiction of any civil action by an

alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty

alien for a tort only, committed in violation of de law of nations of a treaty of the United States".

{54} O. Martín-Ortega. Ob. cit., pp. 263-264.

{55} M. I. del Toro Huerta. "Derechos humanos y jurisdicción universal en materia civil". Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la unam. Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 23-26 de mayo de 2006. Disponible en www.juridicas.unam.mx (consultado el 2 de marzo de 2012).

{56} Diferentes propuestas encontramos en materia laboral: la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la promoción de la libertad de asociación y la negociación colectiva, la garantía de un salario justo, entre otras. Por su parte, ambientalmente se sugiere el desarrollo de las actividades industriales y comerciales de acuerdo con las normas nacionales e internacionales en materia de protección al medio ambiente. Así mismo, se invita a promover dichas normas no solo dentro de la empresa, sino hacerlas extensivas a contratistas, subcontratistas, agentes, proveedores, distribuidores y demás personas naturales o jurídicas que tengan algún vínculo comercial con la sociedad transnacional. onu, Consejo Económico y Social. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, 26 de agosto de 2003; Amnistía Internacional. Las normas de derechos humanos de la ONU para empresas: hacia la responsabilidad legal, Madrid, edai, 2004, pp. 6-9.

{57} W. Bourdon. Ob. cit., pp. 20-21.

{58} Ibíd., pp. 21-24.

{59} La Organización Internacional para la Estandarización (iso por su sigla en inglés) desarrolló la guía iso 26000 sobre responsabilidad social, que contiene una serie de recomendaciones, sugerencias y consejos, que no constituyen una directriz, razón por la cual no alcanzan la categoría de norma internacional de certificación y en consecuencia no es apropiada para uso regulatorio o contractual.

{60} John Ruggie fue nombrado representante especial del secretario

{60} John Ruggie fue nombrado representante especial del secretario general de Naciones Unidas para temas dederechos humanos y empresas. Su informe fue presentado en 2007 y busca poner de presente las implicaciones de las actuaciones de las empresas en la esfera de los derechos humanos.

{61} M. Capron. "La responsabilité sociale d'entreprise", en Le pouvoir des transnationales, Passerelle, n.° 5, 2011, pp. 85-86.

{62} J. Hernández Zubizarreta. Ob. cit., pp. 522-539.

{63} B. Frydman. Ob. cit., p. 1.

{64} E. Rydberg. "Responsabilité sociale des entreprises: autopsie d'un concept", en Le pouvoir des transnationales, Passerelle, n.° 5, París, 2011, pp. 99-100.

{65} M. Capron. Ob. cit., pp. 85-93; R. Araque Padilla. La responsabilidad social de la empresa al debate, Barcelona, Icaria, 2006, pp. 84-93.

{66} J. Stiglitz. Cómo hacer que funcione la globalización, Bogotá, Taurus, 2006, pp. 241-268.

{67} J. Hernández Zubizarreta. Ob. cit., pp. 579-582.

{68} B. Frydman. Ob. cit., pp. 11-13.

{69} Comisión Europea. Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, 2001. Disponible en http://europa.eu (consultado el 12 de junio de 2010).

{70} M. Friedman. Capitalismo y libertad (trad. Alfredo Lueje), Madrid, Rialp, 1966.

{71} I. Daugareilh. Ob. cit., pp. 90-91.

{72} B. Frydman. Ob. cit., p. 13.

{73} R. Araque Padilla. Ob. cit., pp. 30-32.

{74} ONU. The millenium poll on corporate social responsibility:

{74} ONU. The Millenium pon on corporate social responsibility, septiembre de 1999. Disponible en www.dev.iblf.org (consultado el 4 de febrero de 2011).

{75} J. Pulecio. Ob. cit., pp. 65-81; G. Sichar. Ob. cit., pp. 69-70.

{76} Ibíd., pp. 31-39.

{77} Ibíd.

{78} OECD. Corporate responsibility: Private initiatives and public goals. Disponible en www.oecd.org (consultado el 4 de febrero de 2011).

{*} Vaya por delante que no hubiera podido concebir este artículo ni sabido captar sus claves sin mi experiencia en las Naciones Unidas como miembro del Fondo Permanente para las Cuestiones Indígenas (trienio 2008-2010) y sin el seguimiento de las políticas entreguistas a intereses empresariales en la Amazonía peruana indiferentes a la gravísima afectación a pueblos indígenas y al correspondiente derecho, un derecho internacional y peruano. Este trabajo se escribió originalmente para la publicación peruana Revista Latinoamericana del Derecho y Política Ambientales. Lo propio puedo decir respecto a Colombia, cuyas políticas en la materia también sigo en mi blog: clavero.derechosindigenas.org

{1} Con enmiendas efectuadas en 2000 y 2006: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_emp/- --emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf, sigla del original, que no adoptaré. No cito el lugar concreto de los pasajes reproducidos porque se buscan y hallan fácilmente en las ediciones de sitios oficiales de internet a las que se remite.

{2} ww.ilo.org/empent/units/multinational-enterprises/lang--es/index.htm

{3} L. Rodríguez Pinero. Indigenous Peoples, Postco/onia/ism, and Internationa/ Law: The ilo Regime, 1919-1989, Oxford, Oxford University Press, 2006.

{4}www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/o/a389702baao2399oci256d590048i4a4?Opendocument.

{5} D. W EissBRODT y M. Kruger. "Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights", American Journal of International Law, vol. 97, n.° 4, 2003, pp. 901-922. Retengamos el nombre de David Weissbrodt, miembro de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías-Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos desde 1996 a 2003.

{6} Añádase D. Weissbrodt. "Business and Human Rights", The University of Cincinnati Law Review, n.° 74, 2005, pp. 55-73 (reproducido en D. Kinley (ed.), Human Rights and Corporations, Londres, Ashgate, 2009, pp. 103-121); "International Standard-Setting on the Human Rights Responsibilities of Businesses", en Berkeley Journal of International Law, vol. 26, n.° 2, 2008, pp. 373-39[1], que es la amplia address de un número monográfico sobre el particular.

{7} www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html. Se presenta como "marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de las corporaciones y los mercados"; con este sintomático objetivo de interés empresarial en busca de legitimidad: G. Kell y J. G. Ruggie. Global markets and social legitimacy: The case of the Global Compact, en Transnational Corporations, vol. 8, n.° 3, 1999, pp. 101-120. Retengamos también el nombre de John Ruggie.

{8} D. Weissbrodt y M. Kruger. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations. Tras repasar otras iniciativas, las vistas y más, para el abordaje internacional de la responsabilidad empresarial, subrayan justamente que la procedente de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se singularizaba por ser la primera en plantearse en los términos debidos de obligatoriedad, vinculación o no voluntariedad para las empresas.

{9}. www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html

{10} J. G. Ruggie. "Business and Human Rights: The Evolving

{10} J. G. Ruggie. "Business and Human Rights: The Evolving International Agenda", American Journal of International Law, vol. 101, n.° 4, 2007, pp. 819-840. Con dicha interpretación radicalmente debilitadora de los derechos humanos bajo la ocurrencia hoy habitual de presentarlos como soft law, derecho dúctil, a fin de seguirlos tratando, ahora más disimuladamente, como no si no fueran ni pudieran ser en rigor derecho.

{11} J. G. Ruggie. "Global_governance.net: The Global Compact as Learning Network", Global Governance, n.° 7, 2001, pp. 371-378; "Reconstituting the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices", en European Journal of International Relations, vol. 10, n.° 4, 2004, pp. 499-531; The theory and practice of learning networks: Corporate social responsibility and the Global Compact, en M. McIntosh, S. Waddock y G. Kell (eds.), Learning to Talk: Corporate Citizenship and the Development of UN Global Compact, Sheffield, Greenleaf, 2004, pp. 32-42, con prólogo de Kofi Annan.

{12} www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home, con portal en español que quedó durante su mandato en blanco. Su propósito resulta paladino en el artículo citado, "Business and Human Rights".

{13} www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate

{14} clavero.derechosindigenas.org/?p=995i

{15} En el sitio de Ruggie hay página con información muy incompleta al respecto: www. business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Materialsbytopic/Groupsaffected/Indigenouspeoples

{16} Protect, Respect, Remedy se publica en dosieres con títulos de entrada tan engañosos como "poniendo en práctica los derechos": Innovations: Technology, Governance, Globalization, vol. 3, n.° 2, 2008; Realizing Rights, pp. 189-212. Para enlaces al conjunto de documentos y a selección de comentarios sobre Protect, Respect, Remedy: www.business-humanrights.org/ SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework; www.business-humanrights.

org/SpecialRepPortal/Home/Commentaries/2008. Para prontitud de acogida

org/SpecialRepPortal/Home/Commentaries/2008. Para profundidad de acogida europea, www. sweden.gov.se/content/i/c6/13/86/36/99521cd3.pdf

{17} clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/08/DDHH-y transnacionales- resolucion.pdf.

{18} Por lo general entre medios informados y conscientes hay en cambio algo de optimismo expectante con relación a los derechos versus las empresas, incluso respecto a pueblos indígenas: C. o'Faircheallaigh y S. Ali (eds.). Earth Matters: Indigenous Peoples, the Extractive Industries and Corporate Social Responsibility, Sheffield, Greenleaf, 2008; L. Rodríguez Pinero. "Las agresiones del desarrollo: pueblos indígenas, normas internacionales e industrias extractivas", Relaciones Internacionales. Disponible en www.relacionesinternacionales.info, n.° II, 2009, pp. 43-7⁸.

{19} R. Mares (ed.). The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

{20} L. Rodríguez Pinero. "El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas", en M. Berraondo, Pueblos indígenas y derechos humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-203. Disponible también en www.ibcperu.org/doc/isis/9002.pdf

{21} www.ilo.org/ilolex/spanish/convdispi.htm, Convenio 169.

{22} daccess-dds-ny.un.org/doc/uNDoc/gen/No6/512/io/PDF/No65i2io.pdf?OpenElement

{23} www.iwgia.org/publicaciones/publicaciones-por-idioma/publicaciones-en-castellano, para noticia de una serie de informes sobre pueblos aislados por América bajo la óptica que se deduce de la Declaración, la de respeto a la libre determinación y a sus territorios y recursos, por ende.

{24} C. Charters y R. Stavenhagen (eds.). El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs (iwgia),

2010; S. Allen y A. Xanthaki (eds.). Reflections on the UN Declaration on

2010, S. Allen y A. Xanthaki (eds.). Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Oxford, Hart, 2011.

{25} Para sopesarse el monto y alcance de instrumentos internacionales que comprometían a las empresas a las alturas del encargo de Annan a Ruggie que lleva a este resultado, ver R. Mares (ed.), Business and Human Rights: A Compilation of Documents, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004. En su aplicabilidad a las empresas seguiría insistiendo D. Weissbrodt. International StandardSetting, pp. 376-379. Radu Mares es de la posición contraria, además de asesor consecuente de empresas extractivas, como comprobaremos.

{26} N. Seppala. "Business and the International Human Rights Regime: A Comparison of UN Initiatives", Journal of Business Ethics, vol. 87, sup. 2, 2009, pp. 401-417, que es número monográfico sobre corporaciones multinacionales y derechos humanos; S. Jerbi. "Business and Human Rights at the un: What Might Happen Next?", Human Rights Quarterly, vol. 31, n.° 2, 2009, pp. 299-320; P. Feeney. "Empresas y derechos humanos. La lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agencia de incidencia", Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, n.° 11, 2009, pp. 177-193.

{27} R. Mares. "Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations", The George Washington International Law Review, vol. 40, n.° 4, 2009, pp. 11571217; Business and Human Rights after Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress, en The UN Guiding Principles on Business and Human Rights, ob. cit., pp. 169-192.

{28} L. Rodríguez Pinero. "La 'implementación' de la Declaración: las implicaciones del artículo 42", en N. Alvarez, J. D. oliva y N. Züñiga (eds.). Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible, Madrid, Catarata, 2009, con mi comentario crítico y su réplica, disponible todo ello en clavero.derechosindigenas.org/wp-content/ uploads/2008/ io/articulo-adidpi-def.pdf

{29} F. MacKay. "The Draft World Bank Operational Policy 4.1o on Indigenous Peoples: Progress or More of the Same?", Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 22, n.° 1, 2005, pp. 65-98; C. A

International and Comparative Law, vol. 22, n.° 1, 2005, pp.65-98; G. A. Sarfaty. "The World Bank and the Internalization of Indigenous Rights Norms", Yale Law Journal, vol. 114, n.° 7, 2005, pp.1791-1818. Para las posiciones sobre los pueblos indígenas del WB-BM, go.worldbank.org/iBZABSguuo

{30} unsr.jamesanaya.org/esp/docs/docsonu/2o1o_hrc_res_15_13_sp.pdf. Para el Foro y para el Mecanismo, www.un.org/esa/socdev/unpfii/es y www.ohchr.org/SP/Issues/PIndigenas/ emrip

{31} S. J. Anaya. Los pueblos indígenas en el derecho internacional, Madrid, Trotta, 2005, trad. de L. Rodríguez Piñero y P. Gutiérrez Vega, presentación de B. Clavero, edición conforme a la segunda original actualizada de 2004. La primera es de 1996.

{32} S. B. Banerjee. "Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly", Critical Sociology, vol. 34, n.° i, 2008, pp. 51-79. En cuanto a James Anaya, ha de recordarse que, como abogado, dio un impulso decisivo al referido posicionamiento del sistema interamericano de derechos humanos en línea favorable a los pueblos indígenas: Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 19, n.° i, 2002. Rasgo también positivo era su locus fronterizo de descendencia indígena y formación académica (www.huffingtonpost.com/paul-finkelman/ parents-children-and-citi_b_687223.html).

{33} unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2oo8_hrc_annual_report_sp.pdf

{34} unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2oo9_hrc_annual_report_sp.pdf. De la cuestión no se había ocupado en Los pueblos indígenas en el derecho internacional. En la edición actualizada de 2004 ni siquiera registra referencia a las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

{35} www.icmm.com/document/293: International Council on Mining and Metals. Mining and Indigenous Peoples, 2008. También viene reiterando su aprecio de las posiciones del Banco Mundial, que apenas alcanzan unos mínimos y que igualmente desnaturalizan la Declaración, en su caso con base en la sustitución de consentimiento libre, previo e informado por

base en la sustitución de consentimiento libre, previo e informado por consulta libre, previa e informada.

{36} unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2oo9_ga_annual_report_sp.pdf

{37} clavero.derechosindigenas.org/?p=742º;clavero.derechosindigenas.org/?p=i024i, junto con la entrada ya citada clavero.derechosindigenas.org/?p=995i

{38} unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2011-hrc-annual-report-a-hrc-18-35_sp.pdf. La expresión original, literalmente traducida al castellano, parece igual de fuerte: basic normative structure (unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-hrc-annual-report-a-hrc-18-35-en.pdf).

{39} unsr.jamesanaya.org/docs/data/sja-cv-01-2011 .pdf, currículo donde se registra una conferencia impartida en la Universidad de Sevilla en 2006 con ocasión de un magno Congreso de Americanistas: Why There Should not Have to Be a Declaration on the Rights of Indigenous Peoples?, en la que me correspondieron las presentaciones y que resultó concurrida y polémica, así como su publicación: "¿Por qué no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?", en N. Alvarez, J. D. oliva y N. Züñiga (eds.), Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pp. 37-50. No es que el profesor Anaya se opusiera a la Declaración, sino que la entiende seriamente como innecesaria por que su contenido sustancial ya se tenía en el derecho internacional previo, lo que sigo pensando que era un buen argumento, aunque forzado, antes de la Declaración, no definitivamente después. No parece del todo cierto que todos los derechos que en ella se registran ya estuvieran reconocidos como derecho humano (http://hrcolumbia.org/indigenous/lecture-columbia-1-21-09.pdf) y parece que ahora la cuestión esencial es de garantías, en manos de los pueblos indígenas (autonomía, participación, consulta, consentimiento...) tanto como ajenas, pues para cada derecho la Declaración se cuida de especificar la obligación consiguiente del Estado, lo que con anterioridad no existía en el derecho internacional.

{40} www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate; el mandato ya citado del Representante Especial en el que tampoco hay base para conferirle un valor normativo al Marco y los Principios

para conferirle un valor normativo al Marco y los Principios.

{41} A. Peters, L. Koechlin, T Förster y G. F. Zinkernagel (eds.), Nos-State Actors as Standard Setters, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; A. Rasche y G. Kell (eds.). The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and Challenges, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, con prólogo de Ban Kimoon.

{42} daccess-dds-ny.un.org/doc/undoc/gen/no8/338/84/PDF/No833884.pdf?OpenElement. Es el año en el que me incorporé como miembro del Foro para lo que sería solo un trienio, con la Declaración recién adoptada y con la urgencia de hacerla valer respecto a las cuestiones más graves y desreguladas. La prórroga para un segundo trienio no me fue concedida por el Consejo Económico y Social.

{43} Por ejemplo, otramerica.com/radar/anaya-proyectos-extractivos-socavan-la-libre- determinacion-de-los-pueblos-indigenas/ 624

{44} clavero.derechosindigenas.org/?p=i024i; clavero.derechosindigenas.org/?p=9094

{45} www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/ i8session/A-HRC-18-35_sp.pdf, el mismo Informe ya citado de 2011.

{46} S.-D. Bachmann, V. üliver y P. P. Miretski. Global Business and Human Rights: The UN 'Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights' - A Requiem, 2011. Disponible en ssrn.com/abstract=i958537.

{47} Weissbrodt no ha dejado de criticar el planteamiento de Ruggie como representante especial, lo que hubiera podido ayudar a Anaya, pues ahí tiene buenos argumentos jurídicos, para distanciarse de Proteger, respetar, remediar a favor de la recuperación de las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales: D. Weissbrodt. International StandardSetting, pp. 382-390. Añádase D. Bilchitz. "El Marco Ruggie: ¿una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?", Sur. Revista Internacional de Derechos

Humanos, n.8-12, 2010, pp. 209-241; "Do Corporations Have Fundamental

Humanos, n.° 12, 2010, pp. 209-241; "Do Corporations Have Fundamental Rights Obligations?", Theoria. Journal of Social and Political Theory, n.° 125, 2010, pp. 1-35.

{48} D. Leipziger. The Corporate Responsibility Code Book, 2.a ed. revisada, Sheffield, Greenleaf, 2010, concluyendo con An emerging consensus.

{49} unsr.jamesanaya.org/esp/list/informes-de-paises, para sus informes sobre visitas a países. El mismo sitio sirve a la comunicación: unsr.jamesanaya.org/esp/comm/procedimiento-de- comunicaciones.

{50} unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-ga-annual-report-sp.pdf

{51} S. J. Anaya. "The Rights of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era", en C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), Making the Declaration Work, pp. 184-198 (está citada la traducción al castellano, El desafío de la Declaración), reitera el argumento que la caracteriza, el de que la Declaración no tiene un alcance sustantivo por razón de que su contenido de derechos ya se encuentra en el derecho internacional anterior. Ambas versiones están disponibles en www.iwgia.org

{52} clavero.derechosindigenas.org/?p=879i; la versión íntegra está impresa en B. Clavero. ¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena, Copenhague, iwgia, 2011, pp. 250-262. Está en Informe sobre Colombia (unsr.jamesanaya.org/esp/docs/countries/2o1o_ report_colombia_sp.pdf); hay alusión a que podía estar cometiéndose genocidio, a lo que no ha dado seguimiento. Mi tratamiento de este caso figura en la versión impresa en dicho volumen, no en la publicada por las Naciones Unidas.

{53} D. Weissbrodt y M. Kruger. "Human Rights Responsibilities of Business as Non-State Actors", en P. Alston, Non-State Actors and Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 315-349; A. Clapham. Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 76-80 y 195-270 (con ulterior información y diverso tratamiento sobre los documentos aquí vistos con anterioridad a Proteger, Respetar, Remediar); L. Segerlund. Making Corporate Social Responsibility

Respetar, Remediar); L. Segerlund. Making Corporate Social Responsibility a Global Concern: New Construction in a Globalizing World, Londres, Routledge, 2010; A. Reed, D. Reed y P. utting (eds.), Business Regulation and Non-State Actors: Whose Standards? Whose Development?, edición anunciada en Routledge, 2012.

{54} J. G. Ruggie. Business and Human Rights; D. Weissbrodt. International Standard-Setting.

{55} www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7374: Grupo de las Naciones unidas para el Desarrollo. Directrices sobre las Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2009, que se ha reeditado desatendiendo la rectificación requerida por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. La oit forma parte del Grupo para el Desarrollo y se ha mostrado activa en el intento de devaluar la Declaración.

{56} unsr.jamesanaya.org/docs/countries/2009_report_chile_sp.pdf, Apéndice I, Informe sobre consulta, a propósito de una fallida reforma constitucional en Chile, en el que, sin base normativa, reduce la garantía de consentimiento a derecho de veto para denegarlo, a lo cual se añade un énfasis en la conveniencia de una relación de partnership mediante participación en beneficios empresariales como si pudiera ser razón para el consentimiento. No hay que decir que Ruggie no toma en consideración ni siquiera la consulta.

{57} clavero.derechosindigenas.org/?p=iii42, sobre el caso actual del Perú, donde está cobrando fuerza de posición oficial sustancialmente, aunque así no se presente, el paradigma Ruggie en su versión Anaya. Para recientes introducciones a la situación peruana, M. Benavides. “Industrias extractivas, protesta indígena y consulta en la Amazonía peruana”, Anthropologica. Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 28, suplemento i, Industrias extractivas y sociedad rural, 2010, pp. 263-287; J. Aroca Medina. “El dilema de los pueblos indígenas frente a las industrias extractivas”, Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales, vol. i, n.° i, 2011, pp. 175-195; A. Chirif. Pueblos indígenas amazónicos e industrias extractivas,

Lima, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, Comisión

Lima, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-Comisión Episcopal de Acción Social (CAAAP-CEAS), 2011.

{58} Business Ethics. The Magazine of Corporate Responsibility, entrevista con John Ruggie, octubre 2011: business-ethics.com. Véase también su prólogo a un volumen de la serie propagandística United Nations Intellectual History Project: T. G. Weiss y R. Thakur. Global Governance and the UN: An Unfinished Journey, Bloomington, Indiana University Press, 2010, pp. XV-XX, insistiendo en la imagen del orden internacional como estatocéntrico o intergubernamental sin alcance directo a actores como las empresas, salvo estas respecto al acceso a litigiosidad en defensa propia y a iniciativas de compromisos voluntarios. A dicha misma serie pertenece T. Sagafi-Nejad y J. H. Dunning. The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact, Bloomington, Indiana University Press, 2008.

{59} Aunque actores de políticas y sujetos de derechos no sean lo mismo, títulos renovadores, como el citado de A. Clapham. Human Rights Obligations of Non-State Actors, siguen alimentando, por el prefijo de negación que ya es una expresión hecha, el estereotipo del Estado como sujeto por excelencia del derecho internacional, tal y como si el resto hubiera de ser siempre excepcional. La literatura sobre non-State actors, inclusive la obra de Andrew Clapham, no suele incluir a los pueblos indígenas en cuanto tales como actores internacionales que también son con logros como el del pulso durante años por la Declaración (A. Boyle y C. Chinkin. The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 48-50; A. Eide. “The Indigenous Peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), Making the Declaration Work, pp. 32-46).

{60} En la entrevista referida, John Ruggie entiende que en esa mayor parte del derecho internacional inaplicable directamente a las empresas se encuentra la de los derechos humanos, con una excepción: la de obligación estricta ante el derecho internacional de no incurrir en graves violaciones de derechos humanos por crímenes contra la humanidad, un supuesto que Ruggie no es el único en soslayar precisamente respecto a pueblos

indígenas (R. Clavero. Genocidio or Ethnocide, 1933-2007: How to Make

indígenas (B. Clavero. Genocide or Ethnocide, 1933-2007. How to Make, Unmake andRemake Law with Words, Milán, Giuffre, 2008), aparte esto de que los Estados Unidos, cuyo derecho pone Ruggie de ejemplo, no reconoce la correspondiente jurisdicción penal internacional. Por lo pronto, las compañías estadounidenses transnacionales quedan exentas.

{61} www.gobernabilidaddemocratica-PNUD.org/archivos/ponencia_indigenas_e_industrias_extractivas.pdf; por ejemplo: Caucus de Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe. Seguimiento de Recomendaciones sobre los Pueblos Indígenas y las Industrias Extractivas del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, 2011. Para el planteamiento de una Red Global de Pueblos Indígenas e Industrias Extractivas: www.escr-net.org/news/news_show.htm?doc_id=87i98i&attribLang_id=i344i

{62} Radu Mares, el autor de Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations y de Business and Human Rights after Ruggie, y editor de Business and Human Rights: A Compilation of Documents y de The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation, uno de los principales voceros de Protect, Respect, Remedy, ha sido asesor de compañías mineras operantes en el Perú en los tiempos de las políticas más agresivas contra los derechos de los pueblos indígenas, entre 2008 y 2009, y lo considera además como un dato positivo para su currículo: www.rwi.lu.se/institute/staff/cv/rmcv.pdf

{63} Véase el ejemplo de General Electric mediante su buscador www.ge.com/search/index.jsp. La entradilla de la entrevista citada con Ruggie se congratula de la buena acogida de su trabajo por empresas transnacionales significadas, comenzándose por Coca Cola y prosiguiéndose por General Electric. Tras su paso por las Naciones Unidas, John Ruggie ha sido contratado por un bufete transnacional con fuerte carga de intereses empresariales (www.foleyhoag.com). Hay casos en los que se hace difícil mantener la presunción de buena fe que se debe estrictamente a las personas individuales. Si se conoce la obra internacionalista de John Ruggie, y aparte la denominación actual de su docencia, habrá de deducirse

que, al contrario que James Anaya, no estaba especialmente cualificado

que, al contrario que James Anaya, no estaba especialmente cualificado para confiársele derechos humanos.

{64} Es justo consignar las excepciones en América Latina de las actuales constituciones del Ecuador y de Bolivia, de 2008 y 2009, conformándose con la Declaración, aunque luego son los respectivos gobiernos los que tienden a seguir operando sobre la reservas implícitas: B. Clavero. "Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano". En: R. Rojas, Pablo Mijangos, Adriana Luna (eds.), De Cádiz al siglo xxi. Doscientos años de constitucionalismo en Hispanoamérica 1812-2012, México, Taurus, 2012. Para algunos otros casos constitucionales en la región, incluso los del constitucionalismo precedente tanto del Ecuador como de Bolivia, B. Clavero. Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas, México, Siglo xxi, 2008, y los capítulos suplementarios accesibles en www.derecho.us.es/clavero/ geografia.pdf

{65} Para una operación similar en materia que también afecta neurálgicamente a derechos de los pueblos indígenas y que debiera ahora por igual afrontarse en lo que les respecta con la Declaración en la mano, B. Clavero. "Conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos, ¿bien jurídico global?". En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.° 15, 2011. Versión abreviada y sin aparato en clavero.derechosindigenas.org/ wp-content/uploads/2011/12/oMPl-TKi.pdf. Gratitud guardo a colegas que han conocido y discutido primeras versiones de ese trabajo y del actual, tan relacionados. Agradezco en especial al profesor James Anaya su lectura crítica del presente, que, con la discrepancia, me ha ayudado a perfilar más cuidadosamente posiciones, tanto la propia como las ajenas.

{1} Se parte de la idea de que hay un orden natural para todas las cosas y que con él se consigue la armonía perfecta, necesaria para la felicidad y el crecimiento de la humanidad. Ampliar en www.eumed.net/cursecon/economistas/escuelas/orden.htm

{2} Según el PNUD, el 20% de la población mundial detiene el 90% de las riquezas y 2.8oo millones de personas (es decir cerca de la mitad de la población mundial) viven con menos de 2 dólares al día. Ampliar en http://www.teamsteendpoverty.org/wp_pages/es/visages/chiffres.php

http://www.teamstoendpoverty.org/wq_pages/es/visages/chiffres.php (consultado el 13 de enero de 2011).

{3} Parafraseando el título del documental de Al Gore sobre el cambio climático y sus efectos para el planeta. Fue publicado en dvd por Paramount Home Entertainment en noviembre de 2006. Al año siguiente, Al Gore obtuvo el Premio Nobel de la Paz, que compartió con el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (ipcc, por su sigla en inglés).

{4} "La capacidad negociadora de los productores de mercancías del sur se ha debilitado tanto como en 1930...": M. Barrat. Comercio justo, comercio injusto, España, Icaria, 1998, p. 33.

{5} El Nobel de Economía, Paul Krugman, sostiene que ninguna economía está exenta de caer en crisis. Ampliar en www.rfi.fr/actues/articles/io6/article_9434.asp

{6} J. Stiglitz. "Cómo hacer que el comercio sea justo", en Cómo hacer que funcione laglobalización, Bogotá, Taurus, 2006, p. 94.

{7} J. Stiglitz y A. Charlton. "La liberalización del comercio y los costes del ajuste", en Comercio Justos para todos, Colombia, Taurus, 2007, p. 272.

{8} J. Stigitz. Ob. cit., 2006, p. 141.

{9} M. Coscione. "El comercio internacional: aportes para el cambio", en El comercio Justo. Una alianza estratégica para el desarrollo de América Latina, Madrid, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación y Los Libros de la Catarata, 2008, p. 38.

{10} Ibíd.

{11} El economista Paul Krugman plantea que la competitividad, al contrario del pensamiento que posee la mayoría de economistas de la época, trae más desventajas que ventajas. Ampliar en www.utadeo.edu.co/programas/pregrados/relacio_inter/expectativas/4/krugman.htm

{12} Ampliar en X. Montagut y E. Vivas (coords.): ¿Adónde va el

{12} Ampliar en X. Montagut y E. Vivas (coords.). ¿Adónde va el Comercio Justo? Modelos y experiencias, Barcelona, Icaria, 2006, p. 13 y ss.

{13} Ibíd., p. i7 y ss.

{14} Ibíd., p. 14.

{15} Más allá de elaborar documentos técnicos y cartillas informativas, establecieron una Oficina de Promoción y Defensa Pública en Bruselas, justamente para adelantar lobby europeo. Un análisis de sus acciones permite identificar cada una de las tácticas que identifican Keck y Sikkink en el éxito de las redes transnacionales de defensa. Ampliar en Keck y Sikkink. Activistas sin frontera, México, Siglo xxi, 2000.

{16} Por su sigla en inglés de International Federation for Alternative Trade, creada en 1989.

{17} Por su sigla en inglés de Network of European Worldshops, creada en 1994.

{18} Por su sigla en inglés de European Fair Trade Association, creada en 1990.

{19} A. Cotera Fretel. "El Comercio Justo y su aporte al desarrollo humano, inclusivo y solidario en América Latina", en Comercio Justo Sur-Sur. Problemasy potencialidades para el desarrollo del Comercio Justo en la Comunidad Andina de Naciones, Perú, Grupo Red de Economía Solidaria del Perú, 2009, p. 18. Disponible en www.gres.org.pe (consultado el 15 de junio de 2010).

{20} G. Sichar y P. Cabrera (coords.). Comercio Justo: ¿una alternativa real?, Madrid, Cideal y Setem, 2002, p. 48.

{21} Red de Redes de Economía Alternativa y Solidaria, http://economiasolidaria.org/comercio_justo (consultado el 15 de junio de 2010).

{22} De ella hacen parte: organizaciones no gubernamentales (ong)

{22} De ella hacen parte: organizaciones no gubernamentales (ong), cámaras de comercio, gremios, fundaciones, federaciones, asociaciones, corporaciones, iglesias, sociedades de fomento, consejos, clubes, cooperativas, cajas de compensación, mutuales, fondos de empleados, sindicatos, centrales obreras, partidos políticos, grupos comunitarios y en fin las organizaciones sin ánimo de lucro. Esta información se puede ampliar en L. Acotto. Las organizaciones de la sociedad civil. Un camino para la construcción de ciudadanía, Buenos Aires, Espacio Editorial, 2003.

{23} Ampliar en M. Marín. "Sociedad civil global en escenarios locales: las experiencias de México, El Salvador, Argentina y Colombia", en Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2009. Disponible en www.caei.com.ar (consultado el 15 de mayo de 2009).

{24} R. Rubio. "Los ciudadanos, ¿protagonistas de la globalización?", en G. A. Ramírez Cleves, El derecho en el contexto de la globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 254.

{25} M. Kaldor. "Cinco acepciones de la sociedad civil global", en La sociedad civil global, España, Kriterios Tusquets, 2005, p. 29.

{26} Ibíd., p. 26.

{27} Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ". más de 1 .ooo millones de seres humanos viven con menos de un dólar al día; 448 millones de niños sufren insuficiencia ponderal; 20% de la población mundial detiene el 90% de las riquezas, las mujeres ganan 25% menos que los hombres a competencias iguales; 2.8oo millones de personas, es decir, cerca de la mitad de la población mundial, viven con menos de 2 dólares al día.". Ampliar en www. teamstoendpoverty.org (consultado el 5 de mayo de 2010).

{28} J. Riechmann y F. Fernández. Redes que dan libertad. Introducción a los nuevos movimientos sociales, Barcelona, Buenos Aires y México, Paidós, 1995.

{29} F. Javaloy et al. Comportamiento colectivo y movimientos sociales, España, Prentice Hall, 2001, P. 39.

{30} "Desde 2002, en los Mc Donald's suizos se puede consumir café de

{30} "Desde 2005, en los Mc Donald's suizos se puede consumir café de Comercio Justo con el sello flo y, desde el mismo año, la multinacional de agroalimentación Karft Foods, que compra el 15% del café mundial, comercializa uno de sus cafés con el sello 'desarrollo sostenible', de la estadounidense Rainforest Alliance", en Montagut y Vivas, ob. cit., p. 21.

{31} Es un nuevo enfoque conceptual referido a las formas económicas cooperativas, autogestionarias y asociativas.

{32} Ampliar en la página de internet de la Corporación Andina de Fomento, http://pac.caf.com/ interna.asp?pg=26.

{33} Las instituciones, en el sentido planteado por Douglas North, son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Ampliar en D. North. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico, México, fce, 1995, p. 13.

{34} Una transacción en la cual no media el dinero sino que es un intercambio de un producto o servicio por otro que no se tiene o produce, pero en el que hay beneficio para las dos partes.

{35} Inició con artesanía que llevaba de Puerto Rico.

{36} Primero fue una campaña denominada "Diez mil aldeas" (Ten thousand villages), que trabajaba en dos sentidos: vendían las artesanías producidas en países en desarrollo y educaban a la comunidad sobre las condiciones de vida de los pobres del tercer mundo. Luego se convirtió en una entidad sin ánimo de lucro que poco a poco pasó a ser una red global de empresarios sociales que trabajan para empoderar a los artesanos y darles oportunidades para que ellos puedan hacer negocios en el mundo desarrollado. En 2006 no solo registraron más de 20 millones de dólares en ventas sino que comenzaron a vender sus productos por internet. En 2009 fue destacada por la revista Forbes como una de las compañías más éticas del mundo. Ampliar en www.tenthousandvillages.com/php/about.us/about.history.php.

{37} Más conocida por su siglo: unctad. Allí las resoluciones procuraban

{37} Más conocida por su sigla: unctad. Allí las resoluciones procuraban activar los mecanismos comerciales más justos.

{38} Entre 1950 y 1963 fue secretario ejecutivo de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (cepal).

{39} G. Fridell. "Comercio justo, neoliberalismo y desarrollo rural: una evaluación histórica", Iconos. Revista de Ciencias Sociales, n.° 24, Ecuador, Flacso, enero de 2006. Disponible en http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar (consultado el 12 de junio de 2009).

{40} Ampliar en Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura y Corporación Latinoamericana Misión Rural. El Comercio Justo como alternativa para el desarrollo equitativo, San José, Costa Rica, 2008. Disponible en www.iica.int (consultado el 7 de mayo de 2010).

{41} W. Watts. "La era de la conectividad", en Seis grados de separación. La ciencia de las redes en la era del acceso, Barcelona, Buenos Aires y México, Paidós, 2006, p. 50.

{42} "Una estrategia de movilización social, es una estrategia de comunicaciones que por su complejidad y multidimensionalidad muchas veces engloba otras estrategias más específicas, apuntando a potenciar la dimensión simbólica de los proyectos de desarrollo para movilizar voluntades y deseos en torno a ellos". Ampliar en unicef. "Abogacía en medios y movilización social", 2006. Disponible en www.unicef/spanish/cuadernillo6.pdf (consultado el 7 de marzo de 2009).

{43} Trabajan con asesores gubernamentales y tomadores de decisión, a quienes les dan a conocer informes, les hacen resúmenes ejecutivos y les presentan estadísticas.

{44} "Una campaña de presión es una acción para lograr pasar de una situación injusta a otra más justa. Se compone de al menos cinco elementos fundamentales: información, sensibilización, presión, acción, propuesta de alternativas". Ampliar en G. Sichar y P. Cabrera Pablo (coords.). "Las campañas de presión a favor de un comercio más justo", en Comercio Justo, ¿una alternativa real?, Madrid, Cideal y Setem, 2002, p. 97.

{45} El G-77 o Grupo de los 77 está integrado por países en vías de

{45} El G-77 o Grupo de los 77 está integrado por países en vías de desarrollo que tienen como objetivo ayudarse, sustentarse y apoyarse mutuamente en las deliberaciones de la Organización de Naciones Unidas. Ampliar en www.g77.org.

{46} S. Martínez-Orozco. "El Comercio Justo en Europa", en Comercio justo, consumo responsable, Documentos Intermón, Barcelona, 2000, p. 35.

{47} Coscione. Ob. cit., p. 30.

{48} Oxfam, en el Reino Unido (1964). sos Wereldhandel, en Holanda (1967), que luego en 1969 se transformó en Fair Trade Organisatie, entre otras organizaciones.

{49} "La diferencia entre las marcas convencionales y los sellos de Comercio Justo radica en que estos últimos han sido creados por organizaciones que tienen como objetivo el Comercio Justo y solidario y en el que garantizan una serie de condiciones de producción respetuosas con los derechos humanos, con las convenciones internacionales sobre el trabajo y con el medio ambiente". Ampliar en Martínez-Orozco. Ob. cit., p. 31.

{50} Ampliar en www.twin.org.uk/es/qui%C3%A9nes-somos

{51} Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura et al. Ob. cit.

{52} Ampliar en www.oxfam.org/es/search/node/comercio%2ojusto

{53} Fair Label Organization

{54} Puede ampliarse lo más actualizado, a la fecha de entrega final de este escrito, en www.flo- cert.net/flo-cert/fileadmin/user_upload/certification/requirements/es/Current_CC/PC_PublicComplianceCriteriaSPO_ED_5.0_es.pdf

{55} Si bien es un sello que nace en Alemania en 1993, el sello garantiza el café, el chocolate, la miel y el azúcar que con etiquetas justas circulan y se

venden en Alemania, Luxemburgo, Austria, Canadá y Japón.

venden en Alemania, Luxemburgo, Austria, Canadá y Japón.

{56} Un sello inglés que certifica el chocolate, café y té que se comercializan con justicia en Gran Bretaña y en Irlanda.

{57} Se aplica, desde 1988, en el café, el cacao, el chocolate y la miel que se comercializa con etiqueta justa en Holanda, Bélgica, Suiza, Dinamarca y Francia.

{58} Ampliar en www.flo-cert.net/flo-cert/fileadmin/user_upload/certification/requirements/es/Current_CC/PC_PublicComplianceCriteriaASMO_ED_i3_es.pdf

{59} "Como producto de la concentración de poder económico en las élites corporativas mundiales, la brecha entre ricos y pobres casi se triplicó entre 1960 y finales del siglo pasado". Sichar et al. Ob. cit., p. 46.

{60} omc. 2007 Foro público de la OMC. ¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la globalización?, Suiza, 2008, pp. 70 y ss.

{61} Comisión Europea. "Comunicación al Consejo relativa al Comercio Justo", com (1999) 619 final, Bruselas, 1999, p. 7.

{62} En países como Bangladesh, Tailandia, Nicaragua, India, Sri Lanka, entre otros.

{63} Cotera. Ob. cit., p. 20.

{64} La primera generación estuvo encaminada a las ventas informales (bazares, ferias, etc.), la segunda se centró en la creación de marcas y sellos o etiquetas.

{65} Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura et al. Ob. cit., p. 17.

{66} Coscione. Ob. cit., p. 147.

{67} Si bien Ecuador es el líder productor de banano con sello justo, también en varios países de Centroamérica y el Caribe, así como en Colombia, se está produciendo con la etiqueta y se abre su propio mercado

Colombia, se está produciendo con la etiqueta y se abre su propio mercado en Europa.

{68} La Federación integra tres conceptos fundamentales: conservación del medio ambiente, equidad económica y responsabilidad social, que están en la filosofía del comercio equitativo, sin que lleve la etiqueta como tal.

{69} En la competencia Taza de la Excelencia de 2011 no solo se lograron precios superiores de 12 dólares americanos la libra sino que uno de los productores colombianos logró vender una libra de café a 45 dólares americanos. Un récord en la historia cafetera colombiana. Ampliar información en la página electrónica de la Federación Nacional de Cafeteros. http://www. federaciondecafeteros.org

{70} "Proponen una nueva manera de distribución de la ganancia, abogan por la inclusión en el acceso a los productos y servicios de una audiencia más diversa y extendida, apuntan a paliar la pobreza y la destrucción medioambiental y, por último pero no menos importante, buscan aumentar el impacto social generando mayor productividad", en Zigla Consultores. "¿Qué son los negocios sociales?", 2010. Ampliar en http://ziglablog.com.ar/2010/03/02/%C2%BFque-son-los-negocios-sociales/ (consultado el 3 de julio de 2011).

{71} Cotera. Ob. cit., p. 32.

{72} Funciona la máxima " a cada cual según su trabajo"; una actitud muy diferente a la lógica del reparto en el comercio convencional.

{73} Montagut et al. Ob. cit., p. 65.

{74} Son iniciativas económicas con objetivo social que integran las comunidades de la base de la pirámide a la cadena de valor, cualquiera sea la estructura de la organización.

{75} Ibíd., p. 57.

{76} Barrat. Ob. cit., p. 85.

{77} Uno de los repertorios de aquel entonces, liderado por Rainforest

{77} Uno de los repertorios de aquel entonces, liderado por Rainforest Action Network, fue la extensión de una pancarta en la que podían leerse las palabras "Democracia" y "Organización de Comercio Mundial", con flechas apuntando en direcciones opuestas.

{78} El reporte de la policía de Seattle daba cuenta de 40.000 personas en la marcha que se tomó las calles de la ciudad.

{79} Coscione. Ob. Cit., p. 44.

{80} Básicamente son siete las propuestas de Oxfam: creación de una institución que intervenga y regule el mercado de materias primas; creación de un grupo de trabajo en el marco de la OMC; garantizar los acuerdos de la oit; exigir a las transnacionales más responsabilidad; acabar con la propiedad intelectual; defender la seguridad alimentaria y la biodiversidad, y excluir los servicios básicos de las negociaciones del gats. Ampliar en Coscione. Ob. cit., p. 46.

{81} Montagut y Vivas. Ob. cit., p. 68.

{82} Coscione. Ob. cit., p. 34.

{83} Censat AguaViva, en www.censat.org/contenidos/areas-de-trabajo/soberania-alimentaria.html (consultado el 30 de marzo de 2010).

{84} Oxfam Internacional. Oxfam Internacional ante la V Cumbre alc-ue: solo es posible un acuerdo justo si se reconocen las desigualdades. Disponible en www.oxfam.org (consultado el 5 de julio de 2010).

{85} Ibíd.

{86} Ampliar en La W, 2010. "Por la violación de derechos humanos podrían suspender TLC entre Colombia y la ue". Disponible en www.wradio.com.co (consultado el 3 de julio de 2011).

{87} Pueden mencionarse: la Oficina Internacional de Derechos Humanos-Acción Colombia (OIDHACO), Seattle-to-Brussels Network, Enlazando Alternativas, Grupo Sur o Vía Campesina, entre otras.

{88} Ampliar en www.eurosur.org/FETA/descrip.htm

{88} Ampliar en www.eurosur.org/EFTA/descrip.htm

{89} Si bien la apertura del país comenzó en la administración presidencial de Virgilio Barco (predecesor), en la administración nacional de César Gaviria Trujillo (1990-1994) se aumentó el ritmo de la apertura económica con un tinte neoliberal.

{90} Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura et al. Ob. cit.

{91} La Fundación de Apoyo al Desarrollo Humano, Local y Regional (constituida desde 1996) está orientada al desarrollo social y es promotora de Programas Proyectos Socio-Productivos. Es filial de la Fundación Internacional de Apoyo al Desarrollo Local y Social (fiadelso), organización española.

{92} "Opera bajo los principios de la agricultura ecológica, cuya finalidad es mejorar la eficiencia biológica y productiva como la preservación de la biodiversidad, el ciclaje de nutrientes, la optimización del uso de los recursos locales y el aprovechamiento del conocimiento tradicional, entre otros aspectos", en Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura et al. Ob. cit.

{93} Ampliar en www.carrefour.com.co/consumo_responsable/

{94} Ampliar en www.misionrural.net/info_especial/trueque/experiencia.htm

{95} Á. Montes. "Comercio con dignidad", Semana, 29 de agosto de 2007. Disponible en www.semana.com (consultado el 6 de febrero de 2009).

{96} Involucra a 25.500 familias asociadas en 120 seccionales de 16 departamentos colombianos.

{97} Cotera. Ob. cit., p. 26.

{98} L. F. Avella. "El Comercio Justo Sur-Sur en Colombia", en A. Cotera, Comercio Justo SurSur. Problemas y potencialidades para el desarrollo del

Comercio Justo en la Comunidad Andina de Naciones. Lima, Grupo Red de

Comercio Justo en la Comunidad Andina de Naciones, Lima, Grupo Red de Economía Solidaria del Perú, 2009, pp. 76-77.

{99} Ello ha sido resultado de un convenio entre la Embajada de Países Bajos, las fundaciones Fundauniban y Carbanacol, las comercializadoras internacionales Uniban y Banacol, el Servicio Nacional de Aprendizaje, Corpourabá y la Asociación de Bananeros de Urabá.

{100} Ampliar en Corporación Oro Verde en www.greengold-oroverde.org

{101} Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura et al. Ob. cit.

{102} Seminario a cargo de la docente e investigadora autora de este mismo artículo, en las promociones v, vi y vii de la especialización.

{103} M. Marín. "Dos contextos de intervención de la sociedad civil. A propósito de su participación en la toma de decisiones ambientales", Opera, n.° 9, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 241-270.

{104} "Los principales destinos de las exportaciones colombianas en enero de este año fueron Estados Unidos, Chile y Holanda, con un total de 54% de las ventas. Entre los productos exportados por Colombia destacan los aceites crudos de petróleo, carbón, oro en bruto, café, azúcar, banano y ferroníquel", Portafolio, "Exportaciones de Colombia crecieron 23,7% en enero de 2010 y alcanzaron los US$2.8i8 millones". Disponible en www.portafolio.com.co (consultado el 20 de junio de 2010).

{1} El Comercio Justo nace en Europa luego de la conferencia de las Naciones Unidas de Comercio y Desarrollo en 1964. Tras ello, se decide importar productos de países en desarrollo por medio de almacenes solidarios en Holanda, Alemania e Inglaterra.

{2} Sebrae. "Pesquisa mundial de Comércio Justo", 2007. Disponible en http://20i.2.ii4.i47/bds/BDS.nsf/oD9F6C222DEF277B8325739ioo684DDA/$File/NTooo372D6.pdf (consultado el 28 de noviembre de 2011).

{3} M. Kaldor. La sociedad civil global. Madrid, Kriterios Tusquets, 2005

{3} M. Kaldor. La sociedad civil global, Madrid, Kriterios Tusquets, 2003, p. 26.

{4} J. Keane. "C.2. Catalizadores", en La sociedad civil global y el gobierno del mundo, Barcelona, Hacer Editorial, 2008, p. 61.

{5} G. Sichar y P. Cabrera (coord.). Comercio Justo: ¿una alternativa real?, Madrid, Cideal, 2002, p. 48.

{6} X. Montagut y E. Vivas (coords.). ¿A dónde va el Comercio Justo? Modelos y experiencias, Barcelona, Icaria, 2006, p. 13.

{7} Stiglitz define globalización como: "La supresión de barreras al libre comercio y la mayor integración de las economías nacionales". J. Stiglitz. El malestar en la Globalización (traducción de Carlos Rodríguez Braun), Madrid, Taurus, 2002, p. 42.

{8} Tienen una alta renta per cápita (supera los 10.000 dólares anuales), industria potente y tecnológicamente avanzada; un alto nivel de vida, que se refleja en el desarrollo de las infraestructuras y en la cantidad y calidad de servicios sanitarios, educativos, culturales, etc.

{9} Tienen una baja renta por habitante, que normalmente no alcanza los 2.000 dólares anuales; un desarrollo industrial escaso o incipiente, basado en la mano de obra barata y en el alto consumo energético; recursos naturales destinados fundamentalmente a la exportación; una fuerte dependencia del exterior en tecnología, comercio y créditos; un reducido nivel de vida, con servicios de baja calidad e inaccesibles a una gran parte de la población; deficientes infraestructuras; un elevado índice de analfabetismo; un crecimiento demográfico muy elevado, y un bajo nivel de consumo. Además, la inestabilidad política, la corrupción y la desigualdad social son corrientes en estos Estados.

{10} J. Stiglitz. Ob. cit., p. 42.

{11} World Trade Organization, www.wto.org

{12} World Fair Trade Organization.

{13} Ibíd.

{13} Ibíd.

{14} Fairtraide International, www.fairtrade.net

{15} a) el precio, b) el pago por adelantado, c) el valor local añadido, d) la información, e) la producción sostenible y f) la erradicación de prácticas de soborno y corrupción. M. Barrat. Comercio Justo, comercio injusto, Barcelona, Icaria, 1998.

{16} B. Arditi y C. Chávez. Del comercio libre al Comercio Justo. Las iniciativas de los nuevos defensores de la equidad en las relaciones norte-sur, Madrid, Sistema 195, 2006, pp. 53-82.

{17} Unión Europea. 2008. "Comunicación de la Comisión al Consejo, de 29 de noviembre de 1999, relativa al "Comercio Justo". Disponible en http://europa.eu (consultado el 14 de septiembre de 2011).

{18} "El Comercio Justo dentro de la Unión Europea". Disponible en http://eur-lex.europa.eu (consultado el 6 de noviembre de 2011).

{19} África, Caribe y Pacífico.

{20} El objetivo del Comercio Justo es garantizar que los productores reciban un precio que traduzca una rentabilidad adecuada de su aportación de destrezas, trabajo y recursos, así como un porcentaje del beneficio total proporcional a su aportación. Normalmente ello se logra mediante un acuerdo entre los participantes para abonar un precio justo negociado en cada caso concreto. En las situaciones en que el precio de los bienes se acuerda a escala internacional (como el café y el cacao) se fija un precio mínimo que permita que los productores obtengan de su producción una rentabilidad superior al precio mundial, lo que les permite aplicar mejores sistemas de producción y condiciones de trabajo, en beneficio de los agricultores, los trabajadores y el medio ambiente. com (1999) 619.

{21} Ibíd.

{22} com (2009) 215. "Contribución al desarrollo sostenible: el papel del Comercio Justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la

sostenibilidad comercial". En http://eur-lex.europa.eu (consultado el 6 de

sostenibilidad comercial". En http://eur-lex. europa.eu (consultado el 6 de noviembre de 2011).

{23} Fairtrade Africa, www.fairtradeafrica.net

{24} Organización Internacional del Café, www.ico.org

{25} Ibíd.

{26} Ibíd.

{27} Ibíd.

{28} Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, www.fao.org/ index_es.htm

{29} Se ha constitucionalizado en Ecuador y Bolivia.

{30} Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el coeficiente de Gini, que mide la desigualdad entre países, fue en 2011 para Bolivia 57,3, para Brasil 53,9, para Perú 48,0 y para Colombia 58,5.

{31} Stiglitz. Ob. cit., 2002, y Barrat. Ob. cit., 1998.

{32} Asociación Internacional de Comercio Justo de América Latina, en www.wfto-la.org

{33} Entrevista concedida por Lina Villa y Marcin Piersiak el 9 de agosto 2011, vía Skype.

{34} Básicamente se refiere a organizaciones de base y a organizaciones que integran a otras, empoderándolas de modo que tienen mayor capacidad de influencia.

{35} Sebrae. Pesquisa Mundial de Comércio Justo (2007), 9.2 Mercado internacional certificado pela FLO-cert, p. 103. Disponible en http://201.2.114.147/bds/BDS.nsf/0D9F6C222DEF277B8325

739ioo684DDA/$File/NTaoo372D6.pdf (consultado el 13 de octubre de

739166684DDA/$File/N1666372D6.pdf (consultado el 13 de octubre de 2011).

{36} W. Jurado. “Productos orgánicos y mercados con premio: una oportunidad de exportación para Bolivia”, Instituto Boliviano de Comercio, n.° 121, 2004.

{37} “Producciones alternativas. Bolivia promulgó ley de incentivo para la quinua”, 2011. Disponible en www.agronoa.com.ar (consultado el 4 de septiembre de 2011).

{38} Ampliar en artículo 306 de la Carta Política. Congreso Nacional. Nueva constitución política del Estado. Parte iv, Estructura y Organización Económica del Estado. Título i, Organización Económica del Estado. Capítulo i, Disposiciones Generales, 2008. Disponible en www. presidencia.gob.bo (consultado el l5 de septiembre de 2011).

{39} Anapqui. Disponible en www.anapqui.org.bo/esp (consultado el 4 de septiembre de 2011).

{40} “Productor/El Ceibo”. Disponible en www.ponlecaraalcomerciojusto.org (consultado el 4 de septiembre de 2011).

{41} fecafeb. Disponible en www.fecafeb.com (consultado el 4 de septiembre de 2011).

{42} caic. Disponible en www.caic.web.bo/#operaciones (consultado el 4 de septiembre de 2011).

{43} Iniciativas que involucran cooperativas de producción, servicios solidarios de consumo, grupos de crédito y fondos de rotación, iniciativas de circulación social, organizaciones económicas de comunidades tradicionales y otras iniciativas similares (iclei).

{44} Faces do Brasil. Disponible en www.facesdobrasil.org.br/comercio-justo-no-brasil.html (consultado el 28 de agosto de 2011).

{45} Principio I. Fortalecimiento de la democracia y autogestión, respeto a

{45} Principio 1. Fortalecimiento de la democracia y autogestión, respeto a la libertad de opinión, de organización y de la identidad cultural; Principio 2. Condiciones justas de producción, valor agregado y comercialización, proporcionando a los productores condiciones justas y dignas de trabajo y remuneración; Principio 3. Apoyo al desarrollo local sostenible, de manera comprometida con la sostenibilidad socioambiental y cultural de las comunidades; Principio 4. Respeto al medio ambiente y al desarrollo sostenible; Principio 5. Respeto a los derechos de las mujeres, la infancia, jóvenes, viejos y grupos étnicos, promoviendo equidad de género, generación y etnia; Principio 6. Información y protección de los derechos de las personas consumidoras, garantizando transparencia en las relaciones comerciales, y educación para el consumo responsable; Principio 7. Integración y articulación de todos los actores de la cadena productiva en procesos continuos de formación y educación para los principios y prácticas del Comercio Justo y solidario (Zerbini ETal. Ob. cit., 2008, p. 177).

{46} Fue conformada en 2003 con el objetivo de fomentar el diálogo y el consenso alrededor de políticas y acciones que fortalecen la economía solidaria (iclei. Ob. cit., 2006, en internet).

{47} Unión y Solidaridad de las Cooperativas y Emprendimientos de Economía Solidaria del Brasil.

{48} Unión Nacional de las Cooperativas de Agricultura Familiar y Economía Solidaria.

{49} Servicios Brasilero de Apoyo a las Micro y Pequeñas Empresas.

{50} Instituto Morro de la Cutia de Agroecología.

{51} Foro Brasilero de Economía Solidaria.

{52} Plataforma de Articulación del Comercio Justo y Solidario del Brasil.

{53} Ampliar en art. 5 del Decreto 7.358 de noviembre de 2010.

{54} Faces do Brasil. Disponible en www.facesdobrasil.org.br/comercio-justo-no-brasil.html (consultado el 28 de agosto de 2011).

{55} Visión Mundial. "Comercio Justo Brasil". 2007. Disponible en

{55} Visión Mundial. "Comércio Justo Brasil", 2007. Disponible en www.visionmundial.org (consultado el 28 de noviembre de 2011).

{56} Sebrae. "Pesquisa Mundial de Comércio Justo", 2007. Disponible en http://20i.2.H4.i47/bds/BDS.nsf/oD9F6C222DEF277B8325739ioo684DDA/$File/NTooo372D6.pdf (consultado el 28 de noviembre de 2011).

{57} GRES está conformado por 17 instituciones en total: Comisión Episcopal de Acción Social (ceas), Instituto Bartolomé de las Casas-Rímac (ibc), Centro de Formación y Retiro Monseñor Óscar Romero (cor), Misioneras del Sagrado Corazón (msc), Sociedad Misionera de San Columbano (smsc), Perú Solidarity Forum (psf), Servicios Educativos El Agustino (sea), Cuso (Canadá), Suco (Québec, Canadá), Movimiento Laico para América Latina (mlal), Movimiento de Trabajadores Cristianos (mtc), Grupo Mujer y Ajuste Estructural, Grupo Artesanal Betania, Coordinadora Nacional de Radio (cnr), Centro para una Economía Solidaria (cesol), Consejo de Desarrollo del Cooperativismo (codeco), Instituto Regional para la Educación y el Desarrollo (redes) y el Instituto de Desarrollo Urbano (cenca).

{58} GRES, "Perfil Institucional". Disponible en http://hermes.ucs.br/ccea/dece/jmrocha/Ecosolidaria/GRUPo%20RED%20DE%20EcoNoMIA%20soLIDARIA%20DEL%20PERU.pdf (consultado el 29 de noviembre de 2011).

{59} Coordinadora Nacional de Pequeños Productores de Perú. "Quienes somos", 2010. Disponible en http://coordinadoracomerciojusto.pe/about/ (consultado el 29 de noviembre de 2011).

{60} Etnia de los Andes, con gran tradición textil.

{61} Minka. Disponible en www.minkafairtrade.com (consultado el 29 de noviembre de 2011).

{62} Ibíd.

{63} Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado

{63} Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Colombia e incorporado a la normativa nacional a través de la Ley 21 de 1991.

{64} Ampliar en el artículo de Erli Margarita Marín de esta misma publicación.

{65} Autores como Friedman, entre otros.

{66} "Locomotora minera, señales de alerta", noviembre de 2010. Disponible en www.semana.com (consultado el 8 de agosto de 2011).

{67} No solo a los indígenas y afrodescendientes, también a los campesinos que habitan las zonas.

{68} Amichocó es una fundación que busca "fomentar el uso sostenible de los recursos naturales y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del Chocó Biogeográfico mediante la implementación de proyectos productivos, la comunicación y educación ambiental y el desarrollo de capacidades, articulando comunidades de base con la comunidad nacional e internacional". Ver amichocó.org (consultado el 4 de septiembre de 2011).

{69} Entrevista con Ingrid Lozada, directora ejecutiva de la fundación Amichocó, 12 de julio de 2011.

{70} Página oficial de Alianza por una Minería Responsable (arm). www.communitymining.org (consultado el 4 de septiembre de 2011).

{71} Como el Convenio 169 de la oit de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

{1} S. Castles y M. J. Miller. The Age of Migration. International Populations Movements in the Modern World, United Kingdom, The Macmillan Press, 1993.

{2} Organización de las Naciones Unidas. "United Nations' Trends in total Migrant Stock: The 2008 Revision", 2008. Banco Mundial. "Migration and

Remittances Factbook", 2011.

Remittances Factbook", 2011.

{3} J. Stiglitz. "La globalización y los retos de la inmigración", en A. Guerra y J. F. Tezanos (eds.), La inmigración y sus causas, Madrid, Sistema, 2008.

{4} J. E. Stiglitz y A. Charlton. Ob. cit., 2007. J. F. Hollifield. Trade, Migration, and Economic Development: The Risks and Rewards of Openness. Ponencia presentada en la conferencia Migration, Trade and Development, Federal Reserve Bank, Dallas, Texas. P. L. Martin. Trade and Migration: NAFTA and Agriculture, Washington D. C., Institute for International Economics, 1995.

{5} J. E. Stiglitz y A. Charlton. Comercio justo para todos, Madrid, Taurus, 2007.

{6} Consultar, por ejemplo, W. A. Cornelius, P L. Martin y J. F. Hollifield (eds.). Controlling Immigration: A Global Perspective, Stanford, Stanford University Press, 1994. P. L. Martin. Trade and Migration: NAFTA and Agriculture, Washington D. C., Institute for International Economics, 1995. De la Dehesa. Comprender la inmigración, Madrid, Alianza, 2008.

{7} Una revisión general de las teorías migratorias puede encontrarse en C. B. Brettell y J. F. Hollifield (eds.). Migration Theory. Talking Across Disciplines, Nueva York, Londres, Routledge, 2000.

{8} Estos factores los explican la Teoría Neoclásica y la Nueva Economía de la Migración. Sobre la primera, consultar W. A. Lewis. "Economic development with unlimited supplies of labour", Manchester School of Economic and Social Studies, n.° 22, 1954, pp. 139-191. J. Ranis y J. C. Fei. "A theory of economic development", American Economic Review, n.° 51, 1961, pp. 533-565. J. R. Harris y M. P. Todaro. "Migration, unemployment, and development: A two-sector analysis", American Economic Review, n.° 60, 1970, pp. 126-142. G. J. Borjas. "Economic theory and international migration", International Migration Review, n.° 23, 1989, pp. 457485. R. Cohen. The Cambridge Survey of World Migration, Cambridge, Cambridge University Press, 1995. Sobre la Teoría de la Nueva Economía de la Migración consultar O. Stark y D. E. Bloom. "The new economics of labor migration", American Economic Review, n.° 75, 1985

economics of labor migration", American Economic Review, n.° 73, 1983, pp. :73-178. J. E. Taylor. "Differential migration, networks, information and risk", en O. Stark (ed.), Migration Theory, Human Capital and Development, Greenwich, CO, jai Press, 1986, pp 147-171. D. Massey. "The social and economic origins of immigration", Annals of the American Academy of Political and Social Science, n.° 510, 1990, pp. 6-72.

{9} M. J. Piore. Birds of passage: Migrant Labor and Industrial Societies, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

{10} E. Wallerstein. The Modern World System 11: Mercantilism and the Consolidation of the European World-Economy, 1600-1750, Nueva York, Academic Press, 1980.

{11} G. De la Dehesa. Comprender la inmigración, Madrid, Alianza, 2008.

{12} En 1954 Lewis argumentó que la diferencia salarial debía ser del 30% para que sea la causa de un movimiento migratorio internacional. D. S. Massey, J. Arango, H. Graeme, A. Kouaouci, A. Pellegrino y J. E. Taylor. Worlds in Motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium, Oxford, Clarendon Press, 1998.

{13} A. Portes y J. Sensenbrenner. "Embeddedness and Immigration: Notes on the Social Determinants of Economic Action", The American Journal of Sociology, vol. 98, n.° 6, 1993, pp. 1320-1350. S. Sassen. Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization, Nueva York, Columbia University Press, 1996.

{14} J. F. Hollifield. "Trade, Migration, and Economic Development: The Risks and Rewards of Openness". Ponencia presentada en la conferencia Migration, Trade and Development, Federal Reserve Bank, Dallas, 2006.

{15} J. F. Hollifield. "Trade, Migration, and Economic Development: The Risks and Rewards of Openness". Ponencia presentada en la conferencia Migration, Trade and Development, Federal Reserve Bank, Dallas, 2006.

{16} P. Ruiz Nápoles y J. C. Moreno-Brid. "Efectos macroeconómicos de la apertura y el TLCan", en M. Gambrill (ed.), Diez años del TLCan en

México, México, unam, ciesas, Instituto de Investigaciones Económicas

México, México, unam, cisan, Instituto de Investigaciones Económicas, Facultad de Economía, 2006.

{17} Esto, en parte, se debe a que algunos insumos para los productos de exportación son importados, lo cual no propicia la creación de nuevos empleos.

{18} Banco Mundial. Datos país, 2010. Disponible en www.worldbank.org

{19} Ibíd.

{20} R. MuÑoz del Bustillo. "Nivel de desarrollo y emigración internacional", en A. Guerra y J. F. Tezanos (eds.), La inmigración y sus causas, Madrid, Sistema.

{21} Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Índice de Desarrollo Humano, 2010. oit. Key indicators of the labour market (kilm) 2009, 6a ed., Génova, ilo, 2009.

{22} En momentos de crisis la economía informal crece más rápido que la formal pues la mano de obra se abarata y los trabajadores que ven reducidos sus salarios buscan alternativas de ingreso en la economía subterránea. Se estima que dos terceras partes del ingreso obtenido en la economía informal se gastan rápidamente en la economía oficial, especialmente en bienes y servicios, lo cual produce un efecto positivo que estimula el crecimiento económico del Estado y la recaudación de impuestos indirectos. F. Schneider y E. Dominik. "Ocultándose en las sombras. El crecimiento de la economía subterránea", Temas de Economía, n.° 30, Washington, Fondo Monetario Internacional, 2002. J. Losby, J. Else, M. Kingslow, E. Edgomb, E. Malm y V. Kao. Informal Economy Literature Review, Washington, ised Consulting and Research, field and The Aspen Institute, 2002.

{23} M. Pajares. Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010. Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.

{24} Al respecto, se puede señalar que en 2005 el 72% de los mexicanos en EEUU manifestó que había emigrado por la posibilidad de encontrar

empleos con mejores salarios. W. Cornelius y J. M. Lewis (eds.), Impacts of

empleos con mejores salarios. W. Cornelius y J. M. Lewis (eds.). Impacts of Border Enforcement on Mexican Migration. The View From Sending Communities. California, Center for Comparative Immigration Studies (ucsd), 2009.

{25} El Programa Bracero fue un acuerdo bilateral entre los gobiernos de México y EEUU para la contratación de trabajadores agrícolas mexicanos por un corto tiempo, determinado contractualmente, entre 6 y 18 meses. El acuerdo se firmó por primera vez en 1942 y estuvo vigente hasta 1948. Se firmó nuevamente en 1951, con vigencia hasta 1954. El último acuerdo se firmó en 1955 y concluyó su implementación en 1964. Entre 1956 y 1959 se contrataron en promedio 400 mil trabajadores mexicanos por año. Para mayores detalles sobre el funcionamiento del Programa Bracero se sugiere consultar F. S. Alanis Enciso. El primer Programa Bracero y el gobierno de México de 1917-1918, San Luis Potosí: El Colegio de San Luis, Colección Investigadores, 1999. K. Calavita. Inside the State. The Bracero Program, Immigration and the INS. Nueva York, Londres, Routledge, 1992. F. Novelo Urdanivia. Hacia la economía política de las migraciones internacionales México-Estados Unidos, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2007. R. O. de la Garza. “Mexican Americans, Mexican Immigrants and Immigration Reform”, en N. Glazer, San Francisco, Institute for Contemporary Studies, 1985.

{26} Por ejemplo, al terminar el programa se estimó que en Alemania había 4 millones de trabajadores migrantes y en Francia se calcula que ingresaron 250 mil trabajadores migrantes en promedio.

S. Castles y M. J. Miller (1993). The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World, United Kingdom, The Macmillan Press, 1985. S. Collinson. Europe and International Migration, Londres, Royal Institute of International Affairs, Printer Publishers, :993. J. F Hollifield . Immigrants, Markets and States. The Political Economy of Postwar Europe, United Kingdom, Harvard University Press, 1992.

{27} J. Juffras. Impact of the Immigration Reform and Control Act on the Immigration andNaturalization Service, California y Washington D. F., The rand Corporation and the Urban Institute, 1991. J. Durand. Política, modelos y patrón migratorios. El trabajo y los trabajadores mexicanos en Estados Unidos. Cuadernos del Centro, San Luis Potosí, México, El

Estados Unidos. Cuadernos del Centro, San Luis Potosí, México, El Colegio de San Luis, 1998.

{28} J. Hagan y N. Rodríguez. "Resurrecting Exclusion: The Effects of 1996 U.S. Immigration Reform on Communities and Families in Texas, El Salvador, and México". En Suárez Orozco y Páez, Latinos Remaking America, Cambridge, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University and the University of California Press, 2002.

{29} Cabe destacar que, previamente a esta iniciativa, al iniciar su mandato el presidente Bush aceptó la propuesta del presidente mexicano Vicente Fox sobre la negociación de un acuerdo migratorio bilateral, que abordara las causas y consecuencias del fenómeno con una óptica de responsabilidad compartida. Sin embargo, los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 suspendieron la incipiente negociación y la administración Bush no volvió a mostrar interés en el acuerdo.

{30} La iniciativa hr 4437 incrementaba la seguridad fronteriza y la severidad de los controles migratorios. Preveía la construcción de bardas en la frontera, la verificación de estatus migratorio, sanciones más severas para traficantes y empleadores de personas sin documentos, entre otras. Asimismo, equiparó el estatus migratorio irregular con un delito, con lo cual criminalizó a estos inmigrantes.

{31} La iniciativa S 2611 contempló la creación de un visado de trabajo temporal (visas H-2C) para trabajar por tres años en Estados Unidos; el Departamento del Trabajo determinaría el límite anual de estos visados con base en el impacto que tuvieran en los índices de salario y empleo nacionales. Por otro lado, incrementaba el presupuesto de la Patrulla Fronteriza y autorizaba al Departamento de Seguridad Interna para elaborar una estrategia de seguridad fronteriza que incluyera la construcción de nuevos puertos de entrada y vigilancia, con previa autorización del Congreso. La iniciativa fortalecía las inspecciones y controles en los centros de trabajo, a la vez que contemplaba un programa de regularización que beneficiaría a 10 millones de inmigrantes.

{32} Tras la promulgación de la Ley Arizona, 22 estados comenzaron a trabajar en la elaboración de iniciativas similares a esta: Alabama, Arkansas, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Colorado, Florida, Idaho

Arkansas, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Colorado, Florida, Idaho, Indiana, Maryland, Michigan, Minnesota, Missouri, Nebraska, Nevada, New Jersey, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, Tennessee, Texas y Utah. Hasta el momento solo se ha aprobado la de Alabama. Por otra parte, en 2010 se aprobaron 37 iniciativas estatales cuyo contenido versa sobre la colaboración con las agencias federales, el proceso de detención de migrantes y las responsabilidades del personal de inmigración y de la policía estatal en materia migratoria. Los 19 estados que aprobaron estas iniciativas son: Alabama, Arizona, California, Connecticut, Florida, Georgia, Illinois, Kansas, Louisiana, Maryland, Michigan, Oklahoma, Pennsylvania, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Tennessee, Utah, Virginia y Wyoming. Más información sobre estas y otras iniciativas migratorias puede consultarse en www.ncsl.org/ issues-research/immig/ 2010-immigration-related-laws-and-resolutions-in-t.aspx

{33} Ante el recurso, la juez Bolton sentenció el 28 de julio de 2010 que la policía no goza de facultades para detener a cualquier persona por sospechar sobre la irregularidad de su estatus migratorio, pero sí está facultada para solicitar la documentación migratoria cuando se detenga a un individuo por cualquier otro motivo legal. Asimismo, reconoció la facultad de la policía para retener a una persona si cae en cualquier previsión que sea sancionada con la deportación del territorio. Cfr. United States District Court for the District of Arizona, n.° CV 10-1413-PHX- srb. Disponible en www.azd.uscourts.gov

{34} L. Santos. “Legislación de migración y modelo de convivencia”, en Temas para el Debate, n.° 43, Iniciativa Editoriales Sistemas, junio de 1998.

{35} En 1985 se adoptó, a nivel comunitario, el Acuerdo de Schengen para eliminar las fronteras interiores y constituir una sola frontera exterior para el territorio comunitario. A partir de entonces se dio a la Comisión Europea el mandato para desarrollar la Política Común de Inmigración y Asilo. En este marco, cada vez que se aprueba un instrumento comunitario como parte de esta política, los Estados miembros deben adecuar su normativa a estas. Más sobre el funcionamiento del derecho comunitario y el desarrollo de esta política comunitaria puede encontrarse en A. Mangas Martín y D. J.

Liñan Nogueras. Instituciones y Derecho de la Unión Europea, 4.a ed., Madrid, Tecnos, 2004.

{36} Cabe destacar que este punto generó gran controversia por el denominado "efecto llamada" derivado de la posibilidad de regularizar la situación administrativa. Los partidos de oposición argumentaban que esta medida podría generar un incremento en la llegada de flujos migratorios clandestinos. Al respecto, es necesario destacar que todas las reformas a la legislación migratoria española han estado seguidas de un proceso de regularización, y las cifras revelan por sí mismas que la tendencia ha sido a un incremento en la irregularidad. Por ejemplo, en el año 2000 regularizaron su estancia 45 mil inmigrantes marroquíes y en 2005 se duplicaron a 86 mil. X. Rius sant. El libro de la inmigración en España, Barcelona, Almuzara, 2007.

{37} Para agilizar el procedimiento ya no sería necesario consultar la situación nacional de empleo al contratar a un trabajador migrante; basta con atender el catálogo de puestos elaborados por el Servicio Público de Empleo. Además, se incluyó un visado de tres meses para la búsqueda de empleo en el servicio doméstico y la hostelería.

{38} Los 4.227 irregulares en los primeros 17 días de agosto superan a los de cualquier otro año. En 2001 llegaron 3.632, de los cuales 3.074 lo hacían por El Estrecho y solo 558 por Canarias. En 2003 llegaron 3.665, de los cuales 2.483 cruzaron por El Estrecho y 1.182 llegaron por Canarias. A mediados de agosto de 2006 se registró la llegada de más de 17 mil inmigrantes, superando a los 18.517 que se estimaron en total en 2001 y a los 19.176 de 2003. Cfr. X. Rius Sant. Ob. cit.

{39} Directiva 2008/ 115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial de la Unión Europea, 24 de diciembre de 2008. El texto se puede consultar en http://europa.eu

{40} Sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre. El texto se puede consultar en http://tribunalconstitucional.es

{41} En 2000 se regularizaron poco más de 28 mil marroquíes, los cuales

{41} En 2000 se regularizaron poco más de 38 mil marroquíes, los cuales se duplicaron en el proceso de 2009 y rebasaron los 75 mil. Aunque es cierto que los inmigrantes ecuatorianos han ido desplazando a los marroquíes en el número de regularizados en estos procesos, la proporción de los africanos todavía es muy importante. Además, no todos los inmigrantes irregulares participan en estos procesos y tampoco todos cumplen con los requisitos para regularizarse. Por lo tanto, estas cifras no reflejan por completo la realidad de la población inmigrante irregular en España. Cfr. Rius Sant (2007) y Pajares (2010). Ob. cit.

{42} P. Andreas. Border Games. Policing the U.S.-Mexico Divide, Ithaca, Londres, Cornell University Press, 2000.

{43} El ingreso de inmigrantes irregulares por Arizona pasó del 8% en 1992 al 50% en 2010. En buena medida esto se debe a que el Operativo Guardián se ha ido extendiendo paulatinamente hasta abarcar prácticamente la totalidad de la frontera del estado de California, punto de cruce tradicional de los migrantes. Cfr. Department of Homeland Security. "Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: January 2009", Office of Immigration Statistics, Populations Estimates, 2010.

{44} Un estudio detallado de estos operativos puede consultarse en Andreas, ob. cit., y J. Nevins. Operation Gatekeeper. The Rise of the "Illegal Allien" and the Making of the U.S.-Mexico Boundary. Nueva York, Londres: Routledge, 2002. T. J. Dunn. The Militarization of the U.S.-Mexico Border 1978-1992, Austin, The Center for Mexican American Studies, 1996.

{45} Department of Homeland Security. Ob. cit.

{46} Andreas. Ob. cit. Department of Homeland Security. "Immigration Enforcement Actions: 2009", Office of Immigration Statistics, Annual Report, 2010.

{47} Cornelius y Lewis. Ob. cit.

{48} W. Cornelius, D. Fitzgerald, P. Lewin Fischer, L. Muse Orlinoff

{48} W. Cornelius, D. Fitzgerald, P. Lewin Fischer, L. Muse-Orlinoff (eds.). Mexican Migration and the U.S. Economic Crisis. A Transnational Perspective, California, Center for Comparative Immigration Studies, ucsd, 2010.

{49} La doble valla de Melilla permite el paso de los vigilantes entre ellas para tener vista a ambos lados.

{50} Andreas. Ob. cit.

{51} Instituto Nacional de Estadística. Anuario Estadístico de Inmigración 2009 (actualizado al 16 de noviembre de 2010), 2010.

{52} Pajares. Ob. cit.

{53} Onu. Ob. cit., 2008.

{54} K. Vasileva. "Foreigners Living in the eu are Diverse and Largely Younger than the Nationals of the eu Member States", Population and Social Conditions, n.° 45, Eurostat, 2010.

{55} Pajares. Ob. cit.

{56} Banco Mundial. Ob. cit., 2010.

{57} Es importante subrayar que el 63% de ellos lo hicieron para reunirse con sus familiares. Cfr. US Census Bureau, 2000.

{58} Department of Homeland Security. Ob. cit., 2010.

{59} Banco Mundial. Ob. cit., 2010. consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Informe de pobreza multidimensional en México 2008, 2010.

{1} M. Castells. La era de la información, Fin de milenio, vol. 3, México, Siglo xxi, 2001, p. 121.

{2} Declaración de Santo Domingo: Gobernabilidad y desarrollo en la sociedad del conocimiento. (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006)

celebrada el 6 de junio de 2006).

{3} D. Vilar. “Estrategias de OGov para un desarrollo sostenido”. En: Gobierno abierto, César Calderón y Sebastián Lorenzo (eds.), Madrid, Algon, 2003, p. 203.

{4} J. A. Ibáñez Martín. “El quehacer educativo en un mundo globalizado”, Nueva Revista, n.° 113, octubre de 2007.

{5} La mayoría de estos ejemplos aparecen en la presentación “How ict can enhance Fair Trade A collaborative project between Umass Dartmouth and University Kwazulu Natal”, octubre de 2008.

{6} United Nations. E-Government Survey 2012. E-Governmentfor the People, Nueva York, 2012, p. III.

{7} Ampliar en www.jesusencinar.c0m/2009/04/la-informacion-cada-vez-es-mejor- paradojicamente-la-informacion-cada-vez-tiene-mas-ruido.html

{8} Punto 11. Declaración de Santo Domingo: Gobernabilidad y desarrollo en la sociedad del conocimiento. (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006).

{9} D. Vilar. Ob. Cit., p. 203.

{10} A. Ortiz de Zárate. “Open Government: Gobierno Abierto”. En: Open Government, ob. cit.

{11} El Estudio de Naciones Unidas sobre Gobierno electrónico se elabora desde 2003 por el Departamento de Economía y Asuntos Sociales de Naciones Unidas y está disponible en www2. unpan.org/egovkb/global_reports/ 12report.htm

{12} J. A. Ibáñez Martín. “El quehacer educativo en un mundo globalizado”, Nueva Revista, n.° 113, octubre 2007.

{13} M. Castells. Ob cit., p. 123.

{14} Vilar. Ob. cit., p. 203.

{1} J. E. Stiglitz. El malestar en la Globalización. Madrid. Taurus. 2007

{1} J. E. Stiglitz. El malestar en la Globalización, Madrid, Taurus, 2007.

{2} Fue abierto para la firma en la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro, desde el 5 de junio de 1992 hasta el 4 de junio de 1993; firmaron 168 países. El Convenio entró en vigor el 29 de diciembre de 1993, 90 días después de su ratificación por parte de 30 países. ("Historia del Convenio", n. d. Disponible en www.cbd.int/history (consultado el 13 de enero de 2011).

{3} Ampliar en M. Marín Aranguren y M. I. Gómez Lee. "El papel del lenguaje en las negociaciones del régimen internacional de acceso y distribución de beneficios de los recursos genéticos (adb). Un diálogo con Fernando Casas", Comunicando & Política, vol. 27, n.° 3, 2009.

{4} Para junio de 2012, el Protocolo de Nagoya había sido firmado por 92 países. No había sido ratificado por ningún país. La lista de los signatarios del protocolo se encuentra disponible en la página del Convenio sobre la Diversidad Biológica, www.cbd.int/ADB/nagoya-protocol/ signatories

{5} Copresidente de las negociaciones del Protocolo de Nagoya en representación del Mundo en Desarrollo (colombiano). Tim Hodges es el copresidente del Mundo Desarrollado (canadiense). Fernando Casas y Tim Hodges son ahora los copresidentes del Comité Intergubernamental para el Protocolo de Nagoya.

{6} J. Silva Herrera. "Un colombiano cocinó los avances en Nagoya. Fernando Casas encabezó con el canadiense Tim Hodges las negociaciones de la Cumbre de Diversidad Biológica (cop io) de Nagoya (Japón), que arrojó un acuerdo inédito", El Tiempo, 17 de noviembre de 2010.

{7} El CDB entiende por recursos biológicos "los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo de componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad" (CDB, art. 2).

{8} L. Glowka. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Cambridge, uicn, 1996.

{9} J. Cabrera Medaglia. "Contenidos esenciales del Protocolo de Nagoya

{9} J. Cabrera Medaglia. "Contenidos esenciales del Protocolo de Nagoya sobre acceso a recursos genéticos y distribución justa y equitativa de beneficios", Lima, 19 de mayo de 2011. Disponible en www.spda.org.pe (consultado el 7 de septiembre de 2011).

{10} Este asunto es importante para Colombia puesto que el país lideró la posición de incluir los derivados en el protocolo.

{11} N. P. Stoianoff. Accessing Biological Resources: Complying With the Convention on Biological Diversity, ia ed., Kluwer Law International, 2004, p. 227.

{12} B. de Jonge y N. Louwaars. The Diversity of Principles Underlying the concept of Benefit Sharing, Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law: Solutions for Access and Benefit Sharing, Earthscan Publications, 2004, p. 39.

{13} Ibid., p. 42.

{14} Comunidad Andina. Análisis del Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos, SG/di 620/Rev. i de 7 de mayo de 2004.

{15} V. Shiva. ¿Proteger o expoliar?: los derechos de la propiedad intelectual, Barcelona, Intermón Oxfam, 2003, p. 51.

{16} D. A. Posey y G. Dutfield. Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities (annotated edition), idrc Books, 1996, p. 102.

{17} B. de Jonge. Ob. cit., p. 39.

{18} El CDB es un acuerdo ratificado por 193 partes, solo faltan Estados Unidos, elVaticano y Andorra. La lista de las partes se puede consultar en www.cbd.int/convention/parties/list

{19} B. de Jonge. Ob. cit., p. 37.

{20} Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) del 15 de diciembre de 1993. Amplian en www.wto.org

Ampliar en www.wto.org

{21} J. Cabrera. Ob. cit.

{22} Información tomada de www.wto.org

{23} OMC y ADPIC. Antecedentes y situación actual. Disponible en www.wto.org (consultado el 12 de junio de 2012).

{24} Ampliar en www.wto.org

{25} Idem.

{26} M. I. Gómez Lee. Conocimientos tradicionales y biodiversidad en el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (TLC). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, wwf, 2010, pp. 43-44.

{27} R. Baldwin y P. Low. Multilateralizing Regionalism: Challenges for the Global Trading System. Cambridge University Press, 2009, p. 684.

{28} ICTSD. "OMC llama a más coherencia en acuerdos comerciales regionales". Disponible en: http:// ictsd.org (consultado el 22 de junio de 2011).

{29} R. Baldwin. Ob. cit., p. 684.

{30} A. Rodríguez. "El Acuerdo de los ADPIC y la Convención sobre Diversidad Biológica", en C. A. García Navia (comp.). La propiedad intelectual en los tratados comerciales, Bogotá, Fundación Agenda Colombia, 2005.

{31} A. Lago Candeira. "El éxito de una ardua y compleja negociación: el Protocolo de Nagoya", Revista Ambienta, 2010. Disponible en www.revistaambienta.es (consultado el 6 de septiembre de 2011).

{32} Ibíd.

{33} J. Cabrera. Ob. cit.

{34} C. Yoko Ling. "Mixed reactions on new access and benefit sharing

{34} C. Yoke Ling. "Mixed reactions on new access and benefit sharing treaty. Third World Network", 2003. Disponible en http://undercovercop.org (consultado el 17 de agosto de 2011).

{35} A. Lago. Ob. cit.

{1} Uno de los casos más sonados en términos de piratería marítima es la zona del Golfo de Adén, el Indico y Somalia. Ampliar en www.realinstitutoelcano.org

{*} Una versión inicial de este texto se publicó en la revista Gestión y Ambiente de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín, bajo el título de "Brevísima narración sobre los bioagrocombustibles", vol. 13, facsímil i, 2010, pp. 77-86.

{1} El arte colonial de la escuela Quiteña, donde la mayoría de los artistas eran indios y mestizos, es un ejemplo de esto. Para el adoctrinamiento religioso, los misioneros utilizaban pequeñas obras, algunas de las cuales pueden ser vistas hoy en día en los museos de arte religioso de Quito y Cuenca (Ecuador), o en el Museo de Artes y Tradiciones de Bogotá. Por otra parte, el arte también ha sido empleado para denunciar acontecimientos sociales; por ejemplo, el movimiento denominado expresionismo. Así mismo, en obras artísticas como las de Pieter Brueghel (aprox. 1450-1516), entre ellas "La Justicia", pueden verse reflejadas escenas de la vida cotidiana, que brinda a los interesados en descubrir comportamientos humanos pasados -como los acaecidos en el Medioevo- importantes herramientas de aproximación. En este caso, al sistema judicial de la Edad Media. Ver K. H. Burmeister. "'La Justicia' de 1559, de Pieter Brueghel el Viejo", Pensamiento Jurídico, n.° 24, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones (UNIJUS), 2009, pp. 19-37.

{2} P. Sieferle y B. Marquardt. La revolución industrial en Europay América Latina: interpretaciones ecohistóricas desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas de Energía y del Metabolismo Social, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009, pp. 13-25.

{3} Ibíd., pp. 131-137.

{3} Ibid., pp. 131-137.

{4} P. Sieferle. The subterranean forest. Energy systems and the industrial revolution, Cambridge, White Horse Press, 2001.

{5} G. Ortega, J. Rojas Gómez y A. Mora-Motta. "¿Es posible hablar de deuda climática? Una aproximación desde los enfoques de deuda ambiental", Revista de Cambio Climático, Reflexiones sobre una problemática global: análisis de las tendencias en el abordaje de la política climática, vol. i, Bogotá, Grupo de Trabajo Interdisciplinario en Cambio Climático, Universidad Nacional de Colombia, 2011, pp. 22-28.

{6} Según Weisman, el petróleo utilizado hoy es producto del almacenamiento, bajo la superficie, de material biológico milenario que capturó CO2 en su momento. Por lo tanto, lo que el ser humano está haciendo en la actualidad, con su manera de consumir combustibles fósiles, es poner a circular el carbono que anteriormente fue fijado y "ocultado" en los depósitos que hoy denominados pozos petroleros. Uno de los efectos del consumo de petróleo en la vida cotidiana que este autor menciona es la contaminación de los océanos por las bolsas de plástico que terminan flotando, debido al descuido, sobre las aguas. Al respecto: A. Weisman. El mundo sin nosotros, Barcelona, Debate - Random House Mondadori, 2007.

{7} T. León Sicard. "Agrobiocombustibles y ambiente: la nueva reconfiguración del campo colombiano", Revista Gestión y Ambiente, vol. 10, n.° 3, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Antioquia, 2007, pp. 53-60.

{8} Los bioagrocombustibles no son la única manera de generar combustibles biológicos. De hecho, también se ha discutido y experimentado sobre la posibilidad de hacerlo a partir de microalgas acuáticas, que no requerirían del suelo. Al respecto, puede consultarse C. A. Patino Guzmán. "Microalgas, otra opción para producir biocombustibles", UN Periódico, No, 132, 2010. Disponible en www.unperiodico.unal.edu.co. Comoquiera que este escrito se refiere solo a los primeros, no encontrará mayor alusión a otras formas biológicas de generar energía. Sin embargo, remito al lector a la Federación Nacional de Biocombustibles, cuya página es www. fedebiocombustibles.com/v2/ (consultado 28 de febrero de 2012).

{9} P. Marquardt. Historia universal del Estado. Desde la sociedad

{9} B. Marquardt. Historia universal del Estado. Desde la sociedad preestatal hasta el Estado de la sociedad industrial, Universidad Nacional y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.

{10} Sieferle denomina al intercambio material entre la sociedad y el entorno físico metabolismo social. Según este autor, este metabolismo o intercambio material, esto es, toda esfera de producción, consumo, técnica, movimiento de población, entre otros, está determinado -en última instancia- por la disponibilidad de energía. A mejor disponibilidad, mayor flujo de energía y potencia de trabajo, pero, a la vez, mayores efectos sobre el entorno. Precisamente, la Revolución Industrial acarreó un cambio cualitativo en el metabolismo social con una mayor disponibilidad energética impensable para una sociedad agraria. Esto, para Sieferle, fue el fundamento para que Europa deambulara por un "camino especial", que le permitió la generación del Estado moderno, la superación del régimen social metabólico de las sociedades agrarias, y que conllevó una revolución económica y social trascendental. Al respecto: P. Sieferle y B. Marquardt, ob. cit., y P. Sieferle. "Las instituciones estatales, la Revolución Industrial y el camino especial de Europa", Revista Pensamiento Jurídico, n.° 24, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009, pp. 219-240.

{11} B. Marquardt. Umwelt und Recht in Mitteleuropa. Von den grossen Rodungen des Hochmittelalters bis ins 21. Jahrhundert, Zurich, Schulthess Juristische Medien, 2003, pp. 61-170.

{12} Marquardt señala que en la Alta Edad Media, tras una gran mortandad de pueblos fruto -entre otras cosas- de la sobreexplotación de los recursos energéticos como las maderas, en la Europa al norte de los Alpes se generaron regulaciones relacionadas con la sostenibilidad energética, desde la óptica de los bienes comunes. Para este autor, tres esferas concomitantes establecían reglas frente al entorno y al derecho al uso, e imponían responsabilidades que impedían la libre disposición o apropiación. La primera de ellas contemplaba el deber frente a las generaciones futuras de permitirles la satisfacción de sus necesidades energéticas, principalmente relacionadas con los bosques y las praderas; la segunda imponía el derecho

de los miembros del colectivo de acceder a los mismos bienes

de los miembros del colectivo de acceder a los mismos bienes energéticamente relevantes; y la tercera establecía un procedimiento de autorización de explotación en que era necesaria la coparticipación de los señores feudales y unas especies de asambleas locales. Ibíd., pp. 68-71.

{13} En su famoso ensayo sobre la tragedia de los bienes de propiedad común, Hardin pretende justificar por qué razón, dados los peligros derivados de la sobrepoblación, es necesario controlar la natalidad humana. Uno de los argumentos que utiliza para defender su tesis se relaciona con el problema que el libre acceso de seres racionales a bienes finitos puede conllevar, pues cada uno intentaría maximizar sus intereses y terminaría acabando con el bien. Para esto, utiliza un panfleto escrito en 1833 por un sujeto llamado William Fürster Llüyd (1794-1852) -que vivió durante los albores de la Revolución Industrial-, que relata el acceso indiscriminado de pastores y sus rebaños a hierbas abiertas. Sin embargo, en la Alta Edad Media, como se indicó anteriormente, si bien existían bienes comunes, no había tal libertad de apropiación o uso. Al respecto: G. Hardin. "La tragedia de los bienes de propiedad común", en C. Crawfürd (comp.). Derecho Ambiental y justicia social, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Título original: The Tragedy of the Commons.

{14} Con la Revolución Industrial se hizo la transición de una sociedad agraria a una civilización posagraria, totalmente diferente en todo sentido. Las ideologías existentes, las creencias, el sistema energético y económico variaron, así como los modelos de organización política y estatal. Al respecto: B. Marquardt.

{15} Sobre los precios históricos del petróleo, puede verse: http://es.finance.yahoo.com/q/ hp?s=XPBRA.MC&b=ii&a=00&c=2007&e=26&d=04&f=20i0&g=m (consultado el 28 se febrero de 2012).

{16} Según Marquardt, una de las causas para la crisis ambiental que sufrió la Alta Edad Media antes de la Revolución Industrial fue el aumento de la población. Para ese autor, el sistema social que regulaba el comportamiento del ser humano con la naturaleza, en especial con los bosques madereros, dejó de funcionar ante la imposibilidad de los señoríos locales de ejercer control. De otro lado, muestra cómo la sobrepoblación implicó una crisis

control. De otro lado, muestra como la sobrepoblación implicó una crisis alimentaria. B. Marquardt. Ob. cit., 2003.

{17} Ley 693 de 2001 "por la cual se dictan normas sobre el uso de los alcoholes carburantes, se crean estímulos para su producción, su comercialización y consumo, y se dictan otras disposiciones".

{18} M. A. Acüsta et al. (2004). El gran desafío, a propósito de los alcoholes carburantes, 2.a ed., Bogotá, EdiSion. Prólogo de Alvaro Uribe Vélez.

{19} Ibíd.

{20} Consejo Nacional de Política Económica y Social (conpes) (2008). Documento CONPES 3510. Lineamientos de política para promover la producción sostenible de biocombustibles en Colombia, Departamento Nacional de Planeación (dnp), 31 de marzo de 2008. Disponible en www.dnp. gov.co/PortalWeb/coNPEs/ConpesEcon%C3%B3micos/2008/tabid/752/Default.aspx (consultado el 28 de febrero de 2012). gov.co/PortalWeb/coNPEs/ConpesEcon%C3%B3micos/2008/tabid/752/Default.aspx (consultado el 28 de febrero de 2012).

{21} M. A. Acosta et al. Ob. cit., 2009.

{22} Consejo Nacional de Política Económica y Social (conpes). Ob. cit., 2008.

{23} Según Molano, los empresarios palmeros llegaron al Bajo Atrato y, con complicidad de algunos miembros de la fuerza pública, así como en connivencia con el bloque Elmer Cárdenas de los paramilitares, tras desplazar a campesinos y afrodescendientes, así como asesinar a 120 personas, empezaron a apoderarse de territorios colectivos mediante estrategias fraudulentas, como la compraventa de predios donde el vendedor era una persona muerta, o las amenazas a los propietarios para que transfirieran el dominio de las tierras. Así mismo, relata la adjudicación de licencias de explotación ilegales para la industria maderera y minera. Al respecto, A. Molano. "El Chocó que desconocemos, el proceso penal contra empresarios palmicultores aliados con paramilitares". El Espectador, 22 de

empresarios palmicultores aliados con paramilitares", El Espectador, 23 de mayo de 2010, pp. 2-4. Igualmente, puede consultarse el auto de la Corte Constitucional, proferido el 18 de mayo de 2010.

{24} Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).

{25} H. Vêlez. "Cambio climático y agroenergía. Los espejismos de los agrocombustibles", Revista Semillas. Los agrocombustibles, una receta para un desastre ambiental y el hambre en el Sur, n.° 34/ 35, 2007, pp. 24-26.

{26} Precisamente, uno de los elementos abordados por una de las perspectivas del Comercio Justo radica en la necesidad de que los pueblos cuenten con soberanía alimentaria, lo que implica la autodeterminación relativa a qué producir y qué consumir. Asunto que debe ser transversal a una producción local y autosuficiente, que tenga en cuenta el impacto ecológico de las actividades humanas. Esto se contrapone a una visión tradicional del Comercio Justo, que puede ser considerada como la que pretende reducir, principalmente, la distancia en las transacciones, moderando el número de intermediarios para acercar a los productores y consumidores, que pagarían un precio justo por el trabajo requerido. Al respecto: E. Vivas. "La situación del Comercio Justo en el Estado español", en X. Montagut y E. Vivas (coords.). ¿Adónde va el Comercio Justo? Modelos y experiencias, Barcelona, Icaria, 2006, pp. 11-27

{27} H. Vêlez. Ob. cit.

{28} Ibíd.

{29} M. Paiva y T. Wolde-Georgis. "Brazil's 'Biofuels Diplomacy' in Africa: A Model for South- South Collaboration?" Disponible en ssrn: http://ssrn.com/abstract=i593658 (consultado el 28 de febrero de 2012).

{30} Declaración de los Derechos Humanos, artículo 23, numeral 3°: "Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social".

{31} Como se indicó con anterioridad, una visión clásica del Comercio

{31} Como se indicó con anterioridad, una visión clásica del Comercio Justo pretende reducir la distancia existente entre el productor y el consumidor, eliminando en lo posible los intermediarios que interactúan en la referida cadena. Al respecto: S. Martínez-Orozco Llórente. Comercio Justo, Consumo Responsable, Barcelona, Octaedro, 2000. Sin embargo, una de las críticas que se le formula a esa perspectiva tradicional de ver el Comercio Justo reside en que no proscribe la importación y el flujo de bienes que pueden ser producidos de manera local, con los impactos sociales y ambientales que ello conlleva, pues necesariamente requiere energía para el transporte de los mismos. E. Vivas. Ob. cit.

{32} G. Ramírez Cleves. Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2009.

{33} T. León. Ob. cit.

{34} M. R. Buitrago Guzmán. "Análisis comparado de los inicios del constitucionalismo social", en Marquardt (ed.), Constitucionalismo comparado: acercamientos metodológicos, históricos y teóricos, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009, pp. 391 a 422.

{35} Acosta et al. Ob. cit. 35 Según se informa en este libro previamente citado y en palabras del propio expresidente Álvaro UribeVélez en el prólogo, "(...) El programa de Oxigenación de las Gasolinas se pondrá en marcha gradualmente. Se inicia en septiembre de 2005 en las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla, continuará en 2006 con Cartagena, Bucaramanga, Cúcuta y Pereira". Teniendo en cuenta el mercado generado por dicha gasolina y los obstáculos que motores obsoletos pueden tener para su desarrollo, el 31 de marzo de 2009 el gobierno nacional, en cabeza del aludido expresidente, expidió el Decreto 1135 de 2009, en cuyas consideraciones se alude a la importancia de los bioagrocombustibles para la economía del país debido a la escasez de reservas de petróleo. En este sentido, se señala como apremiante para el Estado y para el interés social que se apliquen medidas tendientes a que se utilicen motores aptos para los bioagrocombustibles. El decreto se refiere entonces a los motores flex-fuel que deberán estar acondicionados para cualquier vehículo hasta de 2000

que deberán estar acondicionados para cualquier vehículo hasta de 2000 cm³, que se fabrique, ensamble, importe, distribuya y comercialice en Colombia a partir del i° de enero de 2012. Es importante enfatizar que el mencionado decreto establece un aprovisionamiento progresivo a partir del año referido y hasta 2016. Así, deberán soportar los motores una provisión del 6o% hasta llegar al ioo% de alcohol carburante.

{36} Intereclesial de Justicia y Paz. Seminario internacional "Crisis planetaria, derechos humanos y agrocombustibles. Diagnóstico, análisis y alternativas", Revista Semillas. Los agrocombustibles, una receta para un desastre ambiental y el hambre en el Sur, n.° 34/35, 2007, pp. 92- 95.

{37} Ibíd.

{38} C. A. Vargas. "Energía y medioambiente", Gestión y Ambiente, vol. io, n.° 3, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Antioquia, 2007, pp. 73-82.

{39} A. Alvarez y F. Castrillón. "Agrocombustibles: una vía para el despojo de las tierras y la inseguridad alimentaria de los campesinos del centro-oriente de Colombia", Revista Semillas, ob. cit., pp. 83-88.

{40} Ibíd.

{41} B. Marquardt. Ob. cit.

{42} Ibíd.

{43} Mesa Cuadros. "Deuda ambiental y climática: amigos o depredadores-contaminadores del ambiente", Revista Pensamiento Jurídico, n.° 25, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico- Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009, pp. 77-90.

{44} B. Marquardt. Ob. cit.

{45} A. Weisman. Ob. cit.

{46} Una de las críticas a la concepción tradicional del Comercio Justo es

{46} Una de las críticas a la concepción tradicional del Comercio Justo es que no supone una modificación de ciertas relaciones existentes entre norte y sur, que pueden describirse como neocoloniales. Lo anterior supone que los países del sur sean principalmente exportadores de materias primas que serán transformada en el norte a fin de generar valor. Por lo mismo, ese modelo de Comercio Justo -denominado aquí tradicional- no supondría un cambio a la problemática referida en este texto. Al respecto: X. Montagut y E. Vivas (coords.). Ob cit.

{47} A. Escobar. "The development or development economics: method, discourse, and interpretation in economic development theory", Draft, i984.

{48} L. M. Palacio. "Energía eólica ¿vale la pena para Colombia?", UN Periódico, n.° 132, 2010. Disponible en www.unperiodico.unal.edu.co (consultado el 28 de febrero de 2012).

{49} Sin embargo, es importante indicar que la tecnología para construir este tipo de parques eólicos es muy costosa, a pesar de que se puede amortizar con la venta de bonos en el mercado de carbono formulado en el Protocolo de Kioto. Con todo, un nuevo parque que la empresa isagen planea construir en la península de La Guajira, que iniciaría con i5 aerogeneradores, requeriría una inversión aproximada de US$60.ooo.ooo. Así mismo, existen riesgos: debido a las arenas de esa región, los veloces vientos pueden generaran tormentas que estropeen las maquinarias. Sin embargo, el potencial de La Guajira como foco generador de energía limpia es alto y una consecuencia de esto, a nivel nacional, sería la diversificación de las fuentes de la misma. Al respecto: L. M. Palacio. Ob. cit.

{50} B. Marquardt. "La cuestión ecológica de la revolución industrial y la habilidad para el futuro de la civilización industrial", Revista Pensamiento Jurídico, n.° 25, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009, pp. 29-76.

{51} La Ley 939 de 2004, "por medio de la cual se subsanan los vicios de procedimiento en que se incurrió en el trámite de la Ley 818 de 2003 y se estimula la producción y comercialización de biocombustibles de origen vegetal o animal para uso en Motores diesel y se dictan otras disposiciones", plantea como incentivos el cultivo de tardío rendimiento, la

disposiciones", plantea como incentivos el cultivo de tardío rendimiento, la exención de la renta líquida generada por el aprovechamiento de dichas plantaciones. Esta durará 10 años a partir de la vigencia de la ley o durante el mismo término desde el momento en el cual inicie la producción efectiva del cultivo. Así mismo, el artículo 8.° de esta disposición plantea la exención del iva (impuesto de ventas) a los combustibles de origen vegetal o animal para motores diésel. En el Documento CONPES 3510 de 2008, se define los lineamientos de las políticas públicas para promover la producción de bioagrocombustibles, establece como estrategias tributarias y financieras las exenciones, los estímulos para la implementación de zonas francas para proyectos agroindustriales en esta materia, la reducción hasta del 40% del impuesto a la renta para las inversiones en proyectos agroindustriales que versen sobre este tipo de combustibles, programas de crédito -como Agro Ingreso Seguro- para los cultivos que generen biomasa para la producción de alcohol carburante y biodiésel, al igual que incentivos para la construcción de infraestructura para la transformación de biomasa y fondos que amorticen el capital de riesgo en zonas donde el acceso de iniciativas privadas sea difícil. La razón para esta estrategia tributaria y de incentivos a la producción, en términos del documento, es "la dinámica del crecimiento del mercado de los biocombustibles [que] está asociada con la evolución de la demanda mundial de energía, en la cual los combustibles fósiles tienen la mayor participación (...)" y, en consecuencia, las presuntas ganancias que el país puede obtener ante el comportamiento decreciente de las reservas petroleras y el aumento del consumo energético y el uso de combustibles alternativos, si es competitivo en esta materia. Posteriormente, el documento indica que el comportamiento de la demanda depende de factores como el aumento de la población, el crecimiento económico, los desarrollos tecnológicos y la implementación de medidas frente al cambio climático. Como se observa, la idea es producir bioagrocombustibles dentro de la misma lógica de consumo y medición del éxito social. En cuanto a la competitividad, el documento deja algunas dudas. Por ejemplo, se indica que el costo de producción de etanol en Colombia es aproximadamente 92% superior que el de Brasil. En cuanto al biodiésel, se señala que el costo aproximado por barril es de US$70,5, lo que es 37% más que el costo en Malasia y un 110% más que en Indonesia. El CONPES explica esto: "debido en parte a los costos de mano de obra en Colombia, a los costos de transporte y a la subutilización de la capacidad instalada de las plantas extractoras". Refiriéndome solo a la primera causa, una estrategia frente a

extractoras". Refiriéndome solo a la primera causa, una estrategia frente a esta equivaldría a reducir el costo de la mano de obra, que puede lograrse mediante la disminución de las prerrogativas laborales, como el salario. Así mismo, la productividad para el caso del alcohol carburante es aproximadamente de 40 barriles por hectárea, mientras que para el biodiésel corresponde a 30. Por lo tanto, cuanto más barriles se quiera obtener, mayor el número de hectáreas por cultivar, lo que hace que se compita aún más con la posibilidad de siembra de alimentos o con la guarda de ecosistemas estratégicos.

{52} G. Mesa Cuadros. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2007.

{53} V. Fernández. "Nueva ley anti-inmigrante en Arizona genera temor, confusión", Nueva América Media, 2007. Disponible en http://news.newamericamedia.org (consultado el 28 de febrero de 2012).

Universidad Externado de Colombia

El libro *Comercio justo, globalización y medio ambiente* recopila artículos de diversos autores especialistas en Filosofía del Derecho, Derecho Comercial Internacional, Derecho Constitucional, Derecho de la Integración, Derecho del Medio Ambiente, Derecho Civil, Derecho Financiero y Bursátil, Derecho de los Negocios, Derecho de la Propiedad Intelectual y Derechos Humanos, así como escritos de investigadores y especialistas en Gobierno y Relaciones Internacionales, que reflexionan sobre los posibles cambios y nuevas directrices que se deben presentar en torno a la regulación del comercio internacional y la globalización económica.

La Organización Mundial del Comercio (OMC) ha venido planteando, a partir de la Declaración Ministerial de Doha en el 2001, su reformulación desde la idea de un comercio enfocado al desarrollo. Sobre esta base existen nuevas propuestas normativas dirigidas a las empresas multinacionales para reglamentar su labor como la Responsabilidad Social de la Empresa (RSC) establecida en la ONU mediante el *Global Compact* en el año 2000 o la idea de *Corporate Governance* para buscar la transparencia y la responsabilidad de los empresarios y directivas en relación con los accionistas y la sociedad. Esta reestructuración inmanente del modelo de globalización económica da lugar a la necesidad de plantear una segunda etapa de la globalización de carácter social, colaborativa, solidaria y justa, que se enfoque en resolver los problemas más acuciantes del actual modelo de mundialización en curso, como la desigualdad, la pobreza extrema, la precarie dad laboral, el deterioro ambiental, la migración ilegal y las violaciones de los derechos humanos. Esta obra analiza tales temáticas y establece fórmulas de solución desde el derecho y las políticas públicas para que se pueda resolver la "cuadratura del círculo", es decir, que la lógica del cálculo y la ganancia se pueda conciliar con una lógica de bienestar, desarrollo y equidad.