

# ¿DERECHO AL COMERCIO

*o imposición del libre mercado?*

JANET DINE\*

TRADUCCIÓN DE MOISÉS SILVA

El Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT) tuvo el objetivo original de reducir de manera progresiva las tarifas que afectan el comercio. Los propósitos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) parecen haber ido mucho más allá, al intentar introducir un

grado de desregulación que busca destruir cualquier regla que pueda ser vista como una barrera al libre comercio.

Han crecido así dos significados contrastantes del libre comercio que pueden explicar algunas de las feroces divisiones evidentes en el discurso alrededor de la globalización. Si bien

existe un acuerdo considerable acerca de los efectos benéficos del libre comercio (siempre y cuando la libertad sea recíproca y no arreglada a favor de los poderosos),<sup>1</sup> cada vez se dan más las discusiones encarnizadas acerca de la pretensión de evitar cualquier regulación, como lo evidencia la oposición a que

---

\* Es maestra y doctora en Derecho por el King's College de Londres. Es profesora del Departamento de Derecho de la Universidad de Essex, Inglaterra. En la actualidad investiga sobre la relación entre los derechos humanos y el derecho internacional del comercio.

1. **Watkins, Kevin y Penny Fowler.** *Rigged rules and double standards: globalisation and the fight against poverty*, Oxfam, Oxford, 2002.

se introduzca el Acuerdo Multilateral sobre la Inversión y la inquietud con las Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio. En este contexto, los reclamos por un derecho al comercio deben ser analizados con cuidado para determinar sus parámetros. ¿Se trata solo de que las empresas transnacionales realicen sus negocios sin someterse al control del estado?

### ¿UN DERECHO AL COMERCIO?

Ernst-Ulrich Petersmann afirma que dentro del orden legal de la Comunidad Europea (CE) existe un derecho fundamental a comerciar con terceros estados, el cual debería ser reconocido<sup>2</sup> e integrado en el funcionamiento de la OMC mediante un Contrato Global.<sup>3</sup>

Steve Peers, por su parte, aborda la cuestión de si un derecho al comercio existe dentro del orden legal de la CE y, después de una búsqueda exhaustiva de posibles fuentes, concluye que no existe ninguna evidencia para tal afirmación.<sup>4</sup> En lo que respecta a si tal derecho debería existir, Peers presenta una serie de preguntas a las que Petersmann no ofrece respuestas: “¿Debería desarrollarse un ‘derecho al comercio’ autónomo? ¿Cuál sería su relación con las reglas de la OMC? ¿Cómo se deberían reconciliar los conflictos entre el derecho al comercio y otros derechos? ¿Qué ‘derogaciones’ serían permitidas y cómo deberían ser interpretadas? ¿Qué forma legal tomaría el reconocimiento del derecho al comercio?”<sup>5</sup> Con la afirmación de que las derogaciones de cualquier derecho al comercio existirían con el propósito de proteger otros derechos humanos como el derecho al desarrollo, y que por tanto no podrían ser interpretados de una manera estrecha, Peers concluye que

El camino hacia delante de cualquier reconocimiento internacional del derecho al comercio es colocarlo firmemente en el marco de la OMC, con la condición de que las graves preocupaciones acerca de la legitimidad de esa organización y de los problemas de las derogaciones y la relación con otros derechos puedan ser abordadas a fondo. Pero si los acuerdos de la OMC incluyeran un derecho al comercio que pudiera ser obligatorio, de manera independiente de sus provisiones específicas, el resultado sería una considerable transferencia de poder a una “judicatura” internacional, con una gran incertidumbre y aún más dudas acerca de la legitimidad del Organismo de Resolución de Disputas (Dispute Settlement Body). En vez de eso, sería preferible reconocer el derecho al comercio, libremente como un principio no sujeto a judicatura, contenido en el marco de las decisiones de la OMC, con el debido reconocimiento a las “derogaciones” de ese derecho establecidas en los acuerdos de la OMC, y una consideración paralela del desarrollo de un derecho internacional de los individuos a moverse libremente.<sup>6</sup>

Peers destaca con claridad algunas de las dificultades asociadas con el establecimiento de un derecho al comercio. Por su parte, Philip Alston critica ampliamente la metodología y el análisis de Petersmann,<sup>7</sup> en tanto que Robert Howse se ocupa de la metodología y el detalle de su interpretación que este último hace de algunas decisiones de la OMC.<sup>8</sup> Este artículo se concentrará en el llamado de Petersmann a un Contrato Global, incluyendo (*inter alia*) un derecho al comercio.

Howse y Alston señalan la primacía que Petersmann daría a la propiedad y a los derechos de libre comercio y su incompatibilidad

2. Petersmann, Ernst-Ulrich. “Constitutional principles governing the EEC’s Commercial Policy”, en Maresceau, Mark (ed.), *The European Community’s commercial policy after 1992: the legal dimension*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p.21; “The EEC as a GATT member: legal conflicts between GATT law and European Community law”, en Hilf, Meinhard, Francis G. Jacobs y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *The European Community and GATT*, Kluwer, Deventer, 1986, p.23; “Time for a United Nations ‘Global Compact’ for integrating human rights into the law of worldwide organizations: lessons from european integration”, en *European Journal of International Law*, vol.13, 2002, p.621.

3. El Contrato Global (Global Compact) es una iniciativa de la ONU para promover la responsabilidad social corporativa. Bajo sus auspicios, la ONU ha elaborado “principios” a seguir por las compañías.

4. Peers, Steve. “Fundamental right or political whim? WTO law and the European Court of Justice”, en De Burca, Grainne y Joanne Scott (eds.), *The EU and the WTO: legal and constitutional aspects*, Hart, Oxford, 2001.

5. *Ibidem*, p.129.

6. *Ibid*, p.130.

7. Alston, Philip. “Resisting the merger and acquisition of human rights by trade law: a reply to Petersmann”, en *European Journal of International Law*, vol.13, 2002, pp. 815-844.

8. Howse, Robert. “Human rights in the WTO: whose rights, what humanity? Comment on Petersmann”, en *European Journal of International Law*, vol.13, 2002, pp. 651-659.

tible vinculación con la consecución de los derechos sociales.<sup>9</sup> Howse hace notar que “Petersmann sugiere que el efecto de dar a la propiedad y a los derechos contractuales el estatus de derechos fundamentales a nivel internacional sería restringir ese equilibrio democrático, imponiendo un requerimiento de necesidad cada vez que un gobierno busque limitar tales derechos”.<sup>10</sup> En el mundo ideal de Petersmann, un ciudadano podría desafiar de forma directa las políticas sociales, ambientales u otras políticas públicas, y el gobierno que las había implementado se vería requerido a mostrar que son límites necesarios a la libertad de comercio (o a los derechos de propiedad). Al grado en que las políticas públicas en cuestión resultan estar a su vez basadas en los derechos humanos (por ejemplo, los derechos sociales), se puede ver con claridad la jerarquía que Petersmann está proponiendo. Los derechos sociales y otros derechos humanos positivos pueden ser buscados por los gobiernos sólo en la medida en que puedan mostrarse como límites necesarios de las libertades de mercado. Pero, ¿por qué no al contrario? La respuesta implícita de Petersmann implica recurrir a la fe común de los ideólogos del libre comercio, de que

[...] las restricciones al comercio son rara vez un instrumento eficiente para corregir “fallas del mercado” y ofrecer “bienes públicos”. Precisamente *debido* a esta fe, las intervenciones que restringen el comercio en el mercado para satisfacer obligaciones de derechos sociales u otros derechos humanos serán probablemente vistas con gran escepticismo si uno ve las reglas de liberalización del comercio como derechos económicos: el libre comerciante puede siempre imaginar, en abstracto, un instrumento de políticas alternativo a las restricciones al comercio, que sea menos restrictivo del comercio y supuestamente más eficiente.<sup>11</sup>

Howse y Alston hacen notar la falta de definiciones disponibles en el trabajo de Petersmann, aunque el que lo hace de manera más elegante es el primero: “Es imposible estar en desacuerdo

con muchas de las proposiciones de Petersmann, presentadas al alto nivel de abstracción que caracteriza a gran parte de su texto”.<sup>12</sup> Un ejemplo en que esto sería más evidente para un abogado corporativo, es su discusión de la forma en que los derechos y las libertades de propiedad son representados como derechos individuales, en tanto que los derechos propuestos serán de más valor para los “individuos” que poseen y comercian con la mayor parte de la propiedad en el planeta: las grandes corporaciones. Si tienen o no qué hacer en el debate de los derechos humanos es lo que se discute a continuación.

## EL CAMBIO DE LOS FOROS

El método empleado por Petersmann consiste en dar primacía a los valores del libre comercio, alabar a la OMC y denigrar a otras agencias de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Este método, que parece ser un ejemplo perfecto del “cambio de foros” que describen Drahos y Braithwaite, y que es usado con frecuencia por Estados Unidos, requiere pasar

[...] una agenda de regulación de una agencia a otra [...] Los estados fuertes cambian los foros por otros que incluyan los principios más valorados por ellos para los problemas de regulación relevantes. Por ejemplo, el principio de que el conocimiento es la “herencia común de la humanidad” fue derrotado cambiando las cuestiones de propiedad intelectual de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el GATT, en donde el conocimiento fue tratado como una propiedad sujeta a los principios del comercio.<sup>13</sup>

## El contenido del “derecho” de Petersmann

El contenido del derecho promovido por Petersmann es muy difícil de identificar.<sup>14</sup> Petersmann empieza con la idea de que

9. Alston, Philip. *Op. cit.*, p.817.

10. Howse cita la página 641. La referencia está realmente en la página 645.

11. Howse, Robert. *Op. cit.*, p.655 (cursivas en el original).

12. *Ibidem*, p.651.

13. Braithwaite, John y Peter Drahos. *Global business regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.29.

14. Como dice Alston, hay una “fundamental falta de claridad”. Véase Alston, Philip. *Op. cit.*, p.814.

La falta de atención de los derechos de libertad económica y los derechos de propiedad en el pacto de la ONU sobre derechos humanos sociales y económicos refleja una tendencia antimercedo que reduce el potencial de operación del pacto como referencia para la ley de las organizaciones económicas mundiales y para una economía de mercado y una jurisprudencia basadas en derechos, por ejemplo en la práctica de resolución de disputas de la OMC.<sup>15</sup>

¿Qué dice el pacto? El artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) proveen que “Todos los pueblos tienen el derecho a la autodeterminación. En virtud de ese derecho establecen libremente su estatus político y buscan libremente su desarrollo económico, social y cultural”. El artículo 1.2 de ambos pactos provee que “Para sus propios fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional”. El artículo 3 del PIDESC provee los “derechos iguales de hombres y mujeres” a disfrutar todos los derechos del pacto. ¿Qué es lo que hace falta? Según Petersmann,

[...] la integración europea confirma el descubrimiento de las “teorías funcionales”, básicamente que la integración del mercado impulsada por los ciudadanos puede proporcionar fuertes incentivos para transformar “libertades de mercado” en “derechos fundamentales” que —si son hechos valer directamente por los productores, los inversionistas, los trabajadores y los consumidores en los tribunales, como en la Unión Europea— pueden reforzar y extender la protección de los derechos humanos básicos (por ejemplo, a la libertad, propiedad, alimentación y salud).<sup>16</sup>

La alimentación y la salud aparecen en el PIDESC,<sup>17</sup> así que los derechos “faltantes” deben ser la libertad y la propiedad. ¿Cuál es su contenido? Los dos pactos están llenos de afirmaciones de

libertad: el artículo 9 del PIDCP otorga “el derecho a la libertad y la seguridad de la persona”, y el artículo 12 la “libertad de movimiento”. Estas y otras libertades deben ser otorgadas sin discriminación.<sup>18</sup> El PIDESC otorga libertades de afiliarse a sindicatos, liberarse del hambre, participar en la vida cultural, etc.<sup>19</sup> Junto con el derecho a buscar libremente el desarrollo económico, es difícil ver lo que falta.

¿Qué quiere decir Petersmann con el derecho a la propiedad? Se ve extraño junto a un llamado a las libertades del mercado. ¿Presupone un reclamo de todas las personas a alguna propiedad?, ¿o a una equitativa o igual distribución de la propiedad? Nótese que el derecho reclamado por Petersmann es un derecho a la propiedad. Esta terminología cambia en el siguiente párrafo: “En donde la libertad y los derechos de propiedad están protegidos, los individuos empiezan a invertir, produciendo e intercambiando bienes, servicios e ingresos”.<sup>20</sup> Aquí el énfasis parece no estar en un derecho a la propiedad, lo que podría indicar una noción distributiva, sino en un derecho a proteger la propiedad, lo que parece señalar la preservación del *statu quo*, incluso si existe una distribución de la propiedad altamente desigual. ¿Cuál interpretación es la correcta? Más adelante, los derechos de propiedad y de libertad son descritos como “la libertad de contrato y transferencias de derechos de propiedad”.<sup>21</sup> Esta es otra dimensión más. ¿Qué es lo que se entiende por libertad en este contexto?, ¿dónde está el énfasis con respecto a la propiedad en las transferencias o en la aspiración a tener propiedades? Hay muchas cosas que no puede significar, por ejemplo, libertad de hacer un contrato con un asesino a sueldo o de comprar y vender bombas atómicas o personas. Todos los derechos de propiedad están sujetos a restricciones. El llamado a la libertad significa poco aquí. Como hace notar Howse, “un momento de reflexión sobre fenómenos como los diamantes del conflicto y el turismo sexual basta para recordarnos que los mercados y el comercio están mezclados con algunos de los más horribles abusos a los derechos humanos, y en una escala masiva”.<sup>22</sup>

15. Petersmann, Ernst-Ulrich. “Time for a United Nations ‘Global Compact’..”, *op. cit.*, pp. 628-629.

16. *Ibidem*, p.629.

17. Artículos 11 y 12.

18. Artículo 26.

19. Artículos 8, 11 y 15.

20. Petersmann, Ernst-Ulrich. “Time for a United Nations ‘Global Compact’..”, *op. cit.*, p.629.

21. *Ibidem*, p.630.

22. Howse, Robert. *Op. cit.*, p.651.

Petersmann argumenta que “el ‘imperativo categórico’ moral de maximizar la autonomía personal y la igualdad de libertades a través de las fronteras<sup>23</sup> corresponde con el objetivo económico de maximizar el bienestar de los consumidores mediante mercados abiertos y una competencia no discriminatoria”.<sup>24</sup> Pero, ¿corresponde, en efecto? Muchos han mostrado que, como la distribución de las ventajas es geográfica e históricamente desigual, y aún más desequilibrada como un legado de la dominación colonial y de varias formas de discriminación, los mercados abiertos tienden a aumentar la división entre los más ricos y los más pobres. Lo que Kant aborrecía era tratar a una persona como un medio hacia un fin, y esto es precisamente lo que está pasando en las zonas de procesamiento de exportaciones, donde las mujeres producen ropa para consumidores ricos bajo sueldos de subsistencia (o menos). Más aún, la autonomía personal que más será aumentada por un derecho al comercio y el énfasis en los derechos de propiedad es la de las grandes corporaciones transnacionales.

## LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS CORPORACIONES

Así, un problema adicional del análisis de Petersmann es su comprensión del derecho al comercio como un derecho humano, cuando el comercio es normalmente llevado a cabo por organismos corporativos. Hay una amplia y compleja controversia acerca de si las corporaciones deberían ser vistas como individuos y, por tanto, con la posibilidad de reclamar derechos y privilegios humanos. Desde una perspectiva económica y política se ha argumentado que tal aproximación corre el grave riesgo de disfrazar las acumulaciones de poder político y económico.<sup>25</sup> Esto es cierto tanto para una sola corporación como, aún más, para los grupos de corporaciones. Aunque las compañías son individuos “legales”, una aproximación que no

los diferencie de los seres humanos individuales distorsiona gravemente la percepción. Scott atribuye la tendencia a ver a las compañías como a los grupos de compañías como individuos al análisis económico clásico:

El análisis económico estaba fundamentado en el papel del emprendedor individual en la organización de la producción. Los economistas clásicos suponían que los “emprendedores” encabezaban firmas que eran su posesión personal, y no veían ninguna razón para modificar esta suposición al analizar el comportamiento de la corporación de negocios de gran escala moderna.<sup>26</sup>

La aproximación económica contractualista argumenta que “analíticamente, una compañía incorporada es, como otros tipos de firmas, en lo fundamental un nexo de contratos”.<sup>27</sup> Las dos aproximaciones ocultan el poder que tiene una organización y la suma adicional de poder que tiene un grupo de compañías, que pueden transferir fondos libremente entre compañías componentes distintas dentro del grupo, evadiendo así el control estatal al pasar de una jurisdicción a otra. Los controles legales sobre las compañías se vuelven inútiles si el dinero se ha ido y la presencia dentro de una jurisdicción se reduce a un “casarón” legal. Por supuesto, ver a las compañías de la misma manera que a los individuos y ocultar así su poder económico tiene el efecto de hacerlas menos amenazadoras y susceptibles a ser sujetas a regulaciones de control. Como quienes proponen el punto de vista del “nexo de contratos” creen que los mercados deberían ser regulados sólo en unos cuantos casos en los que hay una “falla del mercado”, esta invisibilidad del poder es un útil efecto colateral.

Desde una perspectiva de los derechos humanos, el concepto fundacional de los derechos parecería prevenir su extensión a las corporaciones, ya que “los derechos humanos son reconocidos para todos sobre la base de la dignidad humana inherente a todas las personas”.<sup>28</sup> Más aún, Peters-

23. Petersmann cita a Kant en su apoyo.

24. Petersmann, Ernst-Ulrich. “Time for a United Nations ‘Global Compact’..”, *op. cit.*, p.630.

25. Bottomley, S. “Taking corporations seriously: some considerations for corporate regulation”, en *Federal Law Review*, vol.19, 1990, p.203; Sullivan, Daniel y Donald Conlon. “Crisis and transition in corporate governance paradigms: the role of the chancery court of Delaware”, en *Law and Society Review*, vol.31, núm.4, 1997, p.713; Kortan, David. *When corporations rule the world*, Kumarian Press, Connecticut, 1995; Campbell, David. “Why regulate the modern corporation? The failure of market failure”, en McCahery, Joseph, Sol Picciotto y Colin Scott (eds.), *Corporate control and accountability*, Clarendon Press, Oxford, 1993; Dine, Janet. *The governance of corporate groups*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

26. Scott, John. “Corporate groups and network structure”, en McCahery, Joseph, Sol Picciotto y Colin Scott (eds.), *op. cit.*, p.292.

27. Cheffins, Brian. *Company law: theory, structure and operation*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p.41.

28. Alston, Philip. *Op. cit.*, p.814.

mann considera que “el núcleo de derechos humanos consiste en ‘derechos de nacimiento’ inalienables que se derivan de la dignidad inherente y las necesidades básicas de todo ser humano, como son reconocidas universalmente hoy en día por numerosos tratados de derechos humanos”.<sup>29</sup>

El estatus de las empresas transnacionales y sus derechos y responsabilidades bajo el derecho internacional son objeto de considerable preocupación. La estructura del derecho internacional depende de las naciones-estado como participantes clave. De hecho, se pensaba que eran los únicos sujetos. “Ya que el derecho de las naciones se basa en el consentimiento común de los estados individuales, y no de seres humanos individuales, los estados solamente y únicamente son sujetos del derecho internacional”,<sup>30</sup> pero ya no son los únicos participantes: “Las organizaciones internacionales reconocidas pueden hacer acuerdos internacionales con otras organizaciones internacionales y con países individuales”.<sup>31</sup> Ahora, las corporaciones tienen acceso a tribunales internacionales como el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de Inversión,<sup>32</sup> de manera que “ningún obstáculo teórico [...] impide que las empresas comerciales participen en el derecho internacional”.<sup>33</sup> Sin embargo, está claro también que los estados siguen siendo participantes importantes. Dos factores clave son prominentes: el consentimiento y la igualdad. Oppenheim hace notar que el consentimiento es la base del derecho internacional, en tanto que la Carta de las Naciones Unidas establece que la ONU está “basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”.<sup>34</sup> Por su parte, French señala que

[...] la idea de la soberanía surgió con el ascenso de la nación-estado independiente. Conforme los países europeos empezaron a sacudirse la influencia del papado, el concepto de soberanía les proporcionó a aquellos con autoridad una justificación doble para su posición. La soberanía significaba no sólo que un estado era independiente de la influencia de otros estados (y puede decirse que, a un menor grado, de la iglesia), sino también que el gobierno como estado tenía el derecho de imponer su voluntad sobre los que residían dentro de su territorio.<sup>35</sup>

Así, la independencia e igualdad de los estados surgieron como una filosofía de igualdad de valor en reacción a los reclamos de organismos poderosos del derecho de interferir con la autonomía. Los accesorios de la soberanía en el derecho internacional incluyen que “los estados son judicialmente iguales”, y que “ningún estado o grupo de estados tienen el derecho de intervenir, de forma directa o indirecta, por cualquier razón que se trate, en los asuntos internos o externos de ningún otro estado”.<sup>36</sup> Un estado tiene el derecho de determinar sus propios sistemas político, social, económico y cultural. A esta cultura de igualdad, autonomía y no interferencia se le han injertado algunos atributos más siniestros, en especial el concepto de que una nación estado tiene, como justificación primordial de su existencia, el deber de proteger lo que se percibe como los intereses de sus ciudadanos, al costo que sea para los habitantes del resto del mundo.<sup>37</sup> La responsabilidad para con sus ciudadanos fue reforzada por el derecho internacional en el

29. Petersmann, Ernst-Ulrich. “Taking human dignity, poverty and empowerment of individuals more seriously: rejoinder to Alston”, en *European Journal of International Law*, vol.13, 2002, p.846.

30. Oppenheim, Lassa. *International law: a treatise*, Longmans, Londres/Nueva York, 1912, p.19.

31. International Council on Human Rights Policy. *Beyond voluntarism*, <http://www.international-council.org>. Véase también Higgins, Rosalyn. *The development of international law through the political organs of the United Nations*, OUP, Londres, 1963.

32. La Convención de Washington sobre la Resolución de Disputas de Inversión entre Estados y Nativos de Otros Estados fue adoptada por resolución de los directores ejecutivos del Banco Mundial, el 18 de marzo de 1965.

33. International Council on Human Rights Policy. *Op. cit.*, p.58. Véanse también Friedmann, Wolfgang. *Law in a changing society*, Penguin Books, Londres, 1971, p.6; Henkin, Louis. *International law: policies and values*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995; Higgins, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p.49.

34. Artículo 2.1.

35. French, D. “Reappraising sovereignty in light of global environmental concerns”, en *Legal Studies*, 2001, citando a Anand, R. *Confrontation or co-operation? International law and developing countries*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987.

36. Declaración de la Asamblea General de la ONU en 1970 sobre los Principios de Derecho Internacional concernientes a las Relaciones Amistosas y la Cooperación entre los Estados, UNGA Res 2625 (XXV) (1970) Anexo. Véase también French, D. *Op. cit.*

37. Arambulo, Kitty. *Strengthening the supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and procedural aspects*, Intersentia, Oxford, 1999, p.66; Brown, Peter. “Food as national property”, en Shue, Henry (ed.), *Food policy: the responsibility of the United States in life and death choices*, Free Press/Macmillan, Londres, 1977.

PIDCP, que declaró en 1966 que “cada estado participante en este pacto se compromete a respetar y a asegurar a todos los individuos dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto”.<sup>38</sup>

Como señala Arambulo, el procedimiento de reporte adoptado para monitorear aspectos de los derechos humanos está claramente basado en el estado, y enfocado en la manera en que este trata a sus propios ciudadanos,<sup>39</sup> una situación que puede ser satisfactoria cuando los derechos de los ciudadanos frente al estado son el foco primordial de protección. Sin embargo, es discutible que en lo que concierne a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), los peligros de la doctrina de igualdad de consentimiento presenten problemas reales. Las corporaciones poderosas, otras naciones-estado y las organizaciones financieras internacionales tienen un poder de negociación desproporcionado en relación con muchos países en desarrollo.

La anexión del derecho internacional a la primacía de las naciones-estado ha hecho extremadamente difícil construir mecanismos de rendición de cuentas que pudieran afectar a las compañías, y las desigualdades en el poder de negociación y la experiencia han llevado a que se “consienta” con políticas y tratados que tienen un efecto perjudicial sobre el ejercicio de los DESC de los individuos, como el derecho a la alimentación.<sup>40</sup> Hunt señala la distinción entre la igualdad formal y la estructural.<sup>41</sup> El Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) les han impuesto a muchos países en desarrollo “reformas” a cambio de préstamos.

## ¿DERECHO AL COMERCIO O IMPOSICIÓN DEL LIBRE COMERCIO?

La deuda externa de los países en desarrollo se incrementó en gran magnitud a raíz de los aumentos en los precios del petróleo

impuestos por la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) a mediados de los años setenta. De 1970 a 1980, la deuda externa a largo plazo de los países con bajos ingresos se incrementó de 21 mil millones a 110 mil millones de dólares, y la de los países de ingresos medios aumentó de 40 mil millones a 317 mil millones de dólares.<sup>42</sup> Ante la morosidad inevitable de estos préstamos, el FMI y el BM impusieron paquetes de ajuste estructural para asegurar los pagos.

Cada paquete de ajuste estructural requería extensas reformas de las políticas económicas destinadas a canalizar una mayor parte de los recursos y la actividad productiva de los países ajustados hacia el pago de la deuda, y a abrir aún más las economías nacionales a la economía global. Las restricciones y las tarifas a las importaciones y las exportaciones se redujeron, y se proporcionaron incentivos para atraer a los inversionistas extranjeros.<sup>43</sup>

Cahn argumenta que el BM es una institución de “governanza”, y que está ejerciendo su poder

[...] mediante su peso financiero para legislar regímenes enteros e incluso [alterar] la estructura constitucional de las naciones endeudadas. Los consultores aprobados por el banco frecuentemente rescriben las políticas de comercio de un país, las políticas fiscales, los requisitos para los servidores públicos, las leyes laborales, la organización de la atención a la salud, las regulaciones ambientales, las políticas energéticas, los requisitos para nuevos asentamientos, las reglas de abastecimiento de las empresas y la política presupuestaria.<sup>44</sup>

Está bien documentado que las consecuentes austeridades causan reducciones en todos los programas sociales, en especial en los de salud, así como una movilización de la población de las áreas rurales a las ciudades, los efectos de círculo vicioso de la mala salud y la carencia de alimentación adecuada y educación,

38. Artículo 2 (cursivas añadidas).

39. Arambulo, Kitty. *Op. cit.*, pp. 36-37; Primer Comentario General del Comité de la ONU para Derechos Económicos, Sociales y Culturales, UN Doc E/1989/22.

40. Este trabajo no intenta entrar en el debate derechos individuales-derechos colectivos-justiciabilidad, tomando en vez de eso la posición de que es difícil disputar el concepto de que el derecho de un individuo a una alimentación adecuada es un derecho básico sin el cual otros derechos no pueden ser ejercidos, y por tanto requiere satisfacción inmediata. Véanse Shue, Henry. *Basic rights*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p.18; Arambulo, Kitty. *Op. cit.*, p.114.

41. Hunt, Paul. *Reclaiming social rights*, Dartmouth, Aldershot, 1996.

42. Tablas de la deuda mundial 1992-1993: financiamiento externo para los países en desarrollo, Banco Mundial, Washington DC, 1992, p.212.

43. Korten, David. *Op. cit.*, p.184.

44. Cahn, Jonathan. “Challenging the new imperial authority: the World Bank and the democratization of development”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol.6, 1993, p.160.

y una consecuente disposición de la población a trabajar en cualquier tarea, sin importar qué tan mal pagada y regulada sea.<sup>45</sup> Es cierto que las políticas de ajuste estructural impuestas por las instituciones acreedoras tienen ahora una cara “más suave”, ya que cada uno de los países menos desarrollados tiene que preparar un plan de estrategia de reducción de la pobreza como una condición para el incremento o la continuación del financiamiento, o para solicitar el perdón o la reprogramación de la deuda. Sin embargo, aunque estos planes son a menudo preparados y considerados, sigue haciéndose un énfasis en las soluciones de libre comercio, incluyendo los mercados abiertos y la membresía en la OMC.<sup>46</sup>

En teoría, los planes de reestructuración y reducción de la pobreza son “propiedad del estado”, esto es, han sido elaborados por el estado empobrecido y contienen las soluciones propias a sus dilemas de pobreza y comercio. No cabe mucha duda que estos planes dicen lo que las organizaciones financieras internacionales y sus naciones ricas donantes desean escuchar, ya que los préstamos dependen de su aprobación. A fin de cuentas, la “liberalización” de los mercados es una condición previa de los préstamos o el alivio de la deuda, y la libertad de los mercados es un objetivo perseguido a través de la operación de las áreas de comercio regionales y la OMC.

Con el consecuente declive de la realidad de la noción de soberanía, algunos académicos argumentan que es tiempo de repensar los fundamentos del derecho internacional para reflejar la realidad de dónde está ubicado el poder. Esto podría incluir la construcción de mecanismos de rendición de cuentas para controlar a las corporaciones, en los que también se incluya la imposición de responsabilidades de derechos humanos. Así, lejos de otorgarles nuevos derechos a las compañías —disfrutados de un derecho al comercio—, hay muchos llamados a con-

trolar la manera en que estas se han aprovechado de la imposición del libre comercio a los países pobres, y la manera en que se aprovechan de las reglas que predominan en la OMC.

### ¿Pueden ser controladas las compañías?

A partir de los limitados casos en que la “participación” de las compañías en la arena internacional ya existe, y el otorgamiento de ciertos derechos a estas por la Convención Europea sobre Derechos Humanos,<sup>47</sup> el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos concluye que, aunque es un comienzo, “se puede ver una evolución consciente y gradual del derecho internacional hacia normas claras y obligatorias que son directamente aplicables a las compañías”.<sup>48</sup> Uno puede preguntar si esta evaluación no subestima el poder de las compañías para resistirse a cualquier cambio como ese.

Desde la perspectiva de la expansión gradual del otorgamiento de personalidad legal internacional, Nicola Jagers llega a una conclusión similar a la del Consejo Internacional.<sup>49</sup> Concluye que —citando a la Corte Internacional de Justicia en el caso *Compensaciones por daños sufridos en el servicio a las Naciones Unidas*,<sup>50</sup> al efecto de que “los sujetos de derecho en cualquier sistema legal no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en el alcance de sus derechos, y la naturaleza depende de las necesidades de la comunidad”—,<sup>51</sup> aunque ha habido un énfasis en los derechos de las compañías en el derecho internacional (por ejemplo, a ser compensadas por expropiaciones), se le ha puesto muy poca atención al control sobre las compañías transnacionales, y la comunidad internacional necesita ahora que esto ocurra.

### ¿Pueden reclamar derechos las compañías?

Lejos de controlar a las compañías, es probable que un derecho

45. Korten, David. *Op. cit.*; Wilder, L. “Local futures: from denunciation to revalorization of the indigenous other”, en Teubner, Gunther (ed.), *Global law without a state*, Dartmouth, Aldershot, 1996; Heerings, Hans y Ineke Zeldenrust. *Elusive saviours*, International Books, Utrecht, 1995.

46. Consultar [www.bancomundial.org](http://www.bancomundial.org)

47. Por ejemplo, protección bajo el artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (libertad de expresión): “Autronic AG vs Suiza”, *European Human Rights Reports*, vol.12, 1990, p.485.

48. *International Council on Human Rights Policy. Op. cit.*

49. Jagers, N. “The legal status of multinational corporations under international law”, en Addo, Michael (ed.), *Human rights standards and the responsibility of transnational corporations*, Kluwer, Amsterdam, 1999.

50. Reporte de la Corte Internacional de Justicia, 1949, p.174.

51. *Ibidem*, aunque más adelante en su artículo ella sigue a Higgins en rechazar la personalidad internacional y a los sujetos y objetos del derecho internacional como “una prisión intelectual”, Higgins, Rosalyn. *Op. cit.*, pp. 49-50.



al comercio les permitirá imponer un derecho al libre comercio o influenciar a los gobiernos a ejercer su poder en beneficio de las compañías. Aquí se discute la primera posibilidad. Las cuestiones principales son si las corporaciones pueden reclamar derechos del todo, y si pueden reclamar derechos, pero con un alcance más limitado, que los de los individuos.

Hasta 1993, el PIDCP negaba que los organismos corporativos pudieran afirmar ser víctimas de violaciones de cualquier derecho incluido en el pacto con el propósito de fundamentar un derecho de petición individual bajo el Protocolo Opcional. En 1993 se aceptó que las corporaciones pueden tener derechos bajo el artículo 19 del pacto, que se ocupa de la libertad de expresión. Como Feldman hace notar:

[...] los organismos corporativos tienen un reclamo más restringido que las personas naturales a muchos derechos, porque sus reclamos no se pueden fundamentar de forma directa sobre las necesidades y aspiraciones fundamentalmente humanas que están en la base de numerosos derechos en muchos escenarios [...] Por otra parte, las corporaciones, aunque son entidades artificiales y no humanas, son creadas para servir a los propósitos de seres humanos, que forman su personal [...] Si la corporación es la acusada y sufre una gran multa o, en procesos civiles, una enorme demanda por daños (como los cinco mil millones de dólares otorgados en septiembre de 1994 a diez mil demandantes por un jurado en Alaska con respecto a la responsabilidad por el derrame de petróleo del Exxon Valdez), podría afectar la viabilidad de la corporación, poniendo en riesgo los ascensos en el salario de los empleados y la inversión y dividendos de los accionistas. El velo corporativo no nos debería llevar a ignorar el efecto de las responsabilidades corporativas sobre personas reales, al considerar si las corporaciones deben ser tratadas como que tienen derechos procesales al enfrentarse legalmente a esas responsabilidades.<sup>52</sup>

Desde la perspectiva de los derechos, entonces, se puede argumentar que una corporación debería tener derechos procesales,

ya que el daño a la corporación puede dañar a los seres humanos involucrados en ella. Desde una perspectiva más utilitaria, las corporaciones pueden tener derechos procesales para evitar una distorsión de la justicia. Ese argumento no está basado en los derechos como ha sostenido Dworkin,<sup>53</sup> ya que no se ocupa de un derecho al tratamiento igual y al respeto, sino que “tiene el potencialmente valioso efecto de reafirmar el compromiso general del estado con una toma de decisiones justa y más o menos racional”.<sup>54</sup> Sin embargo, como Feldman señala:

[...] si los derechos de proceso de las corporaciones son instrumentales, apoyados por argumentos de interés público más que por derechos morales individuales, son más fácilmente superados por consideraciones contrapuestas de interés público que los derechos de proceso de los individuos, por lo menos en aquellas áreas en las que los reclamos de derechos de las corporaciones no se sobreponen con los intereses de un litigante o potencial litigante individual.

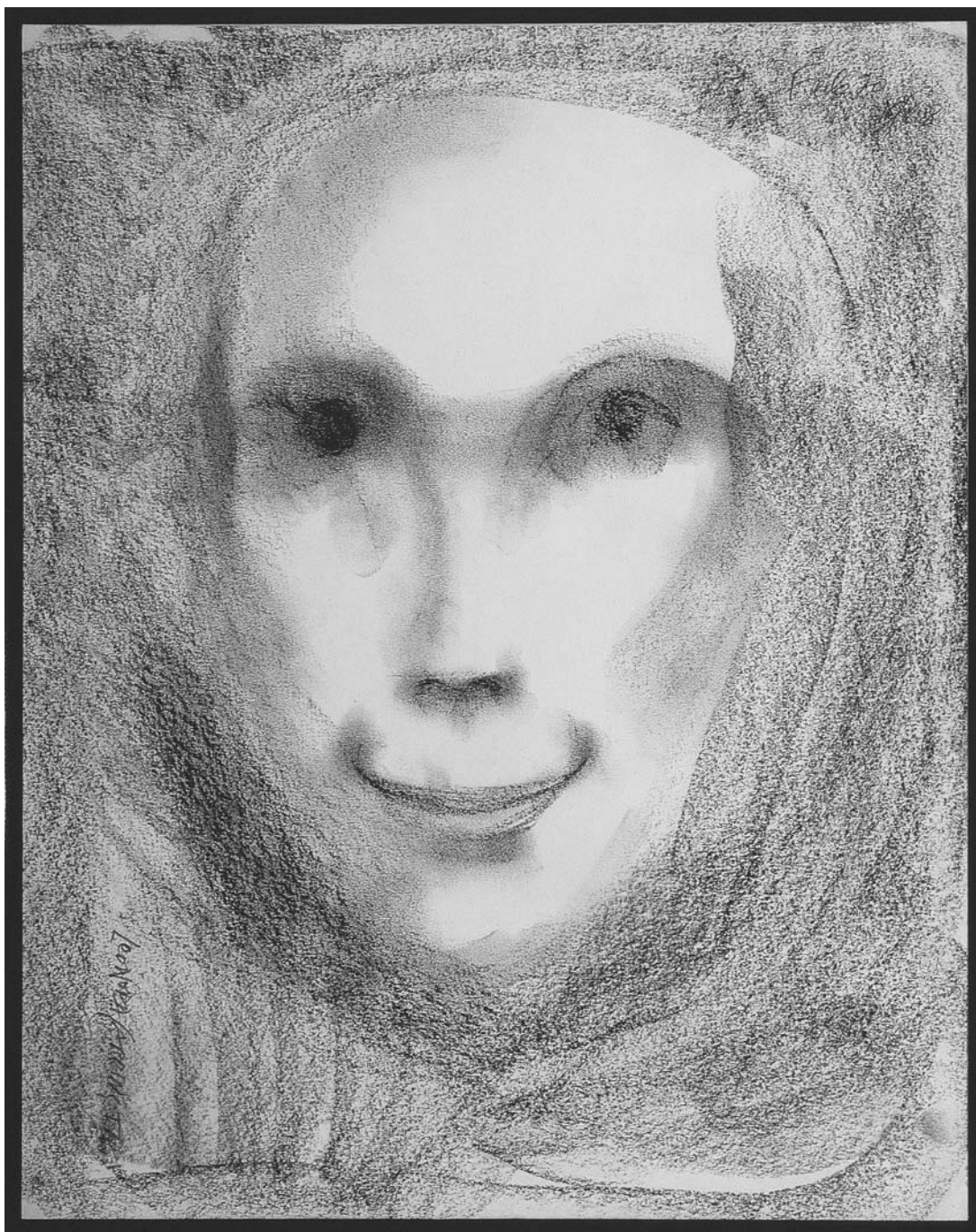
De esa manera, el derecho al comercio de Petersmann puede tener, también además de los obvios efectos de darles primacía a los valores del comercio sobre los valores sociales, una agenda oculta para extender el reclamo de las corporaciones de derechos humanos, de derechos procesales a un sustantivo derecho al comercio, una jugada que está en oposición con quienes buscan usar el marco de los derechos para controlar a las compañías. En cualquier caso, cambiar el foro de la cuestión de los derechos humanos a la OMC incrementaría de gran manera el poder de las grandes corporaciones, pues estas presionarían a los estados a usar el Mecanismo de Resolución de Disputas para enfrentarse a la legislación social, como por ejemplo las normas laborales, que afecta su derecho “humano” al comercio.

El primer obstáculo a superar en el establecimiento de un derecho al comercio, por tanto, es determinar en qué circunstancias puede ser visto como un derecho humano y el grado en que las consideraciones contrapuestas del interés público pueden desplazarlo. Las “derogaciones” a las que se refiere Peers empiezan a verse aún más amplias si se toma en cuenta este contexto corporativo. ■

52. Feldman, David. “Corporate rights and the privilege against self-incrimination”, en Feldman, David y Frank Meisel (eds.), *Corporate and commercial law: modern developments*, Lloyds of London Press, Londres, 1996, pp. 366-367.

53. Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*, Duckworth, Londres, 1977, p.272.

54. Feldman, David. *Op. cit.*, p.371.



**SIN TÍTULO.** CARBÓN SOBRE PAPEL, 41.5 x 33 cm, 1968. *Colección Eduardo Losowsky.*