

GLOBALIZACIÓN, COMPETENCIA Y GOBERNANZA: EL SURGIMIENTO DE UN ESPACIO JURÍDICO TRANSNACIONAL EN LAS AMÉRICAS

CHRISTIAN DEBLOCK, DORVAL BRUNELLE Y MICHÈLE RIOUX¹

EL NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL se erigió sobre un compromiso, a saber, el reconocimiento, en el plano económico, de la soberanía de los estados y su derecho a intervenir, aunque, por el contrario, en el plano internacional se estipuló que el ejercicio de dicho derecho se subordinaría al reconocimiento jurídico de dos principios: la igualdad de trato y la libertad de comercio. Como lo destaca Graz, ese compromiso marca la primera tentativa real de conciliar, a muy grande escala, el liberalismo y el intervencionismo, por una parte, y el multilateralismo y la autonomía nacional, por la otra. También podríamos decir, con Ruggie,² que el liberalismo estaba “empotrado” (*encastré*), pero ese empotramiento era nacional y, además, el compromiso era frágil, no tanto porque la acción de los estados estuviera ahora sometida a los compromisos suscritos en el ámbito internacional, sino más bien porque, por primera vez, la libertad de comerciar adquiriría la forma de un derecho en las relaciones económicas entre los estados. Sea como fuere, durante 30 años las empresas estuvieron sometidas a controles y requisitos de desempeño que, aunque no frenaran totalmente su transnacionalización, sí las privaron de la libertad de acción que requerían para organizar sus actividades a escala planetaria.

Unos 50 años más tarde, el liberalismo fue “desempotrado” y los mercados recuperaron toda su autonomía, pero, si bien el dinamismo y la fuerza de expansión económica sin duda se han incrementado, existen, en cambio, cada vez menos mecanismos, en lo interno, que puedan garantizar la regulación económica, preservar la cohesión social y reducir las desigualdades. No obstante, la generalización del principio de competencia que si-

¹ Los autores le agradecen a Rémi Bachard sus observaciones y comentarios.

² John Gerard Ruggie, “International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order”, *International Organization*, vol. 36, núm. 2, primavera de 1982, pp. 379-415.

guió a ello hizo surgir nuevos temas normativos que trascienden la mera cuestión del libre comercio. En efecto, aunque hoy en día los mercados nacionales se encuentran casi totalmente descompartimentados y la economía mundial está más integrada que nunca, es preciso constatar que las empresas y los gobiernos han modificado sus estrategias. Mientras que las primeras, aprovechando este nuevo entorno, reorganizan sus actividades con base en una competencia que se ha vuelto global, los segundos, lejos de ser actores pasivos de la globalización, han puesto en marcha estrategias que buscan, también, responder a las exigencias del nuevo entorno. En particular, observamos que, en el caso de las empresas, la búsqueda de eficacia se orienta cada vez más por la vía de una integración profunda de sus actividades, mientras que, paralelamente, los estados tienden cada vez más a vincular soberanía y competitividad.

Las consecuencias de ese movimiento doble son muchas y, aunque los apologistas de esta nueva economía global, industrial e innovadora, no dejan de destacar sus efectos benéficos, no podemos dejar de reflexionar sobre la actual y evidente disparidad, a escala internacional, entre los marcos normativos que provienen de otras épocas y las nuevas prácticas de esos actores que son producto de la generalización del principio de competencia. Ahora bien, aunque la necesidad de implementar nuevos marcos normativos salta a la vista de todos los observadores, la dificultad de lograrlo es aún mayor en virtud de que las empresas multinacionales (EMN) exigen y obtienen cada vez más protección y libertad para conducir sus actividades, lo cual se les concede con más facilidad puesto que los estados han renunciado a controlar los movimientos de los capitales y prefieren, más bien, adoptar medidas que los propicien. La segunda faceta de la dificultad proviene del hecho de que la defensa de la competitividad se ha vuelto la más alta prioridad de los estados, por no decir una “peligrosa obsesión”, como lo describió Krugman, al conjugarse ahora crecimiento e integración competitiva a la economía mundial.

Aun cuando los procesos actuales han hecho estallar el espacio de reglamentación nacional, el debate internacional se presenta hoy en día en términos que ya no tienen mucha relación con aquellos en los que se planteó la reconstrucción del orden internacional, hace 50 años, dado que ya no se trata tanto de abrir los mercados, eliminar el proteccionismo y proceder –como se decía en aquellos tiempos– al “desarme económico” de los estados,³ sino de hacer surgir un espacio jurídico mundial que no sólo responda a las demandas institucionales de la globalización, sino que también instituya, en un primer nivel, un sistema de reglas y restricciones que per-

³ James T. Shotwell, *La grande décision*, Nueva York, Brentano, 1944.

mitan orientar y estructurar los comportamientos de los actores públicos y privados en el interior de un espacio económico mundial, también en proceso de surgimiento, y en un segundo nivel, mecanismos de control y de regulación. Hasta este momento, no hay nada claro con respecto a la forma que tendrán las nuevas instituciones, dado que no existe uno solo, sino cuando menos dos enfoques, los cuales se inscriben en tradiciones diferentes en materia de cooperación internacional, ya sea que se quiera privilegiar el interés común y el derecho, o bien, por el contrario, la autonomía de los actores y los códigos de conducta, privados o públicos.

Mientras que, por muchas razones, la vía multilateral –a menudo calificada como “bicicleta”– no parece muy prometedora en lo inmediato, las vías bilateral y regional ofrecen, a los ojos de algunos, muchas ventajas, entre ellas la de servir como laboratorio institucional y crear así precedentes que servirán de plataforma para alcanzar otros niveles. El problema, nada nuevo, es que los acuerdos comerciales, cualquiera que sea su naturaleza, siempre han respondido más a intereses estratégicos que a inquietudes exclusivamente relacionadas con el libre comercio. La situación actual no es la excepción. La proliferación de acuerdos de todo género, desde hace alrededor de 20 años, no debe engañarnos: no es la fascinación por el libre comercio lo que lleva a los estados a incorporarse a él, sino más bien el interés por encontrar el justo medio entre la defensa de la eficacia, por una parte, y la defensa de la competitividad, por la otra. Dicho lo anterior, más allá de la proliferación de acuerdos, el regionalismo económico tiende por ahora a consolidarse en torno a dos grandes polos: la Unión Europea (UE) y Estados Unidos, y ello, con los debidos matices que evidentemente se requieren, sobre bases institucionales contrapuestas.

En este trabajo proponemos retomar el debate actual sobre la cooperación económica internacional como acabamos de hacerlo, es decir, enfocando la atención en dos aspectos: la inversión y la competencia. Al examinar las dificultades que plantea a los estados la generalización del principio de competencia en un contexto de globalización podremos situar el debate y, a partir de ello, presentar lo que llamaremos el triángulo imposible de la cooperación económica internacional. Cabe precisar que prestaremos especial atención al continente americano, el TLCAN y el proyecto de crear una zona de libre comercio, que actualmente se está negociando.

GLOBALIZACIÓN Y COMPETENCIA

En nuestros días vemos surgir una situación en la cual los estados intentan responder, en forma unilateral y por la vía de la cooperación internacional,

a las expectativas de las empresas, si bien esto se yuxtapone a una competencia entre los sistemas nacionales, cada uno de los cuales hace lo más que puede por garantizar la integración competitiva de su economía a la economía mundial. La actitud de los estados con respecto a las inversiones ha cambiado, y esto no deja de estar relacionado con el giro ideológico a favor del neoliberalismo y del principio de competencia, así como con la importancia tan grande que se otorga ahora a las empresas, tanto para la formulación e implementación de las políticas internas, como para la definición de los marcos normativos internacionales. Sin embargo, eso sólo es parte del problema; los factores ideológicos y el peso creciente de las EMN en la toma de decisiones no explican todo. La referencia a un nuevo orden liberal no debe llevarnos a subestimar el hecho de que los actores no hacen sino adaptarse a un proceso que se impone por sí mismo, aunque también ellos influyan en él, en grados diversos, a través de sus decisiones. A este respecto, mientras que las empresas despliegan estrategias que conforman un sistema de producción cada vez más integrado a escala mundial, los estados, por su parte, tratan de adaptar sus políticas económicas a esos nuevos requerimientos. Y a partir del momento en que la inversión internacional y las EMN se convierten para los estados en los vectores de una integración competitiva de las economías nacionales a la economía mundial, el problema de la cooperación internacional deja de consistir en partir de lo nacional y llevar las normas nacionales a que converjan en la elaboración de normas comunes, mediante el intercambio mutuo de concesiones. Ahora, por el contrario, el problema consiste en establecer dispositivos internacionales de reglamentación que, sin dejar de brindar protección y seguridad a las empresas, enmarquen los parámetros de esa integración competitiva, en la que, a falta de acuerdos, cada cual tiene que valerse por sí mismo.

Del control a la atracción de la inversión extranjera directa

El orden que se instauró en el periodo de la posguerra no consiguió implantar un régimen internacional preceptivo en materia de inversión internacional. La falta de consenso y el vacío institucional resultantes hicieron de la inversión internacional una zona gris y dejaron a los estados en plena libertad para definir las reglas y condiciones de entrada en las naciones receptoras. Para todos los países, con la notable excepción de Estados Unidos, la posibilidad de conservar el derecho de inspección de las inversiones extranjeras equivalía a contar con un medio para preservar su independencia económica y consumir las políticas macroeconómicas, entonces orientadas hacia el empleo pleno, a través de medidas de carácter más es-

tructural, dirigidas hacia la industria y las regiones. El control nacional no se limitaba a las inversiones, pues también comprendía al personal de las empresas –en particular, los directivos–, las fuentes de abastecimiento y las redes de distribución, e incluso al ámbito científico.⁴ Paralelamente, dicho control iba aparejado de medidas tendientes a favorecer el empotramiento nacional de la economía, un mejor dominio de las palancas económicas y, de ser posible, el surgimiento de “campeones nacionales”.

En términos generales, en el curso de casi 30 años, los estados abusaron de su poder discrecional para controlar los movimientos de los capitales e interferir así en las decisiones de las empresas. Pero, para que esto pudiera ocurrir, los estados tenían que ser efectivamente capaces de mantener el empotramiento nacional de la economía, lo cual exigía dos cosas: cierto poder de negociación frente a las EMN y una economía que gozara de un grado relativo de autonomía con respecto a las grandes corrientes económicas internacionales. Las primeras etapas de la multinacionalización de las empresas, basadas en estrategias de abastecimiento o de penetración de los mercados, hicieron aparecer las EMN, unas de ellas extractivas y otras multidomésticas, las cuales, retomando el término de Andreff, estaban “adheridas” (*engluées*) al territorio del país huésped.⁵ No fue sino hasta que algunas EMN empezaron a disociar los procesos productivos en redes, y que surgieron empresas que adoptaban estrategias globales, cuando la relación empresa-territorio empezó a resquebrajarse y, con ello, la eficacia de los marcos normativos y reglamentarios nacionales en materia de inversión extranjera. En efecto, ¿cómo aplicar reglas y controles a escala nacional, cuando se estaba desarrollando una economía cada vez más “desterritorializada” o, para ser menos radicales, una economía cada vez más autónoma y flexible con respecto a los territorios nacionales? Con esos nuevos desarrollos en la organización de las actividades de las EMN, la relación jerárquica que prevalecía hasta entonces entre los estados y las empresas habría de revertirse, o invertirse,⁶ lo que daría por consecuencia que, si hasta ese

⁴ Dicho control adoptará diversas vías, entre ellas, particularmente, el reforzamiento del control nacional y la limitación de la participación extranjera; la creación de empresas estatales; la imposición de reglamentos y restricciones sectoriales, así como ciertos requisitos de desempeño para las empresas y los inversionistas extranjeros; y de manera general, el control directo o indirecto ya sea de las entradas de capital (fusiones-absorciones, implantación o ubicación de las nuevas inversiones) o de las salidas, en la forma de repatriaciones de fondos o de las ganancias.

⁵ Véase W. Adreff, “La déterritorialisation des multi-nationales: firmes globales et firmes-réseaux”, *Culture et Conflits*, núms. 21-22, primavera-verano de 1996 (disponible en línea en la página <http://www.conflits.org>).

⁶ Philippe Hugon, “Les cadres de cohérence à l’épreuve des interdépendances des cen-

momento habían sido las empresas las que se disputaban el derecho de operar en un determinado territorio, a partir de ahora serían los estados los que competirían por la inversión extranjera.

Del derecho de los estados al derecho de las empresas

En materia de inversión extranjera directa (IED), como lo recuerda Dunning,⁷ se pasó de una actitud francamente hostil hacia las EMN a una actitud que no podría ser más hospitalaria. A partir de ese momento, toda inversión extranjera nueva se considera una buena noticia para la economía y se hace todo lo posible, en cuanto a los procedimientos, reglamentación y obligaciones varias, para facilitar su entrada. Así pues, tenemos una curiosa inversión de la situación, en la que los gobiernos –atrapados en el engranaje de una liberalización que los conduce a una competencia cada vez más feroz y abierta los unos contra los otros– “corren” tras las inversiones extranjeras y extienden la alfombra roja ante las EMN. De esta manera, según la CNUCED, 94% de las 1 035 revisiones que entre 1991 y 1999 se realizaron, en todo el mundo, a las disposiciones relativas a la IED tuvo por objeto crear un ambiente más favorable para ellas (véase cuadro).

Modificaciones realizadas a las normas reglamentarias nacionales,
1991-1999

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Número de países que modificaron las normas relativas a inversiones	35	43	57	49	64	65	76	60	63
Número de modificaciones:	82	79	102	110	112	114	151	145	140
Más favorables	80	79	101	108	106	98	135	136	131
Menos favorables	2	–	1	2	6	16	16	9	9

Fuente: CNUCED, *World Investment Report 2000*.

tres de décisions internationaux”, en A. Vinokur (ed.), *Décisions économiques*, Paris, 1998; y Philippe Hugon, “L’évolution de la pensée économique et la globalisation”, en GEMDEV, *Mondialisation. Les mots et les choses*, Paris, Karthala, 2000.

⁷ John Dunning, “Governments and Multinationals: From Confrontation to Cooperation?”, en Lorraine Eden y Evan Potter (eds.), *Multinationals in the Global Political Economy*, Londres, Macmillan, 1993, pp. 59-83. Véase, asimismo, Charles-Albert Michalet, *La séduction des nations ou comment attirer les investissements*, Paris, Economica, 1999.

En forma paralela, los acuerdos internacionales tendientes a proteger y ampliar los derechos de los inversionistas se multiplicaron. No se trata sólo de que los gobiernos atraigan la inversión extranjera, sino también de que protejan mejor las inversiones nacionales en el extranjero. La proliferación de convenios internacionales en materia de IED, ya sea sobre una base bilateral o regional, es una de las tendencias más notables en el escenario económico internacional de los últimos años:⁸ más de la mitad de dichos convenios se firmaron a partir de 1990 y, en la mayoría de los casos, se trata de acuerdos entre países industrializados y países en desarrollo, es decir, con naciones cuyas normas nacionales siguen siendo muy restrictivas. Este fenómeno de multiplicación de los acuerdos sobre inversión va de la mano de la proliferación de acuerdos comerciales bi o plurilaterales, los cuales suelen contener disposiciones muy precisas en materia de inversión.⁹

Sin embargo, no es tanto la proliferación de acuerdos lo que debe llamar nuestra atención, sino el cambio de objetivos. En el pasado, dado que la actividad extranjera estaba subordinada a las prioridades políticas nacionales, se trataba de controlar el ejercicio de ese derecho. A falta de consenso, y dado que la inversión era un tema en el que los intereses nacionales se defendían con fiereza, los resultados de la cooperación internacional siempre fueron muy modestos. Desde entonces, el derecho internacional ha evolucionado en un sentido más favorable a la protección de las inversiones extranjeras. Las reglas y los controles tienden entonces a suavizarse, o simple y llanamente a desaparecer, y los países aceptan hoy más fácilmente que se incluya en los tratados y contratos disposiciones que autorizan a las empresas a recurrir a mecanismos internacionales de arbitraje.

La experiencia en las Américas es interesante por tres motivos. En primer lugar, fue ahí donde, a instancias de Estados Unidos, se originó el movimiento a favor de que se mejorara la protección a la inversión, lo cual ocurrió en el momento en que empezaban a redefinirse los términos de la seguridad económica de dicho país. En el tratado bilateral de inversión

⁸ En 1981, la OCDE registró más de 200 tratados bilaterales, de los cuales 89 se ratificaron después de 1973. En 1999, la CNUED consignó 1 856. Tan sólo Canadá suscribió 24 acuerdos desde 1989, ocho de los cuales se firmaron en 1997, y según el *Economic Report* de 1998, Estados Unidos firmó 40.

⁹ En el caso de Norteamérica, Lorraine Eden aborda esta cuestión en "The Emerging North American Investment Regime" (*Transnational Corporations*, vol. 5, núm. 3, diciembre de 1996, pp. 61-98). La autora muestra que las normas relativas a inversión que contiene el TLCAN forman parte de un proceso que busca establecer un régimen de inversiones que corresponda a las realidades nuevas de la integración profunda y que pueda servir como marco de referencia para la instauración de un régimen análogo al nivel multilateral. Véase también R. Lawrence, *Regionalism, Multilateralism and Deeper Integration*, Washington, Brookings Institute, 1996.

que firmaron Estados Unidos y Panamá, en 1982, fue donde se sancionaron por primera vez tanto el recurso directo al arbitraje internacional como la posibilidad de que un inversionista demandara a un Estado. Esas dos innovaciones han sido sistemáticamente incluidas en todos los tratados bilaterales que han suscrito Estados Unidos, Canadá e incluso México, desde principios de los años noventa. Como lo señala Rémi Bachand, al brindar una protección muy amplia al inversionista, el TLC y más tarde el TLCAN incrementaron, profundizaron y ampliaron el contenido de los acuerdos anteriores.¹⁰ El capítulo 11 del TLCAN, relativo a inversiones, contiene disposiciones sumamente detalladas sobre los derechos y obligaciones de los estados, así como los procedimientos para resolver disputas. En segundo lugar, se ha visto surgir en el continente americano una gran convergencia en cuanto al contenido y la extensión de la protección otorgada al inversionista extranjero. En el marco de las negociaciones que actualmente tienen lugar en las Américas, los primeros esbozos del acuerdo sobre inversiones indican que, pese a las particulares reservas de Brasil y Venezuela, su contenido está asemejándose mucho al capítulo 11 del Tratado.¹¹ En tercer lugar, en el contexto de las negociaciones hemisféricas, el debate sobre las reglas debe ir mucho más lejos que la mera negociación de un código de inversiones; debe abordar todo aquello que, directa o indirectamente, ataña a la transparencia de los mercados y a las reglas y prácticas, públicas o privadas.

Las disposiciones del TLCAN fueron apenas diferentes, por algunos pequeños detalles, de las que contenía el proyecto de acuerdo multilateral sobre inversiones (AMI), excepto que éste llegaba aún más lejos, sobre todo en lo relativo a la indemnización por pérdidas originadas por una guerra o un conflicto civil.¹² Cabe destacar que la evolución de la cooperación in-

¹⁰ Véase Rémi Bachand, *Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements. L'ALENA comme modèle?*, Montreal, GRIC, febrero de 2000 (<http://www.unites.uqam.ca/gric>); Rémi Bachand, *Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques: Existe-t-il une alternative au modèle ALENA?*, Montreal, GRIC, enero de 2001 (<http://www.unites.uqam.ca/gric>). Véase, también, Edward Graham y Christopher Wilkie, "Multinationals and the Investment Provisions of the NAFTA", *The International Trade Journal*, vol. 8, núm. 8, 1994, pp. 9-38.

¹¹ Los primeros esbozos retoman las diez disposiciones básicas, a saber, las relativas al trato nacional, al trato de nación más favorecida, al trato justo y equitativo, a los requisitos de desempeño, a los dirigentes y personal clave, a las transferencias, a las expropiaciones y las indemnizaciones en caso de pérdidas, incluidos los casos de guerra o guerra civil, a las excepciones y reservas, y a la solución de controversias.

¹² Al respecto véase Julius De Anne, "International Direct Investment: Strengthening the Policy Regime", en Meter B. Kenen (comp.), *Managing the World Economy*, Washington, Institute for International Economics, 1994. Véase, asimismo, Edward M. Graham, *Rivalité sur les marchés internationaux et nouveaux enjeux pour l'Organisation mondiale du commerce*, Industrie Ca-

ternacional y los acuerdos sobre inversión internacional no se encamina a instaurar un supranacionalismo, sino a transnacionalizar reglas que hoy en día son en mayor o menor grado aceptadas, de manera general, al menos por los países industrializados, lo que hará así surgir una legislación económica internacional que cada Estado habrá de respetar y hacer respetar en el interior del perímetro nacional. Pero, si bien existe cierta conformidad internacional con respecto a la flexibilización de los regímenes nacionales en materia de inversión internacional, éste aún es insuficiente para que pueda entreverse un acuerdo multilateral sobre inversiones.¹³

Debemos recordar que el proyecto del AMI se discutió en el marco de la OCDE, más que en la OMC, dado que las negociaciones comerciales corrían el riesgo de atorarse con esa cuestión. Al trasladar el expediente a la OCDE se quería conseguir un acuerdo que, en un segundo momento, pudiera ser progresivamente ampliado –sobre todo por la vía bilateral– a todos los países del planeta. El fracaso de las negociaciones y el que éstas hayan sido reenviadas a la OMC no quita nada al hecho de que hoy por hoy exista un consenso entre los países industrializados en torno al principio mismo de proteger las inversiones, pero sí revela dos problemas. El primero se refiere a ciertas reservas en cuanto a la extensión y aplicación de los derechos que deben otorgarse a las empresas; el segundo, a que se trata de llevar el derecho económico de las empresas más allá del mero reconocimiento de una protección ampliada, dado que se contempla también la gobernanza, pública y empresarial. En efecto, incluso en los lugares donde esos derechos son ya reconocidos, las empresas extranjeras a menudo se topan todavía con mercados y reglamentaciones oscuros, e incluso con la ausencia del Estado de derecho, la debilidad de las autoridades y de los legisladores en ámbitos tan diversos como los seguros, la banca, las quiebras y la contabilidad, o aun con prácticas –como la corrupción y la criminalidad económica, por ejemplo– que aumentan los peligros y los costos de operación.

Como es claro, hoy en día lo internacional desciende al ámbito nacional y, en palabras de Sylvia Ostry, “la cooperación internacional ha transpuesto las fronteras, extendiendo su campo de acción a las políticas

nada, Document de discussion n° 6, febrero de 1998; y Christian Deblock y Dorval Brunelle, “Globalisation et nouveaux cadres normatifs: le cas de l’Accord multilatéral sur l’investissement”, *Géographie, Économie et Société*, vol. 1, núm. 1, mayo de 1999, pp. 49-95.

¹³ En la OMC, el Acuerdo Relativo a Medidas sobre Inversiones Ligadas al Comercio abre tímidamente la puerta en materia de derechos y obligaciones de los estados, con sus disposiciones tocantes al trato nacional y las que atañen a las restricciones cuantitativas para prohibir ciertos requisitos de desempeño.

internas".¹⁴ Pero, ¿acaso lo contrario no es igualmente cierto? ¿Lo nacional no está también conformando la economía mundial? Esta pregunta debe plantearse en virtud de que no sólo se han puesto a competir los espacios económicos, los unos contra los otros, sino también porque, con el afán de nivelar las reglas nacionales y eliminar así toda forma de competencia desleal entre los diversos regímenes nacionales, los estados –y en primer lugar los más poderosos– parecen cada vez más propensos a internacionalizar sus propias políticas. Esta competencia entre los sistemas nacionales es particularmente evidente en el caso de las políticas en materia de inversión extranjera, pero también lo es en el caso de las políticas sobre competencia –como veremos enseguida–, las políticas fiscales, las políticas sobre investigación y desarrollo (ID), y, quizá muy pronto, también las políticas de educación o las políticas sociales, en virtud de que éstas contribuyen a la competitividad de las naciones.

El derecho de los estados se desdibuja frente al derecho de las empresas, tendencia que deriva del hecho de que ya no se trata de someter el movimiento de los capitales a ciertas restricciones, sino de obtener ganancias del mismo; pero la ausencia casi total de reglas internacionales que respondan a las nuevas realidades de la globalización hace que los estados se encuentren con el campo libre y con la libertad consecuente para orientar las estrategias competitivas según les convenga. El Estado no se ha retirado del campo de la economía; más bien se desplazó el poder discrecional de intervención, del ámbito nacional al internacional. Examinaremos a continuación la evolución de las políticas en materia de competencia. Mientras que, en lo concerniente a la inversión internacional, pasamos del derecho de los estados al derecho de las empresas, en el terreno de la competencia se pasó de las leyes sobre competencia a las políticas de competitividad.

Evolución del debate en torno a la competencia

El debate actual en torno a la competencia está en gran medida permeado por argumentos de tipo estratégico, así como por la necesidad de internacionalizar las leyes sobre competencia. No obstante, cabe destacar que exis-

¹⁴ Sylvia Ostry, "Au-delà des frontières: le nouveau champ de la coopération internationale", en OCDE, *Les industries stratégiques dans une économie globale: questions pour les années 90*, Paris, OCDE, 1991, p. 93. Véase también el excelente artículo crítico de John Gerard Ruggie, "At Home Abroad, Abroad at Home: International Liberalization and Domestic Stability in the New World Economy", *Millennium, Journal of International Studies*, vol. 24, núm. 3, 1996, pp. 507-526.

te una tensión creciente entre la necesidad de los estados de cooperar para nivelar el terreno y la de implementar nuevas estrategias competitivas. Es revelador el constatar que la cooperación internacional en materia de competencia se enfoca cada vez más en la creación de un entorno institucional que sea favorable al acceso a los mercados y al despliegue de las actividades de la EMN. Regresemos primero al desarrollo de las leyes sobre competencia.

Según la forma que adoptó a finales del siglo XIX, en países como Canadá y Estados Unidos, la legislación en materia de competencia respondía a las preocupaciones derivadas de la concentración económica y de la formación de trusts. Las grandes líneas de las leyes sobre competencia se establecieron para impedir las alianzas y los monopolios, y para controlar la concentración económica. Aunque los debates nacionales de la época están marcados por diferencias significativas,¹⁵ las leyes en materia de competencia coincidían en impedir que surgieran monopolios y preservar la multiplicidad de actores económicos en los mercados nacionales, con el fin de preservar el interés público.¹⁶ Desde una perspectiva más teórica, había entonces una fuerte oposición entre competencia y monopolio, que derivaba de la concepción liberal de una economía de mercado regulada por el principio de la competencia. Bajo la influencia de Cournot, y más tarde de Walras y de Pareto, la competencia atomística (la competencia pura y perfecta) se convirtió en la pieza central de la ortodoxia económica.¹⁷ Pero la competencia pura y perfecta no ha sido nunca otra cosa que un tipo ideal que, a diferencia del monopolio, tiene la "propiedad de impedir que todo aquel que actúe en forma aislada perturbe el equilibrio del mercado y falsee los precios".¹⁸ De hecho, en materia de leyes sobre competencia, aun sin perder de vista ese ideal, los estados siempre fueron muy pragmáti-

¹⁵ Cabe mencionar que, en Canadá, la cuestión del libre comercio con Estados Unidos ha sido muy importante, y la política nacional que se adoptó tras el fracaso de las negociaciones comerciales con ese país fue señalada con el dedo para explicar el desarrollo de conductas anticompetitivas.

¹⁶ Los debates estaban marcados por la confrontación de dos principios: el de la libertad y el de la equidad. El descontento popular ante la formación de monopolios y el surgimiento de grandes potencias económicas planteaba la cuestión de la protección de los derechos de los pequeños productores y de los consumidores, así como del interés público en general. Asimismo, se suscitó la cuestión del sometimiento del poder político al poder económico, y de los peligros que eso planteaba a la democracia.

¹⁷ Sobre el origen del concepto de competencia pura y perfecta, véase M. Blaug, "Competition as an End-State and Competition as a Process", en B.C. Eaton y R.G. Harris (comps.), *Trade, Technology and Economics. Essays in Honour of Richard C. Lipsey*, Cheltenham, Edward Elgar, 1997, pp. 241-263.

¹⁸ A. Bienaymé, *Principes de concurrence*, Economica, Paris, 1998, p. 13.

cos. La aplicación de la regla de la razón, sobre todo en Estados Unidos, o la referencia al tamaño del mercado, como fue el caso de Canadá, permitieron que las leyes se aplicaran de manera blanda, aunque ello no contradiga las muchas sospechas sobre los peligros de abuso por parte de la posición dominante, que sigue a la aparición de situaciones oligopólicas en los mercados.

Pero, mientras que la literatura teórica tradicional asociaba eficiencia y atomización del mercado, los nuevos enfoques que se desarrollaron a partir de los años setenta consideran que el vínculo entre ambos no es automático. Bajo la influencia de Coase, para quien las opciones institucionales no se limitan al mercado y a la intervención estatal, la literatura empezará a considerar, a partir de los años setenta, que la concentración económica puede contemplarse desde el ángulo de la internalización.¹⁹ Dado que la empresa es una organización que se adapta a su entorno, ya se trate del cambio tecnológico o de las imperfecciones del mercado, las grandes organizaciones “serán reconocidas por su mayor eficacia, no sólo al saber aprovechar plenamente las economías de producción, sino también al sustituir las relaciones externas caracterizadas por malas informaciones, por relaciones internas eficaces”.²⁰ El argumento es hoy en día reconocido por todos y la mayoría de las políticas sobre competencia conceden importancia a los objetivos de eficacia, al grado de que ciertos países incluyeron la defensa de esta última en los textos de las leyes o en las líneas directrices relativas a las fusiones.²¹ En esta perspectiva, el examen de las situaciones de la competencia debe pasar por un balance económico, es decir, por la comparación entre los efectos anticompetitivos que puede generar una situación oligopólica o de poder de mercado, y las ganancias en la eficiencia que la empresa puede obtener de su tamaño.²²

La segunda línea de influencia provino de la escuela llamada “de Chicago-UCLA”. Bajo el supuesto de que el proceso de competencia pertenece

¹⁹ R.H. Coase, “Law and Economics at Chicago”, *Journal of Law and Economics*, vol. 36, abril de 1993, pp. 239-250; del mismo autor, “The Nature of the Firm”, *Economica*, vol. 4, 1937, pp. 386-405.

²⁰ P. Bianchi, “Politique antitrust et politique de la concurrence dans le contexte européen”, segunda parte, *Revue d'économie industrielle*, vol. 60, 1991; primera parte en *Revue d'économie industrielle*, vol. 59, p. 21.

²¹ Canadá prevé la defensa de la eficacia mediante una visión del bienestar total (que considera la pérdida económica para el conjunto de la economía canadiense), en el marco de las disposiciones relativas a las fusiones. Pese a no contar con ese tipo de defensa en las legislaciones respectivas, los otros países y la UE han dado muestras de pragmatismo. Desde 1982, las líneas directrices de Estados Unidos en materia de fusiones han destacado gradualmente la importancia de los criterios de eficacia.

²² O.E. Williamson, *Antitrust Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1987.

a un mecanismo de selección natural de tipo spenceriano, en el que sólo sobreviven los más aptos, dicha escuela introdujo la idea de que la concentración económica debía no sólo ser asociada a la idea de eficiencia superior,²³ sino también examinarse con mucha más tolerancia, dado que, según esta escuela, el “mercado pertinente” para analizar la competencia ya no era necesariamente el mercado nacional, o incluso regional, sino más bien el mercado mundial. En otras palabras, a partir del momento en que el mercado pertinente ya no es el mercado nacional, sino el mundial, serán las condiciones de competencia prevalecientes en este último las que determinarán la magnitud de la eficiencia de las empresas, en cuyo caso lo que es importante examinar es, por una parte, la magnitud necesaria para responder a las exigencias de la competencia en el mercado mundial, y por la otra, el grado de “disputabilidad” del mercado nacional, e incluso del propio mercado mundial, según se observa cada día más. La aportación de la teoría de los “mercados disputables” es aquí fundamental:²⁴ una cosa es el nivel de competencia real en un mercado, y otra el nivel de “disputabilidad” del mismo. En un mercado monopolístico, siempre es posible que haya abusos por parte de la posición dominante, pero el riesgo de que ello ocurra está limitado por la autodisciplina de los mercados frente a la amenaza de que, en cualquier momento, entren nuevos competidores. Y cuando la competencia puede venir de cualquier parte —lo que sería el caso hoy en día, con la globalización—, nada impide pensar no sólo que la formación de empresas de gran tamaño es una cuestión de supervivencia, en mercados que se volvieron mundiales, sino también que el consumidor saca provecho de que los mercados sean disputables. Otro factor importante es la relevancia otorgada a los objetivos de eficacia dinámica, es decir, principalmente a la innovación. Ello contribuye a ablandar las leyes sobre competencia, en virtud de que se considera que los cambios tecnológicos rápidos tienden a socavar continuamente la estabilidad de las posiciones dominantes (sin tomar en cuenta el asunto de las patentes) y favorecen la disputabilidad de los mercados, pero también, de forma paralela, que el reagrupamiento de empresas y la cooperación en materia de ID conllevan progresos tecnológicos que no pueden sino beneficiar a los consumidores.

²³ H. Demsetz, *Economic, Legal and Political Dimensions of Competition*, Amsterdam y Nueva York, North Holland, 1982; del mismo autor, “Industry Structure, Market Rivalry and Public Policy”, *Journal of Law and Economics*, vol. 16, 1973, pp. 1-9.

²⁴ Un mercado disputable se define por: 1) la semejanza en las condiciones de costos para las empresas establecidas y para los competidores potenciales, y 2) la posibilidad de entrada y salida, sin costos irre recuperables. Véase W. Baumol, J. Panzar y R. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Nueva York, Harcourt Brace Jovanovitch, 1982.

Así se cierra el círculo. Siendo parte de la “larga trayectoria que condució a justificar como ‘naturales’, en el marco de la teoría neoclásica, ciertas condiciones de monopolio”,²⁵ la literatura económica contemporánea de la competencia viene en cierta forma a justificar, en nombre de la defensa de la eficacia, la formación de empresas de gran tamaño, competitivas a escala mundial. En suma, contra aquel refrán popular que reza “*small is beautiful*”, se afirma que “*big is beautiful*”. Renovando así el debate en torno a la competencia, esta literatura lleva agua al molino tanto de aquellos que opinan que se debe primero confiar en el mercado, como al de aquellos para los cuales la globalización debe primero rimar con la competitividad.²⁶

De las leyes sobre competencia a las políticas de competitividad

Las políticas en materia de competitividad, generalmente percibidas como una “antipolítica industrial”, han sido efectivamente revisadas a fondo y en gran medida flexibilizadas, en nombre de la defensa de la eficacia y la competitividad.²⁷ La segunda consecuencia, más inesperada, fue que las políticas sobre competencia, que hasta entonces sólo se aplicaban al mercado nacional, se hicieron más fuertes hacia el exterior y, sobre todo, se internacionalizaron, abrogándose cada país el derecho a examinar y sancionar todas aquellas prácticas extranjeras, tanto de las empresas como de los estados, contrarias a la competencia y, por ende, al interés público.

De hecho, lo que observamos es que la competitividad se convierte en uno de los principales objetivos de las leyes sobre competencia, al tiempo que los estados-nación buscan fomentar el desarrollo de industrias competitivas, en un mercado cada vez más global. En general, la primacía que otorgan las leyes sobre competencia al arbitraje de los intereses de los productores y los consumidores es relegada a un segundo plano, detrás de los objetivos de eficacia y competitividad. Se trata de no estorbar las reestructuraciones, adoptando un enfoque muy riguroso, sino más bien tomar en consideración todas las dimensiones, en particular el hecho de que la competencia rebasa hoy el contexto de las fronteras nacionales.²⁸

²⁵ Bianchi, *op. cit.*, p. 20.

²⁶ Véase, al respecto, el número especial de la *Revue de la concurrence et de la consommation*, de marzo-abril de 1996, sobre todo el artículo de Alain Bienaymé, “La problématique du sujet”.

²⁷ B. Bellon, “Les politiques industrielles américaines: vers un modèle de politiques industrielles de marché”, *Revue d'économie industrielle*, núm. 71, 1^{er} trimestre de 1995, pp. 61-78.

²⁸ La ley canadiense sobre competencia, modificada en 1986, es a este respecto muy representativa de ese cambio de enfoque, dado que el interés del consumidor queda ahora relegado al cuarto lugar de los objetivos buscados, que se presentan en el siguiente orden:

También de manera general, los gobiernos han flexibilizado en gran medida sus legislaciones y ahora muestran una actitud mucho más tolerante hacia las fusiones y las alianzas estratégicas. La tolerancia es mayor en virtud de que se considera que las fusiones y alianzas son para las empresas un medio de mejorar la productividad, la investigación y la innovación, así como el acceso a los mercados extranjeros.²⁹ Inferimos, paralelamente, que la competencia potencial de las empresas extranjeras ejercerá un peso saludable sobre el mercado interno. De hecho, si, en el primer caso, al no contar con toda la información disponible, los tribunales no pueden realmente juzgar "objetivamente" en materia de fusiones, en el segundo son más bien llevados a evaluar de manera muy pragmática la noción de "rivalidad suficiente" en el mercado. Mientras el mercado siga estando potencialmente abierto a la competencia internacional y se alcen las barreras institucionales al ingreso, prefieren atenerse —a falta de algo mejor— a la "regla de la razón" y al "caso por caso", aun a riesgo de rebajarse, en el pla-

1) estimular la adaptabilidad y eficiencia de la economía; 2) mejorar las oportunidades de participación de Canadá en los mercados mundiales, sin dejar de tomar en cuenta, simultáneamente, el papel de la competencia extranjera dentro del país; 3) garantizar a la pequeña y mediana empresa una oportunidad real de participar en la economía canadiense; y 4) garantizar a los consumidores precios competitivos y variedad en los productos. Los cambios a la ley revelan el hecho de que el objetivo es, desde ahora, por una parte, avanzar en la dirección de un modelo económico orientado hacia el crecimiento de las exportaciones y la presencia de empresas canadienses en los mercados internacionales, y por la otra, ampliar el margen de libertad de las empresas, sin que ello perjudique a los socios comerciales de Canadá ni a los consumidores canadienses. Este cambio de perspectiva también es muy evidente en otros países, sobre todo en Estados Unidos, en donde la competencia se considera cada día más desde una perspectiva que rebasa el mercado estadounidense. Desde 1995, se iniciaron en Estados Unidos muchos e importantes debates en torno al enfoque que debía adoptarse con respecto a la competencia, en un contexto de globalización económica, y del papel que debía desempeñar la cooperación internacional. Véase United States of America, "Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High Tech Global Marketplace", *Antitrust and Trade Regulation Report*, suplemento especial, 70, 1765, Washington, DC, United States Government Printing Office, 1996.

²⁹ Un argumento que a menudo se esgrime para justificar la intervención "prudente" —diría Krugman— de los poderes públicos se refiere a las ganancias que resultan de los crecientes rendimientos de escala. Dicho argumento fue elaborado por Brander y Spence. Las especializaciones internacionales ya no descansan tanto en las ventajas comparativas, sino en la capacidad de los países para aprovechar los efectos dinámicos —particularmente en el plano de los rendimientos de escala y de la diferenciación de los productos—, que permite acceder a mercados más grandes. Los poderes públicos son llevados a intervenir para ayudar a los productores nacionales a desarrollarse y a alcanzar las medidas de eficacia que les permitan captar las ganancias de ubicación que ofrecen los rendimientos crecientes a las empresas ya establecidas. A este respecto, véase Douglas A. Irwin, *Against the Tide. An Intellectual History of Free Trade*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

no internacional, al viejo principio de cortesía, por el cual un Estado se abstiene voluntariamente de actuar, cuando sus intervenciones peligran con amenazar los intereses de otro Estado.³⁰

El problema es que, desde el momento en que los gobiernos asumieron el mandato de vincular el crecimiento económico nacional y la inserción competitiva de la economía en la economía mundial, el comercio, la competencia y la inversión forman un trinomio indisociable y las políticas correspondientes abrazaron una forma renovada de mercantilismo, ofensivo y estratégico, que podemos llamar “competitivismo”.³¹ Asimismo, es responsabilidad de los estados el vigilar que las prácticas desleales de los competidores, sean empresas o estados, no afecten tampoco los intereses nacionales, desde ahora remolcados por las inversiones en el extranjero y, de manera general, por el conjunto del “sector exterior”, nuevo motor del crecimiento económico. Por otra parte, el ablandamiento observado de las

³⁰ Dos extractos del informe de la OMC ilustran la distancia que puede separar la teoría de los hechos: “No existe un modelo global de competencia imperfecta que pueda guiar en todos los casos la acción de los responsables de la competencia. El análisis debe tomar en cuenta a la vez a competidores potenciales y a competidores efectivos, las ganancias de eficiencia que pueden resultar de las prácticas comerciales restrictivas, las consecuencias de las decisiones en materia de competencia sobre el crecimiento económico, etc. Y si bien ciertos tipos de comportamientos anticompetitivos flagrantes, como la fijación de precios y la segmentación horizontal de los mercados, deberían ser prohibidos, según la mayoría de los observadores, un gran número de decisiones debe basarse en la regla de la razón” (p. 56). “El riesgo de decisiones perjudiciales al bienestar de los socios comerciales es particularmente grande en el caso de una perspectiva basada en el bienestar nacional total, según la cual la eficiencia de los productores nacionales compensa los costos para los consumidores. Pero, aun cuando el bienestar de los consumidores es un factor predominante, puede haber divergencias entre los efectos sobre el bienestar nacional y los efectos sobre el bienestar en el extranjero, lo que ilustra muy notablemente el ejemplo de las alianzas para la exportación” (p. 37). Véase OMC, *Rapport annuel 1997*, vol. 1, *Dossier spécial: Le commerce et la politique de la concurrence*, Ginebra, 1997.

³¹ Graz habla de mercantilismo transnacional. Nuestra expresión nos parece más apropiada al contexto actual, caracterizado por la generalización del principio de competencia y la búsqueda de competitividad. El ejemplo más flagrante es, sin duda, el de los carteles de exportación. Claramente, las leyes nacionales eximen a los carteles de exportación formados en el mercado nacional, pero en cambio se ensañan contra los de empresas extranjeras, lo cual no es la menor de las paradojas. Se han presentado propuestas para eliminar las exenciones para los carteles de exportación, pero éstas suscitan una gran resistencia, sobre todo en Canadá, donde dicha exención es justificada con base en el criterio de eficacia, pero también por razones que atañen a la importancia para la economía canadiense de las exportaciones, en particular, de materias primas. Cabe señalar que, en marzo de 1998, una recomendación de la OCDE contempla las alianzas “injustificables”, pero se excluyen los acuerdos que están ligados a la realización de elementos de eficiencia, los cuales son dispensados o autorizados por las leyes nacionales.

políticas en materia de competencia va aparejado de otro fenómeno: la internacionalización de dichas políticas.

El hecho es que los estados tienden cada vez más a ampliar el alcance jurisdiccional de sus legislaciones, quizá como resultado de una frustración creciente motivada ya sea por la implementación efectiva de las políticas de competencia extranjeras, por consideraciones estratégicas que atañen a la aplicación de las leyes nacionales, o bien por los efectos de una transnacionalización que tiende a escapar a las normas de la gobernanza tradicional. Se trata de proteger el mercado interno contra las prácticas anticompetitivas extranjeras, pero también, en fecha más reciente, y sobre todo en el caso de Estados Unidos, de defender los intereses de las empresas en los mercados internacionales.³² Esto da por resultado que el reforzamiento de las leyes contra las prácticas anticompetitivas extranjeras genere, a su vez, el desarrollo de mecanismos de defensa contra la aplicación unilateral de leyes extranjeras.³³ El caso de las fusiones ilustra claramente el problema: las autoridades tienden cada vez más a alentarlas, cuando se trata de empresas nacionales, pero, en cambio, procuran impedir las cuando se considera que el impacto de la operación sobre la competencia interna será negativo. Las controversias son más fuertes a medida que las fusiones internacionales se multiplican, que se utilizan diversos sistemas legales³⁴ y, sobre todo, que la aplicación extraterritorial de las leyes antimonopólicas pone en peligro el principio de soberanía nacional.

³² La aplicación de las leyes antimonopólicas estadounidenses ya está autorizada en el caso del acceso de las empresas de dicho país a los mercados extranjeros. Desde 1982, la *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* define las facultades de las autoridades de Estados Unidos en el plano internacional. En un principio, se exigía que se determinara si las prácticas afectaban a los consumidores, pero, desde 1992, ya no es necesario cumplir ese requisito. En 1995, una corte federal de apelaciones confirmó, en un asunto relativo a una alianza de productores japoneses de papel para fax, que el ministerio podría castigar conductas anticompetitivas que afectaran el comercio de Estados Unidos.

³³ Por ejemplo, la legislación canadiense contiene disposiciones específicas para impedir los juicios extranjeros y la aplicación de medidas antimonopólicas extranjeras que vayan en contra de los intereses de Canadá. Asimismo, la *Ley sobre Medidas Extraterritoriales Extranjeras* ataca toda medida extraterritorial que afecte la competencia o la eficacia del comercio y de la industria, tanto en Canadá como en el comercio internacional.

³⁴ En el caso *DeHavilland/Aerospatiale-Alenia*, en 1992, la UE bloqueó así la transacción que Canadá había autorizado. Desde entonces, la UE se ha opuesto a varias transacciones "extranjeras", sobre todo en los casos *Boeing-McDonnell Douglas* y *WorldCom/Sprint*, aunque en el primero se llegó a una solución y, en el segundo, Estados Unidos finalmente también se opuso a la fusión. En julio de 2001, la UE denegó de nuevo la readquisición de *Honeywell* por *General Electric*, luego de expresar fuertes temores en el sentido de que, en virtud de su peso financiero, *General Electric* pudiera imponer sus motores y su aviónica en los contratos aeronáuticos que le procurara *GE Capital Aviation*. El bloqueo de esta operación entre dos em-

Pero esto no es todo: tal como lo teme la OMC,³⁵ si bien los mercados internacionales están cada vez más “abiertos”, las empresas enfrentan nuevos obstáculos, tales como redes de distribución cerradas, alianzas estratégicas, falta de transparencia en los reglamentos y en su aplicación, etc. Como lo observa Ostry,³⁶ “el nuevo escenario internacional se encuentra desde ahora dentro de las fronteras”. No es menos cierto que, actualmente, las negociaciones comerciales chocan contra las condiciones de competencia existentes en el interior de las fronteras nacionales y afectan las condiciones de entrada de la competencia extranjera en los mercados “domésticos”. Ciertas prácticas públicas, y también algunas privadas, podrían hacer dudar de la existencia de un régimen comercial liberalizado. Esto es, de hecho, lo que Estados Unidos argumentó en el asunto Kodak-Fuji, cuando se quejó de que Japón toleraba una estructura de mercado que daba plena libertad a las prácticas anticompetitivas de Fuji, con las cuales se trataba de bloquear las exportaciones de Kodak hacia el mercado japonés de rollos fotográficos. Otro caso ahora célebre, que involucra la ayuda gubernamental, es la disputa entre Brasil y Canadá, desde 1997, en el campo aeroespacial.³⁷ Estos dos ejemplos, entre otros,³⁸ ilustran hasta qué punto las diferencias estructurales entre los mercados y las políticas gubernamentales constituyen hoy en día el núcleo de los problemas del acceso a los mercados. Asimismo, muestran que el libre comercio no es un sustituto de

presas estadounidenses provocó, sin duda, el endurecimiento de la actitud de Estados Unidos hacia la UE, así como debates importantes sobre la cooperación en materia de competencia ya bien establecida entre las autoridades europeas y estadounidenses. En el otoño de 2001 se creó una red internacional sobre competencia para promover la eficacia de las leyes y el surgimiento de “buenas” prácticas.

³⁵ Véase OMC, *Rapport annuel 1997*, vol. 1, *Dossier spécial: Le commerce et la politique de la concurrence*, Ginebra, 1997. Véase, asimismo, US Department of Justice, *International Competition Policy Advisory Committee Report, 2000* (<http://www.usdoj.gov/atr/icpac>), que aborda, en particular, los problemas de acceso de las empresas estadounidenses relacionados con la competencia.

³⁶ Sylvia Ostry, “Au-delà des frontières: le nouveau champ de la coopération internationale”, en OCDE, *Les industries stratégiques dans une économie globale: questions pour les années 90*, Paris, OCDE, 1991, p. 97.

³⁷ Canadá se quejó de las ventajas desleales que posee Embraer, derivadas de un programa de promoción de exportaciones, mientras que Brasil reclamó las subvenciones que obtenía Bombardier por parte del gobierno canadiense para promover la ID.

³⁸ En el caso de Estados Unidos, el informe del International Competition Policy Advisory Committee presenta un apunte de las preocupaciones del país por los efectos que tienen las prácticas anticompetitivas sobre el acceso a los mercados de sus socios comerciales. Mencionemos que Canadá fue blanco de Estados Unidos en un asunto relativo al acceso a los mercados de los periódicos y éstos presentaron una demanda ante la OMC contra ciertas medidas del gobierno canadiense. La OMC falló en favor de Estados Unidos.

las leyes en materia de competencia, sino que, por el contrario, revela más que nunca el problema inherente al control de las prácticas anticompetitivas en niveles distintos del nacional; el dilema consiste en evitar que la política comercial y la política en materia de competencia se enfrenten, de donde surge el interés por llegar a un acuerdo sobre las medidas anticompetitivas vinculadas con el comercio.

En términos más generales, se trata de lograr que los estados tomen en consideración los efectos directos e indirectos que las políticas económicas pueden tener en la competencia; hacer de la política en materia de competencia un elemento clave de la elaboración de las políticas económicas y aplicar las leyes sobre competencia a las prácticas anticompetitivas de una manera coherente.³⁹ Ciertos acuerdos de la OMC, en particular el de telecomunicaciones básicas y el de derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, han incorporado medidas relativas a la competencia. Sin embargo, ese enfoque sigue siendo muy limitado y nada indica –al menos por el momento– que los estados querrán involucrarse demasiado en la elaboración de reglas comunes. Es muy importante observar que, en el caso de las Américas, la cuestión no puede abordarse de esta manera.

Dos modelos y más allá

Por el contrario, el método que se ha seguido en las Américas ha sido el de preservar la doble autonomía –la de los estados y la de los mercados–, lo cual, por lo demás, coincide totalmente con la visión de Estados Unidos al respecto, es decir, dejar que la competencia obre libremente entre las empresas, pero también entre las políticas públicas. Cuando más, el TLCAN contiene un capítulo sobre el particular, el capítulo 15, que exige a los estados promover la competencia, sin dejar de aplicar las leyes nacionales existentes ni de cooperar entre ellos. También se creó un grupo de trabajo con el fin de estudiar ciertos asuntos, en particular los vínculos entre las políticas comerciales y las políticas en materia de competencia, y el tema de las fusiones internacionales. Paralelamente, se está trabajando en armonizar las legislaciones y reglamentos canadienses y mexicanos con los de Estados Unidos, en muchos ámbitos, y también se suscribieron alianzas bilaterales de cooperación entre Estados Unidos y sus dos vecinos, con el fin de facilitar el intercambio de información entre las autoridades responsa-

³⁹ CNUCED, *Concentration of Market Power and Its Effects on International Markets*, Nueva York, Naciones Unidas, 1993.

bles de aplicar las leyes de competencia.⁴⁰ No obstante, de acuerdo con la perspectiva estadounidense, que es la de “nivelar el terreno”, encontramos en dicho acuerdo disposiciones sumamente fuertes, y nuevas, en lo que se refiere al acceso a los mercados públicos, a la protección de la propiedad intelectual, a los obstáculos técnicos al comercio, etcétera.

En el anteproyecto del capítulo sobre competencia en las Américas encontramos la misma posición de principio, a saber, que no se instaurará ninguna legislación ni autoridad regional en materia de competencia. Y, al igual que en el TLCAN, hallamos de nuevo la idea de “nivelar el terreno” en los diversos ámbitos juzgados prioritarios en materia de acceso a los mercados. En el primer esbozo del acuerdo, las disposiciones son básicamente una calca de las del TLCAN. Sin embargo, una innovación –que retoma el enfoque adoptado en el acuerdo de libre comercio entre Canadá y Costa Rica– es la inclusión en el acuerdo mismo de normas sobre las modalidades de la cooperación internacional, que a la fecha se encuentran contenidas en los acuerdos bilaterales de cooperación internacional en materia de competencia.

Otra novedad fue el crear un comité de negociación específico para tratar los asuntos relativos a la competencia, lo que no es en absoluto trivial, puesto que la mayoría de los países no poseen ni leyes sobre competencia ni una autoridad competente en la materia. A este respecto, el mandato de ese comité es claro: cada país deberá tener reglas transparentes y disponer de una autoridad responsable en materia de competencia, lo cual coincide con los esfuerzos recientes del FMI y el Banco Mundial para instaurar códigos y reglas de conducta referentes a la gobernanza. Pero el mandato del comité va aún más lejos: se trata de conseguir que las normas institucionales sobre competencia contemplen, entre otros, los mercados públicos, las empresas de Estado y los “monopolios oficiales”. En otras palabras, se trata de hacer que las legislaciones nacionales incorporen disposiciones que son materia de capítulos particulares y, con ello, iniciar un movimiento doble: por una parte, para uniformar los textos y, por la otra, para incorporar ciertas normas en una legislación marco cuyo alcance sobrepasaría el de cualquier disposición particular. Sin embargo, no queda claro si el acuerdo se limitará a apelar a la buena voluntad de los estados, o si se introducirán restricciones más fuertes. A este respecto, el TLCAN excluye el capítulo 15 de aquellos asuntos que puedan ser materia del mecanismo de resolución de disputas, pero lo que ahora procede en las

⁴⁰ En 2000, Estados Unidos y México firmaron un acuerdo de cooperación, siguiendo el modelo del que Estados Unidos firmó con Canadá.

Américas es desarrollar ya sea un proceso de vigilancia de las políticas y de su aplicación, o bien permitir que se recurra al mecanismo de resolución de disputas, lo cual –sin que con ello se cuestione la autonomía de las autoridades nacionales y sus decisiones– permitiría hacer valer la ley, en caso de que los estados no respetaran los compromisos adquiridos bajo los términos del capítulo relativo a la competencia. En otras palabras, el proceso de resolución de disputas no concerniría a los asuntos y decisiones particulares, sino al respeto de los compromisos en materia de competencia, que establecen, en cierto sentido, un código de “buenas” prácticas por parte de las autoridades nacionales.

En lo que respecta a la competencia, el modelo que se desarrolló en la Europa comunitaria se diferencia mucho del modelo que se perfila para las Américas. En efecto, la UE adoptó un enfoque supranacional, al elaborar reglas comunes que se aplican a escala comunitaria. Además de abordar el tema de las alianzas, el abuso por las posiciones dominantes y la concentración, las leyes sobre competencia europeas contemplan también la asistencia y subvenciones de los estados miembros. De esta forma, la UE renunció a ciertas facultades que ahora se ejercen a escala regional con el fin de reducir los riesgos de que se realizaran prácticas anticompetitivas, privadas y públicas, que pudieran contrariar los objetivos comunitarios sobre apertura comercial e integración regional. El surgimiento de una legislación comunitaria sobre concentración, a finales de los años ochenta, que completó el arsenal jurídico europeo relativo a la competencia, verdaderamente confirmó el poder de la Comisión Europea en esa materia. Los estados miembros conservaron hasta entonces una autoridad incontestable para el control de la concentración. La reglamentación europea a este respecto significó que las fusiones y adquisiciones de gran envergadura –en dimensiones europeas– dejaran de ser competencia de los estados miembros. Este modelo de derecho supranacional requiere que los estados miembros acuerden reglas comunes que reduzcan la autonomía de los mercados y de los actores económicos, así como el grado de soberanía que están dispuestos a sacrificar, a favor de una autoridad supranacional.

Asimismo, debemos reconocer que el hecho de que la UE haya impedido algunas fusiones internacionales –sobre todo en el caso de Honeywell-General Electric– es también un indicador de las diferencias que existen entre las dos visiones más importantes sobre la competencia, a saber, la estadounidense y la europea. Estados Unidos no dejó de denunciar, además del carácter discriminatorio del fallo, la actitud intervencionista de la UE y su desconfianza hacia las posiciones dominantes y la concentración. No obstante, una mirada más objetiva de la legislación europea en materia de competencia y de su aplicación nos revela que se trata de sensibilidades di-

ferentes con respecto a las posiciones dominantes: la UE por lo general ha dado prueba de una gran flexibilidad en la vigilancia de los mercados y el control de la concentración, sobre todo en aras de la eficacia y la competitividad. Por otra parte, más allá de las diferencias y de una clara rivalidad, también existe una voluntad de convergencia y de armonización hacia lo que podríamos llamar una “cultura global de la competencia”. Paradójicamente, en efecto, si bien la UE milita en todo el mundo para que se estipulen reglas en materia de competencia y se institucionalice la cooperación internacional, el enfoque que propone no tiene por objeto transponer el modelo europeo a escala mundial. La UE promueve, más bien, una perspectiva de armonización y de formulación de principios comunes que guíen la aplicación de las políticas en materia de competencia. Estados Unidos, por su parte, siendo más bien refractario a la idea de internacionalizar las leyes sobre competencia, se muestra ahora interesado en las iniciativas internacionales que permitan reducir los costos y las incertidumbres de las empresas. En fecha reciente, la OCDE organizó un Foro Mundial sobre Competencia y varios países, a instancias de Estados Unidos, crearon la Red Internacional sobre Competencia. En Doha, la OMC también echó a andar el proceso tendiente a alcanzar un acuerdo en esta materia. Todas esas iniciativas tienen en común el que no ponen en entredicho la autonomía de las autoridades nacionales en lo que se refiere a la competencia; que enfatizan la importancia de desarrollar una cultura mundial sobre competencia, particularmente en los países en desarrollo, donde las leyes sobre el particular no existen o son muy recientes, y que buscan crear un entorno jurídico más seguro, eficaz y no discriminatorio para las empresas que operan en los mercados internacionales.

Informe parcial

El sucinto panorama que acabamos de presentar de los debates en torno a la inversión y las políticas sobre competencia nos permite extraer dos conclusiones. En primer lugar, si bien las leyes en materia de competencia fueron relajadas por influencia de los nuevos enfoques teóricos, también lo fueron por razones más estratégicas de eficacia y competitividad internacional. Aunque “deslindados”, los estados no capitularon, sino que más bien cambiaron los parámetros de sus políticas, que ahora buscan orientar y definir las modalidades de inserción de las economías nacionales en la economía mundial de la forma más favorable posible. El hecho de que en este nuevo contexto sean sobre todo las EMN las que salen mejor paradas no es algo que deba dudarse ni tampoco que deba causar sorpresa. Las EMN pretender incrementar

su margen de libertad a fin de consolidar su presencia dentro de una economía global caracterizada por cambios tecnológicos rápidos y la creciente disputabilidad de los mercados. Pero, de manera paralela, la explotación de las diferencias nacionales, e incluso infranacionales o regionales, que vienen paradójicamente a exacerbar la apertura de los mercados y las políticas de captación, también tienen por efecto el ofrecer a las EMN nuevas oportunidades para que aumenten su poder oligopólico, o cuando menos, para que se genere un entorno sumamente propicio para la aparición de posiciones dominantes en los mercados y para el desarrollo de importantes efectos de despojo en los mercados locales más vulnerables.

La segunda conclusión que podemos extraer es que, si bien somos testigos del endurecimiento de las reglas nacionales contra las prácticas desleales extranjeras y, paralelamente, de la internacionalización de las políticas sobre competencia, la inexistencia casi total de reglas internacionales hace que estemos en presencia de un fenómeno doble, a saber, un fenómeno de multiplicación y exacerbación de las disputas entre los países, pero también de multiplicación de los acuerdos bi o plurilaterales cuyo objeto es conseguir más transparencia y encontrar los medios para uniformar las legislaciones nacionales. El hecho de que, aquí de nuevo, sean los países más poderosos los que salen más beneficiados no es algo que deba sorprendernos. La relación de fuerzas está a su favor tanto más cuanto que, por una parte, el acceso a los mercados da lugar a un comercio ilegal y, por la otra, para ellos el interés principal de la globalización no se limita a la mera apertura de los mercados, sino que se extiende a la implementación de un entorno institucional que sea favorable al despliegue de las actividades de las EMN en todos los mercados. En ese sentido, el examen de las evoluciones en el ámbito de la competencia muestra claramente que la protección de la inversión tiene primacía sobre los compromisos suscritos, y que debe extenderse también a las leyes en materia de competencia y, de manera general, a todos los instrumentos legislativos y reglamentarios que estén directa o indirectamente relacionados con la actividad de las empresas. O para decirlo con palabras más simples, el acceso a los mercados presupone desde ahora un modelo de "buena" gobernanza, el cual exige a los estados que se ajusten a la profundización del principio de competencia y que supone también, en el aspecto privado, la autodisciplina de los mercados y de los actores privados. Esto es, cuando menos, lo que al parecer se desprende del proyecto de las Américas y, en términos más generales, de la forma en que han evolucionado los debates a escala internacional.

En breve, ya sea que se trate de la inversión o de la competencia, las inquietudes que suscita la competitividad están tan presentes en las políticas públicas que podemos ver en ellas el origen de fricciones y disensiones en-

tre estados a los que, de esta manera, se les requiere que sienten las bases de un marco normativo que se espera “libere” a la inversión de las limitaciones nacionales que restringen su circulación y que introduzca, en nombre de la eficacia, cierta flexibilidad en el examen de las situaciones y prácticas en los mercados. Pero, al mismo tiempo, dado que las economías nacionales se encuentran cada vez más surcadas por los flujos y redes transnacionales y las políticas económicas nacionales e internacionales están cada vez más entrelazadas, los estados aparecen –aunque en grados diversos, claro está– como poderosos “actores oligopólicos”, capaces de afectar la dinámica competitiva y las reglas del juego, o cuando menos, de hacer que ambas evolucionen en un sentido favorable tanto para las empresas como para las economías nacionales. Una de las consecuencias más evidentes de esta “transformación” es que ahora la competencia no tiene lugar solamente entre empresas, sino también entre estados, y entre estados y empresas.⁴¹

EL REGIONALISMO: ¿CAMINO OBLIGADO O MODELO?

De esta manera, vemos que los estados toman conciencia de los vínculos cada vez más complejos y paradójicos entre el entorno nacional y el crecimiento de las empresas, los cuales caracterizan la dinámica competitiva inherente a la globalización económica. Los gobiernos se han vuelto más sensibles a los efectos que tienen sus políticas en las estrategias corporativas en materia de inversión, así como a las interacciones múltiples que existen entre el desempeño de las empresas en los mercados internacionales y el medio en el que se desarrollan. Si bien el concepto microeconómico de competitividad suscita muchos problemas teóricos cuando se le extiende al contexto de una nación,⁴² hoy en día se reconoce que la competitividad de una empresa depende no sólo de los recursos y del dinamismo que obtiene de su propia organización, sino también de las economías externas que consigue de su entorno.

⁴¹ Por ello, no es vano hablar, como lo hacen Stopford, Strange y Henley, de la nueva diplomacia comercial o de la “diplomacia de negociante”, dado que los gobiernos se muestran dispuestos a apoyar abiertamente a sus empresas “nacionales” en las iniciativas de éstas para conquistar nuevos mercados, ya sea por medio del comercio o de la instalación en sitio, y ello a pesar de que dicho apoyo pueda adoptar formas sumamente cuestionables, sobre todo desde la perspectiva de la competencia. S. Strange *et al.*, *Rival States, Rival Firms: Competition for World Market Shares*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

⁴² Véase, al respecto, David R. Rapkin y Jonathan R. Strand, “Competitiveness: Useful Concept, Political Slogan, or Dangerous Obsession?”, en D.R. Rapkin y W.L. Averry, *National Competitiveness in a Global Economy*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 1995, pp. 1-20.

Por otra parte, mientras que las empresas quieren aumentar su libertad de acción en un entorno seguro, los estados, por su parte, parecen reticentes a la idea de que se les impongan restricciones. Por ende, éstos enfrentan dos problemáticas contradictorias. Por un lado, deben tomar medidas para garantizar una competencia efectiva en su mercado nacional y respetar sus compromisos frente al libre comercio; por el otro, se ven en la necesidad de adoptar enfoques más flexibles en materia de competencia interna a fin de favorecer la competitividad de las empresas nacionales en la economía mundial, suponiendo, además, que la “disputabilidad” del mercado nacional quedará garantizada por la competencia que tiene lugar en una economía ahora global. Esta contradicción es aún más fuerte dado que los estados mismos deben dar muestra de autodisciplina, si bien resulta más imperativo y, por ende, justificable desarrollar nuevos medios para promover la competitividad de las empresas y del territorio. El resultado es que ese objetivo conduce a los estados a elaborar estrategias que quizá sean irreconciliables con la eliminación de las prácticas desleales y el control de la concentración. Ciertamente, las interacciones que existen entre las estrategias de las empresas y las de los gobiernos indican que tal vez resulte difícil reglamentar las prácticas anticompetitivas, en tanto las empresas y los estados se rehúsen a que se reduzca su libertad de acción.

Como es obvio, los estados reconocen la importancia, por no decir urgencia, de la cooperación internacional, ahora que presenciamos, por una parte, el surgimiento de posiciones dominantes en los mercados y la aparición de prácticas anticompetitivas que escapan a las reglas de la competencia, y por otra parte, formas nuevas de rivalidad sistémica entre ellos.⁴³ Con respecto a la competencia, por ejemplo, se observa que los estados recurren cada vez más al principio de cortesía⁴⁴ y que ciertos acuerdos de la

⁴³ Preferimos hablar de competencia sistémica y no, como Sylvia Ostry, de “fricciones sistémicas”. Para los partidarios de la tesis de la convergencia el surgimiento de una sociedad civil mundial forma parte de la dinámica misma de la globalización, una dinámica que, a su vez, se inserta en el movimiento de integración e interpenetración crecientes de los espacios sociales. Desde esta perspectiva, los problemas de la aún difícil coexistencia de los espacios nacionales, dentro de una economía mundial cada vez más homogénea, se tornan simples problemas de fricción.

⁴⁴ Este principio acota los efectos extraterritoriales de la aplicación de las políticas sobre competencia, que podrían ser perjudiciales a las empresas extranjeras y a los socios comerciales, y puede reducir los conflictos internacionales. Desde hace algunos años, el principio de cortesía positiva permite también cooperar en la aplicación de las disposiciones de la política en materia de competencia, y no solamente restringir su aplicación. El empleo de ese principio sigue siendo voluntario y depende del espíritu de cooperación que exista entre las autoridades nacionales involucradas.

OMC han incorporado algunos principios de competencia, en particular el acuerdo sobre medidas relativas a las inversiones y vinculadas con el comercio (MIC), el referente a los aspectos de las leyes sobre propiedad intelectual que atañen al comercio (ADPIC) y el de telecomunicaciones básicas. Los trabajos se orientan, asimismo, hacia la elaboración de un acuerdo marco sobre medidas anticompetitivas vinculadas con el comercio (MAC), que contendría principios y procedimientos básicos. Pero, más allá de esas medidas y de algunas propuestas que se hayan hecho para establecer reglas internacionales en materia de competencia,⁴⁵ no se ha logrado hasta la fecha nada realmente concreto, dado que las negociaciones multilaterales se topan con problemas casi insolubles, pues las instituciones y las reglas internacionales son anticuadas e inoperantes, empezando con la OMC, que no contempla ni el tema de la inversión ni el de la competencia.

Es evidente que las negociaciones internacionales, en particular a escala regional, como es el caso en las Américas, se enfocan cada vez más en los marcos normativos de una integración profunda, basada en redes transnacionales, y ya no en una integración que dependa de los estados y los flujos comerciales. Estos nuevos marcos normativos deberán hallar una solución al dilema siguiente: por una parte, tendrán que responder a las demandas de las empresas, las cuales buscan mayor protección y libertad, lo que propicia el surgimiento de posiciones dominantes en los mercados mundiales y amenaza la autonomía de los estados; por otra parte, deberán tomar en consideración que los estados buscan captar las inversiones y posicionarse mejor en una economía globalizada, lo cual genera nuevos conflictos y acentúa las desigualdades entre los estados. En cierta medida, el problema consiste en llevar a cabo los arbitrajes que impone el triángulo imposible de la economía política internacional, el cual consiste en conjugar la autonomía de los mercados, la regulación internacional y la soberanía de los estados.

⁴⁵ Por ejemplo, la creación de una autoridad antimonopólica responsable de que se apliquen reglas comunes y armonizadas, de conformidad con las autoridades nacionales; la creación de una International Competition Policy Office, que obligaría a los estados a tomar medidas en lo concerniente a la eliminación de las exenciones hechas a los cárteles comerciales, el abuso de las posiciones dominantes en los mercados internacionales y los procedimientos de aprobación de las fusiones; así como en cuanto a incrementar la cooperación bilateral y elaborar un acuerdo plurilateral en el marco de la OMC, sobre ciertos principios básicos, que sería implementado por las autoridades nacionales. A este respecto, véase, en particular, W. Fickentscher *et al.* (comps.), *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995; Communautés européennes, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, Rapport du groupe d'experts, Bruxelles, Office des publications officielles des communautés européennes, 1995.

El triángulo de la cooperación económica internacional

El triángulo de incompatibilidad en la economía política internacional nos permite prever que las formas que adoptarán los nuevos marcos normativos corresponderán a alguno de los dos grandes modelos siguientes.⁴⁶ El primero, que podemos calificar como legalista, consiste en subordinar la libertad de los actores privados y públicos al respeto del bien común (lo que implica formular una legislación basada en reglas, normas y estándares que descansan, a su vez, en valores compartidos y que tienen preeminencia sobre la autonomía decisoria de los actores públicos y privados). En cuanto al segundo modelo, éste apela a la autodisciplina y al establecimiento de códigos de conducta (*soft law*) para manejar los riesgos sistémicos inherentes al ejercicio incontrolado y potencialmente abusivo de la libertad.

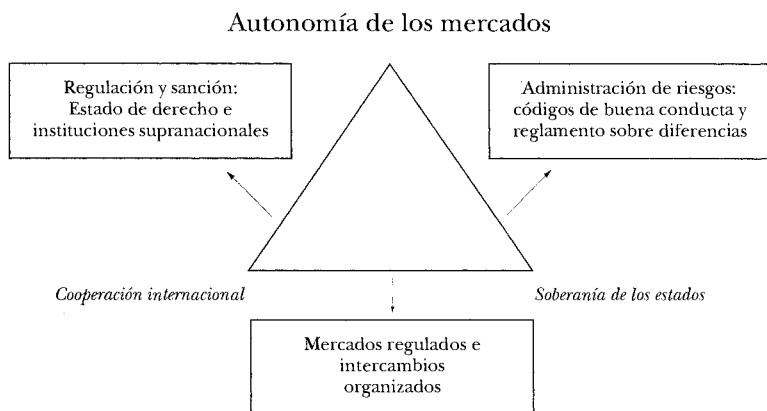
La idea del “triángulo imposible” es la siguiente: si los marcos normativos deben articularse en torno a tres elementos principales, a saber, la autonomía de los mercados, la soberanía de los estados y la institucionalización de la cooperación, es imposible unir los tres en una misma opción. En otras palabras, no puede simultáneamente reglamentarse la competencia, sacarse provecho de la globalización de los mercados y salvaguardar la soberanía de los estados; sólo pueden aparejarse dos elementos de los tres, y este apareamiento va necesariamente en contra del tercer elemento. Una vez eliminada la opción, irrealista hoy en día, del control total,⁴⁷ sólo quedan dos alternativas: ya sea 1) una cooperación aparejada a la regulación de los mercados, pero que va en detrimento de la soberanía de los estados y de la libertad de los mercados (pérdida de libertad), o bien, 2) la libertad de los mercados acoplada a la soberanía de los estados, en cuyo caso la regulación implica la autodisciplina de los actores y la sujeción a ciertos códigos.

No obstante, se presentan dos problemas. En el primer caso, se debe determinar hasta qué punto puede llevarse la regla común, lo que equivale a preguntarse hasta dónde están dispuestos a llegar los actores públicos y privados en la pérdida de su autonomía, a cambio de las ventajas comunes que les procure el Estado de derecho. En el segundo caso, se debe determinar el límite de la autonomía de los actores, lo que equivale a preguntar qué riesgos se está dispuesto a correr, al dejar que los actores privados y públicos tengan plena libertad de decisión. O bien, en aras del interés co-

⁴⁶ El triángulo está inspirado en el triángulo monetario de Robert Mundell.

⁴⁷ Existe, es cierto, una tercera opción, la de una cooperación internacional aparejada con la soberanía de los estados, en detrimento de la libertad de los mercados, pero la descartamos de inmediato porque corresponde a una economía dirigida y con intercambios organizados, lo cual nos parece muy lejano de las opciones que hoy en día se contemplan.

mún, los estados aceptan dejar la función de regular los mercados y las relaciones económicas que mantienen en manos de instituciones supranacionales, opción que tiene un precio –a saber, que las leyes se apliquen de arriba abajo y que la libertad de los actores se vea coartada por el Estado de derecho–, o bien los estados y los mercados conservan su autonomía, a riesgo, en este caso, de que surjan situaciones de posición dominante, tanto en los mercados como entre los estados, riesgo que los actores privados y públicos tendrían que manejar por sí mismos, mediante códigos de conducta y reglas de gobernanza.



La primera de esas dos opciones, que se acerca al modelo europeo, desemboca en una legislación internacional en materia de inversión y competencia basada en el modelo del bien común, es decir, el modelo que han abonado hasta hoy los estados-nación. Con base en un consenso sobre el grado de autonomía que los estados aceptan perder y el grado de libertad que están dispuestos a quitar a los mercados y a los actores privados, lo que se hace, entonces, es vigilar que no se infrinjan las reglas por parte de los estados (competencia desleal) y de las empresas (prácticas anticompetitivas y posiciones dominantes), por medio de las instituciones supranacionales apropiadas.

En la otra opción, que corresponde al enfoque que preconiza Estados Unidos y a la situación que prevalece, por lo general, a escala internacional, lo que se hace, más bien, es reducir los riesgos del mercado y de la soberanía, elaborando códigos de conducta y de gobernanza (privada y pública), e incluso implementando mecanismos jurídicos, como los de solución de controversias, por ejemplo, que velan por los compromisos suscritos. En ese caso, los estados deben ser capaces de obtener un consenso en cuanto a las

reglas mínimas o los mecanismos de gestión de riesgos con los que es conveniente dotar a los mercados y a las relaciones interestatales, sin menoscabo de la autonomía de los mercados y de los actores privados, pero tampoco de la de los estados, de acuerdo con el principio de soberanía nacional. En este caso, se apela a la razón y a la moderación de los actores, más que a la razón superior del bien y del interés comunes. No obstante, los debates recientes en torno al nuevo código prudencial de los bancos, que el Comité de Basilea está elaborando con grandes dificultades, muestran hasta qué punto es difícil, incluso ahí mismo, establecer reglas, por mínimas que éstas sean.

Cabe destacar que las reglamentaciones inherentes a cada una de estas opciones conllevan marcos normativos y modos de regulación de las prácticas completamente distintos. Conviene abordar por separado los dos ámbitos de regulación, el uno económico y el otro político. En el plano económico, se debe definir cuál de los principios –de competencia o de organización– habrá de regir la economía a fin de garantizar la estabilidad y la eficacia (Estado firme), pero también hasta qué punto es prudente abordar el arbitraje entre regulación y autonomía de los mercados o de los actores privados, cuando ellos mismos tienen prácticas que van en contra del principio de competencia. En el plano político, debe optarse por el principio de soberanía o el del interés común, pero esto depende, de hecho, del tipo de relaciones que se privilegie en el ámbito económico; es decir, si la autonomía de los mercados prevalece sobre la regulación, lo que caracterizará generalmente al marco normativo de los intercambios internacionales será el principio de soberanía, que corresponde a una lógica del jinete único, más que el principio de organización, que caracteriza al marco normativo de los intercambios internacionales.

La dinámica actual opera a favor de la autonomía de los actores, ya sean públicos o privados, con un énfasis muy claro en el principio de competencia. Las restricciones para los actores provienen cada vez menos del entorno nacional, y existe en la materia un vacío institucional a escala internacional. Aunque algunos reconocen que las EMN ocasionan problemas de competencia,⁴⁸ existe más bien el consenso, sobre todo en la OCDE, de que deben mejorarse las condiciones de competencia en los mercados internacionales, lo que exige dar prioridad a la armonización de las reglas en materia de protección del inversionista y de su inversión.⁴⁹ Tanto en el ca-

⁴⁸ Véase CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2000: Les fusions et acquisitions et le développement*, 2000; CNUCED, *World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, Nueva York y Ginebra, 1997.

⁴⁹ En este punto, las posturas de los dos grandes actores, Estados Unidos y la UE, son el principio irreconciliables. Estados Unidos es más bien favorable a un enfoque minimalista,

so de la competencia como en el de la inversión internacional, ha llegado el momento de aplicar controles nacionales o códigos de conducta de carácter obligatorio, que apelen a los deberes de los estados y de las empresas, poniendo el acento sobre todo en la autodisciplina de los actores privados, en el respeto a las leyes nacionales existentes y en la cooperación internacional para mejorar la eficacia de las leyes nacionales; en otras palabras, en la cooperación voluntaria tanto entre los estados como entre éstos y las EMN.⁵⁰ Y ¿cómo podría ser de otra manera, si, en el contexto de integración competitiva a la economía mundial, esos mismos estados han adoptado estrategias con respecto a las EMN y la IED con las que se busca simultáneamente sacar provecho de su presencia en el territorio nacional⁵¹ y apoyar, promover y proteger los intereses nacionales en los mercados extranjeros, además de que, paralelamente, vemos surgir un nuevo actor del derecho internacional: la EMN? Entonces, más que apelar al bien común, debe apelarse a la autodisciplina de los actores, autodisciplina que implica, entre otras cosas, el empleo de códigos de conducta y la aplicación más informal de principios como el de la cortesía.⁵²

Preguntémonos ahora: ¿dadas las dificultades que se encuentran en el plano multilateral, no sería preferible contentarse con la opción regional y realizar las reglamentaciones en ese nivel? Ciertamente, se trata de una de las preguntas más pertinentes, pero es importante tomar en cuenta que ninguna opción regional podría limitarse a existir en una sola región del mundo y que, si bien tenemos hoy en día dos modelos rivales, el uno se halla indudablemente por delante del otro. Examinaremos esto con detalle a continuación.

basado en las leyes existentes y las competencias nacionales, en todo caso complementado con la introducción de códigos de conducta, mientras que la UE preconiza más bien una estrategia comunitaria, basada en la aplicación de su legislación.

⁵⁰ El modelo en la materia es el Comité de Basilea, que se está esforzando por establecer reglas de seguridad financiera en el ámbito bancario, lo que involucra tanto a las autoridades bancarias nacionales como a los grandes bancos internacionales. Sin embargo, dado que los bancos consideraron que el acuerdo obtenido sobre los 25 principios fundamentales era demasiado riguroso, la entrada en vigor del nuevo código de conducta se pospuso en julio de 2001 y no se prevé que vaya a llegarse a un acuerdo próximamente, aunque sigue vigente el plazo previsto, de 2004-2005.

⁵¹ Como lo expresa la OMC en su informe de 1997, “dejarse arrastrar en una competencia por conseguir proyectos de IED es lo mismo que enviar a un funcionario a que participe en una subasta por un bien cuyo valor real es en gran medida desconocido para el país”. OMC, *op. cit.*, p. 71.

⁵² Véanse los muy interesantes comentarios de Alain Pellet a este respecto, en “Vers une mondialisation du droit international”, en S. Cordellier y F. Doutant, *Mondialisation. Au-delà des mythes*, Paris, La Découverte/Les dossiers de l'État du monde, 1997.

Estados Unidos y el regionalismo en las Américas

Hoy en día, son muchos los que piensan que es posible encontrar en el regionalismo un elemento que responda a esos varios problemas y, por tanto, que es posible revivir el multilateralismo, creando a escala regional o plurilateral precedentes que todos los miembros de la OMC tendrían que reconocer y aceptar multilateralmente. La ventaja de esta fórmula es doble; por una parte, permite delimitar el problema de la negociación entre un número demasiado grande de estados y, por la otra, equivale a otorgar a ciertos estados y a sus socios el privilegio de que definan las reglas que más tarde el resto tendrá que acatar.⁵³ Esto es cuando menos lo que ocurre en las Américas, donde los acuerdos comerciales, e incluso de cooperación económica, han introducido algunas importantes innovaciones institucionales que dejan pensar que la vía bilateral, plurilateral o regional puede servir de plataforma para hacer avanzar las negociaciones en otros niveles. Pero, al mismo tiempo, como veremos ahora, no debemos perder de vista que el modelo en uso opera en un entorno de negociación asimétrico, que deja poca libertad de acción a los actores públicos, y además, que no es posible poner en el mismo nivel de dichas negociaciones la agenda comercial de Estados Unidos y las de los otros países.

Para integrarse de manera competitiva a la economía mundial, el acceso privilegiado y seguro a un gran mercado es, generalmente, el camino obligado del país pequeño, o bien un medio cómodo para responder a las exigencias de esa integración. A riesgo de ser demasiado tajantes, diríamos que ésa es la razón por la cual Canadá, luego México y ahora todos los países del continente, salvo la notable excepción de Cuba, se han vuelto hacia Estados Unidos. En cambio, para Estados Unidos, creador del proyecto de las Américas, el problema es distinto. Contra lo que afirma Bhagwati, el problema no es que Estados Unidos también se haya dejado seducir por el canto de sirenas del regionalismo, sino más bien que sigue una estrategia en la cual busca hacer avanzar en forma paralela y entrelazada dos proyectos: uno de integración hemisférica y el otro de reconstrucción del orden económico mundial.⁵⁴ El recurso sistemático a acuerdos bilaterales y regionales pretende tanto reforzar la posición central de Estados Unidos en la economía mundial, mediante una sistema de alianzas comerciales similar al de eje y rayos,

⁵³ Es, por ejemplo, el principio de las convenciones suscritas en el marco de la OCDE o en el de los trabajos del Comité de Basilea sobre las prácticas bancarias.

⁵⁴ Al respecto, véase Christian Deblock y Gérald Cadet, "La politique commerciale des États-Unis et le régionalisme dans les Amériques", *Études internationales*, vol. XXXII, núm. 4, diciembre de 2001, pp. 653-692.

como servirse de ellos a manera de palanca para esparcir un modelo basado en la primacía de las reglas y normas del derecho, y preparar así el camino para pactar alianzas bilaterales o plurilaterales del mismo tipo que, ensamblándose las unas con las otras, constituyan el trampolín hacia el libre comercio global. En esta estrategia planetaria, la opción regional hemisférica bien pronto cobró una importancia muy particular, pues era ahí donde las condiciones eran más propicias para una iniciativa de gran envergadura, que en cierta forma habría de consolidar las transformaciones en curso, al hacer de la integración económica y de la democracia el cimiento de un nuevo modelo de cooperación interamericana.⁵⁵

Regresemos ahora al proyecto de las Américas y veamos en qué consiste su originalidad.

En un primer nivel, este proyecto se propone completar y ampliar la marcha liberacionista que se inició en el continente desde el comienzo de los años ochenta. La completa en la medida en que las negociaciones comerciales deben desembocar en un acuerdo marco, que habrá de consagrar todos los esfuerzos hechos para, a la vez, difundir el libre comercio, reformar las políticas económicas y establecer, a escala continental, normas institucionales favorables para las empresas. Y también la amplía en cuanto se trata de llegar más lejos que lo realizado hasta ahora, mediante el TLCAN, sentando las bases de un nuevo modelo de gobernanza y de cooperación panamericana que, en el interior de lo que se ha convenido en llamar la "comunidad de las democracias", habrá, entre otras cosas, de sancionar la autonomía del mercado, reconocer la preeminencia de los derechos civiles y políticos sobre los económicos y sociales, y llamar a la participación de la sociedad civil, más que al Estado, y por ende, contribuir tanto a la paz y a la estabilidad en la región, como a la implementación gradual de un espacio jurídico adecuado para garantizar los derechos y la seguridad económica de los inversionistas, a escala continental.

Recordemos a este respecto que el plan de acción adoptado en Miami incluía no menos de 23 iniciativas y más de 150 medidas, agrupadas en cuatro grandes temas: 1) la preservación y el fortalecimiento de la comunidad de democracias de las Américas, 2) la promoción de la prosperidad mediante la integración económica y el libre comercio, 3) la erradicación de la pobreza y de la discriminación en el hemisferio, y 4) la garantía de un desarrollo durable y de la conservación del medio ambiente natural para las generaciones futuras. Si bien, desde entonces, los planes y programas de acción han sido modificados, y no todos los expedientes avanzan al mis-

⁵⁵ Richard E. Feinberg, *Summary in the Americas. A Progress Report*, Washington, Institute for International Economics, 1997.

mo ritmo, debemos hacer notar que los lineamientos del proyecto inicial siguen sin cambio, en lo esencial, lo cual planteará inevitablemente, tarde o temprano, el muy polémico asunto de las instituciones, o cuando menos, de la forma que éstas adoptarán. Dado que, para todo fin práctico, la ruta supranacional ha sido bloqueada por el propio Estados Unidos, y también por los otros países que temen su hegemonía, sólo queda la ruta mínima de la cooperación sectorial y la de los códigos de práctica.

En un segundo nivel, aunque por el momento no se pretenda aún ampliar el TLCAN al resto del continente, dado que la presidencia actual juzga preferible la estrategia de las alianzas comerciales, este acuerdo sigue siendo, a pesar de todo, el modelo de referencia en las negociaciones hemisféricas y, por extensión, en las negociaciones multilaterales.⁵⁶

No retomaremos lo que dijimos antes a propósito de las reglas en materia de inversión y competencia, pero queremos insistir, por una parte, en el hecho de que el TLCAN instaure un derecho positivo que limita la autonomía de los estados a las cláusulas de reserva y a las cláusulas de excepción tradicionales, que derivan del interés público, y por otra parte, en el hecho de que este acuerdo creó un entorno institucional totalmente nuevo, que propicia el paso de una integración superficial a una integración profunda, centrada cada vez más en la organización de la producción en redes y ramificaciones. Esto ha producido tres resultados. En primer lugar, las EMN estadounidenses, antes que otras, consolidaron su presencia en el espacio económico que cubren. En segundo lugar, la polarización económica en Estados Unidos se acentuó, de lo que dan testimonio, entre otros hechos, la concentración geográfica del comercio canadiense y mexicano en Estados Unidos y la posición estratégica que ocupan ahora Canadá y México en las relaciones comerciales de Estados Unidos. Y, en tercer lugar, se puso en marcha una nueva dinámica institucional, por medio de los diversos comités y mecanismos de solución de controversias, una dinámica que tiende a producir sus propias reglas, a imponerse de arriba abajo y a causar cortos circuitos en los procesos democráticos.

En suma, el proyecto de las Américas –si llega a término, claro está– instaurará un modelo de integración que, al sancionar la autonomía del mercado, la igualdad de trato y el derecho de las empresas, tendrá dos efectos: el primero, consagrar el poder de los inversionistas extranjeros sobre todos los demás y, con ello, el ascendiente del poder económico extranjero sobre el poder político doméstico; y el segundo, consagrar la preeminencia de Estados Unidos en el espacio continental, en un campo

⁵⁶ Véase, "US Trade Official Says Work on FTA Helped Launch WTO Talks at Doha", *Washington File*, 21 de febrero de 2002.

en el que siempre tuvo que transigir con las trayectorias nacionales, las reglas y las instituciones de sus vecinos. En tales circunstancias, nos parece aún más difícil pensar que el regionalismo pueda ser una respuesta al dilema de la cooperación internacional, e incluso una respuesta a la globalización, como muchos lo afirman. Más aún cuando el modelo que se está implantado en las Américas forma parte de un proyecto de reconstrucción del orden económico internacional apegado a criterios que, tras los falaces pretextos de aplicar el principio de trato nacional entre los estados y de ampliar la cláusula de nación más favorecida a la inversión extranjera directa, buscan que se reconozca la primacía del derecho de las empresas sobre cualquier otro, y un modelo de gobernanza que no es sino el que Estados Unidos privilegia para la conducción tanto de los asuntos económicos como de los internacionales.

CONCLUSIÓN

En su última obra, *The Retreat of the State*, Susan Strange desarrolla la tesis –contraria, de hecho, a la que ella, Stopford y Henley plantearon en *Rival Firms, Rival States*– según la cual el Estado, cuando menos tal como se le concebía bajo el espíritu westfaliano –es decir, si no como sujeto único, al menos sí como actor principal del escenario internacional–, se encuentra en retirada frente a otros actores de la arena internacional, lo que va acompañado de transferencias y abandono de poderes y responsabilidades. Según Strange, estamos ante un triple fenómeno: 1) el desplazamiento del poder hacia lo alto, de los estados débiles hacia los fuertes, en un espacio global o regional que se extiende más allá de sus fronteras; 2) el desplazamiento lateral del poder, de los estados hacia los mercados, y 3) la “evaporación” de algunos de esos poderes, en el sentido de que ninguna persona estaría en condiciones de ejercerlos.

La tesis es evidentemente polémica y va encaminada, como es siempre el caso en los trabajos de Strange, tanto contra la teoría realista de las relaciones internacionales y su modelo estatocéntrico del “Estado total”, como contra las teorías económicas convencionales sobre la autonomía de los mercados. Que el Estado se ha replegado, eso es sin duda cierto, pero aún queda por explicar, desde el interior, cómo y por qué se dio ese repliegue. Por otra parte, al insistir únicamente en esa dimensión del cambio, ¿no corremos el riesgo de apresurarnos a concluir que el mundo ya no tiene sentido, retomando las palabras de Zaki Laidi? El camino que hemos seguido hasta aquí, y que nos parece más fructífero, consiste en destacar que, si bien éste plantea una cierta concepción de la modernidad liberal que otor-

ga primacía a los derechos económicos individuales por sobre cualquier otro derecho, no por ello los estados han renunciado a los derechos políticos que les confiere su soberanía, sino que buscan más bien conciliar sus propias prioridades con las nuevas restricciones que impone la globalización económica.

Cuando evocamos el hecho de que la transnacionalización es un fenómeno que forma parte de la descompartimentación del mundo, lo que pretendíamos era mostrar que, paralelamente a ese hecho, estaba implantándose un nuevo modelo de integración económica internacional, la cual es más profunda y está centrada en las EMN. Este modelo no se alza en el vacío, sino que se apoya en las interacciones de los espacios económicos nacionales y las redes transnacionales de las EMN. Integrados a esas redes, los espacios nacionales se hallan así integrados los unos con los otros, como también han sido puestos a competir los unos contra los otros, pero según modalidades distintas de las que siempre contempló la teoría económica convencional. Lejos de que implique la existencia de un espacio que está redefiniendo los elementos constitutivos de las economías nacionales a escala mundial (moneda, mercado, producción, instituciones), la globalización, por el contrario, hace que salten a la vista las fracturas y desigualdades que llevan a dudar de la pertinencia de interpretar ese fenómeno como parte de una visión universalista y homogénea.⁵⁷

A lo largo de estas páginas, hemos mirado hacia esa otra dimensión de la globalización, su dimensión política. La globalización revela la descomposición del orden internacional del periodo de la posguerra, que cede frente a una economía política neoliberal que hace “estallar los marcos de regulación nacionales y [...] resaltar la debilidad de las instancias de regulación supranacionales”,⁵⁸ pero que también, paradójicamente, hace surgir nuevas prácticas de actores que van totalmente en contra tanto de los principios sobre los que descansa esta economía política, como de los efectos que deberían anclarla en las políticas y las instituciones. Más aún, lejos de ajustarse a las realidades de la globalización y apoyar la reconstrucción de los espacios de regulación, el discurso librecambista ha servido sobre todo como estandarte para ciertas estrategias gubernamentales que traslucen una doble preocupación, a saber, por una parte, favorecer la integración competitiva de las economías nacionales, y por la otra, voltear la transnacionalización a su favor.

⁵⁷ Véase, a este respecto, Suzanne Berger y Ronald Dore (comps.), *Convergence or Diversity? National Models of Production and Distribution in a Global Economy*, Ithaca, Cornell University Press, 1997.

⁵⁸ Jacques Adda, *op. cit.*, p. 4.

Las EMN han ampliado considerablemente su libertad de acción y, con ello, su poder de negociación frente a los estados, lo cual, a su vez, tiene por efecto provocar el debilitamiento de éstos como mediadores de la vida en sociedad y su repliegue como actores privilegiados del escenario internacional; pero los estados no se han quedado impasibles. En perjuicio de los defensores del “sólo mercado”, el Estado ha entrado de lleno en la globalización. Mediante el desarrollo de estrategias que no buscan tanto la protección del espacio económico nacional, como fue el caso hasta ahora, sino un mercantilismo adaptado a la situación actual, el Estado ha integrado en sus políticas públicas las exigencias de una competencia ahora global, a riesgo de provocar tensiones y disensiones, y de agravar las fracturas y las desigualdades dentro del sistema económico internacional.

Las organizaciones internacionales, por su parte, son anticuadas y las reglas comerciales no bastan, en este nuevo contexto, para controlar los efectos perversos de una competencia que ya no se da simplemente entre las empresas, en los mercados internacionales, sino también entre los estados mismos. Pese a su fuerte carácter esquemático, el triángulo imposible de la cooperación internacional tiene el mérito de permitirnos tomar medidas a los dilemas institucionales y a los arbitrajes a los que será preciso proceder para establecer reglas. Existen dos caminos posibles: el de la gestión de los riesgos y el de la reglamentación de las libertades mediante la ley. Pero, en un contexto en el que los estados buscan, ante todo, atraer la IED y promover la transnacionalización de las empresas nacionales, y en el que las empresas escapan a los controles estatales, no es de sorprender que veamos surgir estrategias tendientes a apoyar y propiciar la creación de códigos de buena conducta, más que mecanismos restrictivos. La tendencia en esa dirección es reforzada –como lo mostramos antes– por las innovaciones institucionales que se introducen a escala regional, o cuando menos, en el hemisferio occidental.

En el caso europeo, los países miembros han optado, hasta el momento, por la regulación de los mercados y una creciente cooperación, encaminadas a crear una legislación supranacional sobre inversión y competencia, que se elabora con base en el modelo establecido del bien común, hasta entonces apoyado por los estados.⁵⁹ En las Américas, por el contrario, el modelo –cuyas premisas, no lo olvidemos, son la libertad de los mercados, aparejada a la soberanía de los estados– parece orientarse hacia la implementación de reglas de conducta y de gobernanza, que van acompañadas

⁵⁹ Debemos hacer notar, sin embargo, que el propio modelo europeo fue liberalizado, que la noción de gobernanza está abriéndose camino y que las consideraciones sobre la competitividad tienden cada vez más a imponerse en la toma de decisiones públicas.

de mecanismos de control y de solución de controversias. Por esto mismo, en el continente americano se consolida no sólo un modelo liberal que, sancionando la autonomía del mercado, da primacía a los derechos de las empresas por sobre cualquier otro derecho, sino también un modelo jurídico internacional que, haciendo a un lado las diferencias de tamaño y de desarrollo, deja las relaciones económicas entre los gobiernos en manos exclusivamente del Estado de derecho, el reconocimiento de la igualdad de trato y la nivelación de las reglas en materia de competencia. En lo inmediato y en el contexto particular de las Américas, la aplicación de un modelo semejante tiene dos consecuencias: la primera es la instauración de un derecho positivo que limita la autonomía de los estados a las cláusulas de reserva y a las cláusulas de excepción tradicionales, las cuales derivan del interés público; la segunda es la puesta en marcha de un proceso de convergencia sistémica de las leyes nacionales en materia de competencia hacia un modelo común que apenas podemos diferenciar de las leyes estadounidenses. En una palabra, y para concluir, resulta un poco presuntuoso pensar que las instituciones regionales ofrecen necesariamente una mejor vía que las instituciones multilaterales para responder a los dilemas que plantea la globalización. Quizá podría ser así en el caso del modelo europeo, pero, en el del modelo que se perfila en las Américas, el regionalismo aparece, sobre todo, como un poderoso vector para la construcción institucional de la globalización económica de los más "autónomos".

Traducción de LORENA MURILLO S.