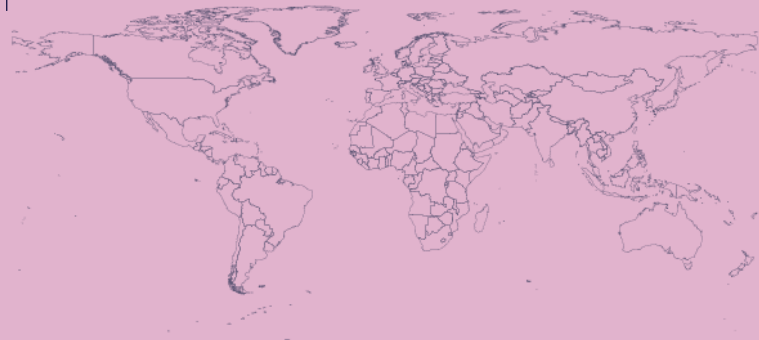


January- June 2013
Colombia
ISSN 2216-0965



EAFIT
Journal of International Law

01
.....
Vol. 4





JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW
01 | Volume 4 | January - June 2013
Colombia
ISSN 2216-0965

EDITORIAL BOARD

Rafael Eduardo Tamayo
Editor in chief
Paola Carrillo Gamboa
Managing editor
José Alberto Toro
Advisory editor
Maria Alejandra Calle
Advisory editor

GRAPHIC DESIGN AND LAYOUT

Design Division
Karin Martínez Camacho

OPEN JOURNAL SYSTEMS

Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas

WEBSITE

www.eafit.edu.co/ejil

CONTACT US

EAFIT Journal of International Law
EAFIT University
Cra 49 7 Sur 50 Medellín – Colombia
Building 27 - 4th Floor
Tel: (57) 4 - 261 95 00 ext. 9422
Fax: (57) 4 - 261 92 68
Email: ejil@eafit.edu.co

Contents

5 EDITORIAL

Rafael Tamayo Franco

7 ¿PUSO FIN EL TRATADO ESGUERRA-BÁRCENAS (1928-1930) A LA CONTROVERSIA TERRITORIAL Y MARÍTIMA ENTRE COLOMBIA Y NICARAGUA?

Andrés Ordoñez Buitrago

16 LEGISLATIVE BACKGROUND OF THE FTA BETWEEN COLOMBIA & THE U.S: INTELLECTUAL PROPERTY ON THE PHARMACEUTICAL MARKET

Elia B. Sampayo Meza

41 LA PLURALIDAD DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN VENEZUELA

Yoselyn Bermúdez Abreu y César Prades Esplot

60 UN GRUPO PRIMARIO EN EL MUNDO: APROXIMACIÓN A LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Rosario Gutiérrez Bernal

70 EL ARSENAL DE DENVER: UN EJEMPLO DE SOLUCIONES BASADAS EN EL MERCADO PARA LA GESTIÓN DE EXTERNALIDADES NEGATIVAS POR CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Camilo Piedrahita Vargas.

Editorial

Rafael Tamayo Franco (Ph.D C.)

Coordinador del
Área de Derecho Internacional.
Escuela de Derecho
Universidad EAFIT
Email:rtamayo1@eafit.edu.co

El sistema internacional es profundamente dinámico, el semestre correspondiente a este número de la Revista hemos sido testigos del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua vs. Colombia. Sobre este tema hemos decidido incluir el texto ganador del Concurso de ensayo jurídico German Cavellier en nuestra Escuela de Derecho. El estudiante Andrés Ordóñez B. investigó y escribió con gran claridad técnica en derecho el ensayo “¿Puso fin el Tratado Es-guerra-Bárceñas (1928-1930) a la controversia territorial y marítima entre Colombia y Nicaragua?”. Agradecemos a la Asociación German Cavellier la financiación del premio del ensayo que impulso la participación activa de los estudiantes.

En concordancia con los acontecimientos recientes, los temas de derecho comercial internacional siguen siendo presentes en nuestra publicación. Hace poco Francia propuso una barrera europea a los paneles solares producidos en China y en retaliación China amenaza con bloquear las importaciones de vino Frances en su territorio, una disputa comercial con muchas aristas en la que se entrelazan no solo intereses comerciales sino también problemáticas de producciones nacionales tradicionales, producción agrícola vs. producción industrial, diplomacia comercial y acciones ante la OMC. Este nuevo numero del EAFIT Journal of International Law –EJIL- esta marcado por un gran interés comercial y de derecho internacional con efectos privados, prueba de ellos son los articulos “Legislative Background of the FTA Between Colombia & the U.S: Intellectual Property on the Pharmaceutical Market” de la profesora Elia Sampayo Mesa de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, en el que se expone con detalle elementos jurídicos, políticos y sociales sobre el mercado farmacéutico. El artículo “La Pluralidad de las Fuentes del Derecho Internacional Privado en Venezuela” de los profesores -investigadores de la Universidad de Zulia, Venezuela, Yoselyn Bermúdez Abreu y César Prades Espot y el artículo de reflexión de la estudiante Rosario Gutiérrez Bernal sobre “Un grupo primario en el mundo: Aproximación a la codificación del Derecho Internacional Privado”.

Por último y en una perspectiva interdisciplinaria entre el derecho, la economía y el diseño de políticas ambientales el profesor Camillo Piedrahita Vargas nos ofrece su texto de estudio de caso titulado “El Arsenal de Denver: Un Ejemplo de Soluciones Basadas en el Mercado Para la Gestión de Externalidades Negativas Por Contaminación Ambiental”.

Finalmente, queremos compartir con nuestros lectores académicos que hemos recibido de COLCIENCIAS la indexación de la revista incluyendo los números de 2012 y 2013. Este logro, debido en gran medida a la calidad de nuestros autores implica el ingreso de la revista en el índice Colombiano y una nueva etapa de difusión y de proyectos de mejoramiento. Desde ahora estamos gestionando el próximo número en coordinación con la Universidad Autónoma de México –UNAM-, y con el Seminario permanente del Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Les deseamos a todos una buena lectura y les agradecemos sus comentarios tanto a la coordinación de la Revista como a los autores.



¿PUSO FIN EL TRATADO ESGUERRA-BÁRCENAS (1928-1930) A LA CONTROVERSIA TERRITORIAL Y MARÍTIMA ENTRE COLOMBIA Y NICARAGUA?

✉ Por: Andrés Ordoñez Buitrago¹

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2013

Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2013

Resumen

El presente artículo examina la competencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua c. Colombia), en relación al constante argumento de los agentes colombianos en La Haya y la doctrina colombiana, según el cual la Corte no tendría competencia porque el Tratado Esguerra-Bárcenas y su Protocolo (1928-1930) habían puesto fin a esta controversia, por lo cual la Corte no tendría competencia bajo ninguno de los dos fundamentos aludidos por Nicaragua, a saber, el Pacto de Bogotá de la OEA y la cláusula facultativa del Estatuto de la CIJ. La tesis que se sostiene es que dicho Tratado sí resolvió la controversia en cuanto a la soberanía colombiana sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; los títulos sobre Roncador, Quitasueño y Serrana fueron expresamente excluidos del Tratado, por lo cual se sostiene que Nicaragua en ese entonces no tenía ninguna pretensión sobre los mismos –aunque la Corte no acogió esta postura–; y las cuestiones de delimitación marítima y de la extensión del Archipiélago de San Andrés no fueron abordados con claridad en el Tratado, por lo cual la Corte sí estaba facultada para pronunciarse sobre ellos.

1 Estudiante de séptimo semestre de Derecho en la Universidad EAFIT. Correo: aordone2@eafit.edu.co

Este ensayo ocupó el primer lugar en el Concurso de Ensayo Jurídico “Germán Cavalier” de la Asociación Cavalier del Derecho y la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT en el semestre 2013-1.



Palabras clave

Corte Internacional de Justicia, Colombia, Nicaragua, Excepciones Preliminares, Tratado Esguerra-Bárcenas.

Abstract

*The purpose of this article is to analyze the competence of the International Court of Justice in the case **Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)**, since there has been a constant argument sustained by the Colombian agents in The Hague and Colombian scholars, saying that the Court would not have competence since the Esguerra-Bárcenas Treaty and its Protocol (1928-1930) had already settled that dispute, having as consequence that the Court would not be able to base its jurisdiction in neither the Pact of Bogotá nor the optional clause of the ICJ Statute. The thesis of this essay is that the Treaty did put an end to the controversy in respect to the Colombian sovereignty over the San Andrés, Providencia and Santa Catalina Islands; sovereignty over Roncador, Quitasueño and Serrana Keys were expressly excluded from the scope of the Treaty, which could show that Nicaragua did not have any pretension over the Keys at the time –although the Court did consider it that way–; maritime delimitation and the extension of the San Andrés Archipelago were left unsolved by the Treaty and thus the Court did in fact have jurisdiction to settle this dispute.*

Key words

International Court of Justice, Colombia, Nicaragua, Preliminary Exceptions, Esguerra-Bárcenas Treaty.

Durante la etapa de excepciones preliminares, e incluso después de que la Corte Internacional de Justicia rindiera su decisión final el 19 de noviembre de 2012 en el caso del *Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua c. Colombia)*, uno de los principales argumentos de los agentes del Estado colombiano y de los críticos de la decisión de la Corte –quienes por cierto fueron la mayoría de doctriantes colombianos– ha sido que el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928 ya había puesto fin a la controversia internacional entre Nicaragua y Colombia, lo cual debió haber impedido que la Corte se pronunciara de fondo sobre el asunto. Este ensayo se propone demostrar que contrario a lo que sostienen la mayoría de autores colombianos, sí había un litigio pendiente entre Colombia y Nicaragua, por lo cual la Corte acertadamente procedió a declarar su competencia en la sentencia de excepciones preliminares del 13 de diciembre de 2007. En un primer momento se analizará la relevancia de definir si el Tratado puso o no fin a las controversias entre Colombia y Nicaragua, pues las implicaciones que de



esto se derivan son de vital importancia. Luego, se analizarán una a una las controversias alegadas por Nicaragua para determinar si ellas fueron o no resueltas por el Tratado Esguerra-Bárcenas, considerando oportunamente los argumentos expuestos por los agentes de Colombia y Nicaragua, así como los argumentos de la Corte al decidir sobre ellos. Finalmente se presentarán unas conclusiones.

Desde que presentó la aplicación y durante el proceso en la Corte Internacional de Justicia, Nicaragua aludió a dos instrumentos de derecho internacional para fundamentar la jurisdicción de la Corte en el caso. El primero de ellos es el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá - 1948), cuyo artículo XXXI establece que las Altas Partes Contratantes reconocen como obligatoria la jurisdicción de la Corte para resolver controversias jurídicas que se presenten con otros Estados Americanos, con algunas restricciones; tanto Nicaragua como Colombia eran Estados Parte de este tratado. La segunda fuente de jurisdicción aludida por Nicaragua fue la cláusula facultativa del artículo 36.2 del Estatuto de la Corte, por medio de la cual unilateralmente los Estados pueden declarar que reconocen la jurisdicción de la Corte para resolver controversias jurídicas que se presenten con otro Estado que haya hecho la misma declaración; tanto Nicaragua como Colombia tenían vigente al momento de la demanda esta declaración².

El presupuesto básico para que la Corte pueda pronunciarse sobre una disputa es precisamente que haya un litigio pendiente entre dos Estados, como se colige del artículo 36.1 del Estatuto. En el mismo sentido el artículo VI del Pacto de Bogotá dispone que los mecanismos de solución de controversias a los que se refiere ese tratado, no se aplican a asuntos que hayan sido resueltos por tratados en vigencia al momento de la celebración del Pacto; de darse esta situación, el artículo XXXIV establece que la Corte al declarar su incompetencia, debe declarar asimismo que la controversia ha terminado. A raíz de estas disposiciones, no se podría afirmar la competencia de la Corte si el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928-1930 hubiera puesto fin a la totalidad de la controversia territorial y marítima entre Colombia y Nicaragua. Por esta razón se hace de vital importancia responder la pregunta que titula este ensayo.

La definición de controversia acogida por la Corte Internacional de Justicia y su precursora la Corte Permanente de Justicia Internacional ha sido “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses”³. A continuación se presentan las que a nuestro juicio son las cuatro controversias que componen el litigio presentado por Nicaragua a la Corte, analizando si cada una de ellas se encontraba o no resuelta por el Tratado Esguerra-Bárcenas.

2 Colombia –de manera bastante infortunada– retiró la declaración unilateral el 5 de diciembre de 2001, esto es, un día antes de que Nicaragua presentara la demanda en la Secretaría de la CIJ. Sin embargo, la Corte consideró –al igual que lo había hecho en el caso *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*– que esta declaración no había sido presentada dentro de un plazo razonable y por lo tanto no tenía efectos para el caso en cuestión.

3 Corte Internacional de Justicia, Sentencia del caso Timor Oriental (Portugal c. Australia), ICJ Reports 1995, p. 90, párrafo 22, y Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia del caso Concesiones Palestinas Mavrommatis, 1924, p. 11. Citados en: Álvaro Mendoza Palomino, *La Corte Internacional de Justicia y la Controversia Colombo-Nicaragüense*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2006, p. 48



a. Título sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Esta cuestión se encuentra claramente resuelta a favor de Colombia en el artículo 1 del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928, el cual dice que “La República de Colombia reconoce la soberanía y pleno dominio de la República de Nicaragua sobre la Costa de Mosquitia (...), y sobre las Islas Mangle Grande y Mangle Chico (...); y la República de Nicaragua reconoce la soberanía y pleno dominio de la República de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina (...)”. Esto se ve reforzado por el Preámbulo del tratado, el cual expresa que la intención de las Partes al celebrarlo es “poner término al litigio territorial entre ellas pendiente”, el cual consistía en reclamaciones mutuas de soberanía sobre la Costa de Mosquitia, las Islas Mangle y el Archipiélago de San Andrés. Tal es la claridad de esta disposición que la Corte no tuvo que hacer mayor análisis para encontrar que este asunto ya se encontraba resuelto por el Tratado Esguerra-Bárcenas, y como tal no tenía jurisdicción a la luz del Pacto de Bogotá (artículos VI y XXXI anteriormente explicados) y –aunque no lo dijo expresamente, tal vez por considerarlo redundante– tampoco tenía jurisdicción en base a la declaración unilateral pues no había litigio o controversia alguna. Sobre esta cuestión la Corte consideró que “es meridianamente claro sobre la base del texto del Artículo I que la cuestión de la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ha sido resuelta por el Tratado de 1928 en el sentido del Artículo VI del Pacto de Bogotá. En opinión de la Corte no hay necesidad de incursionar más a fondo en la interpretación del Tratado para llegar a la conclusión de que no hay nada relacionado con esta cuestión que pueda ser determinado únicamente en la fase de fondo del asunto”⁴. En este punto compartimos por completo la posición de la Corte, que también ha sido unánime en la doctrina colombiana.

b. Título sobre Roncador, Quitasueño y Serrana.

Pasando al segundo punto, el artículo 1 del Tratado Esguerra-Bárcenas establece que “No se consideran incluidos en este Tratado los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana, el dominio de los cuales está en litigio entre Colombia y los Estados Unidos de América”. En este punto nos apartamos de la decisión adoptada por la Corte, y compartimos por completo la posición colombiana según la cual con esta cláusula Nicaragua había reconocido que no tenía ninguna pretensión sobre la soberanía de Roncador, Quitasueño y Serrana, pues los titulares de estos cayos eran Colombia o Estados Unidos⁵. La Corte aceptó el argumento de Nicaragua según el cual “el sentido del párrafo segundo del Artículo I del Tratado de 1928 es claro: este tratado no se aplica a las tres formaciones insulares en cuestión. Por tanto, las limitaciones

4 Corte Internacional de Justicia, Sentencia de Excepciones Preliminares del caso *Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua c. Colombia)* del 13 de diciembre de 2007, párrafo 88. Traducción de Ricardo Abello Galvis para el Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Bogotá, Año 1, No. 1, 2008, p. 238.

5 Posteriormente, en virtud del Tratado Vásquez-Saccio de 1972, Estados Unidos renunció a las pretensiones que tenía sobre la soberanía de estos cayos, dejando como único reclamante a Colombia. En la Sentencia de Fondo del caso *Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua c. Colombia)* del 19 de noviembre de 2012, la Corte reconoció que Colombia era el titular legítimo de los mismos.



contenidas en el Artículo VI del Pacto de Bogotá no se aplican a la cuestión de la soberanía sobre Roncador, Quitasueño y Serrana. La Corte tiene entonces jurisdicción sobre este asunto a la luz del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá (...)”⁶. No obstante, si las Partes incluyeron este aparte en el Tratado era porque tenía alguna finalidad, la cual según nuestra interpretación sería que al zanjar la disputa territorial entre Nicaragua y Colombia no se incluirían los cayos de Roncador, Quitasueño y Serrana, porque si estos estaban en disputa entre Colombia y Estados Unidos, mal hubieran hecho Colombia y Nicaragua en resolver ellas este asunto en el cual Nicaragua era completamente ajeno, y Estados Unidos –la otra parte implicada– no era parte. Si Nicaragua hubiera tenido alguna reclamación o pretensión sobre la soberanía de estos cayos, lo lógico hubiera sido que se expresara que estos cayos estaban en disputa entre los tres Estados, o bien que simplemente se excluyeran de la aplicación del tratado sin mencionar el porqué; sin embargo, al decir que la razón de la exclusión era que estaban en disputa entre Estados Unidos y Colombia, Nicaragua reconoció que no tenía ningún interés en los mismos, y por eso no los debió haber podido alegar en el trámite en la Corte por haber sido resuelto en el Tratado Esguerra-Bárceñas.

c. Definición de cuáles islas, cayos e islotes componen el Archipiélago de San Andrés.

En el artículo 1 del Tratado Esguerra-Bárceñas Nicaragua reconoce la soberanía de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (disposición sumamente clara, como se mencionó anteriormente), pero continúa diciendo que este reconocimiento se extiende también a “todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte de dicho Archipiélago de San Andrés”. La vaguedad de esta expresión –problema gravísimo de sus redactores– llevó a que Colombia y Nicaragua tuvieran interpretaciones diferentes del alcance y composición del Archipiélago de San Andrés. Colombia manifestó ante la Corte que además de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (cuya pertenencia al Archipiélago es indudable), las demás islas, islotes y cayos a los que hace mención el Tratado son los cayos de Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo, Albuquerque, el grupo de Cayos del Este-Sudeste, así como otros islotes, cayos, bancos y atolones adyacentes. Por su parte, para Nicaragua los cayos Serrana, Roncador, Quitasueño, Serranilla y Bajo Nuevo no hacen parte del Archipiélago de San Andrés, pues únicamente se entienden parte del mismo los islotes y cayos adyacentes a las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. La Corte consideró acertadamente que como las partes tenían discrepancias en cuanto a qué formaciones estaban comprendidas dentro del Archipiélago de San Andrés, y no había una respuesta clara para esto en el Tratado Esguerra-Bárceñas, sí había una controversia pendiente entre las Partes sobre la cual la Corte pudiera pronunciarse en virtud del Pacto de Bogotá –y aunque no lo dice expresamente también tendría competencia a la luz de

6 Corte Internacional de Justicia, Sentencia de Excepciones Preliminares del caso *Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua c. Colombia)* del 13 de diciembre de 2007, párrafo 104. Traducción de Ricardo Abello Galvis para el Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Bogotá, Año 1, No. 1, 2008, p. 243.



la declaración opcional-. Esta cuestión debería servir de ejemplo para que los agentes diplomáticos colombianos encargados de la redacción y aprobación de tratados tengan especial atención a los términos en los cuales se obliga internacionalmente el Estado; en este caso la determinación de qué islas, cayos e islotes comprendían el Archipiélago de San Andrés era algo que las partes debieron haber tenido claro en 1928, y por lo tanto su inclusión expresa en el texto del Tratado hubiera evitado los inconvenientes que se generó al dejar abierto su alcance a posterior interpretación.

c. Falta de delimitación marítima entre Colombia y Nicaragua.

En 1930, durante el canje de instrumentos de ratificación del Tratado de 1928, Colombia y Nicaragua firmaron el Acta de Canje de Instrumentos de Ratificaciones en el cual declararon que “el Archipiélago de San Andrés y Providencia, que se menciona en la cláusula primera del Tratado referido no se extiende al occidente del meridiano 82 de Greenwich”. Al respecto Colombia siempre sostuvo que en virtud de esta disposición el meridiano 82 constituía la delimitación marítima general entre Colombia y Nicaragua, y que por lo tanto no existía disputa o controversia en este aspecto. A nuestro juicio esta interpretación bastante extensiva que hace Colombia del Acta de 1930 es inaceptable, especialmente porque la Corte ha reconocido que el establecimiento de una frontera marítima permanente es un asunto de gran importancia y el acuerdo no se puede presumir fácilmente⁷.

Nicaragua sostuvo ante la Corte que el propósito de dicha disposición, que se incluyó en el Acta a solicitud suya, era delimitar el alcance del Archipiélago de San Andrés en relación al Archipiélago de las Islas Mangle, es decir, aclarar que el Archipiélago de San Andrés estaba compuesto por islas que se encontraran al oriente del meridiano 82, mientras que las islas que se encontraran al occidente de este meridiano eran nicaragüenses. La argumentación de Nicaragua se complementa con la afirmación de que si se hubiera querido hacer con esta disposición una delimitación marítima general, esto se hubiera incluido en la parte resolutive del Tratado de 1928 y no en una simple Acta de Canje; asimismo, si esta disposición hubiera sido una delimitación debería haber sido ratificada por los Congresos de ambos países –como lo fue la parte original del Tratado de 1928– pero esto no se hizo porque se consideraba que era una mera interpretación del artículo 1 del Tratado, y no una modificación o disposición adicional al mismo.

Al respecto la Corte consideró que del texto del Acta no se podía concluir que se hubiera realizado una delimitación marítima, pues con esta disposición lo que se pretendía era fijar el límite occidental del Archipiélago de San Andrés, mas no fijar la frontera marítima entre ambos países.

7 Corte Internacional de Justicia, Sentencia del caso *Disputa Territorial y Marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* (Nicaragua c. Honduras), ICJ Reports 2007, párrafo 253, citado en: Malcom Shaw, *International Law*, 6ta ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 591. Traducción del autor.



Un último argumento propuesto por Nicaragua y que consideramos muy importante es que para 1928 no se habían desarrollado los conceptos de plataforma continental como apropiable por los Estados ribereños ni tampoco la zona económica exclusiva, por lo cual la mencionada disposición no podía ser una delimitación marítima. La Corte decidió no pronunciarse sobre la incidencia que tendrían estos cambios del Derecho del Mar sobre el caso, porque encontró que era suficientemente claro que nunca se había hecho una delimitación general de la frontera marítima entre las Partes. Sin embargo, hubiera sido muy provechoso para el desarrollo del derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte que esta se hubiera pronunciado sobre este argumento.

Sobre este asunto consideramos importante hacer un breve recuento del desarrollo del Derecho del Mar en relación a las aguas territoriales, zona contigua, plataforma continental y zona económica exclusiva y el carácter del mar abierto. El mar territorial es aquella porción de mar que pertenece a la soberanía territorial del Estado ribereño y por consiguiente pertenece a él automáticamente⁸; inicialmente tenía una extensión 3 millas náuticas desde las líneas de base (por la regla del tiro de cañón) pero en el transcurso del siglo XX se fue ampliando paulatinamente hasta 12 millas náuticas, lo cual no fue reconocido generalizadamente sino hasta la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 ya que para 1958 en la Convención de Ginebra sobre Mar Territorial no hubo acuerdo sobre cuál debía ser su extensión. La zona contigua fue formulada por el profesor francés Guidel en 1930, y reconocida en la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial de 1958; esta zona consiste en que los Estados ribereños pueden ejercer control sobre ciertas áreas de alta mar contiguas a su mar territorial para evitar el incumplimiento en su mar territorial de regulaciones en materias aduanera, fiscal, de inmigración o sanitarias (artículo 24); la extensión de esta zona contigua en las Convenciones de 1958 y 1982 es de 24 millas náuticas sobre las líneas de base, es decir, 12 millas más allá del mar territorial. Por su parte, la zona económica exclusiva –que es lo que reclama Nicaragua en este caso– empezó su desarrollo en las negociaciones previas a la Convención de 1982; esta zona es un área más allá y adyacente al mar territorial que está sujeta a un régimen legal especial en virtud del cual el Estado ribereño puede ejercer derechos soberanos para la explotación, conservación y manejo de los recursos naturales (artículos 55 y 56). Esta zona no puede tener una extensión mayor a 200 millas náuticas de las líneas de base, pero cuando las aguas entre países vecinos son menores de 400 millas se hace necesario delimitar las zonas económicas exclusivas de ambas⁹. Finalmente, la plataforma continental pasó de ser mar abierto a estar sujeta a apropiación por parte de los Estados ribereños en los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial, a raíz de la Proclamación Truman de 1945.

Como se puede ver, al momento de celebrarse el Tratado Esguerra-Bárcenas el único espacio de mar sujeto a ser apropiado por un Estado era el mar territorial (incluso de 3 millas solamente), por eso considero que no se puede pensar que el Tratado hubiera definido una

8 Malcom Shaw, *International Law*, 6ta ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 568. Traducción del autor.

9 *Ibid* p. 582.



delimitación marítima entre ambos países pues para ese momento las aguas de Colombia y Nicaragua no se tocaban. El meridiano 82 estaba en pleno mar abierto, es decir que ningún Estado podía adquirir soberanía sobre esta área, y por eso sería ilógico pensar que Colombia reclamaba soberanía sobre todo el mar al oriente del meridiano 82 y Nicaragua al occidente. Sostener esto equivaldría a pensar que sería posible que Portugal y Estados Unidos celebraran un tratado estableciendo el meridiano que está en medio del Océano Atlántico como frontera marítima entre ambos países. Esto es absurdo, porque la delimitación marítima se debe hacer cuando las aguas de dos países se superponen, lo cual no sucedía para 1928 pues entre Colombia y Nicaragua había mar abierto.

A manera de conclusión, analizando la etapa de excepciones previas del *Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua c. Colombia)* se hace evidente que la Corte sí tenía jurisdicción para fallar las peticiones de Nicaragua relacionadas con la delimitación marítima y el alcance del Archipiélago de San Andrés, porque estos asuntos no quedaron resueltos por el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928, el primero por la imposibilidad de prever que los espacios marítimos de ambos países entrarían en conflicto, y el segundo por falta de claridad en la redacción del texto. Sin embargo, la Corte debió haber aceptado las excepciones de Colombia en relación a la soberanía de los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana, así como acertadamente lo hizo para pronunciarse sobre el título de propiedad de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Vemos con extrañeza como algunos autores rechazaron por completo la jurisdicción de la Corte, y aún más grave es que algunos juristas hubieran sostenido que Colombia ni siquiera se debió haber presentado a la Corte o que debió dejar de asistir a los debates de fondo. Los argumentos expuestos en este ensayo muestran que sí era necesario que la Corte se pronunciara para definir de una vez por todas los intereses en conflicto que había entre Colombia y Nicaragua (ya que estos Estados no lograron hacerlo de manera bilateral durante la duración del mismo), y por más que se sostuvieran tesis nacionalistas que le negaban razonabilidad a las pretensiones de Nicaragua, es muy preocupante que se evitara acudir a la Corte a cualquier precio –como lo evidenció el retiro de la declaración un día antes de la presentación de la demanda– y más aún que se exija desacatar el fallo. Si Colombia quiere jugar un rol relevante en el ámbito internacional tiene que acatar las reglas de juego y atenerse a los compromisos adquiridos, pues este es el presupuesto básico de la convivencia entre Estados, sin importar que en algunas ocasiones algunos Estados hayan desacatado las decisiones de la Corte.



Bibliografía

- Abello Galvis, Ricardo, “Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el “Diferendo Territorial y Marítimo” (Nicaragua c. Colombia). Excepciones preliminares”, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Bogotá, Año 1 No. 1, 2008, pp. 205-262.
- Caicedo Demoulin, José Joaquín, “¿Debe Colombia presentar excepciones preliminares en el asunto sobre diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)”, International Law – Revista Colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, No. 1, junio 2003, pp. 157-282
- Cavelier, Germán y Lozano Simonelli, Alberto, El ataque de Nicaragua a la soberanía colombiana. Punto vital: ¿controversia internacional o violación del ius cogens?, Bogotá, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005.
- Gaviria Liévano, Enrique, “La demanda de Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia y la posición colombiana”, Boletín de Historia y Antigüedades, Bogotá, vol. 94, No. 838, julio septiembre 2007, pp. 510-539.
- Nuestro Archipiélago de San Andrés y el tratado con Nicaragua, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- López Contreras, Carlos, “La controversia entre Nicaragua y Colombia ante la Corte Internacional de Justicia”, en: Silvia Mantilla, ed., La disputa Colombo-Nicaragüense por San Andrés, Providencia y Santa Catalina, San Andrés, Universidad Nacional de Colombia Sede Caribe, 2009, pp. 13-22
- Mendoza Palomino, Álvaro, La Corte Internacional de Justicia y la Controversia Colombo-Nicaragüense, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2006.
- Nieto Navia, Rafael, “La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre las excepciones preliminares en el caso de Nicaragua v. Colombia”, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Bogotá, Vol. 2, 2009, pp. 11-57.
- Ramírez Ocampo, Augusto y Rengifo, Antonio José, “La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre las excepciones preliminares propuestas por Colombia en el caso Nicaragua contra Colombia”, en: Silvia Mantilla, ed., La disputa Colombo-Nicaragüense por San Andrés, Providencia y Santa Catalina, San Andrés, Universidad Nacional de Colombia Sede Caribe, 2009, pp. 23-53
- Shaw, Malcom, International Law, 6ta ed., Nueva York, Cambridge University, 2011.
- Tremolada, Eric, “¿Perderá Colombia las excepciones en su disputa territorial y marítima?”, Zero, Bogotá, no. 19, julio 2007, pp. 106-111.



LEGISLATIVE BACKGROUND OF THE FTA BETWEEN COLOMBIA & THE U.S: INTELLECTUAL PROPERTY ON THE PHARMACEUTICAL MARKET

✉ By Elia B. Sampayo Meza **

Fecha de recepción: 28 de abril de 2013

Fecha de aceptación: 31 de mayo de 2013

*“With bilateral trade agreements (or FTAs), Latin America will export many more flowers, taking the risk of running out of a single flower to place on the graves of those who die because the lack of essential medicines”
German Velasquez²*

Abstract

The Free Trade Agreement (FTA) between the U.S. and Colombia has been the subject of constant debate with respect to intellectual property. That is why through this article we will try to study the topic. In the first part of the text we will evaluate the historical development of the intellectual property up to the present or modern concept we have of it. After this, we will consider the most important elements in the negotiation of intellectual property given by the bilateral dialogue between the U.S. and Colombia. To achieve this goal, there will be a critique of how United States has imposed its own policy of intellectual property all around the world, therefore to shield their patents' power in the

1 **Researcher and Member of Seed Research in Private Law, attached to the line Heritage Research Affairs, Faculty of Law at the Pontificia Universidad Javeriana in Bogotá DC Contact: sampayoe@javeriana.edu.co / eliasampayo5@hotmail.com

2 German Velasquez, Bilateral trade agreements and access to essential drugs. In: Bermudez, J.A.Z., Oliveira, M.A.(Eds.). Intellectual property in the context of the WTO ADPIC agreement: Challenges for public health, WHO/PAHO Collaborating Center for Pharmaceutical Policies, National School of Public Health, Rio de Janeiro, September, 2004. pp. 63-69.



pharmaceutical drug industry that “coincidentally” is originated in the US country. This way, United States of America will have the ability to control the millionaire medicine market.

Keywords

Free Trade Agreement, FTAs, International law, United States, Colombia, Intellectual Property, Medicine, Trading, Pharmaceutical Industries.

Resumen

Es indudable que el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Estados Unidos y Colombia ha sido tema de debate constante y turbulento con respecto a la propiedad intelectual. Es por ello que por medio de este artículo se pretenderá estudiar a fondo la temática. En la primera parte del texto se evaluará el desarrollo histórico del derecho de propiedad intelectual hasta llegar al concepto actual o moderno que se tiene de ella. Posteriormente se analizará los elementos más importantes en la negociación de propiedad intelectual dado por el dialogo bilateral entre Estados Unidos y Colombia. Para lograr este objetivo, se hará una critica de cómo E.E.U.U ha tratado de imponer su política propia de propiedad intelectual para así blindar las patentes con más poderío en la industria de medicamentos farmacéuticos que “coincidentalmente” son originadas en su país; y de ésta manera tener la capacidad de controlar el millonario mercado de las medicinas.

Palabras Clave

Tratado Libre Comercio, TLC, Derecho Internacional, Estados Unidos, Colombia, Propiedad Intelectual, Medicamentos, Negociación, Industria Farmacéutica.

Introduction

Great scholars of the studies of science and other acquaintance areas have devoted much of their lives making deep investigations on topics of their interest. It is precisely because of them, that humanity has reached a high degree of knowledge and has been able to enjoy it. For this global society, creators have used different tools, in order to open the possibility of playing their innovations and represent the contents of their intellectual creations.



Nowadays, there are national regulations protecting this development knowledge, namely, based on the modern concept known as intellectual property rights. However, when one or more States decide to sign bilateral or multilateral agreements, where appropriate, these nationals' regulations are directly affected. The Free Trade Agreement involving the governments of the United States and Colombia is a good example of it.³

This consensual pact treats an entire chapter to address intellectual property issues. According to the Office of the U.S. Trade Representative (USTR), Colombia and United States established what is known as a “strong protections” system, among some topics in patent protection. Obviously this concordat includes some direct references to pharmaceutical medical products.⁴

In other words we can say that through these diplomatic agreements countries like Colombia and all those others who have signed FTAs with the U.S, have included intellectual property rules with a greater degree of restriction than what was normally established in the WTO, World Trade Organization.⁵

Through this paper we will analyze the FTA promoted by the North American country, that was signed with the Colombian state a couple of years ago. Undoubtedly, these agreements are a key of access to the economic monopolization strategy, global intellectual property of medical products by the United States.

It should be noted that those benefits mentioned above would be favorable to the interests of large medical corporations in order to maintain pharmaceutical empire. Through this progress they will eliminate from the market, the generic drugs species⁶ that manages an exorbitant sum of money. The free trade agreements is a legal instrument with a supranational character, that through the imposition of barriers to access cheaper drugs threaten the health of all people, but especially those in the Third World.⁷

3 Office of the United States Trade Representative, United States and Colombia sign Trade Promotion Agreement. November 22, 2006 http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2006/November/United_States_Colombia_Sign_Trade_Promotion_Agreement.html

4 Office of the United States Trade Representative. 2006. Free Trade with Colombia. Brief summary of the agreement. Trade Facts. February 27, 2006. http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Fact_Sheets/2006/asset_upload_file908_9024.pdf

5 C.M. Correa, “Implications of bilateral free trade agreements on access to medicines”, in: *Bulletin of the World Health Organization*, May 2006, pp. 399-404.

6 According to the World Health Organization (WHO) a generic drug is sold under the name of the active ingredient incorporated, being equivalent to the original brand. With the same composition and dosage form. This means that a generic drug is made with the same active ingredients and has the same strength than the equivalent brand, because both of them contain the identical active ingredients. However, a generic medication compared to a brand name medicine has a costless considering that in the first one, does not incur in high manufacturing costs. (Research, promotion and development).

7 Bernardo Useche, “Colombia FTA United States. Intellectual property, patents and access to generic drugs”, en: *Demarcation*, N. 41, May 2007.



The center of this research paper is to analyze how the United States has used this type of treatments' to impose their own regulations; this way they are shielding social and economic interest in foreign territories. This specific point will be analyzed in chapter sixteen of the official text of the FTA. I will treat intellectual property through a critical study, explaining the implications of this clauses, signed by the US and Colombian government, and may have a direct repercussion in Colombian population.⁸

Historical evolutionary aspects of intellectual property

1. The beginning

The Statute of Anne was the first legislation that enacted ideals of copyright around the world. United States of course, was not the exception, so they tried to attach this new English system to situations that developed in the North American country.⁹

The portrayal of the Statute of Anne, attempted to regulate the right of publication. It was a provision, close to an administrative act by which they were giving the creators or authors and their inventions immediate protection (previously referred only to the benefits of the editors).¹⁰

Through these official documents were introduced innumerable precepts for the protection and enforcement of civil rights. Among the most important ideas of this manuscript is the one that allowed the author use and reproduction of their works. Also, it gives the author the ability to freely choose the publisher to make the latter work. This occurred because under that regime publishing houses were punished when they printed authors' works without their permission. This new legislation will give the freedom to creators of reproduction and distribution of their work. In this order of ideas the regulations recognize him as the titular of his work, giving him for the first time what is now known as copyright, which affirm the importance of the fact that it was unprecedented to obtain protection under the Current provision known as Copyright.¹¹

These regulations were the founded around the years of 1783 and 1789. Many states in the huge North American nation enact their internal legislation aiming to attribute great importance to the research and knowledge produced by men.

In 1787, for example, during the constitutional convention of the same year, James Madison representing Virginias State and Charles Coreswoth coming from South Carolina, proposed to the U.S. Congress an empower arising under grant copyright for an unlimited period. This will

8 P. Drahos, Lokuge, B., Faunce, T., Godddard, M., Henry, D, "Pharmaceuticals, Intellectual Property and Free Trade: The case of the US-Australia Free Trade Agreement", in: Prometheus, Vol. 22, No 3, September 2004. pp. 243-257.

9 Horacio Potel, Argentinas Copyleft: the crisis of copyright and practices to democratize culture. Edit. Vía Libre Foundation. Buenos Aires, January 1, 2010.

10 Ibid.

11 Santiago Márquez Robledo, Principios Generales del Derecho de Autor, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004.



means the ability of the author to exercise their right without any external restrictions. Using and reproducing for a specific time.

These proposals, that were originated from the honorable representatives is known as the “Copyright Clause” stipulated in the Constitution of the United States. This constitutional appendix allows the granting of copyright and / or patents for an unlimited time, aiming to be a useful element in North American society. “It empowers the U.S. Congress to promote the progress of science and useful Arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”.¹²

In 1790, just three years after U.S. Constitution, a normative was created to regulate in detail the issue, named “The Copyright Act”. It is considered the first American law who specifically defines themes of intellectual property. The law went back one more time to the influence of the Statute of Anne, since it takes from it some elements and copies them identically. Therefore among some prerogatives of the 1790 regulation, it was included a period of “fourteen years since the time of recording the title”. Also a new possibility to extend this term for another fourteen additional years if he was still alive by the end of the first fourteen years.

It should be noted however, that this legislation Copyright is not only related to literary books or volumes because it also accepts maps, charts and other scientific works considered handiworks. This perspective of the Copyright Act 1790, however, walked away a bit of the Queen Anne set, because the last one only includes books. That was an amazing concept within the new North American regulation.¹³

Given it was a context that printed ideas of developing, with an intimate relation with intellectual property, this gives the countries the need of creating some international conventions that protects Intellectual property. In this way, countries that accept such agreements would be enforced to respect fulfill and be sanctioned in the case of non-compliance of the international pacts.

At this historical moment in Europe was created the intellectual property agreement of Paris (1883)¹⁴ and among others, the Berne Convention of copyright. (1886).¹⁵ Nowadays, almost all countries of the world are part of these two major international conventions. To do this, they had integrated national laws of each state with international treaties.

12 U.S. Constitution. Article 1, Section 8, Clause 8.

13 Santiago Márquez . Op. cit.

14 The Paris Convention of 1883 addresses issues as applicability of industrial property. This includes detailed regulations, trademarks, industrial designs, trade names among others. And in turn establishes the topics of practical use, its geographical denominations and repression of unfair competition. These provisions however are framed into three broad categories namely they are: First, national treaties, second right of priority and finally common rules. In this treatise are linked both the U.S. and Colombia.

15 On September 9, 1886 in Bern (Switzerland) was signed by the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, usually known as the Berne Convention. This is an international treaty that regulates the protection of copyright in literary and artistic works. As the Paris agreement, this agreement in turn, is based on three major principles in order to protect such copyright integrated in lowest and highest form of expression.



It should be noted, that these settlements are administered by what is known as the World Intellectual Property Organization (WIPO).¹⁶ Actually its United Nations official institution that has as the primary functions of ensuring all countries committed, to comply fully with all agreed clauses.

2. The Modern Concept.

From a modern perspective, intellectual property law is analyzed in its two components that form, “property” and “intellectual”. If we refer to the Dictionary of the Royal Spanish Academy it is found that the word property is defined as follows: “Property: The right or power to hold and dispose of a thing to the exclusion of foreign arbitration and claim back her if in power of another.”¹⁷ From the above property can be understood as a power that a person has, which through its ownership allows you the power to enjoy, enjoy and dispose of the thing in which lies their own right.¹⁸

The second item within the term is “intellectual”, this concept affects the well in which rests the right, it is understood only as those who have material or intangible characteristics.¹⁹

Now, a property right is considered as a real right because from it you create a direct and immediate link between the holder and intangible thing, where the owner does not require a third party intermediary to exercise their right.

Simultaneously this relationship creates a duty of respect to follow any subject in society, because although not within the parties (Holder right thing), if the taxpayer tries to disrupt indeterminate nature of this right may be sanctioned.

The fact that intellectual property rests on intangible or immaterial not mean you have lower rank than the ordinary property, unless the contrary by express mandate of the law have been established in the same degree of importance.²⁰

16 In 1970, following the entry into force of the WIPO Convention in 1967, was established the World Intellectual Property Organization (WIPO) with the mandate emanating from its Member States to promote intellectual property throughout the world promoting cooperation between different states and in collaboration with other international organizations. In 1974 he became a specialized agency of the United Nations system. It aims to develop a system of intellectual property (IP) and simple balanced encourages creativity, stimulates innovation and contributes to economic development while ensuring the public interest. As part of the United Nations, WIPO provides a forum in which its Member States develop and harmonize standards and practices to protect intellectual property rights. WIPO also administers systems international registration of marks, industrial designs and appellations of origin, and an international patent filings. In most industrialized countries the systems of intellectual property protection available are centuries old. However, other countries, which include developing countries, are establishing their own systems and rules on patent, trademark and copyright. With the acceleration of globalization of trade and the rapid evolution of technological innovation, it is essential the role of WIPO in the consolidation of these new systems, taking charge of negotiating treaties to strengthen the registration systems and the enforcement of IP, and to provide assistance and legal and technical training through various activities. Viewed online, April 4, 2013. <http://www.wipo.int/about-wipo/es/faq.html>

17 Royal Academy of Spanish Language, Dictionary of the Spanish Language, Madrid, Editorial Espasa-Calpe SA, 1970.

18 Luis Guillermo Velasquez Jaramillo, Bienes, Twelfth Edition, Bogotá, Temis, 2010.

19 Ibid.

20 Santiago Márquez Robledo, *Principios Generales del Derecho de Autor*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2004.



However, intellectual property is considered limited in certain cases, for example, in some cases in which interest should prevail over private interests. (Case also happens the same assumption for ordinary property). To do this, you have to have joined certain limits and exceptions to who is holding the property owner.

The best-known case is the citation, which showed higher so this limitation is copyrighted. If you understood that this was immaterial absolute right, the author could prevent the company from using fragments of his work and make him punish that person to make use of their knowledge.²¹ But under the right to quote any person can transmit small portions of what the author has created, although this requires an appointment where expressly granted to the creator of his own. These limitations make intellectual property more like ordinary property, because who knows; the last also has some limitations.

Also it is important to note that the concept of intellectual property is a genre that has articulated its legal system of protection on many occasions, since it is continuously changing. This definition and inherent regime that follows it evolves rapidly and constantly, which many times is response developing national legislation or otherwise for the ratification of treaties or international agreements so modified.

The Colombian Civil Code in its article 671 establishes it, as “The productions of talent or wit are property of their authors this kind of property is governed by special laws”.²²

Under Colombian legislation, intellectual property law is treated with two great principles. The first one that touches the themes of temporality, which is responsible for the duration of the warranty and the immediate protection of intellectual property, which in turn can appeal it, can be renewed. The second element is based on territoriality considering that intellectual property is protected in the country where protection is recognized. This territory may coincide with a country or not.²³

But intellectual property is considered as a genre because of that system of protection embodied in the Constitution and the law underlying two major fields: industrial property and copyright.²⁴

21 Ibid.

22 Colombian Civil Code. Title II, Article 671.

23 Juan Pablo Canaval Palacios, *Manual de propiedad intelectual*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008.

24 The law number 23 of 1982 talks about copyright. In its Article 3 is expressed as “The copyright holders comprise to exclusive powers: ... to profit thereby for profit or without, by means of printing, engraving, copying, mold, sound recording, photography, motion picture , videograma, and the execution, recitation, representation, translation, adaptation, display, transmission, or other means of reproduction, multiplication or dissemination known or hereafter “Likewise in article 12 again refers to it as” the author of a protected work has the exclusive right to do or authorize any of the following acts: A. reproduce the work. B. Making a translation, adaptation, arrangement or other transformation of the work and C. Communication of the work to the public by proxy implementation, radio broadcasting or any other means.



Intellectual property is divided more broadly protecting innovations and is divided into two: patents and utility models. The latter also comprises industrial designs and logos, which in turn are divided into several types of distinctive signs as trademarks, slogans, etc. Copyright includes related rights are certain rights related to exercise without proper copyright as interpretation.²⁵

In summary, the first legislation in the world that include elements of intellectual property and copyright was the Statute of Queen Anne United States, Anglo docked this regime in order to protect authors and their creations. It also granted a right to exploit the works and choose the publishers who want to do the work of reproduction of their works. Later, under social needs driven by the ideals of globalization the world's countries saw the need to implement international agreements to regulate intellectual property between states, and it was when they were born the Paris Convention and the Berne Convention. Currently, the concept of intellectual property rights in rem is divided into two elements. The first refers to the property that is the power to use, enjoy and dispose of a thing, and the second, that of intellectual refers to intangible or immaterial elements of the essence of this right. Furthermore, it is understood that modern intellectual property is composed of industrial property and copyright, and that in turn the first term is sub divided by a patent side and on the other by a utility model.

Relationship between intellectual property and TLC.

In the process of establishing the Free Trade Agreement between the U.S. and Colombia, intellectual property of course had a starring role. Undoubtedly, this would be one of the most debated issues in establishing the treaty. The counterpoint was born under the different factors, both economic and social, that arose when NAFTA was signed, which for obvious reasons would have repercussions on the exercise of the Colombian legal system.

In the Free Trade Agreement signed in the framework of negotiations between the U.S. and Colombia refers to copyright, industrial property and our main theme of the article which is that which refers to medicines and access to the thereof.

The inclusion of regulations on intellectual property in the FTA tabled some thoughts:

- 1. Undoubtedly regarding patent issues, the trend presenting a unique competition is part of the game where political, economic and social.*
- 2. It was a very long discussion because the United States is to extend the protection of their inventions, however to achieve this end it's using a strategy harmful to Latin American countries such as Colombia.*
- 3. This strategy is based on making countries agree through international treaties like*

25 Juan Pablo Canaval Palacios. *Op. cit.*



NAFTA, some regulations that benefit large North American pharmaceutical companies. A reason for this, the profits of patents, which are held by the companies, will not be affected by the production of generic drugs in foreign territories, since these products are very limited equivalent production and marketing issues for these regulations.

Regarding the economic assumptions that are developed perfectly according to such policies employed by U.S. regulations, we find that the monopoly that revolves around the purchase and sales of pharmaceutical drugs. This model is cataloged within the micro and macro economic theory as an “Imperfect Competition Market”. In this type of market, there is a huge power supply; however there is an opposite trend with respect to demand. “The protection of intellectual property helps to deepen this market imperfections, by subtracting what the competition is protected, allowing the innovative raise prices to recoup its investment”²⁶ Following this line of thought, the very high market prices have not doubt a direct influence on the impact of the population, because they become unaffordable drugs for people who have an average income.

Unfortunately, this has been a problem that has reached the gates of Colombian households. Well, there is a tendency proportional socially, which considering the price of the drug is high; the access of the population of the same is equally inaccessible.^{27 28} (Especially when internal factors influence this system gave very poor coverage in health systems).²⁹

Manuel Ramirez, after making a critical and analytical study of the subject, according to the above in his “Health spending Colombian household” I quote the following: “The disease tends to behave inversely to income. This focuses on the poor”.³⁰

This is based on the resulting monopoly with the Free Trade agreement, implies that pharmaceutical drugs range, that of a generic or equivalent acquire absolute restriction. After signing the treaty, the Colombian state has been committed not to produce, market and establish relationships with such products for a period of 20 years. This tool within the bilateral agreement between the U.S. and Colombia, therefore will allow companies and companies that have millions in patent ownership, market fix super-inflated prices and thus acquire a utility with very low prices and huge profits.³¹

Large pharmaceutical companies that “coincidentally” found in the United States clearly have

26 Model prospective impact of intellectual property protection on access to medicines in Colombia. Prepared by: PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION Regional Office of the World Health Organization, IFARMA, Foundation research institute for medicine in health systems. Bogotá, November 2004.

27 The Economist. Pharmaceuticals heartburn, The Economist, August 19th, 2006.

28 ME. Cortes, Zerda, D., Sarmiento, A., De la Hoz, GA. 2004. Model prospective impact of intellectual property protection on access to medicines in Colombia. Pan American Health Organization. Foundation Institute for Drug Research in Health Systems. Bogota: November, 2004.

29 Pan American Health Organization-PAHO-2005. Applying the model of impact of changes in IPR Colombia, Costa Rica and Guatemala. <http://www.misionsalud.org/documentos.htm>.

30 Manuel Ramírez, *El gasto en salud de los hogares Colombianos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002; Citado en: Ministerio de Salud de Colombia, *Política Farmacéutica Nacional*, 2003.

31 Ibid.



arguments in their favor. Large industries in this market claim that patent protection that the North American State is offering them through these bilateral agreements, is the only way to raise capital, so you can engage in the necessary research to develop new products. (Research and Development, R & D).

“[...] In the case of consumers of pharmaceutical products in developing countries and the Andean Community, the granting of exclusive rights, for periods of time, may conflict with fundamental human rights and health life, since the consumption of drugs is related to its price, and the monopoly price can make it impossible to access the drug, which can lead to disease and death to their potential consumers. For test data, protection for a period of time has the effect of unduly extend the patent monopoly, thus prolonging seen the deferral of free competition in the market, the difficulty of access to medicine”.³²

Studies show that the most effective way to lower drug prices to facilitate access to them is to encourage generic production. When a patent runs out and generics go on sale, the product price falls between 22% and 80%, depending on the number of producers.³³ That explains why in Colombia generics cost only a quarter of the worth of branded drugs. Hence, the efforts of the authorities should be oriented towards more generic production of good quality. TLC, however, pressures in the opposite direction.³⁴

Other studies show that the introduction of these measures on intellectual property would generate a total price increase of about 30% in 2010 and 40% by 2020. To maintain the same level of consumption would have to increase spending by \$ 500 million annually in 2010 and U.S. \$1 billion annually by 2020. If there are no resources - and it seems that it will given that the government has offered a subsidy as in agriculture-, drug consumption could decrease by 40% by 2020, which would result in a loss access to medicines for more than five million Colombians.³⁵

However aspirations had major drug companies have grown hand in hand with a sense of ambition.³⁶ Pharmaceutical corporations have not only tried to go beyond the prohibition of the production and reproduction of generic products, but they also have opted for a strategy of protection falls on drug patents. (Although even have expired and that in countries like Colombia and should be able to freely exploit).³⁷

32 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de diciembre 8 de 2005. Proceso 114-AI-2004. Énfasis fuera del texto.

33 Misión Salud TLC y Salud: *La Verdad- Las concesiones hechas a las multinacionales farmacéuticas, su impacto sobre el índice de precios y el acceso a los medicamentos, y qué podría hacer el Congreso Nacional para mitigarlos.* (2007). Pp. 14.

34 Cesar Rodríguez Gabarito y Diana Rodríguez Franco, “*Es el TLC constitucional?*”, en: Boletín de Observatorio de los Derechos Sociales y Políticas Públicas, Editorial no.1, 2007.

35 IFARMA-misión Salud, *Op. cit.*

36 J.E Robledo, TLC, medicamentos y “expropiación indirecta”, on-line at http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=5955. 2007

37 *Ibid.*



North American strategy for negotiation in pharmaceuticals areas with Colombia

Before 1993, generic equivalents had a market share being 10% and 15%. However, after it went into effect as discussed reform of the health of that same year, market activity increased about 15% to 37%.³⁸ Despite this, the branded drugs were those directly affected, since through the law of generic production and sales declined 70% to only 41% in a period of 15 years since the law went into effect.³⁹ In 2004, the difference was even greater: 33% of the market for patented drugs and 67% for generics. Also, in the same year, the average price of generic drugs was just 25% of patent equivalents.⁴⁰

This situation reflects the real background of interest in American country had the place to Colombia on a priority list report watching “301 Special”, embodied in a summary was made through five U.S. congressmen. They concluded that under intellectual property rights as follows:

“Due to the support of the farming community of Intellectual Property Rights (IPR in English) in the U.S. is essential to pass the FTA. The delegation believes that the FTA should have a strong chapter of IPR (Intellectual Property Rights) with the rules that go beyond TRIPS (Trade-related aspects of intellectual property rights in English), and the Andean countries and supporters.”⁴¹

Also through the document that emanated directly from congressional Republicans announced “Colombia is the only Andean country that grants five years of data protection for pharmaceutical products from the date of the date of marketing approval”.⁴²

Almost immediately to the Colombian government learned of this news, very obediently accepted and adopted the terms related to North American legislation because of the test data exclusivity, which was stipulated in Decree 2085 of 2002.⁴³

Likewise, namely for all people, under the force of Decree 2085 the percentage of applications for marketing approval for data protection drugs increased from 9% in 2002 to 63% in 2004.⁴⁴ Likewise, the cost of the adoption of data protection guaranteed by the same decree has

38 G. Holguín-Zamorano, *La bolsa y la vida. Impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la salud pública*. Bogotá, Misión Salud, 2004.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 Informe de congresistas de EEUU sobre TLC Andino. Septiembre 2005. On-line at:

[www.bilaterals.org/IMG/doc/Resumen_del_Informe_de_congresistas_de EEUU_Sept_05.doc+informe+\"Especial+del+301](http://www.bilaterals.org/IMG/doc/Resumen_del_Informe_de_congresistas_de EEUU_Sept_05.doc+informe+\)

42 Homedes N., Ugalde A. *Multisource Drug Policies in Latin America: survey of 10 countries*. WHO Bulletin, 2005: 83:64-70.

43 *Ibid.*

44 ME. Cortes, Zerda, D., Sarmiento, A., De la Hoz, GA. 2004. *Modelo prospectivo del impacto de la protección a la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia*, Organización Panamericana de la Salud. Fundación Instituto para la Investigación del Medicamento en los Sistemas de Salud, Bogotá: Noviembre, 2004.



been estimated at about two hundred million dollars a year in 2010,⁴⁵ which means that four hundred thousand Colombian citizens did not have access to medicines. All studies that have estimated the impact of NAFTA⁴⁶ on health show that the treaty would aggravate the already worrying problem of access to medicines Colombian population.⁴⁷

Other studies and critical systems as the Pan American Health Organization (PAHO), the end of 2005, show similar results. Under the assumption that Colombia signed a treaty as CAFTA, PAHO concluded that a higher level of intellectual property protection would cause prices to rise to 41% in 2010. This would imply an increase in drug spending \$ 940 million to maintain the same level of consumption. In case you cannot make such spending seven million people could lose access to medicines.⁴⁸

In addition, studies show that there will be a decrease in the number of people with access to medicines, and therefore a serious violation of the right to health.⁴⁹

The explanation is as follows: intellectual property rules of NAFTA entail an increase in drug prices, which in turn implies higher spending and hence less ability of the State to ensure access to medicines and citizens to acquire on their own.⁵⁰

When the U.S. entered into early negotiations regarding the Free Trade Agreement with Latin American countries such as Ecuador, Peru and Colombia, was a dominant trend visible from the North American country. This position is characterized by intransigence in this country, and in the opposite way and anti submissive position held the position of countries like Colombia. It was evident then a monopoly abuse in the United States on drug derived from FTA.

Colombian society, with the help of the media, based on those rounds of negotiations, were able to reflect almost immediately. The former consisted mainly that the real intention of the U.S. government, given through the first statements regarding the Free Trade Agreement, stated that he had no interest in accepting laws different from those by which it absolutely shield of monopoly of patents that were big business.

45 Ibid.

46 ME. Cortes, Zerda, D., Sarmiento, A., De la Hoz, GA. Op.Cit

47 OPISFARMA, Determinación del impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. OPS y Fundación IFARMA Bogotá; OPS-IFARMA (2005). Determinación del impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos", OPS y Fundación IFARMA, Bogotá.; IFARMA-misión Salud (2006) La propiedad Intelectual en el TLC: impactos sobre el gasto farmacéutico y el acceso a medicamentos en Colombia, Publicaciones misión Salud, Bogotá.; e IFARMA-misión Salud (2007) Impacto del TLC sobre la esperanza de vida de los pacientes viviendo con VIH-Sida en Colombia Publicaciones misión Salud, Bogotá, 2004.

48 ME. Cortes, Zerda, D., Sarmiento, A., De la Hoz, GA. Op.cit.

49 OPS-IFARMA Op. Cit (2005)

50 Cesar Rodriguez Gabarito y Diana Rodriguez Franco, Op. cit.



Namely during this process USA vetoed the participation of Carlos Correa, one of the negotiators of Colombia, who is a respected expert in public health and a well-known critic of the TRIPS measures. (Aspects of Intellectual Property Rights on Trade).⁵¹ Similarly, another Colombian negotiator, Luis Guillermo Restrepo, resigned after Colombia agreed provisions of intellectual property rights that were initially deemed unacceptable.⁵²

The final text of the agreement with Colombia reflects each of the conditions imposed by the United States, including for this greater restriction on the marketing of generics. (Even higher than those negotiated in CAFTA, Central America Free Trade Agreement-). Also in the official agreement are absent all commercial proposals, which initially led the Colombian country.⁵³

Analysis to the negotiation in the TLC: benefits for the U.U.S.S pharmaceutical companies.

Then there will be a detailed and critical analysis on chapter sixteen, intellectual⁵⁴ property refers explicitly to pharmaceutical medical products based on the final text of the Free Trade Agreement between Colombia and the United States. This study will be addressed through an exhibition of items I consider most relevant and most closely matched to what was discussed at the epicenter of this publication. It should be noted that the official document is a publicly broadcast in the government website of the Ministry of Industry and Tourism.⁵⁵

Article 16.9.1:

Article 16.9.1 states: “Each party will obtain patents for any invention, product or process, in all fields of technology, provided it is new, involves an inventive step and is industrially applicable.” The 9/16/11 article expresses itself as follows: “Each Party shall provide that a claimed invention is industrially applicable if you have a specific utility, substantial and credible” If you read both articles with harmony and agreement, it is understood that starting from them, patents can be pharmaceutical drug products that have been patented before, only when through them to allow a new use.

However, it is important to note that the above thesis, based on Article 16.9.1 of the FTA, adds an element you must be very careful. This is that innovation must include a need to have an “inventive step”. This term conveys again a limitation of generic drugs; it is evident

51 Homedes, N., Ugalde, A. Las reformas de salud neoliberales en América Latina: una visión crítica a través de dos estudios de caso. Rev Panam Salud Publica/Pan Am J Public Health. 2005.

52 Restrepo, L.G. 2006. La protección de los datos de prueba: un caso típico de la “negociación” con Estados Unidos. Deslinde No 39.

53 Bernardo Useche, Op. cit., p. 59.

54 The Trade Promotion Agreement between the United States and Colombia also called TLC. Approved on October 10, 2011 by the Congress of the United States and in force since May 15, 2012.

55 Ministry of Commerce, Industry and Tourism. Trade Promotion Agreement between the Republic of Colombia and the United States of America. TLC. On-line at: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>



that an equivalent product does not allow an “inventive step” in building issues. “A generic drug is one sold under the name of the active ingredient incorporated, being equivalent to the original brand, with the same composition and dosage form. This means that a generic drug is made with the same active ingredients and has the same strength and dosage form as the equivalent brand, because both contain the identical active ingredients. However, a generic medication compared to a brand name drug costs less considering that in the first, does not incur high manufacturing costs. (Research, promotion and development) “Quoted from the World Health Organization (WHO).

Article 16.9.2

On the other hand in Article 16.9.2 thereof, to find a topic that gets a lot of attention. This explicitly refers to “A party that does not provide patent protection for plants wing entry into force of this agreement, to undertake all reasonable efforts to make such patent protection” Through the concept mentioned above, confirms that Colombia accepts a patent protection for plants, trying to print ideals of pharmaceutical companies patenting on plants that are considered to have medicinal attributes or effects. The innovative concept had not been used before, reason for which this element may boost scientific development on plants, which can become under typography and Colombian geography, at a point in its favor.

Article 16.9.3

16.9.3 Using the text of the Free Trade if evidence yet few direct implications for the world of pharmaceutical drug markets. The former is the “Bolar forecast”, also established in article number thirty agreements on Trade Related Intellectual Property Rights Trade-Related, commonly known as TRIPS. A reason for this is as follows: “Each Party may provide limited exceptions to the exclusive rights conferred by a patent, provided that such exceptions do not unreasonably conflict with a normal exploitation of the patent and do not unreasonably prejudice unjustified the legitimate interests of the patent owner, taking into account the legitimate interests of third parties”.⁵⁶

Articles 16.9.5 and 16.10.3.

Within these restricted parameters, a company that produces generic can prepare its generic version of a patented drug and obtain the information required for marketing approval before the end of the patent, but the generic can enter the market only after the patent has expired. However, block artículos 16.9.5 and 16.10.3 previous forecast, making the “Bolar forecast”⁵⁷ is completely useless and prevent the establishment of compulsory licensing or parallel imports.

56 Bernardo Useche, Op. cit., p. 60.

57 Ibid.



It should be noted, that pointing to all the research that has been done throughout this article, the restrictions granted by Article 16.9.5, the chapter concerning intellectual property rights in the Trade Promotion Agreement between the Republic of Colombia and the United States of America, commonly called as Free Trade, “Coincidentally” completely agree and identical with the internal laws of patents established within the North American nation.⁵⁸

Literal Article 16.9.6 (a) and (b).

It also found that in the same official text of the Free Trade under Article 16.9.6 literal, and in turn, the literal 16.9.6 b, we find that the patents in respect of pharmaceutical products extend indirectly twenty years by the mechanism to compensate the patent holder for the time it takes the process of marketing approval in Colombia. Saying implicitly as the official text is not exact precision of the term of the patent and is supposed to apply the term of twenty years on the contrary if it is specified in the agreement Aspects of Intellectual Property Rights Property Rights (TRIPS).

This view is reflected in subparagraphs a) and b) as: Literal to “Each Party shall provide the means and shall, on request of the patentee, compensate for unreasonable delays in the issuance of the patent, restoring the term of the patent or rights of patent. Any restoration shall confer all the exclusive rights of a patent subject to the limitations and exceptions applicable to the original patent. For the purposes of this subparagraph, an unreasonable delay shall at least include a delay in the issuance of the patent more than five years from the date of filing of the application in the territory of the party, or three years from the date who made the request of the examination of the patent, whichever is later provided that the period attribute to patent applicants Actions not included in the determination of such delays “and the literal b in the same article” With respect to any pharmaceutical product that is covered by a patent, each party shall make available a restoration of the term of the patent or patent rights, to compensate the patent owner for unreasonable curtailment of the effective patent term as a result of the marketing approval process , related to the first marketing of the produce that part. Any restoration shall confer all the exclusive rights of a party subject to the same limitations and exceptions applicable to the original patent.”⁵⁹

Article 16.10.1 subparagraph (A), (B) and (C)

For its part, Article 16.10.1 (a) states that “If a party requires or permits, as a condition of marketing approval for a new pharmaceutical or new agricultural chemical product, the submission of information on safety or efficacy product, the shall not, without the consent of the person who previously presented such safety or efficacy information to obtain marketing approval from the ... For a period of at least five years for pharmaceutical products”.⁶⁰

58 Ibid.

59 Ibid.

60 Ibid.



Under this article shows a standard that exceeds legislation TRIPS agreement and likewise Act 2085 which came into force in the year 2002, since both set limits to a maximum of five years, and Article 16.10.1 in its literal reference to “a period of at least five years” stipulating for it himself as minima.

Also, a criticism to be made is that which arises when accepting exclusivity for all “the safety or efficacy information” and not only for the information “not disclosed” because by including this element is denoted a restriction much more acute towards the generic or equivalent to that which was stipulated by the CAFTA. (Central America Free Trade Agreement for its acronym in English). The above shows that the treaty only accepts data exclusivity marketing patented drugs for a period of “at least five years”.

Following the analysis of the clauses or articles of the treaty, we find that in accordance to the term “at least five years” 16.10.1 clearly stipulated in paragraph b, is to specify that data exclusivity is granted equally the data sent for marketing approval in “other territory”. This means that it is banning the generic companies that use the data or “evidence prior to marketing approval in another territory” when applying for marketing approval in Colombia, even if the patent equivalent drug brand has already expired.⁶¹

This legally argued in clause 16.10.1 section b, and saying “If a party requires or permits, as a condition of marketing approval for a new pharmaceutical or new agricultural chemical product, the submission of safety information or efficacy of the product that was previously approved in another territory, such as evidence of prior marketing approval in the other territory, the party shall not, without the consent of the person who previously presented such safety or efficacy to obtain approval marketing in another territory, authorize another to market a same or a similar product based on:

- (I) The safety or efficacy information submitted in support of marketing approval in the other territory, or
- (II) Evidence of the marketing approval in another territory. “

Similarly paragraph c Article 16.10.1 states the following regarding pharmaceutical drugs “new pharmaceutical product is one that does not contain a chemical entity that has been previously approved in the territory of the party to be used in a pharmaceutical.. “Under the previous clause, we try to ensure market exclusivity in Colombia to the branded drug patents expired because defining a” new product “as one that contains a chemical entity that has not been previously approved in the country. This definition of “new product” is different and does not interfere with the concept of “new use” contained in the articles mentioned above.⁶²

61 Ibid.

62 Ibid., p. 61.



It should be noted, that the North American country has slowly been monopolized medical industry and in turn the pharmaceuticals market. A reason for this is that it has obtained special character prerogatives and thus achieves their goal of obtaining patents trilogy with great protection. These three categories of patents are divided in story to its very core. The first is that which develops on the axis of the product, which is called patent product. Second, we find those who are governed in their use, which namely are called utility patents. In the third category, it is related to the process patent.⁶³

However, these categories of patents are not limited to, the act because of the same drug, a pharmaceutical company; you can give the three natures mentioned above. This means that a company can have a patent for each of the chemical elements that make up the product itself, in turn countless patents for using this medicine and simultaneously have multiple patents granted for different processes to reason that the product is occur in different modalities.⁶⁴ Anyway, the three categories described above were discussed in the negotiations of the free trade agreement between Colombia and the United States, where they were finally included in the text of the official agreement.

Currently Colombia, by Decree 2085/02, has a high standard of intellectual property protection, even exceeding the Andean Community of Nations (CAN). The FTA further strengthens it by introducing four obstacles to generics. The first and most controversial is the protection of test data exclusivity⁶⁵ in a more restrictive than the 2085 Act (section 16.10.1 TLC).⁶⁶ Second, the patent-registration link health that aims to delay generic entry to the market (Art. 16.10.3 TLC). Third, the extension of the patent by undo delays in the registrar's office or the patent office (Art. 16.9.6 b TLC), with the same purpose as the patent-registration link. Fourth, restricting the use of the word "generic" and the obligation to retain only brand names (section 16.2.3 TLC), making it impossible for doctors and users know what other products-cheap-have the same principle as the brand name drug.

63 Ibid.

64 Ibid.

65 The test data protection is the mechanism created to protect undisclosed information that presents a laboratory to the health authority (INVIMA in Colombia) to show that the active ingredient in a drug is effective and nontoxic, and obtain permission marketing (veterinary). With exclusivity means that the person who submitted the information on the active ingredient has an exclusive marketing rights for some time (at least five years according to TLC). The practical consequence of the exclusivity protection, unlike non-exclusive protection is devised by the WTO and the CAN host, is that the health authority cannot grant registration based generic security proof and effectively pre-sented by the innovator. So if a generic manufacturer wants to market the drug for as long as the information submitted by the innovator is protected, must submit their own proof of safety and efficacy of the active ingredient, which is very expensive for the complex procedures. See, Health IFARMA-mission (2007) pp. 3-5.

66 This link between the patent office and health office is known internationally as "linkage." Means that when a person applies for permission to market a competing drug to the health office, it is required to inform the alleged owner of the respective patent the identity of that person, to have the opportunity to act against it and the obligation to implement measures to prevent the product is marketed competitor during the term of the patent. While it is a mechanism to prevent proprietary products are marketed in practice to delay market entry of national brand name and generic name for as long as the competent authority decides that the alleged oppositions patentee did against the competitor. See, Health IFARMA-mission (2007). op. Cit. Pp 44-45.



Literal Article 16.10.3 (a) & (b)

Where a Party permits, as a condition of marketing approval of a pharmaceutical product, persons, other than that originally submitted the safety or efficacy information, to rely on evidence of safety or efficacy information for a product that was previously approved, such as evidence of prior marketing approval in the territory of the Party or in another territory that party shall:

- a. Implement measures in its marketing approval process to prevent such other persons from marketing a product covered by a patent, claiming the product its approved method of use during the term of that patent, unless it is with the feeling or acquiescence of the owner of the patent.*
- b. To establish that the patent owner will be informed about the identity of any person seeking marketing approval to enter the market during the term of the patent identified by the approving authority as it protects the product.*

In subparagraphs (a) and (b) of this Article is evident that connectedness or intimate relationship between patent protection and marketing approval for the same. This means that for a generic drug order can be established in the market, you must wait until the patent period expires main brand, and thus seek approval for marketing, since in such case, is required before of that term, he was not favorably granted marketing.

However, critiquing to the date of this article, we find that the TRIPS agreement (Aspects of Intellectual Property Rights Trade-Related) develops in a manner contrary. Under this agreement, opens the possibility that relevant government agencies will grant marketing approval, allowing equivalent or generic drugs to enter the market of pharmaceuticals immediately, upon expiration of the period Product patent brand. It should be noted however, that the marketing approval is granted only when referring to terms of safety and efficacy. "Simultaneously, the link provides additional protection to patents irregular through the government agency responsible for approving the registration and marketing mechanism can also be used as a barrier to enforce compulsory licensing".⁶⁷

67 Ibid.



Conclusions

Studies conducted by PAHO, Pan American Health Organization, identified a trend estimate given by 2020.⁶⁸ To do this it is concluded that in this year, about six million Colombian citizens, under the super-price orbiting nine hundred forty million dollars a year, tax multinational pharmaceutical companies will not have access to medicines. Indeed, it is understood that by 2030 there will be increased four hundred sixty million dollars a year, whose expenses reach about 1400 million for that year roughly of an inequitable access to vulnerable populations.

Undoubtedly this policy will affect the profits of the Colombian companies engaged in the production of generic drugs, since it is estimated that there will be a market decline of 41%, taking into account the use you have the product Colombian population.⁶⁹

The above thesis is intended to imply that after studying the legislative background can have the Free Trade agreement between Colombia and the United States, in the field of pharmaceuticals, it can be concluded that the drug market will be monopolized absolutely by large companies. And in turn, the generic drug market represents only a tiny minority poor.

In this vein, the Colombian state is obliged to increase its resources for the purchase of medicines for people, undoubtedly critical situation to Colombia, because they know the high prices of the products will be a limiting apparent to the population to access to pharmaceutical drugs.⁷⁰

But specifically on the subject of Chapter 16 of NAFTA dealing with intellectual property can make the following conclusions:

First, using the tool of “evergreening” by which larger multinational pharmaceutical drug market, may request the competent authority to grant them patents for new uses of products, even when patents are about to overcome or worse when they have expired. Mechanism to maintain a monopoly on the millionaire market.

Second, when you enable extensions or renewal of patents for a twenty year period in addition to those that had been granted previously, this incurring a clear violation of the prerogatives of the TRIPS agreement. (Aspects of Intellectual Property Rights on Trade).

Third, That by virtue of the laws agreed by the FTA, that after all is not as free or as trade, at least for the Colombian people, accepting the data exclusivity to test with large companies and likewise protection is given to the marketing of the products to them.

68 Bernardo Useche, Op. cit.

69 Ibid.

70 Ibid.



Fourth, at the time of signing the Treaty as mentioned, is allowed as compensation due to delays in the approval of the commercialization of patents, and in turn, for the delay of the whole process for granted before.

Finally we can say that the official document that Colombia and the U.S. signed the Free Trade Agreement, positioned in a very high degree of benefit to multinational drug companies, protecting interests to do the same. This takes into account that has operated under the strategy to phase out the threat posed by drugs or generic equivalents. Where therefore be absolute shielding protection through legislation such as the “Free Trade” which will allow you to open a new way for pharmaceutical companies to set prices of drugs under its discretion, marginalizing the average population to have access to essential products to maintain minimum living.



Bibliography.

- Ault, A. 2005. Generic Drugs: A Big Business Getting Bigger. Big Pharma is increasingly interested in getting a piece of the generics pie. *The Scientist* 2005
- Angell, M. The truth about the drug companies. How they deceive us and what to do about it. Toronto: Random House. 2004.
- Bannenberg, W. 2005. Data exclusivity and trials data disclosure - collision?(5) <http://www.essentialdrugs.org/edrug/archive/200502/msg00043.php>.
- Bermudez, J.A.Z., Oliveira, M.A.(Eds.). Intellectual property in the context of the WTO ADPIC agreement: Challenges for public health. WHO/PAHO Collaborating Center for Pharmaceutical Policies. National School of Public Health. Rio de Janeiro, September, 2004.
- Canaval Palacios, Juan Pablo. "Manual de propiedad intelectual" Editorial Universidad del Rosario. Bogota Colombia. 2008.
- Correa, C.M. 2006. Implications of bilateral free trade agreements on access to medicines. *Bulletin of the World Health Organization*. May 2006.
- Daza, E. 2006. Recalca: Persistir en la unidad contra el TLC. En: Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio y el ALCA -RECALCA_ De la indignidad a la indignación. La verdad sobre las negociaciones del TLC (From indignity to indignation. The true about the FTA negotiations. Colombia: Recalca. (2006)
- Drahos, P., Lokuge, B., Faunce, T., Godddard, M., Henry, D. 2004. Pharmaceuticals, Intellectual Property and Free Trade: The case of the US-Australia Free Trade Agreement. *Prometheus*, Vol. 22, No 3, September 2004.
- Emery, Miguel A., Propiedad Intelectual. Ley 11.723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- European Generic Medicines Association. 2000. ADPIC Article 39.3 Does not require Data Exclusivity Provisions. A critical issue for access to medicines. http://www.egagenerics.com/doc/ega_ADPIC39.3_2000.pdf
- Holguín-Zamorano, G. 2004. La bolsa y la vida. Impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la salud pública. Bogotá: Misión Salud.
- Homedes, N., Ugalde, A. 2005. Human resources: the Cinderella of health sector reform in Latin America. *Rev Panam Salud Publica/Pan Am J Public Health* 17. 2005



- Homedes, N., Ugalde, A. 2003. Globalization and Health at the United States–Mexico Border. *American Journal of Public Health* December 2003, Vol 93, No. 12
- Homedes N., Ugalde A. 2005. Multisource Drug Policies in Latin America: survey of 10 countries. *WHO Bulletin*, 2005: 83:64-70.
- Homedes, N., Ugalde, A., Rovira, J. The World Bank, pharmaceutical policies, and health reforms in Latin America. *International Journal of Health Services*, Volume 35, Number 4, 2005.
- Kantor, M. Free Trade Agreements and the Public Health. Submission of former USTR Mickey Kantor to the WHO Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Healthcare. Mayer Brow / Rowe & Maw. 2005. U.S.
- Keplinger, Michael S. La protección de la propiedad intelectual y la Economía digital: La ley de derechos de autor para el milenio digital de los Estados Unidos de América. Bogotá D.C. de abril de 2000.
- Lexchin, J. Green Shield Report. Intellectual Property Rights and the Canadian Pharmaceutical marketplace: Where Do We Go From Here?. June 2003.
- Nuñez, Javier Fernando, *Derechos Intelectuales, Ley 11.723 y su reglamentación*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
- Potel Horacio. *Argentina Copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las practicas para democratizar la cultura*. Editorial. Fundación Vía Libre. Buenos Aires, Argentina. Enero 1, 2010.
- Ramirez Manuel. *El gasto en salud de los hogares Colombianos*. Universidad del Rosario. 2002. Citado en: República de Colombia. Ministerio de Salud. *Política Farmacéutica Nacional*. 2003.
- Real Academia de la Lengua. “Diccionario de la Lengua Española.” Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1970.
- Rengifo García, Ernesto. *Propiedad Intelectual*. Unidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá. Colombia. 1997.
- Restrepo, L.G. La protección de los datos de prueba: un caso típico de la “negociación” con Estados Unidos. *Deslinde* No 39. 2006.
- Robledo, J.E. Open letter to Senators and Congressional Representatives. Bogotá, Colombia. November 13, 2006.



Robledo, J. Por qué el TLC es traición a la patria. Acusación a Álvaro Uribe Vélez. Bogotá. (2006).

Robledo J.E. 2006 TLC, medicamentos y “expropiación indirecta”. Bogota-Colombia. (2006)

Rodriguez Gabarito Cesar y Rodriguez Franco, Diana. Boletín de Observatorio de los Derechos Sociales y Políticas Publicas. “Es el TLC constitucional?” Editorial no.1, 2007.

Rogel Vide, Carlos. Nuevos estudios sobre propiedad intelectual. J.M. Bosch. Barcelona, 1998

Satanowsky, Isidro. Derecho intelectual. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1954.

Strongin, R.J. 2002. Hatch-Waxman, Generics, and Patents: Balancing Prescription Drug Innovation, Competition, and Affordability. National Health Policy Forum. Background paper. June 21, 2002.

Trouiller, P., Olliaro, P., Torreele, E., et al. 2002. Drug development for neglected diseases: a deficient market and a public health failure. Lancet 2002 Jun 22; 359 (9324): 2188-94.

Useche, Bernardo. TLC Colombia Estados Unidos. Propiedad intelectual, patentes y acceso a medicamentos genéricos. Deslinde Numero 41. Colombia. Mayo. 2007

Velásquez, German. Bilateral trade agreements and access to essential drugs. Ginebra. Suiza. Noviembre 2004

Velásquez, G. Boulet, P. Globalization and access to drugs: implications of the WTO/ADPIC agreement. World Health Organization. Ginebra. Suiza. 1999.

Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. “Bienes” Duodécima Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 2010.

OTROS:

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

Constitución Estados Unidos

Constitución Política Colombia

Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886

Código Civil Colombiano.



Decisión Andina 351 de 1993.

Industry Trade Advisory Committee on Intellectual Property Rights. 2006. The U.S.-Colombia Trade Promotion Agreement (TPA). The Intellectual Property Provisions Report of the Industry Trade Advisory Committee on Intellectual Property Rights (ITAC-15). September 20, 2006. Advisory Committee Report to the President, the Congress and the United States Trade Representative on the U.S.-Colombia Trade Promotion Agreement. [http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Colombia_FTA/Reports/asset_upload_file605_9835.pdf#search=%22USColombia%20TPA%20Report%20of%20the%20Industry%20Trade%20Advisory%20Committee%20on%20Intellectual%20property%20Rights%20\(ITAC-15\).%20%22](http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Colombia_FTA/Reports/asset_upload_file605_9835.pdf#search=%22USColombia%20TPA%20Report%20of%20the%20Industry%20Trade%20Advisory%20Committee%20on%20Intellectual%20property%20Rights%20(ITAC-15).%20%22).

Ley Nacional Colombiana, numero 23 de 1982. Sobre el derecho de autor.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Acuerdo Promociones Comerciales entre la republica de Colombia y Estados Unidos de America. TLC. Visto en línea.

<http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>

Misión Salud TLC y Salud: La Verdad- Las concesiones hechas a las multinacionales farmacéuticas, su impacto sobre el índice de precios y el acceso a los medicamentos, y qué podría hacer el Congreso Nacional para mitigarlos. (2007). Pp. 14.

Office of the United States Trade Representative. 2006. United States and Colombia sign Trade Promotion Agreement. November 22, 2006

Office of the United States Trade Representative. United States - Colombia TPA Final Texts. http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Colombia_FTA/Final_Text/Section_Index.html 2006.

Office of the United States Trade Representative. 2006. Free Trade with Colombia. Brief summary of the agreement. Trade Facts. February 27, 2006.

OPIS e IFARMA. Determinación del impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. (2004).

OPS y Fundación IFARMA Bogotá; OPS-IFARMA Determinación del impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos”, (2005).

OPS y Fundación IFARMA, Bogotá.; IFARMA-misión Salud La propiedad Intelectual en el TLC: impactos sobre el gasto farmacéutico y el acceso a medicamentos en Colombia, Publicaciones misión Salud, Bogotá; (2006)



IFARMA-misión Salud Impacto del TLC sobre la esperanza de vida de los pacientes viviendo con VIH-Sida en Colombia Publicaciones misión Salud, Bogotá. (2007)

Organización Panamericana de la Salud –OPS- 2005. Aplicación del modelo de impacto de cambios en los DPI a Colombia, Costa Rica y Guatemala. <http://www.misionsalud.org/documentos.htm>.

Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT), OMPI, 1997.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de diciembre 8 de 2005. Proceso 114-AI-2004.



LA PLURALIDAD DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN VENEZUELA

✉ Por: Yoselyn Bermúdez Abreu¹ y César Prades Espot²

Fecha de recepción: 13 de marzo de 2013

Fecha de aceptación: 2 de mayo de 2013

Resumen

El Derecho el Derecho Internacional Privado en Venezuela se caracteriza por presentar una pluralidad de fuentes como son las de Derecho interno e internacional, fuentes formales y materiales, coercitivas y facultativas, que algunas veces obstaculizan la celeridad en la determinación del Derecho aplicable al caso concreto y la seguridad jurídica de los operadores del tráfico internacional (partes interesadas, jueces y juristas). Este artículo tiene por objeto: Describir la pluralidad de las fuentes en el Derecho Internacional Privado venezolano, analizar la problemática que conlleva y proponer algunos mecanismos de articulaciones ante esta pluralidad legislativa. La investigación es cualitativa y el método aplicado es la hermenéutica jurídica, mediante el estudio de documentos doctrinarios y legales. Se concluye que la noción de fuente en el Derecho Internacional Privado debe adaptarse a los tiempos modernos e interpretarse en un sentido amplio y no meramente formal. La formulación de normas especiales ha ocasionado una dispersión normativa, incitando a los juristas a acudir a la jurisprudencia y a los valores sustanciales del Derecho. La pluralidad

-
- 1 Docente e Investigadora adscrita al Departamento de Derecho Internacional y al Centro de Investigaciones de Derecho Privado de la Universidad del Zulia, Venezuela. Este artículo es producto del Proyecto de Investigación financiado por el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología (Fonacit) de Venezuela en el marco del Programa de Estímulo a la Investigación (Pei), con el número 759, de septiembre de 2012. Email: yoselynbermudez@hotmail.com
 - 2 Coinvestigador del Proyecto de Investigación titulado: "Análisis sobre el Derecho contractual internacional en la Región Caribeña en el marco del Proyecto Ohadac", registrado ante el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad del Zulia, según oficio VAC-CONDES-CH-0360-2012. Email: cesarbre@hotmail.com



de fuentes ha conducido a la aplicación del Derecho apelando a su sentido lógico y técnico para amparar las decisiones judiciales y garantizar la seguridad jurídica de las personas.

Palabras Clave

Derecho Internacional Privado, pluralidad de fuentes, mecanismo de articulación, seguridad jurídica.

Abstract

The International Private Law in Venezuela is characterized by a variety of sources such as those of domestic and international Law, formal and material sources, coercive and optional, that sometimes hinder the speed in determining the law applicable to the case and legal security of operators of international traffic (stakeholders, judges and lawyers). This article aims to describe the plurality of sources in International Private Law in Venezuela, which involves analyzing the problem and propose some mechanisms to this plurality legislative joints. The research is qualitative and method of legal interpretation, by analyzing documents and legal doctrine. We conclude that the notion of International Private Law sources must adapt to modern times and interpreted in a broad sense, not formal. The special standards development has caused a dispersion law, prompting lawyers to go to jurisprudence and law substantive values. This policy has led to disorder the application of law by appealing to their sense of logic to cover technical and judicial decisions and ensure legal certainty of people.

Keywords

International Private Law, plurality of sources, hinge mechanism, legal security.

Introducción

Los Artículos 1, 28, 29, 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado que entró en vigencia en el ordenamiento jurídico venezolano en el año 1999, establecen las fuentes que informan a esta ciencia, de las cuales algunas son tradicionales y, reseñan de manera indirecta otras que son modernas. Dentro de las fuentes tradicionales se encuentran: los tratados internacionales, las leyes internas especiales en materia de Derecho Internacional Privado, la analogía, los principios generales del Derecho Internacional Privado, la autonomía de la voluntad de las partes, las prácticas, usos y costumbres.



Con el mismo espíritu también se manifiestan, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1985 en su Artículo 1, la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, en los Artículos 8, 9 y 10, y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual indica en su Artículo 38-1, las fuentes del Derecho Internacional.

En cuanto a las fuentes modernas del Derecho Internacional Privado, que se circunscriben tanto al ámbito interno como al internacional, se encuentran los instrumentos normativos armonizadores y unificadores de Derecho blanco o *soft law*. Algunas de esas fuentes son: La ley modelo, el contrato modelo, la cláusula modelo, las guías, la ley uniforme y los *incoterms*. Todos éstos adquieren fuerza coercitiva cuando las partes contratantes bajo el principio de la autonomía de la voluntad la incorporan a su contrato o el legislador nacional de los Estados toman estos instrumentos normativos como modelos en la formulación de normas jurídicas de Derecho interno.

Ante la amplia gama de instrumentos normativos armonizadores y unificadores, y debido a la tipicidad con la cual la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana determina sus fuentes, este artículo tiene como objetivos: Describir la pluralidad de las fuentes en el Derecho Internacional Privado venezolano, analizar la problemática que conlleva y proponer algunos mecanismos de articulaciones ante esta pluralidad legislativa.

1. El problema de la pluralidad de las fuentes en el Derecho Internacional Privado

Las fuentes del Derecho Internacional Privado³ han sido reguladas en el ordenamiento jurídico venezolano, desde el punto de vista formal, en el Derecho interno, en la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 en el Artículo 1; y en el Derecho internacional, en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁴, en su Artículo 1.

Sin embargo, tanto en el ordenamiento jurídico venezolano como en el de cualquier otro Estado, se presenta una problemática basada en la pluralidad de fuentes susceptibles de ser aplicadas simultáneamente, para resolver supuestos de hechos en materia de Derecho Internacional Privado. Esta pluralidad abarca tanto las fuentes tipificadas como los instrumentos normativos formulados por organismos internacionales mediante la aplicación de modernas técnicas legislativas. En este sentido, el Derecho Internacional Privado está condicionado a dos factores: (a) La existencia en el tráfico jurídico de un pluralismo de sistemas normativos; y, (b) La posibilidad de que las relaciones jurídicas estén conectadas con más de un ordenamiento jurídico o con más de una jurisdicción.

3 Venezuela, Congreso Nacional de la República de Venezuela, Leyes, Ley de Derecho Internacional Privado, Gaceta Oficial, Caracas, Gaceta Oficial N° 36.511, 6 de agosto de 1998, art. 1, p. 1.

4 Venezuela, Congreso Nacional de la República de Venezuela, Ley Especial, Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales, Gaceta Oficial, No. 4974, 22 de septiembre de 1995, art. 1, p. 1.



Este pluralismo conlleva a la eventual contradicción entre dos o más sistemas legales respecto a un mismo hecho, acto, relación o situación jurídica, y trae como consecuencia que, el órgano que aplica el Derecho puede cuestionar su competencia, la interpretación en un sentido determinado de las normas jurídicas, de su contenido, primacía o aplicabilidad al caso, o de la *ratio legis*.⁵

Pues, cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el Derecho, sino que se integra con espacio propio en un orden plural con efectos unitarios. Como no todas las normas pertenecen a un mismo y único ordenamiento jurídico, el análisis de las relaciones que existen entre ellas debe tener en cuenta la proscripción de ese aislamiento interpretativo y, sobre todo, la cuestión de la procedencia múltiple.⁶ Esta situación ha traído como consecuencia la discusión entre juristas, jueces y demás operadores jurídicos sobre la determinación de la fuente normativa aplicable para resolver el supuesto de hecho, para lo cual hay que demostrar una proclividad hacia fórmulas efectivas que articulen la pluralidad de las fuentes.

La polémica se acentúa aún más cuando se trata de regular la actividad mercantil internacional, pues el dinamismo de las operaciones económicas crea la necesidad de intentar reglamentar de modo particular cada supuesto de hecho. No hay mayor labor legislativa que en materia de Derecho Civil, pues esta rama se centra en los patrones culturales, religiosos, y la tradición normativa de cada región.

Además, la disputa sobre la determinación de la fuente aplicable, se basa en la coexistencia de: (a) Normas de Derecho Internacional Privado de Derecho interno, internacionales y regionales; (b) Normas creadas por los organismos internacionales que procuran la armonización y unificación de los ordenamientos jurídicos; (c) La facultad legislativa que otorgan los ordenamientos jurídicos a las partes contratantes, basada en el principio de la autonomía de la voluntad.

En el orden jurídico internacional se constata la creciente intensidad sobre innovaciones normativas heterogéneas, aun cuando la norma nace en el seno propio de la materia que es objeto de regulación. Resulta perturbador para los destinatarios de la norma jurídica que la producción normativa quede reducida a una tarea formal, a la mera utilización de un procedimiento en el que no se tenga en cuenta la necesaria homogeneidad de unos preceptos con otros. La creación de normas ocasionales, singulares o ad hoc, ocasiona una dispersión normativa, lo que incita a los juristas a acudir a la jurisprudencia y a los valores sustanciales del Derecho.

5 Diego Fernández Arroyo et al., *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalia, Buenos Aires, 2003, p. 36-45.

6 José Bermejo Vera, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Navarra, Thomson Civitas, 2005, p. 134.



1.1. La participación de los organismos internacionales

Los organismos internacionales son reconocidos como instituciones capaces de autoestructurarse y autoorganizarse, y están legitimados para contribuir a la función creadora del Derecho, es decir, para ejercer la función legislativa. Asimismo, en los procesos de integración se ha multiplicado el número de parámetros y referentes normativos, que disputan incluso, con las leyes internas de los Estados, creando un entramado normativo.

Los organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA), entre otros organismos especializados como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Instituto Unidroit, basan su actividad legislativa en la formulación de: (a) Proyectos de tratados internacionales (*hard law*), los cuales son negociados, celebrados y ratificados por los Estados. (b) Normas creadas con la aplicación de la técnica legislativa del *soft law*, como las declaraciones, leyes modelos, contratos modelos, cláusulas tipo, por indicar algunas.

1.2. La autonomía de la voluntad de las partes.

Una nueva propulsión en la pluralidad de fuentes nace en las normas de origen contractual, ya sea con eficacia privada o pública (el caso de los convenios laborales internacionales). Sin embargo, hay que resaltar que, la autodeterminación normativa de las partes contratantes, es más sensible y previsible a la relación mercantil y forzosamente responde a criterios propios, pues está mejor informada al respecto que la propia Ley rigurosa, manifiesta, incondicional, incontrovertible, inexorable y precisa creada por los Estados.⁷

1.3. La seguridad jurídica.

Existe una especie de universo legislativo compuesto, por normas vinculantes y facultativas, sobre las cuales normalmente se desconoce su *ratio legis*. En consecuencia, la seguridad jurídica en cuanto a la determinación de la fuente reguladora, queda mermada por la proliferación incontenible, multiplicada, parcelada o inconexa de normas, donde los operadores jurídicos deben indagar ante la concurrencia desmedida de disposiciones legislativas, la aplicación de la fuente más idónea según corresponda a la naturaleza jurídica del supuesto de hecho. Igualmente, las funciones codificadoras que han tenido los organismos internacionales públicos, privados, gubernamentales y académicos, han sido alteradas por la creación desmedida de cuerpos normativos que abarcan algunos tópicos y no temas generales como sucedía décadas atrás.

Sobre todo en la acción codificadora en el continente americano, bajo la actuación de la Organización de los Estados Americanos, a través del Comité Jurídico Interamericano y las

7 Enrique Arnaldo Acubilla y Rafael Fernández Valverde, *Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, 3.a. ed., Madrid, Grupo Wolters Kluwer, 2007, p. 265.



Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado. Es así como la codificación se divide según la técnica legislativa aplicada, a saber: a) La codificación global, cuyo máximo ejemplo es el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, que contiene la mayoría de las ramas del Derecho civil; y b) La codificación sectorial, que comprende la formulación de convenciones que regulan determinadas áreas de la ciencia *ius privatista*.

Esto conlleva a pensar que el proceso de codificación del Derecho Internacional Privado se encuentra agotado y necesita reevaluar su funcionamiento. Estas limitaciones de la codificación tradicional se ven agudizadas por el carácter técnico y especializado de los nuevos temas del Derecho Internacional Privado, así como por el incremento de organismos que intervienen en la elaboración de esas normas. La situación planteada exige ofrecer una efectiva seguridad jurídica, ante la identificación de un escenario basado en la diversidad normativa, ya no tan peculiar en la actualidad, pues una vez que se ha extinguido de manera irreversible el monopolio legislativo del Estado, existen múltiples foros de producción de normas jurídicas válidas.

Tal panorama conduce a la inseguridad jurídica en el momento de resolver el supuesto de hecho en concreto, pues se genera una situación de incertidumbre en lo referente a la legislación aplicable. El legislador debe buscar la claridad y no la confusión normativa, procurando que sobre las normas de Derecho Internacional Privado conozcan los operadores jurídicos y ciudadanos, evitando el difícil juego de las remisiones normativas.

Por ello, la determinación del Derecho aplicable para resolver el conflicto se complica debido a la pluralidad de fuentes en materia de Derecho Internacional Privado, *policentrismo* que deviene de la producción normativa y se podría contraponer con la necesidad de otorgar seguridad jurídica, la cual depende del control del sistema creador de normas, así como de su efectiva y correcta aplicación. En todo caso, el sistema normativo de las fuentes debe garantizar certeza, y ésta se logra a través de una correcta elaboración y formulación de las normas, con previa reflexión seria y colectiva sobre la razón de ser de la misma (*ratio legis*), y posterior ponderación de las posibilidades de éxito en la ejecución de sus postulados o prescripciones.⁸

El Derecho Internacional Privado como ciencia debe proporcionar seguridad jurídica en primer lugar, objetivamente, en cuanto a la exigencia de regular estructuralmente y de modo funcional un sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En segundo lugar, subjetivamente, mediante la certeza del Derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva que requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios, mediante la adecuación de los medios de publicidad para que las personas sepan con anterioridad aquello que le está prescrito, prohibido o permitido. En tercer lugar, fácticamente, la seguridad que tienen las personas de que el sistema de Derecho les protege, cuya vigencia no es sólo formal, sino también real, es decir, que se aplique por los Tribunales.⁹

8 J. Bermejo Vera, Op. cit., p. 209.

9 *Ibíd.*



1.4. La limitación del poder ejecutivo por la internacionalización de la producción normativa.

La multiplicación de las normas de Derecho Internacional Privado es consecuencia de que los Estados han dejado de protagonizar las relaciones jurídicas de la comunidad internacional, dando paso a la participación de los organismos internacionales universales o regionales. Las materias de Derecho Internacional Privado se han extendido y diversificado, y por eso, han proliferado los sistemas de producción normativa lo que podría conllevar al debilitamiento del poder soberano del Estado.

La limitación del poderío del Estado para gobernarse unilateralmente conduce a la revisión del tradicional concepto de soberanía legislativa, como la facultad que tiene el Estado para crear su propio Derecho atendiendo únicamente a sus intereses económicos, sociales y políticos. Lo expuesto es menester enmarcarlo dentro de la globalización, que ha conllevado a la internacionalización de los procesos de producción normativa.

El pluralismo jurídico mundial se caracteriza fundamentalmente por su verticalidad en la creación de normas de Derecho Internacional Privado, y evidencia el multinivel de producción normativa que ya no está centrada en la labor legislativa de los Estados. Esto ha traído como consecuencia un desorden normativo que podría conducir al Derecho a su aplicabilidad basada en la jurisprudencia, en la búsqueda del sentido lógico y técnico jurídico que ampare las decisiones judiciales y que garantice la seguridad jurídica. La conclusión es sencilla, aun cuando la soberanía no se pierde de manera absoluta al ser adquirida por otros organismos, los Estados deben reconfigurarse en un nuevo contexto para ejercer sus funciones uniendo sus actividades a las de otros Estados y entes privados.

2. Algunos mecanismos de articulaciones ante la pluralidad legislativa

El Derecho interno y el internacional tienen características que muchas veces reflejan el ámbito teórico y no el práctico. Algunas de esas características son la coherencia e integridad, además de ser sistemas jerarquizados, autogenerativos, ordenados y dinámicos, entre los cuales existe una relación formal de autoridad entre cada una de sus normas. La coherencia de estos ordenamientos jurídicos, desde el punto de vista doctrinario, no pragmático, se sustenta en que deben ser sistemas coherentes, es decir, no debe existir contrariedad entre las normas que lo integran. Sin embargo, la diversidad y pluralidad en las fuentes que informan al Derecho Internacional Privado han dado lugar a la complejidad, que se caracteriza desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, por la posibilidad del concurso válido de normas de procedencias muy distintas.

En este sentido, La formulación de normas del Derecho Internacional Privado presentan una progresión geométrica, que conduce al surgimiento de nuevas normas en el ámbito del



ordenamiento jurídico internacional, lo que amerita de nuevos mecanismos que resuelvan las posibles contradicciones y que colaboren con el operador jurídico en la determinación del Derecho aplicable. Es necesario entonces, aplicar tradicionales mecanismos resolutores o formular nuevas soluciones de naturaleza técnica ante la llamada congestión del orden jurídico internacional, caracterizada por la proliferación, algunas veces, innecesaria de normas e interpretaciones, que generan más costos en las negociaciones internacionales.

2.1. Mecanismos de articulaciones generales.

Ante la pluralidad de fuentes normativas llamadas a regular un supuesto de hecho, el operador jurídico puede aplicar diversos mecanismos de articulaciones, los cuales se dividen en dos grupos. El primero trata sobre los mecanismos de articulaciones generales, que incluyen: El cronológico, el de supremacía o de jerarquía normativa (la influencia del ordenamiento jurídico comunitario en las relaciones de derecho interno, la influencia del ordenamiento jurídico comunitario en las relaciones de Derecho interno, y el principio de complementariedad), y el principio de especialidad de la norma.

El segundo mecanismo de articulación es el de carácter especial, perteneciente al Derecho Internacional Privado, en el cual se encuentran: El principio de la justicia material ante la justicia formal, la interpretación con base al principio de internacionalidad, el principio *ius cogens* internacional y el uso de las nuevas tecnologías.

Estos son los mecanismos aplicables para resolver las problemáticas originadas por la proliferación de normas jurídicas, sin embargo, debe acotarse que las soluciones no son obra exclusiva del legislador, sino que debe considerarse en gran medida, la labor de intérprete que hace el juez en su tarea de construcción y aplicación del Derecho al caso en concreto (la jurisprudencia es un medio para interpretar las leyes y en consecuencia, un mecanismo idóneo para solventar sus contradicciones e imperfecciones). Por ello se reitera, la necesidad de distinguir entre la sistematicidad formal (que concibe al Derecho interno y el internacional, como ordenamientos perfectos) y la sistematicidad material, impregnada de vacíos y contradicciones.

2.1.1 La cronología.

El Derecho Internacional Privado debe procurar la coherencia normativa, es decir, que las normas aplicables al mismo supuesto de hecho no den soluciones contradictorias. Cuando ello sucede, se aplica al caso concreto mediante un criterio de sustitución y preferencia, la ley posterior que deroga a ley anterior. Lo expuesto se denomina dicotomía legislativa, cuando una o más normas son contrarias entre sí, siempre que regulen la misma materia, y tengan vigencia, lo que conlleva a que haya incompatibilidad entre las normas en lo que atañe a una materia en particular.

El órgano normalmente encargado de viabilizar la derogación con efectos hacia el futuro es el poder legislativo, que cumpliendo los recaudos formales para la creación de las normas,



dicta una ley que se encuadra dentro de los criterios expuestos, pero en el caso del Derecho Internacional Privado el procedimiento no es fácil, en cuanto que, el Derecho Internacional como tal, carece de un órgano legislativo único e internacional facultado para resolver esta problemática. Lo ideal sería que, para ese supuesto de hecho, se solicitara al poder judicial la verificación de la existencia formal de la norma que se invoque. Este criterio es susceptible de aplicación cuando exista contradicción entre dos normas, y priva la norma más reciente por sobre la más antigua. Así se procede en el ordenamiento jurídico venezolano en materia de Derecho Internacional Privado, ya sea de modo expreso o tácito.

Este criterio se constata en el derogado Artículo 8 del Código de Procedimiento Civil¹⁰, el cual establecía que, en los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderían, primero, a los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarían lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprende de la mente de la legislación patria; y en último lugar, se regirían por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente.

El Artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado sustituyó la referida norma, al establecer que los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. Asimismo, el Artículo 63 de la Ley in comento establece que se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de la presente ley.

2.1.2. La supremacía o de jerarquía normativa

El Derecho Internacional Privado se ha expandido horizontalmente, en lo que respecta a las materias especiales que se derivan de él, tal es el caso de la propiedad intelectual, el comercio electrónico, el arbitraje internacional, los derechos del niño y adolescente, la protección del consumidor, pero además, ha habido también un esfuerzo destinado a asegurar una ordenación jerárquica de su estructura. Sin embargo, este esfuerzo ha tenido un carácter más académico que práctico, incluso se puede aseverar que lejos de contribuir al desarrollo del Derecho Internacional Privado, eventualmente puede convertirse en un obstáculo.

El Derecho Internacional Privado positivo normalmente contiene disposiciones normativas independientes y jerárquicamente superiores, lo que responde a la debida ordenación sistemática y lógica que procura integrar el sistema jurídico nacional e internacional. En este sentido, en el ordenamiento jurídico venezolano, se debe dar prioridad a las convenciones internacionales que pudieran existir en la materia que se está juzgando. Así lo dispone el Artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, al preceptuar que los supuestos de

¹⁰ Venezuela, Congreso de la República de Venezuela, Código, Código de Procedimiento Civil, Gaceta Oficial, Caracas, 18 de septiembre de 1990, art. 8, p. 2.



hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela.

Asimismo, el Artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, establece que la determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con el Derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes.

La aplicación de los tratados internacionales como la principal fuente del Derecho Internacional Privado, de algún modo permite solucionar los supuestos de hecho mediante la aplicación de normas que han sido pactadas por los Estados y que se sustentan en la aplicación concreta de normas unificadas que en principio otorgarían soluciones armoniosas.

2.1.2.1 La influencia del ordenamiento jurídico comunitario en las relaciones de Derecho interno

El principio de supremacía o de aplicación directa del Derecho comunitario, es la fórmula por excelencia en la articulación de los ordenamientos jurídicos de los Estados integrados. Ejemplo de ello, es el Artículo 10 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹¹, el cual determina que los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Además, facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión, y se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado. Asimismo, el Protocolo Adicional al Tratado de La Asunción¹² sobre la Estructura Institucional del Mercosur, en su Artículo 20 dispone que, la Comisión de Comercio del Mercosur se pronunciará mediante Directivas o Propuestas, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes.

2.1.2.2 El principio de complementariedad

Existe un mecanismo de articulación ante la presencia de una pluralidad de sistemas jurídicos o concurrencia válida de diversas fuentes del Derecho, en efecto, las normas supletorias tienen como finalidad la armonización de los ordenamientos jurídicos, además de procurar seguridad jurídica a los destinatarios de las normas. Tal es el caso de lo que disponen los Principios Unidroit en su Preámbulo al establecer que, estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de carácter uniforme.

El juez puede hacer uso del *soft law* de manera complementaria a las fuentes directas o

11 Bruselas, Parlamento Europeo, Tratado, Tratado de la Unión Europea, Diario Oficial, n° C 191, Bélgica, 29 de julio de 1992, art. 10, p. 2.

12 Brasil, Mercado Común del Sur (Mercosur), Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur, Ouro Prieto, 1991, art. 20.



supletorias del Derecho Internacional Privado, para la correcta resolución de los casos. Con relación a las partes contratantes les permite la aplicación de un determinado ordenamiento neutral. En el caso del ordenamiento jurídico venezolano, la Ley de Derecho Internacional Privado, dispone en los Artículos 30 y 31, que el juez podría aplicar los principios generales del Derecho Comercial Internacional para la resolución de controversias en materia de obligaciones, estos son los Principios aplicables a los Contratos Mercantiles Internacionales (Principios Unidroit), los cuales configuran una especie de *soft law* armonizador.

2.1.3. La especialidad de las normas.

El criterio de la especialidad de las normas se aplica cuando existen dos o más disposiciones legales incompatibles, una con carácter general, y otra con carácter especial, donde deberá prevalecer la segunda, pues posee especificidad en una materia que está sometida a una reglamentación diferente. Esto obedece al principio de justicia que establece igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría, por ende, el pase de una norma genérica a una específica responde a un proceso natural de diferenciación de categorías, reconstrucción gradual y descubrimiento por parte del legislador de esta diferenciación. Sea el supuesto de aplicar en ambos casos, la misma norma general, se incurriría en una injusticia ya que ambas personas se ubican en categorías diferentes. Obstaculizar la aplicación de la norma especial conllevaría a la petrificación del Derecho en detrimento de su propio desarrollo y perfeccionamiento.

2.1.4. Otros criterios.

El operador jurídico puede aplicar otros criterios para resolver las contradicciones debidas a la pluralidad legislativa, como: El principio de que lo favorable priva sobre lo odioso, y que la norma facultativa prive sobre la norma prohibitiva.

2.2. Mecanismos de articulaciones especiales.

2.2.1. El principio de la justicia material ante la justicia formal.

Entre la justicia material y la conflictual debe haber un equilibrio. Las normas de Derecho Internacional Privado son de carácter adjetivo, por lo tanto, cumplen una función indicativa en cuanto a la determinación del Derecho aplicable al caso en concreto. Sin embargo, este propósito ha cambiado, pues los ordenamientos jurídicos de los Estados contemplan disposiciones normativas que persiguen la justicia material apartándose de la justicia formal. Tal es el caso del Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el cual dispone que, el Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan el país extranjero respectivo, de manera que se alcancen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto.

Asimismo, el Artículo 7 *ejusdem* determina que, los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando lograr las finalidades perseguidas por cada uno de dichos



Derechos. Las posibles dificultades originadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad al caso concreto.

En este sentido:

... se hace necesario, [...] ajustar todos los perfiles técnicos que garanticen la efectividad del Ordenamiento que sólo puede ser la consecución de la justicia al caso concreto. Y para ello son, sin duda, imprescindibles los mecanismos de control de tal aplicación. Ahí es donde posiblemente reaparece la cara más dura del Ordenamiento plural¹³.

La búsqueda de la justicia material es una esperanzadora lección ante un nuevo ordenamiento plural, en la lucha contra los obstáculos y trabas procesales, amparados en formalismos excesivos¹⁴. Sin embargo, cuando coexisten diversas fuentes que informan al Derecho Internacional Privado, en esa labor de investigación que tiene el juez para conseguir la justicia material en vez de la formal, se propician soluciones casuísticas, por lo tanto, el principio de la búsqueda de la justicia material ante la formal, se contrapone a una de las características generales de las normas jurídicas, como es, su carácter abstracto.

2.2.2. La interpretación con base al principio de la internacionalidad.

Las normas de Derecho Internacional Privado poseen un carácter esencialmente internacional, tanto en la metodología para su formulación como en su interpretación. Se excluye así, cualquier intento de nacionalización y se mantiene el carácter universal, en cuanto a la vigencia de las normas de conexión y a la amplia aceptación del ordenamiento jurídico extranjero, salvo en los casos, que choquen con normas imperativas o de estricto orden público internacional.¹⁵

Ejemplo de lo expuesto son los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales (Principios Unidroit), los cuales determinan en su Artículo 1.6, Numeral 1, que en la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional, así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. De igual modo, la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en su Artículo 4 establece que, para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

¹³ J. Bermejo Vera, Op. cit., p. 207.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 214.

¹⁵ Tatiana de Maekelt et al. La Codificación Interamericana en materia de Derecho Internacional Privado en el contexto universal y regional. Libro Homenaje a Haroldo Valladao. Temas de Derecho Internacional Privado, Caracas, 1997, pp. 151-63.



Asimismo, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Cnudmi¹⁶, en su Artículo 2 “A”, sobre el origen internacional y los principios generales, se establece que en la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. Por último, la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado¹⁷ en el Artículo 2, Numeral 2, establece que en la interpretación de los tratados internacionales, se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme.

2.2.3. El principio *ius cogens* internacional.

El *ius cogens* es una expresión clara del Derecho natural, que recoge valores superiores y que siempre culminan en manifestaciones del Derecho positivo. La necesidad de salvaguardar los derechos de la persona humana es, probablemente, el más típico de estos valores, por largo tiempo consagrado en la doctrina y reflejado en un amplio sistema del Derecho internacional contemporáneo.

Cuando se trata de resolver un supuesto de hecho objeto de estudio del Derecho internacional privado en el cual coexisten diferentes normas, se debe apelar al *ius cogens* internacional, que según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸ en su Artículo 13, está unido a la idea de la existencia de principios fundamentales aceptados por la comunidad internacional de Estados en su conjunto y necesarios para su propia supervivencia, cuya violación implica la nulidad de los actos jurídicos internacionales que los conculcan. Las normas de *ius cogens*, no admiten acuerdo en contrario, son obligaciones *erga omnes* que tienen un alcance universal.

Las características de las normas *ius cogens* son las siguientes¹⁹:

Constituyen categorías jurídicas. Las normas del *ius cogens* son una categoría jurídica que ha sido estudiada progresivamente por los juristas y aplicada en la práctica internacional para establecer barreras objetivas inspiradas en la idea de humanidad, frente al poderío de los Estados en el Derecho internacional.

Recogen principios fundamentales que pertenecen a la comunidad internacional, similares al orden público en el Derecho interno. Algunos principios generales del Derecho internacional

16 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Cnudmi”, [en línea], disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, consulta: 31 de enero de 2013

17 Fabiola Romero, “Ley Italiana de Derecho Internacional Privado Ley No. 218 del 31 de mayo de 1995. Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado”, Revista de Derecho, (114) [en línea], disponible en: <http://www.zur2.com/objetivos/leyextran/italia.htm>, consulta: 31 de enero de 2013.

18 Austria, Organización de las Naciones Unidas (Onu), Convención, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations Treaty Series, Viena, 23 de mayo de 1969, art. 53.

19 Jesús Ollarves Irázabal, El *Ius Cogens* en el Derecho Internacional Contemporáneo, Caracas, Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 116.



han contribuido formalmente en el fundamento del *ius cogens*, ya que establecen un criterio básico reconocido por la comunidad internacional que conducen a fijar estándares para su regulación en el Derecho imperativo o jerárquicamente superior vigente.

Son normas imperativas, necesarias y obligatorias de Derecho Internacional general. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su Artículo 53, una norma imperativa de Derecho Internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter. Prevalecen sobre las voluntades de los Estados y son jerárquicamente superiores cuya importancia nace de las necesidades de la comunidad internacional.

Nacen del consenso general de los Estados. Los Estados y los organismos internacionales son los sujetos encargados de la creación de normas jurídicas positivas (*ius cogens*) que regulan su cooperación y coexistencia, mediante el consenso, cualquiera sea su técnica legislativa para crear, modificar y desarrollar las normas de Derecho Internacional general.

2.2.4. El uso de las nuevas tecnologías

Existe la posibilidad de desarrollar un Banco de Datos computarizado en materia de normas de Derecho Internacional Privado auspiciado por un organismo internacional, sea el caso de la ONU y la OEA, pues antes de promover cualquier actividad de integración normativa (aproximación²⁰, coordinación²¹, armonización o unificación) en determinada área, es necesario tener en cuenta la existencia de los instrumentos normativos en la misma materia, así como, evaluar su aplicación y eficacia para evitar la duplicidad de esfuerzos y la proliferación de normas que podrían conducir a interpretaciones divergentes²² (Feldstein de Cárdenas y Scotti, 2005).

20 La aproximación. Representa el segundo grado de la integración normativa. Responde a una actuación de carácter funcional y consiste en el acatamiento por parte de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados de los criterios generales sobre un tema determinado.

21 La coordinación. Constituye el primer grado dentro de la escala de integración normativa, e implica la realización de cambios en los ordenamientos jurídicos de las naciones, con la finalidad de demarcar las directrices universales comunes, para alcanzar el nivel mínimo de igualdad jurídica. Tiene como objeto un acercamiento que no conlleva necesariamente a la ejecución de otras actuaciones que impliquen niveles superiores de integración legislativa.

22 Sara Lidia Feldstein de Cárdenas y Luciana Scotti, "Armonización Legislativa en el Mercosur: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado", [en línea], disponible en: <http://ideas.repec.org/p/cis/di0000/011.html>, consulta: 31 de enero de 2013.



Conclusiones

En el ordenamiento jurídico venezolano como en el de cualquier otro Estado, se presenta una problemática basada en la pluralidad de fuentes que informan al Derecho Internacional Privado, la cual no se remite únicamente a las fuentes tipificadas, sino también a los instrumentos normativos formulados por organismos internacionales mediante la aplicación de la moderna técnica legislativa del *soft law*.

El Derecho Internacional Privado basado en una pluralidad de fuentes aun con todas las dificultades de interpretación y aplicación que se presentan, constituye posiblemente, la mejor garantía de estabilidad social, pues la policentricidad de las fuentes no puede significar que las leyes dejen de constituir la forma oficial de los ordenamientos jurídicos, pues, la diversidad en la producción jurídica se encuentra autorizada y legitimada por las mismas leyes.

Bajo este contexto, cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el Derecho, sino que se integra con espacio propio en un orden plural con efectos unitarios. Como no todas las normas pertenecen a un mismo y único ordenamiento, el análisis de las relaciones que existen entre ellas debe tener en cuenta la proscripción de ese aislamiento interpretativo y, sobre todo, la cuestión de la procedencia múltiple.

Esta situación ha traído como consecuencia la discusión entre juristas, jueces y demás operadores jurídicos sobre la determinación de la fuente normativa aplicable para resolver el supuesto de hecho, para lo cual hay que demostrar una proclividad hacia fórmulas efectivas que las articulen. Este fenómeno normativo amerita los debidos argumentos jurídicos de articulación absolutamente imprescindibles en un sistema con pluralidad de fuentes, pues la proliferación de normas conlleva a que únicamente algunos juristas puedan moverse con solvencia y libertad interpretativa.

La disputa sobre la determinación de la fuente aplicable, se basa en la coexistencia de: (a) Normas de Derecho Internacional Privado de Derecho interno, internacionales y regionales; (b) Normas creadas por los organismos internacionales que procuran la armonización y unificación de los ordenamientos jurídicos; (c) La facultad legislativa que otorgan los ordenamientos jurídicos a las partes contratantes, basada en el principio de la autonomía de la voluntad.

En el orden jurídico internacional se constata la creciente intensidad sobre innovaciones normativas heterogéneas, aun cuando la norma nace en el seno propio de la materia que es objeto de regulación. La creación de normas ocasionales, singulares o ad hoc, ocasiona una dispersión normativa, lo que incita a los juristas a acudir a la jurisprudencia y a los valores sustanciales del Derecho. Este desorden normativo podría conducir al Derecho a su aplicabilidad basada en la jurisprudencia, en la búsqueda del sentido lógico y técnico jurídico que ampare las decisiones judiciales y que garantice la seguridad jurídica.

La existencia de este pluralismo jurídico mundial conlleva a un desorden normativo que puede



hacer retroceder el Derecho a su base premoderna de base jurisprudencial. Sin embargo, aun con las virtudes e inconvenientes de este desorden, vence el cumplimiento del principio de jerarquía normativa.

Este contexto también produce inseguridad jurídica al momento de resolver el hecho en concreto, pues se genera una situación de incertidumbre en lo referente a la legislación aplicable. El legislador debe buscar la claridad y no la confusión normativa, procurando que sobre las normas de Derecho Internacional Privado conozcan los operadores jurídicos y ciudadanos, evitando el difícil juego de las remisiones normativas.

El sistema normativo de las fuentes debe garantizar certeza, y ésta se logra a través de una correcta elaboración y formulación de las normas, con previa reflexión seria y colectiva sobre la razón de ser de la misma, y posterior ponderación de las posibilidades de éxito en la ejecución de sus postulados o prescripciones.



Bibliografía

Arnaldo Acubilla, Enrique y Rafael Fernández Valverde, Jurisdicción Contenciosa Administrativa, 3.a. ed., Madrid, Grupo Wolters Kluwer, 2007.

Austria, Organización de las Naciones Unidas (Onu), Convención, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations Treaty Series, Viena, 23 de mayo de 1969.

Bermejo Vera, José, El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural, Navarra, Thomson Civitas, 2005.

Brasil, Mercado Común del Sur (Mercosur), Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur, Ouro Prieto, 1991.

Bruselas, Parlamento Europeo, Tratado, Tratado de la Unión Europea, Diario Oficial, n° C 191, Bélgica, 29 de julio de 1992.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Cnudmi”, [en línea], disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, consulta: 31 de enero de 2013.

De Maekelt, Tatiana et al., La Codificación Interamericana en materia de Derecho Internacional Privado en el contexto universal y regional. Libro Homenaje a Haroldo Valladao. Temas de Derecho Internacional Privado, Caracas, 1997, p.p. 151-63.



Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia y Luciana Scotti, “Armonización Legislativa en el Mercosur: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado”, [en línea], disponible en: <http://ideas.repec.org/p/cis/di0000/011.html>, consulta: 31 de enero de 2013.

Fernández Arroyo, Diego et al., Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 36-45.

Ollarves Irázabal, Jesús, El Ius Gogens en el Derecho Internacional Contemporáneo, Caracas, Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, 2005.

Romero, Fabiola, “Ley Italiana de Derecho Internacional Privado Ley No. 218 del 31 de mayo de 1995. Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado”, Revista de Derecho, (114) [en línea], disponible en: <http://www.zur2.com/objetivos/leyextran/italia.htm>, consulta: 31 de enero de 2013.

Venezuela, Congreso de la República de Venezuela, Código, Código de Procedimiento Civil, Gaceta Oficial, Caracas, 18 de septiembre de 1990.

Venezuela, Congreso Nacional de la República de Venezuela, Ley Especial, Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales, Gaceta Oficial, No. 4974, 22 de septiembre de 1995.

Venezuela, Congreso Nacional de la República de Venezuela, Leyes, Ley de Derecho Internacional Privado, Gaceta Oficial, Caracas, Gaceta Oficial N° 36.511, 6 de agosto de 1998.



UN GRUPO PRIMARIO EN EL MUNDO: Aproximación A La Codificación Del Derecho Internacional Privado

✉ Por: Rosario Gutiérrez Bernal¹

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2013

Fecha de aceptación: 28 de mayo de 2013

Resumen

En el presente artículo, se despliega una propuesta novedosa frente a la codificación del Derecho Internacional Privado basada en los grupos primarios empleados en el mundo empresarial, se trata de una serie de reuniones celebradas desde las áreas más básicas de una empresa, hasta un conglomerado de todos los representantes de dichas áreas. Se plantea entonces la idea de reflejar este tipo de reuniones en el ámbito del Derecho Internacional Privado, buscando tanto una unidad en las legislaciones mediante la producción de leyes modelo, como en las normas conflicto que resolverán aquellos aprietos que puedan presentarse con posterioridad a la hora de aplicar tales leyes a cada uno de los Estado. Para esto se establece una serie de comités que comienzan por cada uno de los continentes y finalizan con uno de orden mundial en el que participan representantes de las comisiones continentales y se ocupa de verificar que las diferentes propuestas que se han realizado a nivel continental concuerden entre sí y de establecer un listado de términos y significados que sea único, produciendo finalmente leyes modelo, que regulan de manera general los diversos temas y permiten que los Estados realicen adaptaciones acordes a su ordenamiento.

1. Estudiante de séptimo semestre de Derecho en la Universidad EAFIT. Correo: rgutier4@eafit.edu.co. Ensayo presentado a Concurso de Ensayo "German Cavalier" en mayo de 2013.



Palabras Clave

Derecho Internacional Privado, Codificación, Conflicto de leyes, Normas conflicto, Leyes Modelo

Abstract

This paper unfolds an original proposal on the codification of private international law based on the primary groups used in the business world, which consist of a series of meetings held since the most basic areas of a company, up to an collective of all representatives of these areas. This raises the idea of reflecting those meetings in the field of private international law, seeking both unity in legislation by producing model laws, as in conflict rules that will solve the predicaments that may arise after the application of such laws to each state. For this, the idea is to establish a series of committees that begin in each of the continents and end with one of global order in which representatives of the continental commissions verify that the various proposals that have been prepared at the continental level match between each other and establish a unique list of terms and meanings, ultimately producing model laws, which regulate with a general approach the various topics and allow each state to conduct adjustments according to their legal order.

Key Words:

Private International Law, Codification, Conflict of Laws, Conflict Rules, Model Laws

El propósito de este ensayo es evaluar y analizar el curso que ha tenido la codificación del Derecho Internacional Privado, para luego señalar las razones por las que considero no ha sido exitosa hasta ahora; finalmente, procederé a exponer mi propuesta de manera detallada, explicando la forma en la que contrarrestará los problemas que a mi parecer han impedido una codificación generalizada.

En un mundo como el que vivimos actualmente, donde cada vez más convergen nacionales de múltiples partes del mundo, donde se celebran más y más negocios entre compañías de distintos orígenes y donde la globalización está en pleno auge, se hace notoria la necesidad de llevar el Derecho hacia ese camino de la globalización y unificar los diversos sistemas que existen.

Nos preguntamos entonces cual será el mejor medio para ello, y es allí donde surge el concepto de codificación del Derecho, entendida como la sistematización de las diferentes normas jurídicas referidas a un cierto tema o materia específica en un solo cuerpo.



En cuanto al Derecho Internacional Privado, se han hecho varios intentos en este aspecto, es por esto que encontramos distintos esfuerzos por llegar a un Derecho Internacional Privado codificado, pues se facilitaría, entre otras cosas, el intercambio de bienes y servicios entre diferentes países, además de contribuir con soluciones internacionales a conflictos internacionales.

Prueba de estos esfuerzos son iniciativas, algunas de carácter regional y otras con un carácter más global, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado –en adelante HCCH–, que se ha enfocado en producir convenios acerca de algunos temas en específico: Protección internacional del niño, la familia y las relaciones patrimoniales de la familia, Cooperación judicial y administrativa y litigio internacional, y el Derecho comercial y financiero internacional; esta entidad cuenta con gran acogida entre miembros y Estados contratantes no miembros.

De la misma manera, encontramos que la Organización de Estados Americanos –en adelante OEA– ha contribuido en la codificación del Derecho Internacional Privado, en especial mediante su Secretaría de Asuntos Jurídicos (SAJ) y promoviendo iniciativas tales como las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) en las cuales se han discutido temas referentes al Derecho aplicable, ejecución y Derecho procesal, Derecho familiar y Derecho comercial. Es de resaltar la metodología empleada en las CIDIP para determinar los temas que se van a estudiar, pues se forma una comisión compuesta por expertos gubernamentales, cuando menos un representante de cada Estado debe asistir y participar en la selección de temáticas.

Igualmente, encontramos la Comisión de Derecho Internacional –CDI– perteneciente a la Organización de las Naciones Unidas, que aunque ésta se ocupa principalmente de asuntos de Derecho Internacional Público, cuenta también con incidencia sobre Derecho Internacional Privado. En el mismo organismo, encontramos la Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que trabaja para la unificación del Derecho Mercantil que se han enfocado en temas como arbitraje y conciliación comerciales internacionales, Compraventa internacional de mercaderías, Garantías reales, Insolvencia, Pagos internacionales, Transporte internacional de mercaderías, Comercio electrónico, y Contratación pública y desarrollo de la infraestructura. Una de las convenciones que se consideran más exitosas de la CNUDMI es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, su éxito se basa en la pluralidad que rige los Estados que se hicieron parte de ésta, en la que figuran “Estados de todas las regiones geográficas, todas las etapas de desarrollo económico y todos los principales sistemas jurídicos sociales y económicos”.² Respecto de la iniciativa de la CNUDMI, es de inmenso valor y de gran importancia el hecho de que varios de los productos son leyes modelo y no convenciones, lo que facilita su implementación en el Derecho interno de los Estados.

2 Secretaría de la CNUDMI, “Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, página web de la CNUDMI, [en línea], disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>, consulta: 12 de abril de 2013.



Tras mencionar algunos ejemplos, tomemos como paradigma el caso de la CDI de las Naciones Unidas, que aunque, como se mencionó anteriormente, no se centra exclusivamente en el Derecho Internacional Privado, es muestra clara de la realidad que nos rodea en el ámbito internacional. Desde su primer periodo de sesiones en el año 1949 la comisión ha tratado diez de los catorce temas en los que se centraría, aunque ha incluido diecinueve temas adicionales que le han sido remitidos desde la Asamblea General. Veintinueve temas pueden ser considerados un triunfo en cuanto a la cobertura, pero se considera que únicamente dos convenciones producidas por esta comisión han obtenido un éxito pleno, la Convención de Viena sobre relaciones consulares y la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas. Se considera, que el éxito de estas convenciones incluye el hecho de que se trata de una situación en la que existen intereses convergentes entre los Estados, lo que hace que éstos tengan un mayor interés en negociar y efectivamente aplicar las mencionadas convenciones. Conocedores del tema coinciden en que la CDI se ha venido a pique en las últimas décadas, entre otros motivos por la heterogeneidad que la ha venido caracterizando, por estar cada vez menos especializada y en igual medida debido al desinterés de los Estados, por suponer que solo valdrá la pena aquello que vaya acorde con sus intereses específicos y actuales, y por sentirse desilusionados por la lentitud del proceso.

A partir de lo mencionado, podemos comenzar por sacar conclusiones frente a las propuestas ya existentes en el ámbito internacional. Respecto a esto, diré que son esfuerzos sumamente valiosos y meritorios, pero que a mi parecer han sido enfocados de manera errónea.

En primer lugar, observo que se han presentado varios casos en los que numerosos países se reúnen y comienzan un proyecto de codificación, pero se van retirando poco a poco y en últimas muchos no proceden a la firma de dicho proyecto o incluso aunque lo ratifican, lo hacen con grandes reservas, como sucedió con el Código Bustamante³, frente al cual varios países se retiraron en medio de las negociaciones – como Estados Unidos- y otros no llegaron a la firma y en últimas ratificaron con grandes reservas.

Luego, encuentro que en su mayoría, los casos de codificación se centran en naciones concretas, que por lo general cuentan con sistemas jurídicos, características y situaciones bastante similares. En este sentido, para dichas naciones, será fácil hacer parte de los instrumentos creados, pero se dificulta una aceptación globalizada de los mismos, pues no será tan sencillo para una nación distinta a las que los elaboran, acceder a lo que allí se plantea. Se obscurece aun más esta situación al notar que estos instrumentos tienen una vocación global, es decir, son elaborados por unos pocos países para que sean aceptados por una mayoría.

Por último, considero que hemos perdido nuestro norte, dejamos de enfocarnos en la codificación del Derecho Internacional Privado como un macro para centrarnos en producir un gran

3 Tratado que pretendió establecer una normativa común en América sobre el Derecho internacional privado, fue iniciativa de Antonio Sánchez de Bustamante, de ahí su nombre, y se trató de un documento que en últimas no tuvo gran acogida. Colombia fue uno de los muchos países que no procedieron a su firma.



número de instrumentos sobre temas específicos, de manera desordenada y descuidada, pues no están en consonancia unos con otros e incluso regulan la misma materia de diferentes maneras, como por ejemplo sucede en la regulación respecto a la Ley aplicable a las obligaciones alimentarias.⁴

Tras haber señalado y analizado el panorama actual, procederé ahora a plantear una propuesta que tal vez podría llevar a una codificación exitosa.

En las ciencias sociales existe un concepto conocido como “Grupo Primario”, que se refiere al grupo de personas que interactúan entre sí de manera especialmente intensa y con un carácter regular, se caracteriza porque en dicho grupo existe un interés común, que es el que los motiva a unirse. Este concepto se ha trasladado al ámbito empresarial, donde los empleados de un área específica de una organización se reúnen de manera periódica; posteriormente esta reunión se refleja en una congregación de los jefes de todas las áreas y así sucesivamente.

Por ejemplo, el área jurídica se reúne para discutir temas en común, plantear nuevas propuestas, esgrimir las funciones de cada uno de sus miembros, etcétera. Lo mismo harán otras áreas de la empresa, como el área financiera o el área de producción; posteriormente se hará una reunión plenaria en la que los jefes de cada área discutan los mismos temas, pero en un sentido más macro, con unos objetivos en común, contando con plena participación de la empresa en cuestión.

Vale la pena anotar que para que este proceso sea exitoso, deberá existir un orden y un acompañamiento de un área que sea la encargada de estos grupos, por ejemplo el área de recursos humanos. Para ello entonces, se deben señalar temas en común, se debe capacitar a cada uno de los jefes e incluso se debe hacer un diccionario de terminologías, entre otras cosas.

Es precisamente el manejo que se ha dado a este concepto en el ámbito empresarial el que yo quisiera proponer mediante este escrito para el ámbito internacional. Es un enfoque distinto al que considero se ha venido dando en el ámbito internacional a lo largo de la historia y por ello podría traer consigo nuevas ventajas en el tema.

Sin embargo, antes de detallar un procedimiento, se hace notoria la necesidad de señalar qué aspectos específicos se van a codificar, es decir, cuales van a ser las temáticas.

En general, se han planteado dos perspectivas concretas desde las cuales se han elaborado los diferentes intentos de codificación. Una desde la cual se busca producir normas de conflicto en las que se señale que legislación aplica en un momento de conflicto, y otra desde la que se busca crear reglas de carácter material universal, es decir, que regulen una materia específica de manera general para todo el mundo. Biocca, Cárdenas y Basz las definen de manera bastante acertada en su libro *Lecciones de Derecho Internacional Privado* como Armonía y Unidad Legislativa.

4 Este tema se ha regulado tanto en el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias como en el Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.



- Armonía Legislativa: se refiere particularmente a las normas de conflicto, que son normas que señalan cual será el ordenamiento jurídico que debe regir una materia cuando existen varios en conflicto, un ejemplo de ello es el Convenio Sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores elaborado el 5 de octubre de 1961.
- Uniformidad Legislativa: se centra en la creación de reglas materiales unificadas, un ejemplo de ello puede ser la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

¿Que pasaría sí en cambio nos dirigiéramos a la codificación desde una perspectiva mixta?

Si nos enfocáramos en ambos aspectos, tal vez lograríamos una unificación más efectiva, pues tendríamos normas consolidadas, en forma de leyes modelo que facilitan la aplicación a cada Estado en particular, en las cuales nos podemos basar y otras normas que remitirían a las locales, cuando se trate de materias tan específicas que no puedan regularse de manera general. En este sentido entonces, considero que sería fundamental la codificación de materias generales y determinantes para el Derecho privado, por ejemplo efectos del matrimonio, todo lo concerniente a los contratos, responsabilidad civil, etcétera, sin caer en particularidades, que corresponderán a cada nación y que pueden adaptarse a su propio ordenamiento. Teniendo en cuenta que a la hora de adaptar estas normas localmente se pueden presentar inconvenientes y diferencias, se crearán normas de conflicto que resuelvan estas posibles eventualidades, sin olvidar, que debe existir también una unidad en materia de este tipo de normas, para que así no se concorra una pluralidad de ellas que regulen los conflictos en distintas direcciones.

Para esto entonces, propongo que se conforme una comisión o se acuda a la CDI perteneciente a la Organización de las Naciones Unidas –nótese que me refiero específicamente a un ente ligado a la Organización de Naciones Unidas por ser la organización con mayor cantidad de Estados miembro- para establecer cuales serán los temas que deben regularse específicamente de manera unificada, con esto se resolverá el problema de la heterogeneidad, pues tendremos objetivos específicos, adicionalmente se hará un acercamiento al problema de la falta de interés de los Estados, que lleva a una codificación parcializada y centrada en beneficios ajenos al interés general.

Una vez determinadas estas materias, se procederá a asignar en cada continente una comisión, con ayuda de los organismos allí presentes, por ejemplo la Comisión Europea para el continente europeo o la Organización de Estados Americanos para el continente americano, y OHADA para el caso africano, con un representante –Experto gubernamental- de cada uno de los países, para que así expongan sus planteamientos y lleguen a un consenso sobre cada uno de los puntos. Aquí vemos reflejado el primer grupo primario que se hace a nivel empresarial en cada una de las áreas que conforman la empresa (jurídica, financiera, de producción, etcétera).



En este punto se hace necesaria la explicación de varios aspectos, en primer lugar, la justificación de la presencia de entidades internacionales, respecto a esto, encuentro que es fácil que en ocasiones los representantes de los países tiendan a centrarse únicamente en lo propio y pierdan la objetividad y la generalidad necesaria para una codificación, en cambio, contar con el respaldo de un organismo contribuirá a que las charlas se mantengan neutrales y ecuanímes. En segundo lugar, se debe resaltar la importancia de la unificación de términos, pues será imposible tener un Derecho unificado con diversidad de términos, ya que en un Estado cierto termino se empleara para definir determinada situación y en otro significará algo completamente diferente (por ejemplo “fiducia”). Luego, es importante mencionar también, que no se habrán hecho en vano todos los intentos de codificación anterior, pues por el contrario constituyen una base magnífica para emprender este nuevo camino.

Una vez que cada continente cuenta con una base, se reunirán los representantes de las diferentes comisiones, para proceder a una unificación generalizada, donde concuerden en las materias fundamentales que se deben regular y finalmente se establezcan unos términos generalizados, todo este proceso llevara a la elaboración de leyes modelo, tanto de normas materiales como de conflicto- Es aquí donde observamos un reflejo de un segundo grupo primario, en la que existe una plenaria de las áreas de la empresa -. Durante este paso se hace un acompañamiento de la Comisión de Derecho Internacional perteneciente a la Organización de las Naciones Unidas o la que se haya determinado será la encargada de acompañar el proceso.

Es de notable importancia señalar, que por el hecho de que el producto que se obtendrá serán normas modelo, corresponderá a cada nación adaptarlas, con sus detalles específicos, a su propio ordenamiento jurídico, lo cual significa un suceso fundamental a la hora de respetar la soberanía y autonomía de cada Estado, que comienza con la misma opción de participar o no en este proceso de codificación. Esto, teniendo en cuenta que las leyes modelo a diferencia de las convenciones otorgan un mayor grado de flexibilidad en los casos en que un “Estado desee introducir modificaciones en el régimen uniforme propuesto para facilitar su incorporación al Derecho interno.”⁵

Consiente de que el procedimiento sugerido no indica una mejoría en la rapidez del proceso de codificación, siendo esta una de las causales detectadas por las que no ha sido exitosa la codificación hasta ahora, cabe resaltar que tal como lo señala el proverbio italiano *chi va piano va sano e va lontano*, no es necesaria la rapidez cuando nos aseguramos un éxito en el resultado.

Por ultimo, cabe hacer una reflexión, en la que se invita a la apertura y la innovación, pues sin sentido serán todos los esfuerzos si cada uno de los Estados no se compromete a asistir a las reuniones y mantener sus intereses personales y egoístas alejados del panorama. Corresponderá entonces a la comisión de las Naciones Unidas que acompañará todo el proceso,

5 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización 2002”, página web de la CNUDMI, [en línea], disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf, consulta: 12 de abril de 2013.



elaborar una campaña de concientización de los Estados. En un segundo momento, también será necesario que cada uno de los Estados se comprometa a capacitar a sus ramas judiciales y aplicadores de la ley en sus ordenamientos jurídicos.

A modo de conclusión entonces me gustaría enumerar nuevamente los problemas que se han presentado hasta ahora y mostrar la solución que se les daría con la implementación de lo que acabo de plantear. En primer lugar, respecto a las razones por las que se retiran los Estados de los procesos de codificación, pueden ser contrarrestadas fundamentalmente por la concientización hecha por parte de las Naciones Unidas, en la que se señalarán las ventajas e importancia de la codificación, sin olvidar el hecho de que los Estados dejarán de ser temerosos a la hora de adoptar documentos de este tipo, pues no verán amenazada su autonomía o soberanía toda vez que los productos de este esfuerzo serán leyes modelo que proporcionan gran flexibilidad a la hora de adaptarlas a su propio ordenamiento.

En cuanto a que los intentos de codificación hayan estado enfocados en naciones concretas con situaciones similares, con pretensiones de universalidad, considero se ve resuelto en cuanto a que los procesos llevarán a una unidad en la que todos los Estados puedan ver reflejada su realidad actual, pues no serán elaborados por unos pocos países para que otros se adhieran sino que todos los Estados participaran en su conformación.

El desorden que ha caracterizado el proceso hasta ahora se ve resuelto con una determinación esclarecida de los temas a tratar, elaborando en últimas un solo documento y no varios que lo regulen de distinta forma y estableciendo una unidad en los términos.

Considero entonces, que tras un seguimiento riguroso de los pasos y con gran voluntad de los Estados, podremos llegar finalmente a una codificación del Derecho Internacional Privado de manera globalizada para que así el Derecho Internacional Privado sea un reflejo de nuestra realidad actual.



Bibliografía

- Biocca, Stella Maris, et al., *Lecciones de Derecho Internacional*, 2.a ed., Buenos Aires, Universidad, 1997.
- Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, 2.a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- Caicedo, José Joaquín, *Derecho Internacional Privado*, 5.a ed., Bogotá, Temis, 1960.
- Castejón, Federico, *Unificación Legislativa Iberoamericana*, Madrid, Escelicer, 1950.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización 2002”, página web de la CNUDMI, [en línea], disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf, consulta: 12 de abril de 2013.
- Fiore, Pascuale, “*Derecho Internacional Privado*”, Nueva Biblioteca Juridica, 2.a ed., Madrid, Centro Editorial de F. Góngora, 1889.
- Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 10.a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009
- Horton, Charles, *Social Organization. A Study of the Larger Mind*, Charles Scribner’s Sons New York, 1910
- López, Ana Gemma, “La Codificación del Derecho Internacional en el Umbral del Siglo XXI. Luces y Sombras en la Labor de la CDI”, E-Prints Complutense, [en línea], disponible en: <http://eprints.ucm.es/6991/1/CODIFICA.pdf>, consulta: 10 de abril de 2013.
- Organización de Estados Americanos, “A-31: Convención Sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante)”.
- Pérez, Eliza, *Derecho Internacional Privado*, 3.a ed., 1 vol., Madrid, Librería UNED, 2001
- Pereznieto, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, 5.a ed., México, Harla, 1992
- Rabino, Mariela, “¿Es posible la autonomía de la voluntad en el contrato individual de trabajo con elementos internacionales?”, en: XXI Congreso extraordinario de la A.A.D.I. “Argentina y su proyección latinoamericana” En el bicentenario de la Revolución de Mayo, Salta, 2010.



68

EAFIT
Journal of International Law

UN GRUPO PRIMARIO EN EL MUNDO:
APROXIMACIÓN A LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
January - June 2013 Colombia | Vol.4, 01

Secretaría de la CNUDMI, “Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, página web de la CNUDMI, [en línea], disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>, consulta: 12 de abril de 2013.



EL ARSENAL DE DENVER: Un Ejemplo de Soluciones Basadas en el Mercado Para la Gestión de Externalidades Negativas Por Contaminación Ambiental

✉ Por: Camilo Piedrahita Vargas¹

Fecha de recepción: 19 de abril de 2013

Fecha de aceptación: 23 de mayo de 2013

Resumen

Este artículo tiene como objetivo analizar la experiencia de la zona del Arsenal en la ciudad de Denver, Colorado, a la luz de las principales teorías de la regulación económica respecto a la reducción o eliminación definitiva de las externalidades negativas producidas por la contaminación ambiental o del propósito incentivar la producción de las mismas a niveles socialmente deseables.

Para ello se realizará inicialmente un recuento de lo ocurrido con la zona del Arsenal desde su utilización como fábrica militar y de producción de productos agro - químicos, pasando por los efectos negativos causados sobre el medio ambiente y los recursos naturales hasta la promulgación de la ley del Arsenal como producto de un contrato entre agencias federales medioambientales y los agentes contaminadores.

Posteriormente, se analizarán las principales propuestas de regulación económica, con el fin de identificar sus diversos fundamentos y efectos regulatorios sobre los agentes regulados y el bienestar privado y social. En este apartado se hará especial referencia al modelo austriaco de regulación económica (basado en el mercado) sus ventajas y dificultades a la par de su correlación de lo ocurrido en el Arsenal.

¹ Abogado Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Económico Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad EAFIT. cpiedra8@eafit.edu.co



Palabras clave

Regulación económica; externalidades negativas; contaminación ambiental.

Abstract

This paper aims to analyze the experience of the Rocky Mountain Arsenal (RMA) zone in the city of Denver, Colorado, through the scope of the most accepted theories of economic regulation for reducing negative externalities caused by environmental contamination or for conducting them to a social desirable level.

At first the facts of what happened in the RMA will be described, starting from the period where it used to be a military and agrochemical factory through the expedition of The Arsenal Act as the result of a contract between environmental agencies and pollutants. Then, economic regulation theories will be analyzed, especially, the market based Austrian perspective, its advantages and difficulties and the relation with occurred in the Arsenal zone.

Key words

Economic regulation; Negative externalities; Pollution.

1. La historia del arsenal²

La zona conocida como “el Arsenal” (The Rocky Mountain Arsenal), se encuentra ubicada en el área metropolitana de Denver, específicamente en Commerce City, y fue utilizada como fábrica de armas químicas y pesticidas bajo la dirección del ejército de los Estados Unidos hasta el año de 1992.

En el año de 1942 el ejército de los Estados Unidos adquirió el terreno de aproximadamente de 19.900 acres con el fin de instalar allí una fábrica de armamento para la Segunda Guerra Mundial y a su vez, utilizarlo como campo de concentración de prisioneros de guerra. Las armas fabricadas en el Arsenal incluían químicos como fósforo, napalm y químicos necesarios para la fabricación de armamento con gas mostaza y bombas incendiarias.

2 Sitio oficial del Arsenal, Disponible en www.rma.army.mil/site/sitefrm.html, Consulta: 30 de enero de 2013.



Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, la fábrica militar del Arsenal tuvo una discreta actividad, sin embargo la llamada Guerra Fría y la Guerra de Corea en el año de 1950, reactivaron la actividad armamentista.

Para 1956 los desperdicios generados por la industria militar en el Arsenal se vertían en estanques de evaporación que no tenían suficiente capacidad, por lo cual tuvo que construirse un gigantesco pozo de inyección para tal efecto denominado el Basin F. de al menos 2 millas de profundidad con el fin de verter los desechos sin que los mismos drenaran a las aguas subterráneas adyacentes. Al parecer esta estrategia de disposición generó una serie de temblores de tierra o terremotos en la zona aledaña en el año de 1965.

Para finales de la década de los 50, el Arsenal entró en la era de la desmilitarización convirtiéndose en un lugar para la destrucción y deshecho de armas químicas; adicionalmente se abrió la puerta para que la zona fuera arrendada con fines de explotación económica privada. Fue así como *Julius Hyman and Company* inició actividades de producción pesticida a principios de los 50 en la zona del Arsenal. Esta compañía fue posteriormente adquirida por *Shell Chemical Company* quien continuó la explotación pesticida hasta el año 1982.

En 1964 la comisión de Caza, Pesca y Parques (*Game, Fish and Parks Comission*) de la ciudad de Denver decidió instaurar una queja formal en contra de la Secretaría de Defensa de los Estados Unidos y la *Shell Chemical Company* debido a los daños ambientales causados en la zona del Arsenal.

En la década de los 70, los Estados Unidos iniciaron un cambio en sus políticas ambientales respecto a la contaminación del agua estableciendo límites al vertimiento de sustancias así como estándares de calidad mínimos del líquido. Durante esta década la mayor parte de la actividad militar, altamente contaminante, estuvo relacionada con la destrucción de agentes químicos antes utilizados para la creación de armas. En 1974 tras descubrirse agentes contaminantes en aguas tratadas y de consumo humano, el Departamento de Salud de Colorado le ordena al Ejército de estados Unidos y a *Shell Chemical Company*, suspender la contaminación de aguas subterráneas o no por vertimiento de sustancias nocivas.

En el año de 1982 un representante de la Agencia de protección ambiental (EPA), un miembro del Ejército de los Estados Unidos (Assistant Secretary of the Army), un representante de Shell CO. y del Departamento de Salud de Colorado, hicieron oficialmente público el hecho de la conformación de un equipo para trabajar conjuntamente en el plan de descontaminación del Arsenal formulado por el ejército. Este acuerdo duró poco y terminó en los tribunales para saldar diferencias.

Posteriormente, en 1983 el ejército inició acciones legales en contra de la *Shell Chemical Company* con el fin de que apoyara la restauración ambiental y asumiera los costos de la misma. A su vez, el Estado de Colorado inició acciones legales contra el ejército y Shell CO. con el mismo objetivo. Mientras los jueces asignaban responsabilidades, tanto el ejército



como Shell trabajaban en planes para la limpieza del Arsenal y específicamente del Basin F. Este plan y aquéllos relativos al control permanente de disposición de los residuos peligrosos fueron ampliamente discutidos incluso con participación de la ciudadanía.

Finalmente, en 1989 y con el propósito fin de crear un marco de trabajo de cooperación independiente a los litigios pendientes, el ejército, Shell y la Agencia de protección ambiental (EPA), suscribieron el un acuerdo denominado *Federal Facility Agreement*, (FFA) dando cumplimiento al mandato establecido por la CERCLA (de 1980 (*Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*), la cual regula la limpieza de de zonas abandonadas con residuos peligrosos para proteger la salud pública y/o el medio ambiente. Esta ley autoriza a la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA) para identificar y compeler a las partes responsables de la contaminación a su limpieza) acerca de la necesidad de que las agencias federales, como la EPA, desarrollen planes de cooperación para la limpieza de zonas como el arsenal, debiendo formalizarse dicha cooperación en contratos denominados *Interagency Agreement*, siendo entonces el FFA el AIG del Arsenal.

La ley que declara la zona del Arsenal como refugio natural nacional fue aprobada en el año de 1992, en ella, se otorga la administración del refugio a la agencia federal: *Fish and Wildlife Service*, al menos mientras la restauración ambiental de la zona culmine.

2. Teorías económicas de la regulación y la protección del medio ambiente.

Usualmente, la regulación como estrategia para reducir los niveles de contaminación ambiental suele enfocarse desde un punto de vista de autoridad: las agencias estatales ordenan o prohíben ciertos niveles de contaminación; no obstante, una visión de “mercado” (por oposición a la visión puramente estatal) pretende la reducción o solución de los problemas de contaminación por vía de incentivos o del derecho privado (asignación derechos de propiedad, contratos etc.), tal como ocurrió en la zona del Arsenal, lo cual reduce los costos generados por la misma regulación y por los de vigilancia de su cumplimiento. Para entender este punto se analizarán a continuación el concepto de regulación, sus estrategias y fines desde la teoría económica.

2.1. El concepto de regulación económica.

En su sentido más amplio la regulación implica un conjunto de mecanismos de control social; en un sentido más restringido, se refiere a los esfuerzos de las agencias estatales para dirigir la economía; y en específico a las reglas de autoridad acompañadas del monitoreo y coacción de una agencia administrativa estatal con la finalidad antes mencionada.³

3 Jacint Jordana, David Levi – Faur, “The politics of regulation in the age of governance”, en: Jacint Jordana, David Levi – Faur, *The politics of regulation: Institutions and regulatory reforms for the age of governance*, 1ª ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2004, p. 3.



Desde la economía, la regulación se entiende como el control sostenido y focalizado ejercido generalmente por una agencia pública sobre actividades valoradas por una comunidad,⁴ que implica una serie específica de órdenes o mandatos, una influencia deliberada del Estado y/o formas de control o influencia social.

Comprende además las acciones gubernamentales para supervisar y controlar las actividades económicas de los agentes de mercado con el fin de prevenir algunas decisiones y acciones que no tengan en cuenta el interés público, entendido éste como la eficiencia económica, la equidad, la salud y la seguridad.⁵

La regulación es además, un importante instrumento de política pública en las economías de mercado ya que no existe la regulación en sistemas económicos de planeación central absoluta; regular implica el ejercicio de algún tipo de influencia o control diferente al control total, sobre una actividad, entendida dicha influencia como el marco de reglas dentro de las cuales las personas deben realizar sus negocios con el objetivo de hacer más eficientes los mercados.⁶

El regulador estatal puede actuar por diversas motivaciones. En principio existe una justificación técnica para regular ciertos mercados o actividades, dada por la existencia de las denominadas fallas de mercado, las cuales pueden derivar en conductas o situaciones que impiden que un mercado se comporte o produzca una asignación eficiente de los recursos. En estos casos se asume que el regulador estatal está actuando en razón del interés general o público (teorías del interés público) con el fin de eliminar o reducir la fuente de falla de mercado que impide la eficiencia económica.

No obstante, otras escuelas de la regulación económica consideran que el regulador estatal actúa como un agente más dentro de un mercado (de regulación) por lo cual lo hace guiado por la maximización de su propia utilidad, es decir en consideración a un interés privado o particular.

La regulación puede utilizarse también como un mecanismo para reducir en lo posible los riesgos más severos que enfrentan los agentes de un mercado, entendidos aquéllos como la probabilidad de que un evento adverso ocurra durante un período de tiempo como resultado de un reto en particular.⁷

2.2. Desarrollo conceptual de la teoría de la regulación

.El desarrollo de la teoría de la regulación como intervención normativa del Estado en la

4 Robert Baldwin, Martin Cave, *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*, 1ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 1999, p. 2.

5 Robert Delorme, "Regulation as an analytical perspective", en: Atle Midttun, Eirik Svindland (Eds.) *Approaches and dilemmas in economic regulation. Politics, economics and dynamics*, New York, Palgrave, 2001, p. 1.

6 Martin Ricketts, "Economic regulation: principles, history and methods", en: Michael Crew, David Parker, *International Handbook of economic regulation*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing, 2006, p. 34.

7 Robert Baldwin, Martin Cave. *Op. cit.*, p.138.



economía parte de la crítica del institucionalismo económico a la visión liberal y neoclásica del equilibrio general del modelo de competencia perfecta que no admitía justificación para la intervención reguladora estatal; dicha crítica resaltó la existencia de las denominadas fallas de los mercados y el resultado ineficiente producido por las mismas como justificación de tal intervención, la cual tendría como principal objetivo la eliminación o reducción de las fuentes de falla con el fin de adecuar al mercado al modelo *walrasiano* y así proteger el interés público; de ahí que se denomine a estas teorías como las de regulación en interés público. Se trata entonces de una regulación desinteresada y técnica dirigida a afinar las fallas de mercado que generan ineficiencia económica.

En este contexto, el propósito de la regulación es conseguir ciertos resultados deseables que el mercado no puede conseguir debido a sus fallas (poder de mercado, asimetrías de información, externalidades y bienes públicos).⁸ Los mercados no tienen las características del modelo de competencia perfecta y por ende no puede esperarse que produzcan eficiencia económica; la regulación se necesita para corregir sus fallas y así generarla.⁹

Esta visión de la regulación es criticada ya que se considera que las denominadas fallas de mercado no son más que la naturaleza misma del mercado y que la intervención estatal vía regulación puede generar más costos que los beneficios producidos. Además lo que se considere como interés público puede ser difícil de identificar, y el grado de desinterés, experiencia técnica y eficiencia que le atribuya el regulador pueden no ser los más óptimos.¹⁰

Por su parte, las teorías de la regulación en interés privado, ven la regulación económica como el resultado de las relaciones entre los diferentes grupos sociales y el Estado como una competencia por el poder. Dentro de ellas, las corrientes del denominado Pluralismo, explican cómo los grupos de interés pelean por el poder o por las elecciones políticas y construyen coaliciones de grupos para establecer cierto tipo de regulación en su propio beneficio. Otras corrientes (Corporativistas) se enfocan en las “sociedades” que conforman algunos grupos de interés y el Estado para excluir de los beneficios de la regulación a aquéllos regulados no asociados.¹¹

Estas teorías consideran al regulador como un agente que actúa igualmente guiado por la maximización de su propio beneficio, el cual actúa en un mercado de regulación monopólico y “ofrece” regulación a los agentes regulados quienes demandan cierto tipo de regulación, también para su propio beneficio. Así, el regulador es capturado por la industria: “*La regulación determina el mayor impacto sobre los beneficios de una compañía en el corto plazo, sobre todo si ésta es monopólica o presenta beneficios adicionales por asimetrías de información*”.¹²

8 Robert Baldwin, Martin Cave, Op. cit., p. 19.

9 Martin Ricketts, Op. cit., p. 36.

10 Robert Baldwin, Martin Cave, Op. cit., p. 20.

11 Robert Baldwin, Martin Cave, Op. cit., p. 21.

12 Carlos Pablo Márquez, Anotaciones sobre análisis económico del derecho, Vol.1. Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 82.



Las escuelas de la elección pública (*Public Choice*), así como la austriaca, formulan la denominada teoría de la captura del regulador, retomando lo anterior para concluir que la regulación de interés público no atiende las demandas provenientes del mercado político y no mejora entonces el bienestar de los ciudadanos.¹³ Además todos los recursos invertidos en la consecución de un bienestar regulatorio, son socialmente desperdiciados, pues no producen ninguna actividad que mejore la riqueza. El Estado a través de la regulación de control termina proveyendo fallas, por lo cual lo deseable es la desregulación y la utilización del derecho privado como mecanismo de consecución de los índices de coordinación libre requeridos para el funcionamiento de los mercados.

El regulador como parte de la administración pública maximiza su propio beneficio (votos, proselitismo etc.) promoviendo los intereses de ciertos agentes regulados. No es posible entonces hablar de una regulación en pro de un interés público, pues la autoridad administrativa (regulador) siempre tendrá incentivos para favorecer a un grupo de interés en busca de un beneficio particular.¹⁴

Tras el auge de la desregulación de los años ochenta, que más que la abolición de la regulación económica buscaba desarrollar regulaciones mejor direccionadas y menos costosas, lo cual se consolidó en la inversión de mayores recursos y esfuerzos en la promoción de la competencia y en la imitación de la toma de decisiones y fijación de precios en condiciones de mercado, surge una nueva fuerza de la regulación en interés público (neo institucionalismo), que reconoce la importancia del mercado y de las instituciones y sus incentivos en la consecución de la eficiencia, tanto en el sector privado como en el público, y trata de establecerlos adecuadamente, no de eliminarlos. En este contexto las políticas públicas de regulación se estudian a través del análisis de su impacto, básicamente desde la perspectiva del costo – beneficio, lo cual es un excelente complemento en el proceso político de toma de decisiones, que aporta más desde el punto de vista del rigor y la disciplina técnica y procedimental que como una forma de determinar cuál es la regulación deseada.¹⁵

Estas nuevas teorías de la economía institucional retoman la importancia de la estructura institucional y de los procesos sociales en la formación de la regulación, subrayando que los agentes del mercado no pueden considerarse simplemente como agentes maximizadores de su beneficio individual, sino como actores cuyas acciones, información y preferencias deben ser ajustados por las reglas organizacionales y el ambiente social.¹⁶ Además, las transacciones no se dan en entornos de equilibrio perfecto, son procesos de negociación con costos antecedentes y subsecuentes. Aparece entonces un nuevo enfoque para enfrentar el problema

13 Carlos Pablo Márquez, Op. cit., p. 87, 93.

14 Carlos Pablo Marquez, Op. cit., p. 86.

15 Anthony Ogus., "W(h)iter the economic theory of regulation? What economic theory of regulation", en: Jacint Jordana, David Levi – Faur, The politics of regulation: Institutions and regulatory reforms for the age of governance, 1ª ed., Cheltenham UK, Edward Elgar Publishing, 2004, pp. 39 - 41.

16 Robert Baldwin, Martin Cave, Op. cit., p.27.



de las fallas de mercado, relacionado con la existencia de un marco institucional óptimo para el desarrollo de las transacciones que permitan alcanzar la eficiencia económica, relacionado con los derechos de propiedad (definición y coacción); información y certeza entre las partes; arreglos contractuales y asignación de derechos y responsabilidades en casos de transacciones involuntarias (ilícitos culposos).

Aquí la regulación se asume como un mecanismo que permite eliminar los impedimentos a los que se enfrentan las negociaciones y transacciones privadas (debido a los costos de transacción), es decir, establecer de manera clara y coactiva los derechos de propiedad sobre los recursos y reducir el costo de su transacción con el fin de que se puedan ubicar en manos de quienes más los valoran.¹⁷

2.3. Estrategias y fines de la regulación.¹⁸

El regulador cuenta con diversas estrategias que de acuerdo a sus objetivos, las características de la industria y las fallas asociadas a la misma, puede utilizar de manera individual, conjunta o complementaria.

El regulador puede utilizar estrategias en las cuales simplemente ordena cierto comportamiento por parte de los agentes del mercado, so pena de sanciones por su incumplimiento a través de la coacción legal (conocidas como estrategias de orden y control – *Command & Control*) las cuales generan un alto riesgo de captura del regulador, un marco regulatorio muy basto, complejo e inflexible o incluso niveles de sobre – regulación que afectan áreas de libre decisión empresarial. Adicionalmente, este común método de regulación implica la fijación de estándares de conducta de los agentes, lo cual es difícil y costoso, no solo por la escogencia misma del estándar de conducta apropiado sino por su vigilancia de cumplimiento, debido a los altos costos de monitoreo.

Otras estrategias de regulación se basan en la auto - regulación o en la auto regulación coactiva. El primer sistema implica usualmente la existencia de una organización o asociación que agrupa a una clase de agentes y desarrolla un sistema de reglas acatadas por todos sus socios. Se vuelve coactiva cuando la existencia de la organización o de dichas reglas es obligatoria o se encuentra supeditada al control o la vigilancia estatal.

Un tercer grupo de estrategias, se encuentra basado en el sistema de incentivos, los cuales buscan inducir a los agentes económicos a actuar de determinada manera con el fin de acuerdo con el interés público a través de sistemas de recompensas o sanciones económicas, las cuales disminuyen los niveles de riesgo de captura del regulador, y dejan más libertad a la gerencia del regulado para actuar.

¹⁷ Martin Ricketts, Op. cit., p. 40.

¹⁸ Robert Baldwin, Martin Cave, Op. cit., pp. 34 y siguientes.



Para muchos, la regulación se justifica si es eficiente desde el punto de vista económico, o maximiza la riqueza (o el excedente agregado del consumidor y del productor¹⁹). Este criterio de valoración de la regulación (la eficiencia económica), no permite justificar ninguna asignación o afectación a los derechos, por lo cual no puede ser un criterio único de juicio de la regulación. Sin embargo, la eficiencia debe tenerse en cuenta pues aunque la regulación no puede tener como único objetivo la misma, tampoco es deseable que la misma promueva la ineficiencia económica. Por consiguiente debe tenerse en cuenta si la regulación permite que un mandato legal se esté realizando de manera eficiente o si la regulación produce resultados eficientes en el mercado regulado.²⁰

La simple existencia o identificación de una falla de mercado no es suficiente para justificar la existencia de regulación económica; puede ser más eficiente “atacar” dicha falla a través de transacciones de mercado o a través de remedios provenientes del derecho privado.²¹ Si lo que se pretende es la eficiencia, deberá utilizarse el método que solucione la falla a menor costo, y en caso de ser a través de una intervención regulatoria, deberá buscarse que la misma genere los menores costos posibles.

La microeconomía (modelo de equilibrio general de la competencia perfecta) ha permitido identificar las bondades de los mercados de competencia perfecta, (entendida ésta como la situación en la cual las decisiones independientes de los consumidores maximizadores de la utilidad y las empresas maximizadoras del beneficio conducen al establecimiento de todos los mercados simultáneamente), en cuanto a su eficiencia desde la perspectiva de la producción como de la asignación.

A pesar de ser un resultado deseable (eficiente), la realidad nos muestra que el equilibrio general producto de los mercados competitivos es difícil de alcanzar debido a las denominadas fallas de mercado, tales como el poder de mercado, las externalidades (negativas como la contaminación ambiental), los bienes públicos y las asimetrías de información, las cuales en principio justificarían la intervención vía regulación de los mismos.

El modelo de regulación por fallas de mercado, emerge del modelo de equilibrio general del mercado competitivo desarrollado por Walras L., el cual se caracteriza por tener numerosos agentes que obran como demandantes y oferentes, los cuales actúan en pro de la maximización de su propio beneficio, son tomadores de precios de productos homogéneos en condiciones de libertad de entrada y salida del mercado, información suficiente y de calidad y con un marco de derechos de propiedad privada, arreglos contractuales y responsabilidad por culpa debidamente establecidos.²²

19 Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomía*, 5ª edición, Madrid, Prentice Hall, 2001, p. 302.

20 Robert Baldwin, Martin Cave, *Op. cit.*, pp. 76 – 77.

21 Anthony Ogus, *Op. cit.*, p. 32.

22 Carlos Pablo Márquez, *Op. cit.*, pp. 53, 54.



2.4. Las fallas de mercado.

El poder de mercado

Cuando un(os) agente(s) tiene(n) poder de mercado excesivo, puede generarse ineficiencia económica ya que el (los) mismo(s) debido a su capacidad de afectar unilateralmente las principales variables del mercado (precio, cantidad e incluso calidad) pueden producir cantidades sub óptimas y a precios o condiciones inadecuadas. El caso más extremo de falla de mercado por poder de mercado se encuentra en el mercado monopolístico.

El monopolio

El monopolista como único productor se encuentra en una posición única, él es el mercado y controla la cantidad ofrecida en el mismo y cuenta con poder absoluto de mercado, entendido éste como la capacidad de influir ampliamente en el precio de un bien o servicio.²³

El poder de monopolio y su nivel, surgen del número de empresas en el mercado (a mayor número, menor es la posibilidad de que alguna pueda influenciar el precio), lo cual a su vez está determinado por las barreras de entrada (jurídicas o económicas), la elasticidad precio de la demanda (mientras más elástica sea la demanda con relación al precio, menos poder de mercado se obtiene) y de la relación entre las empresas en el mercado; el poder dependerá también de que las mismas decidan competir o coludir.²⁴

No obstante, debe tenerse en cuenta que la competencia perfecta no es posible o deseable en todos los mercados. De acuerdo a la estructura de costos de la industria y a las posibles economías de escala puede ser preferible que una o pocas empresas sean las que atiendan el mercado ya que de lo contrario habría una competencia ineficiente (monopolios naturales). Bajo condiciones de monopolio o colusión, la combinación de precio y cantidad que maximizan el beneficio del productor se encuentran en un punto en el cual el precio supera el CMg de la producción. El monopolista al igual que la empresa competitiva maximiza su beneficio produciendo al nivel en el cual el CMg es igual al IMg, pero su IMg es diferente al de la empresa competitiva pues disminuye a medida que aumenta el número de unidades vendidas, lo cual implica que por cada unidad adicional vendida por el monopolista, aumentan los beneficios totales de la empresa pero de manera decreciente.²⁵

En condiciones de monopolio la cantidad producida es menor que en estado de competencia ya que el precio monopolístico incentiva a muchos consumidores a acudir a otros productos sustitutos que en caso de tener unos costos de producción más altos que aquéllos producidos por el monopolista, esto no será más que un desperdicio para la sociedad²⁶ o un costo en términos de eficiencia económica. El monopolista escoge el precio que maximiza su beneficio y como la pendiente de la demanda es negativa, reduce las cantidades ofrecidas

23 Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, Op. cit., p. 336.

24 Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, Op. cit., p. 354 - 355.

25 Robert Cooter, Thomas Ulen, Derecho y Economía, 1ª ed., Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 50 - 51.

26 Richard A. Posner, El análisis Económico del Derecho, 1ª ed., Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 264.



lo cual genera una pérdida de eficiencia por una ganancia del monopolista. Debido a que en el monopolio los precios son mayores y la cantidad producida es menor, es de esperar que la situación de los consumidores empeore respecto a un mercado competitivo y la de los productores mejore. Aun cuando el beneficio de los productores (incremento del excedente del productor) supere el perjuicio de los consumidores (por pérdidas de excedente del consumidor y salida obligada del mercado), habría una ineficiencia debido a que la producción es menor que en condiciones de competencia perfecta. Lo anterior podría agravarse por la búsqueda de rentas económicas (gasto de grandes sumas de dinero, socialmente improductivas en la consecución o mantenimiento del poder de monopolio).²⁷

En condiciones de monopolio, la regulación usualmente pretende promover o introducir niveles óptimos de competencia o controlar los precios y/o condiciones de mercado (especialmente cuando se trata de monopolios naturales en los cuales debido a la estructura de costos hundidos y marginales decrecientes así como por la existencia de economías de escala es eficiente que exista un solo productor regulado).

La introducción de competencia en términos de precios, calidad e innovación genera los incentivos suficientes para que las firmas otorguen a los usuarios o compradores lo que ellos necesitan en términos de precio y calidad, además de animarlos al desarrollo de nuevos productos, servicios o modalidades de los mismos.

El oligopolio

Estos mercados se caracterizan por el hecho de que unas cuantas o muy pocas empresas (debido a las barreras de entrada económicas o jurídicas) producen la mayor parte o toda la producción, independientemente de que el producto sea o no homogéneo. Cuando un agente de un mercado oligopólico toma decisiones relacionadas con el precio y la producción, debe tener en cuenta las posibles reacciones de sus competidores, partiendo de que aquéllos tomarán las suyas de manera racional y de acuerdo con la propia.

Esta racionalidad de toma de decisiones y sus respectivas acciones, se denomina como el equilibrio de Nash: cada empresa elige la mejor estrategia posible a la vista de lo que hacen sus competidoras, fija sus precios y cantidades de acuerdo a lo que hagan o puedan hacer las demás. Si ninguna empresa se beneficia cambiando su estrategia mientras los otros no cambien la suya, entonces ese conjunto de estrategias y las ganancias correspondientes constituyen un equilibrio de Nash.²⁸

Todo lo anterior indica que los agentes inmersos en mercados oligopólicos, se encuentran en la dicotomía de competir para capturar una mayor cuota del mercado o cooperar entre ellos y competir de manera moderada, manteniendo su participación de mercado e incluso coludiendo ya que la competencia pasiva y la colusión pueden darles más beneficios. En

²⁷ Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, Op. cit., p. 357.

²⁸ Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld. Op. cit., pp. 441 - 443.



la mayoría de los casos estos agentes fijan sus niveles de producción y precios una y otra vez observando la conducta de sus competidores y adaptando la propia de acuerdo a aquélla, por lo cual, predomina la cooperación oligopólica que se traduce en figuras como los cárteles o la colusión.²⁹

Si los agentes de un mercado, oligopólico en este caso, actúan como si fueran uno solo gracias a la colusión expresa o tácita, tendrán poder monopólico³⁰ en los términos que antes se mencionaron. Los carteles pequeños tienen menos posibilidades de ser descubiertos; además entre menor sea el número de miembros, más bajos serán los costos de coordinar sus acciones y de monitorearse mutuamente. Las barreras de entrada también generan una tendencia hacia la cartelización: “(...) si la entrada puede efectuarse rápidamente y los que ingresan no tienen costos a largo plazo mayores que los de los miembros del cartel, los beneficios de la cartelización serán pequeños y por tanto, también será pequeño el incentivo para la cartelización”.³¹

Las externalidades

Para entender este concepto debemos partir de la idea de que el mercado y sus transacciones son voluntarios, libres y benéficos para las personas que participan en él. Esta fuente de falla de mercado resulta cuando producto de una transacción de mercado o de una acción particular de un agente, se generan unos beneficios (externalidad positiva) o perjuicios (externalidad negativa) a terceros que no participaron de la transacción y que por ende no asumieron los costos o beneficios de la misma sino de sus resultados o efectos. En el caso de las externalidades negativas (contaminación ambiental por ejemplo), el agente contaminador, al no tener en cuenta los costos generados sobre terceros ajenos a la relación de producción, produce a niveles en los cuales el precio es igual al costo marginal privado de producción, o sea que solo atiende a su curva de costos privados y no a los costos marginales sociales, por lo cual tiene serios incentivos para sobre - explotar el recurso o bien sobre el cual recae su acción o para producir a niveles en los cuales desde la perspectiva social la cantidad es ineficiente pues genera un costo más alto que su beneficio.³²

Las externalidades positivas (como las reparaciones externas de una vivienda que benefician los vecinos), generan ineficiencia en asocio con la sub inversión; el nivel eficiente de producción (de reparaciones) estaría en aquél punto donde el beneficio social marginal se iguale con el costo marginal de las mismas, sin embargo como el productor no puede recoger dicho beneficio social completamente, solo produce una cantidad en la cual el beneficio marginal privado es igual al costo marginal.³³

29 Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, Op. cit., pp. 457 - 459.

30 Richard A. Posner, Op. cit., p. 285.

31 Richard A. Posner, Op. cit., p. 274.

32 Robert Cooter, Thomas Ulen, Op. cit., p. 63.

33 Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, Op. cit., pp. 650 - 653.



En general las externalidades suelen regularse a través de herramientas que permitan la internalización de sus costos o beneficios (que los mismos sean tenidos en cuenta en la transacción). En materia de contaminación ambiental usualmente bajo una perspectiva estatal intervencionista a través de prohibiciones, cuotas, o límites a la contaminación vigiladas por agencias estatales so pena de sanciones por su incumplimiento; o de estrategias de mercado, a través de la creación de mercados de contaminación, asignación de derechos de propiedad para contaminar o contratos para la gestión eficiente de la misma (caso del Arsenal).

Los bienes públicos

Los bienes públicos, tales como la defensa nacional o el aire se caracterizan por tener un consumo no rival (el consumo por una persona no genera escasez o reducción en la cantidad disponible para otras) y por su imposibilidad de exclusión. Sus características los hacen bienes no rentables, pues nadie intentaría proveerlos de manera privada a cambio de una remuneración debido a que los costos de exclusión (distinguir quién es beneficiario y quien no) serían muy altos, lo que indefectiblemente generaría el problema del *free rider* o gorrón, quien intentaría beneficiarse del bien sin asumir su costo. La naturaleza de estos bienes también los hace propensos a ser sobre explotados a niveles ineficientes.

Para determinar el nivel eficiente de provisión de un bien privado basta con comparar (e igualar) el beneficio marginal de producir la unidad adicional con su CMg de producirla. Cuando se trata de bienes públicos debe considerarse además el beneficio marginal de todas las personas.³⁴ Usualmente, los problemas relativos a los bienes públicos se regulan a través de subsidios a su producción o por provisión directa del Estado con financiación vía impuestos.

Las asimetrías de información

Esta fuente de falla de mercado implica un desequilibrio fuerte en la cantidad y/o la calidad de la información con la que cuentan los agentes involucrados en una transacción debido a la imposibilidad o carestía de conocer todo lo que la otra parte conoce, lo cual puede incluso anular completamente la posibilidad de que la transacción ocurra.

Existen principalmente dos modelos de análisis de las asimetrías de información: la relacionada con información oculta (selección adversa) y la relacionada con la acción oculta (riesgo moral).

La selección adversa surge del alto costo para los agentes de distinguir los productos o servicios de buena calidad (o bajo riesgo) y los de mala calidad (alto riesgo), lo cual hace que se terminen transando bienes de diferente calidad a un mismo precio y una cantidad mayor a la eficiente de bienes de mala calidad y una cantidad inferior a la óptima de los de buena calidad.

³⁴ Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, Op. cit., pp. 675 - 676.



Esta falla se resuelve proveyendo de información al mercado a través de las denominadas señales de mercado, proceso por medio del cual los agentes envían señales a los demás sobre la calidad de un producto tales como la reputación, las garantías, la estandarización etc.³⁵

El riesgo moral aparece cuando un agente se encuentra asegurado (usualmente por un contrato) y por consiguiente cambia su comportamiento de manera tal que aumenta la probabilidad de que el riesgo ocurra y/o de que el monto de la pérdida aumente. Obviamente existe un alto costo de monitorear el comportamiento del agente ex post al aseguramiento. En términos de Posner R, (...) “se conoce como riesgo moral a la tendencia de un asegurado a disminuir sus esfuerzos para impedir la materialización del riesgo contra el que se ha asegurado (...).³⁶

Cuando un agente está asegurado y su conducta no puede ser monitoreada por quien lo asegura (debido a los altos costos de monitoreo – información) puede tener incentivos para actuar de una manera tal que la probabilidad de ocurrencia del riesgo o el monto del perjuicio se aumenten, alterando la capacidad de los mercados para asignar los recursos eficientemente ya que el asegurado cree en un costo o beneficio de su actividad diferente al que realmente genera a la sociedad.³⁷

La imposibilidad de monitorear la conducta de otro agente (debido a su alto costo – costo de agencia), ya que solo es observable el resultado final de su actividad (un cierto nivel de beneficios por ejemplo)³⁸ cuando entre los agentes existe una relación de agencia, o sea que el bienestar de uno depende de la acción del otro, se denomina por la economía como el problema del principal y del agente. En estos casos debe tenerse en cuenta que el agente (quien realiza la acción no monitoreable a bajo costo y que afecta al principal) gracias al individualismo y oportunismo, puede tener incentivos para desalinearse de los objetivos del agente y alinearse con sus objetivos propios de maximización de su beneficio³⁹. De ahí que deban establecerse sistemas de gobierno (toma de decisiones – responsabilidad etc.) y de remuneración de los agentes que permitan alinear los intereses de aquéllos con los de los principales.⁴⁰

Estrategias de regulación y medio ambiente

Como puede concluirse del anterior apartado, las principales fallas de mercado asociadas al problema de la contaminación ambiental son las relativas a los bienes públicos y las externalidades negativas. Desde la perspectiva de la regulación en interés público, dichas fallas deberían ser corregidas o minimizadas a través de regulación de *Orden y Control*; por su parte escuelas regulatorias como las del interés privado sugerirían una solución basada en el mercado o su imitación (incentivos - transacciones). Es en este segundo grupo de escuelas

35 Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, Op. cit., pp. 622 - 626.

36 Richard A. Posner, Op. cit., p. 107.

37 Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, Op. cit., pp. 631 - 633.

38 German Coloma, Análisis económico del derecho privado y regulatorio, 1ª ed., Buenos Aires, 2001, p. 127.

39 Carlos Pablo Marquez, Op. cit., p. 215

40 Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, Op. cit., p. 635.



donde se ubica la propuesta regulatoria de la Escuela Austríaca de economía, la cual ampliaremos más a continuación.

El pensamiento económico de la escuela austríaca⁴¹

Antes de abordar la propuesta regulatoria de la Escuela Austríaca, debemos empezar por conocer los postulados fundamentales de la misma. En primer lugar debemos anotar que esta Escuela se caracteriza por el subjetivismo metodológico. Contrario al objetivismo (modelación) del modelo neoclásico de la economía, la Escuela Austríaca pretende construir la ciencia económica partiendo siempre del ser humano real y de carne y hueso, protagonista de la construcción de todos los procesos sociales. Este subjetivismo es llevado igualmente al terreno de la información, la cual es considerada subjetiva, cambiante, dispersa y difícilmente articulable, a diferencia de la homogeneidad y objetividad con la que se trata a aquélla en la Escuela Neoclásica.

Un tercer elemento fundamental de la Escuela Austríaca es la radical importancia que se otorga al proceso empresarial de coordinación, el cual es generador de información y posibilita el ajuste de las conductas de los diferentes agentes. Para la Escuela en mención, normalmente toda conducta desajustada se convierte en una oportunidad de ganancia para los empresarios quienes actúan para aprovecharse de la misma generando así un proceso espontáneo de coordinación. De ahí que el problema económico fundamental que se plantea la Escuela es el estudio del proceso dinámico de coordinación social emanado de fines y medios múltiples que compiten entre sí, con conocimiento disperso sobre los mismos y agentes incapaces de conocer todas las alternativas y posibilidades existentes.

En este contexto los agentes sociales (y económicos) en su función empresarial aprenden a actuar unos en función de otros (coordinación), es decir, a modificar su comportamiento en pro de la satisfacción de necesidades propias y ajenas de manera voluntaria lo cual les permite realizar cálculos económicos con información que antes no conocían. Mientras no existan restricciones institucionales o legales a la actividad o función empresarial, cada individuo podrá ejercerla aprovechándose de la información de los demás y creando la propia; de ahí la profunda defensa de la libertad económica: si existe libertad en cuanto a la consecución de fines e intereses, estos mismos actuarán como incentivos y harán posible que aquél que ejerce la función empresarial perciba y descubra la información relevante para su consecución; si por el contrario se restringe la libertad a la función empresarial no se creará la información necesaria y por ende el fin no se realizará.

Es en este entorno donde Carl Menger ubica el surgimiento de las instituciones (entre ellas las jurídicas) como resultado de un proceso social constituido por la interacción de múltiples acciones humanas, liderado por individuos de carne y hueso que de acuerdo a sus condiciones temporo - espaciales, pueden descubrir su capacidad de lograr un fin

41 Jesús Huerta de Soto, La Escuela Austríaca, mercado y creatividad empresarial, 1ª edición. Madrid, Síntesis, 2000.



adoptando cierto (s) comportamiento(s). Se inicia entonces un proceso de prueba y error en el que prevalecen los comportamientos que ajustan o coordinan los desajustes sociales, los cuales son imitados por otros individuos.

De otro lado, F.A. Hayek en su crítica al modelo socialista de Estado, explica cómo el intervencionismo estatal (económico) termina convirtiendo al Derecho (normas generales y abstractas) en Legislación (mandatos coactivos de carácter específico que no contempla su impacto en el proceso social). Los individuos al perder la referencia de la ley en sentido general van modificando su conducta respetando cada vez menos las normas particulares de conducta. El incumplimiento de la norma pasa entonces a ser considerado un ingenio de la conducta individual, lo cual sumado a la toma de decisiones jurídicas más o menos subjetivas las cuales generan en los individuos la creencia de que cualquier pretensión puede ser exitosa gracias a la impresión favorable del juzgador, crean una alta propensión al pleito y al litigio lo cual sumado al costo generado por la sobre - regulación hace que la labor judicial sea insoportable e ineficiente.

Para Hayek el orden social era un todo indivisible que se desarrolla espontáneamente a través de acomodamientos individuales producidos por contratos entre los individuos. El proceso económico, el cual hace parte de dicho orden solo puede protegerse legalmente a través de la asignación de derechos de propiedad, resolviendo de manera *ex post* los conflictos de intereses entre los individuos y no *ex ante* a través de mandatos administrativos coactivos.⁴²

De lo anterior se concluye la propuesta regulatoria de la Escuela Austríaca, aplicable perfectamente a situaciones como la ocurrida en la zona del Arsenal en las cuales existe un problema de contaminación ambiental que genera fallas asociadas a la publicidad de los bienes y a las externalidades negativas y que demandan una respuesta de política pública para su corrección.

Como ya se mencionó, el proceso de intervención estatal en la economía (derecho público) se opone a los procesos de coordinación y descubrimiento, mientras que el derecho privado (derechos de propiedad – contratos) proveen de libertad al individuo para definir en dicho proceso operaciones que les permitan llevar a cabo intereses definidos por ellos mismos, lo cual genera procesos de coordinación necesaria entre los agentes fundados en los derechos de propiedad. De ahí que la propuesta sea por la desregulación administrativa y la prevalencia de las instituciones del derecho privado para solucionar los conflictos en mención.⁴³

En materia ambiental, el regulador en búsqueda de niveles socialmente eficientes de contaminación, ha optado tradicionalmente por dos tipos de políticas:

42 Ricardo Manuel Rojas, "El derecho desde la perspectiva de la Escuela Austríaca de la Economía. La visión de Frederick A. Von Hayek", en: Fernández, F. y Ravier, A, La Escuela Austríaca en el siglo XXI, 1ª Edición. Buenos Aires, BASES, 2007, pp. 49 a 68.

43 Carlos Pablo Márquez Escobar, Op. cit.



En primer lugar aparece la regulación tradicional, basada en el enfoque Pigouviano del interés público y las fallas de mercado, representado en la regulación de Orden y Control, la cual usualmente consiste en la orden por parte del regulador de utilizar cierta tecnología o establecer límites de emisión de contaminación. Este tipo de estrategias regulatorias presenta serias fallas debido al alto costo de cumplimiento y monitoreo y adicionalmente gracias a la su falta de flexibilidad (que impediría por ejemplo utilizar otra tecnología más económica y menos contaminante) y por último, debido a que una vez cumplida la regla impuesta por la regulación desaparecen los incentivos para reducirla aún más.

De otro lado aparecen las políticas propias de las escuelas del interés privado que defienden las soluciones basadas en el mercado o su imitación con el fin de internalizar los costos de la externalidad negativa y así llevar la contaminación a niveles socialmente eficientes. Tradicionalmente estas políticas regulatorias a la hora de afrontar asuntos ambientales se traducen en estrategias como los permisos o cuotas negociables de contaminación, los impuestos, los subsidios, etc.

A pesar de tener importantes efectos en la reducción de la contaminación, debe tenerse en cuenta que bajo estos modelos, más aún cuando los recursos están distribuidos de acuerdo al criterio de “disposición a pagar” (contraria a una política de distribución de “capacidad de pagar”), la contaminación necesariamente estará ubicada en su mayoría en las zonas económicamente más deprimidas, lo cual exacerba la injusticia social.

Pero existe otra opción dentro de aquéllas concepciones regulatorias del interés privado, tales como la de la Escuela Austríaca, que pretende la utilización del derecho privado como mecanismo de formalización de los acuerdos entre los agentes y el regulador, producto del proceso de descubrimiento y aprendizaje y de los cálculos económicos, esto es, la formulación de contratos que permitan la solución eficiente de los conflictos de intereses asociados a la contaminación ambiental.

Ejemplo de esto fue lo ocurrido con la zona del Arsenal en Denver; es un caso típico de la propuesta de intervención estatal y regulatoria del Estado en la economía formulada por la Escuela Austríaca: el Estado y sus agencias, deben procurar generar lo niveles óptimos de coordinación entre los agentes económicos con el fin de que éstos a través de transacciones formalizadas en instituciones del derecho privado (como los contratos) resuelvan no solo los conflictos privados sino también las externalidades negativas que afectan a la comunidad de la manera más eficiente.



Bibliografía

- Baldwin, Robert; Cave, Martin, *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*, 1ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 1999.
- Coloma, German, *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, 1ª ed., Buenos Aires, 2001.
- Cooter, Robert; Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, 1ª ed., Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Delorme, Robert, “Regulation as an analytical perspective”, en: Atle Midttun, Eirik Svindland (Eds.) *Approaches and dilemmas in economic regulation. Politics. economics and dynamics*, New York, Palgrave, 2001.
- Huerta de Soto, Jesús, *La Escuela Austríaca, mercado y creatividad empresarial*, 1ª edición. Madrid, Síntesis, 2000.
- Jordana, Jacint; Levi – Faur, David, “The politics of regulation in the age of governance”, en: Jacint Jordana, David Levi – Faur, *The politics of regulation: Institutions and regulatory reforms for the age of governance*, 1ª ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2004.
- Márquez Escobar, Carlos Pablo, *Anotaciones sobre análisis económico del derecho*, Vol.1. Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- Ogus, Anthony, “W(h)iter the economic theory of regulation? What economic theory of regulation”, en: Jacint Jordana, David Levi – Faur, *The politics of regulation: Institutions and regulatory reforms for the age of governance*, 1ª ed., Cheltenham UK, Edward Elgar Publishing, 2004.
- Pindyck, Robert S., Rubinfeld, Daniel L., *Microeconomía*, 5ª edición, Madrid, Prentice Hall, 2001.
- Posner, Richard A., *El análisis Económico del Derecho*, 1ª ed., Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Ricketts, Martin, “Economic regulation: principles, history and methods”, en: Michael Crew, David Parker, *International Handbook of economic regulation*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing, 2006.
- Ricketts, Martin, “Economic regulation: principles, history and methods”, e Michael Crew, David Parker, *International Handbook of economic regulation*, UK, Edward Elgar Publishing. 2006.
- Rojas, Ricardo Manuel, “El derecho desde la perspectiva de la Escuela Austríaca de la Economía. La visión de Frederick A. Von Hayek”, en: Fernández, F. y Ravier, A, *La Escuela Austríaca en el siglo XXI*, 1ª Edición. Buenos Aires, BASES, 2007.

Published by the Law School of Universidad EAFIT
Medellín - Colombia
June 2013

EAFIT Journal of International Law
January - June 2013