

AGENTES TRANSNACIONALES Y EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una reflexión en torno a la
demanda de Hazel Tau contra
Glaxosmithkline y Boehringer
Ingelheim

Ana M. Jara Gómez

El objeto de este artículo se orienta al esbozo de un análisis sobre la eficacia o ineficacia horizontal de los derechos humanos en el ámbito de actuación de los agentes transnacionales, en especial de las corporaciones multinacionales. Desarrollaremos el tema utilizando como punto de partida la demanda interpuesta contra las compañías farmacéuticas Glaxosmithkline y Boehringer Ingelheim por Hazel Tau. Es este un texto, por su extensión y por razones obligadas de modestia, general y exploratorio.

La elección de esta demanda y no otra como hilo conductor de este trabajo, pese a existir litigios similares de mayor proyección internacional sobre los que incluso ha recaído pronunciamiento jurisdiccional, se apoya en dos razones básicas que conviene explicitar. La primera razón que suscita el interés del caso Hazel Tau es que en él se establece una relación entre determinados comportamientos de suje-

tos privados transnacionales y los derechos humanos que no tiene precedentes. La segunda razón es que las pretensiones de los demandantes son novedosas cuando no sorprendentes en tanto en cuanto persiguen de manera amplia que se satisfaga el interés general y, sobre todo, porque sus argumentos van más allá de la exigencia de que se restaure la libre competencia en un mercado concreto. Se produce un desbordamiento del marco jurídico legal en el que habitualmente se dilucidan cuestiones relativas al abuso de posición dominante mediante precios abusivos, actos de exclusión, etc., para colocarnos ante el discurso sobre la eficacia real de los derechos humanos y la incidencia en el mismo de agentes sustraídos al control jurisdiccional, nacional o internacional.

Veamos la demanda, sus argumentos técnicos y los hechos en que se sustenta.

Las empresas farmacéuticas multinacionales Glaxosmithkline y Boehringer Ingelheim fueron demandadas ante la Comisión de la Competencia del Estado de Sudáfrica en fecha 19 de septiembre de 2002. Los demandantes fueron Hazel Tau y otros tres particulares, una trabajadora del sistema sanitario público, tres médicos, el *Congress of South African Trade Unions*, el *Chemical, Energy, Paper, Printing, Wood and Allied Workers Union* y el *Treatment Action Campaign*.

Los hechos en que se apoya la demanda tienen la siguiente secuencia: Glaxosmithkline posee el derecho exclusivo de comercializar en el mercado sudafricano los siguientes medicamentos: Zidovudine (AZT), Lamivudine, Abacavir (ABC), Amprenavir, AZT/lamivudine y AZT/lamivudine/ABC; para el AZT/lamivudine Glaxosmithkline tiene patente en Sudáfrica. Por su parte Boehringer Ingelheim tiene el derecho exclusivo de comercializar Nevirapine (Viramune®) en Sudáfrica.

En la demanda se alega que las compañías han incurrido en la fijación de precios excesivos en perjuicio de los consumidores. Hablamos de un comportamiento monopolístico de las empresas, prohibido en la *Competition Act*, 89 de 1998 ('Ley de la competencia' sudafricana). Es la prohibición que se recoge en el art. 82 apartado 1 TCE en parecidos términos. Estas normas tratan de evitar actuaciones de una o varias empresas que consistan en la explotación abusiva de una posición dominante en un mercado de referencia, afectando al comercio o a los consumidores. Una empresa goza de una posición dominante cuando se encuentra en "una situación de poder económico (...) que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de actuar en buena medida con independencia de sus competidores, de sus clientes y, en última instancia, de los consumidores".

La identificación de una posición dominante requiere, pues, haber definido previamente el mercado de referencia que "tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar

a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva".

En lo que respecta al caso concreto, el mercado geográfico de referencia puede determinarse que éste lo constituye el mercado nacional sudafricano. Tenemos que referirnos a una zona donde se suministran los productos y las condiciones para la competencia son "suficientemente homogéneas". Dado que la regulación para la protección de patentes se produce a nivel nacional y la autorización para el uso y la venta de medicamentos proviene exclusivamente de una institución nacional, el *South African Medicines Control Council*, aparentemente no es difícil limitar el mercado geográfico.

Desde el punto de vista del producto, el criterio principal para identificar el mercado de referencia es el de sustituibilidad de la demanda; consiste en identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate. Especialmente ilustrativa a este respecto es la STJCE *United Brands*, que en su par. 31 afirma, como un elemento, entre otros, para delimitar el mercado que "las bananas tienen determinadas características, como su apariencia, su sabor, su suavidad, el hecho de carecer de semillas, su fácil manipulación y un nivel de producción constante que le permiten satisfacer necesidades continuas de un importante sector de la población compuesto por los más jóvenes, los ancianos y los enfermos". El segundo criterio para identificar el mercado de referencia es el de sustituibilidad de la oferta que consiste en analizar si existe la posibilidad para otras empresas de fabricar los productos en cuestión y comercializarlos a corto plazo (se entiende que sin costes ni riesgos adicionales significativos), lo que, de nuevo, haría el producto no rentable ante una hipotética subida del precio¹.

Nuestro mercado de producto requiere, por tanto, el análisis correspondiente. Hay una serie de datos importantes a tener en cuenta:

ARVs son medicamentos que atacan directamente al virus del VIH (no a las infecciones oportunistas que se asocian a este virus o al virus del SIDA). Los ARVs se combinan en diversos tratamientos que son conocidos con el nombre de *HAART* (*Highly Active Antiretroviral Therapy*), terapia antirretroviral que ha revolucionado la gestión de la enfermedad, obteniendo resultados radicales en la reducción de la morbilidad a la vez que ha logrado la reducción y en algunos casos la eliminación de infecciones oportunistas y la recuperación de la función inmune. Esta terapia implica que al menos tres medicamentos ARVs han de ser tomados simultáneamente; de este modo se puede asegurar la máxima eficacia clínica contra el VIH (reducción de efectos secundarios y limitación de la posible emergencia de cepas resistentes del virus). Los ARVs se combinan en distintos regímenes para permitir a los profesionales médicos poder seleccionar el más óptimo teniendo en cuenta posibles problemas de rechazo o resistencia a los fármacos, incompatibilidad, graves efectos secundarios o tratamientos específicos para colectivos en circunstancias especiales, etc.

Como hemos mencionado anteriormente el *HAART* supone que se administra al paciente una combinación de ARVs siguiendo un régimen seleccionado por un facultativo. Este régimen puede cambiar y a menudo es imprescindible cambiarlo durante la evolución de la enfermedad. Los individuos a quienes les falla, por ejemplo, un régimen con contenido de NNRTIs son potenciales candidatos a un régimen que contenga una combinación de Abacavir triple de nucleósidos (siempre que su carga viral sea <55000 ARN copias/ml) o bien a un régimen inhibidor de proteasa. Por otra parte, en caso de embarazo o lactancia Stavudine y Didanosine están contraindicados porque producen acidosis láctica, y así cada paciente debe ser examinado individualmente para tratarle con un régimen que sea el adecuado y produzca los efectos deseados.

El Comité de Expertos para la selección y el uso de medicamentos esenciales de La Organización Mundial de la Salud (WHO), asegura

en la edición del año 2002 de su 'Lista Modelo de Medicamentos Esenciales' lo siguiente:

"mientras se acepta que existen muchas situaciones médicas donde un medicamento esencial puede ser fácilmente sustituido por otro de una misma clase, permitiendo que un único agente sea el que aparezca en la lista modelo (...), esto no es posible con el tratamiento del VIH. Para ser eficaz, el tratamiento debe instaurarse con tres o cuatro medicamentos simultáneamente, y se necesitan pautas alternativas para satisfacer necesidades específicas al inicio del tratamiento, para sustituir a las pautas de primera línea en caso de toxicidad o para sustituir a las pautas que no son eficaces. El Comité ha considerado diversos modos de colocar estos agentes en la lista modelo y ha acordado finalmente que todos los fármacos recomendados deben aparecer"

En este punto podemos concluir que ningún antirretroviral es sustituible por ningún otro producto equivalente. Cada medicamento antirretroviral es un mercado en sí mismo.

Una vez dibujado el mercado de referencia es necesario establecer que, dentro de él, el comportamiento de una empresa no está condicionado por otros operadores de modo que no está sometida a presiones competitivas efectivas y puede fijar precios por encima del umbral competitivo. Esto desemboca en la adquisición de una posición dominante.

La posición dominante se establecerá tomando en consideración tres factores: la situación en el mercado de la empresa y sus competidores (se atiende principalmente a las cuotas de mercado para saber la importancia de las empresas que operan); las barreras a la expansión y a la entrada de los competidores reales y potenciales, entre las que se encuentran los derechos de propiedad industrial e intelectual; y por último, la posición en el mercado de los compradores.

Así las cosas, también se puede asegurar que Glaxosmithkline y Boehringer Ingelheim son empresas dominantes en los mercados descritos en el Estado de Sudáfrica dado que ninguno de los ARVs objeto de la demanda pueden venderse en la forma de genéricos en el mercado sudafricano debido a la protección de las patentes o los derechos exclusivos.

Pero, en sí mismo, el hecho de tener una posición dominante en un mercado determi-

nado no está prohibido. Lo que está prohibido es el ejercicio abusivo de esa posición dominante. Mencionaremos exclusivamente los supuestos de abuso de posición dominante que nos interesan para comprender la actuación de Glaxosmithkline y Boeringer Ingelheim, las empresas demandadas.

En la *Competition Act* sudafricana una empresa dominante tiene prohibido: establecer un *precio excesivo* en perjuicio de los consumidores; negar a un competidor el acceso a un *elemento esencial* (*essential facility*) cuando económicamente resulta factible; incurrir en *actos de exclusión abusiva* (*exclusionary act*), si su efecto anticompetitivo es superior al beneficio tecnológico, de eficiencia o pro-competitivo que pudiera tener dicho acto (art.8 apdos. a, b y c).

Los productos cuyo precio se alega excesivo son los antirretrovirales: AZT; Lamivudine; AZT/lamivudine y; Nevirapine.

Veamos, en primer lugar, la cuestión de los precios altos como práctica abusiva. El precio de un producto o servicio es excesivo cuando no guarda relación razonable con el valor económico del producto (incluyendo un margen de beneficios).

Idealmente uno debe comparar los precios que de hecho se cargan por el producto en cuestión con los que serían en un mercado competitivo (principio de comparación de los mercados). Nosotros utilizaremos los precios de los medicamentos genéricos para esta comparación dado que no podemos hacerla con los de otras empresas que operan en el mismo sector por las razones que se han expuesto al determinar el mercado.

Los productos que nos interesan, al momento de la demanda, tenían los siguientes precios²:

Producto	Precio para el sector privado medicamento con marca	Oferta de mejor precio internacional del medicamento de marca	Precio del genérico precualificado por la OMS	Oferta de mejor precio internacional del medicamento genérico
AZT (300mg)	674,52 US\$ (694,75 €)	438,00 US\$ (451,14 €)	180,00 US\$ (185,40 €)	140,00 US\$ (144,20 €)
Lamivudine (150mg)	741,59 US\$ (763,83 €)	234,00 US\$ (241,02 €)	100,00 US\$ (103 €)	66,00 US\$ (67,98 €)
AZT/lamivudine (300mg/150mg)	926,98 US\$ (954,78 €)	620,50 US\$ (639,11 €)	265,00 US\$ (272,95 €)	204,00 US\$ (210,12 €)
Nevirapine (200mg)	417,14 US\$ (429,65 €)	438,00 US\$ (451,14 €)	166,00 US\$ (170,98 €)	112,00 US\$ (115,36 €)
AZT niños (50mg/5ml solución)	528,14 US\$ (543,98 €)	-	160,60 US\$ (165,41 €)	-
Lamivudine niños (10mg/ml solución)	408,47 US\$ (420,72 €)	-	113,88 US\$ (117,29 €)	-

El segundo criterio para determinar si un precio es abusivo es aplicar el principio de comparación de costes, es decir, tener en cuenta tres factores, que alegan las propias firmas demandadas: los costes de producción, lo invertido en investigación y desarrollo (y el incentivo o prima para que se continúe innovando e investigando) y el margen de beneficios que las empresas, como tales, tienen que obtener (incluyendo aquí posibles licencias).

El objetivo de los demandantes es romper la situación de parálisis que resulta de la inac-

ción del Estado asegurando el acceso al abastecimiento de ARVs asequibles. Y utilizando el marco legal que tienen a su disposición.

La Comisión de la Competencia de Sudáfrica, tras concluir su investigación, declaró que las empresas también habían contravenido la *Competition Act* por cuanto negaron el acceso de los posibles competidores a un elemento esencial (*essential facility*) y actuaron dando lugar a una exclusión abusiva y anticompetitiva (*exclusionary act*).

El análisis del abuso de una posición dominante, como agudamente señalaran Kaptein y VerLoren, “incluye elementos de conducta: ¿Cuál es el efecto de lo que la empresa ha hecho (o dejado de hacer)?”. Es en este punto en el que entra en juego la segunda parte del argumento de los demandantes que, como ya hemos reiterado, alegaban que las compañías han incurrido en la fijación de precios excesivos en perjuicio de los consumidores. Y añaden: “el precio excesivo de ARVs es *directamente responsable* de la muerte prematura, previsible y evitable de niños y adultos con VIH/SIDA”. Aquí está, en toda su dimensión, el carácter novedoso de esta acción legal, tal y como anunciamos al comienzo de este trabajo.

La demanda, planteada ante la Comisión de la Competencia de Sudáfrica, se coloca claramente en una posición procesal que bien podría ser considerada impropia y *ultra vires*. En efecto, vincular prácticas abusivas y precios con la responsabilidad directa en las muertes prematuras, previsibles y evitables, de personas, supone un salto cualitativo en la argumentación jurídica utilizada y, desde luego, constituye un elemento de ruptura en el discurso sobre la responsabilidad y la imputabilidad. Es claro que cuando nos encontramos ante daños al libre comercio, a la competencia o a la buena marcha de la economía, los problemas y los conflictos pueden encontrar solución en el ámbito jurídico de la regulación y el control por parte de las instituciones reguladoras, pero cuando los efectos perversos y los daños consisten en la negación y la pérdida de virtualidad y vigencia de Derechos humanos Fundamentales como la vida, la cuestión no puede ser dilucidada en el marco jurídico legal que rige el mercado. La violación y el atentado a tales derechos básicos, su tipificación jurídica, la imputabilidad y la dilucidación de los sujetos responsables de tales violaciones no pueden quedar resueltas en una teoría del derecho circunscrita y constreñida a un modelo político de Estado desmentido por la realidad y desbordado por un mercado globalizado y sin control democrático. Sobre este aspecto de la cuestión hemos de volver más adelante.

Una serie de cuestiones podrían suscitarse, antes incluso de valorar la resolución de este caso. Por ejemplo, si los precios no fueran abusivos, las consecuencias serían, sin embargo, las mismas. ¿Dónde habrían podido acudir los actores de la demanda? ¿O el derecho aplicable termina aquí, en los términos del derecho mercantil, y a partir de aquí todo comportamiento de una empresa es legal? La demanda afirma también que nunca podría sugerirse que es razonable incentivar la investigación y desarrollo (a través de primas) hasta el punto de que se suprima el acceso general a un tratamiento, una afirmación de nuevo llamativa y chocante, en cuanto que se aparta del derecho. Los efectos han llegado posiblemente a la esfera en que el propio Estado resulta afectado seriamente debido a las implicaciones financieras que el no tratamiento ha supuesto para el sistema sanitario público. Es difícil saber a qué da lugar todo esto, porque además de los afectados directos, llamémosles principales, la onda expansiva del no acceso al tratamiento afecta también a otras entidades, profesionales y actores.

Otro de los argumentos llamativos del texto de la demanda es aquel en el que los demandantes, cuando explican el perjuicio causado a los consumidores lo califican de “particularmente grave en virtud de su incidencia directa en la capacidad de éstos para disfrutar plenamente sus derechos constitucionalmente protegidos, en particular, su derecho a la vida, a la dignidad, a la igualdad y al acceso a servicios sanitarios”. También esgrimen que los intereses de los niños no pueden ser satisfechos apropiadamente. Estos derechos son reclamados por los actores a lo largo del texto con la expresa argumentación de que les están “internacionalmente reconocidos”.

Las negociaciones para un acuerdo con Glaxosmithkline comenzaron el 11 de septiembre de 2003, Boehringer Ingelheim no mostró interés en llegar a ningún acuerdo hasta que dos organismos sin ánimo de lucro requirieron formalmente la concesión de licencias voluntarias no exclusivas para importar nevirapine a Sudáfrica (que, en el caso de existir un abu-

so de la patente, podía obligársele a dar según el artículo 56[a] *Competition Act*).³ Se llegó a dos acuerdos independientes con la Comisión y con los demandantes, estos son sus rasgos más importantes:

1. Glaxosmithkline concederá licencias a cuatro compañías de genéricos para producir y/o importar, vender y distribuir AZT y lamivudine.
2. Boehringer Ingelheim concederá licencias a tres compañías de genéricos para producir y/o importar, vender y distribuir nevirapine
3. El royalty de las licencias no será superior al 5% de las ventas netas de los ARVs.
4. Las licencias serán para el sector público y el privado.
5. Los acuerdos permiten licencias para exportar los tres medicamentos a los 47 países del África subsahariana.
6. Los poseedores de las licencias podrán producir AZT, lamivudine y/o nevirapine combinadas entre ellas o con otros medicamentos para los que tengan licencia.
7. Las licencias comprenden tanto las formulaciones para adultos como las pediátricas.

Siendo cierto que los referidos acuerdos siguen hoy en pie, no lo es menos que también sigue en vigor el régimen de propiedad intelectual establecido en la Ronda Uruguay que permite a las compañías farmacéuticas proteger sus intereses frente a cualquiera. Por lo tanto, es inevitable concluir que uno de los graves problemas subyacentes se mantiene⁴.

El escenario hasta aquí descrito no puede ser cabalmente entendido sin referirlo al marco jurídico y político internacional en el que se inscribe. En primer lugar el marco de los sujetos comenzando por el sujeto principal del derecho internacional: el Estado.

En segundo lugar, las instituciones internacionales de ámbito económico. La Organización Mundial del Comercio, el Fondo Mo-

netario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo.

En tercer lugar aparecen los agentes transnacionales y su *poder político privado*, y qué representa este poder en nuestro cuadro. El marco de los sujetos nos sitúa en la superficie desde donde se vislumbra la idea de residencia de la soberanía y el poder en nuestro tiempo, que a su vez es imprescindible para trazar el mapa de la eficacia de los derechos.

Respecto al Estado, su soberanía constituye uno de los principios rectores de la organización mundial. Este es un hecho que dogmáticamente ha permanecido intacto a lo largo del tiempo mientras que prácticamente todo lo demás se transformaba o desaparecía. Ha permanecido intacto mientras se ensanchaba el círculo de sujetos, y en los aspectos formales y teóricos, no ha cambiado sustancialmente. Sería sin embargo erróneo pensar que cualquier posible cambio en el funcionamiento del orden internacional ha de tener al Estado como protagonista, por ser el sujeto central. El caso de la demanda que les acabo de exponer desafía explícitamente esa afirmación.

El Estado moderno, en cuanto sujeto del Derecho Internacional, ha sufrido un proceso de cambio que le afecta muy profundamente. Ya no se puede hablar en los mismos términos de soberanía del Estado ni de soberanía popular. No se trata aquí simplemente del fenómeno de la desregulación, por el cual los poderes públicos ceden a los particulares capacidad normativa hasta ahora detentada por ellos (capacidad que formalmente podrían recuperar), sino de una cuestión más fundamental y prejuzgada, por decirlo así: que el estado ha perdido poder frente a mutadas instituciones privadas que les estaban subordinadas.

Se trata, inicialmente, de cambios económicos con importantes consecuencias generales en todos los ámbitos. Es decir, los cambios económicos que resultan de la globalización llevan consigo cambios en la consistencia de las fronteras, y en la consistencia de la soberanía, pero no se acompañan de cambios en la teoría política ni jurídica, al menos en magni-

tudes comparables. Se ha constituido una *soberanía nueva, supraestatal, difusa y policéntrica* que no permite que la soberanía del Estado sea plena, dado que “el *demos*, el titular último de la soberanía en la concepción democrática del gobierno político, no puede decidir contra la voluntad supraordenada del soberano difuso”.

Para nosotros resulta una verdadera piedra de toque analizar la pérdida de soberanía del Estado, en tanto que él es el garante de los derechos fundamentales. Queremos atender, por lo tanto, a la soberanía de los Estados y a los cambios que se han producido en su concepción y capacidad de legitimación.

El centro del debate reside para nosotros en dónde se encuentra la soberanía que pierden los Estados-nación, quién es exactamente el *soberano difuso*. Si los Estados sufren cambios y pierden la capacidad de proteger los derechos, ¿significa esto que hay otros agentes que han recibido esa capacidad?

En ocasiones la soberanía la reciben otros estados, que, por decirlo coloquialmente, son poseedores de la soberanía propia y parte de la ajena. Es este el caso de la política de condicionalidad de la unión europea: en el ámbito de sus funciones negociadoras, la Comisión Europea desarrolló, casi desde sus comienzos, la práctica de incluir fórmulas preambulares en acuerdos con terceros Estados, referentes al respeto de la democracia y los derechos humanos. El IV Convenio de Lomé (1989) fue el primero que incluyó una cláusula conteniendo una exigencia inequívoca de respeto a la democracia y a los derechos y libertades fundamentales. A partir de este momento el uso de la cláusula se generalizó y diversificó, incluso se aplicó la suspensión del acuerdo en el caso de Birmania.

Los problemas de legitimidad y legalidad que genera esta práctica requieren sin duda un estudio en profundidad que no tiene cabida aquí. Baste mencionar la escasa eficacia de la política de condicionalidad, salvo a la hora de sustraer algún contenido al término igualdad soberana de los Estados. El caso del Acuerdo marco de cooperación UE-Australia

es sintomática. Australia rechazó la cláusula entendiéndola inapropiada en un acuerdo de esas características y añadiendo que resultaba humillante. Tampoco entendió este país que la práctica hubiera sido distinta para EEUU o Canadá. Del mismo modo se resistió Méjico acudiendo al principio de no injerencia en los asuntos internos.

Es también el caso de la soberanía militar concentrada, la figura del Gobierno de los Estados Unidos como la policía del mundo y el represor de las luchas por la liberación en todo el mundo hace de él un receptor de soberanía y además las fronteras entre lo interior y lo exterior se ven afectadas por sus actuaciones como imperio.

El segundo caso de desplazamiento de soberanía es más complejo, y no queda tan claro que la titularidad de la soberanía permanezca en manos públicas, e incluye también elementos de condicionalidad. No resulta difícil observar que el proceso globalizador y sus protagonistas sólo son posibles a través de instituciones que les proporcionan el entorno adecuado y el campo jurídico necesario. El origen de las instituciones está en el Sistema de Bretton Woods, de cuya idea original no queda casi nada. Es el actual Consenso de Washington el que gobierna las políticas de las instituciones mundiales y se basa en tres pilares: austeridad fiscal, privatización y liberalización de los mercados y da paso a las políticas de “condicionalidad” que aplicarán las instituciones. Éstas son las que minan la soberanía nacional.

La condicionalidad se traduce en este caso como los requisitos que los prestamistas internacionales imponen a cambio de su cooperación, se trata de políticas como recortar los déficits, aumentar los impuestos, o subir los tipos de interés. “La ‘condicionalidad’ se refiere a condiciones más rigurosas (que la condición de reembolso de un préstamo y calendario de pagos adjunto), que a menudo convierten el préstamo en una herramienta de política. Por ejemplo, si el FMI desea que una nación liberalice sus mercados financieros, puede devolver el préstamo a plazos, y los subsiguientes abonos están subordinados a pasos verificables

hacia la liberalización”. Aún más, el anuncio público por parte del FMI de una ruptura de negociaciones, envía una señal sumamente negativa a los mercados. Elimina casi toda posibilidad de inversión privada y en ocasiones el BM (que por su parte aplica también la condicionalidad), e incluso la Unión Europea requieren la aprobación del FMI para facilitar financiación, o condonar una deuda. Es decir, disgustar al FMI pretendiendo ejercer una soberanía que un Estado considere propia puede suponer la quiebra económica, social y política de ese Estado. “Los acuerdos entre el FMI y los países en desarrollo han llegado a establecer *qué leyes* debía aprobar el parlamento del país para cumplir con los requisitos u ‘objetivos’ del FMI, y en qué plazo”. Parece evidente que las condiciones son susceptibles de traspasar lo puramente económico para invadir lo político o lo social. De lo visto podemos deducir que son centros de poder y se nutren de un poder que no hace tanto residía en los Estados.

Por su parte, la OMC, madre del contexto jurídico que diseña la política mundial sobre protección de los derechos de propiedad industrial, resume su objetivo como *mejorar el bienestar de la población de los países miembros*. Como garantía, *sus decisiones suelen ser adoptadas por consenso entre todos los países Miembros, para después ser ratificadas por los respectivos parlamentos*. Atendiendo a la demanda que es centro de nuestro trabajo, la de Hazel Tau, sería interesante plantearse a cuál de los actores sirve la OMC; la conclusión no es que sirve al Estado de Sudáfrica, ni la sociedad sudafricana. El poder de la OMC está al servicio de las compañías farmacéuticas

Estas instituciones son de origen público pero de naturaleza privada.

Para referirnos al poder de los agentes transnacionales, nuevos actores de la política global, hemos de comenzar afirmando que no es fácil llevar a cabo una clasificación pormenorizada de los distintos tipos de agentes transnacionales; aspecto éste, por otra parte, de escasa importancia en el presente artículo. Una referencia específica a los mismos resulta, sin embargo, ineludible. Atendamos breve-

mente a los siguientes supuestos: (1) organizaciones no gubernamentales que co-escriben proyectos de tratados internacionales (caso de Amnistía internacional y la Convención contra la tortura); (2) científicos que determinan cómo los políticos deben interpretar un asunto político (como el caso del calentamiento global); (3) lobbies empresariales que pueden forzar el éxito de sus preferencias en el contexto de negociaciones internacionales (Acuerdo de la OMC sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio); (4) protestas y movimientos sociales que bloquean la apertura y la continuación de una conferencia intergubernamental (Seattle, EEUU, 1999); y (5) redes terroristas que afectan la doctrina política de seguridad de la nación más poderosa del globo. Todos estos ejemplos apuntan a la influencia sustancial de los agentes transnacionales (*non-state actors*) en los asuntos de magnitud internacional. Esta influencia, en cierto modo, *falsifica* el Derecho Internacional positivo.

Es la categoría de las corporaciones transnacionales o multinacionales la que tiene relevancia para nosotros. Pueden definirse como cualquier organización comercial a gran escala cuyo fin es la obtención de beneficios, que tiene oficinas y/o unidades de producción en muchos países del mundo.

El entramado de una de estas empresas puede ser por sí mismo disuasorio para cualquier legislador responsable. Pensemos, además, que las grandes empresas necesitan subsidiarios. Manuel Castells, que es ilustrativo como pocos autores sobre este particular, explica que “Toyota tiene como quince mil empresas de subcontratistas. Estas grandes empresas, que son una red interna, están conectadas a redes de pequeñas y medias empresas, por tanto es una red de redes”; el autor continúa explicando una práctica que se ha impuesto en la última década, las llamadas “alianzas estratégicas” entre grandes empresas, que rompen con la concepción tradicional que teníamos de los oligopolios,

No es la práctica general que estas compañías participen en la política directamente; son

las Organizaciones Internacionales que representan sus intereses las que lo hacen. Si tomamos la definición de Giddens de que “poder es la capacidad de lograr resultados”, no cabe duda de que tratamos con agentes extremadamente poderosos, también en lo político.

Como acertadamente concluye el profesor Mercado Pacheco, el Estado viene a ocupar un puesto en el sistema conjunto de la economía que *no puede ser representado ya como central*.

El papel del Estado, permeable en cierto modo, queda reducido a intervenir en la economía a través de políticas de desregulación, orientadas a dar a las empresas transnacionales garantías de no intervención, así como de socialización, en el ámbito de la esfera pública, de los costes del ajuste laboral. El Estado debe crear nuevos espacios económicos privatizando o mercantilizando los servicios públicos, al tiempo que concurre a suministrar financiación a las empresas transnacionales. Y, por último, “ha de crear las condiciones en que sea posible privatizar directamente cualquier innovación social, ya se produzca en la esfera privada o pública”. El ejemplo de la demanda contra Glaxosmithkline y Boehringer Ingelheim ilustra muy adecuadamente el supuesto citado. Los medicamentos, que eran demasiado caros para su acceso por parte de los ciudadanos, y estaban blindados por una patente, fueron investigados, desarrollados y ensayados con dinero público, en instituciones públicas y por recursos humanos públicos.

Tras analizar los sujetos, es conveniente exponer la propuesta normativa de nuestro tiempo, el marco jurídico donde se encuadran las pretensiones de los demandantes. El marco del objeto, que supone el Derecho, es definido como un conjunto de variadas ‘constelaciones legales’ activadas, en ocasiones, *ad hoc*, y que no siempre garantizan el imperio de la ley.

Es patente la asimetría entre globalización socioeconómica y globalización jurídica, los procesos de cambio que vivimos requieren un derecho global, no-estatal sino transnacional.

Muchos autores explican de qué modo se está globalizando el Derecho, advirtiendo

que asistimos a un incremento constante de la *creación no política del derecho*, a una crisis manifiesta de la ley en la regulación del nuevo orden económico. “El ordenamiento de la sociedad postindustrial no reclama como reclamó el ordenamiento de la sociedad industrial profundas reformas legislativas. El cuadro del derecho resulta inmodificado. Pero permanece inmutado porque son otros, no ya las leyes, los instrumentos mediante los cuales se realizan y desarrollan las transformaciones jurídicas”.

Este conjunto de instrumentos, con origen extraestatal y proyección mundial, que conforma el nuevo desarrollo del derecho, se ha denominado *lex mercatoria*. Consiste fundamentalmente en reglas establecidas para transacciones mercantiles relativas a créditos documentarios, contratos-tipo, contratos normalizados, condiciones de venta, estándares, etc. Es un fenómeno que se produce principalmente en las áreas de seguros, banca, ingeniería, buques y navíos, medicinas, arbitraje, tecnologías de la información y la comunicación y mercados bursátiles. Lo que domina la escena jurídica contemporánea no son precisamente las convenciones internacionales de derecho uniforme, sino instrumentos normativos no estatales. Contratos atípicos creados no por legislaciones nacionales, sino por la práctica comercial de los nuevos mercados. La ruptura de la cadena fundamental Estado-nación-mercado implica una pérdida importante de la soberanía de los Estados en la determinación de las políticas económicas. Estamos ahora ante unos Estados-nación que no disponen ya de todos los instrumentos que los manuales de política económica y las Constituciones ponían en sus manos en la fase precedente. Esta ruptura provoca que no sea posible seguir pensando el poder del Estado en los términos habituales”.

Sin embargo, puede resultar llamativo que, en términos de derechos fundamentales, sí quepa hablar de la existencia de un sistema jurídico con alcance global, como hemos señalado anteriormente. Hazel Tau y el resto de demandantes ante la Comisión de la Competencia surafricana reivindican derechos que les están expresamente reconocidos en el plano

nacional y también en el internacional. A pesar de eso las normas jurídicas de ambos órdenes resultan ineficaces ante las dimensiones y consecuencias de la actuación de las empresas, y la eficacia del sistema jurídico se orienta preferentemente y despliega su plena eficacia respecto del Derecho de la competencia, cuyos destinatarios últimos ni siquiera son los ciudadanos, sino los consumidores. No queda claro, por tanto, en qué medida y bajo qué circunstancias los derechos fundamentales pueden alcanzar validez en sectores no políticos de la sociedad. El problema, por tanto, no radicaría precisamente en la ausencia de normas de reconocimiento y, en cierta medida, de adjudicación, siguiendo la conocida clasificación hartiana, sino más bien habría que situarse en el ámbito de la eficacia.

El hecho de la obtención de resultados, en términos de eficacia, incide, sin embargo, en un elemento de singular importancia: la cuestión de la legitimidad. “La legitimidad que pretende el soberano privado supraestatal es la de la *eficacia*”, es la eficacia de una autoridad no formal, sino sustantiva, *eficacia técnico-productiva*. Esta eficacia legitimadora es una versión platónica, ideologizada, de la capacidad de transformación tecnocientífica: una versión depurada de sus aspectos perversos, sean pragmáticos o intrínsecos. Para tener una idea más precisa de estos aspectos de la cuestión nos remitimos a lo señalado al principio de este trabajo donde se pone de manifiesto la indudable eficacia productiva de las empresas, que, lejos de ser legitimadora, produce consecuencias antijurídicas.

Tras haber descrito el marco político, jurídico y subjetivo, atendemos, en tercer lugar, a la insuficiente protección de los derechos humanos, identificada, en este caso, con la ausencia de eficacia horizontal, también llamada “frente a terceros”, de los mismos en el ámbito transnacional. Hablamos del posible entendimiento de los derechos humanos en los sectores privados de forma que los individuos afirmen sus derechos contra la violencia estructural de las corporaciones transnacionales. Esto implica problemas para la dogmática jurídica. La exigencia de cambios en la validez de los derechos

para que abarque la *drittwirkung* está basada en la posible existencia de una vía real que puede evitar comportamientos que causan daños persistentes e irreparables a las personas.

Los destinatarios de las normas, de su poder coercitivo, han permanecido rígidos e inmóviles mientras surgían actores nuevos dotados de poder a los que no alcanza el espectro de la teoría jurídica. No es tanto un tema de Estados/mundo; se trata más bien de la actualización del Derecho. El sistema jurídico permanece como deudor instrumental de un modelo político estatal que ha experimentado profundas transformaciones.

Es claro que el Derecho internacional impone límites a los Estados. Se define la naturaleza y la forma del poder político desde valores y criterios, desde leyes internacionales que el Estado no puede traspasar, pero cualquier otro agente, con poder suficiente, sí puede.

La teoría de la *drittwirkung* cuestiona el concepto, el fundamento y la función de los derechos fundamentales. Si los derechos fundamentales no pueden regir las relaciones privadas es, ante todo, porque se establecen entre iguales, mientras que el Estado siempre actúa desde la superioridad y dispone de medios coercitivos. Lo expuesto hasta el momento pretende, modestamente, poner en cuestión las relaciones de verticalidad en las que se basa la teoría de los derechos, es decir, la relación entre Hazel Tau y, por ejemplo, Glaxosmithkline no tiene apariencia horizontal. Daremos un paso más: ni siquiera parece que el Estado de Sudáfrica esté en posición de tomar un camino más lógico que reclamar frente a las farmacéuticas, como garante último de los derechos de su población, el respeto a esos derechos. Estamos ante una quiebra de la convicción igualitaria.

Dar más alcance a los derechos, abandonando la concepción clásica ¿significaría desvirtuarlos? ¿Se desvirtúa el derecho a la vida dependiendo de frente a quién se defiende o garantiza?

En efecto, parece claro que un nuevo modelo de Estado demanda, a su vez, una nueva teoría del derecho.

La realidad es que no existe un sistema satisfactorio, en lo que respecta a las empresas transnacionales, para proteger los derechos humanos, existen algo que podríamos llamar regímenes de responsabilidad. Para comprender este apartado del trabajo es necesario partir de un principio básico y esencial, y en absoluto ocioso: nada sugiere que la imposición de normas sobre derechos fundamentales a las corporaciones transnacionales sea incompatible con su estatus jurídico.

Ralph Steinhardt nos habla de cuatro regímenes de responsabilidad de las corporaciones transnacionales en lo que respecta a los derechos; el primero es el régimen (autonormativo) que tiene como base el mercado. En tiempos recientes existe la práctica de hacer un esfuerzo por competir en ventas, mercados y capital a través de una especie de compromiso público a favor de los derechos humanos. Un ejemplo son los denominados *Sullivan Principles* (1977) que suponían un código de conducta voluntario para empresas que hacían negocios, precisamente, en Sudáfrica bajo el Apartheid⁵. Steinhardt habla también de las líneas de productos sensibles con los derechos o con el desarrollo sostenible, que se ponen en marcha basándose en que el consumidor estaría dispuesto a pagar un precio más alto con la garantía de que lo que paga no ha sido manufacturado vulnerando los derechos de los trabajadores, por ejemplo. El autor considera positivos estos fenómenos principalmente debido a la posibilidad de que una praxis reiterada suponga la generalización y la transformación en Derecho positivo (vía consuetudinaria) del respeto a los derechos humanos por parte de las empresas⁶.

Sin embargo, este tema de la competencia por una buena imagen corporativa lograda a través de guías de buenas prácticas y declaraciones de principios para el respeto a los derechos humanos resulta, en el fondo, un ejercicio de cinismo abrumador.

Ya hemos tenido la oportunidad de atisbar, a lo largo de todas estas páginas, que existe absoluta independencia entre economía y moral. No sólo independencia: desde la obviedad de la demanda de Hazel Tau, hasta los principios

que rigen la actuación de las instituciones económicas se puede comprobar que la economía se ha desentendido de la moral. Esta independencia y este desentendimiento han sido proclamados con insistencia por los economistas desde Walras hasta Friedman⁷. No pretendemos valorar este hecho de forma positiva ni negativa; de momento basta con constatarlo.

Lo que parece claro con respecto a las campañas de productos respetuosos con los derechos humanos, códigos de conducta empresarial, y, en general, este *soft law*, siempre de adhesión voluntaria, es que está basado en la moral pública; de hecho, su rentabilidad está sostenida por principios generalizados de moral o ética social. De este modo, la responsabilidad que pudiera generar es puramente moral, y “no se puede castigar moralmente a una persona que está separada del discurso moral normal, que no tiene reatos de conciencia o que ya ha olvidado sus crímenes. No se puede castigar moralmente a una persona que desdeña la moral (...)”⁸. Es más prometedor centrarse en lo legal.

Junto a estos mecanismos de autorregulación aparece el régimen de la responsabilidad que imponen las normas nacionales: se trata de una modalidad de políticas puestas en marcha en la última década por algunos países industrializados y basadas en la condicionalidad (ya hemos contemplado, en apartados anteriores, la práctica de la condicionalidad en la política exterior de la Unión Europea). Consiste, en términos generales, en evitar cualquier presencia de empresas de base nacional en países donde no se respetan los derechos humanos, y, además, se condicionan los contratos gubernamentales, el acceso al mercado y otros beneficios al cumplimiento por parte de la empresa de las normas que protegen estos derechos.

Este tipo de legislación nacional es típicamente episódica y generalmente limitada a determinados derechos concretos. El punto de referencia es la *Foreign Corrupt Practices Act* norteamericana, que data de 1977⁹, que prohíbe, entre otras cosas que una compañía estadounidense pague sobornos a un oficial extranjero. Las compañías alegaron que esta

clase de responsabilidad les colocaba en una posición de desventaja competitiva. En el año 2002, Francia promovió la responsabilidad corporativa a través de la llamada *social disclosure* (algo así como revelación pública), requiriendo informes de todas las empresas sobre la sostenibilidad de sus prácticas, incluyendo cumplimiento de los derechos humanos e impacto medioambiental¹⁰.

Hay más casos de Estados que han puesto en marcha este tipo de políticas, pero esta legislación está exenta de medidas de refuerzo; de nuevo aparece la moral de los inversores o los consumidores como factor clave de su eficacia.

No existe este factor moral en las políticas de condicionalidad que suelen imponer sanciones comerciales a los Estados donde se producen violaciones sistemáticas de los derechos; sin embargo, estas políticas tienen problemas de legitimidad, además de resultar, en la mayoría de los casos, selectivas. Del mismo modo quedan fuera del espectro de lo moral las políticas que conectan la concesión de ayudas públicas a criterios de actuación sociales, asegurándose que no se gaste dinero del Estado en actividades que permiten la vulneración de los derechos.

Ninguna de estas medidas de los Estados nacionales supone verdadera imposición de responsabilidad, ni permite que las empresas respondan por quebrantar los derechos humanos ante la ley: no cumplen la tarea de asegurar el imperio de la ley.

El tercer método de imposición de responsabilidad es el de la responsabilidad civil.

Algunos tribunales nacionales e internacionales han decidido que determinadas empresas o individuos debían en principio estar obligadas a pagar por los daños producidos en su colaboración con determinados gobiernos que abusaban los derechos. Tras la Segunda Guerra Mundial, algunos supervivientes han demandado a empresas que se beneficiaron del trabajo forzado o se aprovecharon de las propiedades sustraídas a los judíos durante el holocausto, y algunas de estas reclamaciones se han resuelto

a través de la compensación a los demandantes con el pago de diversas cantidades¹¹. Del mismo modo, algunas compañías que han utilizado la protección de los derechos humanos como parte de sus campañas de marketing han tenido que hacer frente a una demanda por responsabilidad tras romper el compromiso del que habían hecho publicidad¹².

En los Estados Unidos la *Alien Tort Statute* prevé que un tribunal de distrito puede tener jurisdicción original sobre acciones civiles por agravios llevados a cabo en violación de la ley de las naciones o de un Tratado firmado por los EEUU¹³. Como consecuencia de esta obligación han tenido lugar acciones contra compañías internacionales por su complicidad en violaciones de los derechos humanos alrededor del globo. Algunas de ellas han sido rechazadas en base al principio *forum non conveniens* pero ninguna en base a que las compañías sean inmunes a la responsabilidad bajo la legislación internacional¹⁴.

Casos como el de *Unocal* en los que un grupo de ciudadanos de Burma demandó por una serie de abusos cometidos en el transcurso del proyecto petrolífero llevado a cabo por dos compañías y el gobierno del país ilustran que la responsabilidad se mantiene en este último factor, el estatal. Esta es la llamada doctrina de la '*State action*'. *Unocal* sabía cuando compuso el *joint venture* que el gobierno de Burma (Myanmar) tenía un historial de abusos de los derechos humanos que continuaría previsiblemente en función de hacer operativo el proyecto, de modo que la compañía se beneficiase de esos abusos¹⁵. El razonamiento del tribunal consistió en que el hecho de que un actor privado pudiera considerarse internacionalmente responsable podía articularse en torno a dos circunstancias: o bien cometiendo uno de esa corta lista de '*injustos*', identificados en los Tratados o la costumbre internacional, que no requieren la acción del Estado para ser considerados tales; o bien esas otras circunstancias, más generales, en que la conducta ofensiva de la empresa está entremezclada con la acción del Estado de modo que alcanza los "estándares internacionales"¹⁶.

En el caso de las conductas que *per se* son consideradas “injustos”, exista o no un Estado implicado, nos encontramos ante una lista taxativa y bastante reducida, compuesta por los comportamientos que en determinados tratados quedan calificados de este modo y explícitamente permiten que la demanda se interponga contra un agente privado. El artículo IV de la Convención contra el Genocidio requiere que las personas que cometan este crimen sean castigadas, *ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares*¹⁷. La Convención de Ginebra en su artículo 3 vincula todas las partes de un conflicto armado incluso si no son Estados¹⁸.

El cuarto y último de los regímenes de responsabilidad de las empresas lo constituye finalmente la **normativa internacional**, sobre la que ya hemos dicho casi todo lo pertinente, es decir, que resulta sectorial, adolece de falta de garantías y es ineficaz en términos generales. Mencionaremos sólo algunos casos para ilustrar la situación.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), posee una agenda para la responsabilidad internacional de las empresas presidida por la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social, que incluyó, en una revisión relativamente reciente, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (y su programa de seguimiento) pero que se mantiene como *lex lata*, con carácter no vinculante¹⁹.

En comparación a esta declaración, en sus aspectos jurídicos, la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó, tras largas negociaciones, una serie de principios que deben regir los comportamientos de las empresas respecto a los derechos humanos titulada “*Norms on the Responsibilities for Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*”²⁰, en 2003. Este documento ofrece el espectro más amplio de protección respecto a las empresas transnacionales en el ámbito del derecho internacional y pudieran ser consideradas *de lege ferenda*. Las normas referidas aportan un enfoque progresivo en varios sentidos. En primer

lugar conciben la empresa transnacional de modo amplio, no refiriéndose a su estructura legal definida o a sus subsidiarios sino a una ‘*entidad económica*’ o incluso un ‘*cluster de entidades económicas*’ que operan en dos o más países. Además se obliga a las empresas a respetar y promover los derechos económicos, sociales y culturales. Es prematuro hacer valoraciones sobre su eficacia y cumplimiento en estos momentos.

Por último mencionaremos las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) por ser uno de los pocos ejemplos en que son los representantes de los gobiernos, no equipos de expertos o juristas, quienes, se dirigen a las compañías para promover el respeto a los derechos. Las recomendaciones se incluyen en el documento “*Guidelines for Multinational Enterprises*”, que posee un cierto soporte institucional consistente en procedimientos de seguimiento como consultas, buenas prácticas, mediación, conciliación y clarificación. Los Estados se obligan a implementar las recomendaciones y promover su cumplimiento por parte de las empresas que operan en su territorio²¹.

Iniciamos este texto con una declarada pretensión de generalidad y con la confesada intención de atribuirle un alcance puramente exploratorio. Cuando se trata de problemas fundamentales del actual pensamiento jurídico y político, doctrinalmente vivos y de indudable calado práctico, formular conclusiones dogmáticas o pretendidamente definitivas, además de pretensioso, sería altamente imprudente.

Sin embargo no puede prescindir de la extracción final de algunas conclusiones, aunque estas sean generales y provisionales, como es el caso. Incurriendo, por tanto, en una aparente contradicción, podríamos decir que, más que de conclusiones, aquí se trata del establecimiento final de hipótesis o puntos de partida teóricos, destinados a ser objeto de un mayor y mejor estudio y, en la medida de lo posible, de una verificación teórica posterior.

I.- La demanda de Hazel Tau contra GlaxoSmithkline y Boehringer Ingelheim juega en el presente artículo un papel y una función propiamente de “pre-texto”. El establecimiento de una relación directa entre precios abusivos y muerte nos colocaba ante una idea-fuerza, sugerente en sí misma y capaz de nuclear una extensa reflexión en torno al papel de los nuevos sujetos del derecho internacional, el papel del Estado nacional y las nuevas demandas a plantear al derecho en el nuevo escenario. Como hemos afirmado, cuando nos encontramos ante daños al libre comercio, a la competencia o a la buena marcha de la economía, los problemas pueden encontrar solución en el ámbito jurídico de la regulación y el autocontrol del mercado, pero cuando de la negación y pérdida de eficacia de los derechos se trata, la cuestión no puede ser resuelta con el mismo instrumental jurídico.

II.- Es ya casi un lugar común el reconocimiento de que el viejo modelo de Estado nacional, además de resultar en no poca medida ficticio, es un instrumento de utilidad limitada en orden a la protección y garantía de los derechos humanos. Cambios profundos en los sujetos del orden internacional, en el espacio de residencia del viejo dogma de la soberanía, en la delimitación y la consistencia de las fronteras, obligan a un replanteamiento de la cuestión de los derechos. No nos encontramos ante una cuestión organizativa o puramente instrumental; estamos ante una mutación de sujetos que encierra en última instancia una cuestión de legitimidad.

No es este un asunto baladí. Los derechos de las Declaraciones clásicas no eran sólo límites al poder legítimo, sino fundamento de ese poder. Si las economías no se encuentran ya insertas en el marco de los Estados nacionales, como se concluye en este trabajo, y son estos los que operan en el escenario más amplio de los mercados, ¿dónde situar las fuentes de legitimidad política? Resulta falaz, en cierta medida, la invocación de un Estado que no puede ya garantizar los derechos, eludiendo la responsabilidad de aquellos otros sujetos que le han desplazado sin sustituirle como garante de aquellos.

III.- Los derechos de los ciudadanos no quedan garantizados cuando se les protege exclusivamente frente al poder público y este hecho resulta en un efecto devastador, Restaurar o construir una teoría de la *drittwirkung* de los derechos permitiría garantizarlos frente a los nuevos actores internacionales.

Respecto a las responsabilidades queda claro que “apoyarse en las propuestas del sentimiento en lugar de los mandatos de la razón es pensar en que los poderosos dejen de oprimir a los demás o de tolerar que sean oprimidos por pura consideración y no por obediencia a la ley”.

El hecho de que la violación atroz de los derechos sea distinta en base al criterio de quién la ha cometido, o, aun peor, de dónde se ha cometido nos obliga a la lucha por la coherencia, por la justicia y por la razón.

NOTAS

1. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (*cit.*), par. 17, 19 y 20.

2. Esta tabla aparece en la demanda como Tabla 3 (traducción propia). Los precios referidos son del tratamiento por año. En la tabla original, los precios aparecen en Randos sudafricanos y en dólares. Para el cambio a euros, se han utilizado los tipos que proporciona el Banco de España en sus estadísticas para el mes de agosto de 2002 (1 euro = 0,977 dólares USA). Serie histórica disponible en <http://www.bde.es/infoest/series/be1901.csv>

3. Avafia, Berger y Hartzenberg *The ability of select sub-Saharan African countries to utilise TRIPs Flexibilities and Competition Law to ensure a sustainable supply of essential medicines: A study of producing and importing countries*, *op cit*, págs. 38-39. Traducción propia no literal.

4. A través del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) al que la Organización Mundial del Comercio llegó en 1995 se establecieron los estándares mínimos para la protección de la propiedad intelectual, incluyendo las patentes farmacéuticas. El Acuerdo ADPIC no permite distinguir entre productos que son meramente artículos de consumo de medicamentos vitales. En noviembre de 2001, los miembros de la Organización Mundial del Comercio intentaron recobrar el equilibrio adoptando la Declaración de Doha sobre el ADPIC y la Salud Pública. El Párrafo 4 de la Declaración de Doha afirma que el Acuerdo ADPIC, “puede y debería ser interpretado e implementado de forma que apoye el derecho de los miembros de la Organización Mundial del Comercio a proteger la salud pública y, en particular, promueva el acceso a medicamentos para todos. A este respecto, reafirmamos el derecho de la OMC a utilizar, en su plenitud, las disposiciones del Acuerdo ADPIC, que proporciona flexibilidad para este propósito”. Estas flexibilidades incluyen, por ejemplo, licencias obligatorias, mediante las cuales un gobierno permite la producción, importación y venta de un medicamento todavía patentado. Esto puede hacerse sin el permiso del titular de la patente, al que no obstante hay que pagar royalties. Pero el artículo 31 del Acuerdo ADPIC limita el uso de licencias obligatorias “predominantemente para mercados nacionales” e impone restricciones sobre las cantidades de medicamentos que pueden exportarse. Esto constituye un enorme problema para países que tienen poca o ninguna capacidad de fabricación. En efecto, en el Párrafo 6 de la Declaración de Doha se reconoce que estos países “podrían tener dificultades a la hora de hacer efectivo el uso de licencias obligatorias amparándose en el Acuerdo ADPIC. El 30 de agosto de 2003, la OMS adoptó una decisión temporal en un intento por abordar esta cuestión. La solución propuesta permite la exportación de un medicamento bajo licencia obligatoria y exime del requerimiento que la producción tiene que ser predominantemente para el mercado nacional. La Decisión del 30 de agosto establece las condiciones bajo las cuales puede emitirse una licencia obligatoria para exportar que han resultado ser de tal complejidad que la situación ha permanecido como hasta entonces.

5. Los principios requerían centros de trabajo donde se practicara la integración, régimen de empleos justos, etc., a partir de 1984 (con unos 125 signatarios) se expandieron para que la acción de las empresas fuera más agresiva contra el apartheid pero sólo tres años después sus propios promotores calificaron los principios de fracaso y abandonaron el proyecto. Al respecto puede consultarse <http://www.globalsullivanprinciples.org/principles.htm>

6. Steinhardt, Ralph G., “Corporate responsibility and the international law of Human Rights: the new lex mercatoria”, en VV.AA *Non-state actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, págs. 180-187. Traducción propia no literal.

7. Naredo, José Manuel, *La Economía en evolución. Historia y perspectivas de las categorías básicas del pensamiento económico*, op. cit. pássim.

8. Heller, Agnes, “Los límites al derecho natural y la paradoja del mal” en VV.AA *De los Derechos Humanos* Editorial Trotta, Madrid, 1998, pág. 154.

9. The *Foreign Corrupt Practices Act* of 1977 (15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.). Anti-Bribery and Books & Records Provisions of The Foreign Corrupt Practices Act. Current through Pub. L. 105-366 (November 10, 1998).

10. Steinhardt, Ralph G., “Corporate responsibility and the international law of Human Rights: the new lex mercatoria” op. cit., págs. 187-194. Traducción propia no literal

11. Véanse, por todas, *In re World War II Era Japanese Forced Labor Litigation*, 164 F.Supp. 2d 1153 (N.D. California. 2001); *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F. Supp. 2d 117 (E.D.N.Y. 2000); y *Abu-Zeineh v. Federal Laboratories, Inc.*, 975 F. Supp. 774 (W.D. Pa. 1994).

12. Véase, a título de ejemplo, el caso *Kasky v. Nike*, que tuvo lugar en los Estados Unidos: Superior Court of the State of California April 20th, 1998.

13. *Alien Tort Statute*, (28 U.S.C. § 1350). Parte inicialmente de la *Judiciary Act* de 1789. Traducción propia. El original reza: “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”.

14. Véanse *Abdullahi vs. Pfizer Inc*, 77 Fed Appx 48; 2003 US App (2d Cir) LEXIS 20704; y *Aguinda vs. Texaco Inc* (2001) 142 F.Supp 2d 534 (SDNY 2001).

15. *Doe v. Unocal Corporation*, 963 F.Supp. 880 (C.D. Cal. 1997).

16. Steinhardt, Ralph G., "Corporate responsibility and the international law of Human Rights: the new lex mercatoria" *op. cit.*, págs. 194-6. Traducción propia no literal.

17. *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

18. En el caso *Kadic et al. vs Karadzic*, el tribunal observó que el líder de la facción serbo-bosnia podía ser responsable de genocidio, crímenes de guerra, violación, torturas y otros abusos, incluso si no estaba actuando concertadamente o bajo la autoridad oficial de ningún Estado. *Kadic et al. vs. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2 Cir. 1995).

19. ILO, Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 1978, adopted by the Governing Body of the International Labour Office at its 204th Session (Geneva, November 1977). ILO, Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 86th Session, Geneva, 18 June, 1998.

20. United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Fifty-Fifth Session of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Norms on the Responsibilities for Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003).

21. La última revisión de las directrices, correspondiente a junio del año 2000, está disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>