

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO ¿UNA VÍA DE LEGITIMIDAD?*

CARLA SÁNCHEZ CORDERO GROSSMANN**

Resumen: La legitimidad de la OMC ha sido cuestionada de manera importante tanto por parte de la doctrina iusinternacionalista como por la sociedad civil. Ello obedece, en gran medida, a la falta de representatividad democrática en la toma de decisiones de dicha organización, así como a los intereses corporativistas que representa el proyecto de liberalización comercial y que han prevalecido sobre los problemas apremiantes de la comunidad internacional. El presente artículo tiene por objeto analizar el discurso sobre la constitucionalización de la OMC que surge en respuesta a este crisis y que se plantea fundamentalmente a través de tres tesis: (i) aquella que atiende a su estructura institucional; (ii) la que se sustenta en la protección de los derechos individuales, y (iii) la que se apoya en la actividad judicial del Órgano de Apelación de la OMC. Sin embargo, como se discute a lo largo del mismo, estos discursos no han contribuido a fortalecer la legitimidad de dicha institución, pues, entre otros factores, ha persistido la omisión de establecer canales de participación para involucrar a los actores no estatales en la toma de decisiones de la OMC.

Palabras clave: Derecho económico internacional; Organización Mundial de Comercio; constitucionalización de la OMC; derechos humanos.

Abstract: In the past decade, the WTO legitimacy has been decisively contested by international law experts and civil society. This has been due to the lack of democratic representation in the organization's decision making process as well as to the prevalence of corporate interests embedded in the trade liberalization project over the international community's most pressing issues. In response to this legitimacy crisis, experts on international economic law have proposed the constitutionalization of the WTO. This paper aims at discussing the three main approaches of the constitutionalization debate: (i) the institution-based approach; (ii) the rights-based approach; and (iii) that based on the Appellate Body judicial activity. However, as this paper discusses, these debates do not contemplate adequate means to overcome the democratic deficit at the WTO by ignoring, amongst other issues, the establishment of effective participation channels for non state actors within the organization, which could strengthen its legitimacy.

Keywords: International Economic Law; World Trade Organization; WTO constitutionalization; Human Rights.

* Fecha de recepción: 11 de enero de 2010.

Fecha de aceptación: 3 de febrero de 2010.

** Doctoranda en Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid, carlascg@gmail.com.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL DISCURSO SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA OMC COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE LEGITIMIDAD POR LA QUE ATRAVIESA; 1. El discurso constitucional atendiendo a la estructura institucional de la OMC; 2. La constitucionalización basada en los derechos individuales o la tesis de la “mejora del cumplimiento del derecho económico internacional”; 3. La actividad judicial del Órgano de Apelación de la OMC como mecanismo para construir un régimen constitucional; III. LA CRÍTICA ANTICONSTITUCIONALISTA; IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de Comercio (OMC) desempeña un papel fundamental no solamente en las relaciones comerciales, sino también en el actual proceso de gobernanza mundial al tener sus normas una afectación directa sobre la humanidad entera. A partir de la progresiva desaparición de una parte sustancial de obstáculos para la libre circulación transnacional de mercancías promovida por el anterior sistema del GATT e impulsada actualmente por la OMC, el mundo ha sido testigo de una creciente interdependencia entre los Estados que ha contribuido a difuminar las fronteras estatales y a reducir la capacidad de éstos para dirigir su economía¹. Las normas de comercio internacional, destinadas inicialmente a facilitar las transacciones comerciales de los exportadores e importadores de bienes, han expandido su ámbito material hacia sectores de una gran sensibilidad política antes reservados a la esfera competencial de los Estados tales como, la regulación del comercio de servicios, la agricultura, las medidas sanitarias y fitosanitarias, la inversión extranjera así como los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio. Los beneficios que prometía la pertenencia al sistema que encabeza la OMC han sido altamente dispares y profundamente asimétricos². Consecuentemente, en la última década la legitimidad de dicha institución ha sido cuestionada de manera importante tanto por parte de la doctrina

¹ COTTIER, T. y PLUESS, D., “Derecho OMC y Derechos internos: una relación difícil”, en REMIRO BROTONS, A. *et al*, *La Organización Mundial de Comercio y el Regionalismo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 84.

² El proyecto económico liberal se encuentra sustentado en el postulado de que el libre movimiento de mercancías, servicios y capital, y en menor medida de personas, contribuyen a incrementar y estimular la riqueza pública de cada país participante. Sin embargo, los efectos dispares y asimétricos de la globalización económica han provocando un contexto geográfico desigual de inclusión y exclusión. Los Relatores Especiales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en virtud del informe sobre la mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de los derechos humanos, Joe OLOKA-ONYANGO y Deepika UDAGAMA, han subrayado el carácter contradictorio de este fenómeno al manifestar que mientras que una parte de la humanidad “se deleita al calor de la mundialización”, la otra “se precipita a un abismo de desaliento y desesperación cada vez mayor” acentuando así las desigualdades económicas y sociales en el mundo entero. Véase el Informe de los Relatores Especiales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos Joe OLOKA-ONYANGO y Deepika UDAGAMA en relación con la mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de los derechos humanos, documento de Naciones Unidas (NU) E/CN.4/Sub.2/2001/10, p. 6.

iusinternacionalista como por la sociedad civil³. Ello obedece también a la falta de representatividad democrática en la toma de decisiones en el seno de esta institución, así como a los intereses corporativistas que representa el proyecto de liberalización comercial y que han prevalecido por encima de los problemas apremiantes de la comunidad internacional que continúan sin obtener una protección adecuada y efectiva en el sistema jurídico internacional tales como la protección de los derechos humanos y el medio ambiente.

A raíz de esta crisis de legitimidad, los especialistas en Derecho de la OMC han abogado recientemente por una constitucionalización del régimen de comercio internacional con el objetivo de dotarlo de una mayor legitimidad social. El presente artículo tiene por objeto explorar los distintos enfoques del discurso en torno a la constitucionalización de la OMC con el fin de examinar si a partir de éstos puede repensarse el proyecto de liberalización comercial en términos más justos y equitativos; y por ende, si estos debates efectivamente constituyen una respuesta adecuada para subsanar la crisis por la cual atraviesa la institución referida. Para tal propósito, además de analizar los discursos sobre la constitucionalización de la OMC, abordaré la crítica anticonstitucionalista y, finalmente, reflexionaré sobre otros aspectos que podrían contribuir a dotar a esta institución de una mayor legitimidad.

II. EL DISCURSO SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA OMC COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE LEGITIMIDAD POR LA QUE ATRAVIESA

El discurso sobre la constitucionalización del Derecho internacional ha tomado fuerza en los últimos años en particular en el ámbito del régimen de comercio internacional desde la firma del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC en 1994. Al estar dotada de un Consejo General en donde los representantes de los Miembros tienen voz y voto⁴; de una administración básica compuesta por el secretariado de la OMC así como

³ El concepto de legitimidad puede entenderse como el atributo de una norma que es obedecida en virtud de que fue creada e interpretada conforme a un “debido proceso” o “*right process*”. En este sentido, Thomas FRANCK, destaca que la legitimidad se encuentra íntimamente ligada al sentimiento de pertenencia a una comunidad determinada para lo cual resulta pertinente referirse al concepto del contrato social. De conformidad con el contractualismo, los individuos confieren autoridad a un ente supremo con el fin de satisfacer sus preocupaciones relativas a la paz y seguridad. Los derechos por lo tanto, se definen, adquieren y protegen a través de los procedimientos legítimos de esa comunidad. Lo mismo ocurre en el ámbito internacional, en el cual los Estados crean procedimientos institucionales con el fin de garantizar su seguridad, la paz y la promoción de la prosperidad internacional. Ello implica también el reconocimiento de principios generales por la comunidad que no sean contradictorios entre sí. Por lo tanto, la asociación resultante contempla también los conceptos relativos a la existencia de principios, reciprocidad y el Derecho que resulta en una asociación justa y en beneficio de los individuos. Consecuentemente, la legitimidad se traduce en la definición de esos derechos y la manera de hacerlos efectivos. Véase FRANCK, T.M., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 25-28.

⁴ El Consejo General es el órgano decisorio de más alto nivel de la OMC en Ginebra. Se reúne periódicamente para desempeñar las funciones de la OMC. Está compuesto por representantes (generalmente embajadores o funcionarios de rango equivalente) de todos los Miembros y tiene la facultad de actuar en

de un sistema de solución de controversias de carácter vinculante, varios especialistas en Derecho económico internacional empezaron a debatir sobre el carácter constitucional del sistema que representa la OMC. El hecho de que se estableciera una organización basada en normas que dejara de lado las vicisitudes de la política y la diplomacia, se consideró por los arquitectos del sistema como un “momento constitucional”⁵. Consecuentemente, para los entusiastas de este discurso, la constitucionalización de la OMC promete un mejor orden económico internacional al verse reforzado por el carácter vinculante del sistema judicial y al operar por encima de los intereses políticos⁶. Por otro lado, para los escépticos, la OMC no puede representar un sistema constitucional al carecer de los fundamentos legitimadores democráticos como por ejemplo, aquel de la representatividad que revisten las constituciones nacionales en los regímenes democráticos⁷. Además, en opinión de éstos, este discurso constituye una amenaza para la soberanía del Estado al menoscabar su capacidad en la toma de decisiones⁸.

Los especialistas en Derecho de la OMC han propuesto distintos enfoques relativos a la idea de constitucionalización de esta organización, entre los cuales predominan aquellos de los académicos más influyentes sobre el tema, a saber: i) el profesor John JACKSON considerado como el “padre” del Derecho económico internacional y “arquitecto” de la OMC aborda dicho discurso desde un punto de vista institucional; ii) el profesor Ernst-Ulrich PETERSMANN aboga por el reconocimiento de libertades económicas de naturaleza constitucional para proteger a los ciudadanos en contra del abuso económico o fracaso del gobierno representativo⁹ y aborda el discurso sobre la constitucionalización de la OMC basándose en los derechos individuales; y por último, iii) hay quienes proponen un enfoque centrado en la actividad judicial del Órgano de Apelación de la OMC como un mecanismo de construcción de un régimen constitucional.

representación de la Conferencia Ministerial que se reúne únicamente una vez cada dos años. El Consejo General se reúne asimismo, en virtud de mandatos diferentes, como Órgano de Solución de Diferencias y como Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. Véase www.wto.org

⁵ Véase JACKSON, J., *The World Trade Organization, Constitution and Jurisprudence*, Chatham House Papers, The Royal Institute of International Affairs, Londres, 1998, pp. 2-10.

⁶ La mayoría de los entusiastas del discurso destacan cómo a partir de una visión constitucionalista de la OMC se lograría una mayor certidumbre jurídica de los derechos económicos individuales en contra del riesgo que suponen los grupos nacionales de poder económico. Para una minoría, el constitucionalismo puede resultar en atraer hacia la OMC derechos sociales, así como derechos relacionados con el medio ambiente y el desarrollo, dotándolo así de un sistema de “justicia distributiva” a nivel mundial. Véase HOWSE, R., “Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity” en HOWSE, R., *The WTO System, Law, Politics and Legitimacy*, Cameron May, Londres, 2008, pp. 247 y 248.

⁷ En opinión de Jeffrey DUNOFF, ni los Acuerdos ni la práctica de la OMC parece sugerir que estamos frente a un ente constitucional y, sin embargo, han persistido los debates en este respecto. DUNOFF, J., “Rethinking International Trade”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 347, 1998, pp. 377 y ss.

⁸ CASS, D., *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford University Press, 2005, p. 16.

⁹ PAUWELYN, J., “The Transformation of World Trade”, *Michigan Law Review*, octubre 2005, pp. 4-12.

1. El discurso constitucional atendiendo a la estructura institucional de la OMC¹⁰

El profesor John JACKSON ha sido uno de los primeros entusiastas a favor de la constitucionalización del comercio internacional¹¹ al considerar que el tránsito del sistema del GATT de 1947 basado fundamentalmente en relaciones diplomáticas hacia el sistema normativo que representa la OMC, ha conferido una mayor seguridad y predictibilidad a los mercados internacionales¹². Para el profesor JACKSON uno de los defectos más grandes del GATT radicaba precisamente en que se cedía el paso a los intereses políticos de los países más poderosos en virtud de que las normas y decisiones adoptadas carecían de un carácter vinculante¹³. Sin embargo, a partir del tránsito del sistema diplomático del GATT hacia la juridificación del sistema multilateral de comercio encabezado por la OMC y, sobre todo, a raíz del diseño de un mecanismo de solución de diferencias vinculante, se logró conseguir un régimen de comercio internacional altamente eficiente, además de que proporciona un foro de negociación que coadyuva a sus Miembros a solucionar sus problemas de manera colectiva. La OMC de conformidad con este punto de vista, opera como un sistema institucional que resulta fundamental para el cumplimiento efectivo de las normas que rigen al

¹⁰ La estructura institucional de la OMC es la siguiente: la Conferencia Ministerial (CM) es el órgano supremo de la institución que se reúne por lo menos cada dos años. Después, la estructura cotidiana está a cargo de tres órganos, a saber: del Consejo General (CG); del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) y del Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. Al CG rinden cuentas tres consejos responsables del funcionamiento de los Acuerdos de la OMC sobre las materias más importantes previstas en éstos: el comercio de servicios; comercio de mercancías y de propiedad intelectual. Cada uno de estos consejos tiene órganos subsidiarios. Por ejemplo, el Consejo del Comercio de Mercancías tiene 11 comités que se ocupan de temas específicos (agricultura, acceso a los mercados, subvenciones, medidas antidumping, etc.). Véase: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org1_s.htm

Con respecto a la toma de decisiones, los distintos órganos de la OMC funcionan de la siguiente manera: El consenso rige en la toma de decisiones por lo que toca a la CM y el CG. Sin embargo, cuando no pueda alcanzarse éste, las decisiones serán tomadas por mayoría de voto. Por lo que toca a la interpretación de los Acuerdos de la OMC, la CM y el CG tienen la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones. Se requiere de las 3/4 partes de la aprobación de los Miembros de la OMC para que ésta sea efectiva.

¹¹ La preocupación del profesor JACKSON por la estructura institucional de la OMC es evidente a lo largo de su obra. Como menciona, el profesor JACKSON, la Ronda de Uruguay fue sin duda el acontecimiento mundial en el ámbito económico más importante del siglo pasado; y la OMC continúa siendo la institución internacional económica más importante. Al respecto véase JACKSON, J., *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, Chatham House Papers, Londres, pp. 5- 20.

¹² Conforme a este punto de vista, el proyecto de liberalización comercial debe apartarse de la inestabilidad política así como de la representatividad democrática que caracteriza a las jurisdicciones nacionales, esto es, alejarse de las presiones que puedan ejercer los trabajadores o consumidores afectados a raíz de la adhesión de su país al sistema. En este sentido, se considera que dado que un régimen económico proteccionista nacional afectaría a la mayoría de la población, los Acuerdos de la OMC cumplen una función democrática al evitar políticas proteccionistas en nombre del libre comercio. Al respecto, véanse DUNOFF, J., *op cit*, p. 5 y PAUWELYN, J., *op cit*, p. 2.

¹³ JACKSON, J., *op cit*, p. 37.

comercio internacional al dotarlas de unidad y coherencia¹⁴. Así, el concepto de institución se encuentra íntimamente vinculado al concepto de “Constitución” al desempeñar funciones propias de un régimen constitucional. Por ende, se confiere de una cierta legitimidad al sistema, ya que ello implica que se asocien principios democráticos y constitucionales al proyecto de liberalización comercial encabezado por la OMC¹⁵. A través de este discurso puede entonces inferirse que la legitimidad de este orden institucional deriva del establecimiento de la OMC en virtud del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC. Dicha *Grundnorm*¹⁶ o “norma fundante básica” rompe con el antiguo sistema del GATT al establecer una nueva institución que confiere un espacio para la cooperación internacional y contribuye a la creación de una red transnacional que ayuda a equilibrar las expectativas mutuas y a reducir los costos de información y de transacción entre sus Miembros¹⁷.

Sin embargo, este enfoque relativo a la constitucionalización de la OMC fundado en el carácter institucional de la misma, ignora el aspecto relativo a la legitimidad social que constituye un ingrediente esencial de todo régimen democrático. Como se mencionó con anterioridad, la OMC ha sido objeto de constantes críticas al haber extendido su ámbito

¹⁴ CASS, D., *op cit*, p. 100. Este enfoque se inserta en la teoría del régimen de las relaciones internacionales de acuerdo con la cual, las instituciones facilitan la predicción, planeación y ejecución de las acciones internacionales y conforman el fundamento sobre el cual los Estados y otros actores internacionales cooperan. En consecuencia, las instituciones no sólo constituyen el centro de atención, sino que incluso se encuentran en un plano superior por encima de los miembros que las conforman. En este sentido, el profesor NICHOLS señala que las instituciones reducen los costos de transacción entre los Estados al facilitar el intercambio de información y legitimar o deslegitimar su comportamiento: “...states operate and interact through the rules and procedures of regimes. These regimes are maintained by the states because they are valuable to the states. They reduce the costs of making transactions among states, increase the quality and availability of information, legitimize and delegitimize behaviors of states, and facilitate reciprocity among states. In short, regimes matter, and offer an analytic through which international behavior can be studied.” Véase NICHOLS, P.M., “Forgotten Linkages – Historical Institutionalism and Sociological Institutionalism and Analysis of the World Trade Organization”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, verano de 1998, pp. 2 y ss. Este punto de vista se aleja así de la corriente del realismo internacional de acuerdo con el cual las relaciones internacionales atienden preponderantemente los intereses de los Estados poderosos; y también diverge del liberalismo que reconoce a los Estados o a los miembros de la comunidad como los sujetos principales del sistema internacional.

¹⁵ Véase CASS, D., *op cit*, pp. 98-101.

¹⁶ De acuerdo con Hans KELSEN, la función de la norma fundante básica es la “fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden”. En este sentido, la norma fundante básica es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden. Véase KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, octava edición, editorial Porrúa, México, 1995, p. 202.

¹⁷ Este proceso, generalmente asociado con las democracias occidentales, requiere en primer lugar, de una nueva “norma fundante básica”, siguiendo la teoría kelseniana, que rompa con un sistema jurídico preexistente y que dote de coherencia y unidad a un nuevo sistema normativo. Sin embargo, cabe señalar que el rompimiento con el antiguo sistema del GATT no fue total, ya que los Acuerdos de la Ronda de Uruguay incorporan al GATT de 1947. Sin embargo, la OMC sí es una entidad jurídica distinta al GATT cuyo establecimiento se prevé en el Acuerdo de Marrakech de 1994 que le confiere de una estructura organizacional y de un procedimiento de solución de diferencias distintos al de su antecesor.

material hacia la regulación de materias caracterizadas por una gran sensibilidad política que afecta no solamente a aquellas personas involucradas en una transacción comercial, sino a la humanidad entera. En este sentido, se ha avanzado poco para dotar al sistema de una mayor participación democrática a través de la cual se vean representados los intereses de la sociedad civil que se ve afectada por la rigidez e exigibilidad que caracterizan a las normas actuales de comercio internacional¹⁸. Un primer paso ha consistido en la difusión de las actuaciones de los grupos especiales que han conocido de controversias con implicaciones sociales importantes como fue el caso del asunto Hormonas¹⁹ en el cual se examinó la prohibición impuesta por las CE a las importaciones de carne de bovino procedente de animales tratados con hormonas²⁰. Sin embargo, para dotar al sistema de legitimidad social queda un largo camino por recorrer. En este sentido, no debe olvidarse que para que una constitución se encuentre dotada de coherencia e incluya una regla de reconocimiento por parte de la comunidad que identifique a las partes que la constituyen; dicha comunidad debe involucrarse en su creación y deliberación para así gozar de una amplia aceptación social²¹. En el plano internacional, dicha comunidad no debería reducirse únicamente a la conformada por los Estados Miembros de la OMC, sino que debería abarcar a la comunidad internacional en su conjunto, con el fin de que ésta se encuentre en posibilidades de participar y expresar sus preocupaciones relativas a la afectación que las normas de comercio internacional tengan sobre los intereses que representa²². Al crear una ilusión o imagen de

¹⁸ De acuerdo con Joost PAUWELYN el sistema de comercio multilateral continúa siendo demasiado tecnócrata y aislado del apoyo popular, y en este sentido carece de legitimidad social que le permita continuar con sus operaciones caracterizadas por su rigidez y poca flexibilidad: “...because of its foundational mechanics (overcoming protectionism by insulating export-interests from domestic politics) the world trade system remains too technocratic and too isolated from popular support and has, in places, become too rigid or legalized to respond to valid flexibility demands of representative politics. In sum, there is not enough participation or politics to sustain the high levels of discipline or law.” Véase PAUWELYN, J., *op cit*, p. 31.

¹⁹ Ver Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos* (hormonas) documento WT/DS48/AB/R, para. 177.

²⁰ El Órgano de Apelación reconoció las implicaciones sociales del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) al considerar que la evaluación del riesgo con arreglo al párrafo primero de dicha disposición no constituye únicamente un riesgo verificable en un laboratorio científico, sino también un “riesgo en las sociedades humanas que realmente existen, en otras palabras, la posibilidad efectiva de que se produzcan efectos adversos para la salud humana en el mundo real en el que las personas viven, trabajan y mueren”. No obstante, el Órgano de Apelación estimó que la prohibición impuesta por la CE reflejaba un nivel más elevado de protección que la norma internacional pertinente y, por lo tanto, carecía de justificación para una evaluación del riesgo. Dadas las implicaciones sociales de esta controversia –a instancias de las partes involucradas en ésta– se difundieron por vez primera en la historia de la OMC al público en general, las actuaciones del grupo especial que conoció de dicho asunto.

²¹ CASS, D., *op cit*, p. 106.

²² A diferencia de su antecesor, las normas de la OMC demandan una observancia estricta. Sin embargo, la OMC no ha sido capaz de corresponder a las demandas que reclaman una mayor participación, rendición de cuentas y posibilidad de expresar la discrepancia con las normas que la integran. La OMC continúa siendo una institución tecnócrata y aislada del poder popular y se ha vuelto demasiado rígida en algunas materias que le permitan responder a las demandas de una política representativa. Por la sociedad civil, la OMC es vista como una fortaleza que opera a puerta cerrada en la cual operan en interés de los productores y exportadores

una constitución neutral y flexible, la OMC corre el riesgo de convertirse en una institución de corte burocrático que se auto-legitima y que carece de los espacios pertinentes para la deliberación²³.

Por último, cabe destacar que para dotar al actual sistema de comercio de una mayor legitimidad, no debe aislarse a la política del derecho. Una mayor representatividad democrática que implique la inclusión de mecanismos de participación y confrontación a partir de los cuales se confiera cierta flexibilidad al sistema no tiene por qué resultar incompatible con una rigidez disciplinaria. En este sentido, dicha flexibilidad no debe representar una amenaza para el compromiso pactado entre los Miembros de la OMC ni evitar que ésta sea administrada por expertos en la materia. Un sistema legítimo y eficiente²⁴ requiere de un equilibrio adecuado entre una participación más abierta y un cumplimiento normativo estricto; la flexibilidad y el compromiso; la rendición de cuentas y el aislamiento institucional cuando éste sea necesario; la representación popular y el conocimiento técnico (o *expertise*) de los funcionarios que trabajan en la Secretaría de la OMC. La legitimidad del sistema debe existir tanto dentro como fuera de la institución. No obstante, el régimen actual carece de un equilibrio adecuado. Por ejemplo, en el caso del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, los grupos especiales en varias ocasiones se encuentran integrados por diplomáticos de las misiones de los Estados Miembros (que en algunos casos tienen una formación de economistas y no de abogados) que llevan a cabo una interpretación estricta de los Acuerdos de la OMC, cuando en realidad las normas del sistema deberían ser interpretadas por iusinternacionalistas con una visión más amplia que les permita tomar en consideración las implicaciones que puedan engendrar sus resoluciones sobre otras ramas del Derecho internacional público.

Consecuentemente, se corre el riesgo de que los Acuerdos de la OMC sean aplicados de manera discrecional al favorecer o privilegiar los intereses económicos o políticos por encima de otros intereses legítimos. Al asumir ciertas nociones de economía clásica que favorecen al proyecto de liberalización comercial sobre otros objetivos de naturaleza distinta a la económica, se produce lo que se ha denominado como una “carrera hacia el fondo” (*race to the bottom*) en los niveles de protección social²⁵. El propio profesor JACKSON ha reconocido que la OMC debe evolucionar y abordar cuestiones que serán planteadas a lo largo del contexto de globalización económica que vive la humanidad, tales como cuestiones de tipo sustantivo (esto es: políticas de competencia, de inversión, derechos humanos, medio ambiente, estándares laborales) así como cuestiones de tipo procedimental (tales como la

pero que olvida las necesidades de los trabajadores y de las cuestiones medio ambientales. Existe una falta de apoyo popular. Véase PAUWELYN, J., *op cit*, pp. 6-35.

²³ Véase PAUWELYN, J., *op cit*, p.6.

²⁴ *Ibid.*, p. 13.

²⁵ HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “Globalización y soberanía de los Estados”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, Madrid, 2005, p. 5 - 18.

rendición de cuentas apropiada y transparencia en las actividades de la institución)²⁶. No obstante, ello no se vislumbra con claridad en el corto plazo ni se han propuesto reformas concretas que indiquen una tendencia hacia la evolución del sistema en el sentido que menciona el profesor JACKSON.

2. La constitucionalización basada en los derechos individuales o la tesis de la “mejora del cumplimiento del derecho económico internacional”

El segundo enfoque propuesto por el profesor PETERSMANN, se centra en la constitucionalización de la OMC desde el punto de vista de los derechos individuales. Para el autor resulta fundamental que se reconozca a la libertad de comercio (*right to trade*) como un derecho humano. De acuerdo con este enfoque, el constitucionalismo funciona como un límite al poder público que protege la autonomía y la libertad del individuo, incluyendo la libertad de comercio.

El profesor PETERSMANN se ha basado en las últimas décadas en una visión kantiana del Derecho internacional para elaborar una teoría sobre la constitucionalización de la OMC fundada en los derechos individuales (*rights-based approach*)²⁷. De acuerdo con esta visión cosmopolita de la sociedad internacional deben imponerse límites a los abusos del poder hegemónico y ofrecerse soluciones a las amenazas de la globalización económica²⁸.

²⁶ La OMC claramente no es una institución perfecta. Representa una comunidad diplomática que es vista como secreta y elitista. Los críticos de la OMC han criticado su falta de transparencia, la falta de oportunidades para que grupos de ciudadanos y ONGs participen y también la falta de legitimidad democrática. JACKSON reconoce que será una cuestión que deba abordarse a lo largo del funcionamiento de la OMC: el vínculo con otros ámbitos como el medio ambiente y los derechos humanos y los principios democráticos. Ver JACKSON, J., *op cit*, p. 58 y JACKSON, J., *The jurisprudence of GATT & the WTO*, Cambridge University Press, 2000, p. 185.

²⁷ La metodología utilizada por el profesor PETERSMANN ha sido duramente criticada por los iusinternacionalistas Robert HOWSE y Philip ALSTON. De acuerdo con éstos, PETERSMANN cita a una serie de autores (como Kant, Rawls, Sen y Hayek) para fundamentar su teoría, pero no profundiza a detalle sobre las obras de los mismos. La única obra que parece desarrollar es la de Kant, sin embargo, ALSTON considera que lo hace de una manera simplista que le permite caracterizar su tesis sobre el mejoramiento del cumplimiento del Derecho económico internacional como kantiana. Véanse los artículos ALSTON, P., “Resisting the merger and acquisition of human rights by trade law: a reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, septiembre de 2002, y HOWSE, R., “Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice: a Reply by Robert Howse to Ernst-Ulrich Petersmann’s Article in EJIL”, *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2008.

²⁸ El cosmopolitismo es una visión idealista del Derecho internacional. BUCHANAN señala que a pesar de las predicciones optimistas por establecer un nuevo orden mundial posterior al fin de la Guerra Fría, ello se ha visto ensombrecido a raíz de las respuestas inconsistentes y decepcionantes de la comunidad internacional a eventos internacionales como la disolución de Yugoslavia, la no intervención en el conflicto de Somalia, la indiferencia ante el genocidio de Rwanda y la ausencia de una respuesta multilateral, comúnmente acordada al terrorismo internacional. BUCHANAN, A., *Justice, Legitimacy and Self-Determination*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, p. 13.

Es el individuo y no el Estado la unidad normativa primaria y, por lo tanto, al igual que el objetivo del orden jurídico nacional consiste en proteger a sus súbditos, el fin del Derecho internacional debe ser el de beneficiar, servir y proteger a los individuos²⁹. El concepto de soberanía funciona así en beneficio de los derechos constitucionales de los individuos a partir de que el Estado comparte con otras instancias la autoridad que ejerce sobre sus ciudadanos. Este enfoque propone que no solamente los Estados sino también los individuos puedan hacer efectivo su derecho al comercio³⁰, específicamente al libre comercio. De esta manera, aquellos individuos que sufran un daño a causa del incumplimiento del Estado con sus obligaciones al amparo de los Acuerdos de la OMC, deben tener la posibilidad de demandar su cumplimiento ante los tribunales nacionales.

Estos derechos privados o individuales (*private rights*), de acuerdo con el profesor PETERSMANN, se encuentran previstos en los propios Acuerdos de la OMC y, por ende, debe llevarse a cabo un enfoque constitucional de los mismos con el fin de salvaguardarlos. Algunos de estos derechos privados consisten por ejemplo, en la obligación de los Miembros de la OMC de adoptar dentro de su legislación interna procedimientos de observancia así como procedimientos judiciales civiles relativos a la protección de los derechos de propiedad intelectual³¹. En este sentido, de conformidad con la teoría expuesta por el profesor PETERSMANN, estos derechos privados o individuales deberían tener eficacia directa en los órdenes jurídicos nacionales del mismo modo que en las Comunidades Europeas algunas Directivas o Decisiones tienen eficacia directa con respecto de los particulares³².

Ahora bien, antes de referirme a la jurisprudencia de los tribunales de las CE y de EEUU con respecto a la eficacia directa de los Acuerdos de la OMC, cabe analizar si éstos deben ser entendidos en tal sentido. Al respecto, el profesor Carlos ESPÓSITO destaca

²⁹ De acuerdo con TESÓN, la teoría liberal del Derecho internacional (una teoría política fundamentada sobre la libertad individual, el respeto a las preferencias individuales y la autonomía individual) no puede reconciliarse con una visión puramente estatalista del Derecho internacional. El Derecho internacional y la justicia nacional se encuentran íntimamente ligados. La soberanía del Estado depende de la legitimidad del orden jurídico nacional, y por lo tanto, los principios de justicia internacional tienen que ser congruentes con los principios de justicia interna. TESÓN, F., "The Kantian Theory of International Law", *Columbia Law Review*, 1992, vol. 53, pp. 53 - 54.

³⁰ El derecho al comercio es raramente protegido a nivel doméstico. Además la noción de los derechos propuestos no tiene una definición y por lo tanto, el efecto que éstos puedan tener en el orden jurídico nacional es incierto. Al respecto, véase CASS, D., *op cit*, p. 146.

³¹ Véanse los artículos 41 y 42 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC). Otro ejemplo de ello, es la obligación de los Miembros prevista en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) de posibilitar la participación de las partes interesadas (p.ej. de los productores nacionales) en los procedimientos relativos a la aplicación de derechos compensatorios a las importaciones subvencionadas (artículo 12 del ASMC).

³² El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) ha reconocido que los particulares pueden solicitar la eficacia directa de las Directivas cuando éstas reconozcan derechos frente al particular de manera precisa e incondicional y que no hayan sido transpuestas por el Estado o hayan sido transpuestas de manera incorrecta. Véase el asunto *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, (Case 26/62); [1963] ECR I; [1970] C.M.L.R. I.

que pueden distinguirse desde el punto de vista de la aplicabilidad dos tipos de tratados internacionales: por un lado, los tratados dirigidos exclusivamente a los Estados y, por el otro, aquellos dirigidos a los Estados y a los particulares³³. En un principio el régimen de comercio internacional del GATT de 1947 estaba constituido por el primer tipo de tratados. Sin embargo, a raíz de la creciente expansión de los Acuerdos de la OMC hacia materias antes reservadas a los Estados, se ha incidido directamente en el Derecho interno y afectado directamente al particular³⁴. Como destaca el profesor ESPÓSITO, el sistema de la OMC no sólo pretende proteger los intereses estatales, sino también servir a un interés público general en el que los particulares son considerados al menos como beneficiarios –que no como sujetos– del sistema del comercio internacional establecido por la OMC³⁵.

Como ya se mencionó anteriormente, uno de los ejemplos más claros relativos al papel que juegan los particulares en el Derecho económico internacional y que superan la estructura de derechos y obligaciones interestatales es el del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). En el preámbulo de dicho acuerdo se reconoce a los derechos de propiedad intelectual como derechos privados. No obstante, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como el Consejo de la Unión Europea, han negado que los Acuerdos de la OMC dados su espíritu, la economía y sus términos, puedan invocarse de manera directa ante los tribunales en virtud del Derecho comunitario³⁶.

El TJUE se pronunció por primera vez al respecto en el asunto *International Fruit Company* en 1972 con respecto al GATT de 1947 al considerarlo como un cuerpo normativo flexible que confiere la posibilidad de derogación, la adopción de medidas en casos de excepcional dificultad así como la solución de conflictos entre las partes contratantes³⁷. En opinión del TJUE, dado que el GATT se fundamenta en el principio de negociaciones

³³ Para determinar si los Acuerdos de la OMC confieren a los particulares derechos alegables ante los tribunales judiciales, debe ponerse énfasis tanto en los sujetos aparentes de esos tratados internacionales como en la redacción y el propósito de sus normas. De acuerdo con el profesor ESPÓSITO, para responder a la pregunta acerca de si las normas de la OMC reflejan una preocupación que trasciende a los intereses “estatales”, debe reflexionarse sobre los valores que el sistema propugna o impulsa.

³⁴ COTTIER, T. y PLUESS, D., *op. cit.*, p. 84.

³⁵ Ello resulta evidente, como destaca el profesor, a raíz de la toma en consideración de ciertos valores “democráticos” dentro de la OMC, como por ejemplo, al dotar de una mayor transparencia a las resoluciones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias y ponerlas a disposición, inmediatamente después de su adopción, del público en general a través de la página de internet de la organización. Véase ESPÓSITO, C., *La OMC y los particulares*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 40-44.

³⁶ Como destaca el profesor ESPÓSITO, el ordenamiento jurídico comunitario es un sistema gobernado por una peculiar doctrina de competencias y jerarquías que, a través de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario, definen las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos jurídicos internos. El problema radica en que el artículo 228.7 TCE no indica por sí mismo la capacidad de aplicación directa de todos los acuerdos internacionales de forma única y absoluta.

³⁷ Véase ESPÓSITO, C., *op. cit.*, p. 86 y DíEZ-HOCHLEITNER, J. y ESPÓSITO, C., “La falta de eficacia directa de los Acuerdos OMC en la Unión Europea” en REMIRO BROTONS, A. *et al*, *La Organización Mundial de Comercio y el Regionalismo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 162.

emprendidas sobre “una base reciprocidad y de ventajas mutuas”, la flexibilidad de sus disposiciones no puede engendrar el derecho de invocarlas judicialmente³⁸. El mismo razonamiento ha sido sostenido por el TJUE en los asuntos posteriores con respecto a los Acuerdos OMC. En el asunto Portugal c. Consejo, el TJUE subrayó, en la sentencia del 23 de noviembre de 1999, siguiendo la Decisión mediante la cual la Comunidad Europea aprobó definitivamente los Acuerdos OMC (esto es la Decisión 94/800 del Consejo de la UE), que “por su propia naturaleza el Acuerdo por el que se crea la OMC, incluidos sus Anexos, no puede ser invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros”³⁹. El mismo criterio, lo reiteró en la sentencia del asunto Dior/Assco al determinar que el ADPIC no confiere derechos a los particulares que puedan ser invocados directamente ante los tribunales en caso de existir una legislación comunitaria en la materia⁴⁰. En este sentido, debe subrayarse que en el caso de la Unión Europea, la negación de la aplicación y eficacia directa de las normas de la OMC afecta solamente a los ámbitos de competencia comunitaria⁴¹. El profesor REMIRO destaca que países como Alemania y España admiten la aplicación y eficacia directa de las obligaciones del Acuerdo ADPIC objetivamente auto-ejecutivas (es decir, aquellas que por su redacción precisa, consienten la aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal y reglamentario que represente la voluntad de los Estados contratantes)⁴².

Por otro lado, cabe destacar que la legislación de EEUU ha sido clara también al establecer que ninguna persona distinta al Gobierno federal pueda invocar los Acuerdos OMC

³⁸ Véase ESPÓSITO, C., *op cit*, p. 90.

³⁹ Véase el apdo. 48 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999: República Portuguesa contra Consejo de la Unión Europea (asunto C-149/96). Al respecto, el profesor Ramón TORRENT menciona que la voluntad de la Comunidad en el momento de aprobar los Acuerdos OMC era inequívoca como se desprende de este enunciado. Su no invocabilidad ante los tribunales internos (no sólo comunitarios sino también de los Estados miembros) era reconocida por absolutamente todos los implicados: las instituciones comunitarias (Parlamento, Consejo y Comisión) así como por todos los gobiernos de los Estados miembros representados en el Consejo. Véase TORRENT, R., “El ADPIC y las patentes con reivindicaciones de producto farmacéutico: ¿Por qué tantos malentendidos?”, 2006, disponible en http://www.pcb.ub.es/centrepatentspdf/cursos/dillunsCP/torrent_%20ADPIC.pdf

⁴⁰ Véase el apdo. 44 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000 Parfums Christian Dior SA contra TUK Consultancy BV y Assco Gerüste GmbH (asuntos acumulados C-300/98 y C-392/9).

⁴¹ Como mencionan los profesores Díez-Hochleitner y Espósito, en el asunto Dior/Assco, el TJUE acertadamente deja claro que por su propia posición, no prejuzga la postura de los tribunales de los Estados miembros en relación con las disposiciones de dichos Acuerdos que exceden de la competencia comunitaria, y por ende, no impone ni excluye que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro reconozca a los particulares el derecho a invocar directamente la norma prevista. Véase Díez-Hochleitner, J. y Espósito, C., *op cit*, p. 166.

⁴² Así, por ejemplo, el artículo 33 del ADPIC es una norma auto-ejecutiva (o self-executing) al disponer que “la protección conferida por una patente no expirará antes de que haya transcurrido un período de 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud”. Véase Remiro Brotons, A. *et al*, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 641.

ante las jurisdicciones internas. Por ende, niega la posibilidad a los particulares de utilizar los Acuerdos de la OMC para impugnar normas federales o estatales de cualquier tipo⁴³.

Retomando la tesis del profesor PETERSMANN, cabe mencionar que si bien los individuos no son reconocidos como sujetos de la OMC, resulta indiscutible que el Derecho de la OMC tiene una afectación sobre ellos. Sin embargo, si bien éstos pueden beneficiarse de las normas previstas en los Acuerdos, también es cierto que pueden verse seriamente perjudicados por la aplicación de las mismas. La tesis del profesor PETERSMANN me parece que se centra en el primer aspecto y, al no abordar la afectación negativa que los Acuerdos de la OMC puedan tener sobre los individuos, plantea ciertos inconvenientes con respecto a la protección efectiva de los derechos humanos en caso de que se reconociera la eficacia directa de los Acuerdos de la OMC en las jurisdicciones nacionales⁴⁴.

En primer lugar, debe mencionarse que esta tesis parte de la base de reconocer el “derecho al comercio” (específicamente, al “libre comercio”) como parte integrante de las libertades individuales fundamentales previstas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁴⁵. El libre comercio –de acuerdo con este punto de vista– es un elemento necesario para la satisfacción de las necesidades y libertades humanas⁴⁶. En este sentido, se justifica la clasificación del “derecho al libre comercio” como un derecho humano ante la evidencia que resulta de la utilización de los individuos de los medios de comunicación y del acceso a los mercados extranjeros para adquirir todo tipo de bienes y servicios.

Como señala Deborah CASS, la utilización de recursos entre las fronteras territoriales constituye una prueba del ejercicio del derecho a la libertad y, por lo tanto, el derecho al libre comercio se traduce en un derecho humano⁴⁷. De conformidad con esta tesis, esta libertad económica de la cual gozan los individuos debe protegerse constitucionalmente en contra del Estado. Para la tutela efectiva de estos “derechos y libertades fundamentales” (específicamente la libertad de profesión, el derecho a la propiedad privada, a los mercados

⁴³ Sección 102 c) 1) del Uruguay Round Agreements Act (“URAA”), Pub. L. 103-465, 108 Stat. 4809 (1994).

⁴⁴ HOWSE, R., “Human Rights...”, *op. cit.*

⁴⁵ PETERSMANN argumenta que: “...market economies and economic welfare are mere instruments for enabling and promoting individual freedom as the ultimate goal of economic life and the most efficient means of realizing general welfare. It also reflects the universal recognition -in UN human rights conventions- of ‘the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family (as) the foundation of freedom, justice and peace in the world’.” Véase PETERSMANN, E.U., “Judging Judges: From ‘Principal-Agent Theory’ to ‘Constitutional Justice’ in Multilevel ‘Judicial Governance’ of Economic Cooperation Among Citizens”, *Society of International Economic Law Inaugural Conference 2008 Paper*, 17 de junio de 2008.

⁴⁶ Para PETERSMANN, se justifica la clasificación del libre comercio como derecho humano ante la evidencia que resulta de la utilización de los individuos de los medios de comunicación y del acceso a los mercados extranjeros para adquirir todo tipo de bienes y servicios. Como señala CASS, la utilización de recursos entre las fronteras territoriales constituye una prueba del derecho a la libertad, y por lo tanto, el derecho al comercio entre éstas, es un derecho humano. Véase PETERSMANN, E.U., “Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice”, *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4.

⁴⁷ CASS, D., *op cit*, p. 150.

abiertos y a la libertad de comercio), el profesor PETERSMANN propone como modelo el derecho de integración de la UE y de su gobierno en niveles distintos. Desde la perspectiva de su teoría constitucional fundada en los derechos individuales, destaca los beneficios que han resultado en aquellas áreas en las cuales se les ha permitido a los individuos recurrir a la eficacia directa de las obligaciones internacionales de la UE y de sus Miembros. Por el contrario, aquellas áreas en donde los acuerdos internacionales carecen de eficacia directa, se ha violentado el Estado de Derecho en detrimento del bienestar de los consumidores y de los derechos individuales⁴⁸.

Al respecto, cabe mencionar que el significado del “derecho al comercio” que PETERSMANN propone no resulta del todo claro. El autor considera que a partir del respeto a los derechos de comercio y de mercados abiertos es posible garantizar el respeto a la dignidad humana. Estos derechos constituyen un requisito sine qua non para el respeto de las libertades fundamentales. Ello es así en virtud de que –de conformidad con este enfoque– la liberalización comercial ha demostrado ser la vía adecuada para alcanzar un sistema internacional pacífico y estable⁴⁹. No obstante, cabe destacar que además de que ningún instrumento internacional reconoce los derechos enunciados por PETERSMANN, dicho autor no aborda las cuestiones relativas sobre el alcance, la naturaleza o los límites de este derecho.

Como bien destacan Philip ALSTON⁵⁰ y Robert HOWSE, deben distinguirse los derechos humanos que tienen por fundamento la dignidad humana de los derechos relacionados con el comercio que son conferidos a los individuos por razones puramente instrumentalistas⁵¹. Si, como propone PETERSMANN, la función de las normas de la OMC se extendiera hacia los actores privados económicos con el fin de limitar las acciones gubernamentales contrarias a las disposiciones de libre comercio previstas en los Acuerdos de la OMC, el Estado vería su libertad restringida para la adopción de medidas necesarias con el fin de

⁴⁸ Aunque reconoce que los Tratados de la UE estipulan principalmente derechos y obligaciones para los Estados Miembros, destaca el hecho de que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa esté fundada sobre los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos. Véase PETERSMANN, E.U., “State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty: From Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law” en WENHUA, S. *et al*, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford, 2008.

⁴⁹ El carácter benéfico de la liberalización comercial en términos de bienestar global y doméstico así como de reducción de la pobreza es resaltado por PETERSMANN para llevar a cabo “*constitutional functions for limiting protectionist governance failures and constitutional failures inside states*”. Véase PETERSMANN, E.U., “Judging Judges: From ‘Principal-Agent Theory’ to ‘Constitutional Justice’ in Multilevel ‘Judicial Governance’ of Economic Cooperation Among Citizens”, *Society of International Economic Law Inaugural Conference 2008 Paper*, 17 de junio de 2008.

⁵⁰ En palabras de Phillip ALSTON: “...despite his consistent invocation of the discourse of human rights –and contrary to the reader’s first impressions as well as to Petersmann’s own perception of his work– his approach is at best difficult to reconcile with international human rights law and at worst it would undermine it dramatically...”. ALSTON, P., *op cit.*, p. 3.

⁵¹ Véase CASS, D., *op cit.*, p. 157.

proteger a los individuos y comunidades en contra de los excesos de la globalización económica⁵². Por ejemplo, en el caso de la protección conferida a las patentes farmacéuticas que deben observar los Estados en virtud del ADPIC, podrían impugnarse las cláusulas de excepción que el Estado en cuestión adoptara con el objetivo de proteger la salud y vida de las personas de conformidad con el apartado b del artículo XX del GATT de 1994⁵³. Se vulnerarían así los derechos fundamentales reconocidos en la DUDH y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Si el objetivo de esta teoría sobre el constitucionalismo de la OMC consiste en proteger los derechos individuales, el problema más bien radica en el enfoque interpretativo de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. En particular, la interpretación de las cláusulas de excepción general, de las llamadas “cláusulas de escape” (tales como las medidas de salvaguardia) así como de las disposiciones relativas al “trato especial y diferenciado” previstas en los Acuerdos de la OMC. Así, por ejemplo, las medidas que adopten los Estados necesarias para proteger “la salud y la vida de las personas” en virtud del apartado b del artículo XX deberían interpretarse desde la perspectiva de los derechos humanos, esto es, tomando en consideración las obligaciones de los Estados al amparo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁵⁴. Dado que el concepto de “vida y salud humanas” guarda relación con numerosos derechos económicos, sociales y culturales referidos al bienestar de la persona, los términos del apartado b del artículo XX del GATT deberían interpretarse a la luz del artículo 25 de la DUDH que dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el

⁵² La propuesta de PETERSMANN se asemeja a aquella prevista en los Acuerdos de Inversión en los cuales se le confiere a los inversionistas la facultad para demandar al Estado en caso de que éstos adopten medidas que afecten a sus inversiones en el territorio de ese Estado. Las controversias inversionista-Estado son dirimidas a través del arbitraje comercial, normalmente conforme a las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), una institución del Banco Mundial. El arbitraje en materia de inversión ha sido criticado por un número importante de la doctrina internacional. Además de cuestionar la legitimidad del CIADI –al no constar de un tribunal internacional propiamente establecido– se ha cuestionado sobre la eficacia de los Acuerdos de Inversión para la atracción de flujos de inversión extranjera; ya que en opinión de algunos, no existe un vínculo entre éstos. Al respecto, véase SORNARAJAH, M., “The Neo-Liberal Agenda in Investment Arbitration: Its Rise, Retreat and Impact on State Sovereignty” en *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, 2008. Por otro lado, el hecho de que el procedimiento y los laudos arbitrales estén a disposición de quien quiera consultarnos, así como la creciente participación de “amigos de la corte” en dichos procedimientos, ha propiciado que se escrutinen los términos de los compromisos pactados entre las multinacionales y los gobiernos y que se juzgue sobre su contenido. Véase HOWSE, R., “Human Rights...”, *op. cit.*

⁵³ El apartado b del artículo XX del GATT dispone que: “A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: ...b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas...”.

⁵⁴ Como menciona Holger HESTERMEYER de los 145 Estados Miembro de la OMC, solamente 22 no han ratificado el PESC. Véase HESTERMEYER, H., *Human Rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford University Press, 2007, p. 102.

bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”. De acuerdo con esta interpretación, los Estados estarían en una mejor posición para asegurar el derecho a la alimentación o la asistencia médica⁵⁵. En este sentido, la consideración de los derechos humanos fundamentales en la interpretación de los Acuerdos en la OMC, otorgaría la flexibilidad necesaria que requieren los Estados para adoptar las medidas sociales que contrarresten los efectos adversos de las políticas de libre comercio⁵⁶.

3. La actividad judicial del Órgano de Apelación de la OMC como mecanismo para construir un régimen constitucional

Mientras que en el marco del GATT de 1947 la interpretación y aplicación de las normas previstas en éste corría prácticamente por cuenta de las partes contratantes, tal y como se desprende del artículo XXV de dicho acuerdo, en el marco la OMC se facultó tanto a los órganos de carácter político como a los órganos judiciales para definir e interpretar los derechos y obligaciones de los Miembros que la integran⁵⁷. A raíz del establecimiento de la OMC, la jurisprudencia del Órgano de Apelación y de los grupos especiales, se ha visto notablemente enriquecida en virtud del incremento de la actividad judicial que se ha observado en el seno de esta institución. El sistema de solución de diferencias de la OMC ha sido elogiado por la mayoría de los iusinternacionalistas al estar dotado de un procedimiento justo y coherente, y observar una sensibilidad institucional⁵⁸. El enfoque relativo al constitucionalismo de la OMC a partir de la actividad judicial del Órgano de Apelación propone que a partir de la función de este último se construya un cuerpo normativo sólido que a raíz de la generación de una serie de doctrinas transforme al sistema internacional de comercio en un sistema constitucional⁵⁹. Los entusiastas de este enfoque resaltan la función del poder judicial que, al encontrarse por encima del poder burocrático, contribuye a dotar de legitimidad al sistema. No obstante, debe ejercerse cierta cautela al vincular la legitimidad a través de la actividad judicial con el enfoque constitucionalista, ya que la relación entre ambos conceptos puede reducirse a un modelo de causa y efecto.

Si bien la legitimidad constituye una condición necesaria para que un proceso constitucional pueda tener lugar, ello no quiere decir que a partir de una mayor legitimidad de las actuaciones del órgano judicial de la OMC se esté construyendo necesariamente un régimen

⁵⁵ HOWSE, R., “Human Rights...”, *op. cit.*

⁵⁶ Para una discusión interesante sobre la consideración de los derechos humanos en la interpretación de los Acuerdos de la OMC, véase HESTERMAYER, H., *op. cit.*

⁵⁷ Véase ROSSLER, F., “The Institutional Balance between the Judicial and the Political Organs of the WTO”, en BRONCKERS, M. y QUICK, R., *New Directions in International Economic Law, Essays in Honour of John H. Jackson, Kluwer Law International*, Londres, 2000, pp. 325 y ss.

⁵⁸ CASS, D., *op. cit.*, p. 180.

⁵⁹ De la misma manera que ha sucedido, por ejemplo, en el ámbito de la UE.

constitucional⁶⁰. En este sentido, como bien señala HOWSE, el enfoque que identifica al constitucionalismo con la adjudicación judicial de valores que compiten entre sí, equipara los principios de liberalización comercial con normas de jerarquía constitucional. De esta manera, en lugar de que los órganos judiciales recurran al Derecho internacional como marco de referencia en la interpretación y adjudicación de valores distintos, se toma a la libertad económica como valor supremo y a partir de éste se interpretan los demás valores ajenos al sistema. Consecuentemente, los derechos humanos, los aspectos relacionados con el medio ambiente u otros valores que compiten con el libre comercio son considerados como meras excepciones al proyecto constitucional⁶¹.

Uno de los aspectos que este enfoque destaca como característico de una actividad judicial tendiente hacia la constitucionalización de la OMC es aquel relativo a la función que los grupos especiales realizan para recabar información⁶² con el fin de llevar a cabo una evaluación objetiva de los hechos que ayuden al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) a dictar las recomendaciones o resoluciones previstas en los acuerdos abarcados⁶³. En opinión de los entusiastas de este enfoque, este aspecto procedimental cumple una tarea primordial, ya que se confiere de una mayor legitimidad al sistema de comercio internacional al posibilitar a los grupos especiales allegarse de información que consideren relevante, incluso de información proveniente de fuentes distintas a las partes en controversia (incluyendo información proveniente de fuentes no gubernamentales, privadas, ajenas al comercio, etc.)⁶⁴. Las resoluciones de los grupos especiales al considerar la información que estimen pertinente se consideran así como “constitucionales” en virtud de dos aspectos: i) en primer lugar, reflejan la autonomía del ordenamiento jurídico de la OMC y, en este sentido, constatan la emergencia de un nuevo cuerpo normativo más abierto que rompe con el sistema del GATT; y ii) al abrir el procedimiento de solución de diferencias a actores no estatales se confiere una mayor legitimidad al sistema al hacerlo un procedimiento más justo⁶⁵.

⁶⁰ *Ibid*, p. 183.

⁶¹ HOWSE, R., *op cit*, pp. 249 y 250.

⁶² De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 13 del ESD relativo al derecho de recabar información: “Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia. En el Apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos.”

⁶³ El artículo 11 del ESD en relación con la función de los grupos especiales en la parte relevante dispone que: “La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del (ESD) y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados.”

⁶⁴ Ver CASS, D., *op cit*, p. 196.

⁶⁵ *Ibid*.

Sin embargo, este enfoque ha sido criticado por la mayoría de los Miembros de la OMC, particularmente por los países en desarrollo. En el asunto Camarón - Tortuga⁶⁶, se planteó por primera vez la pertinencia de aceptar escritos por parte de los “amigos del tribunal” o *amicus curiae* con el fin de realizar una evaluación objetiva de los hechos. El grupo especial que conoció del asunto determinó que ello no era factible, ya que de conformidad con el artículo 13 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) que determina el derecho a recabar información de los grupos especiales, no se establecía expresamente que ello estuviera permitido⁶⁷. Sin embargo, el Órgano de Apelación determinó que la interpretación del grupo especial con respecto al artículo 13 había sido errónea y que el hecho de aceptar información no solicitada por parte de fuentes no gubernamentales no resultaba incompatible con las disposiciones del ESD. En este sentido, el Órgano de Apelación consideró que los grupos especiales tienen facultades discrecionales tanto para aceptar y examinar, como para rechazar la información o el asesoramiento que les haya sido presentado, con independencia de que la hayan solicitado o no. Al mismo tiempo, consideró que los artículos 12 y 13 del ESD confieren facultades a los grupos especiales para permitir que cualquiera de las partes en la diferencia adjunte alegatos presentados por las organizaciones no gubernamentales, o parte de los mismos, a sus propias comunicaciones⁶⁸.

Desde entonces, los Miembros de la OMC han debatido sobre la admisión de dichos escritos en los procedimientos de solución de diferencias, pronunciándose la mayoría en contra de ésta⁶⁹. La mayoría de los Miembros han argumentado que no puede autorizarse aquello que no está prohibido en los Acuerdos y que, en ese sentido, debe observarse el principio general de interpretación previsto en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados (CVDT) según el cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

En este sentido, debe reconocerse que los acuerdos son el resultado de compromisos y representan un equilibrio de derechos y obligaciones que las partes prevén de manera expresa en el texto y, por ende, dotan al sistema de certidumbre y previsibilidad. Sin embargo, no resulta evidente que a partir de la aceptación de escritos de fuentes ajenas a la OMC se impongan nuevos derechos y obligaciones que resulten contrarios al objeto y fin del ESD

⁶⁶ Véase el Informe del Órgano de Apelación del asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, también denominado como el asunto “Camarón - Tortuga” (AB-1998-4).

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ En el asunto *Comunidades Europeas—Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto* o “Canadá- Asbestos” (WT/DS135), varias ONG intentaron presentar sus escritos. Sin embargo, hubo una gran protesta de los países en desarrollo para permitir dichas comunicaciones. La mayoría criticó al Órgano de Apelación por emitir un procedimiento para que las partes interesadas pudieran hacer llegar sus escritos. Consecuentemente, el Órgano de Apelación no admitió ninguna comunicación o escrito de las ONG. Desde entonces, el Órgano de Apelación y los grupos especiales solamente han considerado los escritos presentados junto con las comunicaciones de las partes en controversia.

como han argumentado la mayoría de los Miembros⁷⁰. Asimismo, aun cuando el Órgano de Apelación haya reconocido que el propósito del sistema de solución de diferencias de la OMC consiste en preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud de los acuerdos abarcados, y aclarar las disposiciones existentes de estos acuerdos de conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público⁷¹, ello no tiene por qué ser contrario al espíritu del artículo 13 del ESD.

Los escritos provenientes de los *amicus curiae* pueden ayudar en la recopilación de información en ámbitos complejos o novedosos, e incluso, poner de relieve, en aras del interés público, las implicaciones extensas del caso que no hayan sido consideradas por las partes en la disputa. No obstante, ante la falta de consenso entre los Miembros de la OMC, los grupos especiales y el propio Órgano de Apelación han actuado cautelosamente y no han aceptado escritos *amicus curiae*⁷².

Por último, cabe señalar al respecto que si bien la aceptación de dichas fuentes de información para el esclarecimiento de los hechos contribuiría a dotar de una mayor legitimidad a las resoluciones de los órganos judiciales de la OMC, ello no resultaría en un paso hacia la constitucionalización de la OMC como se propone a partir de este enfoque. Como ya se mencionó anteriormente, las resoluciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación no pueden equipararse a aquellas emanadas del poder judicial de un orden constitucional por cuanto su independencia se encuentra comprometida a su posterior adopción por el OSD, aunque ésta sea prácticamente de manera automática.

⁷⁰ En la reunión del OSD del 23 de octubre de 2002, un número importante de Miembros rechazaron categóricamente la postura del Órgano de Apelación para aceptar escritos distintos a aquellos provenientes de las partes en controversia. Así por ejemplo, el representante de Chile argumentó que las decisiones del Órgano de Apelación “se basan en gran parte en el supuesto de que, cuando el ESD o los Procedimientos de Trabajo no prohíben expresamente un acto o un derecho de procedimiento, éstos existen y están autorizados... En otras palabras, todo lo que no está prohibido está autorizado. Como estos Acuerdos se negociaron entre varias partes, esta presunción no es aceptable. Los acuerdos son resultado de compromisos y representan un equilibrio de derechos y obligaciones que las partes prevén expresamente en el texto. No es posible pues leer entre líneas e imponer nuevos derechos y obligaciones. Los derechos y obligaciones previstos dotan al sistema de certidumbre y previsibilidad. En último término, ha de prevalecer el principio de que sólo se permitirá lo que permitan los acuerdos. De lo contrario, ¿dónde estaría el límite?” Véase el documento de la OMC WT/DSB/M/134.

⁷¹ Véase el asunto *Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas* (WT/DS165/AB/R).

⁷² El grupo especial en el informe del asunto *Estados Unidos - Investigación de la Comisión de Comercio Internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá* manifestó abiertamente que “dada la falta de consenso entre los Miembros de la OMC sobre el tratamiento de las comunicaciones *amicus curiae*, decidimos no aceptar escritos *amicus curiae* no solicitados en el curso de la presente diferencia.” Véase el Informe del Grupo Especial del asunto *Estados Unidos — Investigación de la comisión de comercio internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá* (WT/DS277/R) en el para. 88.

III. LA CRÍTICA ANTICONSTITUCIONALISTA

Como puede evidenciarse de los enfoques anteriormente expuestos, uno de los objetivos que pretende conseguir el discurso de la constitucionalización de la OMC consiste en aislar los intereses políticos de los objetivos normativos del sistema. Los constitucionalistas promueven así una institución basada en normas como un antídoto en contra de las presiones políticas que ejercen los grupos de poder económico que operan al interior de los Miembros de la OMC (particularmente aquellos que operan en EEUU y la UE) en el foro de negociaciones diplomáticas caracterizadas por la disparidad del poder tanto económico como político entre los Miembros⁷³. No obstante, en un foro de negociaciones en el cual se abordan una serie de acuerdos sobre materias de alta relevancia para las economías nacionales, es necesario ejercer también la política para el buen funcionamiento de la institución.

Al igual que al interior de los Estados las decisiones constitucionales conllevan controversias de índole político (por ejemplo, en relación con el derecho al aborto o al matrimonio entre personas del mismo sexo), en el ámbito internacional ocurre lo mismo y una eventual constitucionalización del sistema no evitaría que surgieran presiones políticas⁷⁴. En este sentido, de la misma manera que en los Estados democráticos existe una representatividad democrática; lo mismo debe ocurrir en el régimen de comercio internacional al establecer canales adecuados para dar cabida a una participación más amplia y activa a los actores internacionales que vean sus intereses afectados por el proyecto comercial encabezado por la OMC. Para que sobreviva como una institución legítima que liberaliza el comercio, la OMC necesita de la participación y apoyo —además de aquel proveniente de las élites gubernamentales y de los tecnócratas— de la comunidad internacional en su conjunto, de los distintos grupos de la sociedad civil, de los consumidores y de los ciudadanos en general⁷⁵.

Las políticas comerciales ya no pueden entenderse como políticas interestatales únicamente. El fracaso de la III Conferencia Ministerial de Seattle junto con otras subsecuentes demostraciones en contra de los excesos del actual régimen de comercio, han puesto en evidencia la necesidad de contar con una mayor representatividad y participación en el seno de la institución. La OMC no puede actuar de manera aislada al depender su viabilidad en gran parte de la aceptación popular. Sin embargo, el discurso sobre el constitucionalismo no

⁷³ Para PETERSMANN, también es necesario el constitucionalismo como una respuesta a los abusos de poder para establecer límites a éste a partir de normas e instituciones.

⁷⁴ En este sentido KLABBERS acertadamente subraya que la idea del constitucionalismo “*presumes that [it] helps mankind into an a-political, a-ideological space, a realm somewhere beyond politics where people would no longer disagree with each other. Such a realm, however, does not exist, cannot exist, and would be abhorrent at any rate. The idea of overcoming politics by insisting on adhering to certain fixed values is bound to fail, because reference to those values itself is immensely and intensely political.*” Véase DUNOFF, J., *op cit*, p. 14.

⁷⁵ PAUWELYN, J., *op cit*, p. 9.

ofrece una respuesta al respecto o por lo menos, no lo ofrece en los términos que el discurso ha sido planteado dada la carencia de una base popular para ejercerlo⁷⁶.

La legitimidad social puede existir solamente cuando el público en cuestión considera que el régimen constitucional es justificado o apropiado y por lo tanto, digno de merecer su apoyo por razones distintas al temor de sufrir una sanción. La constitución conlleva un procedimiento de deliberación mediante el cual se asegura que los ciudadanos de esa comunidad sean los autores directos o indirectos de ésta, así como los sujetos de sus normas. Solamente a partir de que el sistema alcanza un cierto grado de legitimidad o aceptación social, puede hablarse de un sistema constitucional⁷⁷. Aún así, resulta difícil imaginar un sistema constitucional de un régimen multilateral en el cual no exista una identidad de intereses comunes como se ha evidenciado en los últimos años a raíz del fracaso de las negociaciones de la Ronda de Doha.

Si bien el proceso hacia una eventual constitucionalización de la OMC ha sido comparado con aquel de la UE como un camino a seguir, entre otros académicos por el profesor PETERSMANN, no debe olvidarse que ambos regímenes obedecen a propósitos distintos y se encuentran caracterizados de maneras diferentes. En este sentido, no debe confundirse el regionalismo con el particularismo. Una región depende de una identidad e intereses comunes, de una distribución del poder equilibrada y de una voluntad compartida de generar y aplicar un orden normativo e institucional autónomo (que no independiente de las normas generales o universales)⁷⁸. Por lo tanto, hablar del constitucionalismo en un régimen regional resulta factible a partir de la presencia de dichas condiciones. Si bien es cierto que la integración económica en el plano regional es un primer paso para una mayor integración como se desprende del caso europeo⁷⁹, la falta de una identidad y de intereses comunes en el plano multilateral de comercio hace inviable que pueda hablarse de una mayor integración en el futuro.

Como bien destaca el profesor REMIRO, el regionalismo “es un hecho histórico anterior al multilateralismo que sigue proyectándose con fuerza hacia el futuro, siendo a menudo las organizaciones de integración comercial, aduanera y económica y los mecanismos de cooperación política el mascarón de proa de un proyecto más complejo de vida en común de países que comparten un ideario, una cultura, un territorio”⁸⁰. En este sentido, cabe destacar que el constitucionalismo sólo admite la existencia de una comunidad única con grados importantes de homogeneidad, como ocurre en Europa⁸¹.

⁷⁶ DUNOFF, J., *op cit*, p. 17.

⁷⁷ CASS, D., *op cit*, p. 200.

⁷⁸ REMIRO BROTONS, A., *op cit*, p. 63.

⁷⁹ REMIRO BROTONS, A., “Multilateralismo y regionalismo en el comercio internacional: algo más que comercio. El caso de América Latina”, en REMIRO BROTONS, A. y ESPÓSITO, C., *La Organización Mundial de Comercio y el Regionalismo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 27.

⁸⁰ REMIRO BROTONS, A. *op. cit.*, p. 63.

⁸¹ COSSÍO, J.R., “Constitucionalismo y Multiculturalismo”, *Isonomía*, n.º 12, Instituto Tecnológico Autónomo de México, abril de 2000, p. 91.

Por el contrario, no cabe hablar de un régimen constitucional en un sistema multilateral de comercio caracterizado por las disparidades del poder económico y político entre sus Miembros, así como por los distintos intereses que representan. Lejos de tender hacia una homogeneidad de intereses, se han evidenciado posiciones muy dispares entre los Miembros de la OMC como se ha evidenciado al concretar los términos de las negociaciones de la Ronda de Doha⁸². Además, la OMC se encuentra enfocada exclusivamente a los derechos de acceso al mercado y no a la observancia de derechos sociales como resulta en el caso europeo y que constituyen un paso fundamental para la legitimidad democrática de la institución. Puede hablarse incluso de la existencia de una relación democrática directa entre el nivel federal de gobierno y el individuo a través del Parlamento Europeo⁸³. En el caso de la OMC, la existencia de un parlamento no se vislumbra en el corto o mediano plazo.

En este sentido, cabe mencionar que el artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (o Tratado de Roma) facultó explícitamente a las instituciones de la CE para emitir reglamentos con efecto directo en todos los países Miembros⁸⁴. Por lo tanto, la idea de un sistema de gobierno federal ya se encontraba implícita al vincular a las instituciones comunitarias con los individuos⁸⁵. Este no es el caso de los Acuerdos de la OMC como ya se discutió con anterioridad. En este sentido, el grupo especial que conoció del asunto Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, negó que existiera una doctrina del efecto directo en las normas del GATT y de la OMC al igual que en el ordenamiento jurídico de la UE: "... el GATT y la OMC no han creado un nuevo ordenamiento jurídico que se aplique tanto a las partes contratantes o Miembros como a sus nacionales."⁸⁶

Lo cierto es que los Acuerdos de la Ronda de Uruguay no se han anunciado explícitamente como una constitución del sistema de comercio internacional, ya que no establece un sistema de frenos y contrapesos constitucionales entre los componentes distintos de la organización ni facultan al Órgano de Apelación para establecer un orden constitucional a partir de la interpretación judicial⁸⁷. Tampoco cabe deducir una tendencia hacia el consti-

⁸² Como destaca el profesor Cossío, el constitucionalismo impide la normativización de cualquier otra opción social o política que no tenga perfecta cabida en sus supuestos, lo cual se traduce en la negación del otro y en la imposibilidad de constituir un pluralismo que no pase estrictamente por el propio constitucionalismo. Cossío, J.R., *op cit*, p. 92.

⁸³ HOWSE, R., *op cit*, p. 259.

⁸⁴ El artículo 189 del Tratado de Roma dispone en la parte relevante que: "*In order to carry out their task and in accordance with the provisions of this Treaty, the European Parliament acting jointly with the Council, the Council and the Commission shall make regulations and issue directives, take decisions, make recommendations or deliver opinions. A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.*"

⁸⁵ HOWSE, R., *op cit*, p. 259.

⁸⁶ Véase el informe del grupo especial *Estados Unidos-Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, para. 7.72.

⁸⁷ DUNOFF, J., *op cit*, p. 8

tucionalismo a partir de la práctica de los órganos políticos de la OMC ni de los informes adoptados por el OSD⁸⁸. El Órgano de Apelación ha sido prudente y acertado en sus resoluciones al no articular una visión constitucional de las relaciones entre las diferentes ramas institucionales de la OMC ni al establecer criterios que separen las funciones de estas ramas, puesto que ello excedería claramente su mandato.

Finalmente, cabe mencionar que los tres enfoques del discurso con respecto a la constitucionalización de la OMC, exageran la superioridad del liberalismo económico por encima de cualquier otro valor o derecho previsto en el régimen jurídico internacional y, en este sentido, exacerbaban el carácter antidemocrático de la constitución con la que pretenden dotar al sistema⁸⁹. El discurso relativo a la constitucionalización de la OMC recuerda a la noción de los regímenes autónomos (o *selfcontained regimes*) que, de acuerdo con un enfoque extremo, se consideran como regímenes que operan al margen del sistema jurídico internacional y por tanto, niegan la aplicación de cualquier norma o principio ajeno al sistema⁹⁰. Aunque se trata de una postura radical y ciertamente los anteriores enfoques no niegan la aplicabilidad de las normas del Derecho internacional dentro del régimen de comercio internacional, se asimilan a esta postura en la medida en que el sistema se encuentra informado por un principio supremo (esto es, la liberalización comercial) a partir del cual se condiciona la interpretación y aplicación de las normas o principios ajenos al sistema.

Como se desprende del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, la intención de los Miembros de la OMC no fue ciertamente la de excluir el Derecho internacional del sistema de comercio⁹¹. Sin embargo, no puede hablarse de un régimen constitucional en el ámbito del comercio internacional cuando los derechos de acceso al mercado condicionan la aplicación de los derechos sociales, siendo éstos un elemento fundamental de un régimen democrático.

IV. CONCLUSIONES

Desde los disturbios experimentados ante la expectativa de la III Conferencia Ministerial de los Estados Miembros de la OMC en Seattle, la legitimidad del proyecto de liberalización comercial que encabeza la OMC ha sido altamente cuestionada por la sociedad civil internacional. La extensión de los Acuerdos de la OMC a áreas de políticas públicas controvertidas y sensibles, muchas de ellas tradicionalmente reservadas a los Estados y al

⁸⁸ *Ibid*, p. 11.

⁸⁹ HOWSE, R., *op cit*, p. 249.

⁹⁰ Ver HESTERMEYER, H., *op cit*, p. 209.

⁹¹ En la parte relevante, el párrafo 2 del artículo 3 del ESD dispone que: “Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.”

margen de la disciplina internacional, ha despertado el interés de los críticos más adversos al fenómeno de la globalización económica.

En el décimo aniversario de la “batalla de Seattle”, poco se ha logrado por dotar de una mayor flexibilidad a los Acuerdos de la OMC en beneficio de los países en desarrollo como se asumió con el lanzamiento del Programa de Doha para el Desarrollo cuyas negociaciones se encuentran estancadas. Los efectos devastadores de la crisis económica actual aunados a aquellos relativos al cambio climático que experimenta el mundo –sobre todo para la población vulnerable de los países en desarrollo– imponen desafíos importantes a los iusinternacionalistas para repensar la arquitectura y diseño de las actuales instituciones económicas internacionales.

En este sentido, la OMC cumple una función importante en la gobernanza global. Aun cuando su propósito es el de liberalizar el comercio con el fin de posibilitar un crecimiento económico que eleve los niveles de vida, las implicaciones sociales que ha tenido dicho modelo han sido altamente dispares y no puede obviarse la responsabilidad compartida que la institución tiene con aquellos países para los cuales la fórmula de la teoría de eficiencia económica sencillamente no ha funcionado.

A raíz de la crisis de legitimidad que aqueja a la OMC, el debate sobre la constitucionalización de esta institución ha cobrado una importancia relevante entre los especialistas en la materia. Sin embargo, ninguno de los tres enfoques que se han analizado, conciben o replantean la estructura del sistema actual con miras a considerar cuestiones distintas a las económicas dentro del sistema de comercio, sobre todo a partir de la afectación directa que las normas de la OMC tienen sobre los derechos individuales. Su preocupación principal consiste en aislar los intereses políticos de los objetivos normativos del sistema. No obstante, en un sistema constitucional resulta imposible aislar la política al consistir ésta en un elemento indispensable del primero; ya que a través de la participación y deliberación de los actores en la arena constitucional se representan los distintos intereses de la comunidad que conforma y legitima a ese sistema.

Luego entonces, no puede pretenderse que la OMC se limite al enaltecimiento y ciega obediencia de todos sus Miembros hacia un único valor. La deficiencia de estos enfoques para dotar a la OMC de una mayor legitimidad, por lo tanto, radica en la premisa de naturaleza utilitaria de la cual parten. El libre comercio es visto como la herramienta necesaria y más adecuada para lograr una comunidad internacional pacífica a través de la elevación de los estándares de vida y del respeto a los derechos humanos, lo cual impide que se tomen en cuenta consideraciones de tipo distributivo. Al enfocarse única y exclusivamente en objetivos económicos tendientes a la liberalización comercial, el reconocimiento de los derechos humanos y de los demás instrumentos internacionales queda supeditado al reconocimiento de aquellos previstos en los Acuerdos de la OMC. Solamente a partir de éstos, cabe interpretar o “acomodar” los demás derechos. Una visión constitucional de la OMC

puede llevar a una visión expansionista e incluso imperialista del régimen de comercio internacional.

Finalmente, la intención de los negociadores del GATT no fue la de establecer un régimen constitucional de pesos y contrapesos, sino únicamente la de crear un foro de negociaciones multilateral con el objeto de facilitar la cooperación entre éstos. Consecuentemente, no es factible hablar de un modelo constitucional cuando no se cumplen los criterios tradicionales establecidos por la literatura constitucional tales como la ausencia de un proceso de deliberación que facilite el diálogo entre los distintos sistemas particulares del Derecho internacional y de una representatividad democrática que dote de legitimidad social al sistema.

Al respecto, cabe destacar que para hablar de un régimen constitucional entran en juego una serie de principios que actualmente se encuentran ausentes en el sistema internacional: esto es, la división de poderes y una vía judicial internacional que garantice la protección de los derechos humanos, como se ha reconocido desde 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (artículo 16): “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”.

Si se pretende dotar a la institución de una mayor legitimidad, éste debe de dejar servir única y exclusivamente a los intereses de los productores. El replanteamiento del sistema multilateral de comercio podría complementarse con el constitucionalismo del Derecho internacional en función de la existencia de una comunidad internacional. A partir de la reiteración de los derechos individuales previstos tanto en la Carta de las NU y la DUDH en las resoluciones y demás instrumentos internacionales que han impuesto una obligación a los Estados de observarlos, puede considerarse en la actualidad que los derechos humanos han alcanzado una aceptación universal. Como destacó en su momento el juez ÁLVAREZ en la Opinión Consultiva de la CIJ con respecto a las Reservas a la Convención contra el Genocidio, el carácter universal del “nuevo derecho constitucional internacional” conformado por las convenciones que buscan regular cuestiones de interés social con el fin de mejorar la situación de los individuos, se desprende a raíz de que éstas fueron establecidas no para el beneficio de intereses privados, sino en aras del interés general. Luego entonces, a partir de esta premisa pueden explorarse nuevas maneras de establecer vínculos entre el Derecho de la OMC y la pluralidad de ordenamientos en los cuales la OMC tiene una afectación importante, como los derechos humanos y el derecho del medio ambiente.

Al dejar de lado el discurso en torno a la constitucionalización de la OMC, la interrogante por conferir a ésta de una mayor legitimidad sigue latente. A partir de los estudios comparados y aquellos centrados en la gobernanza global de las instituciones internacionales, resaltan algunos aspectos que contribuirían significativamente a dotar a la OMC de una mayor legitimidad:

- A) En primer lugar, los órganos judiciales de la OMC deben observar una mayor sensibilidad institucional. No solamente al reconocer que otros tribunales internacionales se encuentran en una posición más apta para pronunciarse sobre una controversia determinada, sino también en el reconocimiento de que la OMC es un régimen especializado que opera dentro del marco jurídico del Derecho internacional y que como tal, se encuentra sujeto a éste para colmar tanto sus lagunas jurídicas como para servir de parámetro de interpretación de sus disposiciones.
- B) En segundo lugar, es necesario dotar al sistema multilateral de comercio de una representatividad democrática en tanto sus normas tienen una afectación directa en los individuos. Ello contribuiría a generar en los individuos un sentido de pertenencia a la institución y confianza en las actividades que se desempeñen en el seno de la misma, ya sea a través de sus Miembros o por la Secretaría de la OMC. En este sentido, la labor de las ONG podría resultar relevante al proveer de un vínculo entre la sociedad civil y las instituciones. Ello propiciaría una mayor rendición de cuentas y transparencia en las actividades de la OMC. No debe olvidarse que la globalización económica representa también una oportunidad y desafío para satisfacer los derechos económicos y sociales y, en este sentido, una enorme oportunidad para involucrar a los actores no estatales en la resolución de los problemas relativos a la protección de los derechos humanos.
- C) Asimismo, debe existir una comunicación abierta y permanente con las demás instituciones internacionales cuyos ámbitos de competencia se vean afectados por la aplicación de las normas de comercio internacional. En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las NU para los Derechos Humanos, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el Programa de las NU para el Desarrollo y el Programa de las NU para el Medio Ambiente parece fundamental en la construcción de un sistema jurídico coherente que tienda hacia la unidad y disminuya los riesgos de una fragmentación de éste mediante una participación activa en los distintos órganos de la OMC. Los esfuerzos realizados por el Director General de la OMC, Pascal LAMY, en la organización de foros sociales que versan sobre cuestiones apremiantes para la comunidad internacional, constituyen sólo un primer paso para abrir las puertas de la Organización.