

LA OMC Y LOS DERECHOS DEL INDIVIDUO

*Steve Charnovitz **

*Con la colaboración de Maristella Aldana ***

SUMARIO: I. Derechos individuales en el derecho nacional. 1. Derechos económicos sustantivos. 2. Derechos procesales. II. Derechos individuales en la OMC. III. Jurisprudencia sobre el individuo. IV. Fortalecimiento de los derechos privados en una nueva ronda comercial. 1. Derechos económicos sustantivos. 2. Derechos procesales en el derecho nacional. 3. Derechos procesales en la OMC. 4. Mejoramiento de las percepciones del público. Conclusión.

El Acuerdo de Marrakech, por medio del cual se establece la Organización Mundial del Comercio («OMC»), guarda silencio respecto a su relación jurídica con el individuo ¹. Podría pensarse que una organización internacional establecida para emancipar el comercio, no podría tener otro propósito que proteger los derechos de los agentes particulares del comercio internacional. La realidad, sin embargo, es que el Acuerdo de Marrakech no tiene como objetivo lograr el «libre comercio» sino «la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas,

* Abogado, Wilmer, Cutler & Pickering, Washington, D.C. Las opiniones expresadas en este artículo son las del autor. Una versión anterior de este artículo fue publicada bajo el título «The WTO and the Rights of the Individual» en Vol. 36, *Intereconomics*, March/April 2001, pp. 98-108.

** Abogada colombiana, miembro del Programa Internacional de Wilmer Cutler & Pickering, Washington, D.C.

¹ El Acuerdo de Marrakech establece la Organización Mundial del Comercio (en adelante, el Acuerdo de Marrakech), en Organización Mundial del Comercio, Textos Jurídicos. El Acta Final de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales.

la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales»². La expresión «acuerdos... sobre la base de la reciprocidad» deja ver que el epicentro del Acuerdo de Marrakech no es el comerciante individual, sino que éste más bien gira en torno de la coordinación de políticas gubernamentales. El que la disposición citada tenga por objeto a las «relaciones comerciales internacionales» confirma lo anterior.

Un visitante de otro planeta que le dé un vistazo al Acuerdo de Marrakech podría sacar una conclusión errónea sobre la economía terrestre. Este visitante podría inferir que el comercio internacional se lleva a cabo entre estados (o entre naciones) y que los presuntos beneficiarios del Acuerdo de Marrakech son los estados Miembros de la OMC. Esta inferencia apresurada sería equivocada. Si bien es cierto que los sujetos del Acuerdo de Marrakech son los estados, un examen más cercano del sistema de comercio multilateral muestra que éste incorpora a los agentes económicos individuales. El Acuerdo de Marrakech tiene anexos diecisiete acuerdos comerciales, relacionados entre sí y que, en su mayoría, de manera indirecta, otorgan derechos al individuo. Este importante rasgo de la OMC no ha recibido la atención que merece.

En años recientes, algunos comentaristas han llamado a la OMC la «Constitución del Comercio Mundial»³. El Acuerdo de Marrakech, siguiendo el esquema de las constituciones nacionales y de manera similar a las cartas de otras agencias internacionales, tales como la

² Acuerdo de Marrakech, *ibid*, preámbulo.

³ Véase, e.g., Ernst-Ulrich Petersmann, «The WTO Constitution and Human Rights», en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, No. 1, 2000, pp. 19-25; John O. McGinnis & Mark L. Movsesian, «The World Trade Constitution», en *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 2, 2000, pp. 511-605. En 1997 el entonces Director General de la OMC General Renato Ruggiero fue citado diciendo «estamos redactando la constitución de una sola economía global». Kevin Danaher, «El comercio es una decisión del “pueblo” de no quedarse arrinconado», en *Christian Science Monitor*, 19 de septiembre de 1997, p. 18.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud, determina las reglas de decisión y establece la separación de poderes entre los diferentes organismos de la OMC. Sin embargo, las bases constitucionales de la OMC son más profundas, en tanto que aborda la nación-estado para garantizar los derechos del individuo.

El propósito de este artículo es examinar este poco conocido aspecto del derecho económico internacional. El artículo está dividido en cuatro partes. La primera parte examina la manera en que los acuerdos de la OMC ordenan el reconocimiento en el ámbito nacional de ciertos derechos del individuo. La segunda parte aborda la manera limitada en que los acuerdos de la OMC otorgan derechos procesales a los individuos en el ámbito de la OMC. La tercera parte discute la forma en que la nueva jurisprudencia de la OMC ha explicado esta nueva relación e interpretado las reglas de la OMC a la luz de las necesidades de los agentes económicos. La cuarta parte propone formas en las que se podría construir sobre estos desarrollos para reforzar los derechos individuales en una nueva ronda comercial de la OMC.

Para propósitos de este artículo «agentes económicos» son a aquellos participantes en el mercado que buscan satisfacer su propio interés. Estos pueden ser personas naturales, sociedades, asociaciones, cooperativas o sindicatos y pueden operar como productores, consumidores, proveedores de servicios, exportadores o importadores. Probablemente los agentes económicos de mayor tamaño estarán en mejor posición para beneficiarse de los derechos de la OMC que los agentes más pequeños.

I. DERECHOS INDIVIDUALES EN EL DERECHO NACIONAL

Conviene referirse brevemente a los derechos individuales antes de entrar a discutir la OMC. La percepción que el derecho fundamenta y promueve un mercado eficiente se remonta a tiempos ancestrales. En el derecho internacional moderno, la idea que los estados

tienen un interés común en la protección de los derechos sustantivos otorgados a los individuos en otros países triunfó por primera vez en 1919 con el establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo («OIT»). Ese año, el Convenio sobre la Protección de la Maternidad de la OIT estipuló que la mujer «tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas»⁴. La prescripción internacional de derechos procesales dentro del derecho nacional se dio pocos años después. En 1927, el Convenio sobre Seguro de Enfermedad de la OIT instruyó a los gobiernos a otorgar al solicitante el «derecho de recurso» en caso de litigio sobre su derecho a prestaciones⁵. En 1933, el Convenio sobre el Seguro de Vejez instruyó a los gobiernos a proporcionar a los individuos y a los empleadores el derecho de apelar ante «tribunales especiales» que conozcan las finalidades del seguro⁶. En una economía regulada, una máxima del estado de derecho es la protección de los derechos procesales. Es por ello que, cuando una agencia o burócrata tiene el poder de tomar decisiones que afectan a un agente económico, el estado le reconoce a éste último el derecho de recurrir ante una entidad superior frente a la cual puede quejarse de una acción arbitraria o de un enriquecimiento ilícito del primero.

Tomando estos antecedentes como punto de partida, este artículo explora desarrollos elaborados a partir de la Ronda de Uruguay. Los acuerdos de la OMC conforman un sistema de derechos y obligaciones de los estados miembros que si bien —salvo una excepción— no se predicán de los agentes individuales, si garantizan ciertos derechos a los individuos de manera indirecta.

⁴ Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, número 3, 1919, artículo 3(b).

⁵ Convenio relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico, número 24, 1927, artículo 9.

⁶ Convenio relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico, número 35, 1933, artículo 11. (Este convenio ha sido dejado de lado por la OIT).

1. Derechos Económicos Sustantivos

De acuerdo con normas de la OMC, los agentes económicos son titulares de derechos económicos sustantivos en el ámbito nacional. Los dos mayores logros en este sentido provinieron del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Los derechos sustantivos son una característica nueva del sistema comercial multilateral que no se encontraba en el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947 ⁷. Derechos sustantivos son aquellos que conllevan un derecho de propiedad o una oportunidad para un agente económico que es garantizada legalmente.

El Acuerdo sobre ADPIC exige a los gobiernos la creación y otorgamiento de «derechos de propiedad» intelectual a los nacionales de otros estados miembros de la OMC ⁸. Los redactores del acuerdo anticiparon que estos derechos probablemente también serían otorgados a los nacionales, ya que no sería políticamente aceptable para un gobierno otorgar mayores derechos a los extranjeros que a los ciudadanos nacionales. Es así como los agentes económicos pueden obtener estos derechos no sólo en países extranjeros, sino también en el propio.

⁷ Existe una excepción en el artículo XVII:1(c) del GATT que prohíbe a los estados impedir que una empresa bajo su jurisdicción actúe de acuerdo con los principios del artículo XVII:1(a) y (b). El principio del literal (a) puede interpretarse como un requisito para que existan medidas gubernamentales de trato no discriminatorio para las importaciones y exportaciones de comerciantes privados. El principio del literal (b) puede significar que las empresas son libres de tomar decisiones de compra o venta de acuerdo con criterios comerciales. Solamente un panel ha considerado el artículo XVII:1(c) y su fallo fue inconcluso en cuanto al alcance de la norma. Canadá-Administración del «Foreign Investment Review Act», Reporte del Cuerpo Especial, GATT, BISD 30s/140, para. 5.16.

⁸ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (en adelante ADPIC), artículos 1.3, 2.1, 9.1, 9.2, 10.2, 11, 14.2, 16.1, 25.1, 27.1, 31(h), 35. ADPIC también exige que los gobiernos traten a los extranjeros de manera no menos favorable que a los nacionales. *Ibid.*, artículo 3.1.

ADPIC es un régimen amplio pero con una sola perspectiva; otorgar derechos exclusivos de propiedad sobre derechos de autor, marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales, patentes, circuitos integrados e información no divulgada ⁹. Los «titulares de los derechos» pueden recaudar rentas y evitar que otros infrinjan su privilegio durante períodos de tiempo especificados que tienden a ser largos. Un inventor, por ejemplo, tiene derecho exclusivo sobre una patente por un período de 20 años ¹⁰. A pesar de que uno de los objetivos de ADPIC es promover la innovación tecnológica, los estados miembros de la OMC no tienen libertad para experimentar con otros esquemas que eviten las ineficiencias que conlleva un monopolio establecido por el gobierno ¹¹.

El AGCS incorpora con algunas variaciones la tradicional cláusula de nación más favorecida («NMF») y los principios de trato nacional. Mientras que en el GATT, las obligaciones de NMF y trato nacional se aplican sólo a los productos ¹², en el AGCS estos principios también se aplican a los agentes económicos, es decir, a los «proveedores de servicios» ¹³. El principio de NMF establece que un estado dará a los proveedores de servicios y los servicios de otros miembros de la OMC un trato no menos favorable que el que se da a los proveedores de servicios o servicios similares de cualquier otro país ¹⁴. La disposición de trato nacional exige que, con respecto a los sectores inscritos en la lista de concesiones de un determinado estado, dicho estado trate a los proveedores de servicios y los servicios extranjeros

⁹ A los países en vías de desarrollo se les da un período de tiempo adicional para satisfacer estos requisitos. Artículos 65.4 y 66.1 de ADPIC.

¹⁰ Artículo 33 del ADPIC.

¹¹ Artículo 7 (Objetivos) de ADPIC. Desde luego, los gobiernos pueden otorgar estos derechos y después comprarlos con dinero de los contribuyentes. El artículo 27.3(b) de ADPIC permite la experimentación para la protección legal de variedades de plantas.

¹² Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante GATT), artículos I, III.

¹³ Werner Zdouc, «WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS», en *Journal of International Economic Law*, vol. 2, número 2, 1999, pp. 295, 324-327.

¹⁴ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (en adelante AGCS), artículo II:1. Los proveedores de servicios pueden ser personas naturales. Artículos I:2(d), XXVIII(k) de AGCS.

de manera no menos favorable que a los proveedores de servicios y servicios nacionales similares ¹⁵.

Los proveedores de servicios y los inventores no adquieren estos derechos sustantivos directamente de ADPIC y de AGCS. Estos derechos les son otorgados por los estados miembros, a través de la implementación de sus obligaciones frente a la OMC. Por lo tanto, si un estado incumple con sus obligaciones bajo el tratado, un agente económico no puede accionar directamente frente a la OMC. Sus alternativas están limitadas a recurrir frente al estado que niega el derecho o ejercer presión frente a su propio estado para que presente una queja ante la OMC.

Puede suceder fácilmente que la OMC exonere a un estado de su obligación de respetar estos derechos sustantivos fundamentales, toda vez que los mismos se extienden sólo de manera indirecta a los individuos. Esta exoneración puede presentarse como consecuencia de la puesta en marcha del sistema de solución de diferencias de la OMC. El proceso es complejo pero se puede explicar de manera sencilla; si un estado acusado de incumplir sus obligaciones frente a la OMC pierde el caso ante un panel de la OMC y luego se niega a conformar sus prácticas con las reglas de la OMC dentro del plazo prescrito, el demandante puede obtener autorización de la OMC para imponer sanciones en contra del estado infractor. Esto es lo que sucedió en 1999 en relación con la disputa de los *Bananos*, cuando el gobierno de Estados Unidos obtuvo aprobación para imponer altos aranceles aduaneros a los productos de la Comunidad Europea. En el año 2000, por primera vez, la OMC permitió que la sanción fuera implementada a través de la eliminación de derechos de propiedad intelectual. Específicamente, la OMC autorizó al gobierno de Ecuador la

¹⁵ Artículo XVII:1 de AGCS.

suspensión de sus obligaciones bajo ADPIC frente a la Comunidad Europea ¹⁶. Aunque en su decisión los árbitros de la OMC sí señalaron que esto podría afectar los derechos privados de los individuos en Europa, tales derechos no podían ser protegidos porque el sistema de solución de diferencias de la OMC debía aprobar una sanción para la Comunidad Europea ¹⁷.

2. Derechos Procesales

Para permitir que los agentes individuales obtuvieran los beneficios de los acuerdos de la OMC, los redactores establecieron varios requisitos procesales y administrativos que deben ser satisfechos por los estados miembros. Muchos de estos requisitos conllevan derechos indirectos de «debido proceso» para los agentes económicos, que les permiten obtener reparación, presentar comentarios a agencias nacionales o apelar fallos. A diferencia de los derechos económicos sustantivos antes discutidos, estos derechos procesales se predicen tanto de los agentes nacionales, como de los agentes extranjeros.

La idea de utilizar un tratado comercial para otorgar derechos procesales no es original de la Ronda de Uruguay. Esta idea surgió con anterioridad y fue parte del Artículo X del GATT, redactado en 1947. Más específicamente, el Artículo X:3(b) del GATT exige que cada parte mantenga «tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos destinados, entre otras cosas, a la pronta revisión y rectificación de medidas administrativas relativas a las cuestiones aduaneras» ¹⁸. Más aún, esta disposición requiere que dichos tribunales sean independientes de la agencia administrativa y enfatiza que los «importadores» pueden presentar recursos de apelación. El Artículo X del GATT también contiene una disposición que exige la publicación

¹⁶ Comunidad Europea. Régimen para la importación, venta y distribución de bananos. Recurso de las comunidades europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, Decisión de los árbitros (en adelante Arbitraje de Ecuador), 24 de marzo de 2000, WT/DS27/ARB/ECU, párrafos 141, 144, 173(d). Hasta ahora Ecuador no ha ejercido su autoridad de represalia.

¹⁷ Arbitraje de Ecuador, párrafo 157.

¹⁸ Artículo X:3(b) del GATT.

expedita de las leyes comerciales, regulaciones y fallos administrativos para que tanto los gobiernos como los «comerciantes» puedan familiarizarse con ellos ¹⁹.

Al exigir que los estados otorguen un debido proceso a los agentes económicos, el GATT original estableció las bases para la consagración de derechos más amplios en los acuerdos de la OMC. Al igual que el GATT, la OMC —salvo una excepción— no otorga derechos procesales de manera directa a los individuos, pero si ordena que los estados miembros lo hagan. La garantía de los derechos procesales es una característica central de cuatro acuerdos de la OMC. Éstos son los acuerdos sobre antidumping, subvenciones, propiedad intelectual y servicios.

El Acuerdo Antidumping exige a los estados otorgar numerosos derechos procesales a la industria nacional y a las «partes interesadas» ²⁰. El dumping es un esfuerzo para vender un producto exportado a un precio menor que su precio comparable de venta en el país exportador. Cuando el dumping causa un daño significativo a los productores nacionales, el estado importador puede intentar evitar las importaciones aplicando un derecho antidumping. El Acuerdo Antidumping no es perfectamente claro sobre si los procedimientos prescritos deben llevarse a cabo por todos los estados miembros de la OMC o solamente por aquellos que utilizan medidas antidumping.

Los estados deben iniciar una investigación antidumping a partir de la solicitud de una industria nacional ²¹. Una vez que un gobierno

¹⁹ Artículo X:1 del GATT. En el caso de *Películas y Papel Fotográfico* de Japón, el panel de la OMC mantuvo que esta disposición se aplica tanto a fallos de aplicación general como a casos individuales. Japón. Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo, Informe al Grupo Especial, 31 de marzo de 1998, WT/DS44/R, párrafo 10.388.

²⁰ Varias de estas disposiciones se encontraban también en el Código Antidumping de la Ronda de Tokio. Véase el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, 30 de junio de 1967, GATT, *Basic Instruments and Selected Documents, Supplement*, vol. 15, p. 24.

²¹ Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en adelante Acuerdo Antidumping), artículo 5.1. El pie de página 14 explica que los empleados también pueden instaurar una investigación.

inicia una investigación antidumping, surgen para éste muchas obligaciones procesales. Las obligaciones primordiales son: (1) notificar la investigación al público y a las partes interesadas; (2) dar a las partes interesadas una amplia oportunidad de presentar pruebas y de defender sus intereses; (3) fundamentar el rechazo de un compromiso de aumento de precios que haga un exportador para evitar la imposición de un derecho antidumping y darle al exportador la oportunidad de hacer comentarios al respecto; (4) ofrecer revisión judicial; y (5) dar a las partes interesadas el derecho de solicitar a las autoridades un examen sobre la necesidad de continuar con el derecho antidumping así como su eliminación cuando éste deje de ser necesario ²². Dentro de las partes interesadas están el gobierno del país exportador; el exportador o productor extranjero; el importador; cualquier asociación o unión cuyos miembros sean productores, exportadores, o importadores del producto bajo investigación; el productor del producto competitivo en el país de importación y cualquier asociación cuyos miembros produzcan el producto similar en el país de importación ²³. El derecho procesal de las partes interesadas consistente en buscar la revisión del derecho antidumping es especialmente importante, ya que este proceso podría considerarse más reglamentario que declaratorio.

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC) contiene disposiciones análogas con respecto a la investigación de subvenciones de los gobiernos extranjeros y la imposición de medidas compensatorias ²⁴. Estas disposiciones siguen de cerca el Acuerdo Antidumping y por lo tanto no se detallarán aquí. En unas cuantas áreas, sin embargo, el SMC va más allá de lo que se establece

²² Acuerdo Antidumping, artículos 6.1, 12.1, 12.2 (Aviso); 6.2, 6.9 (Defensa), 8.3 (Compromisos-Observaciones), 13 (Revisión Judicial), 11.2 (Examen). Las observaciones están limitadas por las expresiones «siempre que sea factible» y «en la medida de lo posible».

²³ Acuerdo Antidumping, artículo 6.11. El estado deberá además dar oportunidad de presentar información pertinente para la investigación a los usuarios industriales del producto bajo investigación y a organizaciones de consumidores representativas. *Ibid.*, artículo 6.12.

²⁴ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (en adelante SMC), artículos 10-23.

en el Acuerdo Antidumping. Primero, bajo el SMC, la autoridad encargada de la investigación sólo puede basar su decisión en la información del expediente escrito que se encuentre disponible para las partes interesadas participantes en la investigación ²⁵. Segundo, los estados acuerdan establecer procedimientos para tomar en cuenta los argumentos presentados por las partes nacionales interesadas (incluyendo a los consumidores) que podrían verse afectadas negativamente por la imposición de una medida compensatoria ²⁶. Tercero, el SMC aclara que todas las partes interesadas que participen en el procedimiento administrativo y resulten directa o indirectamente afectadas tendrán a su disposición el recurso de revisión judicial ²⁷. Finalmente, el SMC requiere que cada estado miembro de la OMC realice una investigación de medidas compensatorias a partir de la solicitud de la industria nacional ²⁸. Los gobiernos no están obligados a imponer medidas compensatorias, pero aparentemente estarían obligados a iniciar una investigación una vez se haga una solicitud apropiada ²⁹.

El ADPIC impone numerosas obligaciones a los estados, consistentes en garantizar ciertos derechos procesales a los titulares de derechos privados. Una obligación primordial es la «transparencia» ³⁰. Las leyes y las regulaciones deberán publicarse de manera tal que los estados y los titulares de los derechos puedan familiarizarse con ellas ³¹. Otra obligación importante es el establecimiento de un sistema de observancia. En este sentido, cada estado deberá tener mecanismos que permitan a un agente económico iniciar procedimientos administrativos

²⁵ SMC, artículo 12.2.

²⁶ SMC, artículo 19.2.

²⁷ SMC, artículo 23.

²⁸ SMC, artículo 11.1 y 32.5.

²⁹ SMC, artículo 19.2.

³⁰ ADPIC, artículo 63.1.

³¹ En el caso de Protección de Patentes de la India, el panel mantuvo que «[d]ebe haber una garantía de que el público —incluidos los nacionales interesados de los demás Miembros de la OMC— está adecuadamente informado» sobre las prácticas de administración de patentes. India-Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, *Informe del Grupo Especial*, 5 de septiembre de 1997, WT/DS50//R, para. 7.42.

o judiciales cuando se presente cualquier infracción de sus derechos de propiedad intelectual ³². Si se encuentran involucrados bienes importados, el estado deberá adoptar un procedimiento que permita al titular de los derechos solicitar a las autoridades de aduana el bloqueo de la libre circulación de un bien que carezca de una marca auténtica o de derechos de autor ³³. Por enfatizar la necesidad de implementar las obligaciones existentes bajo ADPIC en la legislación nacional y por otorgar el derecho de acción, ADPIC podría catalogarse como el más autónomo de los acuerdos de la OMC en materia de implementación ³⁴.

El AGCS exige que los estados garanticen el debido proceso a los agentes económicos extranjeros ³⁵. Específicamente establece que cada estado deberá mantener «tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que permitan, a petición de un proveedor de servicios afectado, la pronta revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios y, cuando esté justificado, la aplicación de remedios apropiados» ³⁶. Cuando se requiera de autorización previa para la prestación de un servicio, el estado debe responder al solicitante dentro de un período de tiempo razonable y debe darle información sobre el estado de la solicitud de autorización ³⁷. En la lista de compromisos específicos sobre Telecomunicaciones Básicas, los estados signatarios se comprometen a dar al proveedor de servicios acceso a un «órgano nacional independiente» para resolver

³² ADPIC, artículos 22.2, 23.1, 26.1, 28.1, 31(i), 39.2, 41, 42 y 46.

³³ ADPIC, artículo 51. Esta disposición implica que los estados miembros de la OMC no pueden tener fronteras abiertas y deben emplear autoridades de aduana.

³⁴ ADPIC, artículos 41.1 y 67. Sin embargo, como un comentarista lo hace notar, en un país podría haber pocas partes privadas que tengan un incentivo para hacer cumplir las obligaciones de ADPIC en los tribunales nacionales. Laurence R. Helfer, «Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPS Agreement: The Case for a European Human Rights Analogy», en *Harvard International Law Journal*, vol. 39, número 2, 1998, pp. 357, 398.

³⁵ Este requisito se aplica solamente a los estados que expresen compromisos específicos en sus cronogramas sobre servicios.

³⁶ AGCS, artículo VI:2(a).

³⁷ AGCS, artículo VI:3.

diferencias con respecto a la interconexión con un proveedor importante ³⁸. Otra disposición del AGCS que merece ser mencionada aun cuando no confiere un derecho es aquella mediante la cual el AGCS instruye a los estados a cooperar con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales relevantes en relación con la adopción de normas y criterios internacionales comunes para los proveedores de servicios ³⁹.

La atención que se le da a los agentes económicos en otros acuerdos de la OMC es menos central, pero estos siguen siendo importantes. El Acuerdo sobre Salvaguardias requiere que al inicio de una investigación sobre salvaguardias, los gobiernos den aviso al público y sostengan audiencias en las cuales los importadores, los exportadores y otras partes interesadas puedan presentar pruebas y responder a los argumentos y presentaciones de otras partes ⁴⁰. El Acuerdo de Valoración en Aduana exige que los estados incorporen en sus leyes el derecho del importador de apelar una determinación del valor en aduana ⁴¹. El Acuerdo sobre Normas de Origen estipula que un exportador o importador puede pedirle a un gobierno una evaluación oficial sobre el origen de un bien ⁴². El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) instruye a los gobiernos a proporcionar un «plazo prudencial» entre la publicación de nuevas regulaciones y su entrada en vigor, para, de esta forma, dar tiempo a

³⁸ Comunidad Europea, Compromisos, Doc. de la OMC GATS/SC/31/Supl. 3.

³⁹ AGCS, artículo VII:5.

⁴⁰ Acuerdo sobre Salvaguardias, artículo 3.1.

⁴¹ Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, artículos 11.1 y 11.2. Nótese que en 1994, el artículo VII:5 del GATT estipulaba que los métodos para la determinación de valor deberían recibir suficiente publicidad para que los comerciantes pudieran estimar, con un grado razonable de certeza, el valor para propósitos aduaneros. Ésta es una disposición de transparencia.

⁴² El Acuerdo sobre Normas de Origen, artículos 2(h) y 3(f). Esta evaluación se hará tan pronto como sea posible y en ningún caso en más de 150 días. Además, deberá ser apelable ante un tribunal independiente.

los «productores» de adecuar sus productos y métodos de producción ⁴³. El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) exige a los gobiernos publicar un aviso cuando introduzcan nuevos reglamentos técnicos, con el objeto que las partes interesadas puedan familiarizarse con los mismos. Así mismo requiere que los gobiernos den un «plazo prudencial» antes de que las regulaciones entren en vigor, salvo que existan circunstancias urgentes ⁴⁴. Anexo al Acuerdo sobre OTC se encuentra un Código de Buena Conducta para la institución con actividades de normalización, que es obligatorio ⁴⁵. El Código va más allá que el OTC al requerir que se otorgue un plazo de 60 días a las partes interesadas para la presentación de comentarios ⁴⁶. A la institución con actividades de normalización se le instruye para que «tome en consideración» los comentarios y responda, si así se le solicita ⁴⁷.

Finalmente, el Acuerdo sobre Contratación Pública exige a las partes establecer procedimientos que permitan a los proveedores extranjeros invocar una infracción del Acuerdo, la cual se llevará a cabo frente a un tribunal o un órgano de examen imparcial e independiente ⁴⁸. Estos procedimientos deben contemplar mecanismos que permitan que la infracción sea corregida o que se indemnice al proveedor por los perjuicios sufridos.

⁴³ Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (en adelante MFS), artículo 7, anexo B, párrafo 2. Existe una excepción para circunstancias urgentes.

⁴⁴ Acuerdo de la OMC sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (en adelante OTC), artículos 2.9.1, 2.10 y 2.12.

⁴⁵ El Código de la Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas es el Anexo 3 del OTC (en adelante Código de Buena Conducta). El artículo 4 del OTC estipula que el Código de Buena Conducta es obligatorio para las instituciones del gobierno central con actividades de normalización. En el léxico del OTC, los «reglamentos técnicos» son obligatorios, mientras que las «normas» número Anexo 1 del OTC.

⁴⁶ Código de Buena Conducta, párrafo L.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo N.

⁴⁸ Acuerdo sobre Contratación Pública, artículo XX. Este acuerdo es plurilateral, lo que quiere decir que la adhesión no es obligatoria para los estados miembros de la OMC. Para incrementar la transparencia en la contratación, se podría negociar un acuerdo por separado. Sue Arrowsmith, «Towards A Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement», en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, número 4, 1998, pp. 793-816.

II. DERECHOS INDIVIDUALES EN LA OMC

La segunda parte de este artículo trata otro aspecto nuevo del sistema comercial mundial; la extensión del derecho procesal directamente al agente económico. En comparación con numerosas disposiciones antes discutidas, esta faceta del constitucionalismo de la OMC está desarrollada sólo de manera superficial. Es por ello que esta parte es corta.

Este novedoso aspecto surgió con el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición (IPE). Las actividades de inspección previa a la expedición verifican la calidad, la cantidad, el precio y la clasificación aduanera de los bienes. Algunos estados ordenan que los bienes sean inspeccionados antes de ser embarcados. El IPE obliga a estos estados a exigir de las entidades de inspección el establecimiento de un procedimiento de quejas que esté a disposición de los exportadores⁴⁹. Adicionalmente, deben existir mecanismos para que los exportadores o los inspectores puedan referir la controversia a la «Entidad Independiente» dos días hábiles después de presentada la queja⁵⁰. En tal caso, la Entidad Independiente establecerá un panel arbitral, cuya decisión será obligatoria y versará sobre si las partes han cumplido el IPE⁵¹. La Entidad Independiente fue establecida en 1995 por la OMC, en cooperación con la Federación Internacional de Agencias de Inspección y la Cámara Internacional de Comercio⁵².

El procedimiento de revisión descrito da al agente económico —el exportador— un derecho de acción bajo las reglas de la OMC. El exportador puede presentar una queja directamente a la OMC, alegando que el agente del gobierno importador (la entidad de inspección previa la expedición) está violando el IPE. En otras palabras, el

⁴⁹ Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición (en adelante IPE), artículo 2.21.

⁵⁰ Acuerdo IPE, artículo 4.

⁵¹ Acuerdo IPE, artículo 4(f) y 4(h).

⁵² Funcionamiento de la Entidad Independiente prevista en el artículo 4 del Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición, Consejo General de la OMC, decisión del 13 de diciembre de 1995.

individuo tiene la capacidad para hacer cumplir el derecho comercial internacional a través de la Entidad Independiente de la OMC. Hasta ahora, esta disposición única no ha sido probada.

III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL INDIVIDUO

Si bien al sistema de solución de diferencias de la OMC sólo pueden someterse diferencias entre estados, todas éstas reflejan rivalidad entre agentes económicos privados. No se puede descartar una controversia exclusivamente entre estados —por ejemplo, dos empresas comerciales del estado—pero un caso como éste no se ha presentado ante la OMC. A pesar del papel central de los agentes particulares en los diferendos comerciales, el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC no los reconoce de manera explícita.

Sin embargo, los paneles de la OMC están empezando a levantar el velo estatal para analizar los intereses de los agentes económicos, que son los que realmente están en juego en un diferendo. El caso más notorio es el del *Artículo 301*, donde el panel sostuvo que una aplicación hipotética de una controversial ley comercial estadounidense no violaba las reglas de la OMC ⁵³. El panel estuvo de acuerdo con la parte demandante, la Comunidad Europea, en que una prospectiva implementación de la ley del «*Artículo 301*» sería actualmente una violación de las reglas de la OMC. Sin embargo, en esta instancia, el panel aceptó la defensa del gobierno estadounidense en el sentido que el Representante Comercial de Estados Unidos no tenía discreción para infringir la ley de la OMC en la forma alegada ⁵⁴.

⁵³ Artículos 301 A 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, Informe del Grupo Especial, 22 de diciembre de 1999, WT/DS152/R, párrafo 8.1 (en adelante Informe del Grupo Especial sobre el Artículo 301). El artículo 301 autoriza al representante comercial de Estados Unidos a investigar prácticas comerciales extranjeras que afecten el comercio estadounidense y a tomar represalias en contra de países extranjeros.

⁵⁴ Informe del Grupo Especial sobre el artículo 301, párrafos 7.96, 7.109, 7.125 y 7.136. Los miembros del panel fueron David Hawes, Terje Johannessen y Joseph Weiler.

Esta decisión del panel, llena de contenido *vis-à-vis* el operador económico individual, analizó porqué una medida de carácter general puede ser cuestionada en la OMC aún cuando no haya sido implementada. El panel inicia su análisis señalando que el «GATT/OMC *no* creó un nuevo orden legal, sujetos del cual comprenderían tanto a las partes contratantes o Miembros como a sus nacionales»⁵⁵. Sin embargo, el panel luego se refiere al rol de la OMC y deduce que:

... sería totalmente erróneo considerar que la posición de los particulares no es de importancia a los efectos del marco jurídico del GATT/OMC. Muchas de las ventajas que se espera que reporte a los Miembros la aceptación de las diversas disciplinas del GATT/OMC dependen de la actividad de los diferentes agentes económicos en los mercados nacionales y en el mercado mundial⁵⁶.

Luego, construyendo sobre este razonamiento, el panel llega a una conclusión significativa y sorprendente. Sostiene que «el sistema multilateral de comercio está compuesto, por fuerza, no sólo de Estados sino también, y de hecho en su mayor parte, de empresarios»⁵⁷. El panel mantuvo que las necesidades de dichos operadores deben ser un factor en la determinación sobre si una disposición particular de la OMC está siendo violada por un estado⁵⁸. Según el panel, exponer a un individuo al riesgo de una acción inconsistente con la OMC por parte de un estado puede en sí constituir una violación de la normatividad de la OMC debido al «efecto paralizador» y a la pérdida de «confianza» por parte de dichos operadores⁵⁹.

La decisión sobre el *Artículo 301* es sorprendente porque, a través de su cuidadosa lógica y referencia de precedentes, el panel miró detrás de la cortina de la resolución de controversias de la OMC para revelar más que un conflicto de soberanías. El panel sugirió que al

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 7.72.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 7.73.

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 7.76.

⁵⁸ *Ibid.*, párrafos 7.90, 7.94 y 7.167.

⁵⁹ *Ibid.*, párrafos 7.91, 7.93 y 7.94.

considerar si un estado soberano ha violado sus obligaciones frente a otro estado bajo el tratado, el juez puede apropiadamente considerar no solo el interés de los estados soberanos, sino también a los agentes particulares. Esto es lo que el panel quiso decir cuando declaró que los operadores económicos son parte del sistema comercial mundial. El sistema de solución de controversias de la OMC seguramente construirá sobre esta idea en el futuro, a medida que los operadores económicos presionan a los gobiernos para que cumplan con sus obligaciones.

Las amplias declaraciones del panel sobre la esencia de la normatividad de la OMC son sorprendentes, ya que el rol de los jueces internacionales en la interpretación de los tratados está menos desarrollado que el rol de los jueces nacionales en la interpretación de una constitución. No obstante, la ampliación del rol del juez de la OMC es una manifestación de la evolución del derecho comercial mundial desde sus inicios más simples en el GATT. Este proceso fue previsto por unos pocos comentaristas. Por ejemplo, Victoria Curzon Price—construyendo sobre las ideas de Friedrich A. von Hayek—pronosticó que el proceso de articulación de las reglas comerciales escritas conllevaría a la producción de nuevas reglas ⁶⁰.

La decisión sobre el *Artículo 301* no fue apelada y por lo tanto el Órgano de Apelación no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ella. Sin embargo, la pregunta de qué obligaciones tiene un estado hacia los agentes económicos individuales se le había planteado en dos casos anteriores. En el caso de la *Gasolina*, el Órgano de Apelaciones determinó que Estados Unidos estaba violando el GATT porque los funcionarios estadounidenses del medio ambiente tomaron en consideración los costos regulatorios de las refinerías nacionales al tiempo que no tomaron en cuenta los costos incurridos por las refinerías extranjeras ⁶¹. En el caso de la *Protección de Patentes en la India*,

⁶⁰ Victoria Curzon Price, «New Institutional Developments in GATT», en *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 1, número 1, 1992, pp. 87, 109-110.

⁶¹ Estados Unidos. Pautas para la gasolina reformulada y convencional, 29 de abril de 1996, WT/DS2/AB/R, p. 28.

el Órgano de Apelación limitó la decisión de primer nivel y expreso que «disentimos del Grupo Especial en que al interpretar el Acuerdo ADPIC hayan de tomarse siempre en consideración las expectativas legítimas de los Miembros y de los titulares de derechos privados en cuanto a las condiciones de competencia»⁶².

IV. FORTALECIMIENTO DE LOS DERECHOS PRIVADOS EN UNA NUEVA RONDA COMERCIAL

El esfuerzo de los gobiernos para llevar a cabo una nueva ronda comercial en Seattle a finales de 1999 fracasó por muchas razones, dentro de las cuales estuvo la falta de entusiasmo por parte de los ciudadanos de muchos países. A pesar de las ventajas que conlleva el libre comercio para los agentes particulares, la OMC ha fracasado en explicar su rol constructivo al público. De hecho, la opinión pública es a menudo escéptica de la OMC y muchos grupos la ven desfavorablemente.

En mi opinión, el problema más grande de relaciones públicas que enfrenta la OMC es que su centricidad en el estado le impide explicar los beneficios de las reglas del comercio. Generar una mayor conciencia social sobre la manera en que la OMC confiere indirectamente derechos legales a los individuos, como se explicó arriba, podría mejorar la imagen favorable de la OMC. Los políticos deberían buscar promocionar la nueva ronda, en parte, como una forma de proteger a los agentes individuales en contra de la acción burocrática arbitraria. En otras palabras, en lugar de promocionar a la OMC como un ejercicio consistente en profundizar los compromisos entre estados, los políticos deberían resaltar la forma en que la OMC mejora el estatus legal del individuo. Esta cuarta parte del artículo propone que la nueva ronda considere los derechos sustantivos en el ordenamiento nacional, los derechos procesales en el ámbito de la OMC y las percepciones del público.

⁶² India. Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, Informe del Órgano de Apelación, 19 de diciembre de 1997, WT/DS50/AB/R, para. 48.

1. Derechos Económicos Sustantivos

Idealmente, la OMC debería prohibir todas las políticas proteccionistas y ordenar una presunción a favor del derecho del individuo de importar y exportar libremente ⁶³. Sin embargo, esta promoción sin límites del libre comercio sería rechazada por la mayoría de los estados miembros de la OMC. Por ello deben considerarse otras formas de fortalecer los derechos económicos.

Una propuesta es involucrar a la OMC en una campaña para considerar la «división digital» mediante el énfasis en temas de acceso al Internet. Esto podría hacerse en las negociaciones del AGCS que están en curso. Un estudio recientemente realizado por Reporters Sans Frontières encontró que 45 países restringen seriamente el acceso de sus nacionales a Internet. La OMC podría empezar por abordar este problema regulatorio de tan alto nivel y después trabajar para asegurar el acceso al mercado y la interconexión para los prestadores del servicio de Internet que buscan competir en nuevos mercados. De esta forma, la OMC podría lograr mejores oportunidades económicas para los consumidores y los proveedores de servicios.

Otra idea es derogar la disposición del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC que lleva a permitir al estado demandante que gana un caso desconocer los derechos de propiedad intelectual del estado vencido cuando éste no cumple con un fallo de la OMC ⁶⁴. Como arriba se indico, un panel de la OMC recientemente autorizó a Ecuador para que ignorara los derechos de propiedad intelectual de los nacionales de la Unión Europea. Este es un desarrollo legal perturbador, que trunca la efectividad del ADPIC y contradice la racionalidad

⁶³ La primera constitución en prohibir el proteccionismo fue la Constitución (1861) de los Estados Confederados de América. Esta Constitución negaba el poder al Congreso para imponer cualquier impuesto o derecho con el propósito de promover o estimular algún sector de la industria.

⁶⁴ Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (en adelante ERD), artículo 22.

de incluirlo dentro del sistema comercial. Más aun, al autorizar dicha acción, la OMC, de forma inapropiada, incita a Ecuador, y otros países en situación similar, a ignorar sus obligaciones preexistentes bajo las convenciones de propiedad intelectual y violar los derechos económicos de los individuos ⁶⁵.

2. Derechos Procesales en el Derecho Nacional

Existen derechos similares de debido proceso en varios acuerdos de la OMC. Sin embargo, estas disposiciones no están relacionadas y el Acuerdo de Marrakech no hace ningún esfuerzo por articular un propósito general para ellas. Los negociadores de la Ronda de Uruguay al incurrir en esta omisión, perdieron la oportunidad de explicar al público la forma en que las reglas de la OMC protegen a los agentes individuales en contra de acciones gubernamentales arbitrarias, tanto internas como en otros países. La realidad es que los estados merecen más crédito del que han recibido por haber contraído estas obligaciones.

La próxima ronda debería llenar esta brecha al clarificar las bases del emergente derecho administrativo internacional sobre comercio ⁶⁶. Existen al menos tres razones por las que un país puede estar interesado en los procedimientos administrativos utilizados en otros países. Primero, un estado no recibirá el valor estimado de una negociación comercial a menos que sus nacionales obtengan el trato prometido en otros mercados y puedan acudir a tribunales extranjeros para quejarse de una negativa arbitraria de dicho trato. Si un estado quiere que sus nacionales tengan esta oportunidad en países extranjeros, deberá dar a los extranjeros oportunidades equivalentes en los tribunales

⁶⁵ Arbitraje de Ecuador, párrafo 152.

⁶⁶ El término «derecho administrativo internacional» ha sido tradicionalmente utilizado para referirse al derecho que gobierna la relación entre una organización internacional y su personal. En este artículo, utilizo el término para describir la supervisión internacional de las reglas de procedimiento y de la emisión de fallos empleados por las agencias nacionales.

nacionales. Segundo, todos los países tienen un interés en promover el mejoramiento de las prácticas estatales en otros países porque eso hará posible que cada país mejore sus ventajas comparativas y, por lo tanto, se incremente el ingreso total mundial. Un sistema transparente y justo de derecho administrativo es un componente clave de buena conducta estatal, ya que permite corregir los errores cometidos por los burócratas. Tercero, el derecho de un individuo a participar en la toma de decisiones que le afecten fortalece la legitimidad de las decisiones emitidas.

Las disposiciones de la OMC sobre derechos procesales abarcan aspectos de solución de conflictos, reglamentarios y legislativos. Sin embargo, las disposiciones relacionadas con la solución de conflictos están mucho más desarrolladas. Por ejemplo, un agente individual con un interés en una nueva investigación sobre medidas compensatorias tiene derecho a ser notificado, presentar pruebas escritas, tener acceso a la información pertinente, ser informado de los hechos esenciales a tiempo para defender sus intereses, hacer representaciones en contra de la medida compensatoria, recibir notificación sobre las determinaciones preliminares y finales y buscar la revisión judicial ⁶⁷. Por el contrario, si el estado propone volver a redactar su ley de medidas compensatorias o las regulaciones complementarias, el Acuerdo sobre SMC no establece ningún derecho procesal para el agente económico. En otras palabras, el Acuerdo sobre SMC no requiere notificación previa o una oportunidad para el comentario público. Esto es así aun cuando si la razón por la que un estado decide cambiar sus normas sobre medidas compensatorias es una decisión del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. En lo que más se acerca el Acuerdo sobre SMC a otorgar derechos en relación con procesos de adopción de normas es en dar al agente particular la oportunidad de comentar sobre la revisión estatal sobre si debe o no discontinuarse la medida compensatoria ⁶⁸.

⁶⁷ Artículos 12.1, 12.1.13, 22.1 y 22.2 de SMC (Aviso-Notificación); 12.1, 12.10 (Pruebas); 12.3 (Acceso a información); 12.8 (Defensa de Intereses); 19.2 (Representaciones); 22.3 (Notificación sobre Determinaciones); 23 (Revisión Judicial).

⁶⁸ Artículo 21.4 de SMC.

Los agentes particulares necesitan normas nacionales sobre notificaciones y comentarios en relación con los procesos reglamentarios y legislativos en temas de comercio ⁶⁹. El Artículo X:2 del GATT consagra la notificación anticipada sobre regulaciones comerciales generales pero no contempla la oportunidad para hacer comentarios ⁷⁰. Los otros acuerdos de la OMC concernientes a políticas comerciales (por ejemplo, salvaguardias) tampoco otorgan al individuo el derecho de comentar. Dos de los acuerdos de la OMC que supervisan la regulación nacional —AGCS y MFS— carecen de cualquier procedimiento para la notificación y comentario a los agentes económicos ⁷¹. Otro acuerdo sobre regulación nacional, OTC, sí considera la notificación y el comentario. Este requisito está contenido en el Código de Buena Conducta que exige dar a las partes interesadas un plazo de 60 días para la presentación de comentarios a las normas propuestas. Sin embargo, el Acuerdo OTC no requiere un procedimiento de notificación y comentario para la adopción de «reglamentos técnicos» aun cuando la naturaleza obligatoria de éstos hace que dicha comunicación sea aun más importante de lo que lo es para las «normas».

Los requisitos de notificación y comentario serían particularmente útiles para los acuerdos de la OMC que contemplan la regulación nacional. Por ejemplo, un gobierno que estudia la adopción de una nueva regulación sanitaria debería oír las opiniones de los agentes

⁶⁹ James Cameron and Karen Campbell, «Challenging the Boundaries of the DSU Through Trade and Environment Disputes», en Cameron and Campbell (eds.), *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, London 1998, pp. 204, 227. Para un buen análisis sobre notificaciones y comentarios desde una perspectiva comparativista, véase Francesca Bignami, «The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology», en *Harvard International Law Journal*, vol. 40, número 2, 1999, pp. 451-515.

⁷⁰ Como lo ha hecho notar Friedl Weiss, la Carta de la Organización Internacional del Comercio (1948) pedía a los gobiernos que dieran facilidades adecuadas a los comerciantes directamente afectados por las leyes comerciales, las regulaciones y los fallos para «consultar» con las autoridades gubernamentales. Esta disposición estaba en el artículo 38.3(a). La Carta nunca entró en vigor. Friedl Weiss, «From Havana to Marrakesh: Treaty Making for Trade», en J. Klabbbers and R. Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties*, The Hague 1998, pp. 155, 163.

⁷¹ MFS requiere que los miembros notifiquen a los demás miembros y les den la oportunidad de comentar. Anexo B de MFS, párrafo 5. Como muchos de los acuerdos anexos, MFS también pide a los gobiernos que notifiquen a la OMC cuando empleen ciertas medidas.

económicos privados sobre si la medida propuesta es muy restrictiva o muy laxa. Un enérgico proceso de comentarios del público podría evitar la adopción de reglamentaciones innecesarias que pueden conducir a una disputa comercial. La OMC debería exigir a los estados dar una respuesta pública a cualquier comentario que reciban.

Las perspectivas para poner este tema en la agenda de la próxima ronda son inciertas ⁷². Algunos delegados de la OMC seguramente protestarían argumentando que la toma de decisiones de un gobierno es intrínsecamente nacional y no debe estar sujeta a normas mínimas internacionales. Sin embargo, los estados llegaron a un acuerdo sobre normas de participación pública en el proceso de elaboración de políticas ambientales, concretamente en la Convención Aarhus de 1998 ⁷³. Esta Convención compromete a los estados a dar avisos públicos adecuados y a tiempo sobre las decisiones pendientes y a implementar un procedimiento para que el público presente comentarios por escrito o en una audiencia pública ⁷⁴. Los estados también han consagrado normas para la participación del público en los tratados laborales. Por ejemplo, el Convenio de la OIT sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares establece que las organizaciones patronales y obreras «tendrán derecho de participar, según modalidades adecuadas a las condiciones y a la práctica nacionales, en la elaboración y aplicación de las medidas adoptadas para dar efecto a las disposiciones del presente Convenio» ⁷⁵. A principios de 2001, tres ex directores generales del GATT/OMC emitieron una declaración pública con referencia al estado actual del sistema comercial multilateral.

⁷² Durante la Ronda de Uruguay, el gobierno suizo propuso una expansión del artículo X del GATT para exigir una audiencia justa y una decisión razonada. La propuesta explicaba que el mejoramiento de los derechos procesales mínimos de los agentes particulares haría más efectiva la sección nacional del funcionamiento del GATT en la realidad. Suiza, Draft Proposal on GATT Obligations with Respect to Rules and Procedural Rights in Domestic Law, TN.GNG/NG14/W/43, 9 julio de 1990. Esta propuesta no fue adoptada.

⁷³ Jonas Ebbesson, «The Notion of Public Participation in International Environmental Law», en *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 8, 1997, pp. 51-97.

⁷⁴ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, 1998, artículos 6-8.

⁷⁵ Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, número 156, 1981, artículo 11.

Entre sus recomendaciones incluían que los gobiernos que aún no lo hayan hecho abran el debate de política comercial a toda la nación ⁷⁶.

3. Derechos Procesales en la OMC

Como se mencionó arriba, los actores privados carecen de capacidad legal para presentar quejas ante la OMC. Esto contrasta con algunas cortes internacionales de derechos humanos —como la Corte Europea de Derechos Humanos— donde los individuos pueden presentar casos en contra de los estados ⁷⁷. A pesar de ello, no es previsible que en el futuro próximo la OMC otorgue a los agentes particulares el derecho de accionar en contra de los estados por violaciones del derecho de comercio mundial.

No obstante, una reforma concebible sería que la OMC diera a los agentes particulares el derecho a defenderse a sí mismos frente a un panel de la OMC. Esto no es necesario con frecuencia pero cuando se presenta un caso, el agente particular afectado carece de cualquier derecho para responder. El mejor ejemplo es el caso del *Cuero para Automóviles* de Australia, que se discute a continuación. Antes de ello, vale la pena resaltar que en un caso típico, hay agentes particulares que se verán afectados dependiendo del estado que gana el caso. Sin embargo, estos efectos son intrínsecos a la decisión del panel que casi siempre se enfoca en la conducta estatal.

En la disputa del *Cuero para Automóviles* de Australia, el gobierno estadounidense fue exitoso en caracterizar un donativo del gobierno australiano al productor de piel Howe and Company como una

⁷⁶ Statement on Multilateral Trading System by Three former GATT/WTO Directors-General, Comunicado de Prensa, 1 de enero de 2000.

⁷⁷ Robert O. Keohane, Andrew Moravcsik, and Anne-Marie Slaughter, «Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational», en *International Organization*, vol. 54, número 3, 2000, pp. 457, 462-66.

subvención de exportación prohibida por el Acuerdo SMC ⁷⁸. El panel no le dio a Howe la oportunidad de argumentar que el donativo no era una subvención de exportación. Esta falta de capacidad es normal; en todos los casos que ha fallado la OMC en relación con subvenciones a las exportaciones hay interesados a quienes no se les ha escuchado durante los procedimientos.

Lo inusual y preocupante en el caso del *Cuero para Automóviles* fue la ausencia de Howe durante los procedimientos de cumplimiento en 1999. El panel falló que Australia no había cumplido porque no le había exigido a Howe que reembolsara la subvención al gobierno ⁷⁹. Esta no es la primera vez que un panel del GATT o de la OMC emite un juicio que exige a un agente particular reembolsar el dinero a un estado. En un caso previo del GATT, se le exigió a un estado reembolsar una medida compensatoria erróneamente cobrada a un importador. Allí, sin embargo, el agente particular estaba siendo compensado, mientras que en el caso del *Cuero para Automóviles* de Australia al agente particular se le cobraba el monto de la subvención. El panel reconoció que su decisión podría resultar en «alguna interferencia con los derechos privados», pero no por ello ahondo en este tema ⁸⁰. Teniendo en cuenta el importante precedente que se establecía en este caso, el cual puede ser caracterizado como una confiscación impuesta por la OMC, fue desafortunado que el panel no ofreciera a Howe una oportunidad para presentar su defensa. Esto pudo haberse hecho fácilmente ya que las reglas de la OMC dan a cada panel la autoridad para buscar información de cualquier individuo o colectividad que el panel considere apropiado ⁸¹.

⁷⁸ Australia. Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles, Informe del Grupo Especial, 25 de mayo de 1999, WT/DS126/R.

⁷⁹ Australia. Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles, Recurso de los Estados Unidos al Párrafo 5 del Artículo 21 del ESD, Informe del Panel, 21 de enero de 2000, WT/DS126/RW, párrafo 6.48.

⁸⁰ *Ibid.* párrafo 6.23.

⁸¹ Artículo 13.1 del *ERD*.

Si la OMC generaliza la práctica de exigir a un agente particular el reembolso al estado otorgante de una subvención inconsistente con la OMC, entonces la OMC necesitará procedimientos para garantizar al agente particular el debido proceso. La decisión sobre aspectos tales como el valor de la subvención y el cronograma apropiado para el reembolso no debería tomarse en ausencia de la compañía cuyos activos podrían resultar confiscados. Aun hoy, la OMC no ha reconocido la injusticia cometida con Howe, quien no había violado ninguna norma bajo la ley australiana ni tampoco la normatividad de la OMC, que no impone obligaciones a los individuos.

Cuando se negoció el Acuerdo de Astilleros en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 1994, los gobiernos reconocieron que los agentes particulares podrían necesitar derechos de debido proceso frente a paneles para la resolución de controversias de estado a estado. En este sentido, el Acuerdo prevé que un astillero tendrá derecho a participar en todos los procedimientos del panel cuando un gobierno busca obtener de él el reembolso de la cantidad del beneficio pagado en exceso de los términos del Acuerdo ⁸². La OMC necesita una garantía de procedimiento similar.

4. Mejoramiento de las Percepciones del Público

Una de las muchas razones por las que la opinión pública subestima a la OMC es que el texto de los acuerdos de la OMC es a menudo difícil de entender. Un problema central es que estos acuerdos son redactados con énfasis en los estados y en una jerga mercantilista que esconde a los verdaderos beneficiarios de la OMC. En la actualidad es muy poco el comercio internacional que involucra a los estados en ambos lados de una transacción y a pesar de ello, varios de los acuerdos de la OMC se refieren a los «Miembros importadores» o a los

⁸² Acuerdo para el Respeto de las Condiciones Normales de Competitividad en la Industria de la Construcción y Reparación de Embarcaciones, 1994 (no está en vigor), artículos 8.1, 8.3 y 8.5, anexo IV.

«Miembros exportadores» como si fueran los estados los que comercian⁸³. No es difícil entender que el ciudadano ordinario no sea un entusiasta de proteger los derechos de los «Miembros importadores». Lo anterior sugiere que una tarea de la próxima ronda comercial podría ser volver a redactar estas confusas normas, sustituyendo, por ejemplo, la expresión «Miembro importador» por «el estado del país cuyos agentes particulares pretenden importar».

CONCLUSIÓN

El Acuerdo de Marrakech y sus anexos pueden describirse como un tratado que establece las obligaciones de los estados miembros de la OMC entre sí. Esta descripción es, sin embargo, incompleta. Uno de los avances más importantes de la Ronda de Uruguay fue extender las reglas del comercio mundial para que incidan en la nación-estado y ajusten el estatus de los individuos que allí residen. Esta transformación del GATT es un ejemplo de «imaginación institucional y experimentación cautelosa» reclamada por Jürgen Habermas en su discusión sobre el rol del derecho procesal en la satisfacción de las condiciones de legitimidad constitucional⁸⁴.

El Acuerdo de Marrakech cobija ciertas fallas de los estados que recibieron muy poca atención en el GATT. El nuevo blanco es la acción discriminatoria y arbitraria en contra del agente económico. Al incluir los derechos de debido proceso para los individuos en los ordenamientos nacionales, la Ronda de Uruguay establece un «sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero»⁸⁵. Al promover mecanismos de control contra de la acción arbitraria de los gobiernos, la OMC mejora la capacidad del individuo de competir en la economía global.

⁸³ Véase por ejemplo, los artículos 2.5, 4.2 y 6.11 del Acuerdo Antidumping; los artículos 2.12 y 5.9 de OTC; los artículos 15.2, 18.5 y 27.10 de SMC.

⁸⁴ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Massachussets 1996 (traducido por William Rehg), pp. 440-41. La expresión en la versión en inglés es «institutional imagination and cautious experimentation».

⁸⁵ Véase el preámbulo del Acuerdo de Marrakech.

Si bien la OMC está lejos de convertirse en la defensora de los derechos individuales, no puede negarse que esta organización fortalece los derechos de los agentes económicos. ADPIC es el más conocido ejemplo de institucionalización de derechos. Este acuerdo se basa parcialmente en tratados existentes pero es también parcialmente *sui generis*. Mucho menos conocidas pero igualmente importantes, son las nuevas obligaciones procesales infundidas horizontalmente en muchos de los acuerdos de la OMC. Las obligaciones van de la OMC a los estados y de estos a los agentes económicos. Estos derechos individuales están en su mayoría desarrollados en los acuerdos ADPIC, SMC y Antidumping en donde, de manera irónica, se le da poder a los individuos para *evitar* el comercio internacional que viola las normas de la OMC. Sin embargo, no se descuidan los intereses de los usuarios y los consumidores de las importaciones. Tanto el Acuerdo Antidumping como el SMC otorgan a algunos beneficiarios del comercio el derecho a participar en la emisión de fallos sobre derechos antidumping y medidas compensatorias.

Dos características de la OMC la califican de constitucional en la opinión de algunos comentaristas, pero una tercera característica es igualmente importante. El Acuerdo de Marrakech es constitucional al establecer reglas de decisión y asignar poderes entre los órganos de la OMC. El Acuerdo es también constitucional al prescribir reglas internacionales que obligan a los estados y al definir aquellos poderes que estos se reservan en el ámbito nacional. Este artículo presenta una tercera razón del porqué el Acuerdo de Marrakech es constitucional: de manera indirecta el Acuerdo otorga derechos a los individuos. En el ámbito nacional, la OMC exige que los agentes particulares tengan derecho a participar en los procesos que los afectan. En el ámbito internacional, la OMC patrocina la Entidad Independiente, que aunque es corta en alcance, establece un importante precedente.

Al resaltar los rasgos constitucionales de la OMC, no se sugiere que la OMC sea funcionalmente equivalente a la constitución nacional. La OMC carece de un *demos* asociado que le otorgue

legitimidad ⁸⁶. Por lo tanto, la OMC obtiene su legitimidad del consentimiento de los estados desconectados. Pero una organización como la OMC es más que una herramienta de delegación política, es también un organismo que disfruta de personalidad legal internacional y de la capacidad para crecer y cambiar. La OMC obtendría más vitalidad y apoyo del público si lograra reforzar sus conexiones con los agentes económicos (y sociales) alrededor del mundo.

La nueva relación entre el sistema comercial y el agente individual está empezando a ser reconocida en la jurisprudencia de la OMC. El Grupo Especial sobre el *Artículo 301* fue claro al explicar que «sería totalmente erróneo considerar que la posición de los particulares no es de importancia a los efectos del marco jurídico del GATT/OMC», y al señalar que el sistema multilateral de comercio «está compuesto, por fuerza, no sólo de Estados sino también, y de hecho en su mayor parte, de empresarios». Esta postura ha atraído poco la atención de los delegados gubernamentales que operan la OMC y me aventuraría a adivinar que si se sometiera a votación en el Consejo General de la OMC sería rechazada por los estados que buscan preservar a la OMC como un cómodo club de burócratas comerciales. Sin embargo, de acuerdo con los procedimientos de la OMC, la decisión del *Artículo 301* fue adoptada de manera automática por el Órgano de Solución de Diferencias. Por lo tanto, esta novedosa decisión tendrá influencia en los años por venir sobre los futuros panelistas de la OMC y sobre el colegio invisible del derecho de comercio internacional.

En tanto que mejora el debido proceso y los derechos sustantivos de los agentes particulares, la OMC es más que un acuerdo comercial, es también un acuerdo de derechos humanos. En años recientes, varios comentaristas han abogado porque la OMC ponga más atención

⁸⁶ Cf. Peter L. Lindseth, «Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community», en *Columbia Law Review*, vol. 99, número 3, 1999, pp. 628-738.

a las normas de los derechos humanos. Por ejemplo, Raj Bhala en su libro de texto sobre derecho de comercio señala que si el régimen del GATT-OMC es sólo uno, en los términos de Kant o sus discípulos de la era moderna que defienden la teoría democrática liberal, entonces el enfoque de este régimen deberá estar en la protección y servicio del individuo ⁸⁷. Ernst-Ulrich Petersmann explica que la globalización de la producción, del comercio y de los mercados económicos no puede ser efectiva sin la globalización correspondiente de las garantías legales e institucionales de la libertad individual, de la no-discriminación, del estado de derecho, del acceso a los tribunales y del gobierno democrático ⁸⁸. En este artículo muestro cómo el sistema comercial se está moviendo en la dirección señalada por Bhala y Petersmann dadas las muchas formas en las que la OMC fortalece los derechos económicos y exige que los gobiernos nacionales sean más transparentes y responsables ante los individuos.

© Índice General

© Índice ARS 26

⁸⁷ Raj Bhala, *International Trade Law: Theory and Practice*, New York, 2da. edición, 2001, p. 610.

⁸⁸ Ernst-Ulrich Petersmann, «From “Negative” to “Positive” Integration in the WTO: Time for “Mainstreaming Human Rights” into WTO Law?», en *Common Market Law Review*, vol. 37, número 6, 2000, pp. 1363, 1375.

ARS

IURIS

Número

26

2001



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA