

La OMC y los derechos humanos: ¿alguna relación?¹

Germán Burgos

Universidad Nacional de Colombia

RESUMEN

Este artículo sostiene que la OMC (Organización Mundial del Comercio) ha incorporado y puede incorporar, según su normatividad interna, compromisos en materia de derechos humanos reconocidos tanto en el derecho nacional como internacional. Respecto de lo ya realizado, esta organización ha permitido, a través del mecanismo de las excepciones especiales, la limitación del comercio libre de diamantes producto de contextos de guerra y la producción nacional y/o obligatoria de medicamentos en situaciones de urgencia para la salud colectiva de un país. Por su parte, el mecanismo de excepciones generales –previsto en algunos artículos del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade o Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) y el GATS (General Agreement on Trade in Services o Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios) y otros tratados de la OMC– permite invocar el incumplimiento de normas de libre comercio, para defender los derechos humanos. Si bien hasta ahora existen algunos casos emblemáticos al respecto, la forma como el SSD (Sistema de Solución de Diferencias) ha interpretado esta normatividad ha limitado su alcance. Las relaciones existentes entre el derecho del libre comercio administrado por la OMC y el derecho nacional e internacional de los derechos humanos cuestionan de alguna forma la tesis de la fragmentación del derecho internacional público.

PALABRAS CLAVE

OMC • derechos humanos • libre comercio y derechos humanos • proceso Kimberly • fragmentación del derecho internacional

.....

WTO and Human Rights: Any Relation?

ABSTRACT

This article argues that the WTO, following its internal norms, has been able to incorporate human rights commitments recognized by both national and international law. Until now, through the special exceptions mechanism this organization has allowed limitations on the international free trade of diamonds mined in war zones, as well as the domestic or compulsory production of medicines in breach of ADPIC rules in situations of national health urgency. On the other hand, the general exceptions mechanism established in certain articles of the GATT and GATS permits breaching free trade rules to protect human rights. Although so far there are some emblematic cases about the way the SSD has interpreted this regulation, this has been limited. Thus, I argue that the relationship between international commercial law administered by the WTO and international human rights questions the thesis of the fragmentation of public international law.

KEYWORDS

WTO • Human rights • Free trade and human rights • Kimberly Process • fragmentation of international law

.....

1 Texto producto de la investigación “Acceso a la Justicia Global”, financiada por la Agencia de Cooperación Alemana para el Desarrollo (GTZ). Profesor Asociado. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia.



Germán Burgos Ph.D. en Derecho de la Universidad de Barcelona y es profesor de la Universidad Nacional de Colombia.
E-mail: jgburgoss@unal.edu.co

Digital Object Identification

<http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint76.2012.12>

La OMC y los derechos humanos: ¿alguna relación?

Germán Burgos

Universidad Nacional de Colombia

INTRODUCCIÓN

El accionar de la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha sido objeto de un amplio seguimiento político y análisis académico acerca de su impacto en la realización de algunos derechos humanos. Desde las protestas de Seattle, se hizo más pública la crítica contra la OMC, según la cual las normas del comercio internacional administradas por este organismo dificultan políticas nacionales que favorezcan la garantía de algunos derechos humanos, particularmente en materia de salud o alimentación. De manera muy gruesa, se ha planteado que la disciplina impuesta por los tratados OMC se ha sobrepuesto y ha limitado la posibilidad de políticas nacionales que permitan la garantía de una parte de los derechos económicos y sociales en el nivel nacional.

A pesar de esta primera valoración, otros sectores han planteado que, aprovechando la fortaleza institucional de la OMC, vía su Sistema de Solución de Diferencias (SSD) y la importancia del comercio multilateral para los Estados, se debería condicionar éste al cumplimiento de requisitos en materia del respeto de determinados derechos. La introducción de los llamados “temas de Singapur” sería la máxima expresión de cómo sectores de la “sociedad

civil” internacional, así como de algunos Estados, han pensado en la vinculación de los temas laborales y ambientales como condiciones al comercio.²

En el marco del derecho internacional público (DIP), en el cual se ubica este artículo, el estudio de la relación entre la OMC y los derechos humanos se ha visualizado bajo dos puntos de entrada. El primero de ellos corresponde a la consideración de la responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales (OI). Es así como se ha venido sosteniendo que en general este tipo de organismos tienen obligaciones en materia de derechos humanos, dado el carácter de costumbre internacional obligatoria que tienen estos últimos. Por el contrario, otras posiciones sostienen que en general las OI están sujetas ante todo a su tratado y no pueden entenderse como organizaciones directamente vinculadas con una agenda de derechos humanos.³

La segunda aproximación al tema de este artículo se ha realizado a partir de la preocupación por la llamada fragmentación del DIP. Por ésta se ha entendido la generación de áreas especializadas del derecho internacional que tienden a ser de una u otra forma autocontenidas o autorreferenciadas. Dado que el DIP no cuenta con una jerarquía de fuentes y una producción centralizada, se ha constatado un crecimiento importante del mismo bajo un modelo plural donde concurren diversas regulaciones que pueden ser en determinados casos contradictorias o complementarias. Bajo este enfoque, por ejemplo, el derecho internacional del comercio internacional convive fragmentariamente con el derecho internacional de los derechos humanos, dado que cada uno de ellos está, en líneas generales, bajo el mismo nivel de jerarquía, pudiendo ocurrir el surgimiento de conflictos a la hora de regular temas que pueden ser adyacentes.

El presente artículo se ubica dentro de la discusión sobre la fragmentación del derecho internacional público, en particular, en materia de la regulación

.....

2 Bajo el término *temas de Singapur* se hace referencia a lo discutido en la Conferencia Ministerial desarrollada en este país, donde se planteó la necesidad de condicionar el libre comercio a ciertas cláusulas en materia de derechos humanos. Pueden verse al respecto, Lal Das (2004) y Lobejón (2008).

3 Sobre la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales en materia de derechos humanos, pueden verse, entre otros Clapham (2006); Skogly (2001); Ghazi (2005); McCorquodale (2009); Rey (2006) y Cortés (2008).

internacional del comercio y los derechos humanos. En tal sentido, está guiado por dos preguntas: 1. ¿De qué manera la OMC ha incorporado por distintas vías compromisos en materias relacionadas con algunos derechos humanos? y 2. ¿Cómo la actual configuración del GATT y del GATS, tratados administrados por la OMC, permite a los Estados eludir compromisos en materia de comercio internacional a favor de algunos derechos humanos?⁴

Como respuesta a estas dos preguntas, el texto sostendrá que la OMC ha realizado algunos avances para permitir un libre comercio coherente con la defensa de ciertos derechos humanos. En particular, el mecanismo de las excepciones especiales vía el proceso Kimberly y la declaración de Doha en materia del derecho a la salud han permitido algunas garantías. Por su parte, lo previsto en el art. XX del GATT y XIV del GATS, teniendo en cuenta avances interpretativos del mecanismo de solución de controversias de la OMC, abre algunas ventanas para la defensa del derecho a la salud y el medio ambiente, en cuanto a límites a normas internacionales de libre comercio. A partir de estas constataciones, se defenderá que es posible un encuentro virtuoso entre el derecho internacional del libre comercio y el de los derechos humanos, al menos desde la experiencia OMC, lo cual controvierte las versiones más radicales sobre la fragmentación del derecho. A pesar de lo anterior, el impacto de los derechos humanos respecto de normas de libre comercio sigue siendo limitado.

Para desarrollar lo anterior, el escrito está organizado en tres partes. En la primera se hará una introducción a las distintas formas de ver la relación entre derechos humanos y libre comercio, y se ubicará de manera más profunda la discusión sobre la fragmentación del derecho internacional público. En la segunda se abordarán las formas concretas como hasta ahora la OMC ha incorporado de manera directa o indirecta algún tipo de compromiso en materia de derechos humanos. En la última sección se establecerá de qué manera el mecanismo de excepciones generales puede permitir, hasta cierto

.....

4 En este trabajo la expresión derechos humanos se utilizará de dos maneras. Por un lado, se referenciará genéricamente para indicar los ámbitos de relación general con las normas de libre comercio, los cuales, como se verá, abordan diversos derechos. Por otra parte, se hará referencia específica a algunos derechos humanos en relación con el comercio internacional, con énfasis en el derecho a la salud y al medio ambiente.

punto, privilegiar el cumplimiento de obligaciones de derechos humanos por encima de aquellas relacionadas con el libre comercio, abordando de esta manera la segunda pregunta de este artículo. Finalmente se desarrollará una sección de conclusiones.

Por último, este texto pretende ser fundamentalmente una síntesis rigurosa y actual sobre el tema. Por tanto, es ante todo el producto de la identificación, el análisis y la sistematización de fuentes secundarias y, en menor medida, primarias, que han abordado el tema con anterioridad. En términos formales, lo podríamos identificar como un trabajo de reflexión producto de la investigación.

1. LIBRE COMERCIO Y DERECHOS HUMANOS: UNA RELACIÓN COMPLEJA

La relación entre libre comercio y derechos humanos ha concitado un creciente interés académico y político. La literatura especializada al respecto la ha abordado tanto en un nivel de relación general como desde una perspectiva más concreta relativa a ciertos derechos y determinadas normas del comercio internacional.⁵ Por su parte, la ONU misma y la OMC han producido distintos tipos de documentos que han tratado de analizar las aristas de esta relación.⁶

En el anterior ámbito académico y político, la relación general entre libre comercio y derechos humanos ha tendido inicialmente a ubicarse bajo dos enfoques hasta cierto punto contrapuestos. Por un lado están aquellos que en un plano abstracto consideran que estos dos extremos, en los niveles temático y regulatorio, son áreas complementarias. Por su parte, otros autores plantean que en términos fácticos, y aun en abstracto, existen tensiones que significan ver críticamente esta relación.

.....

5 La literatura especializada sobre la relación entre algunos derechos humanos y el libre comercio ha crecido de manera exponencial. Al respecto, pueden verse, entre otros, Robertson (2006); Peixoto (2012); Morten (2008).

6 Al respecto, pueden verse, entre otros, los reportes del Alto Comisionado para los Derechos Económicos y Sociales de la ONU, e intitulados "The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights"; "Globalization and Its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights; Liberalization of Trade in Services and Human Rights"; "Human Rights, Trade and Investment" y "Human Rights and Trade. Understanding Global Trade & Human Rights".

a. La complementariedad entre derechos humanos y libre comercio

Autores como Pipan (2006), Cottier (2002), etc., defienden que, en sentido general, los fundamentos del libre comercio y de los derechos humanos son producto de una matriz común, representada, entre otros, en su origen moderno; en su interés por promover el bienestar de las personas; en su común idea de limitar el poder del Estado respecto de ámbitos de acción de los individuos, ya sean sus libertades ciudadanas o económicas, y finalmente, en el componente liberal que une a una parte de los derechos humanos con el libre comercio. Igualmente, ambas áreas fueron reguladas bajo diversas dinámicas por el derecho internacional proveniente de la segunda posguerra mundial.⁷

A pesar de esta tradición común, es claro que ambos regímenes de regulación en los niveles nacional e internacional crecieron de manera paralela y, en algunos casos, aislada, y sería de manera muy reciente que se plantearía la existencia de vínculos entre ellos:

El establecimiento de la OMC marca el inicio de un nuevo discurso [...] excepto por el bien conocido problema de las sanciones económicas a las violaciones de los derechos humanos. A diferencia de los tempranos días del GATT, la relación entre derecho comercial, liberalización comercial y derechos humanos ha sido puesta en la agenda, especialmente por las ONG. (Alston 2002, 825)⁸

Esta complementariedad de origen y de sustrato común, ligada al individualismo liberal que uniría el libre comercio y los derechos humanos, se ha planteado contemporáneamente sosteniendo que entre estos dos temas existen interdependencias importantes identificables de diversas maneras. En tal sentido, la garantía de los derechos humanos hace posible la realización de

.....

7 “Efectivamente, el Estado de Derecho es el aspecto común más importante y fundante de los derechos humanos y del sistema multilateral de comercio del GATT y de la OMC” (Cottier 2002, 121).

8 Las traducciones de los textos en inglés aquí utilizadas son versiones libres realizadas por el autor.

sustentos básicos para el libre comercio, tales como la propiedad privada, la libre contratación, el libre desplazamiento, etc. Por su parte, el libre comercio impacta positivamente en los derechos humanos, en la medida en que, se dice, aquél promueve el crecimiento económico y, por esta vía, el bienestar de la población y la realización de sus derechos (Cottier, Pauwelyn y Burgi; Abbot *et al.* 2006; Anderson y Wager 2006). Hilpold, por su parte, plantea que el intercambio comercial permite la transferencia de información e ideas que facilitan un mejor ambiente para los derechos humanos (Hilpold 2011).

La anterior relación es la que en algunos casos ha hecho posible vincular de manera concreta los dos temas. Según Cottier, Pauwelyn y Burgi (2005), a pesar de los escasos resultados obtenidos, han sido varios los momentos en los que se han realizado embargos comerciales para promover el respeto de los derechos humanos; igualmente, se ha buscado condicionar el libre comercio bilateral al cumplimiento de algunos derechos, y se introdujo la discusión en la OIT sobre las condiciones laborales y el libre comercio.

b. Las tensiones entre comercio internacional y la realización de ciertos derechos humanos

La relación positiva antes enunciada es sin embargo cuestionada por aquellos que niegan su existencia planteando que hay una tensión fuerte entre libre comercio y derechos humanos. Desde esta vertiente, el régimen de los derechos humanos protege, como su nombre lo indica, derechos en cabeza de personas, mientras que el régimen de comercio internacional protege ante todo intereses que se presentan como derechos de los Estados y, finalmente, de las empresas. Por su parte, mientras que los derechos humanos se conciben como un límite al poder político estatal, el derecho de la OMC lo que pretende es extender a todos los ámbitos sociales la comercialización de bienes y servicios. No es un límite, sino la vía para la comercialización de la vida en distintos ámbitos. En un tercer plano, los derechos humanos se han concebido ante todo para proteger a los más débiles, mientras que el libre comercio se ha previsto para potenciar los intereses de los más poderosos en el nivel transnacional privado. Por otra parte, se sostiene que el libre comercio no favorece los derechos humanos de los países en desarrollo, dados los precios de intercambio de los bienes exportados por éstos, los cuales no permiten

condiciones laborales dignas y coherentes con los referentes sobre derechos humanos (Pipan 2006; Lumina 2010).

Las tensiones entre las regulaciones del libre comercio internacional y los derechos humanos se han planteado de manera más concreta, y respecto de las políticas desarrolladas por parte de los Estados. Para algunos, las previsiones del libre comercio y, en particular, de la OMC dificultan la garantía de los derechos humanos en el nivel nacional. En concreto, para Pipan, por ejemplo, el principal conflicto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el libre comercio remite a las dificultades que este último plantea para permitir a los países llevar a cabo políticas intervencionistas favorables para la garantía de los derechos humanos. En concreto, se le endilga a la OMC que, mediante el SSD, castiga aquellas políticas de subsidios, subvenciones u otro tipo de restricciones al comercio defendibles a la luz de los derechos humanos, pero cuestionables según las normas del comercio internacional (Aaronson 2007).

Otra forma concreta de visualizar las tensiones tiene que ver con los conflictos potenciales entre normas internacionales de derechos humanos y normas comerciales internacionales. Para Cottier, esta tensión puede darse entre normas del comercio internacional que faciliten la producción y comercialización de bienes y/o servicios que sean el producto de la tortura, la esclavitud, etc. Según su análisis, esta tensión es de fácil resolución, pues, en caso de normas imperativas del derecho internacional (*jus cogens*), debe primar sin duda esta última respecto de cualquier norma promotora del comercio internacional.⁹

Situación más difícil ocurriría cuando un determinado hecho se considere de manera diferente por normas alternativas del derecho internacional. Esto

.....

9 “Por lo tanto, los conflictos entre los estándares de derechos humanos y los principios básicos del derecho comercial internacional no pueden resolverse dando primacía a los derechos humanos, salvo en el caso del *jus cogens*” (Cottier 2002, 114). En una línea similar se expresó la Subcomisión para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos de la ONU, quien mediante resolución expresó que existen “conflictos aparentes entre el régimen de derechos de propiedad intelectual enmarcado en el Acuerdo TRIPS, por un lado, y los derechos humanos internacionales, por el otro” (Dawkins 2000, 1). Ver, igualmente, Zapatero (2007).

correspondería a aquellos casos donde un hecho resulte violatorio del derecho internacional de los derechos humanos pero no contrario a una norma del comercio internacional, como las normas previstas bajo la OMC, o viceversa. Situaciones donde esto puede darse serían la tensión entre una resolución de la OIT que impone un embargo a un país renuente a hacer respetar los derechos laborales y las normas de la OMC que prohíben los embargos; entre un tratado de libre comercio bilateral que impone condicionalidades en materia de derechos humanos y otro multilateral como la OMC que no las permite (Pauwelyn 2005); entre lo previsto en el pacto de derechos sociales, económicos y culturales en materia de salud y lo previsto en el ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio) de la OMC (Ranjan 2005).

Las complementariedades y tensiones hasta aquí planteadas han sido sin embargo cuestionadas por su nivel excesivamente general. Se sostiene que el libre comercio posibilita la garantía de unos derechos humanos, al igual que dificulta la realización de otros. Esto sería así por las particularidades que tiene cada país en sus prioridades en materia de derechos humanos. Además, las relaciones generales planteadas no siempre se han comprobado de manera seria y rigurosa, quedándose en muchos casos en un terreno altamente especulativo. Esta tesis, trasladada al papel de la OMC en el libre comercio, se plantea en los siguientes términos:

El debate sobre si la OMC promueve o impide los derechos humanos ha sido simplista. Las políticas y acuerdos comerciales y el intercambio que ellos estimulan pueden erosionar algunos derechos y ampliar otros. Dado que cada país es diferente, no hay una sola vía que establezca la afectación de un grupo de derechos o de uno en particular. Además, las prioridades y condiciones para los derechos humanos en cada país pueden cambiar a lo largo del tiempo reflejando situaciones demográficas, culturales, políticas y sociales. (Aaronson 2007, 415)

En resumen, la discusión sobre la relación entre libre comercio y derechos humanos se ha desarrollado en torno de dos ejes contrapuestos. Aquel que

defiende que existen complementariedades fuertes expresadas en su origen liberal, moderno, y en los vasos comunicantes que generan diversos tipos de interdependencias, y el que sostiene que el derecho del libre comercio se funda en una racionalidad basada en intereses económicos que niegan las condiciones necesarias para la vigencia de los derechos humanos.¹⁰ Ambos enfoques se desarrollan en un terreno muy abstracto, están políticamente comprometidos y no cuentan en la mayoría de los casos con estudios detallados que permitan su debido contraste.

A pesar del debate teórico relativamente irresuelto, el mismo demuestra que existen tanto tensiones como complementariedades entre el libre comercio y los derechos humanos. Según múltiples estudios, las relaciones entre estos dos temas dependen tanto del contexto específico en cuestión como de los derechos en juego.¹¹ Por tanto, no es posible sostener de manera clara y unívoca una de las dos tesis anteriormente enunciadas. Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo hará especial énfasis en los ámbitos de tensión existentes para el caso del funcionamiento de la OMC. Sin embargo, antes de dar paso al acercamiento a estas tensiones, es necesario ubicarlas en el contexto de la discusión sobre la fragmentación del DIP.

c. La fragmentación del derecho como contexto de las tensiones entre normas de libre comercio y derechos humanos

Las tensiones entre distintas normas del derecho internacional son las que han alimentado parcialmente las tesis que sostienen que éste se encuentra afectado por una dinámica de fragmentación. Esto quiere decir que el DIP ha vivido un proceso de crecimiento especializado que ha multiplicado sus ámbitos de regulación. Hoy encontramos desde un derecho internacional penal hasta un derecho del mar, pasando por el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, de las inversiones,

.....

10 Esta tensión ha generado la creación de varias iniciativas de análisis y discusión, siendo una de ellas la del Aspen Institute (Abbot 2006).

11 Para una aproximación compleja y matizada a la relación entre derechos humanos y libre comercio, se pueden ver Dommen (2005); Fortín (2008); Peixoto (2012); Ranjan (2005); Robertson (2006).

etc. Estas normatividades se expresan, por lo demás, en tratados de diverso orden, tanto multilaterales como bilaterales.

Este crecimiento especializado no es similar al del derecho interno. Salvo las normas de *jus cogens*, el derecho internacional no cuenta con una jerarquía de fuentes y no es producido centralmente. Por lo anterior, los distintos tipos de normatividades conviven en el mismo nivel, y si bien su especialidad impide hasta cierto punto desencuentros entre ellos, es posible que determinados temas sean regulados de forma diversa por distintas normas del derecho internacional. Así, las normas internacionales relativas al derecho a la salud y el acceso a medicamentos, por ejemplo, pueden chocar con aquellas de propiedad intelectual relacionadas con la OMC. Las tensiones arriba indicadas entre normas internacionales de derechos humanos y de libre comercio serían una expresión de esta fragmentación del derecho.¹²

Esta fragmentación ha sido abordada de dos maneras. Por un lado, están quienes defienden que es necesario aceptar la existencia de regímenes especializados y autónomos cuya dinámica obedece ante todo a sus reglas internas, de forma tal que la autorreferencia debe evitar al máximo el surgimiento de conflictos. Por otra parte, están los que sostenemos que es posible establecer formas de coordinación e interacción entre los diversos ámbitos de regulación especializados, lo cual, para el caso de los derechos humanos, puede conllevar el reconocimiento de su peso especial respecto de determinados regímenes internacionales alternativos.

En concreto, este artículo sostendrá que es posible establecer algunos puntos de encuentro y coordinación entre ciertos ámbitos del derecho internacional de los derechos humanos y los relativos al derecho internacional del comercio, particularmente el administrado por la OMC.¹³ En tal sentido, y a continuación, se busca establecer cuáles han sido las formas concretas de interrelación que se han dado hasta ahora y cuáles son las que se están abriendo en el marco del accionar del SSD de la OMC.

.....

12 Sobre la fragmentación del derecho pueden verse, entre otros, Panagiotis (2010), Rodiles (2009), Koskenniemi (2006).

13 Sobre la relación entre normas internacionales de libre comercio y derechos humanos, ver Harrison (2012).

2. LA OMC Y LOS DERECHOS HUMANOS: LO QUE SE HA AVANZADO

Esta sección del artículo abordará la pregunta uno del mismo, a saber, de qué manera la OMC ha incorporado directa o indirectamente la temática de los derechos humanos en el ámbito de su accionar. Al respecto, y en primer lugar, existe un consenso dominante sobre cómo el tratado constitutivo de esta organización recoge compromisos implícitos en materia de derechos humanos, y que, por tanto, su accionar debe estar regido por ellos. Según esta interpretación, el preámbulo de Marrakech deja claro que son objetivos de la organización mejorar los estándares de vida, asegurar el pleno empleo, promover el desarrollo sostenible y permitir el aumento de los ingresos y de la demanda efectiva. Los mismos son parcialmente un calco de lo previsto en el artículo 55 de la carta de la ONU¹⁴ y de expresiones utilizadas en la Declaración de Derechos Humanos de la ONU (Lumina 2010).

A renglón seguido, se ha sostenido que hay varias normas de los tratados administrados por la OMC que hacen referencia a la privacidad, a la moral pública, a la no comercialización de los bienes producto del trabajo en prisión, que pueden asociarse a un reconocimiento de determinados derechos (Lumina 2010).¹⁵ Así, por ejemplo, el Acuerdo en materia de propiedad intelectual ligada con el comercio (ADPIC) permite, en su artículo 27. 2, excluir la patentabilidad de una invención para proteger la vida o la salud de las personas, animales y vegetales. Por su parte, el Acuerdo sobre barreras técnicas permite la reglamentación del acceso de determinados bienes, a fin de proteger el medio

.....

14 "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social" Carta de la ONU.

15 Complementariamente, algunos autores han identificado que la mayoría de los integrantes de la OMC están vinculados a algún tratado internacional fundamental de derechos humanos. Según el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, de 146 integrantes para 2003, todos habían ratificado al menos un instrumento internacional de derechos humanos y 113 habían suscrito el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales. Dado que los compromisos en derechos humanos adquiridos por los Estados miembros de la OMC no se suspenden en el contexto de esta organización, es claro que, a través de la OMC, los países integrantes deben contribuir a la realización de sus responsabilidades en materia de derechos humanos (ACDH 2003).

ambiente, la salud y seguridad de las personas (Hilf 1999). Por estas vías, la OMC tendría compromisos relacionados en particular con la garantía de ciertos derechos económicos y sociales provenientes implícitamente de su tratado.

Con todo, esta interpretación plausible choca con quienes sostienen que las referencias mencionadas son muy generales y no significan ni siquiera una anotación contundente y clara a normas de derechos humanos:

Debe tomarse nota de que los diversos tratados de la OMC no hacen una mención explícita de los derechos humanos o los instrumentos internacionales relevantes. Aquéllos se focalizan en la liberalización del comercio. La OMC se ve a sí misma como una organización de comercio, y no de derechos humanos. (Lumina 2010, 190)

A pesar de las inquietudes sobre las invocaciones generales antes anotadas, la OMC ha buscado concretizar de alguna manera su relación con los derechos humanos. Es así como en el momento de su creación, se aprobó la existencia del Comité de Comercio y Medio Ambiente, el cual, según su sitio web, busca “identificar y comprender la relación existente entre comercio y medio ambiente con el fin de promover el desarrollo sostenible” Además, en la conferencia ministerial de Doha se estableció que las negociaciones comerciales deben respetar los aspectos humanos del desarrollo (FIDH 2005). Complementariamente, la OMC, en conjunto con organizaciones especializadas de la ONU, ha apoyado la realización de estudios donde se analiza el impacto del libre comercio en ciertos ámbitos de los derechos humanos.¹⁶

Es en este contexto más o menos propicio donde el mecanismo de las excepciones especiales ha permitido realizar avances concretos que han facilitado poner límites al libre comercio relacionados con algunos derechos humanos.

.....
16 Es así como la OMC publicó en 1999 un estudio sobre el comercio y el medio ambiente. Por su parte, conjuntamente con la Organización Mundial de la Salud, se publicó en 2002 el estudio *World Trade Agreements and Public Health*.

a. Las excepciones especiales: el proceso Kimberly y el acceso a medicamentos

Mediante el sistema de *waivers* se permite que mediante una decisión del Consejo General de la OMC, en el cual están presentes todos los Estados miembros de la organización, se tome, para un plazo determinado, la decisión de “excepcionar” el cumplimiento de las normas del comercio internacional administradas por este organismo en relación con determinados asuntos.

Hasta el momento, y respecto a algunos derechos humanos, dichos asuntos se han relacionado con el comercio de diamantes procedentes de zonas en guerra y el de medicamentos, respecto del acuerdo en materia de propiedad intelectual.

En el primer caso, el conocido como proceso Kimberly permitió que los países que voluntariamente forman parte de esta iniciativa pudieran *excepcionar* varias normas del GATT, a fin de permitir un comercio controlado de los diamantes procedentes de zonas en guerra. La pretensión era someter el comercio de estas piedras preciosas a un proceso de certificación que garantice su no procedencia de zonas en conflicto, buscando evitar así que este comercio promueva una escalada de la crisis humanitaria producto de la guerra. Por tanto, era necesario establecer distintas restricciones estatales sobre el intercambio comercial que en principio iban contra el GATT al impedir el libre comercio. El Consejo General autorizó dicho proceso de certificación para los países participantes hasta el 31 de diciembre de 2012, y más de 50 países se han acogido a esta excepción (Aaronson 2007).¹⁷

El segundo ámbito tiene que ver con las excepciones al ADPIC en materia de algunos medicamentos. En concreto, se permitió que aquellos países que se encuentren ante una situación de emergencia nacional relacionada con determinada enfermedad puedan establecer licencias obligatorias para la producción y/o permitir la importación paralela de medicinas que permitan salvar la vida de sus nacionales, siempre y cuando se indemnice a la empresa dueña de la patente. Por esta vía se dejó claro que las flexibilidades, ya de por sí reconocidas por el ADPIC, podrían ser utilizadas sin temor a diferencias internacionales asumibles por el SSD de la OMC (Anderson y

.....

¹⁷ Para una referencia a fondo sobre este caso, ver Schefer (2005).

Wager 2006).¹⁸ Esta excepción temporal se volvió permanente cuando se hizo una reforma del tratado ADPIC como tal, lo cual le dio estabilidad. Sin embargo, según información de la OMC, esta reforma tenía pendiente el cumplimiento de la mayoría reglamentaria para ser aprobada, la cual tiene como nuevo plazo el 31 de diciembre de 2013. Por tanto, se sigue aplicando como una excepción especial.

La importancia de esta excepción radica en que reconoce explícitamente que los Estados tienen el derecho a proteger la salud pública.¹⁹ Con todo, presenta limitaciones en razón de que la misma no es viable para cualquier medicamento, sino aquellos para salvar vidas, y ello sólo es posible en condiciones de emergencia o urgencia nacional. Igualmente, como se anotó, se debe resarcir de alguna manera al propietario de la correspondiente patente. Finalmente, se ha denunciado que algunos países han relajado esta norma del ADPIC a través de tratados bilaterales (Ranjan 2005).

Aparte de las situaciones antes descritas, otra forma de excepción relacionada con el tema de los derechos humanos remite a la posibilidad de crear regímenes comerciales especiales por parte de países desarrollados, en beneficio de aquellos en desarrollo. Esta última posibilidad permite establecer excepciones a principios básicos del comercio internacional como el de nación más favorecida, y ha sido aplicada, por ejemplo, por Europa respecto de algunas de sus antiguas excolonias. En este marco, los países generadores de estos mecanismos han establecido cláusulas de derechos humanos como

.....

18 Para una aproximación completa a las flexibilidades del ADPIC para permitir margen de acción a los Estados respecto de políticas que pueden incluir temas de salud, ver Abbot (2005).

19 La declaración de Doha establece al respecto: "We agree that the TRIPS agreement does not and should not prevent Members from taking measures to protect public health" (Abbot 2005, 289). Según Dommen, el gobierno de Brasil había ambientado este proceso desde 2001, cuando presentó una "serie de resoluciones sobre el acceso a medicamentos ante la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estas resoluciones fueron parte de una exitosa estrategia global encabezada por Brasil para obtener el reconocimiento del acceso a medicamentos como un derecho humano y apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo en la OMC, para garantizar su derecho a producir medicamentos genéricos de bajo costo y ponerlos a disposición de la población" (Dommen 2005, 25).

condiciones para acceder a algunos de los beneficios previstos en los acuerdos preferenciales. Así, por ejemplo,

El acuerdo de Cotonou de la UE exige que los países beneficiados con el acceso preferencial a su mercado cumplan ciertas obligaciones en derechos humanos. Estados Unidos, a través del programa GSP, exige el cumplimiento de normas relativas a los derechos de los trabajadores y la protección de la propiedad intelectual. Mientras que Estados Unidos focaliza su accionar en algunos derechos, la UE promueve que éstos son universales e indivisibles. (Aaronson 2007, 429)

En suma, el mecanismo de las excepciones temporales ha sido una de las formas en que la OMC ha buscado resolver conflictos entre su normatividad y las expectativas políticas de algunos Estados en relación con los derechos humanos. Vistos a la luz de las discusiones sobre la fragmentación del DIP, la existencia y el funcionamiento de éstas permite afrontar tensiones entre normas de libre comercio internacional y normas de derechos humanos de orden nacional, aunque fundadas en el derecho internacional. Sin embargo, este mecanismo tiene como límite el origen político complejo que precisan y su temporalidad o sujeción a plazos fijos que limitan su alcance. En tal sentido, otra vía es la relativa al marco de excepciones permitido por el art. XX del GATT y sus equivalentes.

3. EL SISTEMA DE EXCEPCIONES GENERALES

La última sección de este artículo busca abordar la segunda pregunta enunciada al inicio del mismo. En concreto, de qué manera el GATT y el GATS, administrados ambos por la OMC, incluyen mecanismos para eludir compromisos en materia de comercio internacional favoreciendo normas de derechos humanos. Para desarrollar la misma, se presentará inicialmente el llamado mecanismo de excepciones generales, identificando luego la forma como ha sido operado por el SSD. A continuación se identificarán algunos casos emblemáticos que muestran interpretaciones favorables a normas pro derechos humanos, las cuales además tienen en cuenta distintas referencias al derecho internacional.

Dentro de los tratados administrados por la OMC, algunos de ellos incluyen cláusulas de excepción general que permiten eludir de alguna forma los compromisos en materia de libre comercio en ciertos casos. Es así como los artículos XX y XIV del GATT y el GATS, respectivamente, establecen las llamadas excepciones generales, según las cuales los Estados podrán tomar medidas para proteger la salud y la vida de las personas; la moral pública; las relativas a los artículos fabricados en las prisiones; atinentes a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones nacionales a la producción o al consumo; la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales, norma ésta sólo aplicable respecto del GATS.²⁰ Por su parte, el artículo XXIII del acuerdo sobre compras comerciales de los gobiernos y el 27,2 del ADPIC incluyen cláusulas similares para estos casos.

Las referencias a los temas de la salud humana, el medio ambiente y la moral pública en estos artículos han sido consideradas como la puerta para introducir los temas de derechos humanos en cuanto límite al libre comercio. Desde algunas instancias de la ONU y de organizaciones sociales, se ha enunciado que se puede apelar a aquéllos para que, en caso de tensión entre una norma de libre comercio y otra de derechos humanos, nacional o internacional, la primera ceda respecto de la segunda. De hecho, como se verá a continuación, algunas interpretaciones del SSD han dado pasos al respecto (Tran 2010; ACDH 2005).

Como puede colegirse de lo anterior, un Estado miembro puede y debe *excepcionar* respecto de compromisos comerciales para defender aspectos como la salud, la moral pública, la no admisión o producción de artículos producto del trabajo en prisiones, la conservación del medio ambiente o la protección

.....

20 Es importante dejar claro que estas excepciones, según el GATT y el GATS, podrán usarse "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". Art XX. GATT.

de la intimidad.²¹ Todos estos temas atañen de manera general o específica a la posibilidad de suspender compromisos comerciales para garantizar derechos humanos. Lo anterior es jurídicamente viable a la luz del derecho de la OMC (Marceau 2002; Pipan 2006):²²

En el contexto de las restricciones impuestas por consideraciones de derechos humanos, un país miembro de la OMC puede justificar sus acciones invocando la excepción de moral pública del artículo XX del GATT y XIV del GATS. (Marceau 2002, 789)²³

Obviamente, la forma como el articulado antes descrito es útil para permitir la defensa de ciertos derechos humanos depende mucho de cómo ha sido interpretado por el mecanismo de solución de controversias de la OMC.²⁴ A

.....

- 21 El Alto Comisionado de la ONU para los derechos humanos plantea lo anterior en los siguientes términos: "In 2005, the UN high commissioner for human rights noted that 'member states' obligations towards their own populations could fall within the compass of the 'public morals', 'public order' and human life and health exceptions of the WTO" (Aaronson 2007, 432).
- 22 Según otras interpretaciones, el artículo 23 del GATT serviría también para la defensa de derechos humanos. Así, un Estado podría denunciar a otro por violar los derechos humanos si esto significa que una ventaja resultante para aquél directa o indirectamente del GATT se halle anulada o menoscabada. Esto ocurriría respecto del *dumping* social, el cual puede afectar las ventajas provenientes del GATT para determinados países que incurren en mayores costos laborales en sus sectores productivos (Hestermeyer 2007). Finalmente, autores como Pipan han enunciado que también podrían invocarse los arts. 21, 6, 12 y 19 del GATT, los cuales permiten en general a los países impedir el comercio libre, sea en razón de la defensa de la industria nacional o contra el *dumping* proveniente de otros países (Pipan 2006; Villamarín 2004).
- 23 Siguiendo a Aaronson, Brasil hizo uso de esta previsión en el caso contra la Unión Europea por la prohibición a la importación de llantas usadas o remanufacturadas, justificación ésta que fue evaluada por el Órgano de Apelaciones de la OMC como aplicada de manera discriminatoria y no pertinente para los efectos de justificar la prohibición.
- 24 Efectivamente, si bien los países pueden utilizar lo previsto en los arts. XX y XIV del GATT-GATS de manera unilateral, es claro que los otros países miembros de la OMC se pueden ver afectados por el surgimiento de barreras al libre comercio garantizado por esta organización. En estos casos pueden utilizar y han utilizado el sistema de solución de diferencias, a fin de cuestionar el alcance de las medidas producto de los artículos arriba indicados. Es por eso fundamental conocer la manera como el SSD ha interpretado el uso de esta normatividad.

continuación se presentará una síntesis de las interpretaciones vigentes, con particular referencia al artículo XX del GATT, dado que es el único que cuenta con precedentes sistemáticos al respecto. También se hará una referencia concreta al art. XIV del GATS a partir del único caso existente en la materia.

La interpretación del art. XX GATT se ha desarrollado en dos fases. Por un lado, se ha tratado de establecer lo que se conoce como el test de necesidad respecto de medidas protectoras de la moral pública, la salud o los recursos naturales. Por otra parte, se han dado diversas pautas sobre la aplicación no discriminatoria de las mismas, conocidas como la interpretación del *chapeau* o cláusula introductoria del artículo XX (Bown y Trachtman 2009).²⁵

a. El test de necesidad y algunos casos emblemáticos

En lo que hace al test de necesidad, los literales a y b del artículo XX del GATT establecen que las medidas excepcionales deben ser necesarias para proteger la moral pública; la salud y la vida de las personas y de los animales, o para preservar los vegetales. A partir de los fallos *Corea-Carne* y *Unión Europea-Asbestos*, la necesidad de las medidas depende de tres aspectos simultáneos. En primer lugar, hay que establecer si el objetivo planteado cabe dentro de la descripción del artículo. A continuación se debe identificar si la medida es apta para realizar la protección de la moral o la salud pública. Dicha aptitud se puede estimar cualitativa o cuantitativamente. Por último, hay que verificar si no existe de manera realista o viable para el país una fórmula alternativa que, siendo útil para obtener el objetivo, sea menos restrictiva al comercio, aunque manteniendo su idoneidad para el fin propuesto (Thomas 2009; Bown y Trachtman 2009).

Por su parte, el literal g del art. XX permite las restricciones comerciales relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, siempre y cuando se apliquen conjuntamente restricciones a la producción y consumo nacionales. El carácter de relativo es diferente al de necesario arriba indicado, y se ha entendido como la

.....

25 Aun cuando, según la normatividad del SSD, el precedente no es vinculante, sí genera expectativas legítimas: "Adopted reports are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to that dispute" (Oliveira 2005, 18).

existencia de una relación clara entre la restricción (el mecanismo) y los objetivos, en este caso el recurso que se va a proteger. Los demás aspectos no han recibido mayores consideraciones, más allá de su significación literal (Elizalde 2008; Tran 2010).

La anterior interpretación se ha ido cualificando progresivamente. Así, a través del caso *Atún /Delfines* el Panel estableció que las medidas de protección de la salud, la moral pública, etc., sólo podrían ser de carácter nacional o respecto de la población de cada Estado que incoo la medida. Por tanto, no se podrán invocar para imponer cánones de salud o de moral pública a otros países (Beltrán 2009). Por su parte, en el caso *Brasil-Llantas remanufacturadas*, el Cuerpo de Apelaciones estableció que mientras más importante sea el objetivo buscado con la medida, más fácil será establecer su necesidad (Tran 2010).

A partir de las anteriores consideraciones, es posible encontrar al menos cinco casos donde el SSD ha dejado claro que los países pueden apelar a políticas para la defensa de algunos derechos relativos a la salud y al medio ambiente, en el marco del art. XX del GATT y XIV del GATS.

El caso *CE-Amianto* enfrentó a Canadá con Francia. Este país emitió en 1996 una normatividad que impedía el ingreso a su territorio de amianto y/o de productos que lo contuvieran. Adujo, entre otras razones, los efectos críticos para la salud de dicho componente. Canadá, en cuanto exportador de este material, demandó al país galo en el SSD planteando que la medida en cuestión violaba, entre otros, los artículos III, XI y XIII del GATT de 1994.

El caso fue decidido por un grupo especial en el año 2000 y, finalmente, por el Órgano de Apelaciones en 2001, dando la razón al Gobierno francés respecto de la limitación de las importaciones de amianto. En la decisión de este último se dejó claro que la medida “protege el Apartado b) del artículo XX del GATT (excepciones) salud y la vida de las personas” y que no existían “alternativas razonables a las que se pudiera recurrir” (OMC 2001).²⁶

.....

26 Pipan valora esta decisión en los siguiente términos: “Es significativo destacar que el OA sostuvo que las normas de la OMC, no pueden imponer un determinado nivel de protección de la salud y de la vida humana establecido a través del prisma del libre comercio, sino que se debe respetar la soberanía del estado en la elección de los niveles de protección deseados en su territorio. Además estableció que la carga de la prueba acerca de que el producto no es perjudicial corresponde al Miembro que cuestiona la regulación” (Pipan 2006, 87).

Un segundo caso relevante fue el de *Estados Unidos-Juegos de azar*. Bajo éste se cuestionaron, por Antigua y Barbados, las medidas estadounidenses que impedían el comercio transfronterizo de los juegos de azar, según lo previsto en el GATS. En concreto, los demandantes adujeron que las medidas en cuestión contradecían los artículos II, VI, VIII, XI, XVI y XVII, y la lista de compromisos específicos de Estados Unidos anexa al GATS. Por su parte, EE. UU. planteó que sus medidas se podían justificar en el literal a del art. XX, relativo a la defensa de la moral pública. En esto contexto, el Órgano de Apelaciones, en su decisión final, admitió que las decisiones estadounidenses podían considerarse como necesarias para dicha defensa, en la medida en que dificultaban el lavado de dinero, el fraude y el juego de los menores de edad, buscando igualmente la salud. Sin embargo, el SSD planteó que los términos de estas medidas eran discriminatorios, de acuerdo con la cláusula introductoria del art. XX.

A pesar de lo anterior, esta decisión se considera emblemática, en cuanto el concepto de moral pública logró claridad de dos formas. Por un lado, se estableció que el mismo significa la existencia de estándares sobre las conductas correctas o incorrectas mantenidas en nombre de una comunidad o nación. Adicionalmente, planteó que este concepto debería verse de manera evolutiva y cambiante. Algunos han considerado que esta interpretación de moral pública haría permisible su uso para hacer defendibles decisiones nacionales en materia de derechos humanos (Harrison 2007).

Un tercer caso fue el *CE-Hormonas*. Éste tuvo lugar en 1998, ante las medidas proferidas por el Consejo de Europa que prohibían la utilización de ciertas sustancias de efecto hormonal en el sector animal. Según los demandantes, entre los que estaban Estados Unidos y Canadá, tales reglamentaciones restringieron las importaciones de productos cárnicos de varios países y eran incompatibles con los artículos III y XI del GATT de 1994, entre otros. Para Europa, estas medidas estaban justificadas en la protección de la salud humana de los potenciales efectos de carnes con hormonas. Si bien el caso fue ganado por los demandantes, en las decisiones del SSD se dejó claro que los países miembros tienen el derecho de tener el nivel de protección a la salud que ellos consideren, aun por encima de los niveles internacionales, el cual, sin embargo, debe sustentarse en evidencias científicas y en los estándares internacionales de seguridad alimentaria. Para algunos autores, si bien el caso no fue del todo

favorable, fue útil, dada la referencia donde se reconoce a los Estados el derecho a tener un nivel de protección a la salud según sus términos y decisiones, y aun por encima de un determinado referente internacional (OMC-OMS 2002).

Un cuarto y muy emblemático caso fue el de *Estados Unidos-Camarones* de 1998. Este país había establecido medidas para impedir la importación de camarones cuya pesca no tuviera en cuenta mecanismos que impidieran la muerte o daño a las tortugas marinas afectadas por aquella. Países como Malasia y Tailandia demandaron tales restricciones por considerarlas violatorias, entre otros, de los artículos I, XI y XIII del GATT de 1994. Entre los argumentos esgrimidos por EE.UU. para defender su medida estuvo el literal g del artículo XX del GATT, atinente a la conservación de recursos naturales agotables, en este caso, las tortugas marinas. Las decisiones del SSD plantearon que “la prohibición de las importaciones, Artículo XX del GATT (excepciones) impuesta por los Estados Unidos, si bien estaba relacionada con la conservación de recursos naturales agotables y, en consecuencia, abarcada por la excepción establecida en el apartado g) del artículo XX, no podía justificarse al amparo de dicho artículo porque la prohibición constituía una discriminación ‘arbitraria e injustificable’ en el sentido del preámbulo del artículo XX”. Como consecuencia de esto, Estados Unidos inició negociaciones para establecer un marco internacional con otros países dirigido a generar protocolos para la captura del camarón y respetuosos con el medio ambiente. Luego de esta normatividad, las medidas estadounidenses se consideraron coherentes con lo previsto en el art. XX, g. (OMC 2001).

Finalmente, encontramos el caso *Brasil-Llantas remanufacturadas*. En éste, el país suramericano fue demandado por la Unión Europea, dado que mediante distintas regulaciones impidió el ingreso de llantas remanufacturadas, a fin de proteger el medio ambiente. Aunque el SSD consideró que la acción brasileña no era coherente con la introducción del art. XX, por primera vez el Órgano de Apelaciones dejó claro que la defensa del medio ambiente está implícita en el numeral b del art. XX. Igualmente, estableció que la contribución al medio ambiente podría sustentarse de manera general y cualitativa, antes que cuantitativa (Tran 2010).

En términos de derechos humanos, las interpretaciones antes anotadas han sido valoradas positivamente en cuanto 1. Permiten a un país determinar el máximo nivel de protección en materia de salud o moral pública. 2. Establecen

que mientras más importante sea la pretensión buscada respecto de los anteriores objetivos, es más fácil determinar su necesidad. 3. Plantean que la pertinencia de la medida respecto de los objetivos se puede establecer tanto cualitativa como cuantitativamente. 4. Aclaran que la relación entre la medida y los fines del art. XX no debe ser inmediata (Tran 2010; Thomas 2009).

Decisiones como las anotadas no sólo son importantes por su contenido, aunque es evidente que no ha existido una declaración contundente e inequívoca en términos de derechos humanos. Adicionalmente, para llegar a ellas, se ha hecho uso interpretativo de normas externas a los tratados administrados por la OMC.

En efecto, el artículo 3 del tratado creador del SSD establece que para aclarar las disposiciones vigentes relativas a los acuerdos OMC objeto del SSD, se debe hacer de “conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. Dichas normas se pueden encontrar en los tratados de la Convención de Viena, la cual establece, entre otros, que los tratados se interpretarán teniendo en cuenta su texto, el contexto en que fueron escritos y los objetivos y fines de los mismos. En el conocido caso sobre *Estados Unidos-Camarones*, el Órgano de Apelación usó normas del derecho internacional para dar contenido a la expresión “exhaustible natural resource” incluida en el artículo XX del GATT, lo cual permitió considerar a las tortugas marinas como un recurso natural no renovable (Young 2007).²⁷ Por su parte, en el caso *Asbestos*, el mismo órgano valoró varias convenciones de la Organización Mundial de la Salud, a fin de encontrar evidencia sobre la toxicidad de aquel material. En el caso de la carne hormonada, el SSD tuvo en cuenta el Codex Alimentarius de la FAO y la OMS, por remisión directa del Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias.²⁸

.....

27 “Incluso el Órgano de Apelación en este asunto se remitió al Acuerdo sobre la Diversidad Biológica, al Acuerdo sobre la Protección de Especies salvajes de animales migratorios, así como al Acuerdo de Washington sobre Protección de las Especies. También se encuentra mencionado el Tratado sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas, así como algunas citas de la amplia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, como las obtenidas del asunto de Namibia” (Hilf 1999, 22).

28 El SSD ha hecho uso interpretativo de normas externas a la OMC en diversos casos. Entre otros, pueden verse: *Chile-Sistemas de bandas de precios*; *Unión Europea-Piezas de pollo*; *Corea-Carne vacuna*.

Una segunda fuente para incorporar normas externas a la OMC es el literal c del artículo 31 de la Convención de Viena, el cual establece que los tratados se interpretarán a la luz de “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.²⁹ En otros términos, los tratados de libre comercio se podrían aplicar concomitantemente con los otros tratados sobre otros temas, incluidos los derechos humanos, que estén igualmente vigentes entre las partes.³⁰

La importancia del reconocimiento de normas externas a la OMC en los casos en mención, y en otros, radica en que, a la hora de interpretar los acuerdos de la OMC, se puede dar cabida a otras normas del derecho internacional, incluidas aquellas relacionadas con los derechos humanos. A partir de esta posibilidad, se abren dos situaciones fundamentales. Por un lado, el SSD acepta vía diversas decisiones que el derecho OMC no puede entenderse de manera aislada respecto del resto del derecho internacional, y, por tanto, la tesis de la fragmentación del derecho internacional es limitada.³¹ Aceptado esto, es claro que normas procedentes del derecho internacional de los derechos humanos podrían ser tenidas en cuenta como criterio de interpretación de los acuerdos abarcados, cuando ello sea necesario:

El alcance limitado de la OMC no significa que sus tratados existen formando parte de un sistema herméticamente

.....

29 “En su primera decisión, el Órgano de Apelación dejó claro que los acuerdos de la OMC no pueden leerse en un aislamiento clínico del derecho internacional. El artículo 3(2) del SSD exige que los acuerdos de la OMC sean interpretados a la luz, entre otros, de la Convención de Viena. El art. 31(1) de la misma ofrece herramientas para desarrollar este ejercicio [...]” (Marceau 2002, 766). Con todo, es hoy claro que los principales instrumentos de derechos humanos no han sido ratificados por una parte importante de los países que dominan el comercio mundial, lo cual limitaría el alcance de la argumentación en mención.

30 Sin embargo, en el caso Biotech, el SSD planteó que sólo se podrán tener en cuenta aquellos tratados de derechos humanos u otros temas, a condición de que hayan sido suscritos por todos los integrantes de la OMC.

31 De hecho, como demuestra Fernández (2006), algunos de los tratados abarcados hacen referencia a normas externas a la OMC, como el art. XXI del GATT respecto de la Carta de la ONU y los temas de paz. En tal sentido, es muy difícil sostener el aislacionismo del sistema OMC si, como se ve y verá, el mismo hace referencias a normas externas al mismo.

cerrado y aislado del derecho internacional y los derechos humanos. Por el contrario, los Estados deben implementar todas sus obligaciones internacionales de buena fe. Además, los principios de interpretación del SSD exigen que los paneles y el Órgano de Apelación usen o tengan en cuenta varios principios, tratados y costumbres relevantes, a la hora de interpretar los acuerdos abarcados, incluidos aquellos relacionados con los derechos humanos. (Marceau 2002, 779)³²

Llegados a este punto, es necesario aclarar que por las dos vías antes planteadas, el SSD puede y debería utilizar normas externas a la OMC, incluidas las de tratados internacionales, para interpretar los acuerdos abarcados cuando ello sea necesario. Esto no quiere decir que el SSD pueda aplicar de manera directa a un caso concreto normas externas a la OMC estableciendo su preeminencia sobre el derecho de esta última. Lo anterior se fundamenta en que incorporar normatividad externa a la OMC sería romper con un principio del derecho internacional según el cual las normas que rigen el comportamiento de los Estados son las que ellos expresamente se han dado, y no las que extensivamente un órgano judicial o cuasi judicial asume como aplicables (Hilpold 2011). En esta misma línea, Fernández registra que una cosa es permitir que se tengan en cuenta de manera interpretativa normas externas a los acuerdos abarcados, y otra, permitir la aplicación de aquéllas por el SSD.³³

.....

32 Algunos autores sustentan la introducción de normas de derechos humanos vía esta interpretación, entre otros, Blázquez (2006).

33 Es necesario dejar claro que existe un debate doctrinal entre aquellos que tienen una posición restrictiva sobre si el SSD puede aplicar o no derecho externo a la OMC. Para una muy completa presentación de este debate, ver Fernández (2006). Pauwelyn es sin duda el autor que más lejos y coherentemente ha llegado a defender que se puede y debe aplicar derecho externo a la OMC por el SSD, bajo las condiciones antes descritas. Al respecto, este autor defiende que la invocación interpretativa antes mencionada, en la práctica, conlleva la aplicación de derecho externo a la OMC, y no es mera interpretación. Ver Pauwelyn (2005) y Pipan (2006). Sobre la aproximación más restringida, ver Marceau (2002) y Fernández (2006).

En suma, las interpretaciones realizadas por el SSD respecto de los art. XX del GATT y XIV del GATS han dado algunas pautas iniciales, aunque tímidas, sobre su uso para defender algunos derechos humanos. Adicionalmente, al incorporar referencias foráneas al derecho OMC, deben permitir en el futuro el uso interpretativo de normas internacionales de derechos humanos, aunque su aplicación actual cuestiona la pretendida fragmentación del derecho internacional. Con todo, el alcance de lo dicho antes, y como ya de cierta forma se ha anticipado, descansa finalmente en lo que ha sido la interpretación del llamado *chapeau* del art. XX.

b. La interpretación del *chapeau*. El gran límite para los temas de derechos humanos

Luego de cumplido el test de necesidad, las medidas objeto de consideración no pueden ser discriminatorias, arbitrarias o injustificables entre los países en que prevalearan las mismas condiciones, ni tampoco pueden constituir una restricción encubierta al comercio internacional. Esta enunciación de entrada del art. XX, conocida como *chapeau*, es fundamental, pues si bien una medida puede cumplir el test antes establecido, igualmente debe ser coherente con esta parte del articulado. La pretensión con este texto fue establecer un equilibrio entre el derecho a limitar el libre comercio y los derechos de las demás partes en los acuerdos de libre comercio (Bown y Trachtman 2009).

La interpretación al respecto ha establecido que hay discriminación cuando la medida planteada se aplica a unos países, mas no a otros. Existe un trato injustificado cuando, habiendo discriminación admitida entre países, ésta no es coherente con la pretensión misma de la medida, es decir, la defensa de la moral, la salud o los recursos naturales. Adicionalmente, en el caso *EE. UU.-Juegos de azar* se dejó claro que el aspecto discriminatorio no sólo debe ser real, sino que su aplicación potencialmente diferencial e injustificada también se puede considerar como un limitante. Finalmente, el SSD ha establecido que existe discriminación “cuando la aplicación de la medida es rígida e inflexible y no permite una investigación para determinar si el programa

reglamentario exigido es apropiado a las condiciones que prevalecen en esos países” (Elizalde 2008, 208).³⁴

Bajo estas interpretaciones, el llamado *chapeau* se ha convertido en un gran limitante para el uso de las excepciones previstas en el artículo XX del GATT. La manera tan amplia como se ha entendido el concepto de discriminación y la forma como el SSD ha buscado un equilibrio entre los intereses ligados con la salud, la moral pública, etc., del país incurso en la medida y los intereses comerciales de los demás han conllevado que al final:

[...] sea difícil que [se] logre satisfacer las condiciones establecidas en la cláusula introductoria de tal disposición. Sólo una ha logrado cumplir las condiciones de la cláusula introductoria, y no se trataba de una medida de protección ambiental, sino de una medida sanitaria destinada a proteger la salud dentro del territorio del país que la aplicaba. (Elizalde 2008, 205)

En suma, el mecanismo de las excepciones generales existe en varios artículos de los tratados básicos administrados por la OMC. Según su actual enunciación, es posible para un país no cumplir con normas de libre comercio, a fin de proteger la moral pública, la salud y los recursos naturales. La interpretación dada a este artículo por el SSD, en los casos en que se ha usado, deja una situación algo ambigua. Por un lado, la valoración de la cláusula introductoria (*chapeau*) ha sido excesivamente limitante. Por su parte, la determinación de la necesidad de las medidas a favor de la salud, la moral pública, etc., ha tenido progresos importantes, si se le compara con el viejo GATT.

CONCLUSIONES

Este artículo estaba guiado por dos preguntas básicas. 1. ¿De qué manera la OMC ha incorporado por distintas vías compromisos en materias

.....

34 Algunos de los casos donde se han dados pautas respecto de la parte introductoria del art. XX son *Unión Europea-Condiciones de preferencia países en desarrollo* de 2001; *Estados Unidos-Camarones* de 1998; *Japón-Bebidas alcohólicas* de 1996.

relacionadas con algunos derechos humanos? y 2. ¿Cómo la actual configuración del GATT y del GATS, tratados administrados por la OMC, permite a los Estados eludir compromisos en materia de comercio internacional a favor de algunos derechos humanos?

Respecto de la primera, el mecanismo de las excepciones especiales ha permitido establecer compromisos que limitan el libre comercio en el caso de ciertos medicamentos ligados con el derecho a la salud, y respecto de los diamantes producto de zonas de guerra, protegiendo de alguna forma la vida y la seguridad de las personas ubicadas en estas zonas. El desarrollo de estos mecanismos es en parte el producto de la forma como los tratados de la OMC reconocen más o menos explícitamente un horizonte ligado con los derechos humanos, pero tienen como gran limitante que dependen de acuerdos políticos de alto nivel que son largos y complejos.

En relación con la segunda inquietud, el GATT, el GATS y otros tratados administrados por la OMC tienen la cláusula de excepción general que permite limitar el libre comercio para defender, entre otros, la moral pública, la salud humana y los recursos naturales. Con base en la misma, el SSD, órgano especializado en la defensa última de los tratados OMC, ha generado interpretaciones que progresivamente se ven como un avance para permitir que temas de derechos humanos pongan límites a normas de comercio internacional. Con todo, la interpretación que se hace de la cláusula introductoria del art. XX del GATT limita profundamente el uso de la excepción general.

Como producto de lo anterior, es claro que no es posible sostener que el derecho relativo a la OMC ha estado al margen de otras normas del derecho internacional, como sostiene cierta teoría de la fragmentación del derecho. El SSD ha hecho uso al menos interpretativo de normas externas a la OMC, y además, dentro de los tratados existen varias referencias a otras normas del derecho internacional. Si bien hasta ahora dicho uso no ha significado una declaración expresa sobre normas internacionales de derechos humanos, los precedentes planteados en este artículo permiten igualmente sostener que la OMC no ha estado totalmente al margen de los temas de derechos humanos. Con todo, el alcance de sus compromisos e interpretaciones al respecto sigue siendo limitado.

REFERENCIAS

1. Aaronson, Susan. 2007. Seeping in slowly. How human rights are penetrating the WTO. *World Trade Review* 3: 413-449.
2. Abbot, Frederick. 2005. The “rule of reason” and the right to health. Integrating human rights and competition principles in the context of TRIPS. En *Human Rights and international trade*, editores Thomas Cottier, Joost Pauwelyn y Elizabeth Burgi, 279-301. Londres: Oxford University Press.
3. Abbott, Frederick, Christine Breining-Kaufmann y Thomas Cottier. 2006. *International trade and human rights. Foundations and conceptual Issues*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
4. ACDH. 2003. Human rights and trade, Submission to the 5th WTO Ministerial Conference, Cancún, México, 10-14 de septiembre. <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Globalization/Pages/ReportsHC.aspx>. (Fecha de consulta, 12 de agosto de 2012).
5. ACDH. 2005. Human rights and world trade agreements - Using general exception clauses to protect human rights. Nueva York y Ginebra: United Nations.
6. Anderson, Robert y Hannu Wager. 2006. Human rights, development, and the WTO: The cases of intellectual property and competition policy. *Journal of International Economic Law* 9 (3): 707-747.
7. Alston, Philip. 2002. Resisting the merger and acquisition of human rights by trade law: A reply to Petersmann. *European Journal of International Law* 4: 815-844.
8. Beltrán, Luz. 2009. ¿Es el artículo XX del GATT la herramienta adecuada para la resolución de controversias relacionadas con el medio ambiente en la OMC? *Revista Contextos* 27: 75-83.
9. Blázquez, Irene. 2006. Cumplimiento del derecho internacional en el sistema de solución de diferencias de la OMC. *Revista Española de Derecho Internacional* 1: 175-203.
10. Bown, Chad y Joel Trachtman. 2009. Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres: A balancing act. *World Trade Law Review* 8 (1): 85-135.
11. Clapham, Andrew. 2006. *Human right obligations of non-state actors*. Londres: Oxford University Press.
12. Cortés, José Manuel. 2008. *Las organizaciones internacionales: codificación y desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
13. Cottier, Thomas. 2002. Trade and human rights: A relationship to discover. *Journal of International Economic Law* 1: 111-132.
14. Cottier, Thomas, Joost Pauwelyn y Elizabeth Burgi. 2005. *Human rights and international trade*. Londres: Oxford University Press.

15. Dawkins, Kristin. 2000. La OMC va contra los derechos humanos. <http://www.grain.org/biodiversidad/?id=115>. (Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2011).
16. Dommen, Caroline. 2005. Comercio y derechos humanos. Rumbo a la coherencia. *Sur. Revista internacional de Derechos Humanos* 3: 7-25.
17. Elizalde Miguel. 2008. *Las medidas comerciales multilaterales para la protección del medio ambiente y el sistema multilateral de comercio*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
18. Fernández, Xavier. 2006. *La OMC y el derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del derecho internacional general*. Madrid: Marcial Pons.
19. FIDH. 2005. Understanding global trade & human rights. <http://www.un-gls.org/orf/FIDH.pdf> (Fecha de consulta, 14 de julio de 2012).
20. Fortín, Carlos. 2008. Régimen jurídico del comercio internacional y derechos humanos: una compleja relación. *Anuario de Derechos Humanos* 4: 231-243.
21. Ghazi, Bahram. 2005. *The IMF, the World Bank group and the question of human rights*. Nueva York: Transnational Publishers.
22. Harrison, James. Beyond fragmentation and unity: Reconceptualising human rights as useful tools for solving justice issues in the trade arena <http://www.docin.com/p-308001707.html> (Fecha de consulta, 15 de julio de 2012).
23. Harrison, James. 2007. *Human rights arguments in WTO dispute settlement proceedings. The impact of the World Trade Organisation on the protection and promotion of human rights*. Portland: Hart Publishing. Hestermeyer.
24. Holger. 2007. *Human rights and the WTO: The case of patents and access to medicines*. Nueva York: Oxford University Press.
25. Hilf, Meinhard. 1999. ¿Libertad del comercio mundial contra protección del medio ambiente? *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 3: 44-77.
26. Hilpold, Peter. 2011. WTO law and human rights: Bringing together two autopoietic orders. *Chinese Journal of International Law* 2: 323-372.
27. Koskenniemi, Martti. 2006. Fragmentation of international law. Difficulties arising from the diversification and expansion of international law. UN. Special report. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf (Fecha de consulta, 1º de agosto de 2012).
28. Lal Das, Bhagirat. 2004. *La OMC y el sistema multilateral de comercio*. Barcelona: ICARIA.
29. Lobejón, Luis. 2008. Pasado, presente y futuro de la cláusula social. El papel de la Organización Mundial del Comercio. *Revista de Economía. Información Comercial Española* 843: 141-161.

30. Lumina, Cephas. 2010. Free trade or just trade? The World Trade Organization, human rights and development. *Law, Democracy and Development* 14: 175-195.
31. Marceau, Gabrielle. 2002. WTO dispute settlement and human rights. *European Journal of International Law* 4: 753-814.
32. McCorquodale, Robert. 2009. International Organizations and international human rights law: One giant leap for humankind. En *International Law and Power. Perspectives on Legal Order and Justice*, editores Kayan Kaikoban y Michael Bohlander, 141-162. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers
33. Morten, Hans. 2008. Human rights and TRIPS exclusion and exception provisions. *Journal of World Intellectual Property* 10: 345-374.
34. Oliveira, Bárbara. 2005. The relationship between WTO and public international law. The applicable law in dispute settlement at the WTO. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=903052 (Fecha de consulta, 24 de agosto de 2012)
35. OMC. 1998. CE-Hormonas. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/1pagesum_s/ds48sum_s.pdf (Fecha de consulta, 20 de julio de 2012)
36. OMC. 2001. Caso CE-Amianto. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds135_s.htm (Fecha de consulta, 12 de agosto de 2012)
37. OMC. 1998. Caso Estados Unidos-Camarones. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm (Fecha de consulta: 10 de agosto de 2012)
38. OMC. 2005 Caso Estados Unidos-Juegos de azar. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds285_s.htm (Fecha de consulta, 14 de agosto de 2012)
39. OMC y OMS. 2002. *World trade Agreements and human health*. Ginebra: WTO Secretariat.
40. Panagiotis, Delimatsis. 2010. The fragmentation of international trade law. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1554909 (Fecha de consulta: 25 de julio de 2012)
41. Pauwelyn, Joost. 2005. Human rights in WTO dispute settlement. En *Human rights and international trade*, editores Thomas Cottier, Joost Pauwelyn y Elizabeth Burgi, 205-232. Londres: Oxford University Press.
42. Peixoto Batista, J. 2008. Derechos humanos y comercio, ¿una relación conflictiva? La protección del derecho a la educación en las negociaciones comerciales internacionales. Programa de Estudios en Instituciones Económicas Internacionales. Flacso Argentina. http://www.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/PeixotoArg_guatemala.pdf (Fecha de consulta, 24 de julio de 2012)
43. Pipan, Anita. 2006. *Los derechos humanos en la OMC*. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina.

44. Ranjan, Prabash. 2005. International trade and human rights: Conflicting obligations. En *Human rights and international trade*, editores Thomas Cottier, Joost Pauwelyn y Elizabeth Burgi, 311-322. Londres: Oxford University Press.
45. Rey, Adela. 2006. *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
46. Robertson, Susan L. 2006. Globalisation, GATS and trading in education services. En *Supranational regimes and national education policies: Encountering challenge*, editores Johanna Kallo y Rinne Risto. Helsinki: Finish Education Research Association.
47. Rodiles, Alejandro. La fragmentación del derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México? *Anuario Mexicano de Derecho internacional*
48. Schefer, K. 2005. Stopping trade in conflict diamonds: Exploring the trade and human rights interface with the WTO waiver for the Kimberley process. En *Human rights and international trade*, editores Thomas Cottier, Joost Pauwelyn y Elizabeth Burgi, 391-416. Londres: Oxford University Press.
49. Skogly, Sigrun. 2001. *The human rights obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*. Londres: Cavendish Publishing Limited.
50. Thomas, Sebastien. 2009. Trade and environment under WTO rules after the Appellate Body report in Brazil-retreated tyres. *Journal of International Commercial Law and Technology* 4 (1): 42-49.
51. Tran, Christopher. 2010. Using GATT, Art XX to justify climate change measures in claims under the WTO agreements. *Environmental and Planning Law Journal* 27 (5): 346-360.
52. Villamarín, José. 2004. El mecanismo de diferencias en el sistema GATT/OMC. La práctica latinoamericana y la internalización del modelo. (Fecha de consulta, 20 de septiembre de 2011).
53. Young, Margaret A. 2007. The WTO's use of relevant rules of international law. *International and Comparative Law Quarterly* 56: 909-930.
54. Zapatero, Pablo. 2007. Economía de mercado y derechos humanos. Un estudio sobre la interdependencia de las normas. *Derechos y Libertades* 16, Época II: 211-239.