

ISSN 0719-210X

R E V I S T A  
TRIBUNA  
**INTERNACIONAL**

Publicación del Departamento de  
Derecho Internacional

Volumen 1 / N°2 / 2012

FACULTAD DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE

**Rector de la Universidad de Chile**

Víctor Pérez Vera  
Av. Alameda Libertador Bernardo  
O'Higgins 1058, Santiago

**Representante legal**

Roberto Nahum Anuch  
Decano de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Chile

**Director Responsable**

Mario Ramírez Necochea

**Editora de Contenidos**

Claudia Sarmiento Ramírez

**Comité Editorial**

Gonzalo Aguilar  
José Carlos Fernández Rosas  
Claudio Grossman  
Mattias Kumm  
Hugo Llanos  
Cecilia Medina  
Elina Mereminskaya  
Mónica Pinto

**Revista Tribuna Internacional**

Publicación del Departamento de Derecho  
Internacional de la Facultad de Derecho de  
la Universidad de Chile  
Volumen 1 / N°2 / 2012  
[www.tribunainternacional.uchile.cl](http://www.tribunainternacional.uchile.cl)  
ISSN: 0719-210X

**Diseño y producción:**

Gráfica Metropolitana  
[contacto@graficametropolitana.cl](mailto:contacto@graficametropolitana.cl)  
[www.graficametropolitana.cl](http://www.graficametropolitana.cl)

Printed in Chile / Impreso en Chile

# ÍNDICE

## Artículos

- Justicia internacional penal: un pilar del Estado de Derecho internacional 9  
*Gonzalo Aguilar Cavallo*
- El derecho societario en la Unión Europea 47  
*Massimiliano Castellari*
- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Organización Mundial del Comercio 71  
*Holger P. Hestermeyer*
- La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público 107  
*Rita Lages*
- La Responsabilidad de Proteger: el rol de la comunidad internacional 129  
*Hugo Ignacio Llanos Mardones*
- El desarme y la regulación de armamentos 141  
*Edmundo Vargas Carreño*
- La importancia de Mercosur frente a los cambios y perspectivas de su institucionalidad jurídica 159  
*Iris Vittini y Ana María Moure*

## Recensiones

- “Law and revolution. The Formation of The Western Legal Tradition”, 183  
de Harold J. BERMAN (1983. Traducción al español, 1995),  
por Mario Arnello Romo



# Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Organización Mundial del Comercio

## *ESC Rights in the WTO*

Holger P. Hestermeyer

hhesterm@mpil.de

Graduado de la Universidad de Münster, LL.M. (UC Berkeley School of Law), bar exam (New York), Segundo Examen Estatal (Hamburgo), Doctorado (Universidad de Hamburgo), jefe de un grupo de investigación, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. Co-director de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional.

**Resumen:** El artículo analiza la compleja relación que existe entre el régimen de los derechos humanos, particularmente el que surge de las obligaciones que derivan del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y el sistema de la Organización Mundial de Comercio (OMC). En una primera parte el autor aborda esta problemática desde una perspectiva normativa y busca responder si la OMC está obligada por el PIDESC y si éste puede aplicarse a la solución de controversias de forma tal de permitir a los Estados justificar violaciones a la normativa de la OMC como resultado de su deseo de implementar las obligaciones del Pacto. En una segunda parte el autor analiza empíricamente el uso de derechos humanos dentro de los debates de los órganos de la OMC, a partir del estudio de los documentos de la base de datos de la OMC. El autor presenta los resultados de este trabajo en sus conclusiones.

**Palabras clave:** PIDESC – OMC – derecho internacional público – interpretación de los tratados – mecanismo de solución de diferencias.

**Abstract:** The article analyzes the complex relationship between the legal regime of international human rights law, particularly under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), and the system of the World Trade Organization (WTO). In the first part, the author addresses this issue from a normative perspective and seeks to answer whether the WTO is bound by the ICESCR and if the Covenant can be applied in WTO dispute settlement to justify violations of WTO law. In the second part the author empirically analyzes the extent of the use of human rights arguments in the debates of WTO bodies, using the documents of the WTO database. In the conclusions the author presents the results of his inquiry.

**Keywords:** ICESCR – WTO – international public law – treaty interpretation – dispute settlement mechanism.

## Introducción

---

Para quienes son nóveles en el derecho internacional, éste presenta un número de confusiones. Una de éstas es su carácter fragmentario. La mayor parte del derecho internacional deriva de tratados bilaterales o multilaterales entre Estados que abarcan una vasta variedad de diferentes materias. No existe una jerarquía entre estas normas que pudiera otorgarle cierta consistencia al sistema normativo internacional<sup>1</sup>. Tampoco hay un sistema judicial centralizado que impone las normas internacionales: muy por el contrario, cada tratado puede disponer de su propio sistema de cumplimiento. Tales sistemas normalmente están dotados de jurisdicción únicamente respecto del sistema particular para el que fueron creados y, a veces, solo se les permite aplicar las reglas de ese sistema<sup>2</sup>. Esto exacerba aún más la diferenciación del derecho internacional en campos separados<sup>3</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>4</sup> y los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>5</sup>, son ejemplos de la fragmentación del sistema de derecho internacional. El primero, un tratado que cuenta actualmente con 160 Estados miembros<sup>6</sup>, se basa para su implementación en un sistema de nombrar

\* El autor desea agradecer a Gabrielle Marceau, Lorand Bartels y Hans Morten Haugen por sus útiles comentarios y a Tim Kuhn por su asistencia en la investigación. Todos los errores que puedan existir son, desafortunadamente, míos.

\*\* Texto traducido al castellano desde el inglés por Claudia Sarmiento Ramírez y Mario Ramírez Necochea.

<sup>1</sup> Podemos encontrar el germen de una jerarquía normativa en el derecho internacional en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y en la doctrina de *ius cogens*. Ver COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentation of International Law*, Doc. ONU A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006. A pesar de la evolución del derecho internacional hacia un orden constitucional más complejo que proteja los intereses de la comunidad, el grueso del derecho internacional continúa consistiendo en reglas no jerarquizadas creadas de una manera descentralizada. Ver, por ejemplo, PAULUS A. Die Internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. München, Beck, 2001; SIMMA B. From Bilateralism to Community Interest in International Law. 250 RdC 221 (1994); TOMUSCHAT C. Obligations Arising for States without or against their Will. 241 RdC 199 (1993).

<sup>2</sup> Dos puntos de vista diferentes sobre la proliferación de tribunales internacionales pueden verse en MATZ-LÜCK N. Promoting the Unity of International Law. En: KÖNING D. ET AL. (eds) International Law Today. 99, Heidelberg, Springer, 2008; y HESTERMEYER H. Where Unity is at Risk. *Ibid*, 123.

<sup>3</sup> Esta visión estructural también sustenta el concepto de constitucionalización del derecho internacional. Ver WALTER C. Constitutionalizing (Inter)national Governance-Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law. 44 GYIL 170,189 (2001).

<sup>4</sup> 993 UNTS 3.

<sup>5</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. The Legal Text: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations. Cambridge, CUP, 1999.

<sup>6</sup> Las fechas de las ratificaciones al PIDESC y a su Protocolo Adicional están disponibles en <http://treaties.un.org>.

y avergonzar a los infractores<sup>7</sup>. La OMC, un organismo internacional con sus raíces en el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT) de 1947, y con 153 miembros a enero del 2012<sup>8</sup>, cuenta con un mecanismo de solución de controversias entre los Estados miembros muy ambicioso y exitoso, con procedimientos que pueden permitir represalias comerciales por violaciones a los acuerdos de la OMC<sup>9</sup>. Como lo señala Hans Morten Hauge, los acuerdos de la OMC no contienen referencias explícitas a los derechos humanos, ni el PIDESC hace referencias al derecho comercial internacional. Así, los dos regímenes parecen vivir existencias completamente separadas<sup>10</sup>. En consecuencia, durante gran parte de su historia, cada uno vivió en una bendita ignorancia respecto del otro y los expertos de uno de ellos raramente se involucraron con los del otro.

El hecho de que las normas de los dos regímenes legales no se refieran el uno al otro no implica, no obstante, que en una situación dada deba aplicarse sólo uno de los dos regímenes. La realidad simplemente no puede ser compartimentalizada en la forma como puede hacerse tratándose de regímenes normativos<sup>11</sup>. Los Estados en cada momento deben cumplir con todas sus obligaciones bajo el derecho internacional, es decir, si son Estados partes de los dos regímenes cumplir con ambos. La OMC cubre diversos campos, como el comercio de mercaderías y servicios, agricultura, estándares sanitarios, regulaciones técnicas y propiedad intelectual imponiendo, por ejemplo, obligaciones de no discriminar entre los miembros<sup>12</sup>. Un régimen tan amplio de asuntos económicos necesariamente afecta a muchos

---

<sup>7</sup> Al Protocolo Adicional que contempla comunicaciones individuales al Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales le faltan, a la fecha de este estudio, cinco ratificaciones para que entre en vigencia.

<sup>8</sup> El número de miembros, a la fecha, se encuentra disponible en <http://www.wto.org/english/thewto-e/whatis-e/tif-e/org6-e.htm>.

<sup>9</sup> Abunda la literatura que ensalza las virtudes del sistema de controversias de la OMC. Ver solamente BACCHUS J. *Woulde, Coulda, Shoulde: The Consolations of WTO Dispute Settlement*. En su: BACCHUS J. *Trade and Freedom*, 361, 368, 2004; JACKSON J.H. *International Economic Law: Jurisprudence and Contours*. 93 *ASIL Proceedings* 98, 102 (1999).

<sup>10</sup> A pesar del impacto en ambos del sistema de la ONU. Ver artículo 55 de la Carta de la ONU.

<sup>11</sup> Martti Koskenniemi sostuvo una vez que “el derecho internacional nos llega en cajas separadas tales como ‘derecho comercial’ y ‘derecho del medio ambiente’ que tienen diferentes principios y objetivos que no se aplican cruzando los límites entre ambas cajas”. Sin embargo en realidad, como escribió Frank García “no hay tal cosa como un asunto puramente comercial”. KOSKENNIEMI M. *International Law: Between Fragmentation and Constitutionalism*. Canberra, 27 noviembre 2006, disponible en <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MCanberra-06c.pdf>; GARCÍA F.J. *Trade, Inequality and Justice*. Ardsley, Transnational Publishers, 2003, 212.

<sup>12</sup> Ver artículos I y III del GATT. En detalle: SACERDOTI G. y CASTREN K. Article I. En: WOLFRUM R. *ET AL.* (eds.). *WTO – Trade in Goods*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, 53; HESTERMAYER H. Article III, *ibid*, 116.

otros regímenes legales<sup>13</sup>, siendo el de los derechos humanos uno de ellos<sup>14</sup>. Ejemplos de situaciones fácticas en las cuales ambos regímenes son aplicables abundan: Robert Howse y Ruti Teitel en su estudio sobre la OMC y el PIDESC citan como ejemplo los impactos de las reglas de la OMC en los derechos al trabajo, la salud y la alimentación<sup>15</sup>. En las situaciones fácticas en que sean aplicables tanto las normativas del PIDESC y la OMC, los Estados partes de ambos sistemas deben tomar las medidas para cumplir con ambos sistemas.

Académicos y profesionales descubrieron la relación entre la OMC y los derechos humanos en la segunda mitad de los años 90. El impulso inicial provino desde la comunidad de los derechos humanos<sup>16</sup>, la cual no siempre tuvo alta estima por la OMC. Así, un informe preliminar de la Sub-Comisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos declaró que la OMC era una “verdadera pesadilla” para ciertos sectores de la humanidad, particularmente para los países en vías de desarrollo del Sur<sup>17</sup>; algunos académicos imputaron a la OMC anteponer al mercado por sobre los derechos humanos<sup>18</sup>. No obstante, actualmente se ha desarrollado un cuerpo de literatura más rico y mucho más matizado<sup>19</sup> que ha iluminado la relación entre la OMC y los derechos humanos desde diversas perspectivas tales como

---

<sup>13</sup> NEUMANN J. Die Koordination des WTO- Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen. Berlin, Duncker & Humblot, 2002; PAUWELYN J. Conflict of Norms in Public International Law. Cambridge, CUP, 2003.

<sup>14</sup> Hasta hace poco los negociadores de acuerdos económicos no pensaban que éstos podrían interactuar con los derechos humanos. El lento camino de la UE hacia la protección de los derechos humanos surge como un ejemplo de cómo se desarrolla esta preocupación. Ver por ejemplo, ALSTON P. (ed.). The EU and Human Rights. Oxford, OUP, 1999; EHLERS D. (ed.). Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten. 3d, Berlín, De Gruyter, 2009.

<sup>15</sup> HOWSE R. y TEITEL R.G. Beyond the Divide: The International Covenant on Economic, Social and Political (*sic*) Rights and the World Trade Organization. En: JOSEPH S. ET AL. (eds.). The World Trade Organization and Human Rights. Edward Elgar Cheltenham, 2009, 39, 40.

<sup>16</sup> HOWSE R. y TEITEL R.G. Beyond the Divide: The International Covenant on Economic, Social and Political (*sic*) Rights and the World Trade Organization. En: JOSEPH S. ET AL. (eds.) The World Trade Organization and the Human Rights. Edward Elgar Cheltenham, 2009, 39,40.

<sup>17</sup> OLOKA-ANYANGO J. y UGADAMA D. The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights. UN Doc./CN.4/Sub.2/2000/ 13 de 15, de junio de 2000, ¶ 15.

<sup>18</sup> Ver por ejemplo, COHN M. The World Trade Organization: Elevating Proper Interests above Human Rights. 29 Georgia J. Int'l & Comp. L. 427 (2001).

<sup>19</sup> BARTELS L. Trade and Human Rights. En: BETHLEHEM D. ET AL. (eds.). International Trade Law. Oxford, OUP, 2009, 571; JOSEPH S. ET AL. (eds.). The World Trade Organization and Human Rights. Cheltenham, E. ELGAR, 2009; HARRISON J. The Human Rights Impact of the World Trade Organization. Oxford, Hart, 2007; HESTERMEYER H. Human Rights and the WTO. Oxford, OUP, 2007; COTTIER T. et al. (eds.). Human Rights and International Trade. Oxford, OUP, 2005. Unos pocos autores abordaron el tema antes de la década de los 90. Ver, por ejemplo, ALSTON P. Linking Trade and Human Rights, 23, GYIL 126 (1980).

el derecho internacional, la economía, la filosofía, las ciencias políticas y la sociología<sup>20</sup>. Ello da testimonio de una compleja relación entre los dos regímenes en la cual las reglas de la OMC son a veces concordantes con los intereses relativos a los derechos humanos, y a veces entran en conflicto con éstos. En el último caso, disposiciones de la OMC tales como el artículo XX (del GATT) o el artículo 2.2 del Acuerdo TBT, que permiten regulaciones técnicas que no sean más restrictivas del comercio que las que sean necesarias para “cumplir un objetivo legítimo”<sup>21</sup>, otorgan a los Estados la posibilidad de proteger los intereses relativos a los derechos humanos sin violar las obligaciones de la OMC. Los miembros de la OMC también pueden eximirse (*waive*) de las obligaciones de la OMC bajo el artículo IX: 3 del acuerdo de la OMC, lo cual permite una mayor flexibilidad<sup>22</sup>, como sucedió en el caso de patentes farmacéuticas, en donde a países sin capacidad manufacturera se les permitió una exención para beneficiarse de licencias obligatorias –aun cuando es discutible determinar en qué medida esa exención es efectiva en la práctica<sup>23</sup>.

La relación normativa entre los acuerdos de la OMC y el PIDESC, por compleja que sea, constituye sólo una parte de la interacción entre los dos regímenes internacionales. La OMC es también una organización internacional con numerosos órganos y un sistema altamente efectivo de solución de controversias que puede, a diferencia del sistema de cumplimiento del PIDESC, autorizar represalias comerciales<sup>24</sup>. La fuerza del régimen de la OMC plantea un escenario inquietante para los derechos humanos: un Estado que debe

---

<sup>20</sup> WAINCYMER J. The Trade and Human Rights Debate: Introduction to an Interdisciplinary Analysis. En: JOSEPH S. ET AL. *The World Trade Organization and Human Rights*. Cheltenham, E. Elgar, 2009, 1, 4.

<sup>21</sup> El rango del “objetivo legítimo” es lo suficientemente amplio como para incluir a los derechos humanos. El Órgano de Apelación hasta ahora no ha excluido ningún objetivo. Los miembros de la OMC que desafíen una regulación tienen el peso de probar que el objetivo no es legítimo. MARCEAU G. Trade and Labour. En: BETHLEHEM D. ET AL. (eds.). *International Trade Law*. Oxford, OUP, 2009, 554-557. Muchas preguntas sobre la Convención TBT aún esperan respuesta. Tres informes de paneles recientes han dado esperanzas que las respuestas del Órgano de Apelación pueden llegar pronto. Ver NOTTAGE H. y SÁNCHEZ A. Navigating Uncharted Waters: A Review of US-Tuna II. 7 *Global Trade and Customs Journal* 59 (2012); *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/R; *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen*, WT/DS384/R; *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/R.

<sup>22</sup> En profundidad: FEICHTNER I. *The Law and Politics of WTO Waivers: Stability and Flexibility in Public International Law*. Cambridge, CUP, 2011.

<sup>23</sup> Ver HESTERMEYER H. Canadian –made Drugs for Rwanda: The First Application of the WTO Waiver on Patents and Medicines. 11 *ASIL, Insights* 28 (2007).

<sup>24</sup> Joel Trachtman identifica cierto celo por la fuerza de los mecanismos de disputas de la OMC de parte de los partícipes de otros regímenes e irreverentemente se refiere a ello como “envidia de penitencia”. TRACHTMAN J.P. *Transcending “trade and...” SSRN, Working Paper Series*, 2001.

escoger qué regla seguir puede –con independencia de la relación normativa que existe entre ambos regímenes– escoger seguir la normativa de la OMC pues el incumplimiento de la implementación de estas obligaciones implica consecuencias más severas que una falla en la adecuada implementación del PIDESC. Me he referido en otro lugar a este fenómeno como una “jerarquía fáctica” de regímenes<sup>25</sup>.

Esta constatación cambia el foco de nuestro análisis desde la cuestión normativa sobre cómo el PIDESC se relaciona con los acuerdos de la OMC bajo el derecho internacional general, a la cuestión sobre qué papel juega el PIDESC dentro de la OMC como un organismo internacional. ¿Está la OMC obligada por el PIDESC? ¿Puede aplicarse el PIDESC a la solución de controversias de forma tal de permitir a los Estados justificar violaciones a la normativa de la OMC como resultado de su deseo de implementar las obligaciones del Pacto? Ambas cuestiones han sido largamente analizadas por los académicos/as del derecho, discusión que será sintetizada en las siguientes dos secciones. Ello sirve como antecedente para el tema de la sección siguiente, esto es, hasta qué punto los argumentos sobre derechos humanos son actualmente considerados dentro de los órganos de la OMC. Esta pregunta empírica, de importancia obvia para describir la realidad de la relación entre los dos regímenes, ha sido descuidada hasta ahora. Los documentos de la base de datos de la OMC, sin embargo, proveen a los académicos/as de un amplio material para calibrar el real impacto del PIDESC en la OMC. El artículo termina con un análisis de los resultados.

## 1. ¿Tiene la OMC obligaciones en materia de derechos humanos?

---

A primera vista, esta pregunta puede parecer extraña: 129 de los miembros de la OMC –84% de sus miembros– han ratificado el PIDESC, cinco más lo han suscrito, pero no lo han ratificado<sup>26</sup>. Sería perjudicial para el derecho internacional si los Estados pudieran escapar de sus obligaciones en materia de derechos humanos simplemente creando una organización internacional y manejando sus asuntos a través de ella. El artículo 61 del Proyecto de

---

<sup>25</sup> HESTERMEYER H. *Human Rights and the WTO*. Oxford, OUP, 2007, 193-197.

<sup>26</sup> A la inversa, el 81% de los Estados partes del PIDESC son miembros de la OMS y el 16% tiene el estatus de observador. Cabe destacar que algunos miembros de la OMC, como Hong Kong, no pueden ratificar el PIDESC puesto que no son Estados.

Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), refleja esta consideración<sup>27</sup>.

### a. Obligaciones de los Estados en la OMC

No resulta sorprendente entonces que bajo el derecho internacional los Estados permanezcan sujetos a sus obligaciones cuando fundan una organización internacional, delegando poderes a esa organización o actuando dentro de ella<sup>28</sup>. En qué medida son también responsables por adoptar medidas para cumplir con obligaciones impuestas por la organización ha sido objeto de muchas discusiones. Las disposiciones legales y la práctica permiten argumentos divergentes. Las medidas pueden ser atribuidas a la organización excluyendo al Estado, un enfoque tomado (erróneamente según los estándares de atribución) en el caso *Behrami* de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)<sup>29</sup>, el cual involucraba actos de Estados tomados en misiones KFOR y UNMIK<sup>30</sup>. Incluso en tal caso los Estados miembros de la organización pueden ser responsables por las medidas conforme con los artículos 58-62 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales de la CDI. La responsabilidad podría, por ejemplo, surgir a partir del artículo 61 (1) si el Estado elude sus obligaciones al hacer que la organización

<sup>27</sup> Anuario de la CDI, 2011, vol. II, Segunda Parte. El artículo 61 (1) de la CDI dice: “Un Estado miembro de una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si, prevaleciendo de que la organización es competente en relación con el objeto de una de las obligaciones internacionales de ese Estado, se sustrae al cumplimiento de la obligación induciendo a la organización a cometer un hecho que, de haber sido cometido por dicho Estado, habría constituido una violación de esa obligación”.

<sup>28</sup> Ver por ejemplo HÖRMANN en HILF M. y OETER S. (eds.). *WTO-Recht. Nomos*, Baden-Baden, 2005, 652. Ver también *Statement of Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Third Ministerial Conference of the World Trade Organization*, en Doc. ONU E/2000/22, Annex VII ¶.8.

<sup>29</sup> CEDH, *Behrami and Behrami v. France and Ruzhdi Saramati v. France, Germany and Norway* (App. No. 71412/01 y 78166/01), de 2 de mayo de 2007, ¶151. Para una crítica ver MILANOVIC M. y PAPIĆ T. *As Bad as it Gets*. 58 ICLQ 267 (2009); BREITEGGER A. *Sacrificing the Effectiveness of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations*, 11 *International Community L. Rev.* 155 (2009). Para revisar más casos de la CEDH ver CEDH, *Waite and Kennedy v. Germany* (App. No. 26083/94) de 18 de febrero de 1999, ¶67. ECHR, *Matthews v. the United Kingdom* (App. No. 24833/94) de 18 de febrero de 1999, ¶32; ECHR, *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland* (App. No. 45036/98) de 30 de junio de 2005; ECHR, *Rambus v. Germany* (App. No. 40382/04) de 16 de junio de 2009 (Con referencias agregadas).

<sup>30</sup> Los artículos 6 al 9 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales regulan la atribución de responsabilidad a una organización internacional. No obstante, éstos no responden a la pregunta de cuándo esta atribución es exclusiva. De acuerdo con los comentarios de la CDI sobre el Proyecto de Artículos, la cuestión de atribución de responsabilidad a los Estados permanece sujeta a los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados. *Draft Articles on the Responsibility on International Organizations, with Commentaries*, Yearbook de la CDI, 2011, vol. II, Segunda Parte, Quinta Parte, ¶2.

tome las medidas en cuestión, aprovechándose del hecho de que la organización tiene competencia en relación con la materia.

En muchos casos, sin embargo, las medidas también serán atribuibles al Estado<sup>31</sup> el cual está obligado por y tiene que cumplir con ambas obligaciones: las impuestas por la organización que fundó y sus otras obligaciones emanadas del derecho internacional<sup>32</sup>. Como un escrutinio completo de las acciones del Estado bajo sus obligaciones internacionales, cuando la acción del Estado haya sido adoptada con el afán de cumplir con las obligaciones impuestas por una organización internacional, puede complicar la cooperación internacional, la CEDH permite a los Estados justificar sus actos tomados en cumplimiento con las obligaciones que se derivan de la organización internacional si esa organización ofrece una protección sustantiva y procesal de los derechos humanos que sea equivalente a la que otorga la Convención Europea. En el caso *Bosphorus* la CEDH sostuvo:

“La Convención no prohíbe, por una parte, a las Partes Contratantes transferir poderes soberanos a una organización internacional (incluyendo a una supranacional) en orden de procurar la cooperación en ciertos campos de actividad... Por otra parte, también ha sido aceptado que una Parte Contratante es responsable bajo el Artículo 1 de la Convención por todos los actos u omisiones de sus órganos, sin considerar si el acto u omisión en cuestión fue una consecuencia de la ley doméstica o de la necesidad de cumplir con obligaciones legales internacionales... Conciliando ambas posiciones y estableciendo en qué extensión una acción del Estado puede ser justificada por el cumplimiento de las obligaciones que fluyan de su calidad de miembro de una organización internacional a la cual ha transferido parte de su soberanía, la Corte ha reconocido que absolver completamente a los Estados Contratantes de sus responsabilidades bajo la Convención en las áreas cubiertas por ella, dicha transferencia sería incompatible con el propósito y objeto de la Convención... Para la Corte la acción del Estado adoptada en cumplimiento con tales obligaciones legales se justifica en la medida en que la organización relevante es considerada para proteger los derechos fundamentales, en relación tanto con las garantías sustantivas ofrecidas,

<sup>31</sup> Los estándares de atribución están contenidos en los artículos 4-11 de los Artículos de la CDI sobre *Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, Yearbook de la CDI, 2001 vol. II, Segunda Parte.

<sup>32</sup> La CEDH tuvo que lidiar con este tema en varios casos. Ver BARTELS L. WTO Member Responsibility for Acts Implementing Obligations of Organizations Established by Regional Trade Agreements. BIICL presentación de 20 mayo de 2010.

así como con los mecanismos que controlan su observancia, de tal manera que pueda ser considerada al menos como equivalente a lo provisto por la Convención<sup>33</sup>.

Siguiendo estos principios y trasponiéndolos al PIDESC, una acción de los Estados parte del PIDESC para implementar obligaciones con origen en la OMC no se beneficia de la presunción establecida por la CEDH en el caso *Bosphorus*. Cualquier intento de justificar una infracción al PIDESC apelando a las obligaciones bajo los acuerdos de la OMC debería fallar, porque la OMC no posee ningún mecanismo para proteger los derechos emanados del PIDESC.

## b. Obligaciones de la OMC en sí misma

El hecho de que los Estados parte del PIDESC permanezcan sujetos a las obligaciones del Pacto cuando actúan dentro de la OMC no implica, sin embargo, que la OMC en *sí misma* esté obligada por el Pacto.

Se ha argumentado que cuando los Estados obligados por un tratado crean una organización internacional el tratado también obligaría a la organización. Lógicamente esta conclusión supuestamente fluye del principio *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (o sea los Estados han limitado sus competencias legales ratificando un tratado y cuando ellos después transfieren competencias pueden hacerlo sólo dentro de esos límites)<sup>34</sup>, o bien de una analogía con la sucesión de Estados<sup>35</sup>. El argumento puede alegar algún apoyo en la jurisprudencia de la Unión Europea (UE), que aplica la así llamada “doctrina de la sucesión funcional” a los tratados concluidos por todos los Estados Miembros antes del establecimiento de las Comunidades Europeas/ UE<sup>36</sup>, principalmente el GATT y la Carta de la ONU<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> CEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* (App. No. 45036/98) de 30 de junio de 2005, ¶ 152-155 (referencias internas borradas); ver también CEDH, *M.S.S. v. Belgium and Greece* (App. No. 30696/09) de 21 de enero de 2011, ¶ 338.

<sup>34</sup> SCHERMERS H.G. *The Legal Bases of International Organization Action*. En: DUPUY R.J. (ed.). *A Handbook on International Organizations*. 2d.ed., Cambridge, Kluwer, 1998, 401, 403.

<sup>35</sup> SCHERMERS H.G. y BLOKKER N.M. *International Institutional Law*. 5ª ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, 996.

<sup>36</sup> VON BOGDANDY A. y SMRKOLJ M. *European Community and Union Law and International Law*. En: WOLFRUM R. (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford, OUP, 2009, ¶ 17.

<sup>37</sup> CJE, C21-24/72. *International Fruit Company v. Produktschap voor Groenten en Fruit*. ECR 1972, 1227, ¶18. CFI, T-315/01, *Kadi v. Council and Commission*, ¶ 192-204. Ver también CJE, Casos Conjuntos C-402/05 y C-415/05, *Kadi v. Council and Commission*, ¶ 291, 293.

No obstante, esta posición fracasa al no tener en cuenta que las organizaciones internacionales en sí mismas están sujetas del derecho internacional con sus propios derechos y obligaciones y su propia capacidad de ser parte de tratados<sup>38</sup>, al menos en el área de la ley en la cual posee competencias conforme con sus documentos fundacionales<sup>39</sup>. Los Estados al momento de crear organizaciones internacionales tienen el deber de que éstas no violen las obligaciones convencionales de los Estados<sup>40</sup>. No obstante, las organizaciones no están automáticamente sujetas a todas las obligaciones que incumben a los Estados que las crean, sino por sus propias obligaciones, es decir, conforme con la Corte Internacional de Justicia, “cualquier obligación que les corresponda según las reglas generales del derecho internacional, según sus constituciones o acuerdos internacionales de los cuales son partes”<sup>41</sup>. La personalidad jurídica independiente y las obligaciones de las organizaciones internacionales despiertan numerosos y complejos temas, tal como la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a las misiones de paz<sup>42</sup> o la normativa de los derechos humanos a las sanciones de Naciones Unidas<sup>43</sup>. Esto es, no obstante, la consecuencia natural de dotar a las organizaciones internacionales de personalidad jurídica propia. Lo anterior también ha sido reconocido por la CEDH, que ha sostenido que una organización internacional a la cual se le concedieron poderes soberanos por los Estados Parte del Convenio Europeo de Derechos

---

<sup>38</sup> Ver también el artículo 6 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (no en vigencia); en profundidad: *CDI First Report on the question of treaties concluded between States and International Organizations or between two or more International Organizations by Mr. Paul Reuter Special Rapporteur*. Yearbook CDI 1972, vol, II, 171, 178 - 182.

<sup>39</sup> ICJ. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1949, 174, 178 et seq. de 11 de abril de 1949; ver también BROWNIE I. *Principles of Public International Law*. 6ª ed., Oxford, OUP, 2003, 648-650; SCHERMERS H. G. y BLOKKER N. M. *International Institutional Law*. 5ª ed. Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, 1123.

<sup>40</sup> La jurisprudencia de la Unión Europea puede ser leída como una manera de cumplir esta obligación. Los tratados pueden explícitamente proveer soluciones para posibles conflictos, véase el artículo XXI (c) del GATT.

<sup>41</sup> ICJ. *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion of 20 December 1980, ICJ Rep. 1980, 73, 89-90; citado también por ILC, *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*, 14 (2011).

<sup>42</sup> SECRETARY-GENERAL'S BULLETIN. *Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*. UN Doc. ST/SGB/1999/13 de 6 agosto de 1999; PALWANKAR U. *Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Forces*. *Int. Rev. of the Red Cross*, 227-240 (1993).

<sup>43</sup> REISMAN W. M. y STEVICK D. L. *The Applicability of International Law Standards to United Nations Economic Sanctions Programmes*. En: 9 EJIL 86-141 (1998); DE WET E. *Human Rights Limitations to Economic Enforcement Measures under Article 41 of the United Nations Charter and the Iraqi Sanctions Regime*. 14 LJIL 277-300 (2001).

Humanos no es responsable por la violación de ésta mientras no sea ella misma parte del Convenio<sup>44</sup>. La OMC, por tanto, no está sujeta al PIDESC, pues no es parte del mismo.

### c. Obligaciones en el derecho internacional general

El hecho de que la OMC no está sujeta al PIDESC no implica, no obstante, que la OMC pueda ignorar completamente este instrumento. Como sujeto del derecho internacional las organizaciones internacionales están sujetas al derecho internacional general<sup>45</sup>. En la medida en que las obligaciones del PIDESC constituyen principios generales del derecho o costumbre internacional, éstas también pueden obligar a la OMC. El Secretariado de la OMC ha reconocido las obligaciones en materia de derechos humanos de esta organización<sup>46</sup>.

Al mismo tiempo hay que hacer una advertencia: el derecho internacional en su gran mayoría permite a los Estados “pactar fuera” de él (*contract out*), es decir los Estados pueden renunciar a sus derechos en una relación bilateral y estipular otros derechos y obligaciones aplicables en su relación<sup>47</sup>. La excepción a esta regla la constituyen las normas de *ius cogens*<sup>48</sup>. Bajo esta perspectiva los Estados podrían, mediante la ratificación de los Acuerdos de la OMC, implícitamente haber decidido no aplicar los estándares de derechos humanos en derecho internacional general, contradiciendo la normativa de la OMC, siempre y cuando estos estándares no sean normas de *ius cogens*.

---

<sup>44</sup> CEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* (App. No. 45036/98) de 30 junio de 2005, ¶ 152; ver también EUROPEAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Confédération Française Démocratique du Travail v. the European Communities* (App. No. 8030/77) de 10 de julio de 1978, ¶ 3.

<sup>45</sup> SCHERMERS H. G. *The Legal Bases of International Organization Action*. En: DUPUY R.-J. (ed.). *A Handbook on International Organizations*. 2ª ed., Cambridge, Kluwer, 1998, 401, 402; BEDJAOUI M. *Du Contrôle de Légalité des Actes du Conseil de Sécurité*. En: *Nouveaux Itinéraires en Droit*, 69, 82 et seq. (Bruxelles: Bruylant 1993); *contra*: BLECKMANN A. *Zur Verbindlichkeit des allgemeinen Völkerrechts für internationale Organisationen*. 37 *ZaöRV* 107 et seq. (1977).

<sup>46</sup> UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/SR.13 de 18 de marzo de 2002, ¶ 40, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/SR.12 de 14 de agosto de 2001, ¶ 24. Ver también CLAPHAM A. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford, OUP, 2006, 164.

<sup>47</sup> ILC. *Fragmentation of International Law*. UN Doc. A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006; PAUWELYN J. *Conflict of Norms in Public International Law*. Cambridge, CUP, 2003, 200 et seq.

<sup>48</sup> Artículo 53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, UNTS 1155, 331.

## Conclusión

Este análisis ha demostrado que los Estados Parte del PIDESC deben cumplir con las obligaciones del Pacto cuando se desenvuelven en el ámbito de la OMC, pero la OMC no está sujeta a éstas. La OMC, no obstante, está sujeta al derecho internacional general en la medida que los Estados no hayan “pactado fuera” de éste.

## 2. El PIDESC en la solución de diferencias de la OMC

---

La segunda pregunta normativa que espera ser respondida es en qué medida el sistema de solución de diferencias de la OMC está facultado para aplicar el PIDESC. Lógicamente esta pregunta se divide en dos partes: la jurisdicción y el derecho aplicable. La jurisdicción se refiere a los tipos de demandas que un tribunal puede recibir. El derecho aplicable se refiere a las leyes que el tribunal aplicará<sup>49</sup>. Los órganos de solución de diferencias de la OMC no tienen jurisdicción para conocer las demandas por motivo de violación del PIDESC y, según la posición defendida en este artículo, el Pacto tampoco es parte del derecho aplicable. No obstante, el Pacto puede ser utilizado para interpretar la normativa de la OMC, aunque esto no ha sucedido en la práctica.

### a. Jurisdicción

Conforme con el artículo 1(1) del “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias” (ESD) el sistema de solución de diferencias de la OMC ha sido creado para resolver “las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del presente Entendimiento (denominados en el presente Entendimiento ‘acuerdos abarcados’)”. El apéndice 1 enumera los denominados “acuerdos abarcados”, a saber, los acuerdos de la OMC a excepción del Mecanismo de Revisión de Políticas Comerciales y los acuerdos plurilaterales, a menos que se notifique el contrario al Órgano de Solución de Diferencias<sup>50</sup>. Las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de estos acuerdos contemplan principalmente reclamos que se relacionan con las violaciones de los

---

<sup>49</sup> Cabe destacar que no todos los autores/as usan esta terminología en forma similar.

<sup>50</sup> Véanse MARCEAU G. WTO Dispute Settlement and Human Rights. 13 EJIL 753, 762-763 (2002).

“acuerdos abarcados”<sup>51</sup>. Las denominadas “reclamaciones en las que no existe infracción”, las cuales establecen la posibilidad de utilizar los procedimientos de solución de diferencias en caso de que los beneficios devengados bajo los acuerdos sean anulados o limitados, apenas fueron utilizadas durante los días del GATT 1947 y son todavía más raramente invocadas (y sin mucho éxito) en este tiempo<sup>52</sup>. Inclusive si esto fuera de otra manera, es improbable que una violación del PIDESC pueda ser argumentada como una reclamación en la que no existe infracción<sup>53</sup>. La solución de diferencias en la OMC, por tanto, sólo puede decidir sobre reclamaciones respecto de los Acuerdos de la OMC<sup>54</sup>, no de violaciones del PIDESC.

*Joost Pauwelyn* ha argumentado, no obstante, que el alcance de la jurisdicción de la solución de diferencias de la OMC puede ser extendida *ad hoc* para incluir violaciones de normas externas a la normativa de la OMC si así lo acuerdan las partes del caso<sup>55</sup>. Esto parece erróneo: el artículo 1 del ESD no admite excepciones a la jurisdicción<sup>56</sup>. Tales excepciones son, igualmente, políticamente indeseables: la OMC establece un procedimiento de solución de diferencias especializado, con expertos en un particular régimen del derecho internacional. Sería inapropiado si este procedimiento se utiliza fuera de los márgenes de esta experiencia o pericia.

---

<sup>51</sup> Véanse los artículos XXII, XXIII del GATT refiriéndose (a veces con variaciones) a los artículos 19 del Acuerdo sobre Agricultura, 11 del Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, 14 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 8 del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo sobre las MIC”), 7, 8 del Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición, 7, 8 del Acuerdo sobre las normas de origen, 7 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, 30 de los Acuerdos sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, 14 del Acuerdo sobre Salvaguardias, 64 del Acuerdo sobre los ADPIC, 8.8 del Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles) así como el artículo 17.1 del Acuerdo Anti-Dumping, el artículo 19.1 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana, artículos XXII, XXIII del GATS y el artículo XXII del Acuerdo sobre Contratación Pública.

<sup>52</sup> El Grupo Especial en el caso *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo* identificó ocho casos en los tiempos de la OMC/ GATT. Markus Böckenförde cuenta cuatro casos desde el establecimiento de la OMC, ninguno de ellos exitoso. *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, WT/DS44/R, ¶ 10.36. BÖCKENFÖRDE M. Article 26 DSU. En: WOLFRUM R. *ET AL.* WTO – Institutions and Dispute Settlement. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, ¶ 8. También ver STOLL P.T. Article XXIII. En: WOLFRUM R. *ET AL.* (eds.). WTO – Trade in Goods. Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, ¶ 31-42.

<sup>53</sup> MARCEAU G. WTO Dispute Settlement and Human Rights, 13 EJIL 753, 768 (2002).

<sup>54</sup> Esto incluye disposiciones incorporadas por los ‘acuerdos abarcados’.

<sup>55</sup> Según él se puede hacer mediante acuerdos sobre los mandatos de los grupos especiales que no son estándares bajo los términos del artículo 7.3 del ESD. PAUWELYN J. The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? 95 AJIL 535, 554 (2001). Ver también *Canadá/Comunidades Europeas - Derechos en virtud del artículo XXVIII*, DS12/R, el que se decidió antes de la entrada en vigencia de las Nuevas Negociaciones acerca del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

<sup>56</sup> BÖCKENFÖRDE M. Zwischen Sein und Wollen. 63 ZaöRV 971, 981, nota al pie 39 (2003).

Este último argumento también rechaza consideraciones de *lege ferenda* sobre la extensión del alcance de la solución de diferencias de la OMC. El atractivo de esta extensión es obvio: procurar el cumplimiento del PIDESC a través de los procedimientos consolidados de solución de diferencias de la OMC podría proveer de estímulo al cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, tal cambio es prácticamente imposible y conceptualmente indeseable. Los países no han consentido en que una Corte verifique el cumplimiento del PIDESC y no existen razones para asumir que ellos mirarán desde otra perspectiva el cumplimiento del Pacto si este se realiza a través del procedimiento de solución de diferencias de la OMC<sup>57</sup>. También, la cultura internacional del comercio es, conceptualmente, una de intercambios, lo que constituye un anatema para los derechos humanos.

## b. Derecho aplicable

La limitación de la jurisdicción de la OMC a su normativa no implica, no obstante, que sus órganos de solución de diferencias no puedan *aplicar* normas que no sean de la OMC. Las partes son libres para limitar el derecho que un tribunal internacional puede aplicar, a excepción de las normas de *ius cogens*, las cuales se mantienen vigentes bajo cualquier circunstancia. La pregunta respecto a las normas que un tribunal puede aplicar es diferente de aquella relativa a su jurisdicción<sup>58</sup> y sólo puede ser respondida si ésta ha sido contestada afirmativamente<sup>59</sup>.

La noción de “aplicar” una norma también debe ser distinguida del uso de una norma para interpretar una disposición de la normativa de la OMC. Si una norma es parte del derecho aplicable, un Estado puede invocarla para efectos de defender una medida que haya adoptado. Si esta defensa resulta exitosa depende de la solución del conflicto entre la norma que se alega ha sido violada y la norma sobre la que se justifica la defensa. Las normas relevantes para resolver un conflicto son las contenidas en el artículo 30 de la Convención de Viena

<sup>57</sup> ALSTON P. Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law. 13 EJIL 815, 833-834 (2002). Los países en desarrollo considerarían los argumentos de derechos humanos como una justificación para negarles acceso a los mercados. PETERSMANN, E. U. Human Rights and the Law of the World Trade Organization. 37 JWT 241, 280 (2003).

<sup>58</sup> También puede estar sujeta a otra norma. Ver, por ejemplo, artículos 36, 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con comentarios de TOMUSCHAT C. y PELLET A. En: ZIMMERMANN A. *ET AL.* (eds.). *The Statute of the International Court of Justice*. Oxford, OUP, 2006; Artículo 34.1 del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, pero también Laudo No 1/2005, ¶ 9.

<sup>59</sup> Para una discusión sobre la relación entre la jurisdicción y las cláusulas del derecho aplicable, ver BARTELS L. *Jurisdiction and Applicable Law Clauses*. En: BROUDE T. y SHANY Y. (eds.). *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*. Oxford, Hart, 2011, 115.

sobre el Derecho de los Tratados o reglas como *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*.<sup>60</sup> Si una norma solo puede ser usada para interpretar el derecho de la OMC, un Estado no podría justificar una violación de este derecho con la norma, pero tendría que encontrar una norma del derecho de la OMC que defienda sus medidas y después utilizar la norma para interpretar en su favor las normas de la OMC.

El ESD no contiene cláusulas explícitas tituladas “derecho aplicable”. Contiene, no obstante, una norma sobre el “mandato de los grupos especiales”. El artículo 7 del ESD ofrece dos opciones: mandatos estándares y no-estándares. Bajo el mandato estándar, un grupo especial examina los casos “a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia)”<sup>61</sup>. Los mandatos no-estándares no han ganado relevancia práctica, puesto que según *Petros Mavroidis*<sup>62</sup> sólo han sido utilizados una vez.

Qué significa exactamente el lenguaje del artículo 7 del ESD es objeto de cierto grado de controversia. Para algunos autores éste no resuelve la pregunta sobre el derecho aplicable. *Petros Mavroidis* afirma que “la pregunta sobre si un grupo especial de la OMC puede consultar fuentes del derecho distintas de las cubiertas por los acuerdos... no está prejuzgada en forma categórica en el ESD”<sup>63</sup>. *Lorand Bartels* y *Joost Pauwelyn* estarían de acuerdo con esta afirmación<sup>64</sup>.

No obstante, es difícil distinguir la función del artículo 7 del ESD si no es precisamente la de limitar el derecho que los grupos especiales pueden aplicar. Su redacción claramente

---

<sup>60</sup> Ninguna de estas reglas es particularmente adecuada para resolver conflictos entre regímenes diversos, tal como ha sido señalado por MICHAELS R. y PAUWELYN J. *Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of International Law*. En: BROUDE T. y SHANY Y. (eds). *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*. Oxford, Hart, 2011, 19, 33-39.

<sup>61</sup> Artículo 7(1.) del ESD.

<sup>62</sup> *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado - Informe del Grupo Especial*. WT/DS22/R. Véase MAVROIDIS P. Article 7 DSU. En: Wolfrum R. *ET AL*. WTO – Institutions and Dispute Settlement. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, ¶ 1, 9.

<sup>63</sup> MAVROIDIS P. Article 7 DSU. En: Wolfrum R. *ET AL*. WTO – Institutions and Dispute Settlement. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, ¶ 2.

<sup>64</sup> BARTELS L. *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*. 35 *JWT* 499, 505; PAUWELYN J. *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?* 95 *AJIL* 535, 561-562 (2001). Nótese, no obstante, que ambos autores ahora aparentemente conceden preferencia a la legislación de la OMC en casos de conflictos con el sistema de la OMC. MICHAELS R. y PAUWELYN J. *Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of International Law*. En: BROUDE T. y SHANY Y. (eds). *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*. Oxford, Hart, 2011, 19, 36.

indica que esta disposición regula el derecho aplicable<sup>65</sup>. Lo anterior está en línea con la obligación de los grupos especiales contenida en el artículo 11 del ESD según el cual éstos deben hacer una evaluación objetiva de la “aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos” y de la prohibición de aumentar o reducir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados establecida en los artículos 3(2) y 19(2) del ESD<sup>66</sup>. Por tanto, los Estados no podrían invocar exitosamente una obligación del PIDESC como una defensa en contra de una demanda por violación de las obligaciones de la OMC en la solución de diferencias ante este organismo<sup>67</sup>.

La misma afirmación es válida para aquellas normas del PIDESC que pueden reclamar el estatus de costumbre internacional o principios generales del derecho. En relación con la costumbre internacional, el ESD ordena el uso de las normas usuales de interpretación del derecho internacional público (artículo 3(2)). Es dudoso si esto significa la aplicabilidad de todas las costumbres internacionales. Según un estudio, en ninguno de los más de 200 informes de la era OMC y 120 informes de la era GATT se encontró aplicable una costumbre de derecho internacional distinta de la buena fe<sup>68</sup>. Incluso si se concediera que la costumbre internacional se aplica a la solución de diferencias de la OMC como una fuente del derecho adicional a la normativa del OMC, tal legislación en las palabras del informe de un grupo especial del año 2000 sólo sería aplicable “siempre que los Acuerdos de la OMC no se ‘aparten’ de él”<sup>69</sup>. Por lo tanto, un argumento que se base en el estatus de costumbre internacional de las normas del PIDESC no podría prevalecer frente a una demanda por violación de la legislación de la OMC. Una demanda basada en principios generales<sup>70</sup> del derecho correría la misma suerte. Si bien existen estudios que han encontrado un uso generalizado de los

<sup>65</sup> BÖCKENFÖRDE M. Zwischen Sein und Wollen. En: 63 ZaöRV 971, 979 (2003); TRACHTMAN J. The Domain of WTO Dispute Resolution. En: 40 Harv. Int'l L. J. 333, 342 (1999); MARCEAU G. A Call for Coherence in International Law. 33 JWL 87, 110 (1999); HESTERMEYER H. P. Human Rights and the WTO. Oxford, OUP, 2007, 216-218.

<sup>66</sup> MARCEAU G. WTO Dispute Settlement and Human Rights. 13 EJIL 753, 762-764 (2002).

<sup>67</sup> Varios de los autores que consideran que normas que no pertenecen al derecho de la OMC son aplicables concuerdan con este resultado debido a una diferente concepción de derecho aplicable. Al respecto véase MAVROIDIS P. Article 7 DSU. En: WOLFRUM R. ET AL. WTO – Institutions and Dispute Settlement. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, ¶ 6.

<sup>68</sup> MAVROIDIS P. No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts. En: 102 AJIL 421, 439 (2008).

<sup>69</sup> *Corea – Medidas que afectan la contratación pública*, WT/DS163/R, ¶ 7.96.

<sup>70</sup> Para un argumento que considera que los derechos humanos pueden ser principios generales del derecho ver SIMMA B. y ALSTON P. The Source of Human Rights Law. 12 Australian Y. B. Int'l L. 82 (1992). Para un argumento en relación al derecho a la salud ver HESTERMEYER H. P. Access to Medication as a Human Right. En: 8 Max Planck UNYB 176-178 (2004).

principios generales del derecho en la solución de diferencias en la OMC, éste está limitado a asuntos de interpretación o procedimentales<sup>71</sup>. La mejor forma de conceptualizar dicho uso es imaginarlo como parte de la jurisdicción inherente de los tribunales de la OMC<sup>72</sup>.

### c. El uso del PIDESC en la interpretación

Conforme con el artículo 3(2) del ESD la solución de diferencias en la OMC aclara las disposiciones de los Acuerdos de la OMC “de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. Por tanto, mientras el derecho aplicable a la solución de diferencias en la OMC está limitado a la normativa de la OMC, ésta no puede ser interpretada “aislándol[a] clínicamente del derecho internacional público”<sup>73</sup>, sino que debe ser interpretada conforme con las reglas de interpretación de la costumbre internacional del derecho internacional público<sup>74</sup>. El acto de interpretación es aquel en el cual se selecciona de entre la plétora de significaciones aquella que se considera pertinente. Este proceso está limitado –como enfatiza el artículo 3(2) del ESD<sup>75</sup>– por el alcance de los significados de las palabras que se han utilizado<sup>76</sup>. Si normas que no pertenecen a la OMC pueden ser tomadas en cuenta en este proceso, puede escogerse un significado de la normativa de la OMC que evita conflictos con otros regímenes legales. Ese potencial es todavía más amplio considerando que determinar el límite del alcance del significado de las palabras está lejos de ser un proceso científico.

Las normas externas a la OMC, incluso el PIDESC, pueden introducirse en el proceso interpretativo a través de varios medios argumentativos: por medio de la aplicación de la costumbre internacional de “presunción en contra del conflicto”<sup>77</sup>, vía el principio de la interpretación

<sup>71</sup> MAVROIDIS P. No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts. En: 102 AJIL 421, 443 (2008); HESTERMAYER H. Human Rights and the WTO, 227 (Oxford: OUP 2007).

<sup>72</sup> MITCHELL A. D y HEATON D. The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals. 31 Michigan J. Int'l L. 559 (2010). Thomas Schoenbaum se refiere a los “poderes implícitos” en un sentido mucho más amplio SCHOENBAUM T. WTO Dispute Settlement. 47 ICLQ 647, 653 (1998).

<sup>73</sup> ÓRGANO DE APELACIÓN. *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, ¶ 17.

<sup>74</sup> También ver CANAL-FORGUES E. Sur l'Interprétation dans le droit de l'OMC. RGDIP 5, 7 et seq. (2001).

<sup>75</sup> La disposición continúa “[l]as recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”.

<sup>76</sup> También ver la definición en GARNER B. A. (ed.). Black's Law Dictionary. 7<sup>a</sup> ed., St. Paul, West, 2000.

<sup>77</sup> *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS54, 55, 59, 64/R, ¶ 14.28; *India - Medidas que afectan al sector del automóvil*, WT/DS146, 175/R, ¶ 7.58, nota al pie 332; *Canadá - Período de protección mediante patente*, WT/DS170/R, ¶ 6.45.

armoniosa<sup>78</sup> o vía la aplicación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), a la cual se le ha reconocido contener normas de costumbre internacional de interpretación del derecho internacional<sup>79</sup>. Esta última ruta de inserción de las normas externas a la OMC es la que han preferido los órganos de solución de diferencias de la OMC y en la que los internacionalistas han depositado sus esperanzas para luchar contra la tendencia a la fragmentación del derecho internacional<sup>80</sup>. Particularmente, es el artículo 31(3)(c) de la CVDT el que permite a los intérpretes observar el amplio ámbito del derecho internacional<sup>81</sup>. De esta forma puede cumplirse con el propósito de integración sistémica y contribuir a un orden legal internacional que sea más consistente y que tome en consideración el entorno normativo de las reglas<sup>82</sup>. La norma establece que un “tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”<sup>83</sup>, y que,

“[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

[...]

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

---

<sup>78</sup> VAN DAMME I. *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. Oxford, OUP, 2009, 357-360 (en relación al artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como una codificación parcial de este principio).

<sup>79</sup> Estas normas han sido consistentemente citadas en la jurisprudencia de la OMC. Recientemente véase *Estados Unidos — Medidas que afectan a las importaciones de determinados neumáticos (llantas neumáticas) para vehículos de pasajeros y camionetas procedentes de China*, WT/DS399/AB/R, ¶ 120.

<sup>80</sup> Ver ILC, *Fragmentation of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006.

<sup>81</sup> Para una completa discusión sobre los artículos 31 y 32 de la CVDT (a pesar de que se desatiende en gran medida el artículo 31(3)(c)) ver MAVROIDIS P. *No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts*. En: 102 AJIL 421, 448-467 (2008).

<sup>82</sup> Ver ILC. *Fragmentation of International Law*. UN Doc. A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006, ¶ 413, 415; MCLACHLAN C. *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*. 54 ICLQ 279 (2005).

<sup>83</sup> Artículo 31(1) de la CDVT.

Como lo destaca la Comisión de Derecho Internacional, tales reglas “pueden incluir otros tratados, costumbre internacional o principios generales del derecho”<sup>84</sup>. Debe destacarse que el uso de estos documentos en la interpretación es obligatorio, no opcional<sup>85</sup>.

Esta disposición condiciona el uso de cualquier regla del PIDESC que pueda ser “pertinente” en un caso de la OMC a ser una regla “aplicable en las relaciones entre las partes”. Una regla es “pertinente”, según el Órgano de Apelación “si concierne al objeto de la disposición de que se trate”. Esto fue examinado bajo un estándar bastante estricto en el caso *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*<sup>86</sup>.

No solo el estricto estándar sobre la pertinencia causa debates académicos, sino también la condición de aplicación “en las relaciones entre las partes”. Algunos autores han argumentado que “partes” se refiere a las partes de la diferencia que se procura solucionar<sup>87</sup>. Sin embargo, el artículo 2(1)(g) de la CVDT define “parte” como los Estados que han consentido en obligarse por el tratado que se interpretará y con respecto a los cuales el tratado está en vigor. Si esto significa, como se argumentó en *CE – productos biotecnológicos*<sup>88</sup>, que para que una regla sea pertinente para interpretar la normativa de la OMC debe estar vigente entre todos los Miembros de la OMC, otros tratados no podrían ser considerados en la interpretación de la legislación de la OMC, considerando que los Acuerdos de la OMC, a diferencia de otros acuerdos internacionales, permiten a territorios aduaneros distintos convertirse en miembros<sup>89</sup>. Como consecuencia, la Comisión de Derecho Internacional criticó el informe del grupo especial<sup>90</sup> e incluso este mismo parece haber tenido dudas, pues

---

<sup>84</sup> ILC. Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law. ¶ 18 (2006); también ver *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, ¶ 7.67.

<sup>85</sup> MAVROIDIS P. No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts. En: 102 AJIL 421, 448 (2008). Nótese que el Órgano de Apelación considera que los elementos en el artículo 31 de la CVDT están enumerados jerárquicamente. *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, ¶ 114.

<sup>86</sup> *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R, ¶ 846-855.

<sup>87</sup> PALMETER D. y MAVROIDIS P. C. The WTO Legal System: Sources of Law. 92 AJIL 398, 411 (1998). La UE defendió esta posición en *Comunidades Europeas y determinados Estados Miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R, ¶80.

<sup>88</sup> WT/DS291, 292, 293/R, ¶ 7.68.

<sup>89</sup> Ver detalles en artículo XII:1 del Acuerdo de la OMC.

<sup>90</sup> ILC. Fragmentation of International Law. UN Doc. A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006, ¶ 450.

sostuvo un poco más adelante en el mismo informe que con indiferencia del artículo 31(3) (c) de la CVDT “un grupo especial puede tomar en consideración otras normas pertinentes de derecho internacional cuando interprete los términos de los Acuerdos de la OMC si estima que esas normas son informativas”<sup>91</sup>.

El hecho de que el grupo especial del caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* pareciera haber distinguido entre el tomar una norma en cuenta junto con el contexto cuando interpreta un tratado en su contexto y el tomar una norma en cuenta cuando se determina el sentido corriente de un tratado, demuestra un malentendido sobre el proceso interpretativo. Los términos de un tratado *deben* ser interpretados y *debe* elegirse entre los diferentes significados que cada uno de ellos tiene. El artículo 31(3)(c) de la CVDT obliga al intérprete a tener en consideración otras normas de derecho internacional en el proceso interpretativo como contexto<sup>92</sup>. Los argumentos que surgen a propósito de este ejercicio pueden o no resultar convincentes. No obstante, ciertamente representan una alternativa útil y persuasiva. La interpretación de las disposiciones de un tratado desde la perspectiva del PIDESC puede parecer inapropiada para un Estado que no es parte de éste, pero la interpretación que considera el Diccionario Inglés de Oxford ciertamente no puede evocar un pedigrí más democrático, legal o lógico.

El Órgano de Apelación de la OMC revisó explícitamente el asunto de la interpretación del término “las partes” del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aunque como *obiter dictum*, en 2011 en el caso *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*. El Órgano de Apelación afirmó que no se había pronunciado todavía sobre si el término se refiere a todos los miembros de la OMC o simplemente a un subconjunto de ellos y replanteó una posición intermedia entre dos extremos. Por una parte, la legislación de la OMC puede ser interpretada para que refleje las intenciones comunes de todos los integrantes de la OMC<sup>93</sup>. Por otra, las obligaciones internacionales de los miembros individuales

---

<sup>91</sup> *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291, 292, 293/R, ¶ 7.93. Para una mirada general de la jurisprudencia relativa al artículo 31(3)(c) de la CVDT ver VAN DAMME I. *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, OUP, 2009, 367-376.

<sup>92</sup> El efecto de esta disposición también parece haber sido malentendido por el grupo especial en el caso *Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil*, WT/DS241/R, ¶ 7.41.

<sup>93</sup> En la nota al pie 1916 del Informe el Órgano de Apelación curiosamente cita su interpretación relativa al artículo 31(3)(b) de la CVDT, según la cual el acuerdo de todos los miembros sobre la interpretación de los tratados que toma en consideración su práctica subsecuente –de acuerdo a las circunstancias– puede ser

de la OMC y el deseo de “integración sistemática” también merecen consideración<sup>94</sup>. “Las partes”, por tanto, deben ser interpretadas en referencia a un gran porcentaje de los integrantes de la OMC<sup>95</sup>. Esto está en línea con la interpretación del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, en el cual interpretó la normativa de la OMC refiriéndose a diversos instrumentos internacionales, tales como UNCLOS (United Nations Convention on the Law of the Sea), el Convenio sobre Diversidad Biológica y la Agenda 21<sup>96</sup>. Considerando que el 84% de los miembros de la OMC es parte del PIDESC, el Pacto claramente cumple con este requisito.

#### d. La realidad: ¿El PIDESC en la solución de diferencias?

A pesar del hecho de que el PIDESC es, por lo tanto, una fuente legítima a la cual recurrir para interpretar las obligaciones que emanan de la OMC, no existe una práctica de solución de diferencias en esta materia. Los derechos económicos, sociales y culturales sólo han sido mencionados al margen. Nicaragua hizo referencia al Pacto en una presentación en condición de tercero en un caso de 2001, cuya pregunta central era la propiedad de la marca Havana Club, de la cual había tomado control el Gobierno de Cuba<sup>97</sup>. En la discusión del caso ante el Órgano de Solución de Diferencias en el año 2009, Cuba usó el derecho a la autodeterminación para argumentar la ilegalidad del embargo de Estados Unidos<sup>98</sup>.

---

deducido del silencio de los miembros. Parece difícil interpretar el artículo 31(3)(c) de la CVDT conforme con estas líneas, pero la referencia ciertamente implica que el Órgano de Apelación está listo para requerir algo menor a la completa adherencia de todos los miembros de la OMC a los tratados relevantes.

<sup>94</sup> ÓRGANO DE APELACIÓN. *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R, ¶ 845.

<sup>95</sup> Un argumento sistemático en favor de esta posición: el artículo 31(2)(a) de la CVDT se refiere a “entre todas las partes”, artículo 31(2)(b) a “una o más partes”; “las partes” entonces implica más de una, pero menos de todas las partes. El argumento no es tan fuerte, porque las palabras del ¶ 2 de la normativa podrían haber sido escogidas para indicar el contraste entre el punto a y el b. Ver HESTERMEYER H. *Human Rights and the WTO*. Oxford, OUP, 2007, 219-222.

<sup>96</sup> ÓRGANO DE APELACIÓN. *Estados Unidos - Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R. El Órgano de Apelación no se refirió al artículo 31(3)(c) de la CVDT para justificar su argumentación.

<sup>97</sup> *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998*, ¶ 5.5-5.6 (erróneamente destaca el derecho de participar en la vida cultural de un país como un reconocimiento implícito de los derechos de propiedad intelectual y equivocadamente cita el PIDESC como un supuesto equivalente a la norma prevista en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). Sobre los antecedentes del caso ver DENNY C. *WTO Referees Rum Punch-up*. En: *Guardian*, 18 de julio de 2000. WT/DSB/M/271 of 25 September 2009, ¶ 7.

<sup>98</sup> WT/DSB/M/271 of 25 September 2009, ¶ 7.

Un caso que involucra medicamentos genéricos y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) es el primero en el cual se presentó la posibilidad de usar propiamente el PIDESC para interpretar la normativa de la OMC. En el caso *Unión Europea y un Estado Miembro – Confiscación de Medicamentos Genéricos en Tránsito*, India argumentó en su solicitud de consulta del año 2010 que las disposiciones de ADPIC que fueron citadas en el caso debían ser leídas bajo la luz del derecho a la salud<sup>99</sup>. No obstante, es probable que este caso sea resuelto fuera del mecanismo de solución de diferencias<sup>100</sup>.

## Conclusión

El rol del PIDESC en la solución de diferencias de la OMC es limitado. No puede hacerse cumplir ni puede ser aplicada. Las referencias al PIDESC son, no obstante, permitidas para efectos de interpretar la normativa de la OMC. En la práctica esto aún no ha sucedido. Cuba y Nicaragua han hecho referencia al PIDESC o sus derechos en el contexto de una solución de diferencias, pero ninguno de ellos lo hizo con el objeto de un análisis interpretativo exhaustivo de la normativa de la OMC. Esta situación puede cambiar con la solicitud de India del 2010 de consulta, en la que explícitamente afirmó que las disposiciones del ADPIC debían ser leídas bajo la luz del artículo 12(1) del PIDESC, pero esta disputa muy probablemente será resuelta por medio de una solución amistosa.

## 3. El discurso político: el PIDESC en los órganos políticos de la OMC

---

Esta sección analizará el uso del PIDESC en el discurso de los órganos políticos de la OMC. Este análisis persigue establecer por quiénes y cómo se ha sido incorporado en la OMC el discurso de los derechos económicos, sociales y culturales. Este foco determina el alcance de este estudio. Está interesado en los argumentos *legales* de un régimen que pueden surgir en

---

<sup>99</sup> WT/DS408/1, 3. El derecho a la salud en el derecho interno de Brasil ya se mencionó en *Brasil- Medidas que afecta a las importaciones de neumáticos recauchados*, WT/DS332/R; WT/DS332/19 de 10 de marzo de 2009; WT/CTE/M/40 de 2 de septiembre de 2005.

<sup>100</sup> WILLIAMS M. Update 2 – India, EU heal drugs seizures dispute with interim agreement. Reuters, 28 de julio de 2011.

el otro, no en argumentos basados solamente en hechos<sup>101</sup>. Esto significa, por ejemplo, que el argumento de un miembro de la OMC en el Consejo General en favor del Sistema de certificación del Proceso de Kimberley para los diamantes en bruto<sup>102</sup> basado en el sufrimiento causado por guerras civiles está fuera del alcance de este estudio. Si ese mismo miembro argumenta basándose en el derecho a la salud, el argumento es relevante para el estudio.

A través de su base de datos oficial la OMC pone a disposición numerosos documentos, incluidos actas de las reuniones<sup>103</sup>. El acceso a los documentos del GATT es más limitado<sup>104</sup>. Para los efectos de este estudio se buscó en la base de datos utilizando términos de búsqueda pertinentes, tales como “derechos económicos, sociales y culturales”. Usos irrelevantes de estos términos fueron desechados. La selección de cada término de búsqueda y la eliminación de los “irrelevantes” introduce en la investigación elementos limitados de subjetividad. No obstante, el resultado revela hechos y tendencias reconocibles e importantes.

#### a. Los años del GATT

La base de datos del GATT hace solamente dos menciones explícitas a los derechos económicos, sociales y culturales. Ambos fueron hechos por representantes de América Latina (Guatemala y Venezuela). La primera ocurrió al inicio de la Ronda de Tokio de 1973 y se refirió a la promoción de los “derechos económicos, sociales, culturales y políticos de los países en vías de desarrollo” y enfatizó la necesidad de la nueva ronda de comercio para los países en vías de desarrollo<sup>105</sup>. Igualmente, durante los últimos días del GATT, cuando se negociaba la OMC, el Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala destacó que su país tendría éxito en el proceso de consolidación de su democracia sólo si garantizaba los derechos económicos, sociales y culturales. Para estos efectos Guatemala necesitaba crecer económicamente y acceder a los mercados mundiales y esperaba que la OMC pudiera promover esta tarea con mayor éxito que el GATT<sup>106</sup>.

---

<sup>101</sup> Para un excelente estudio cuyo foco no está en lo legal, ver AARONSON A. y ZIMMERMAN J. M. *Trade Imbalance*. Cambridge, CUP, 2008.

<sup>102</sup> G/C/W/432/Rev.1 of 24 febrero de 2013.

<sup>103</sup> <http://docsonline.wto.org>

<sup>104</sup> Éstos pueden revisarse en Stanford's “GATT Digital Library: 1947-1994”, en <http://gatt.stanford.edu/page/home>.

<sup>105</sup> MIN(73)SR/Add.4 de 22 de octubre de 1973, 172.

<sup>106</sup> MTN.TNC/MIN(94)/ST/98 de abril de 1994, 2.

Adicionalmente, los documentos del GATT mencionan varios derechos que ahora están contenidos en el PIDESC en forma independiente del Pacto y en forma previa a la creación del mismo. No obstante, estas referencias a los derechos económicos, sociales y culturales son anecdóticas. Esto ocurrió, por ejemplo, cuando se invocó el artículo 55 de la Carta de Naciones Unidas<sup>107</sup>, parte de las bases para las negociaciones que condujeron al GATT, o para argumentar en favor del principio de “un país es igual a un voto”<sup>108</sup>. En la década de 1980 los países latinoamericanos invocaron el derecho a la autodeterminación en oposición a las medidas que adoptó Estados Unidos de Norteamérica en contra de Nicaragua y de Cuba<sup>109</sup>.

La excepción a la casi completa ausencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los debates del GATT la constituyen los derechos de los trabajadores/as, los cuales están actualmente garantizados en los artículos 6-8 del PIDESC<sup>110</sup>. No obstante, estas referencias fueron hechas en relación a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y su trabajo normativo y no al PIDESC<sup>111</sup>. Los derechos de los trabajadores fueron parte del debate desde la negociación del GATT/Carta de La Habana<sup>112</sup>. De hecho, la Carta de La Habana para una Organización Internacional del Comercio contiene un artículo sobre normas de trabajo equitativas y reconoce la necesidad de establecer una cooperación entre la futura Organización Internacional de Comercio y la OIT<sup>113</sup>. Este artículo se perdió junto con el fracaso de la Carta de La Habana. Los derechos de los trabajadores, no obstante, se mantuvieron en la agenda y los países continuaron proponiendo su inclusión en el orden comercial, por ejemplo, en las Rondas de Tokio y Uruguay<sup>114</sup>. Sin embargo, cada uno de estos intentos enfrentó una feroz resistencia de parte de los países en vías de desarrollo, los

<sup>107</sup> Por El Líbano en E/PC/T/PV/3 de 17 de octubre de 1946.

<sup>108</sup> Venezuela argumentó este principio a partir del derecho a la autodeterminación en E/CONF.2/C.6/SR.7 de 10 de diciembre de 1947.

<sup>109</sup> C/M/188 de 28 de junio de 1985; C/M/204 de 19 de noviembre de 1986; SR.43/ST/10 de 18 de diciembre de 1987.

<sup>110</sup> El término “derecho de los trabajadores” se encuentra 60 veces; el término “estándares laborales”, 211 veces en Stanford GATT Digital Library. El “derecho al trabajo” es mencionado en 13 ocasiones.

<sup>111</sup> Las referencias a la OIT abundan. Véase, v.g., PREP.COM(86)/SR/8 de 13 de agosto de 1986; C/M/156 de 7 de mayo de 1982 o SR.10/3 de 3 de noviembre de 1955.

<sup>112</sup> Argentina: E/CONF.2/11/ADD.3 de 1 de diciembre de 1947; México: E/CONF.2/11/Add.28 de 2 de diciembre de 1947. El trabajo de la OIT y de la Comisión de Derechos Humanos fueron reconocidos en E/CONF.2/C.1/9.

<sup>113</sup> Artículo 7 de la Carta de La Habana para una Organización Internacional del Comercio.

<sup>114</sup> Para un recuento de la historia del comercio y el trabajo ver CHARNOVITZ S. The Influence of International Labour Standards on the World Trading Regime. 126 Int'l Lab. Rev. 565 (1987).

cuales veían en la inclusión de los derechos de los trabajadores una amenaza directa a sus ventajas comparativas en relación a los costos del trabajo. Con el ingreso de más países en vías de desarrollo al GATT, los intentos de incluir los derechos de los trabajadores en el orden comercial estaban destinados al fracaso.

Las referencias a los derechos económicos, sociales y culturales durante los años del GATT, a excepción de los derechos de los trabajadores, son escasas. Cuando estos derechos (sin contar los derechos de los trabajadores) fueron mencionados era usualmente por los países en vías de desarrollo, no por el mundo desarrollado y en un contexto de negociaciones, no tanto como una defensa de una posición legal *de lege lata*, siendo la excepción la defensa contra los embargos basada en el derecho a la autodeterminación.

## b. La OMC

Los miembros de la OMC han mencionado explícitamente los derechos económicos, sociales y culturales en una forma un tanto más frecuente que sus contrapartes del GATT. Con unas aproximadamente 20 referencias a estos derechos<sup>115</sup>, casi todas ellas en este milenio, ellas han, no obstante, permanecido estadísticamente insignificantes. Si bien más documentos mencionan los derechos contenidos en el PIDESC sin explícitamente hacer referencia al Pacto o a la noción de los derechos económicos, sociales y culturales, esto no cambia el hecho de que las referencias a éstos sean altamente inusuales. Debe hacerse una advertencia respecto de los derechos de los trabajadores: en forma similar a los años del GATT, estadísticamente las referencias a éstos son numéricamente más significativas. Esta constatación cuantitativa no debe distraer nuestra atención del hecho de que, no obstante, los derechos económicos, sociales y culturales han ganado alguna relevancia en los debates sobre alimentación y salud.

Más allá de estas dos discusiones centrales, han existido referencias a los derechos económicos, sociales y culturales en distintas ocasiones. Una de ellas corresponde al análisis de la legislación nacional realizada tanto durante las negociaciones de adhesión, como en los exámenes de las políticas comerciales. Por tanto, la calidad de miembros del PIDESC fue mencionada en los documentos relativos a la adhesión a la OMC de la República de Belarús y de la República

---

<sup>115</sup> Sin contar las varias versiones del mismo documento, las referencias a estos derechos contenidas en el PIDESC sin que mencionen al Pacto mismo y las referencias en soluciones de diferencias.

de Cabo Verde<sup>116</sup>. Igualmente, durante las negociaciones para acceder a la OMC del Estado de Andorra se mencionó el derecho a la educación en la legislación nacional (en la discusión sobre servicios de educación)<sup>117</sup> y en el examen de las políticas comerciales de Ghana (en el contexto del trabajo infantil)<sup>118</sup>. También fueron mencionadas las condiciones que se imponen en la materia de los derechos humanos, también relacionadas con el PIDESC, del sistema de preferencias generalizado de la UE, así como sus arreglos con los Estados de la ACP (Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico)<sup>119</sup>. Informes sobre Conferencias y actividades de cooperación técnica publicados como documentos de la OMC igualmente mencionaron el Pacto<sup>120</sup>. En forma muy similar a los tiempos del GATT, algunos países atacaron los embargos basándose en los derechos económicos, sociales y culturales. De esta forma, Cuba atacó las medidas comerciales impuestas por Estados Unidos basándose en el derecho a la libre determinación<sup>121</sup> y Burundi criticó las sanciones comerciales que se le impusieron después del golpe militar<sup>122</sup> argumentando que éstas privaron a la población de este país de derechos básicos como el derecho a la alimentación, a la salud, a la educación, el trabajo y otros<sup>123</sup>. Finalmente, negociaciones abrieron un foro para la presentación de inquietudes en materia de derechos humanos. De esta forma, Bolivia y Venezuela expresaron su deseo de que las negociaciones de comercio propicien los derechos económicos, sociales y culturales o deberían incluirlos como parte de las obligaciones de la OMC y, de esta forma, prevenir los conflictos entre estos dos regímenes<sup>124</sup>. Concretamente, Bolivia tomó nota de una propuesta en el Comité de Negociaciones

---

<sup>116</sup> WT/ACC/BLR/1 de 16 de enero de 1996, WT/ACC/CPV/3 de 13 de enero de 2004. Belarús también se refirió a los derechos económicos y sociales tales como la seguridad social dentro de su Estado en respuesta a una pregunta sobre el tratamiento en la legislación nacional de los extranjeros. WT/ACC/BLR/7 de 19 de diciembre de 1997.

<sup>117</sup> WT/ACC/AND/3 de 4 de marzo de 1999.

<sup>118</sup> WT/TPR/M/194/Add.1 de 31 de marzo de 2008 (también se mencionó el derecho a la salud y a la vivienda).

<sup>119</sup> WT/TPR/S/214/Rev. 1 de 8 de junio de 2009; WT/COMTD/N/4/Add.4 de 12 de marzo de 2009; WT/TPR/S/177/Rev.1 de 15 de mayo de 2007; WT/COMTD/N/4/Add. 3 de 29 de marzo de 2006; WT/COMTD/57 de 29 de marzo de 2006; G/C/W/187/Add. 3 de 14 de abril de 2000; Para un tratamiento académico véase BARTELS L. The WTO Legality of the EU's GSP+ Arrangement. 10 JIEL 869 (2007) y BARTELS L. The Appellate Body Ruling on EC – Tariff Preferences to Developing Countries and its Implications for Conditionality in GSP Programmes. En: COTTIER T. ET AL. (eds.). Human Rights and International Trade. Oxford, OUP, 2005, 463.

<sup>120</sup> IP/C/W/304 de 12 de septiembre de 2001; WT/COMTD/W/106/Rev.1 de 20 de diciembre de 2002; G/TBT/W/247 de 3 de noviembre de 2004; WT/L/725 de 5 de junio de 2008.

<sup>121</sup> TN/MA/W/71 de 15 de mayo de 2006.

<sup>122</sup> *Africans Vote for Sanctions Against Coup in Burundi*, NY Times, 1 August 1996.

<sup>123</sup> WT/MIN(98)/ST/78 de 18 de mayo de 1998.

<sup>124</sup> TN/C/M/22 de 10 de marzo de 2006; WT/GC/M/112 de 4 de marzo de 2008.

Comerciales para abordar los temas que se relacionaban con la crisis financiera por medio del mecanismo de exámenes de las políticas comerciales. Bolivia se preguntaba si otras circunstancias debían ser tomadas en cuenta y propuso como ejemplo su propia situación, dado que las condiciones del clima en Bolivia entre los años 2006 -2008 obligaron al país a limitar las exportaciones para proteger el derecho a la alimentación y salud de su población<sup>125</sup>.

Los dos debates más significativos en los cuales se mencionó el PIDESEC, están relacionados con la agricultura y el Acuerdo ADPIC. El artículo 20(c) del Acuerdo sobre Agricultura prevé que la continuación de negociaciones sobre reformas a la agricultura tomará en consideración preocupaciones no comerciales. Estas negociaciones empezaron el año 2000 y en julio del mismo año se realizó una conferencia en Noruega para discutir materias no comerciales relevantes<sup>126</sup>. Tanto Mauritania como Noruega identificaron el PIDESEC, a saber su artículo 11, como una preocupación no comercial relevante<sup>127</sup>. Ellos reiteraron esta posición en otras ocasiones, particularmente cuando se pidió un listado de acuerdos que debían ser considerados relevantes en las negociaciones sobre agricultura<sup>128</sup>. Burkina Faso identificó la defensa del derecho a la alimentación de su población como uno de sus objetivos en las negociaciones sobre agricultura y Suiza recordó que la Cumbre Mundial sobre la Alimentación de la FAO había establecido el derecho a la producción de alimentos<sup>129</sup>. No obstante, un acuerdo sobre materias no comerciales en las negociaciones sobre agricultura ha sido ilusorio<sup>130</sup>.

Respecto al Acuerdo ADPIC, el punto focal del debate fue la discusión sobre patentes y acceso a medicamentos. El Acuerdo, con los periodos de transición pertinentes<sup>131</sup>, obliga a los miembros de la OMC a otorgar protección a las patentes para medicamentos, cuyo

<sup>125</sup> WT/GC/M/117 de febrero de 2009 (Bolivia “no podía permitir que las cosas continuaran de esa manera y no podía dejar de aplicar restricciones simplemente para satisfacer a la OMC o a los mercados mientras se pasaban por alto los derechos humanos más fundamentales y básicos del sector más vulnerable de su población”).

<sup>126</sup> Véase McMAHON J. A. *The WTO Agreement on Agriculture*. Oxford, OUP, 2006, 192-193, 214-219.

<sup>127</sup> G/AG/NG/W/36/Rev.1 de 9 de noviembre de 2001 (también mencionando el Comentario General sobre el artículo 11 del PIDESEC).

<sup>128</sup> G/AG/NG/S/22 de 23 de enero de 2001; ver también G/AG/NG/W/52 de 10 de octubre de 2000; G/AG/NG/S/17 de 16 octubre de 2000; G/AG/NG/R/3 de 10 noviembre 2000; G/AG/NG/W/75 de 30 de noviembre de 2000; G/AG/NG/W/101 de 16 de enero de 2001; G/AG/NG/R/4 de 24 de enero de 2001.

<sup>129</sup> TN/AG/R/10 de 9 de septiembre de 2003.

<sup>130</sup> AARONSON A. y ZIMMERMAN J. M. *Trade Imbalance*, Cambridge, CUP, 2008, 56-57.

<sup>131</sup> El artículo 65 del Acuerdo ADPIC provee de un número de diferentes periodos de transición que actualmente han expirado. No obstante, los miembros menos desarrollados aún se benefician de éstos y se ha extendido el periodo de transición, el cual expirará el 1 de julio de 2013. Véase IP/C/40 de 30 de noviembre de 2005. También véase IP/C/40 de 19 de diciembre de 2011.

resultado es el monopolio *de facto* del dueño de las patentes, lo que causa preocupaciones respecto del acceso a los medicamentos. Los países ya habían manifestado su preocupación respecto de la salud pública durante las negociaciones del Acuerdo ADPIC, pero no habían revestido sus preocupaciones en el lenguaje de los derechos humanos<sup>132</sup>. La OMS también ha estado trabajando el tema de las patentes y el acceso a los medicamentos<sup>133</sup>. Este tema llamó la atención de un público mayor cuando una empresa farmacéutica demandó a Sudáfrica en cortes sudafricanas en 1998. Sudáfrica había aprobado una legislación que permitía al ministerio de salud limitar los derechos de las patentes con el objeto de garantizar medicinas asequibles<sup>134</sup>. Los organismos de derechos humanos establecieron un vínculo con el derecho a la salud<sup>135</sup>, una ligazón que también puede encontrarse en una presentación que se realizó en 1998 en un seminario de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual<sup>136</sup>. El tema de las patentes y de las medicinas se mencionó en el Consejo de los ADPIC de la OMC en 2001, instancia que decidió tener una sesión especial sobre este tema<sup>137</sup>. Durante esa discusión, Venezuela destacó el derecho de los miembros de la OMC de adoptar medidas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 12 del PIDESC y República Dominicana destacó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales condenaría el uso de la regulación comercial para impedir el acceso a medicamentos. Bolivia y Kenia también manifestaron sus preocupaciones en relación al derecho a la salud<sup>138</sup>. Bolivia sugirió que las consideraciones sobre derechos humanos debían prevalecer sobre las de tipo comercial, un argumento que posteriormente fue secundado por Venezuela<sup>139</sup>. La nueva constitución de Ecuador del año 2008<sup>140</sup> explícitamente optó por la supremacía del derecho a la salud

---

<sup>132</sup> Ver por ejemplo MTN.GNG/NG11/5 de 14 de diciembre de 1987; MTN.GNG/NG11/12 de 13 de junio de 1989; MTN.GNG/NG11/14 de 12 de septiembre de 1989; MTN.GNG/NG11/20 de 24 de abril de 1990; MTN.GNG/NG11/21 de 22 de junio de 1990; MTN.GNG/NG11/27 de 14 de noviembre de 1990. También ver artículo. 8 del ADPIC.

<sup>133</sup> Véase CORREA C. *Health Economics The Uruguay Round and Drugs*. Geneva, WHO, 1997.

<sup>134</sup> Ver HESTERMEYER H. *Human Rights and the WTO*. Oxford, OUP, 2007.

<sup>135</sup> Ver únicamente Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Intellectual Property Rights and Human Rights*, resolution 2000/7.

<sup>136</sup> *Intellectual Property and Human Rights* con una presentación sobre *Intellectual Property and the Right to Health* de SALAZAR S., disponible en <http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/program/index.html>.

<sup>137</sup> IP/C/M/30 de 1 de junio de 2001.

<sup>138</sup> IP/C/M/31 de julio de 2001. También ver IP/C/W/296 de 29 de junio de 2001.

<sup>139</sup> WT/MIN(03)/ST/48 de 11 de septiembre de 2003. También ver WT/GC/M/82 de 13 de noviembre de 2007 (Zambia enfatizó que la OMC podría concentrarse en reconocer el primordial derecho a la salud y la seguridad alimentaria antes de abordar los temas de Singapur).

<sup>140</sup> Adoptada en septiembre de 2008. Una traducción al inglés está disponible en WOLFRUM R. and GROTE R. (eds.). *Constitutions of the Countries of the World*. Oxford, OUP, *hojas sueltas*.

(entre otros derechos) en su constitución, colocándolo sobre el comercio internacional<sup>141</sup>, una posición que comunicó a otros miembros de la OMC<sup>142</sup>. Una propuesta del grupo africano y de otros países que solicitaba una Declaración Ministerial sobre los ADPIC y la Salud Pública sugería que se mencionara que esta decisión se adoptaba acorde con el cumplimiento de las obligaciones de los Estados bajo el PIDESC<sup>143</sup>. Argentina y otros países en vías de desarrollo también destacaron la existencia de una posible amenaza de reclamaciones sin infracción para el derecho a la salud<sup>144</sup>. El debate sobre patentes y el derecho a la salud se apaciguó un poco después de que la OMC emitiera exitosamente un número de medidas en este campo<sup>145</sup>. Las continuas discusiones sobre la implementación y la efectividad de algunas de estas medidas, así como aquellas relacionadas con la formación de capacidad, aseguran que el derecho a la salud vuelve a surgir cada cierto tiempo<sup>146</sup>.

El debate sobre las patentes y el acceso a las medicinas nuevamente se reavivó cuando medicamentos genéricos fueron exportados desde la India a Brasil sin que estuviesen patentados en ninguno de los dos países. Los medicamentos fueron retenidos en su tránsito por la aduana holandesa en el año 2008 por violar la ley de patentes de Holanda<sup>147</sup>. En una contribución al debate en el Consejo de los ADPIC que fue ampliamente compartida por otros países en desarrollo, India declaró que dicho acto no era una simple materia de comercio, sino también del derecho a la salud<sup>148</sup>. Como hemos mencionado previamente, esta disputa tuvo como resultado una serie de consultas, pero es muy posible que no sea objeto de un informe de un grupo especial.

---

<sup>141</sup> Artículo 421.

<sup>142</sup> IP/C/M/59 de 25 de mayo de 2009.

<sup>143</sup> IP/C/W/312 de 4 de octubre de 2001.

<sup>144</sup> IP/C/W/385 de 30 de octubre de 2002.

<sup>145</sup> WT/MIN(01)/DEC/2 de 14 de noviembre de 2001; IP/C/25 de 1 de julio de 2002; WT/L/478 de 12 de julio de 2002; WT/L/540 y Corr. 1 de 1 de septiembre de 2003 (esta última decisión fue transformada en una enmienda a un tratado: WT/L/641 de 8 de diciembre de 2005).

<sup>146</sup> Ver por ejemplo IP/C/M/64 de 17 de febrero de 2011 (Brasil mencionó el derecho de acceder a medicinas y la OMS mencionó su perspectiva sobre el acceso a luz del derecho a la salud en la constitución de la OMS); IP/C/W/549/Add.4 de 25 de octubre de 2010 (en relación a las actividades de cooperación técnica de la OMS); IP/C/W/516/Add.1 de 15 de octubre de 2008 (la OMS declaró que desarrollaría un curso de capacitación para asistir a los países en vías de desarrollo en la implementación de regímenes de patentes de una manera que apoyaría el derecho a la salud).

<sup>147</sup> Ver WILLIAMS M. Update 2 – India, EU heal drugs seizures dispute with interim agreement. Reuters, 28 de julio de 2011.

<sup>148</sup> IP/C/M/61 de 12 de febrero de 2010. Nótese también la preocupación de Egipto sobre la implementación de la PI y el derecho a la salud IP/C/M/60 de 28 de septiembre de 2009.

El debate sobre los derechos económicos, sociales y culturales, incluso en estas dos áreas clave, continúa siendo una excepción. El único campo en el cual estos derechos son mencionados con mayor frecuencia, aunque usualmente basándose en el trabajo de la OIT en lugar del PIDESC, es el campo de los derechos laborales, materia a la que se alude en un número de ocasiones estadísticamente más significativa cada año en la OMC, existiendo dos “picos” en los años 1996 y 1999<sup>149</sup>.

Como se describió precedentemente, los derechos laborales fueron incluidos en la Carta de La Habana que nunca entró en vigor. Las propuestas para incorporar estos derechos en el orden de la OMC<sup>150</sup> quedaron en nada. Solo en el Preámbulo del Acuerdo de la OMC se hace referencia a la necesidad de “elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales”. Este tema probó ser un elemento de división después de que se estableció la OMC: en la Conferencia Ministerial de Singapur de 1996, algunos miembros (en particular, países desarrollados) demandaron que se condujera una negociación sobre estándares laborales<sup>151</sup> a pesar de las objeciones de países en desarrollo, los cuales interpretaban esta solicitud como un intento de minar su ventaja comparativa en relación a los costos del trabajo. Aun cuando en la Declaración Ministerial algunos miembros “renovaron” su compromiso con la observancia de los estándares del trabajo centrales, éstos también estuvieron de acuerdo con que la OIT “es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas” y que el uso de dichos estándares con fines proteccionistas o para disminuir las ventajas comparativas de los países en desarrollo en relación a sus bajos salarios debía ser rechazado<sup>152</sup>. Este tema se abordó nuevamente en 1999, en la Conferencia Ministerial de Seattle<sup>153</sup>. No se alcanzó un acuerdo<sup>154</sup>. No obstante,

<sup>149</sup> La búsqueda de los términos “derechos de los trabajadores”, “estándares laborales” y “derecho al trabajo”, los cuales representan solamente algunos de los posibles términos de búsqueda en este campo, arrojaron como resultado el siguiente número de documentos en inglés: 22 (1995), 122 (1996), 3535 (1997), 51 (1998), 110 (1999), 34 (2000), 77 (2001), 38 (2002), 33 (2003), 25 (2004), 28 (2005), 29 (2006), 19 (2007), 24 (2008), 23 (2009), 20 (2010), 30 (2011).

<sup>150</sup> Ver por ejemplo PREP. COM (86)W/43 de 25 de junio de 1986; este es un intento de los Estados Unidos de Norteamérica de introducir el tema en las negociaciones.

<sup>151</sup> Ver por ejemplo WT/MIN(96)/ST/5 de 9 de diciembre de 1996 (de Estados Unidos), WT/MIN(96)/ST/2 de 9 de noviembre de 1996 (de EC), WT/MIN(96)/ST/4 de 9 de noviembre de 1996 (Argentina) en que se favorecía el uso de la OMC como un foro para la discusión y WT/MIN(96)/ST/8 de 9 de diciembre de 1996 (Brasil), WT/MIN(96)/ST/16 (Cuba); WT/MIN(96)ST/76 de 11 de diciembre de 1996 (Botswana) en contra de este vínculo.

<sup>152</sup> WT/MIN(96)/DEC de diciembre de 1996, ¶4.

<sup>153</sup> Estados Unidos, la Unión Europea y Canadá presentaron propuestas sobre esta materia. AARONSON A. y ZIMMERMAN J. M. *Trade Imbalance*. Cambridge, CUP, 2008, 52.

<sup>154</sup> Ver Labour Standards, disponible en [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/bey5\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey5_e.htm).

las expresiones utilizadas en la Declaración Ministerial de Singapur se reafirmaron en la Declaración de Doha<sup>155</sup>.

Los países (en su mayoría desarrollados) que favorecen la inclusión de los estándares del trabajo en los acuerdos de comercio han utilizado otros acuerdos de libre comercio como salida para negociar dichos estándares, logrando la inclusión de éstos en los mismos tratados o bien en acuerdos paralelos<sup>156</sup>. Dentro de la OMC, no obstante, continúa siendo difícil para los miembros llegar a consensos más allá del compromiso general respecto a un pequeño conjunto de estándares laborales centrales; la pregunta sobre su cumplimiento internacional permanece, según la página web de la OMC, como un “campo minado”<sup>157</sup>.

Más allá de su invocación substantiva, igualmente existe una cooperación institucional limitada en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, la Secretaría de la OMC mantiene relaciones de trabajo con unas 200 organizaciones en numerosos campos<sup>158</sup>. La importancia del conflicto entre las patentes, el acceso a las medicinas y el aumento de las críticas a la OMC de parte de organismos de derechos humanos condujeron a que la OMC fuera invitada como observadora a las sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>159</sup>. La práctica continuó por algún tiempo, pero parece que ha sido más bien esporádica en los últimos años<sup>160</sup>. La Secretaría de la OMC también asiste a las sesiones del Consejo de Administración de la OIT como observador y colabora con la OIT en relación al Grupo de Trabajo sobre la Dimensión Social de la Mundialización de la OIT, en seminarios y en otros proyectos<sup>161</sup>. Ni el Comité, ni la OIT tienen el estatus de observadores en la OMC<sup>162</sup>, un tema que no puede ser resuelto actualmente ya

<sup>155</sup> WT/MIN(01)/DEC/1 de 20 de noviembre de 2001, ¶ 8.

<sup>156</sup> La OIT provee de información sobre estos acuerdos en <http://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/free-trade-agreements-and-labour-rights/lang--en/index.htm>.

<sup>157</sup> [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/bey5\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey5_e.htm). Para un tratamiento en profundidad la relación entre el comercio y el trabajo ver MARCEAU G. Trade and Labour. En: BETHLEHEM D. ET AL. (eds.). International Trade Law. Oxford, OUP, 2009, 539.

<sup>158</sup> Ver [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/coher\\_e/igo\\_divisions\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/igo_divisions_e.htm).

<sup>159</sup> Empezando con la sesión veintiuna hacia fines de 1999. UN Doc. E/2000/22, capítulo II ¶ 5.

<sup>160</sup> UN Doc. E/2001/22, Capítulo I ¶ 8 (22 - 24 sesión); UN Doc. E/2002/22, Capítulo I ¶ 8 (25, 27 sesión); UN Doc. E/2003/22, Capítulo I ¶ 10 (28 - 29 sesión); UN Doc. E/2004/22, Capítulo I ¶ 9 (30 - 31 sesión); UN Doc. E/2005/22, Capítulo I ¶ 6 (32 - 33 sesión); UN Doc. E/2007/22, Capítulo I ¶ 8 (37 sesión); UN Doc. E/2009/22, Capítulo I ¶ 6 (40 -41 sesión). Ver también WT/BFA/W/98 de 8 de julio de 2003.

<sup>161</sup> Ver [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/coher\\_e/wto\\_ilo\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/wto_ilo_e.htm)

<sup>162</sup> Ver [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/igo\\_obs\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/igo_obs_e.htm).

que los Estados Árabes han bloqueado la posibilidad de reconocer el estatus de observadores a cualquier organización inter-gubernamental por la negativa de conceder la condición de observador ante la Liga Árabe<sup>163</sup>. La cooperación con la OIT ha sido un tema tan complejo que el Director General de la OMC, *Pascal Lamy*, les manifestó a líderes sindicales que “la OMC y su secretaría no tienen mandato para trabajar sobre la coherencia entre lo que se hace en la OMC y lo que se hace en la OIT”<sup>164</sup>. *Gabrielle Marceau* escribió que “las dos organizaciones han dado a veces la impresión de que se dan la espalda la una a la otra”<sup>165</sup>. No obstante, la cooperación que actualmente se conduce a nivel de secretarías es motivo para tener ciertas esperanzas.

## 4. Evaluación

---

A pesar de las obligaciones de los miembros de la OMC bajo el PIDESC y la competencia de los órganos de solución de diferencias para tener en cuenta el Pacto para los efectos de interpretar la normativa de la OMC al decidir los casos, una investigación acuciosa revela que, salvo tratándose de los derechos de los trabajadores, las referencias a los derechos económicos, sociales y culturales en la OMC son escasas.

Donde aquellos derechos han sido mencionados ha sido en contextos políticos *de lege ferenda*, tales como negociaciones comerciales, o para describir la legislación doméstica de un país. Solo raramente los derechos económicos, sociales y culturales han sido utilizados explícitamente para defender o atacar medidas de comercio específicas. El caso más importante en este respecto es el de patentes y acceso a medicinas, en el cual las intensas presiones que se ejercieron abrieron la puerta para el uso de estos argumentos. Cabe destacar que generalmente son los países en vías de desarrollo los que hacen referencia a estos derechos, lo que disipa el mito de que los derechos humanos son dominio de los países desarrollados. Acá, también, los derechos de los trabajadores son la excepción, pues éstos son fuertemente favorecidos por los países desarrollados.

---

<sup>163</sup> Para ver dos puntos de vista opuestos sobre este tema, REICH A. *The Threat of Politicization of the WTO*. 26 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 779, 805-806 (2005); MALKAWI B. H. *The Case of Arab Countries and the World Trade Organization*. 19 Int'l Trade and Finance Association Working Paper (2006).

<sup>164</sup> AARONSON A. y ZIMMERMAN J. M. *Trade Imbalance*. Cambridge, CUP, 2008, 54.

<sup>165</sup> MARCEAU G. *Trade and Labour*. En: BETHLEHEM D. ET AL. (eds.). *International Trade Law*. Oxford, OUP, 2009, 539, 540.

La relevancia limitada del PIDESC en la solución de diferencias puede ser explicada fácilmente por la limitada relevancia legal que las normas que no provienen de la OMC tienen en estos procedimientos. Como son los órganos de la OMC los que resuelven los casos, esto coincide en cierta medida con la falta de obligaciones de la OMC basadas en tratados de derechos humanos. Dado que los miembros de la OMC tienen obligaciones conforme con el PIDESC cuando actúan dentro de la OMC, la casi completa ausencia de argumentos basados en el PIDESC de los miembros de la OMC en sus órganos políticos merece más reflexión, particularmente a la luz de las referencias más frecuentes que se han hecho respecto de los derechos de los trabajadores.

El mito dominante de que la OMC como organización es a la que debe culparse por una cultura de hostilidad hacia los derechos humanos es ciertamente incorrecto. Son los mismos representantes de los Estados quienes no invocan el PIDESC en la OMC. El silencio de la OMC en este respecto es solamente la consecuencia del hecho que la OMC es, según su Director General *Pascal Lamy*, “una organización guiada por sus miembros”. Si los miembros invocan los derechos económicos, sociales y culturales, éstos formarán parte del debate. Si no lo hacen, no lo estarán.

El argumento de que la falta de debate sobre los derechos económicos, sociales y culturales en la OMC demuestra que los dos regímenes no interfieren el uno con el otro es igualmente incorrecto. Mientras *Rosalyn Higgins* correctamente declara que las preocupaciones sobre la fragmentación del derecho internacional son exageradas<sup>166</sup>, una mirada acuciosa a los debates en la OMC muestra que ni siquiera los argumentos más evidentes que pueden basarse en el PIDESC se han presentado. Incluso en el importante tema de las patentes y el acceso a las medicinas, es mucho más probable que los miembros de la OMC realicen argumentos en referencia al artículo 8 del ADPIC y a preocupaciones sobre la salud<sup>167</sup>, que relacionados con el derecho a la salud. Si bien una búsqueda del término “derecho a la alimentación” en los documentos del Comité de Agricultura arroja nueve documentos, la “seguridad alimentaria”<sup>168</sup> se menciona en 97 documentos sólo en el año 2001. Los miembros, por tanto, parecen preferir hacer argumentos basados en consideraciones de política, que argumentos basados en el PIDESC.

---

<sup>166</sup> HIGGINS R. A Babel of Judicial Voices? En: 55 ICLQ 791, 796 (2006).

<sup>167</sup> Una búsqueda de referencias al artículo 8 del ADPIC y a la palabra “salud” arroja 149 documentos en inglés.

<sup>168</sup> Es cierto que este término también incluye otras preocupaciones.

Esta preferencia no necesariamente es dañina para los derechos económicos, sociales y culturales. Un argumento basado en el sufrimiento humano puede ser igualmente eficiente que aquello basado en el derecho a la salud. Como el movimiento de derechos humanos nos ha enseñado, no obstante, un argumento basado en obligaciones legales y derechos legales puede tener mucha más fuerza que uno fundado en consideraciones políticas. Los Estados aparentemente reconocen esta característica tratándose de los derechos de los trabajadores. ¿Qué explica, por tanto, la negativa a recurrir a argumentos basados en derechos económicos, sociales y culturales?

En primer lugar, los derechos económicos, sociales y culturales, comparativamente, se presentaron en forma más tardía en el campo de los derechos humanos. Hasta hace poco eran considerados como meramente “programáticos” y en algunos sistemas legales aún se miran con recelo. Los derechos laborales, por otra parte, tienen una larga historia como derechos justiciables.

Segundo, los representantes de los países ante la OMC son expertos en comercio y raramente tienen conocimiento sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Ellos/ellas se desenvuelven en un sistema que tiene sus propias reglas y lenguaje. Los derechos laborales están más cercanos a su pensamiento pues éstos han formado tradicionalmente parte del derecho comercial.

Tercero y más importante, los grupos de presión a nivel nacional raramente ejercen presión sobre sus gobiernos para que éstos presenten inquietudes relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales en la OMC. Por el contrario, los derechos laborales se benefician de la influencia política de los sindicatos que presionan a sus gobiernos para que presenten sus inquietudes en los debates ante la OMC.

Estas deficiencias ilustran un plan de trabajo para el futuro. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y varias cortes nacionales han avanzado mucho en la clarificación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, asegurando su reconocimiento como justiciables. La adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC permitirá avanzar en este proceso. No obstante, se requerirá más trabajo para superar la segunda y la tercera de las mencionadas deficiencias. Los intervinientes nacionales en el ámbito del derecho comercial internacional, los representantes del Estado y los grupos de presión pertinentes, carecen de conocimientos sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Presentar a ellos las preocupaciones basadas en el PIDESC en relación con el comercio

internacional e involucrarlos en las discusiones<sup>169</sup> sobre las mismas son componentes vitales para garantizar el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales en la OMC. El debate nacional también podría mejorarse mediante la realización de estudios de impacto sobre los derechos humanos de los acuerdos comerciales. Tal ejercicio obligaría a los actores relevantes a que incluyan las consideraciones de derechos humanos en sus estrategias.

---

<sup>169</sup> DOMMEN C. Raising Human Rights Concerns in the World Trade Organization. 24 HRQ 1, 50 (2002).

