

CAPÍTULO XIX ANÁLISIS DE LA OMC DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL¹

José Ma. SERNA DE LA GARZA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La constitucionalización del derecho comercial internacional (un enfoque sustantivo)*. III. *La constitucionalización del derecho comercial internacional (un enfoque procedimental-adjudicativo)*. IV. *La crítica a la idea de la constitucionalización del derecho comercial internacional*. V. *Examen del debate y reflexión final*.

I. INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de Comercio (OMC) es un organismo intergubernamental internacional, establecido el 1o. de enero de 1995, cuyo objetivo fue reemplazar el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT) y organizar las normas relativas al comercio internacional. Entre sus funciones principales están las de administrar los acuerdos comerciales de la OMC; servir de foro para negociaciones comerciales; ayudar a que el comercio se desenvuelva sin obstáculos conforme a un sistema reglamentado; resolver las controversias comerciales entre los gobiernos; organizar negociaciones comerciales; reducir el proteccionismo y las barreras arancelarias; supervisar las políticas comerciales nacionales, y dar asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo.²

Cabe señalar que el acuerdo de creación de la OMC (Acuerdo de Marrakesh) y sus tres anexos son vinculantes respecto de todos los Estados miembros, como se desprende de los párrafos 2 y 3 del artículo II de dicho Acuerdo:

¹ La presente contribución ha sido escrita con base en una discusión más amplia del tema, que se puede encontrar en mi libro titulado *Impacto e Implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012.

² Véase página web de la OMC: www.wto.org.

2. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Multilaterales”) forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.

3. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Plurilaterales”) también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para éstos. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales no crean obligaciones ni derechos para los Miembros que no los hayan aceptado.

Asimismo, debemos destacar que entre las obligaciones contraídas por los Estados miembros de la OMC, está la de ajustar su derecho interno³ a la normativa derivada del Acuerdo de Marrakesh y sus anexos.⁴

Ahora bien, el impacto que estas normas tienen sobre los Estados es enorme, si se toman en cuenta al menos tres circunstancias. En primer lugar, los instrumentos de la OMC inciden sobre un gran número de materias reguladas por los órganos legislativos nacionales, que de alguna manera están vinculadas al comercio. Estas materias van desde los impuestos, incentivos fiscales, aranceles y subsidios, hasta normas oficiales, medio ambiente, medidas sanitarias, seguridad y propiedad intelectual, entre muchas otras. Esto significa que hay numerosos puntos de contacto entre las reglas de la OMC y el derecho nacional, en los cuales coinciden ambos, y en los que el

³ Malik vincula las reformas judiciales de varios países de América Latina a la necesidad de responder a los cambios del medio externo: “Las experiencias de otros países con la reforma judicial presentan varias lecciones para los responsables de formular las decisiones políticas en los países que están en vías de desarrollo y en transición. Estas experiencias son de importancia especial para los responsables en tomar decisiones en América Latina, quienes necesitan responder urgentemente a los cambios en el medio externo, tales como el nuevo Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Convenio de la Organización Mundial de Comercio (WTO), las implicaciones del TLC y la integración de los mercados de capital a través de medidas que fomentan el desarrollo empresarial y la competitividad (por ejemplo, la República de Venezuela está a la vanguardia de la modernización del Poder Judicial en América Latina con el apoyo del Banco Mundial). La familiarización con las mejores prácticas internacionales es de gran utilidad para los responsables de tomar decisiones en los países de Europa central y oriental y en otros Estados independientes de la antigua Unión Soviética que enfrentan la pregunta fundamental de cómo construir una infraestructura jurídica que garantice el cumplimiento de las leyes y establezca los cimientos legales para una gestión económica sólida en el marco de un sistema orientado hacia el mercado”. Malik, Waleed Haider, “El desarrollo económico y la reforma judicial: experiencias internacionales e ideas para América Latina”, *Reforma Judicial*, México, núm. 1, 2003, p. 93.

⁴ Artículo XVI-4 del Acuerdo de Marrakesh que: “4. Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos”.

derecho interno ha de ajustarse a los estándares del referido organismo intergubernamental.⁵

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta el valor de las actividades económicas comprendidas dentro del Acuerdo de la OMC: los intereses económicos implicados ha llevado a que el sistema otorgue una gran relevancia a la resolución de disputas entre los miembros de la OMC; disputas derivadas de la percepción de los Estados de una falta de ajuste entre las normas de la OMC y las normas nacionales sobre comercio y las relacionadas con el comercio (“*trade-related norms*”).⁶

En tercer lugar, el mecanismo de resolución de disputas tiene un alcance sin precedentes en el derecho internacional. En palabras de Bhuiyan, se trata de un sistema “obligatorio”, “exclusivo” y “automático”. Es “obligatorio” puesto que todos los Estados miembros están sujetos a la jurisdicción de los distintos órganos del sistema de resolución de disputas de la OMC, y cualquier miembro puede activarlo de manera unilateral contra otro miembro. Es “exclusivo” en razón de que en relación a disputas que entren en el ámbito de los acuerdos de la OMC, excluye cualquier otro procedimiento o sistema de resolución de controversias.⁷ Finalmente, es “automático”, pues una vez que el sistema de resolución de diferencias ha sido puesto en movimiento por la presentación de una demanda, las diversas etapas procesales previstas por el sistema se van sucediendo “automáticamente” de acuerdo a un estricto marco temporal previsto en el “Entendimiento”. De esta suerte, el Estado demandado no puede bloquear ni retrasar los procedimientos en ninguna etapa.⁸

Asimismo, debemos mencionar que el sistema de solución de diferencias cuenta con una poderosa herramienta para forzar a los miembros de la OMC a ajustarse al cumplimiento de las reglas de dicha organización: si al cabo de todo el procedimiento (que en caso de apelación dura no más de un año y tres meses), el grupo de especial respectivo (panel) determina que el país denunciante tiene la razón, y si el país infractor no cumple con las conclusiones del panel, entonces el país denunciante podrá imponer represalias

⁵ Bhuiyan, Sharif, *National Law in WTO Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 6.

⁶ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

⁷ En este sentido se expresa el artículo 23.1 del “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” de la OMC: “1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar”.

⁸ *Ibidem*, pp. 6-8.

comerciales al país demandado, tales como el retiro de concesiones comerciales que deben ser aprobadas por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en un plazo de 30 días siguientes a la expiración del “plazo prudencial” que se da al demandado para que cumpla.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho constitucional, el esquema de la OMC ha dado lugar a diversas posturas y debates. De hecho, como observan Howse y Nicolaidis, de manera creciente, se hace referencia a los retos de la gobernanza económica mundial, y en particular los de la OMC, en términos constitucionales.⁹ Sin embargo, esto ha abierto una importante línea de discusión en la que existen posturas encontradas. Como se verá con detalle más adelante, para algunos la OMC desempeña “funciones constitucionales”, o bien se da un entendimiento constitucional a los procedimientos para la resolución de disputas de la OMC, con su mecanismo jurídicamente riguroso y su ponderación y balance de valores públicos en competencia. Pero para otros, el derecho de la OMC está lejos de pertenecer a la tradición del constitucionalismo, además de tener una serie de implicaciones y efectos negativos sobre los arreglos constitucionales nacionales. A este debate nos aproximaremos en las páginas que siguen.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL¹⁰ (UN ENFOQUE SUSTANTIVO)

Ernst-Ulrich Petersmann ha desarrollado la idea de que el derecho de la OMC cumple o desempeña “funciones constitucionales”. Su punto de partida puede resumirse en la siguiente premisa: así como a nivel doméstico existe la necesidad de limitaciones constitucionales a los poderes regulatorios internos en la materia comercial, también existe la necesidad de crear garantías constitucionales para la “libertad de entrar en relaciones comerciales transnacionales”, así como la de establecer las correspondientes limitaciones a los poderes que definen las políticas comerciales internacionales

⁹ Howse, R. y Nicolaidis, K., “Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far”, en Porter, Roger *et al.* (eds.), *Efficiency, Equity and Legitimacy, The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington, D. C., Brookings Institution Press, 2001, p. 227.

¹⁰ La expresión “derecho comercial internacional” se refiere al conjunto de normas que regulan las transacciones comerciales internacionales y, en esa medida, incluye también a las normas referidas a la OMC (en tanto esquema regulador del comercio internacional). Sin embargo, compite con el concepto de “derecho económico internacional”, que se refiere a las normas relativas a la regulación del sistema económico global, en el que se incluye también el esquema de la OMC.

de los Estados.¹¹ En este sentido, aboga por un concepto de funciones constitucionales y de garantías jurídicas internacionales respecto de la libertad de comercio, no-discriminación y transparencia en la formulación de la política comercial internacional de los Estados, para lo cual afirma que:

Como los derechos individuales no fueron “otorgados” por los gobiernos y su enumeración en las constituciones escritas nunca fue vista como exhaustiva, no hay ninguna razón constitucionalmente convincente para asumir que la libertad individual de comercio esté limitada a la posibilidad de elegir a los socios comerciales domésticos y que no proteja también las transacciones comerciales transnacionales.¹²

En esencia, el argumento de Petersmann se basa en la idea de que los derechos humanos y las “libertades de mercado”, “libertades económicas” (incluido el derecho de propiedad) son análogos, es decir, tienen la misma naturaleza. Sin embargo, crítica al “derecho de los derechos humanos de la ONU” por descuidar las libertades económicas, derechos de propiedad y libertad de competencia económica, que él considera son precondiciones jurídicas para incrementar el bienestar de ciudadanos libres, además de que promueven el uso eficiente de recursos escasos, pues los “derechos humanos económicos son esenciales para permitir a los individuos adquirir, poseer, usar y disponer de los recursos necesarios para el goce de los derechos humanos”.¹³ Como parte de esta crítica, Petersmann sostiene que existe un “sesgo anti-mercado” en los derechos humanos de la ONU, ya que la indivisibilidad de los derechos humanos y la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales no están suficientemente protegidos como para permitir que los ciudadanos, los operadores económicos y los jueces apliquen y desarrollen progresivamente los derechos económicos y sociales en los tribunales domésticos e internacionales. Este sesgo, a su vez, reduce su potencial operacional —sostiene Petersmann— como parte relevante de las organizaciones económicas de alcance mundial, así como para el esquema de una economía de mercado basada en derechos y en la jurisprudencia (piensa, por supuesto, en el mecanismo de resolución de disputas de la OMC).¹⁴

¹¹ Petersmann, Ernst-Ulrich, “National Constitutions, Foreign Trade Policy and European Community Law”, *European Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1, 1992, p. 27.

¹² *Idem*.

¹³ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 3, 2002, p. 639.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 628 y 629.

Además, Petersmann busca fortalecer su idea de la analogía entre los derechos humanos y las ‘libertades económicas’ a nivel transnacional, aludiendo a la circunstancia de que el mecanismo de adjudicación de la OMC, al igual que los tribunales constitucionales nacionales, también emplea el método de la ponderación para resolver disputas. Ello deriva del hecho —sostiene— de que el derecho comercial internacional también reconoce su función instrumental para promover objetivos no económicos, como ‘elevar los niveles de vida’, promover el ‘desarrollo sustentable’ y ‘preservar el medio ambiente’ (preámbulo de la OMC). Asimismo, Petersemann sostiene que los ‘balancing principles’ en las ‘cláusulas de excepciones’ en el derecho comercial internacional como no discriminación, necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad individual (artículo XX, GATT) o derechos de acceso individual a tribunales (artículo X, GATT), son similares a los ‘balancing principles’ en las ‘cláusulas de excepciones’ en los tratados de derechos humanos. Incluso dice que referencias indirectas a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad se encuentran en el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Por ello es que los derechos humanos y el derecho comercial internacional tienen para Petersmann funciones complementarias para la protección de la libertad individual, la no discriminación y el *rule of law*.¹⁵

De esta manera, para Petersmann el derecho de la OMC representa un sistema de garantías jurídicas internacionales para la mejor protección de las libertades de comercio, la no-discriminación, seguridad jurídica, transparencia, los derechos de propiedad, la libre competencia y el uso proporcional de los instrumentos de política comercial-internacional por parte de los Estados. De hecho, para este autor la OMC fue diseñada para cumplir con funciones constitucionales, consistentes en limitar los poderes discrecionales en materia de comercio exterior de los gobiernos a lo largo del mundo, a través de reglas estables y de rango superior (el Acuerdo de la OMC, sus acuerdos y anexos relacionados).¹⁶ A su vez, esta visión lleva a poner al derecho de la OMC por encima de la política nacional, que en la visión de Petersmann en muchas ocasiones está capturada por intereses de corto plazo de productores, políticos y burócratas, que buscan beneficios y rentas, a través de normas que les protejan de la libre competencia. Sin embargo, —afirma— esto atenta contra los intereses comunes de largo plazo de los

¹⁵ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, núm. 2, 2003, p. 242.

¹⁶ Petersman, E. U., “Constitutionalism and International Organizations”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 17, núm. 2/3, p. 446.

individuos, los consumidores y los ciudadanos, derivados del libre comercio, no discriminación, transparencia y libre competencia.¹⁷

Como puede observarse, en el esquema de Petersmann subyace una visión Hayekiana de la relación economía-Estado-sociedad, que privilegia los supuestos beneficios de la acción libre de las fuerzas del mercado, y censura la intervención estatal, como prerrequisito para generar y distribuir riqueza y bienestar en las sociedades.¹⁸ En este contexto es que puede entenderse que el referido autor afirme que los mercados económicos son tan importantes como los mercados políticos. Por ello —sostiene— como una necesaria consecuencia del ejercicio de derechos humanos en el área económica, los mercados económicos necesitan de protecciones constitucionales contra los abusos de poder, en grado no menor que los mercados políticos.¹⁹ *Ergo*, son necesarias garantías jurídicas nacionales e internacionales para la protección de dichos mercados económicos.

En suma, Petersmann ve el Acuerdo de la OMC como un instrumento que busca extender valores de derechos humanos básicos a través de las fronteras; así, puede entenderse como ejerciendo ‘funciones constitucionales’ para la protección jurídica de valores identificados con los derechos humanos doméstica e internacionalmente.²⁰ La sugerencia es que los valores que subyacen al derecho de la OMC —tales como protección de la libertad jurídica, derechos de propiedad, no-discriminación, *rule of law*, acceso a tribunales, bienestar económico y soberanía nacional para buscar objetivos de políticas no económicos que son más importantes que el libre comercio— reflejan los correspondientes principios de derechos humanos.²¹

¹⁷ Incluso llega a afirmar que *demasiado* control democrático y parlamentario sobre la política arancelaria tiene el riesgo de reducir el bienestar económico en una sociedad. Petersmann, E.U., “From ‘Negative’ to ‘Positive’ Integration in the WTO: Time for ‘Mainstreaming Human Rights’ into WTO Law”, *Common Market Law Review*, vol. 37, núm. 6, 2000, pp. 1365-1368.

¹⁸ “Donde la libertad y los derechos de propiedad son protegidos, los individuos comienzan a producir y a intercambiar bienes y servicios demandados por los consumidores. El hecho de que la mayoría de la gente dedica la mayor parte de su tiempo en sus ‘libertades económicas’ (p.ej. en producir e intercambiar bienes y servicios incluyendo el trabajo y las ideas de las personas) ilustra que para la gente ordinaria, al contrario de muchos abogados, las libertades económicas no son menos importantes que las libertades civiles y políticas”. Petersmann, *op. cit.*, “Time for a United Nations ‘Global Compact’ ...”, p. 629.

¹⁹ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO ‘Linking Principles’ for Trade and Competition”, *New England Law Review*, vol. 34, 1999, p. 148.

²⁰ *Ibidem*, pp. 636 y 637.

²¹ La propuesta de Petersmann es bastante más ambiciosa, puesto que incluye ideas tales como: la necesidad de que el derecho de las organizaciones internacionales sea construido de

Finalmente, Petersmann busca demostrar que como resultado del reconocimiento universal de los derechos humanos a nivel internacional, estos derechos son relevantes para la interpretación y aplicación de las reglas de la OMC, especialmente para las garantías de la OMC sobre libertad, no discriminación, *rule of law*, propiedad privada, acceso a tribunales, debido proceso legal, y para numerosas excepciones de la OMC que permiten restricciones a la libertad de comercio a efecto de proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal, la moral pública y otros ‘valores de los derechos humanos’.²² Es decir, las reglas de la OMC deben ser interpretadas de conformidad con las obligaciones de los Estados derivadas de los tratados internacionales sobre los derechos humanos.²³

Y si la protección constitucional de la ‘libertad personal’ se extiende a la demanda y oferta privada a través de fronteras, entonces las obligaciones internacionales de los gobiernos (en GATT, OMC), de proteger la libertad y la no discriminación entre ciudadanos a través de fronteras puede servir ‘funciones constitucionales’ para limitar abusos de los poderes del gobierno y para reforzar la protección de los derechos individuales.²⁴

Al igual que otros colegas que participan en el debate, Petersmann manifiesta una preocupación por la cuestión de la legitimidad del esquema de la

conformidad con los derechos humanos reconocidos por los estados miembros; la invocabilidad directa por parte de los individuos del derecho de las organizaciones internacionales (como por ejemplo, el derecho de la OMC); la posibilidad de que los tribunales nacionales o internacionales recurran al derecho internacional de los derechos humanos como límites constitucionales sobre el derecho y los poderes de las organizaciones internacionales; el empleo de criterios de derechos humanos para interpretar las cláusulas de interés público (que justifican excepciones a las reglas de libre comercio de la OMC); y la necesidad de más democracia en los procesos de elaboración de normas de las organizaciones internacionales. Petersmann, *op. cit.*, “Time for a United Nations ‘Global Compact’...”, pp. 621-650.

²² Petersmann, Ernst-Ulrich, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, núm. 2, 2003, p. 242.

²³ *Ibidem*, p. 248.

²⁴ Petersmann deja abiertas varias preguntas: ¿puede el derecho de la OMC realizar sus objetivos de libre comercio e integración comercial global sin considerar derechos humanos reconocidos universalmente?; las tensiones entre las reglas de la OMC y derechos humanos ¿deben ser clarificadas caso-por-caso por los jueces de la OMC (a pesar de que los miembros de los paneles de la OMC y del Órgano de Apelación, pueden no estar familiarizados con los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos?; ¿los diplomáticos en el órgano de arreglo de disputas de la OMC pueden producir reportes de los paneles y del órgano de apelación sugiriendo ¿nuevas interpretaciones de derechos humanos?; ¿cómo se puede limitar el riesgo de abusos proteccionistas basados en argumentos de derechos humanos para justificar restricciones comerciales?; ¿cómo han de percibir los activistas de derechos humanos y los órganos de derechos humanos de la ONU las interrelaciones entre los derechos humanos y las reglas de la OMC?, entre otras. Petersmann, “Time for a United Nations ‘Global Compact’...”, *op. cit.*, p. 643.

OMC. Ante esto, y en su visión, el reconocimiento explícito de derechos humanos universalmente reconocidos como parte del contexto jurídico relevante para la interpretación de las reglas de la OMC podrían fortalecer la legitimidad de los procesos de toma de decisiones de la OMC y del derecho de la OMC.²⁵ Asimismo, este autor ve la necesidad de agrandar las bases sociales y políticas de apoyo de OMC y su *legitimidad constitucional*. Para ello, propone ampliar la transparencia en los procesos de toma de decisiones en el seno de la OMC; la creación de un consejo asesor con participación de la sociedad civil, y el envío regular y oportuno de información a los parlamentos nacionales sobre las negociaciones que se llevan al cabo en el seno de la OMC.²⁶

Cabe señalar que Petersmann no es un autor aislado en su perspectiva, pues existen otros académicos que han desarrollado perspectivas parecidas. Por ejemplo, McGinnis y Movsesian responden a aquellos que opinan que la OMC significa una amenaza para la soberanía y la democracia representativa, y que tiene el potencial de bloquear importantes programas adoptados por gobiernos elegidos popular y democráticamente, con el siguiente argumento:

El libre comercio y el gobierno democrático enfrentan un obstáculo común - la influencia de poderosos intereses de grupo. Como el libre comercio crea riqueza en cada nación, es posible esperar que las mayorías nacionales favorezcan políticas de libre comercio, por encima de políticas que benefician a intereses especiales a expensas de la mayoría. Algunas industrias en una nación, sin embargo, sufren en razón del libre comercio, y los empresarios y trabajadores en esas industrias se movilizarán para pedir medidas proteccionistas que restrinjan las importaciones. Esos grupos de interés proteccionistas tienen un desproporcionado poder en la política doméstica, y su cabildeo con frecuencia puede asegurar restricciones a las importaciones, a pesar de que la mayoría de la ciudadanía sufra. En este contexto, la OMC puede promover el poder de las mayorías nacionales al contener la influencia de los intereses de grupo proteccionistas, estableciendo normas y estándares y vigilando que los Estados las cumplan. De esta suerte —afirman los autores— la OMC al promover el libre comercio y la democracia en que impere el interés de la mayoría, refleja los principios del Federalismo y del constitucionalismo Madisoniano en el nivel global.²⁷

²⁵ Petersmann, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *op. cit.*, pp. 258 y 259.

²⁶ Petersmann, “From ‘Negative’ to ‘Positive’ Integration...”, *op. cit.*, pp. 1368 y ss.

²⁷ Según los referidos autores, el esquema de la OMC refleja el federalismo americano, porque la estructura federal de los EUA fue originalmente diseñada para prevenir la discri-

De hecho, proponen los autores, un régimen de comercio internacional que esté enfocado a restringir la influencia de los grupos de interés proteccionistas, puede reforzar, en lugar de debilitar, un importante elemento de la soberanía, en la medida en que permanezca como vigilante, y no se involucre en expedir regulación sustantiva por sí misma, tal y como se encuentra en este momento el esquema de la OMC.²⁸

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL (UN ENFOQUE PROCEDIMENTAL-ADJUDICATIVO)

Deborah Cass ha desarrollado también la idea de la ‘constitucionalización’ del derecho comercial internacional, pero en lugar de considerar aspectos sustantivos (como Petersmann), ha centrado su atención en el proceso de adjudicación de la OMC. Según Cass, un sentido posible para hablar de la constitucionalización del derecho comercial internacional, es aquel que se vincula con la caracterización tradicional de creación de normas constitucionales por vía de la interpretación judicial: “De acuerdo con esta definición, el tribunal de apelación de la OMC, el Órgano de Apelación, es la fuerza dinámica detrás de la construcción de constitución en virtud de su capacidad para generar normas y estructuras constitucionales a lo largo de la resolución de disputas”.²⁹ Implícito en el argumento de Cass está la idea de que las decisiones del *organo de apelación* (OA) comparte características lo suficientemente similares con el derecho constitucional nacional para caracterizarlo como una forma de toma de decisión cuasi-constitucional y por tanto para garantizar la descripción del sistema en su conjunto como en proceso de constitucionalización.³⁰

No obstante, y adelantándose a la crítica de que en el esquema de la OMC no hay Estado, ni hay comunidad política alguna para legitimar la toma de decisiones, Cass aclara que usa el concepto de ‘constitucionaliza-

minación en el comercio interestatal, restringiendo con ello a los intereses de grupo proteccionistas dentro de cada estado. Y refleja también una visión Madisionana, pues, como dijo Madison en *El Federalista* No. 10, el fin de la Constitución de los EUA era ‘asegurar el bien público y los derechos privados contra el peligro de ... las facciones, y al mismo tiempo preservar el espíritu y la forma del gobierno popular...’. McGinnis, John y Movsesian, Mark L., “The World Trade Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 114, núm. 2, diciembre de 2000, pp. 512-515.

²⁸ *Ibidem*, p. 529.

²⁹ Cass, Deborah Z., “The ‘Constitutionalization’ of International Trade Law: Judicial Norm-Generation and the Engine of Constitutional Development in International Trade”, *European Journal of International Law*, vol. 12, núm. 1, 2001, pp. 40-42.

³⁰ *Ibidem*, p. 42.

ción' en un sentido más amplio para argumentar que las decisiones del OA y paneles de OMC están comenzando a desplegar algunas características ordinariamente asociadas con las decisiones judiciales de sistemas constitucionales nacionales y supranacionales. Así, sostiene la autora "...la jurisprudencia de la OMC exhibe un interés explícito con la delineación de poder entre estados miembros y el mecanismo centralizado de arreglo de disputas; en algunos casos, pide prestado de doctrinas y técnicas constitucionales, como la proporcionalidad; en otros casos, ha extendido su alcance en materias, tales como salud, antes considerada exclusivamente como materias de las constituciones nacionales. Como resultado, una forma de derecho híbrida está emergiendo que tiene suficiente semejanza con el derecho constitucional nacional y supranacional para referirse a él con el descriptor de 'constitucionalización'".³¹

Para Cass, el derecho comercial internacional tiene una clara afinidad con un sistema constitucionalizado, porque su *case law* se basa de una manera mayor en técnicas del razonamiento de la adjudicación constitucional. Con base en esas técnicas —sostiene la autora— el OA está empezando a crear una estructura constitucional para el derecho comercial internacional. La arquitectura del sistema está empezando a tener una mayor semejanza con una estructura constitucional, que el derecho internacional general. Está ocurriendo un más localizado proceso de interpretación constitucional y creación constitucional en la esfera del derecho comercial internacional.³² Consciente o inconscientemente —dice Cass— el OA de la OMC es instrumental en construir esa estructura constitucional,³³ pero lo que está siendo creado no es 'constitucional' en el sentido tradicional nacional, aunque sí tiene un parecido. Y el punto de partida es la creación del OA con poderes ampliados para producir decisiones vinculantes.

Para Cass, la constitucionalización del derecho comercial internacional se está dando a través de cuatro técnicas específicas. En primer lugar, observa el fenómeno por el cual ciertas reglas, principios y doctrinas del derecho constitucional están siendo tomadas prestadas —por así decirlo— y están siendo empleadas en las decisiones del OA de la OMC, lo que a su vez está llevando a una semejanza más cercana entre el derecho comercial internacional y el derecho constitucional (por ejemplo, el juicio de proporcionalidad y el razonamiento sobre competencia jurisdiccional).³⁴ En segundo lugar, las decisiones del OA son constitutivas de un nuevo sistema de derecho,

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ *Ibidem*, p. 44.

³⁴ *Constitutional doctrine amalgamation.*

pues contribuyen a formar un cuerpo normativo que no es ni de los Estados, ni se adscribe al derecho internacional tradicional.³⁵ En tercer lugar, mediante sus decisiones, el OA incorpora materias que tradicionalmente han sido vistas como pertenecientes a la competencia constitucional nacional, tales como la salud pública.³⁶ Y en cuarto lugar, observa Cass que la jurisprudencia del OA no solamente se basa en reglas, principios y doctrinas constitucionales, sino que se asocia con valores constitucionales más profundos (tales como temas de democracia y gobernanza, sobre cómo diseñar un sistema de derecho equilibrado).³⁷

Con el fin de dar sustento a sus planteamientos, Cass analiza el caso *Hormonas*,³⁸ cuyos aspectos más relevantes pueden resumirse de la siguiente manera: a partir de 1989 las Comunidades Europeas adoptaron medidas por las cuales se prohibía la importación de productos cárnicos en razón del empleo de seis hormonas que estimulan el crecimiento del ganado, y que desde la década de los ochentas venían siendo objeto de análisis y discusión en cuanto a sus efectos presuntamente nocivos en la salud humana. Dichas hormonas son: estradiol-17β, progesterona, testosterona, acetato de trembolona (TBA), zeranol y acetato de melengestrol.

Ante esta prohibición, y a manera de sanción, los Estados Unidos de América decidieron incrementar los derechos de aduana sobre diversos productos agroalimentarios de la Comunidad Europea (carne de vacuno, café, bebidas de bajo contenido alcohólico, conservas de tomate y zumos de fruta) por valor de más de 90 millones de dólares.

Ya entrado en vigor el Acuerdo de la OMC, la Comunidad Europea protestó en contra de lo que consideraba medidas unilaterales de los Estados Unidos de América, contrarias al espíritu del referido Acuerdo. Por su parte, Estados Unidos de América y Canadá consideraban que la prohibición de la Comunidad Europea era contraria tanto a los artículos III y XI del GATT de 1994, como a los artículos 2o., 3o. y 5o. del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el artículo 2o. del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el artículo 4o. del Acuerdo sobre Agricultura.

A partir de estas diferencias se integraron dos Grupos Especiales (el 20 de mayo de 1996 y el 16 de octubre de 1996), y sus Informes resultaron favora-

³⁵ *System constitution.*

³⁶ *Subject matter incorporation.*

³⁷ *Constitutional value association, ibidem*, p. 52.

³⁸ Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas), *Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS26/R/USA, 18 de agosto de 1997.

bles a la posición de los Estados Unidos y de Canadá, en los siguientes términos básicos:

i. Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no se basaban en una evaluación del riesgo, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Los estudios científicos de la CE no respaldaban la prohibición impuesta a la carne tratada con hormonas.

ii. Las Comunidades Europeas, al adoptar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que consideraban adecuados en diferentes situaciones, que tenían por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. En particular, en contraste con la prohibición impuesta a las hormonas estimulantes del crecimiento, la CE permitía niveles más elevados de las mismas hormonas de producción endógena en la carne no tratada y en otros alimentos; el uso de las mismas hormonas con fines terapéuticos y de gestión de rebaños; y el uso de otros estimulantes del crecimiento (por ejemplo los antimicrobianos carbadox y olaquinox, conocidos por su actividad carcinogénica) en la producción de porcinos.

iii. Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no estaban basadas en normas internacionales existentes sin que ello estuviese justificado al amparo del párrafo 3 del artículo 3o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 3o. de dicho Acuerdo.

iv. Las Comunidades Europeas no se habían amparado en el párrafo 7 del artículo 5o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, que permitía la adopción de medidas de precaución de manera provisional, sino más bien en el “principio de cautela” en general. El Grupo Especial consideró que el recurso al “principio de cautela” no anulaba las obligaciones de un país en el marco del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.³⁹

³⁹ Las Comunidades Europeas invocaron el ‘principio de cautela’ contenido en el artículo 5o., párrafo 7 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, para justificar la adopción de las medidas impugnadas en este caso. Dicha disposición establece lo siguiente: “7. Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apli-

En ambos informes, el Grupo Especial recomendó, en el párrafo 9.2, lo siguiente: "...que el Órgano de Solución de Diferencias pida a las Comunidades Europeas que pongan sus medidas en conformidad con las obligaciones que les impone el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias".

La Comunidad Europea apeló dichas recomendaciones ante el Órgano de Apelación, mismo que emitió su Informe el 16 de enero de 1998, en el cual

- i. Estuvo de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que, puesto que la medida de la CE reflejaba un nivel más elevado de protección que la norma internacional y no estaba justificada por una evaluación del riesgo, infringía el artículo 3o.
- ii. Confirmó la constatación del Grupo Especial sobre el párrafo 1 de artículo 5 en el sentido de que no había una relación lógica entre la medida y las pruebas científicas presentadas sobre cinco de las hormonas y constató que no había una evaluación del riesgo para la sexta hormona (acetato de melengestrol).
- iii. Revocó las constataciones del Grupo Especial sobre el párrafo 5 del artículo 5. El Órgano de Apelación consideró que había una diferencia fundamental entre las hormonas administradas y las de producción endógena en la carne y otros alimentos y que el uso terapéutico de hormonas llevaba consigo una mayor supervisión y control. Aunque el Órgano de Apelación convino en que la diferencia entre una prohibición impuesta a la carne de bovino tratada con hormonas y el uso de estimulantes del crecimiento en la producción porcina era arbitraria, no consideraba que esto produjera discriminación o una restricción encubierta del comercio.
- iv. Confirmó la constatación del Grupo Especial sobre la utilización de la precaución y su relación con el párrafo 7 del artículo 5.

Ahora bien, la lectura constitucional que Cass realiza de este caso comienza con la observación de que el OA ha tenido que comenzar a tratar temas de la delimitación de su propia autoridad y de los estados miembros. El OA produjo un estándar de revisión por los paneles, respecto de las decisiones de los estados nacionales, según el cual éstos deben realizar una 'evaluación objetiva' (*objective assessment*), que no es ni examen de novo de la decisión nacional, ni deferencia total. Este aspecto de la decisión señala que el ámbito de los órganos nacionales para tomar decisiones con efectos en el

quien otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable".

comercio no serán dejadas enteramente al estado. En este tema, Cass observa que a pesar de que no ha habido transferencia de poder legislativo o ejecutivo a la OMC y la autonomía clásica de la jurisdicción nacional queda intacta, ha habido un cambio sutil:

A través del proceso de interpretación judicial, las autoridades nacionales ya no pueden tomar decisiones sin que esas decisiones sean sujetas a escrutinio judicial por los paneles de la OMC. La deferencia no está a la orden del día, así, sea como se le mire, incluso si el ámbito actual de poder nacional permanece sin cambio, su ejercicio es afectado para siempre. Inserto en los sistemas nacionales de los Estados miembros de la OMC hay un límite, aunque sea mínimo, que califica su anteriormente completa autoridad constitucional.⁴⁰

Por otro lado —observa Cass—, la decisión en el caso *Hormonas* busca una asociación con un valor constitucional (de democracia y gobernanza), que se expresa en términos del objetivo de encontrar un ‘balance’ o equilibrio entre la competencia nacional para determinar medidas sanitarias, y las competencias asignadas a la OMC por los Estados miembros.⁴¹

Asimismo, para Cass el caso *Hormonas* muestra que el OA puede llegar a tener efecto en la competencia legislativa nacional en relación con estándares en materias no comerciales (salud pública). La regla: las medidas nacionales de salud no tienen que corresponder precisamente con los estándares internacionales para ser conformes con las normas de comercio internacionales. De esto se deriva:

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 56-57.

⁴¹ “Implicit in this result are a number of conclusions. First, it suggests that, even in the exercise of mere treaty interpretation by the central tribunal, changes can occur in the scope of the *legislative power* of the member states. By the use of techniques such a constitutional doctrine amalgamation and constitutional value association the structure of international trade law is changing. Robust treaty interpretation, combined with strong judicial review incorporating such techniques, creates the possibility of subtly altering the legislative decision-making power by states, without an explicit transfer of power occurring. Again, the legitimacy of such a trend needs further consideration. Even taking account of the important qualification that states have not transferred regulatory power to any centralized body, an alteration in the national/international relationship has occurred, and largely by way of judicial interpretation. The implications for governance of states are clear. If national legislative bodies can ‘lose’ a proportion of their power, or even have the exercise of that power conditioned in some significant ways, it would indicate two things. First, the judicial body has constituted a different relationship of power between the national and the international from the one which previously existed; and, secondly, the judicial body has begun to act *as though* the legal systems within its jurisdiction were not only singular systems of law but formed a part of a broader system of law”. *Ibidem*, pp. 58-60.

Primero, que la interpretación judicial del instrumento internacional de derecho comercial ha confirmado que la salud, una materia de la autoridad constitucional nacional, está firmemente en la agenda del comercio internacional. Segundo, el tribunal ha mostrado una conciencia de las sensibilidades nacionales de la decisión por medio de la adopción de una construcción del texto que enfatiza la autoridad nacional. Esto es logrado por una combinación de los métodos identificados arriba: la asociación de la cuestión interpretativa con el valor de la soberanía estatal; y la amalgamación de técnicas constitucionales tales como economía judicial.⁴²

Otro caso paradigmático al que también se refiere Cass, es el WT/DS 58/AB/R, decidido en 1998 por el OA de la OMC, en el cual diversos Estados demandaron a los Estados Unidos de América por violar las reglas de la OMC en virtud de una serie de procedimientos administrativos relativos a la prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Dichos procedimientos implicaban, entre otras cosas, la realización de una investigación por parte de funcionarios de Estados Unidos de América (EUA) acerca de los métodos empleados por las flotas de varios países para pescar camarón; producto de dicha investigación, la autoridad administrativa de los EUA podía otorgar o no una “certificación” al país en cuestión, dependiendo de si este último cumplía o no con estándares establecidos por los EUA relativos a la conservación de diversas especies de tortugas. La denegación de la “certificación” implicaba la prohibición de importar camarón del país en cuestión.

El OA de la OMC decidió el caso en función de una serie de consideraciones típicas del “discurso constitucional”: en relación con el procedimiento de certificación, no estaba prevista una oportunidad formal para el país solicitante para ser oído, o para que dicho país pudiera responder a los argumentos que se formulen en su contra en el curso del procedimiento de certificación antes de que se adopte la decisión de conceder o denegar la certificación. Además, no había ninguna decisión formal escrita, fundada, de aceptación o de rechazo, con respecto a las solicitudes de certificación; y los países solicitantes no recibían ningún tipo de notificación especial, ni de aceptación ni de rechazo de la solicitud de certificación, ni de los motivos del mismo; y por último, los procedimientos analizados no preveían ningún mecanismo de revisión ni apelación con respecto al rechazo de una solicitud.

⁴² *Ibidem*, p. 63.

En virtud de estas consideraciones, el OA de la OMC concluyó que las medidas adoptadas por las autoridades administrativas de los EUA no eran compatibles con las normas y el espíritu del GATT.

¿Estamos en realidad ante un proceso de constitucionalización del esquema de la OMC?; ¿qué efectos puede tener este fenómeno, en relación con las constituciones de los Estados nacionales?

IV. LA CRÍTICA A LA IDEA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

Frente a las perspectivas desarrolladas por Petersmann y Cass, existen diversas posturas que se les oponen de varias formas. Entre los críticos más duros está, por ejemplo, Dunoff, quien de manera contundente sostiene que no existe una Constitución comercial mundial; los textos de la OMC no se anuncian como una ‘Constitución’ del comercio mundial; ni siquiera crean una especie de legislatura mundial sobre comercio ni otorgan capacidad legislativa o regulatoria autónoma en algún órgano de la OMC; asimismo, afirma que tampoco se establece en los textos de la OMC un sistema constitucional con las características comúnmente asociadas con las estructuras institucionales del constitucionalismo, como separación de poderes o frenos y contrapesos; no establecen tampoco un ‘derecho al comercio’; ni otorgan explícitamente al órgano de apelación la facultad de establecer un sistema constitucional a través de la interpretación judicial; además, los informes del mecanismo de arreglo de disputas no contienen ninguna referencia a una constitución comercial, y muchos de los estados miembros, incluyendo los de mayor peso económico y comercial como los EUA y la UE, se han negado a dar ‘efecto directo’ a las obligaciones derivadas de los tratados de la OMC, es decir, los individuos no pueden invocar las reglas de la OMC ante los tribunales domésticos.⁴³

Para Dunoff, las distintas vertientes de la ‘constitucionalización’ del derecho comercial internacional tienen en común el objetivo de alejar el comercio internacional del mundo de la política: ya sea en la versión de Petersmann que busca dar un carácter superior e intocable al ‘derecho a realizar transacciones transnacionales’ (homologándolo a los derechos humanos); o bien, en la versión de Cass que busca ‘judicializar’ y envolver en lenguaje

⁴³ Dunoff, Jeffrey L., “Why Constitutionalism Now?, Text, Context and the Historical Contingency of Ideas”, *Journal of International Law and International Relations*, vol. 1, núms. 1-2, 2005, pp. 197 y 198.

constitucional el proceso judicial la resolución de disputas comerciales en el esquema de la OMC.⁴⁴ Asimismo, señala que:

Los académicos del [derecho] comercial invocan el discurso constitucional en razón del indudable poder que este discurso tiene en círculos jurídicos. Sin embargo, el poder ideológico y simbólico asociado con el discurso constitucional ha provocado poderosas respuestas de aquellos quienes podrían contradecir o negar autoridad constitucional. Paradójicamente, mientras el giro hacia el constitucionalismo puede ser visto como un esfuerzo por cerrar el debate y remover temas del ámbito del debate político, en la práctica los defensores del constitucionalismo han provocado, sin advertirlo, un robusto y productivo debate normativo.⁴⁵

Para Dunoff, el giro al constitucionalismo puede ser explicado en razón de otro motivo, que refleja una debilidad: desde las protestas de Seattle y Cancún, el esquema de la OMC no puede ya presentarse a sí mismo en términos tecnocráticos, sin necesidad de aceptación popular. Desde esta perspectiva —dice Dunoff— el giro al constitucionalismo puede entenderse como un esfuerzo por encontrar un principio de legitimación para un sistema que enfrenta una ‘crisis de legitimidad’, en una especie de desfase entre el poder de la OMC y la ausencia de una base popular amplia para ejercer ese poder.⁴⁶

Por otro lado, se encuentran posturas que, sin contradecir directamente argumentos como los de Petersmann y Cass, desarrollan una perspectiva crítica que ve con preocupación el efecto del derecho de la OMC sobre arreglos constitucionales básicos de los Estados nacionales. Como ejemplo de esta postura podemos mencionar el trabajo de Armin von Bogdandy, quien observa la tensión en la relación entre el derecho económico internacional y la legitimidad, en el sentido de que el primero afecta y debilita a la segunda. En opinión de este autor, el derecho económico internacional es derecho de tratados, y ese derecho tiene el potencial de impactar negativamente la legitimidad nacional, si se entiende esa legitimidad en términos de soberanía democrática efectiva. Y es que, aunque la soberanía democrática se respeta formalmente, el contenido de las reglas es determinado en negociaciones intergubernamentales de acuerdo a procedimientos diplomáticos tradicionales, en los cuales el discurso público abierto que podría influir las reglas (discurso que es un elemento esencial de la legitimidad demo-

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 198-200.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 202.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 207.

crática), se limita severamente. Para el referido autor, la autonomía de las élites burocráticas-gubernamentales en el proceso de suscripción de tratados es más grande que en el proceso político nacional. Y esto es particularmente cierto en la OMC: una de las organizaciones con más secrecía en el mundo.⁴⁷

Pero el problema más grave observado por von Bogdandy se da en el efecto que el derecho de la OMC tiene sobre la relación del derecho positivo doméstico con la legislatura y la responsabilidad de ésta última respecto de ese derecho:

...el derecho es creado por una legislatura o es por lo menos —en caso del *common law* o del derecho creado por los jueces— bajo su responsabilidad debido a la competencia de la legislatura para intervenir en un momento dado, cambiando o derogando una regla que un proceso de adjudicación autónomo ha desarrollado. Esta positividad del derecho es un aspecto importante de la soberanía democrática de una comunidad política: en sociedades democráticas, la mayoría generalmente concebida como un sujeto unitario organizada por medio de un gobierno elegido, puede en cualquier momento intervenir en el cuerpo del derecho y cambiarlo.⁴⁸

Pero el derecho de la OMC mina esta positividad del derecho en el siguiente sentido: una vez que un tratado entra en vigor, la posibilidad de influir en sus reglas es restringido severamente no normativamente, pero en todo sentido práctico:

A pesar de que la legislación internacional respeta el principio democrático en la medida en que los tratados son negociados y concluidos por gobiernos democráticamente elegidos, incluso, en la mayoría de los casos con el consentimiento del parlamento, modifica totalmente la relación entre derecho y política. Al ratificar el derecho de la OMC la mayoría del momento en la comunidad política pone su decisión en buena medida fuera del alcance de cualquier nueva mayoría. Ciertamente, la autonomía democrática de la nueva mayoría es preservada en alguna medida a través del derecho de retiro, Art. XV OMC. Sin embargo, este derecho apoya la legitimidad democrática de la OMC tanto como el derecho del individuo de emigrar lo hace de la le-

⁴⁷ Bogdandy, Armin von, “Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO law and the Prospects of its Proceduralization”, en Griller, Stefan (ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns, New Challenges for the International Legal Order*, European Community Studies Association of Austria (ECSA Austria) Publication Series, vol. 5, Springer Wien New York, 2003, pp. 105 y 106.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 106 y 107.

gitimidad democrática de un Estado. No puede ser considerado como suficiente, pues no es una opción realista.⁴⁹

Por otro lado, observa von Bogdandy que el mecanismo de adjudicación de la OMC es un procedimiento generador de derecho. Es decir, aparte del derecho sustantivo que tiene su base en los convenios de la OMC, existe un cuerpo de normas que se está desarrollando autónomamente a través del procedimiento de arreglo de disputas. Sin embargo:

En sistemas jurídicos altamente desarrollados, la función creativa de los jueces está democráticamente incrustada ya que el legislador puede intervenir en cualquier momento. Esta posibilidad de intervención conlleva responsabilidad política y, consecuentemente, legitimidad democrática por esos desarrollos. Como se señaló, tal legislador no existe para el derecho de la OMC.⁵⁰

Como resultado de lo anterior —señala von Bogdandy— hay un cuerpo de derecho que está ligado al proceso político solamente por procedimientos extremadamente incómodos, y una vez ratificados, las normas derivadas de dichos instrumentos son de difícil corrección por parte del proceso político doméstico, con base en la voluntad de la mayoría de los ciudadanos dentro del Estado: “Debido a todos estos elementos, el derecho de la OMC tiene severas consecuencias en la habilidad de los procedimientos legislativos domésticos para generar legitimidad. Esto implica que la legitimidad del derecho de la OMC en sí misma queda cuestionada. ¿Cómo puede la ciencia jurídica responder a este reto?”⁵¹

V. EXAMEN DEL DEBATE Y REFLEXIÓN FINAL

En primer lugar, no considero que pueda darse una transferencia del discurso constitucional de los derechos humanos al ámbito del derecho comercial internacional como lo propone Petersmann. Los derechos humanos pertenecen a una raíz y tradición distinta al tipo de derechos contemplados en los acuerdos de la OMC y sus anexos. Se trata, en el caso de los derechos humanos, de una raíz y tradición elaborada a lo largo de siglos, que tiene por base el concepto de dignidad humana como inherente a toda persona. Dicho concepto irradia, por así decirlo, una serie de protecciones jurídicas frente al abuso del poder político (y según tendencias más recientes

⁴⁹ *Ibidem*, p. 107.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 111.

⁵¹ *Ibidem*, p. 113.

también del poder privado),⁵² así como frente a la opresión proveniente de condiciones sociales, económicas y culturales que afectan a los individuos.⁵³

Lo que Petersmann indistintamente denomina ‘derechos económicos’, ‘libertades económicas’, en un pretendido ‘constitucionalismo del libre comercio’,⁵⁴ en realidad no forma parte del proyecto de los derechos humanos como trata de hacerlo aparecer el referido autor. Lo que sucede, como sugiere Alston, es que Petersmann toma el discurso de los derechos humanos para defender una agenda liberal de corte hayekano.⁵⁵ Se trata de una operación discursiva que busca arropar una teoría y política económica específicas con el manto y la autoridad moral de la tradición de los derechos humanos como ha sido desarrollada por el constitucionalismo moderno.

En efecto, en los trabajos de Petersmann es posible identificar un presupuesto, un punto de partida, considerado como algo dado, autoevidente, indiscutible, como ‘sabido por todos’, que no es sino la propuesta básica de la teoría económica clásica de la ‘mano invisible’, la potencia de las libres fuerzas del mercado para generar y distribuir riqueza y bienestar en una sociedad. Petersmann no discute este paradigma, ni hace referencia alguna a

⁵² Recuérdese el concepto de “*Drittwirkung*”, “eficacia frente a terceros” o “efectos horizontales” de los derechos humanos”.

⁵³ En el contexto de otro debate, Cotterrell ha identificado también las lógicas distintas de la globalización económica y de los derechos humanos. Así, ha afirmado que la globalización económica sirve primariamente a objetivos instrumentales, en donde la autoridad persuasiva en favor de la unificación o armonización del derecho es una mayor eficiencia en asuntos comerciales y otros relacionados con esta materia. En contraste, la universalización de los derechos humanos es un tema que involucra la exportación, recepción o trasplante de valores o creencias fundamentales, en forma jurídica. “These values can be variously interpreted, or confronted by opposing values, in certain settings. Hence the drive for universalism, seeking similarity in human rights jurisdictions, is challenged by so-called cultural relativism that demands the appreciation of difference. Nonetheless, the drive for legal uniformity is very strong given that the universality of the values to be represented in human rights law is powerfully championed. So, respect for human rights is said to be ‘the only regulative principle of state organization which unites every country, race and creed in the world...the ideology at the ‘end of history’”. Cotterrell, Roger, “Seeking Similarity, Appreciating Difference: Comparative Law and Communities”, en Harding, Andrew y Öricü, Esin (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, Institute of Advanced Legal Studies, Kluwer Academic Publishers, Reino Unido, 2002, pp. 45 y 46.

⁵⁴ Así lo denomina Howse, en Howse, Robert, “Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann”, Jean Monnet Working Paper, No. 12/02, Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange, NYU, School of Law, Nueva York, 2002, p. 2.

⁵⁵ Alston, Philip, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 4, 2002, pp. 815-844.

la discusión que sobre el mismo existe entre los economistas. Simplemente lo da por sentado y a partir de ahí construye su discurso.

Sin embargo, hay una suerte de manipulación semántica, consciente o inconscientemente dirigida a formar una representación mental que haga ver al derecho comercial internacional fundamentalmente asociado a, y como consecuencia natural de, la tradición del constitucionalismo de los derechos humanos. En el fondo, se trata de un ejercicio de persuasión destinado a influir normas y valores, que son usadas para evaluar situaciones, personas y actividades e incluso, para legitimarlas.⁵⁶

Esta práctica discursiva enfatiza los valores positivos de la ‘libertad’ y los ‘derechos’, con toda la credibilidad y superioridad moral que estos conceptos conllevan, con su alcance universal y naturaleza indivisible, y le asocia a una concepción de política económica particular, presentándolo como en beneficio de todos los individuos de una sociedad. La transposición discursiva de Petersmann busca afirmar que así como los derechos humanos contemplados en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales sobre derechos humanos protegen a todos los individuos, los derechos contemplados en los acuerdos de la OMC también nos protegen a todos. Y todos somos beneficiarios de considerar a estos últimos como de igual naturaleza y características que los primeros.⁵⁷

Ahora bien, considerado desde una perspectiva más general, la formulación de Petersmann ilustra lo que Anderson ha denominado la ‘política de la definición’,⁵⁸ es decir, la lucha de fuerzas que se da en y en torno al discurso del constitucionalismo de los derechos. En esa lucha, cuya comprensión nos obliga a tomar como punto de partida el reconocimiento de la dimensión retórica del discurso jurídico, se busca presentar como un postulado analítico lo que en realidad es una pretensión política.⁵⁹ En últi-

⁵⁶ Dijk, Teun van, “Discurso y Manipulación: Discusión Teórica y algunas aplicaciones”, *Revista Signos*, vol. 39, núm. 60, 2006, pp. 49-74 (versión On-line ISSN 0718-0934). Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09342006000100003&script=sci_arttext.

⁵⁷ La operación de Petersman parece corresponder a lo que Walker ha denominado, al examinar las críticas que se hacen al constitucionalismo en el contexto de la globalización, la “explotación ideológica” del constitucionalismo: el constitucionalismo cumple un papel ideológico; muchos actores envuelven sus intereses, ideas y aspiraciones en un ropaje constitucional, no por compromiso real con ciertos estándares normativos o valores, sino por la autoridad simbólica que buscan en ellos. Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 318 y 319.

⁵⁸ Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 13 y 14.

⁵⁹ La preocupación de Anderson está dirigida a lograr la rendición de cuentas constitucional del poder privado, lo cual requiere una nueva política de la definición para modificar

ma instancia, lo que Petersmann hace es proponer una nueva política de la definición que otorgue un poderoso apoyo simbólico a la idea de que la libertad de comercio a nivel transnacional, la no discriminación, la libertad de competencia económica, el derecho de propiedad, son derechos humanos de la misma naturaleza y características que los derechos humanos contemplados en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, o en los instrumentos regionales (europeo y americano) de protección de derechos humanos.

Sin embargo, la pretendida igualdad entre unos y otros derechos propuesta por Petersmann comienza a romperse si de un análisis discursivo pasamos a uno de corte empírico. Y aquí, la pregunta esencial (ya planteada por Howse) es: ¿en nombre de quién y de qué se invocan y se fusionan los discursos de derechos humanos, libre comercio y constitucionalismo?⁶⁰ Y la pregunta es muy relevante, porque el actor, el protagonista principal del esquema de la OMC no es la persona humana en cuanto tal. No lo es el individuo, todas y todos, como portador de una dignidad de la que irradian derechos que oponer frente a los poderosos. El protagonista central del sistema de la OMC son las empresas y, de manera más específica, las grandes empresas que ejercen actividades de comercio a nivel transnacional. Ello ha quedado demostrado a través de diversos estudios que se han venido haciendo para identificar cómo opera el mecanismo de solución de diferencias de la OMC y quiénes son los actores que en él intervienen.

el paradigma constitucional vigente: “El premio aquí es presentar como un postulado analítico lo que en realidad es una pretensión política, por ejemplo, que el derecho está identificado exclusivamente con el Estado. La política de la definición que prevalece así, privilegia ciertos modos de análisis como de sentido común. En esta perspectiva, las bases epistemológicas no proveen una base neutral dentro de la cual los debates constitucionales pueden tener lugar, sino que son ellos mismos un importante factor que afecta nuestra comprensión de la relación entre el constitucionalismo de los derechos y el poder privado. La política de la definición liberal legalista del constitucionalismo de los derechos está fundada en la distinción central en la teoría liberal entre el estado —que por sí solo es visto como el que potencialmente ejerce poder político opresivo— y el naturalmente libre ámbito de la sociedad civil. Esta distinción justifica la preocupación histórica del constitucionalismo con el poder público, y ha servido a intereses hegemónicos muy bien en el pasado, por ejemplo, al tratar a poderosos actores como las corporaciones como personas jurídicas privadas, con derecho al beneficio, pero no obligadas a llevar la carga, de los derechos constitucionales. Asimismo, ellas continúan informando la práctica moderna que, según la evidencia disponible, sugiere que todavía se ve en términos de procesar demandas de libertades negativas contra el Estado”. *Idem*.

⁶⁰ Howse, Robert, “Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann”, *Jean Monnet Working Paper*, No. 12/02, Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange, Nueva York, NYU, School of Law, 2002, p. 2.