

Aplicabilidad del derecho internacional general dentro del mecanismo de solución de controversias de la OMC: el caso del derecho a la salud

Fecha de recepción: 27 de mayo de 2011

Fecha de aprobación: 20 de febrero de 2012

Juan Manuel Medina Amador*

Resumen: La relación existente entre los derechos humanos y el derecho OMC plantea una serie de interrogantes de compleja solución. Específicamente, en lo que concierne al derecho a la salud, se aprecia una serie de circunstancias que podrían desencadenar potenciales conflictos con los valores propios del sistema multilateral de comercio. En este sentido, se observa con preocupación la incidencia que puede tener la protección de las patentes farmacéuticas sobre el acceso a los medicamentos. Considerando que existe una estrecha relación entre el acceso a los medicamentos y la plena realización del derecho a la salud, se vislumbra la necesidad de determinar el carácter justiciable de la obligación de velar por el derecho a la salud, contenida en distintos tratados de derechos humanos, conjuntamente con el análisis de la relación existente entre ambos sistemas. La determinación de estos aspectos será vital para establecer con mayor claridad el papel que están llamados a desempeñar los

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (2006), Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Internacional (2008/2010) y Candidato a Doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Pasante de investigación en el *Program on Information, Justice and Intellectual Property*, de la Washington College of Law, American University (2010). Dirección postal: Apdo. 258-2050, San José, Costa Rica. Correo electrónico: jmedinacr@hotmail.com

Para citar este artículo: Medina, Juan Manuel (2012), "Aplicabilidad del derecho general dentro del mecanismo de solución de controversias de la OMC: el caso del derecho a la salud." *Anuario Colombiano de Derecho Internacional - ACDI* n° 5, pp. 93-121.

derechos humanos en el ámbito de la OMC, así como la posibilidad de incorporar por esta vía una interpretación más favorable al derecho a la salud.

Palabras clave: OMC, solución de controversias, derechos humanos, derecho a la salud, derecho internacional general, propiedad industrial.

Abstract: The nexus between human rights and WTO law raises several questions of complex solution. Specifically, regarding the right to health, the existence of multiple circumstances can be foreseen, which may generate potential conflicts with the core values of the multilateral trade system. Within this scenario, the concern around the potential impact pharmaceutical patents may have over access to medicines has emerged. Having in mind the existence of a strong nexus between access to medicines and a plenty fulfillment of the right to health, the necessity on determining the enforcement (or justiciability) of the obligation of all states to provide for this right can be noticed, and this, while, at the same time, introducing into a deep analysis about the relationship between both systems. The results obtained will contribute to clarify the role human rights must play within the WTO framework, as well as for examining the potential inclusion of a more benevolent interpretation toward the right to health.

Keywords: WTO, dispute settlement, human rights, right to health, general international law, industrial property.

1. Introducción

La relación existente entre el derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el derecho internacional general reviste una especial complejidad dado el carácter autónomo que eventualmente podría asignársele al sistema jurídico de la OMC. La discusión en torno a la autonomía o inserción del derecho OMC dentro del Derecho Internacional general resulta esencial, junto con el análisis detenido de las disposiciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), para deslindar la relación existente entre ambos sistemas. Particular atención cabe observar respecto a lo concerniente a los derechos humanos, y más específicamente respecto al derecho a la salud, como derecho fundamental comprendido bajo esta categoría.

El derecho a la salud cuenta con un contenido vasto que ha cobrado una importancia suprema en la discusión relativa al acceso a los medicamentos

a nivel global. Este último tema ha sido objeto de acalorados debates en el seno de la OMC, entre los países miembros, dada su incidencia directa sobre la salud pública. Se puede afirmar que el acceso a los medicamentos, al ser parte esencial del derecho a la salud, se haya tutelado por medio de diversos instrumentos jurídicos internacionales. Sin embargo, este derecho como integrante de aquel núcleo de derechos que conforman los llamados “derechos de segunda generación” ha enfrentado una serie de obstáculos para su plena realización, entre ellos la discusión que se posa acerca de su justiciabilidad. Por ende, será trascendental determinar el carácter justiciable de estos derechos en aras de lograr una tutela legal de los mismos.

El derecho OMC, por su parte, se caracteriza por ser un entramado jurídico de considerable complejidad, dirigido principalmente a lograr un incremento en los intercambios comerciales de bienes y servicios entre los países miembros. Sin embargo, dado el carácter bastante amplio que comportan los intereses comerciales, se han regulado aspectos técnicos de muy diversa índole que a su vez generan un impacto sobre otras ramas del derecho internacional. En este sentido, se aprecia el impacto directo que comportan las disposiciones relativas a la protección de las patentes farmacéuticas, por medio del Acuerdo ADPIC, en lo que respecta a la accesibilidad de los medicamentos. Este enlace entre la protección de las patentes farmacéuticas y el derecho a la salud deja al descubierto el surgimiento de cuestiones jurídicas particularmente problemáticas, o que al menos han generado interesantes debates, desde la perspectiva *ius* internacionalista. El objetivo planteado en última instancia radica en deslindar la relación existente entre ambos sistemas para allanar el camino hacia una incorporación del derecho a la salud en el ámbito de la OMC.

2. Tutela del derecho a la salud a escala internacional

La incorporación del derecho a la salud en el derecho internacional dio sustento jurídico a este derecho en el plano internacional. Cuando se habla de dicho derecho se afirma que no se está ante un simple reclamo moral, sino ante obligaciones internacionales derivadas de distintos tratados, construyendo a los Estados a su cumplimiento *so pena* de incurrir en una violación a la norma internacional.¹ Concretamente el artículo 55.b de la Carta de las

1 Jamar, Steven D., “The International Human Right to Health”, *Southern University Law Review*, 1994-1995, Vol. 22 (n° 1): p. 16.

Naciones Unidas establece la promoción de soluciones a los problemas de salud, entre otros tantos, como parte de las obligaciones encaminadas a la creación de condiciones necesarias para consolidar relaciones armoniosas y pacíficas entre los pueblos. Sin embargo, dicho artículo se abstiene de dotar de un contenido concreto al derecho a la salud, motivo por el cual se torna imperioso acudir a otras fuentes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, se refiere en el artículo 25.1 a dos ámbitos estrechamente relacionados, a saber: la salud y el bienestar. Se consigna así el derecho de las personas a gozar de un nivel de vida adecuado que les proporcione salud y bienestar, pero al mismo tiempo la atención médica oportuna en caso de enfermedad o invalidez. Este último aspecto, como lo indica Jamar,² recae sobre la esfera negativa del derecho a la salud, en tanto se contempla su tutela cuando la persona ha caído en un estado de enfermedad, dejando descubierta la otra vertiente del derecho a la salud, relacionada con acciones oportunas y preventivas por parte de los Estados. Sin embargo, cabe destacar que a pesar de su importancia dicha Declaración no es vinculante por tratarse de una resolución emanada de la Asamblea General de la ONU, sin denegar con ello el eventual peso consuetudinario que algunas de sus disposiciones puedan tener.

Dada la vaguedad de la definición contenida en la Declaración Universal, resulta oportuno citar la definición comprendida en el Preámbulo del tratado constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que surgió en 1946, dos años antes que la Declaración mencionada. La definición incorporada en dicho Preámbulo es digna de destacar dada su considerable amplitud, definiendo el derecho a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”³, incorporando así la faceta positiva del derecho. De esta manera, la mencionada definición no se restringe a la acción estatal frente a la aparición de enfermedades, sino que aspira a lograr un bienestar integral del ser humano, requiriendo indubitablemente el planteamiento de estrategias gubernamentales claras y oportunas.

No obstante lo anterior, no fue sino hasta la promulgación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que se reconoció de forma expresa el derecho a la salud como parte integrante de los derechos humanos. El artículo 12 del PIDESC está redactado en términos

2 *Ibid.*, p. 21.

3 Preámbulo, Tratado Constitutivo de la OMS.

similares a los del Preámbulo del tratado constitutivo de la OMS al referirse al reconocimiento, por parte de los Estados, del derecho de toda persona al disfrute más elevado posible de salud física y mental, sin embargo, al mismo tiempo plasma algunos campos en los cuales los Estados se comprometen a la adopción de acciones tales como la reducción de la mortalidad, el mejoramiento de las condiciones de higiene en el trabajo, la protección del Medio Ambiente, la lucha preventiva contra las enfermedades, además del tratamiento médico adecuado y oportuno en caso de enfermedad.

A pesar de la enumeración incorporada dentro de este artículo, debe observarse detenidamente lo preceptuado por el artículo 2 del Tratado mismo, que precisa la forma en que habrán de ser cumplidas las obligaciones estipuladas en el PIDESC. En este sentido, el párrafo primero hace referencia a la obligación de los Estados de adoptar las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, comprendiendo inclusive los fondos provenientes de la cooperación internacional, para dar cumplimiento a estos derechos. Así, se persigue una realización progresiva de estos derechos que incorpore al mismo tiempo la adopción de medidas legislativas encaminadas a dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Como se verá seguidamente, la redacción utilizada por este instrumento plantea interrogantes acerca de su contenido, así como en torno a su eficacia jurídica, dados los términos ambiguos utilizados en la redacción del mismo.

2.1. Contenido del derecho a la salud

Respecto al contenido del derecho a la salud existe cierta reticencia a considerarlo un derecho con un contenido preciso del cual deriven obligaciones concretas para los Estados que se constituyan en obligaciones de acatamiento obligatorio. La progresividad en el cumplimiento de este derecho, al igual que sucede con los demás derechos incorporados en el PIDESC, conduce erróneamente a estimar que de dicho tratado no emana obligación alguna de cumplimiento inmediato y tangible, como sí acontece con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Sin embargo, realizar una afirmación de este tipo sería obviar por completo la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desmenuza una a una las obligaciones contraídas por los Estados en este ámbito.

En este sentido, se asevera que el derecho a la salud conlleva la obligación para el Estado de suministrar una serie de facilidades que se consideran esenciales para el disfrute del derecho a la salud. Este derecho no será considerado únicamente en su vertiente negativa, como se mencionó líneas arriba,

sino que será abordado de forma integral incorporando una óptica preventiva, encaminada a la adopción de medidas que eviten el surgimiento de enfermedades. Así, se especifica que los Estados tienen la obligación de suministrar acceso a condiciones de vida adecuadas que faciliten la plena realización del derecho a la salud, tales como:

el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.⁴

Concretamente en lo que concierne al acceso a los medicamentos, se observa la mención en el propio artículo 12 de la “prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”,⁵ como parte de las obligaciones emanadas para los Estados. En el mismo orden de ideas cabe advertir lo estipulado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, al referirse a la calidad de los servicios médicos que están obligados a brindar los Estados, incorpora los medicamentos como parte de aquellos elementos cuya calidad y eficacia debe ser garantizada para el pleno disfrute del derecho a la salud.⁶

El tema del acceso a los medicamentos se encuentra relacionado de manera inexorable con el derecho a la salud, en tanto difícilmente pueda pensarse en el acceso a servicios y tratamientos médicos oportunos, sin contar con los medicamentos apropiados para tratar las enfermedades que afligen a la población, en especial a aquellos segmentos con bajos ingresos. Además, como parte del tratamiento y atención médica oportuna, se conciben planes preventivos de vacunación destinados a lograr una atención médica preventiva que evite el surgimiento de emergencias sanitarias. Todas estas acciones resultan fundamentales para mejorar los índices de salud de la población, pero requieren el diseño y puesta en ejecución de medidas presupuestarias y jurídicas que garanticen el acceso oportuno a los medicamentos.

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14* [en línea], vigésimo segundo período de sesiones, 2000, [consultada en mayo de 2010], disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/\\$FILE/G0441305.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/$FILE/G0441305.pdf)

5 Artículo 12.c, PIDESC.

6 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*

2.2. Justiciabilidad del derecho a la salud

La justiciabilidad del derecho a la salud⁷ se encuentra inmersa dentro de la discusión, sostenida a nivel doctrinal, acerca de si los derechos de segunda generación son realmente exigibles ante las instancias jurisdiccionales, tal y como acontece con los derechos de primera generación. Estos últimos, al tratarse de derechos civiles y políticos cuya justiciabilidad es aceptada hoy en día por la generalidad de la sociedad internacional, cuentan con una mayor recepción dentro de los sistemas jurídicos internos. No sucede lo mismo con los derechos económicos y sociales, los que tradicionalmente habían sido considerados meras declaraciones de intención, de los cuales difícilmente podían derivarse obligaciones jurídicas concretas para los Estados.

En este sentido, se observa la línea divisoria que históricamente ha enmarcado los derechos humanos en dos grandes categorías, según se trate de derechos civiles y políticos, por una parte, y de derechos económicos, sociales y culturales, por la otra. Se aduce que, mientras los primeros son derechos de obligatorio acatamiento para los Estados, en tanto comportan obligaciones de resultado, los segundos constituyen obligaciones de progresivo cumplimiento, configuradas como obligaciones de comportamiento, forzando a los Estados a adoptar medidas, más allá del ámbito legislativo, para alcanzar su cumplimiento eficaz. Sin embargo, al analizar detenidamente la redacción del artículo 2 del PIDESC, se revela la existencia de obligaciones de inmediato cumplimiento por parte de los Estados. Asimismo, no resulta adecuado fundamentar la escisión comentada, concediéndole el carácter de justiciable a unos y denegándoselo a otros, teniendo en cuenta la interdependencia y conexión existente entre los derechos humanos.⁸

7 Sobre esta temática de la justiciabilidad del derecho a la salud, conviene destacar que en diciembre de 2008, fue aprobado finalmente por la Asamblea General de la ONU el Protocolo Facultativo al PIDESC (Res. 63/117) que busca instaurar un sistema de reclamaciones individuales ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, semejante al que ha venido funcionando en el seno del Comité de Derechos Civiles y Políticos. El 24 de septiembre de 2009 se abrió formalmente a la firma de los Estados parte, sin embargo debe mencionarse que a la fecha (mayo de 2011), solo se han depositado tres instrumentos de ratificación con lo cual no se ha reunido la cantidad de ratificaciones exigida (de 10) por el artículo 18 del Protocolo Facultativo, para su entrada en vigor. Información disponible en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en

8 Hendriks, Aart, "The Right to Health in National and International Jurisprudence", *European Journal of Health Law*, diciembre 1998, Vol. 5 (n° 4): p. 392.

En aras de extraer las obligaciones de acatamiento inmediato para los Estados conviene revisar la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicha observación hace énfasis en la obligación de los Estados de adoptar las medidas correspondientes (artículo 2 PIDESC) destinadas a proveer el goce de los derechos consignados en el Pacto. De esta manera, la adopción de medidas se contempla como una obligación que ha de ser cumplida por los Estados dentro de un plazo razonablemente breve y dirigida de forma concreta al cumplimiento de los derechos consignados en el Tratado.⁹ Al igual que sucede con los derechos civiles y políticos, la adopción de medidas prescrita por el PIDESC, puede requerir la promulgación de normativa especial.

La adopción de medidas legislativas en cumplimiento de los compromisos adquiridos constituye un claro ejemplo de que no todas las obligaciones contenidas en el Pacto son de progresivo cumplimiento, sino que también existen otras que demandan acciones inmediatas. Paralelamente, las medidas adoptadas deberán cumplir con lo estipulado en el artículo 2.1 del PIDESC, en torno a que éstas deberán ser apropiadas para afrontar los problemas existentes en el goce de los derechos, lo que será verificado por el Comité mismo al examinar los criterios esgrimidos por los Estados para determinar la conveniencia o no de las medidas adoptadas.¹⁰

Por otra parte, en lo que respecta al cumplimiento progresivo de las obligaciones, se afirma que esta matización obedece a la disparidad económica existente a nivel internacional entre los distintos países, aceptándose la imposibilidad de brindar un goce pleno de estos derechos a corto plazo, al menos en ciertos países. Pese a esta situación, el Comité se inclina por determinar que existe un mínimo esencial en el cumplimiento de los derechos que todos los Estados han de respetar. A este respecto resulta clarificador lo manifestado por el Comité en los siguientes términos:

(...) el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos

9 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3* [en línea], quinto período de sesiones, 1990, [consultada en mayo de 2010], disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/\\$FILE/G0441305.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/$FILE/G0441305.pdf)

10 *Ibid.*

esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto.¹¹

Respecto a esta visión existen críticas provenientes de diversos sectores que consideran excesiva la interpretación realizada por el Comité concerniente a las obligaciones del PIDESC. Recuerdan a este respecto Dennis y Stewart que, pese a que la idea preliminar de la Asamblea General de la ONU al momento de discutirse la redacción de los pactos de derechos humanos, se inclinaba por la incorporación de ambos tipos de derechos (entiéndase los civiles y políticos conjuntamente con los económicos, sociales y culturales) en un solo tratado, dicho propósito no pudo ser alcanzado dado su carácter esencialmente distinto y en su lugar se promulgaron en dos instrumentos separados. Añaden los citados autores que, dado que los derechos civiles y políticos buscan ser garantizados por medio de distintos mecanismos legales, difieren sustancialmente de los derechos económicos, sociales y culturales, que no contienen obligaciones de acatamiento inmediato, sino más bien objetivos programáticos.¹²

El criterio sostenido por estos autores resulta interesante pues, como se mencionó, ha sido utilizado para trazar una línea divisoria entre ambos tipos de derechos, que al menos hoy en día parece un tanto artificial. Ha de recordarse el hecho de que los Estados, al momento de suscribir el PIDESC, contrajeron la obligación concreta de adoptar las medidas necesarias al máximo de los recursos disponibles para garantizar el disfrute de los derechos. En este sentido, puede indicarse que el PIDESC no solo contiene obligaciones de comportamiento progresivo, sino que también involucra la exigencia de adoptar medidas de forma inmediata, ello a pesar de que los objetivos de dichas medidas vayan siendo alcanzados progresivamente con el transcurrir del tiempo.¹³

11 *Ibid.*

12 Dennis, Michael J. y Stewart, David P., “Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing and health?” *The American Journal of International Law*, julio 2004, Vol. 98 (n° 3): p. 476.

13 Zapico, Daniel, “La regulación de los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos esenciales”, en Embid, Antonio, *Comercio Internacional y Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 178.

Distinta es la cuestión que se plantea respecto a la frase “hasta el máximo de los recursos de que disponga” consignada en el artículo 2.1 del PIDESC, en el tanto abre la discusión sobre si es discutible ante una instancia jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional la asignación de recursos que haga un Estado, atendiendo a su política presupuestaria interna. Sin embargo, cabe afirmar, en consonancia una vez más con lo afirmado por el Comité en su Observación General 3, que la obligación de los Estados se construye a suministrar a su población el disfrute de un mínimo esencial de los derechos consignados en el Pacto. De esta forma, los Estados cuentan con un considerable margen de maniobra en su manejo presupuestario interno, lo cual no contraría su obligación de garantizar el goce efectivo de ese estándar mínimo. Decantarse por considerar que los derechos sociales, como el derecho a la salud, no son justiciables dada su estrecha relación con cuestiones de índole interna, carece de total asidero en el ámbito del derecho internacional, pues los Estados se encuentran totalmente vinculados por este frente a los compromisos adquiridos en dicha instancia. Baste con recordar lo prescrito por el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), en torno a la imposibilidad de invocar normas de derecho interno como justificante ante el irrespeto de una norma internacional.¹⁴

Por otra parte, resulta interesante resaltar la conexión existente entre el PIDESC y el PIDCP, respecto al derecho a la salud. En este sentido, se enmarca la Observación General 6 del Comité de Derechos Humanos al analizar el derecho a la vida (en el párrafo quinto) como un derecho que debe ser visto de forma amplia, abarcando no solo la obligación de abstenerse de violarlo, sino también la adopción de medidas positivas, comprensivas de acciones concretas por parte de los Estados destinadas a la reducción de la mortalidad infantil, el aumento de la esperanza de vida, especialmente combatiendo la desnutrición y el esparcimiento de epidemias.¹⁵ Esta pareciera ser la tesis acogida por diversos tribunales constitucionales, así como cortes supremas de distintos países, al ponderar el derecho a la vida y a la salud como derechos conexos de los cuales es posible derivar la obligación estatal de velar por la salud de sus

14 Artículo 27, CVDT.

15 Comité de Derechos Humanos, *Observación General n.º 6* [en línea], Décimo sexto período de Sesiones, 1982, [consultada en mayo de 2010], disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/0990b7bc8fcca9e8025652900518065?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/0990b7bc8fcca9e8025652900518065?Opendocument)

habitantes, contemplando incluso la obligación de proveer de medicamentos a quienes carezcan de la capacidad económica para adquirirlos.¹⁶

2.3. Relación entre el derecho a la salud y los derechos de propiedad intelectual

La relación existente en el marco del derecho internacional entre el derecho a la salud y los derechos de propiedad intelectual comporta un interesante análisis, particularmente en lo que al campo específico de los derechos humanos se refiere. Esto es así debido a que tanto el derecho a la salud como los derechos de propiedad intelectual encuentran protección en múltiples tratados internacionales, siendo coincidente la inclusión de ambos tipos de derechos en algunos instrumentos jurídicos internacionales. Valga la pena tener presente dos de estos instrumentos, a saber: la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDESC. En este orden de ideas se observa la incorporación del derecho a la salud en los artículos 25 y 12 de la Declaración Universal y del PIDESC, respectivamente, así como la mención a los derechos de propiedad intelectual en los artículos 27 y 15 de sendos instrumentos jurídicos.

En el caso de los derechos de propiedad intelectual, el artículo 27 de la Declaración Universal consigna lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”¹⁷ Por su parte, el PIDESC en su artículo 15 se refiere a la propiedad intelectual en términos de obligar a los Estados parte a reconocer el derecho de cada persona a “Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.¹⁸ Esta inclusión de derechos de propiedad intelectual en instrumentos clásicos de protección de los derechos humanos, podría conducir a pensar que el derecho ostentado por los titulares de las patentes (como acontecería en el caso de los productos farmacéuticos), tiene la misma naturaleza de derecho fundamental que el derecho a la salud. Por este motivo se afirma que los instrumentos que protegen los derechos

16 Toebes, Brigit, “Towards an Improved Understanding of the International Human Right to Health”, en *Human Rights Quarterly*, 1999, Vol. 21 (n° 3): pp. 673-675.

17 Artículo 27.2, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

18 Artículo 15.1.c, PIDESC.

humanos pueden ser utilizados tanto por quienes defienden el derecho a la salud, como por los defensores de los derechos de propiedad intelectual.¹⁹

Pese a esta consideración, no debe pasarse por alto que los derechos humanos *per se* son aquellos derechos que residen en un cúmulo de valores sólidamente arraigados en la sociedad internacional de hoy y se encuentran en una íntima conexión con el ser humano. Dicho en otras palabras, los derechos humanos son derechos inherentes a la persona²⁰ y el Estado no hace sino reconocer esos derechos por medio del ordenamiento jurídico. No pareciera entonces aceptable la instauración de derechos humanos a nombre de corporaciones con una clara vocación mercantil, al menos en lo que a este ámbito concierne. Esta aproximación deviene útil, puesto que en diversas ocasiones el titular del derecho de patente no es el inventor mismo, sino que dichos derechos han sido transmitidos a grandes corporaciones, conservando el inventor únicamente sus derechos de autor.

Sin embargo, cabe destacar que de la lectura del artículo 15 del PIDESC se puede deducir que el derecho al que se hace referencia es al derecho de autor y no propiamente a los derechos de propiedad intelectual en su concepción amplia, comprensiva de los derechos de propiedad industrial. Sin embargo, autores como Hestermeyer sostienen que el contenido de dicho artículo no se refiere a ninguna de las dos áreas (patentes ni derechos de autor), sino que, por el contrario, se destina a proteger los intereses morales y materiales que pueda tener el inventor sobre su obra. En este sentido, se requiere de una conexión directa entre el derecho tutelado y la persona que creó la invención o, en palabras más simples, que el titular del derecho protegido por el PIDESC sea una persona física que al mismo tiempo sea el inventor o creador de la producción científica, literaria o artística.

Esta interpretación del contenido del artículo 15 del PIDESC, parece más acorde tratándose de un campo como el de los derechos humanos, con una naturaleza jurídica muy distinta a los derechos de propiedad industrial, como particularmente acontece con las patentes farmacéuticas. Así, mientras

19 Picciotto, Sol, "The WTO as a Node of Global Governance: Economic Regulation and Human Rights Discourses", *Law, Social Justice & Global Development* [en línea], 2007, Vol. 1: p. 14, [consultada en mayo de 2010], disponible en: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2007_1/picciotto

20 Nikken, Pedro, "Sobre el Concepto de Derechos Humanos", en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, IIDH, San José, Costa Rica, 1994, p. 25.

las patentes confieren un *ius prohibendi* o derecho de excluir a terceros sobre la fabricación, uso y comercialización de una invención, basadas en el objetivo expreso de fomentar el desarrollo tecnológico, los derechos humanos encuentran un asidero muy distinto, que no reposa en motivaciones económicas ni instrumentales, sino más bien en un plano deontológico-axiológico. Pecando de simplificar en demasía, se podría sintetizar diciendo que, mientras los derechos humanos representan derechos inherentes a la persona (categorizados como derechos naturales), los derechos de patente representan intereses netamente económicos.

3. Puntos de convergencia entre el derecho OMC y el derecho internacional

En el ámbito internacional, respecto al derecho a la salud existe una relación interesante entre el derecho internacional general y el derecho de la OMC. Dada la incidencia directa que tiene la protección de las patentes farmacéuticas sobre los precios de los medicamentos se puede inferir el impacto considerable que esta situación genera sobre el acceso a los medicamentos, lo que refleja el estrecho ligamen existente con el derecho a la salud. Resulta imprescindible de esta forma adentrarse en el análisis de la relación que hay entre ambos sistemas en aras de determinar cuáles normas han de prevalecer, en caso de conflicto, así como el estatus jurídico que pueda ostentar el derecho ajeno a la OMC en el marco del mecanismo de solución de controversias de dicha organización internacional.

Como parte de este ejercicio conviene recordar el carácter peculiar que diferencia al derecho internacional de otras ramas del saber jurídico, particularmente en lo que atañe a la descentralización propia de este orden. Al carecer el derecho internacional de un órgano centralizado del cual emanen las normas que lo componen, tal y como sucede a nivel interno con los órganos legislativos, existen multiplicidad de formas en las que pueden surgir obligaciones internacionales. Generalmente se hace referencia al artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como ejemplo clásico de las fuentes del derecho internacional, a saber: los convenios internacionales (los tratados), la costumbre internacional, los principios generales del derecho, así como las decisiones judiciales y la doctrina más calificada. El orden en que dichas fuentes son enumeradas no guarda relación alguna con la existencia de una jerarquía entre ellas. Muy por el contrario, dada la descentralización propia del derecho internacional, no existe jerarquía entre sus distintas fuentes, con

la sola excepción de las normas imperativas de *ius cogens* que siempre han de prevalecer sobre cualquier otra norma internacional.²¹

La existencia de múltiples fuentes no jerarquizadas entre sí desencadena el potencial surgimiento de conflictos o colisiones entre las distintas obligaciones internacionales. Para la solución de estos conflictos deben tenerse en cuenta las pautas contenidas en el CVDT que establece el procedimiento a seguir en caso de conflicto entre distintas normas internacionales.²² No obstante, no debe perderse de vista que los conflictos entre las normas de derecho internacional también pueden evitarse recurriendo a las reglas de interpretación consignadas en los artículos 31 y 32 del CVDT. Otro aspecto de relevancia radica en determinar si se está ante un régimen especial (*lex specialis*), al tenor de lo establecido en el artículo 55 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), sobre responsabilidad internacional de los Estados. Así, de constatarse la existencia de normas de específica aplicación ante el advenimiento de una violación a una norma internacional concreta, quedaría excluida de plano la aplicación de las respectivas normas de derecho internacional general.

En el caso concreto de la relación subyacente entre el derecho OMC y los derechos humanos (comprensivos del derecho a la salud), existen ciertas discusiones sobre el carácter de la misma. Así, mientras para algunos existe una relación conflictiva entre ambos tipos de regímenes, en el tanto los derechos humanos son concebidos como contrapuestos a las libertades perseguidas por el sistema multilateral del comercio, para otros no hay tal, pues los derechos humanos son comprensivos también de las libertades económicas que se pretenden garantizar por medio de la OMC. Existe sobre este tópico una tercera corriente que propugna por una concepción de derechos humanos que no contemple únicamente la obligación de los Estados de abstenerse de violar los mismos, sino que considere también la realización de acciones positivas para garantizarlos, al igual que ocurre en el sistema multilateral del comercio, en el cual se acepta la adopción de disposiciones que sirvan de contrapeso ante los efectos adversos derivados de la liberalización del comercio.²³

La sensación conflictiva entre ambos regímenes jurídicos se acentúa por las restricciones impuestas sobre los Estados miembros de la OMC,

21 Artículo 53, CVDT.

22 Artículo 30, CVDT.

23 Picciotto, Sol, *op. cit.*, p. 13.

respecto a la imposición de restricciones al comercio, lo que podría ser interpretado como un menoscabo de las potestades estatales internas para velar por la salud pública. Al ser la liberalización del comercio internacional el objetivo primordial de la OMC, algunas acciones estatales adoptadas en función del interés público podrían ser consideradas restrictivas al comercio y por ende ser puestas en entredicho ante el mecanismo de solución de controversias de la OMC.²⁴ Asimismo, podrían presentarse problemas para un Estado en caso de que las obligaciones del PIDESC fueran exigibles en su derecho interno, pero al mismo tiempo su cumplimiento lo induzca a violar las normas de la OMC.²⁵

Sin embargo, más allá de la distinta óptica con la que se observe la relación entre los derechos humanos y el derecho OMC, existen dos grandes vertientes en torno a la relación existente entre ambos sistemas. Específicamente, lo sustancial reside en determinar el derecho aplicable por los grupos especiales de la OMC a la hora de resolver una controversia. Dicho de otra forma, si los grupos especiales deberán limitarse a aplicar solo aquellas normas inmersas dentro de los acuerdos abarcados en el marco de la OMC o si, por el contrario, podrán aplicar normas pertenecientes al *corpus* del derecho internacional público, en aquellas circunstancias en las que no se haya excluido su aplicación de forma expresa.²⁶ En el primer caso se estaría ante una consideración del sistema OMC como un régimen auto-contenido, mientras que en el segundo sería visto como un sistema inmerso dentro del derecho internacional público, como se pasará a analizar seguidamente.

3.1. Régimen auto-contenido vs. integración en el derecho internacional público

Previo análisis de las diferencias entre un régimen auto-contenido y uno inmerso en el derecho internacional público, deviene imprescindible adentrarse en lo que constituye un conflicto entre normas de derecho internacional público. Existe al respecto un concepto amplio y otro restrictivo de conflicto, dependiendo del enfoque adoptado en relación con la aplicación

24 Sen, Shameek, “The WTO Agreement and the Right to Health: Conflict or Consensus? A Developing Country Perspective”, *NUJS Law Review*, enero-marzo 2008, Vol. 1 (n° 1): p. 234.

25 *Ibid.*

26 Fortín, Carlos, “Régimen Jurídico del Comercio Internacional y Derechos Humanos: una compleja relación”, *Anuario de Derechos Humanos*, junio 2008, (No. 4): p. 238.

simultánea dos normas. Cabe preguntarse si surge un conflicto cuando una norma internacional prescribe u ordena una acción en detrimento de un derecho consagrado en otra norma. Siguiendo el criterio restrictivo de conflicto se afirmaría que si el cumplimiento de una obligación internacional no conduce al incumplimiento de otra norma de la misma índole, entonces no se puede hablar de la existencia de un conflicto de normas.

Este enfoque restrictivo de la noción de conflicto comporta algunas cuestiones problemáticas que es preciso indicar. En primera instancia, si se acepta esta tesis, se aceptaría que el Estado involucrado, al no encontrarse obligado a ejercer su derecho concedido por la norma “X”, en aras de cumplir con la obligación exigida por la norma “Y”, estaría renunciando de facto al ejercicio de su derecho. Aceptar la inexistencia de conflicto ante una situación de esta índole, en la que el cumplimiento de una disposición no conlleva la necesaria violación de otra, significa vaciar el contenido de la norma internacional, lo que equivaldría a una derogatoria. En este sentido, bajo el concepto amplio, sí podría hablarse de la presencia de un conflicto entre normas, al vaciar una el contenido de la otra. El enfoque reducido pareciera ser el adoptado por el Órgano de Apelación de la OMC, como parte de las tácticas para evitar la necesaria interpretación de normas allende el entramado jurídico de la OMC.²⁷

Resulta imperioso, por otra parte, definir lo que constituye un régimen jurídico auto-contenido, autónomo o “*self-contained regime*” como se le conoce en términos anglosajones. Conviene recordar la existencia a nivel de derecho internacional de dos clases de normas: las primarias y las secundarias. Las primarias son aquellas normas que contienen los derechos y obligaciones, mientras que las normas secundarias se relacionan con la creación, suspensión, violación, aplicación, terminación y ejecución de las normas primarias.²⁸ Cuando se habla de la existencia de un régimen auto-contenido se está haciendo referencia a que dicho régimen cuenta con las normas secundarias suficientes para no tener que acudir a normas ajenas al propio sistema para poder entrar en funcionamiento. En otras palabras, un régimen auto-contenido es un sistema totalmente aislado, al menos teóricamente. Por tal razón, de

27 Picciotto, Sol, *op. cit.*, p. 6.

28 Runersten, Michael, *Defining ‘Self-contained regime’* [en línea], Master thesis: University of Lund, Faculty of Law, primavera 2008, p. 8, [consultada en mayo 2010], disponible en: [http://web2.jur.lu.se/Internet/Biblioteket/Examensarbeten.nsf/0/F7869D386052E808C1257432004AEB8D/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://web2.jur.lu.se/Internet/Biblioteket/Examensarbeten.nsf/0/F7869D386052E808C1257432004AEB8D/$File/xsmall.pdf?OpenElement)

aceptarse que el sistema OMC es un régimen de este tipo, se estaría aceptando que dicho sistema se encuentra separado del *corpus* del derecho internacional general y por ende no tendría cabida para la aplicación de este. No obstante, como lo subraya Runersten, no es factible la existencia de un régimen completamente autónomo.²⁹

La consideración del sistema OMC como régimen auto-contenido suele topar con algunas dificultades relativas al alcance limitado de la competencia jurisdiccional de los grupos especiales, ya que éstos se encuentran imposibilitados de referirse a normas ajenas a los acuerdos abarcados (enumerados en el apéndice 1 del ESD). Esta restricción encuentra su sustento en el texto del ESD que señala lo siguiente: “Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.”³⁰ Mientras que, por otra parte, el mandato de los grupos especiales se restringe a “Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado [de los acuerdos abarcados] que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD...”³¹

Autores como Marceau sostienen que al no existir en el derecho internacional una coordinación clara entre los distintos regímenes que lo componen, no hay posibilidad alguna de que las normas propias de un régimen sean aplicadas dentro del mecanismo de solución de controversias de otro. Esto equivaldría a decir que la violación de una norma de derecho internacional de los derechos humanos, no implicaría necesariamente su ilicitud en el marco de la OMC.³² Lo esencial, no obstante, radica en la imposibilidad de aplicar normas ajenas al sistema por parte de los grupos especiales de la OMC, pues, vista su competencia y mandato, han de limitarse a resolver la controversia recurriendo a los acuerdos abarcados. Sin embargo, lo que los grupos especiales sí pueden hacer es tomar en consideración normas de derechos humanos como medio interpretativo.

Al tenor de esta posición, el sistema jurídico de la OMC sería concebido como *lex specialis*, al suponer la existencia de un conjunto de normas

29 *Ibid.*, p.13.

30 Artículo 3.2, ESD.

31 Artículo 7.1, ESD.

32 Marceau, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law*, 2002, Vol. 13 (n° 4): p. 761.

especiales que rigen la solución de controversias.³³ Sin embargo, sobre este punto existen otras posiciones que visualizan al sistema OMC como un sistema que no es completamente hermético y por ende no enteramente auto-contenido. Se cita, por ejemplo, el caso del Acuerdo ADPIC, que hace referencia expresa a otros tratados internacionales suscritos fuera del ámbito de la OMC, como es el caso de los convenios de Berna y de París.³⁴ Asimismo, el solo hecho de considerar al sistema OMC como régimen auto-contenido, en nada obsta para que se pueda efectuar una interpretación evolutiva del mismo,³⁵ acudiendo a fuentes externas en la realización de esta labor, pero teniendo presente la imposibilidad de que una norma ajena a la OMC anule una disposición cubierta por los acuerdos abarcados.

A pesar de lo anterior, es importante resaltar la referencia que se hace en el artículo 3.2 del ESD a las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público (codificadas en el CVDT), como reglas a las cuales habrá que apegarse para esclarecer las disposiciones de los acuerdos abarcados. Con la incorporación de este precepto se introducen normas propias del derecho internacional general al derecho OMC, revelando que el mismo no es tan hermético como se pudiera pensar *a priori*. No obstante, siguiendo a Pauwelyn, ha de recalcarse que la aplicabilidad del derecho internacional general en el ámbito de la OMC no depende de la existencia de una referencia expresa al mismo, sino que, por el contrario, este siempre será aplicable, a menos que las partes de un tratado hayan dispuesto lo contrario,³⁶ estableciendo sus propias reglas especiales.³⁷

33 Así, mientras el proyecto de la CDI contempla los componentes clásicos de la teoría de la responsabilidad internacional, ante la comisión de hechos internacionalmente ilícitos (tales como la cesación y no repetición, así como la reparación en forma de restitución, compensación o satisfacción), el sistema jurídico de la OMC se distancia de este régimen al establecer sus propias reglas especiales en las cuales lo importante no será la reparación, sino que el Estado infractor adecúe su normativa interna a lo prescrito por el derecho OMC. *Ibid.*, p.769.

34 Picciotto, Sol, *op. cit.*, p. 7.

35 Marceau, Gabrielle, *op. cit.*, p. 767.

36 Esta posición ha sido la sostenida a escala jurisprudencial en diversas instancias, particularmente a nivel de la OMC en el asunto Estados Unidos-gasolina reformulada (Venezuela/Brasil v. Estados Unidos, WT/DS2/AB/R), el Órgano de Apelación indicó que el acuerdo GATT no debe ser interpretado de forma totalmente aislada respecto al derecho internacional.

37 Pauwelyn, Joost, "The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?", *The American Journal of International Law*, julio 2001, Vol. 95 (n° 3): p. 541.

En lo concerniente al derecho aplicable por el OSD conviene realizar unas cuantas precisiones relativas a la diferenciación existente entre la competencia jurisdiccional y el derecho aplicable. Lindroos y Mehling, refiriéndose al plano de la OMC, indican que la competencia jurisdiccional de los grupos especiales se encuentra supeditada a los acuerdos abarcados en el apéndice 1 del ESD, mientras que el derecho aplicable en ningún modo se encuentra circunscrito a dichos acuerdos.³⁸ La limitación de la competencia jurisdiccional de los grupos especiales a los acuerdos abarcados se extrae del artículo 1.1 en conexión con el artículo 23.1 del ESD, lo que implica que el mecanismo de solución de controversias únicamente podrá activarse tratándose de una violación a los acuerdos referidos o un menoscabo a las ventajas derivadas de dichos acuerdos.

Ante este escenario, podría caerse en la tentación de afirmar, dada la ausencia de una disposición expresa que restrinja el derecho aplicable, que existe la posibilidad para un Estado de invocar normas ajenas a la OMC como justificante de algún acto contrario a los acuerdos abarcados. No obstante, de la lectura de los artículos 3.2, 11 y 19.2 del ESD se puede extraer la imposibilidad de los grupos especiales de aumentar o disminuir las obligaciones adquiridas por los Estados en el marco de la OMC. La apreciación de esta limitación respecto al derecho aplicable, no quiere decir ni mucho menos que el régimen OMC sea un sistema completamente hermético y aislado del corpus del derecho internacional general, como ya se observara.

En torno a este tema se han suscitado interesantes debates académicos acerca del verdadero alcance de estas disposiciones. Existen autores como Pauwelyn, que han interpretado las limitaciones contenidas en los artículos 3.2 y 19.2, como restrictivas del margen de interpretación que pueden llevar a cabo los grupos especiales al momento de aplicar la norma, pero nunca como limitantes del derecho aplicable.³⁹ Por su parte, otros autores, como Lindroos y Mehling, sostienen que en distintos casos los grupos especiales de la OMC han estado anuentes a aplicar normas ajenas a dicho ámbito, pero, como más adelante reconocen los mismos autores, la aplicación de normas ajenas a los acuerdos abarcados ha girado en torno a reglas procedimentales que son fácilmente adaptables a distintos regímenes especiales, dejando a un

38 Lindroos, Anja y Mehling, Michael, “Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ International Law and the WTO”, *European Journal of International Law*, 2006, Vol. 16 (n° 5): p. 860.

39 Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, p. 564.

lado las normas sustantivas pertenecientes a otras ramas del derecho internacional (como el derecho internacional ambiental o los derechos humanos).⁴⁰

De admitirse la posibilidad de aplicar normas ajenas a la OMC se correría el riesgo de alterar el contenido de las obligaciones emanadas para los Estados parte. De esta forma, un grupo especial no podría entrar a aplicar directamente normas de derechos humanos, pues, aparte de aumentar las obligaciones incorporadas en los acuerdos abarcados, ello podría conducir a la no aplicación de la norma OMC, en preferencia de la norma externa. De acuerdo con los términos en los que se encuentra actualmente redactado el ESD, no parece existir posibilidad alguna de hacer a un lado una norma OMC, aplicando en su lugar una norma ajena a los acuerdos abarcados. Esta situación no implica que los derechos humanos dejen de ser considerados obligaciones jurídicas vinculantes, sino tan solo que la OMC no será la instancia para exigir su aplicación directa.⁴¹

3.2. Incorporación de los derechos humanos como criterios de interpretación

Pese a la distancia que separa el sistema multilateral del comercio de los derechos humanos, ambos sistemas cuentan con importantes puntos de conexión, lo que ha suscitado la preocupación de algunos *ius* internacionalistas por la búsqueda de una interpretación acorde de las normas comerciales con los valores subyacentes en la sociedad internacional contemporánea. Siendo el pilar fundamental del sistema multilateral de comercio la consecución de un crecimiento económico sostenido, basado en el incremento de los intercambios de bienes y servicios, resulta fundamental que dichos acuerdos tengan en cuenta la existencia de un cúmulo de derechos fundamentales que han de observarse en la implementación de los acuerdos. De esta forma, como lo sostiene Countryman, resulta compatible con los objetivos de la OMC la búsqueda de mejores niveles de vida (incluyendo los índices de salud), en pro del mantenimiento de una fuerza laboral productiva que favorezca la sustentabilidad del modelo económico que se pretende impulsar.⁴²

40 Lindroos, Anja y Mehling, Michael, *op. cit.*, pp. 872-876.

41 Marceau, Gabrielle, *op. cit.*, p. 777.

42 Countryman, Phillip, "International Trade and World Health Policy: Helping People Reach their Full Potential", *Pace International Law Review*, invierno 2009, Vol. 21 (n° 1): p. 274.

La incorporación de los derechos humanos como criterio interpretativo no es una cuestión caprichosa ni artificial, sino que responde a la necesaria adaptación del derecho OMC a los cánones exigidos por el derecho internacional moderno, en la interpretación de aquellas normas internacionales como las de la OMC, con un impacto considerable sobre la sociedad. No obstante, surgen ciertas interrogantes relacionadas con el procedimiento a seguir para su aplicación. Concretamente cabe cuestionarse si una norma posterior a la entrada en vigor de la OMC podrá ser considerada, así como el grado de adhesión que deberá ostentar un tratado de derechos humanos para poder ser tomado en cuenta.⁴³

En este sentido, el artículo 31 del CVDT señala que, además de la interpretación de las normas del tratado en cuestión, se habrá de tomar en consideración “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable entre las partes”.⁴⁴ Como lo indica Gao, al no establecerse limitación alguna respecto al tiempo en que haya surgido dicha norma, podrían ser aplicables aquellas normas suscritas con posterioridad a la propia constitución de la OMC. Mientras que respecto al tema de la adhesión a los tratados la cuestión gira alrededor de lo que se entienda por el término “partes” en el contexto del citado artículo 31. Así, existe una tendencia que se inclina por considerar que el tratado debe haber sido suscrito por todas los Estados parte a la OMC, lo que tornaría fácticamente imposible la incorporación de casi cualquier tratado por esta vía.⁴⁵

En aras de esclarecer el alcance del término “partes” se puede recurrir a los comentarios realizados por la CDI sobre el artículo 31.3 (b), interpretando que no se requiere una total adhesión de los miembros de la OMC a la norma en cuestión, pero sí que exista una considerable aceptación, así sea implícita, de la misma, que permita inferir un respaldo generalizado entre la comunidad de Estados que conforman la OMC.⁴⁶ Con la adopción de este criterio se persigue que la susodicha norma goce de un alto grado de legitimidad, posibilitando realizar una interpretación de la norma OMC acorde con los valores predominantes entre sus Estados miembros. Un componente esencial

43 Gao, Pengcheng, “Rethinking the relationship between the WTO and International Human Rights”, *Richmond Journal of Global Law and Business*, otoño 2009, Vol. 8 (n° 3): p. 413.

44 Artículo 31.3 (c), CVDT.

45 Gao, Pengcheng, *op. cit.*, p. 415.

46 Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, p. 576.

de esta labor interpretativa es la recurrencia a valores y principios que cuentan con una aceptación generalizada para así dotarla de mayor sustento jurídico.

En esta labor interpretativa de normas ajenas a la OMC, ha sido de suma utilidad para los grupos especiales el artículo XX del GATT. Dicho artículo es considerado como una especie de salvaguarda dentro del sistema multilateral del comercio, que posibilita la adopción de medidas contrarias al mismo, sobre la base de velar por el interés público. Sin embargo, la inclusión de este artículo en el GATT no significa ni mucho menos la existencia de una vía libre para violentar sin mayor justificación las normas de la OMC. Si bien el texto del artículo XX permite a los Estados la adopción de medidas destinadas a proteger la salud pública, la aceptación de estas pasa por el obligatorio examen de necesidad, que consiste en que el Estado que adoptó la medida demuestre que su adopción deviene indispensable para proteger la salud pública, así como la inexistencia de una medida alternativa que sea menos restrictiva al comercio.⁴⁷

La aplicación de medidas restrictivas al comercio para proteger la salud pública cuenta con importantes antecedentes en la OMC. Así en el asunto EC-Asbestos, el Órgano de Apelación manifestó que no es necesario que el sustento científico sobre el que se basa la medida restrictiva cuente con el respaldo de la mayoría de la comunidad científica, sino que basta con que la medida sea sustentada con alguna evidencia científica,⁴⁸ criterio muy similar al anteriormente manifestado en el asunto EC-Hormonas.⁴⁹ El asunto US-Camarones,⁵⁰ por su parte, revela un aspecto sumamente interesante cual es la incorporación por medios interpretativos de instrumentos ajenos al marco legal de la OMC, por parte del OSD. En este caso, Estados Unidos impedía las importaciones de camarones provenientes de países que no contaran con el uso de redes especiales que evitaran la caza de tortugas marinas, entre otras especies. De esta forma, el grupo especial entró en el análisis de distintos tratados internacionales de protección del medio ambiente, en aras de extraer una definición acerca de lo que constituyen los recursos agotables, aspecto de esencial análisis en la controversia.

47 Sen, Shameek, *op. cit.*, p. 228.

48 Canadá vs. Comunidad Europea, WT/DS135/R.

49 Estados Unidos vs. CE. WT/DS26/R.

50 Varios vs. Estados Unidos, WT/DS58/R.

3.3. La Declaración de Doha como medio interpretativo

La Declaración de Doha sobre el ADPIC y la salud pública salió a la luz en noviembre de 2001, con motivo de una conferencia ministerial llevada a cabo en esta ciudad catari. Esta Declaración, que fue impulsada por un grupo de países en desarrollo, especialmente por iniciativa de algunos países africanos, buscaba consolidar los mecanismos existentes en el Acuerdo ADPIC para favorecer el acceso a los medicamentos. Especial atención se puso sobre la posibilidad de que los Estados pudieran otorgar licencias obligatorias sobre aquellos productos farmacéuticos que se encontraran patentados y fueran necesarios para atender circunstancias apremiantes para la salud pública. De esta forma, si bien se reconoce la importancia que comporta la propiedad industrial para el fomento de la investigación y desarrollo, se crea consciencia de la necesidad de establecer mecanismos que posibiliten a los Estados velar por la salud de su población.

Ante este panorama, surge el interrogante acerca de cuál es el valor jurídico que ostenta la Declaración de Doha dentro del mecanismo de solución de controversias de la OMC. En este sentido, resulta fundamental recordar que el artículo 31 del CVDT, prescribe la necesidad de tener en cuenta “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado”,⁵¹ lo que precisamente es esta Declaración.

El problema con la Declaración de Doha radica en que no puede considerársele como una interpretación autorizada en vista de que su proceso de aprobación no pasó por el proceso prescrito en el artículo IX del Tratado Constitutivo de la OMC. Otra forma de concederle valor interpretativo consistiría en contemplarlo como una práctica ulterior seguida por los Estados, en aplicación del Acuerdo ADPIC.⁵² Sin embargo, decantarse por esta opción pareciera ser mucho más problemático, pues requeriría la demostración de una práctica estatal consolidada a este respecto.

Un aspecto digno de resaltar que le brinda sustento y legitimidad a la Declaración de Doha reside en que, pese a las arduas discusiones sostenidas durante la negociación, finalmente fue aprobada durante la cuarta

51 Artículo 31.3 (a), CVDT.

52 Gathii, James, “The Legal Status of Doha Declaration on TRIPS and Public Health under the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Harvard Journal of Law & Technology*, primavera 2002, Vol. 15 (n° 2): p. 310.

Conferencia Ministerial de la OMC. Esto le da un considerable peso interpretativo⁵³ pues refleja el sentimiento común en el seno de la OMC por dotar a los Estados de herramientas que les permitan abordar sus problemas de salud pública, adoptando medidas legislativas y reglamentarias que favorezcan un mejor acceso a los medicamentos. Ante un eventual litigio que surgiese en el marco de la OMC sería de esperar que el grupo especial adoptase un criterio más amplio y a favor de la salud pública que el adoptado en el año 2000 en el asunto Canadá-genéricos.⁵⁴

Existen otros criterios que se inclinan por otorgarle a la Declaración de Doha el estatus jurídico de una interpretación autorizada, pues, pese a no cumplir con el procedimiento requerido, sienta un precedente importante respecto a su párrafo 5:

(...) en caso de diferencias (por ejemplo, en el contexto de los procedimientos para la solución de diferencias de la OMC) los Miembros pueden valerse del confort que proporciona esta Declaración. [...] Probablemente los miembros del panel tomen en consideración las disposiciones mismas del Acuerdo sobre los ADPIC, así como esta Declaración complementaria que, aunque no tuvo como objeto afectar los derechos ni las obligaciones de los Miembros, expresa las opiniones e intenciones de los Miembros. Así, la Declaración forma parte del contexto del Acuerdo sobre los ADPIC que, de acuerdo con las normas de interpretación de tratados, debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar el Acuerdo.⁵⁵

Sin embargo, aunque así no fuera, dada la relevancia y los términos de su redacción, sería de esperar que la Declaración obtenga un peso considerable como medio interpretativo. Aunado a ello, no ha de olvidarse el enlace existente entre la Declaración de Doha y los objetivos y principios del Acuerdo ADPIC (arts. 7 y 8), lo que pone de relieve la importancia que ostenta el tema de la salud pública en el ámbito de la OMC.

53 Bloche, M. Gregg y Jungman, Elizabeth R., "Health Policy and the WTO", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, invierno 2003, Vol. 31 (n° 4): p. 536.

54 Unión Europea vs. Canadá, WT/DS 114.

55 Comisión Europea citada por Correa, Carlos María, *Repercusiones de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública*, OMS, Ginebra, 2002, p. 45. Traducción no oficial.

4. Conclusión

Desde el punto de vista del interés público, la extensión de las patentes a todos los campos tecnológicos produjo en el seno de la OMC una enorme preocupación respecto a la salud pública. Siendo que por medio de las patentes se persigue la creación de una exclusividad en el mercado a favor de su titular, se infiere el alza en los precios de los medicamentos a que puede conducir un mecanismo de este tipo. Las patentes de invención, que en un plano meramente económico se configuran como distorsiones al mercado, se justifican sobre la base de recuperar los gastos derivados de la investigación y desarrollo, así como de mantener la rentabilidad de este tipo de inversiones. Ello no obsta para vislumbrar que el potencial surgimiento de crisis sanitarias, puede conducir a la necesidad de que los Estados miembros requieran hacer uso de ciertas figuras, como las licencias obligatorias, para favorecer un mejor acceso a los medicamentos.

Esta preocupación quedó plasmada en el texto de la Declaración de Doha de 2001, posibilitando expresamente a los Estados la adopción de medidas ante situaciones apremiantes para la salud pública. Sin embargo, siendo que el sistema multilateral de comercio persigue eliminar paulatina y sostenidamente las distorsiones al libre comercio, se podría inferir la existencia de una colisión frontal con algunos tratados de derechos humanos. Dado el avance progresivo que han tenido los derechos de segunda generación (comprensivos del derecho a la salud) y a las interpretaciones evolutivas dadas por distintas instancias internacionales, hoy es ampliamente aceptada la justiciabilidad de estos derechos. Ello plantea la necesidad de incorporar los derechos humanos y especialmente el derecho a la salud como instrumento interpretativo a la hora de aplicar las normas OMC.

La relación existente entre ambos sistemas no necesariamente ha de ser conflictiva, teniendo en cuenta los pasos dados en los últimos años en torno a una mayor apertura de la OMC. Ello queda de manifiesto al observar el criterio seguido por los grupos especiales, en torno a la aplicación del art. XX del GATT, al considerar lícitas aquellas restricciones al comercio cuando medien amenazas fundadas hacia la salud pública. Por otra parte, la utilización de fuentes ajenas a los acuerdos abarcados ha sido relevante para precisar el contenido de conceptos propios de otras ramas del derecho internacional, pero determinantes para la solución de la controversia. Ello, junto con el estatus jurídico de la Declaración de Doha como acuerdo ulterior de las partes, al tenor de lo establecido en el art. 31.3 (a) del CVDT,

debe dar cabida plena al derecho a la salud en la aplicación de las normas. No puede concebirse el derecho OMC como un sistema completamente hermético y aislado, sino que resulta apropiada la incorporación de instrumentos ajenos a dicho ámbito para el progreso y la evolución del sistema en consonancia con los más altos valores de nuestra sociedad internacional contemporánea.

5. Referencias bibliográficas

Doctrina

- Basaldúa, Ricardo x., *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.
- Bloche, M. Gregg y Jungman, Elizabeth R., “Health Policy and the WTO”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, invierno 2003, Vol. 31 (n° 4): pp. 529-545.
- Countryman, Phillip, “International Trade and World Health Policy: Helping people reach their full potential”, *Pace International Law Review*, invierno 2009, Vol. 21 (n° 1): pp. 241-279.
- Correa, Carlos María: *Repercusiones de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública*, OMS, Ginebra, 2002.
- Dennis, Michael J. y Stewart, David P., “Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing and health?”, *The American Journal of International Law*, julio 2004, Vol. 98 (n° 3): pp. 462-515.
- Fortín, Carlos, “Régimen Jurídico del Comercio Internacional y Derechos Humanos: una compleja relación”, *Anuario de Derechos Humanos*, junio 2008, (n° 4): pp. 231-244.
- Gao, Pengcheng, “Rethinking the relationship between the WTO and International Human Rights”, *Richmond Journal of Global Law and Business*, otoño 2009, Vol. 8 (n° 3): pp. 397-426.
- Gathii, James, “The Legal Status of Doha Declaration on TRIPS and Public Health under the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Harvard Journal of Law & Technology*, primavera 2002, Vol. 15 (n° 2): pp. 291-317.
- Guix Castellví, Víctor, “Patentes de invención”, en Casado Cerviño, Alberto y Cos Codina, Jaime: *La propiedad industrial. Teoría y práctica*, Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 3-80.
- Helfer, Laurence R., “Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?”, *Minnesota Intellectual Property Review*, 2003, Vol. 5 (n° 1): pp. 47-61.
- Hendriks, Aart, “The Right to Health in National and International Jurisprudence”, *European Journal of Health Law*. Diciembre 1998, Vol. 5 (n° 4): pp. 389-403.

- Hestermeyer, Holger, *Human Rights and the WTO. The Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.
- Jamar, Steven D., "The International Human Right to Health", *Southern University Law Review*, 1994-1995, Vol. 22 (n° 1): pp. 1-68.
- Lindroos, Anja y Mehling, Michael, "Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO", *European Journal of International Law*, 2006, Vol. 16 (n° 5): pp. 857-877.
- López Escudero, Manuel, "Los derechos de propiedad intelectual en el comercio internacional", en Roldán Barbero, Javier e Hinojosa Martínez, Luis Miguel, *Derecho Internacional Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 163-186.
- Marceau, Gabrielle, "WTO Dispute Settlement and Human Rights", *European Journal of International Law*, 2002, Vol. 13 (n° 4): pp. 753-814.
- Nikken, Pedro, "Sobre el Concepto de Derechos Humanos", en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, IIDH, San José, Costa Rica, 1994.
- Pauwelyn, Joost, "The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?", *The American Journal of International Law*, julio 2001, Vol. 95 (n° 3): pp. 535-578.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, "Human Rights and the Law of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, abril 2003, Vol. 37 (n° 2): pp. 241-281.
- Picciotto, Sol, "The WTO as a Node of Global Governance: Economic Regulation and Human Rights Discourses", *Law, Social Justice & Global Development*, 2007, Vol. 1: pp. 1-27.
- Runersten, Michael, *Defining 'Self-contained regime'*, Master thesis: University of Lund, Faculty of Law, primavera 2008.
- Seuba Hernández, Xavier, *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Sen, Shameek, "The WTO Agreement and the Right to Health: Conflict or Consensus? A Developing Country Perspective", *NUJS Law Review*, enero-marzo 2008, Vol. 1 (n° 1): pp. 225-238.
- Stoll, Peter-Tobias, Busche, Jan y Arend, Katrin, *WTO Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 7, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Holanda, 2009.
- Toebes, Brigit, "Towards an Improved Understanding of the International Human Right to Health", *Human Rights Quarterly*, 1999, Vol. 21 (n° 3): pp. 661-679.

Zapico, Daniel, “La regulación de los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos esenciales”, en Embid, Antonio, *Comercio Internacional y Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

Normativa

Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), de 15 de abril de 1994.

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD), de 15 de abril de 1994.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 16 de diciembre de 1966.

Protocolo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 10 de diciembre de 2008.

Tratado Constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 22 de julio de 1946.

Tratado Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de 15 de abril de 1994.

Informes y decisiones judiciales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14*, vigésimo segundo período de sesiones, 2000.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 3*, quinto período de sesiones, 1990.

Comité de Derechos Humanos, *Observación General n.º 6*, décimo sexto período de sesiones, 1982.

Órgano de Solución de Diferencias de la OMC:

Canadá v. Comunidad Europea, WT/DS135/R.

Estados Unidos vs. CE. WT/DS26/R.

Unión Europea vs. Canadá, WT/DS 114.

Varios vs. Estados Unidos, WT/DS58/R.

Venezuela/Brasil vs. Estados Unidos, WT/DS2/AB/R.