

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO

**LA POSIBILIDAD DE INVOCAR LOS ACUERDOS DE LA OMC FRENTE AL JUEZ
PERUANO: UNA VIA PARA REVISAR LAS MEDIDAS DE LA ADMINISTRACION**

PÚBLICA

Tesis para optar por el Título de Abogado, que presente el Bachiller:

SHANE MARTINEZ DEL AGUILA

Asesor:

PROFESOR VICTOR SACO CHUNG

LIMA, 18 DE DICIEMBRE DE 2013

AGRADECIMIENTO

Dedico esta obra a mi esposa quién supo darme el aliento y comprensión durante todo este camino de esta investigación, sin los cuales no hubiera sido posible culminar este valioso trabajo.

Asimismo, agradezco con todo corazón el apoyo incondicional de mis padres y hermanos quienes de alguna u otra manera colaboraron en la realización de este documento y quienes a lo largo de todos estos años de estudio supieron depositar su confianza en mi persona.

También, quiero agradecer sinceramente a mi asesor de esta tesis, el Profesor Victor Saco Chung, por su dedicada orientación, comprensión, responsabilidad, disponibilidad en todo momento (a pesar de la distancia) y, sobretodo, por sus consejos, que fueron factores importantes para reforzar y motivar aún más mi interés por la investigación jurídica.

Por último, no por ello, menos importante, agradezco a Marino y Joseph quienes sin más cuestionamientos me brindaron su apoyo para continuar con mis proyectos académicos, y a todo los profesores que pude conocer en el viejo continente, quienes supieron darme información valiosa relacionada a mi tesis.

INDICE

INTRODUCCION.....	12
CAPITULO I	
INTRODUCCIÓN DEL PROBLEMA CENTRAL: LA “APLICABILIDAD DIRECTA” DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN EL DERECHO NACIONAL.....	17
1.1 TÉRMINOS Y CONCEPTOS DE INVESTIGACIÓN.....	17
1.1.1 Aplicabilidad directa.....	18
1.1.2 Efecto directo	19
1.1.3 Diferencia entre “aplicabilidad directa” y “efecto directo”	21
1.1.4 Administración Pública	24
1.1.5 Función Administrativa y medidas de la Administración Pública	25
1.1.6 Personas.....	25
1.2 CONTEXTO GENERAL	27
1.2.1 El Derecho Internacional Económico	27
1.2.2 La Carta de la Habana.....	30
1.2.3 El Acuerdo General sobre el Comercio y la Tarifas Aduaneras de 1947– (GATT de 1947).....	31
1.2.4 Los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio	33
1.2.5 El Sistema de Solución de Controversias de la OMC	35
1.2.5.1 <i>Problemas a partir del Sistema de Solución de Controversias de la OMC</i>	35
1.2.5.2 <i>Percepción del Problema en otros estados miembros</i>	38
a) Estados Unidos de América	38
b) Unión Europea (Ex–Comunidades Europeas)	39
c) Chile	40
d) China.....	40
e) India	41
1.2.5.3 <i>Una percepción distinta del problema: Ernst Ulrich Petersmann y el Constitucionalismo Multiniveles del Derecho Internacional Económico</i>	42

Evaluación del punto 1.2	44
1.3 EL ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA SOBRE LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC.....	45
1.3.1 La Doctrina a favor de la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC...	46
1.3.1.1 <i>Tumlr y los particulares</i>	46
1.3.1.2 <i>Charles-Emmanuel Côté y la ampliación de derecho de reclamar ante los sistemas de solución de diferencias internacionales económicas</i>	46
1.3.2 La Doctrina en contra de la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC	48
1.3.2.1 <i>Jackson y la no aplicabilidad directa del GATT 1947</i>	48
1.3.2.2 <i>Tratchman en contra del efecto directo de los Acuerdos de la OMC</i>	50
1.3.3 La Doctrina intermedia sobre la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC	50
1.3.3.1 <i>Piet Eeckhout y la implementación de las Decisiones del Órgano de Solución de Controversias de la OMC</i>	51
1.3.3.2 <i>Alemmano y la implementación de las Decisiones del Órgano de Solución de Controversias de la OMC</i>	51
Evaluación del punto 1.3	52
1.4 TRES ELEMENTOS PARA DETERMINAR LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC A FIN DE CUESTIONAR MEDIDAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	52
1.4.1 Primera cuestión central: la forma de recepción del Tratado en el Derecho Interno.....	53
1.4.1.1 <i>Teoría Monista de la incorporación de los Tratados Internacionales</i>	53
1.4.1.2 <i>Teoría Dualista de los Tratados Internacionales</i>	56
1.4.1.3 <i>El ejemplo comparativo de J. H. Jackson: Monismo vs. Dualismo</i>	59
1.4.1.4 <i>Crítica a la teoría monista y dualista a modo de evaluación.</i> ..	60
Evaluación del punto 1.4.1	61
1.4.2 Segunda cuestión central: la aplicabilidad directa del Tratado en el Derecho Interno, visto como un efecto jurídico	61

1.4.3 Tercera cuestión central: la jerarquía normativa del Tratado en el Derecho Nacional.....	62
--	----

CAPITULO II

LA PRÁCTICA SOBRE LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC: EL CASO DE ESTADOS UNIDOS, UNION EUROPEA Y CHILE 65

2.1 La imposibilidad jurídica de invocar los acuerdos de la OMC para cuestionar la legalidad de las medidas del ordenamiento interno de los Estados Unidos de América	66
2.1.1 Naturaleza jurídica de los Acuerdos de la OMC y su recepción en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América	67
2.1.1.1 <i>Los Acuerdos de la OMC como acuerdos “Congressional-Executive”</i>	67
2.1.1.2 <i>La ley que implementa los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América</i>	69
2.1.2 El efecto jurídico de los Acuerdos de la OMC: “no autoejecutables”	70
2.1.2.1 <i>Doctrina</i>	70
2.1.2.2 <i>Jurisprudencia</i>	71
2.1.2.3 <i>La ley que implementa los Acuerdos de la OMC: El URAA...</i>	72
2.1.2.4 <i>Consecuencias del carácter “no-autoejecutable” de los Acuerdos de la OMC</i>	73
2.1.3 Otras vías indirectas frente a la imposibilidad para los particulares de invocar los Acuerdos de la OMC ante los tribunales de justicia	74
2.1.3.1 <i>La Doctrina “Charming Betsy”</i>	74
2.1.3.2 <i>La Doctrina “Chevron”</i>	74
2.1.3.3 <i>La interacción entre ambas Doctrinas a través de la Jurisprudencia</i>	75
a) <i>Caso Suramérica de Aleaciones C.A contra Estados Unidos: El juez en contra de la doctrina “Charming Betsy</i>	76
b) <i>Caso Timken Co., c. Estados Unidos: Aplicación de la Doctrina “Chevron”</i>	76
2.1.3.4 <i>Análisis del mecanismo interno de la “Sección 301” como vía jurídica para cuestionar medidas que afectan los Derechos de los Estados Unidos derivados de los Acuerdos de la OMC: una opción frente a la falta de aplicación directa de los Acuerdos de la OMC. ...</i>	78
a) <i>La “Sección 301” de la Ley de 1974</i>	78

b) Mecanismo interno de la Sección 301: El acceso a las personas privadas y transparencia en el proceso.....	79
c) Conexión entre las personas privadas, el mecanismo interno de la Sección 301 y el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC	81
Evaluación del punto 2.1	82
2.2 La posibilidad de invocar ante el juez los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas y el control de legalidad las medidas comunitarias.....	82
2.2.1 Recepción de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas	83
2.2.1.1 <i>Competencia compartida de la CE para concluir los Acuerdos de la OMC</i>	84
a) La configuración de la competencia de la CE para concluir los Acuerdos de la OMC antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa	85
b) La configuración de la competencia de la CE a partir del Tratado de Lisboa	86
2.2.1.2 <i>Recepción de los Acuerdos de la OMC: parte integral del Derecho de la UE</i>	88
2.2.1.3 <i>Jerarquía normativa de los Acuerdos de la OMC en la UE</i>	90
2.2.2 Efectos Jurídicos de los Acuerdos de la OMC en la UE: <i>La jurisprudencia de la CEJ y la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC frente al juez</i> ..	91
a) Caso “International Fruit Co. c. Produktachap voor Groenten (1971)	92
b) Caso Fediol c. Comisión de las Comunidades Europeas (1989)	94
c) Caso Nakajima c. Consejo (1991)	96
d) Caso Alemania c. Consejo (1993)	97
e) Caso Italia c. Consejo (1996).....	98
f) <i>Caso Portugal c. Consejo (1996)</i>	99
g) Caso acumulado Dior c. Tuk y van Dijk c. Wilhelm Layher...	101
h) Caso Kloosterber c. Minister van Landbouw.....	102
i) Caso Biret c. Consejo (2003)	103
j) <i>Caso Petrotub c. Consejo</i>	104
Evaluación del punto 2.2	106

2.3	La posibilidad de invocar los acuerdos de la OMC para cuestionar la legalidad de las medidas del Poder Ejecutivo en el sistema jurídico chileno a través del control de legalidad del acto administrativo	107
2.3.1	Determinación de la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico chileno	108
2.3.1.1	<i>El tratamiento de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico chileno</i>	108
a)	El proceso de incorporación de los Tratados en general en el ordenamiento jurídico chileno según la Constitución	109
b)	Evaluación	110
c)	El Tratamiento de incorporación de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico chileno	110
2.3.1.2	<i>Jerarquía normativa de los Acuerdos de la OMC</i>	114
a)	Los Acuerdos de la OMC promulgados a través de un Decreto Supremo con fuerza de Ley	114
b)	La posición de Chile sobre la fuerza normativa de los Acuerdos de la OMC como miembro ante la Organización Mundial del Comercio.....	115
2.3.1.3	<i>Vías jurídicas existentes para materializar la posibilidad de cuestionar la legalidad de las medidas nacionales en base a los Acuerdos de la OMC</i>	117
a)	Vía Administrativa	119
b)	Vía judicial: el recurso de nulidad de Derecho Público	120
2.3.2	Elementos que dificultan el desarrollo de la posibilidad de invocar los acuerdos de la OMC en el sistema jurídico chileno.....	120
2.3.2.1	<i>Jurisprudencia en sede Administrativa sobre la aplicación de los Acuerdos de la OMC</i>	121
2.3.2.2	<i>Jurisprudencia en Sede Judicial</i>	122
a)	Sentencias a favor de la aplicación de los Acuerdos de la OMC.....	122
b)	Sentencias en contra de la aplicación de los Acuerdos de la OMC: casos relativos al arancel consolidado de Chile ante la OMC.....	124
2.3.2.3	<i>Posición del Gobierno frente al Sistema de Solución de Controversias de la OMC</i>	126
	Evaluación del punto 2.3	126
	Conclusiones del Capítulo II	129

CAPITULO III

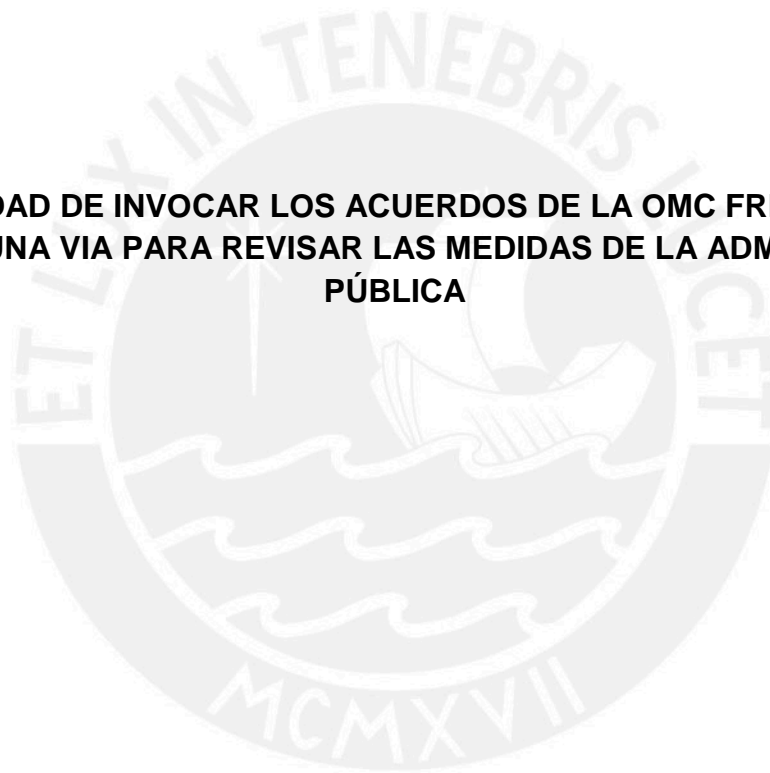
DETERMINACION DE LA POSIBILIDAD DE INVOCAR LOS ACUERDOS DE LA OMC COMO UNA VÍA PARA CUESTIONAR Y REVISAR LAS MEDIDAS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

INCOMPATIBLES CON ESTOS ACUERDOS	133
3.1 APLICACIÓN INMEDIATA O APLICACIÓN DIRECTA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO	134
3.1.1 Procedimiento de incorporación de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano.....	135
3.1.1.1 <i>Procedimiento de incorporación de los Tratados que requieren aprobación previa del Congreso: Tratados Ordinarios.....</i>	<i>136</i>
a) Según la Constitución Política del Perú.....	136
b) Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú	137
3.1.1.2 <i>Procedimiento de incorporación de los Tratados que no requieren aprobación previa del Congreso: Tratados del Ejecutivo.....</i>	<i>137</i>
a) Según la Constitución Política del Perú.....	137
b) Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	138
3.1.1.3 <i>Descripción del Procedimiento de Aprobación y Ratificación de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano</i>	<i>138</i>
a) Base Jurídica de la Resolución Legislativa N° 26407	138
b) Análisis del procedimiento de incorporación de los Acuerdos de la OMC	140
3.1.2 Diferencia entre Tratados del Poder Ejecutivo, autoejecutables y de aplicación inmediata en función de los Acuerdos de la OMC.....	141
3.1.2.1 <i>Tratados del Poder Ejecutivo</i>	<i>142</i>
3.1.2.2 <i>Tratados autoejecutables</i>	<i>143</i>
3.1.2.3 <i>Tratados de Aplicación directa o de Aplicación inmediata: el caso de los Acuerdos de la OMC</i>	<i>144</i>
Conclusión del punto 3.1	146
3.2 EL RANGO NORMATIVO O JERARQUÍA NORMATIVA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO	147
3.2.1 El problema relativo a la jerarquía normativa de los Tratados en el sistema jurídico peruano.....	148

3.2.2 Determinación de la jerarquía normativa de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano.....	152
3.3 POSIBILIDAD DE INVOCAR LOS ACUERDOS DE LA OMC ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES DEL PERU: VIAS JURIDICAS EXISTENTES.....	157
3.3.1 La posibilidad de invocar los acuerdos de la OMC para cuestionar las medidas nacionales incompatibles a través de los procesos constitucionales...	158
3.3.1.1 <i>Sentencia N° 1311-2000-AC/TC: Cuestionamiento de un Decreto Supremo en base a los Acuerdos de la OMC y a la Constitución.....</i>	159
3.3.1.2 <i>Sentencia N° 5970-2006-PA/TC: Cuestionamiento de una Ley en base a los Acuerdos de la OMC y a la Constitución.....</i>	160
3.3.2 La posibilidad invocar los acuerdos de la OMC en el Proceso Contencioso Administrativo a través de los Tribunales Ordinarios.....	167
3.3.2.1 <i>Breve introducción sobre el Proceso Contencioso Administrativo en el sistema jurídico peruano.....</i>	168
3.3.2.2 <i>Sentencias que rechazan la aplicabilidad inmediata de los Acuerdos de la OMC dentro del Proceso Contencioso Administrativo..</i>	169
3.3.2.3 <i>Sentencias del Juez que aplican inmediatamente los Acuerdos de la OMC</i>	172
a) Caso Zafaquett SA contra el INDECOPI.....	172
b) Caso Carbotérmica SA contra el INDECOPI	173
c) Accesorios de Confecciones SA. contra el INDECOPI	174
d) Telefónica Sistemas SA y Asociación Bureau Veritas SA contra el Tribunal Fiscal.....	174
3.3.3 La aplicación inmediata de los Acuerdos de la OMC a través de los Tribunales Administrativos: Tribunal Fiscal y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual	178
3.3.3.1 <i>Breve introducción sobre el Procedimiento Administrativo en el sistema jurídico peruano</i>	178
3.3.3.2 <i>Los Tribunales Administrativos en el Sistema Jurídico Peruano ..</i>	180
3.3.3.3 <i>El Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas.....</i>	181
a) Breve Introducción sobre la naturaleza jurídica del Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas.....	182
b) Jurisprudencia del Tribunal Fiscal: la aplicación inmediata de los Acuerdos de la OMC en casos concretos para revisar actos administrativos	183

b.1) Resolución del Tribunal Fiscal N° 12385-A-2007....	185
b.2) Resolución del Tribunal Fiscal N° 03893-A-2013....	188
3.3.3.4 <i>El Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual</i>	189
a) Breve introducción sobre el INDECOPI	189
a.1) La Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios.....	190
a.2) La Comisión de Normalización y Fiscalización de Barreras No Arancelarias	192
a.3) Otros elementos de análisis	192
b) El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.....	193
b.1) Resoluciones del Tribunal del INDECOPI relativa al GATT 1994 y al Acuerdo Antidumping.....	194
□ R.N°0513-2002/TDC: Productos Chilenos de Acero Ltda. (Proacer) contra la Resolución N°001-2001/CDS de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios	197
b.2) Resoluciones del Tribunal del INDECOPI relativas al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias	201
□ Resolución N° 0203-2013/SDC del Tribunal del INDECOPI.....	202
b.3) Resoluciones del Tribunal del INDECOPI relativas al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio.....	206
□ Resolución N° 0546-2006 y la aplicación inmediata del ADPIC	207
Conclusión del punto 3.3	208
Conclusiones del Capítulo III.....	209
BIBLIOGRAFIA	213

**LA POSIBILIDAD DE INVOCAR LOS ACUERDOS DE LA OMC FRENTE AL JUEZ
PERUANO: UNA VIA PARA REVISAR LAS MEDIDAS DE LA ADMINISTRACION
PÚBLICA**



INTRODUCCION

El Estado peruano es un Estado Miembro de la Organización Mundial del Comercio¹ (OMC) desde el 01 de enero de 1995². A partir de ese momento, este país asumió determinadas obligaciones internacionales³ como consecuencia de la suscripción del Acuerdo por el que se establece la OMC⁴, junto con los Acuerdos Comerciales Multilaterales de la OMC⁵, todos ellos denominados “Acuerdos de la OMC”. En general, el Perú, como Estado miembro, le es atribuible la obligación de asegurar la conformidad de sus normas, regulaciones y procedimientos administrativos con las disposiciones contenidas en los diferentes acuerdos de la OMC. Sin embargo, lo anterior no siempre sucede y en diversas ocasiones la Administración Pública⁶ del Estado peruano puede emitir internamente medidas

¹ La Organización Mundial del Comercio (OMC) está conformada por 159 estados miembros que han suscrito los llamados Acuerdos Multilaterales. Información actualizada al 02 de Marzo de 2013, disponible en Internet: http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm. Visto el 01 de Agosto de 2013.

² Mediante la Resolución Legislativa N° 26407, de fecha 25 de Diciembre de 1994, se aprobó el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda de Uruguay Información disponible en Internet: [http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/temas/coleccion00000.htm/tomo00047.htm/libro00116.htm/sumilla00148.htm?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_salas2469](http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/temas/coleccion00000.htm/tomo00047.htm/libro00116.htm/sumilla00148.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_salas2469). Visto el 01 de Agosto de 2013.

³ A través de la citada Resolución Legislativa los Acuerdos de la OMC se incorporan al ordenamiento jurídico del Estado Peruano. Este punto se abordará ampliamente en el tercer capítulo de este trabajo de investigación.

⁴ El Acuerdo por el que se establece la OMC (o Acuerdo sobre la OMC) se encuentra disponible en Internet: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto.pdf. Visto el 01 de agosto de 2013.

⁵ Los Acuerdos Comerciales Multilaterales constituye una especie de diversos anexos en forma de acuerdos referentes a las mercancías, los servicios, la propiedad intelectual, la solución de diferencias, el mecanismo de examen de las políticas comerciales y los acuerdos plurilaterales. Estos anexos pueden ser consultados en Internet: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm. Visto el 01 de agosto de 2013.

⁶ La definición de Administración Pública para los fines del presente trabajo será abordados en detalle en el tercer capítulo.

inconsistentes con los acuerdos de la OMC.

Las personas, empresas privadas y en general, toda personas dedicada a una actividad comercial en el territorio peruano son actores importantes en el intercambio comercial internacional de bienes y servicios, influyendo directamente en el crecimiento económico del país en un contexto cada vez más globalizado. Sin embargo, muchas veces éstos se ven directamente afectados por medidas establecidas por la Administración Pública del Estado inconsistentes con los acuerdos de la OMC.

A esto se le puede agregar que el Sistema establecido por la OMC está configurado de tal forma que **solo permite a los Estados miembros** poder cuestionar una medida nacional a través del Sistema de Solución de Diferencias⁷ de la OMC, con lo cual estas personas tienen pocas o nulas posibilidades de cuestionarlas por su propia cuenta ante este Sistema.

En ese contexto, dada la necesidad de profundizar en el análisis de este escenario, esta investigación está enfocada en la posibilidad de desarrollar una vía jurídica que permita a los individuos solicitar al juez peruano **revisar las medidas de la Administración Pública** en base a los Acuerdos de la OMC, debido a su inconsistencia con éstos últimos. Lo anterior puede ser percibido como resultado de la “**aplicabilidad directa**” de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, este resultado se encuentra supeditado a la configuración del sistema jurídico en sí, lo cual nos obliga a revisar la interacción de estos acuerdos en

⁷ El Sistema de Solución de Controversias es un aspecto importante en este trabajo que se abordará en el primer capítulo.

éste sistema en particular.

Desde que no existe en el sistema jurídico peruano disposiciones constitucionales explícitas que hagan referencia al status jurídico de los Tratados en el Derecho Nacional, resulta difícil ahondar directamente sobre el estudio de esta posibilidad. Es así que, al profundizar en el asunto, surgen tres cuestiones principales transversales en este trabajo: a) la forma de incorporación de los Acuerdos de la OMC, b) la cuestión primordial sobre la aplicabilidad y c) la jerarquía normativa de los Acuerdos de la OMC en el Derecho Nacional.

A fin de atender a estas cuestiones es necesario dividir la investigación en tres partes. El **primer capítulo** estará centrado en la introducción al presente problema. Lo anterior implica determinar el marco conceptual a utilizar en la investigación, de la mano con la Teoría y Doctrina pertinente relativas a estas tres cuestiones principales en el contexto específico de los Acuerdos de la OMC.

El **segundo capítulo** se enfocará en el estudio práctico de estos tres temas centrales que giran en torno a la “**aplicabilidad directa**” de los Acuerdos de la OMC en los sistemas jurídicos internos. Lo anterior tiene el objetivo de poder determinar la posibilidad de desarrollar una vía que permita a los particulares cuestionar las medidas incompatibles con estos acuerdos de la OMC. Para eso será necesario analizar la práctica de determinados sistemas jurídicos que de acuerdo al marco jurídico interno permiten o no esta posibilidad.

Es en ese sentido que el enfoque práctico se centrará en tres sistemas jurídicos

distintos: Los Estados Unidos de América, la Unión Europea⁸ y la República de Chile. La selección del primer sistema jurídico se debe la postura jurídica clara sobre estas cuestiones, por ejemplo, los Estados Unidos de América, no permite que los particulares puedan cuestionar las medidas jurídicas del Estado en base a los Acuerdos de la OMC.

El segundo sistema jurídico ha sido seleccionado por el aporte de diferente posturas relativas a esta cuestión, por ejemplo, se puede observar en la Unión Europea donde el juez europeo solo puede evaluar la legalidad de la norma comunitaria en función a los Acuerdos de la OMC solo cuando la norma tenga por objeto desarrollar explícitamente alguna de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC.

El estudio de la “aplicabilidad directa” de los Acuerdos de la OMC en el tercer sistema jurídico resulta ser de importante relevancia por ser un sistema próximo al sistema peruano que permite observar cómo esta problemática puede ser visto desde diferente perspectivas en, por ejemplo, en la República de Chile la posición jurisprudencial sobre la posibilidad de desarrollar esta vía se encuentra dividida, por lo cual se podrá observar diferentes supuestos en donde el juez afirma que los Acuerdos de la OMC gozan de aplicabilidad directa y en otras oportunidades, no.

El **tercer capítulo** estará centrado en el estudio del caso peruano. Con esto se pretende analizar en detalle la posibilidad de utilizar los Acuerdos de la OMC como criterio de legalidad del juez de las medidas nacionales del Estado Peruano, bajo la estructura de las mismas cuestiones centrales de investigación precedentes,

⁸ El nombre oficial era “Las Comunidades Europeas” hasta el 30 de Noviembre de 2009, de acuerdo al Tratado de Lisboa, a partir del 01 de Diciembre de 2009 ahora se denomina “Unión Europea”.

aplicadas en los dos capítulos previos. En ese sentido, primero, es necesario identificar la forma de incorporación de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano. Luego, resulta importante determinar cuál es el rango normativo de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano (estudiando su incorporación a este sistema) y comparar los diversos efectos que pueden tener estos acuerdos. Segundo, retomando la hipótesis planteada, en función del rango normativo de estos acuerdos, se distinguirá cuándo es posible cuestionar la legalidad de medidas nacionales, quedando por evaluar las vías procesales existentes que correspondan a nuestra hipótesis, ya sea en sede constitucional, judicial o administrativa.



CAPITULO I

INTRODUCCIÓN DEL PROBLEMA CENTRAL: LA “APLICABILIDAD DIRECTA” DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN EL DERECHO NACIONAL

La posibilidad de desarrollar una vía en el ordenamiento jurídico peruano que permita a las personas invocar los acuerdos de la OMC frente a los tribunales de justicia y consecuentemente permita al juez cuestionar **las medidas de la Administración Pública** utilizando como criterio de legalidad a estos mismos acuerdos, es una posibilidad que se desprende directamente de la teoría de la “**aplicabilidad directa**” de los Tratados, en específico, los Acuerdos de la OMC.

A fin de abordar satisfactoriamente esta problemática relativa a la “aplicabilidad directa” de los Acuerdos de la OMC en el Derecho Nacional, es necesario determinar y distinguir diversos términos y conceptos de investigación antes de profundizar en la discusión (1.1). Enseguida, de la mano con la descripción del contexto general del asunto (1.2) y con la presentación del estado actual de la Doctrina pertinente (1.3), se podrá comprender la importancia de tres cuestiones principales que permitirán profundizar en el análisis de esta posibilidad en los dos capítulos posteriores (1.4).

1.1 TÉRMINOS Y CONCEPTOS DE INVESTIGACIÓN

El enunciado de la hipótesis de la presente investigación contiene diferentes términos y conceptos que necesitan definir su alcance para evitar una posterior confusión en la investigación. La “aplicabilidad directa” (1.1.1), y el “efecto directo” (1.1.2) no tienen el mismo alcance conceptual en esta investigación, existe una

diferencia entre éstos (1.1.3). Así mismo, el concepto Administración Pública (1.1.4), medidas (1.1.5) y personas (1.1.6) no siempre son términos claros en la Doctrina Nacional.

1.1.1 Aplicabilidad directa

La “aplicabilidad directa” de un Tratado hace referencia a la capacidad que ésta tiene de ser aplicada como fundamento jurídico en un caso específico por el juez o una entidad administrativa, sin la necesidad de que exista un acto legislativo adicional de por medio. Este concepto es utilizado también en la Doctrina de los Estados Unidos y es definido como “*self-executing*”⁹ o auto-ejecutable. Debe quedar claro que la definición anterior no guarda relación con la concepción del “efecto directo” desarrollada por la Doctrina en la Unión Europea.

La definición empleada en esta investigación se desprende de la definición elaborada por el profesor Charles-Emmanuel Côté¹⁰. Este autor se refiere a la “aplicabilidad directa” como a la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC frente a los tribunales nacionales para poder cuestionar las medidas nacionales incompatibles con los Acuerdos de la OMC, lo cual no implica que los Acuerdos de la OMC confieran derechos a las personas, sino que por el hecho de formar parte del Derecho Nacional, a través del juez, éstos acuerdos pueden servir como parámetro de control de las medidas de la Administración Pública. Esto último puede ser aprovechado por las personas para cuestionar, frente al juez, estas medidas por ser

⁹ La teoría de los Tratados « *self-executing* » o autoejecutables será explicada con detalles en el punto 2.1 de este trabajo de investigación.

¹⁰ Charles-Emmanuel Côté. *La participation de personnes privées au règlement des différends internationaux économiques: le cas de l'élargissement du droit de porter plainte à l'organisation mondiale du commerce*. Editions Bruylant. Bruxelles. 2007. 635 páginas.

inconsistentes con el contenido de estos acuerdos.

En ese mismo sentido, nuestra definición es compatible con lo descrito por John H. Jackson¹¹. Este autor prefiere utilizar el término “aplicabilidad directa” en vez de “*self-executing*” para referirse a la capacidad de un Acuerdo de ser parte del Derecho Interno, como las demás normas del sistema jurídico estadounidense. Para él, un Acuerdo tiene “aplicabilidad directa” cuando éste tiene un rol directo normativo en el sistema jurídico.

1.1.2 Efecto directo

El concepto de “efecto directo” surge del estudio del Derecho de la Unión Europea en los años 70’s y originalmente se refiere a la capacidad de una disposición del Tratado de crear derechos para las personas en un Estado. En ese sentido, una persona puede reclamar ante el juez ***contra otra persona o contra el propio Estado*** en base a ***estos derechos*** que se encuentran contenidos en un Tratado Internacional.

Para entender precisamente el concepto del “efecto directo” se adoptará la definición desarrollada por Paul Craig y Gráinnz de Búrca en su obra “EU Law. Text, Cases and Materials¹²”. Estos autores explican el concepto del “efecto directo” a través de una diferencia fundamental. Primero, sostiene que existe una definición estricta

¹¹ J.H Jackson. Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis. American Journal of International Law. Volume 86, issue 2. April, 1992, 310-340. pp. 313-315.

¹² Paul Craig y Gráinnz de Búrca. “EU Law. Text, Cases and Materials”. Fifth Edition. 2011, Oxford University Express, 1155 páginas.

denominada “efecto directo objetivo”¹³ derivada del caso *Van Gend en Loos*¹⁴ que puede ser expresada como “la capacidad de una disposición del Derecho de la Unión Europea de ser invocada ante los tribunales nacionales”. Sin embargo, de acuerdo a los autores de la obra, este elemento descrito no es tan esencial en la definición del “efecto directo”. Consideramos que, en realidad, de acuerdo al profesor J. A. Winter¹⁵ (como se podrá observar posteriormente) esa definición corresponde más al concepto de “aplicabilidad directa” y no será considerada al momento de referirnos al concepto del “efecto directo”.

Segundo, la clásica definición del efecto directo es usualmente expresada como la capacidad de una disposición del Derecho de la Unión Europea de conferir derechos a los individuales que pueden ser exigidos ante los tribunales nacionales, aquello es conocido como el “efecto directo subjetivo”¹⁶. Es esta última definición que se adapta a los objetivos de la investigación a fin de evitar una eventual confusión con el precitado concepto de “aplicabilidad directa”.

¹³ Op cit p. 268-304.

¹⁴ Esta doctrina surge primero a través del caso *Van Gend en Loos* en donde el juez europeo establece ciertas condiciones para que un artículo de un Tratado pueda tener efecto directo. En ese sentido, el artículo tenía que ser claro, negativo, incondicional, sin contener ninguna reserva de parte de los países miembros, y sin depender de ninguna medida que las implemente. Sin embargo, esta postura de la Corte Europea de Justicia ha ido evolucionando a través del tiempo, es por eso que luego tomamos como referencia al caso *Reyners c. Bélgica*, pues esta presenta la actual percepción sobre la teoría del efecto directo en el Derecho Europeo. Para mayor información ver: Caso 26/62 *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 1963, ECR 1. Se debe considerar en la lectura del caso que el artículo 12 es ahora el artículo 30 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en vigor a partir del 1 de Diciembre del 2009 (TFEU), artículo 169 es ahora artículo 258 TFEU, artículo 170 es ahora artículo 259 TFEU, y artículo 177 es ahora 267 TFEU.

¹⁵ Ver J. A. Winter, *Direct applicability and direct effect; two distinct and different concepts in Community Law*. Publicado en: *Common market law review*.- Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, ISSN 0165-0750, ZDB-ID 2158188. - Vol. 9.1972, 4, p. 425-438. Disponible en versión electrónica en: <https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/Winter,CMLR1972.pdf>. Visto el 23 de noviembre de 2013.

¹⁶ Ver el Caso 2/74, *Reyners c. Bélgica*, 1974, ECR 631. Esta sentencia resume la posición actual de la Corte Europea de Justicia sobre el “efecto directo” sosteniendo que un artículo puede tener efecto directo si éste confiere derecho a los individuales y que es suficientemente clara, precisa e incondicional.

1.1.3 Diferencia entre “aplicabilidad directa” y “efecto directo”

La definición conceptual entre “aplicabilidad directa” y “efecto directo” tienen un desarrollo diferente pero no es incompatible entre sí, pues el primer concepto está incluido en el segundo. Es decir, pueden existir disposiciones que sean aplicables directamente a un determinado ordenamiento jurídico interno, pero no necesariamente tendrá un efecto directo. Por lo contrario, se puede observar que la aplicabilidad directa de una disposición sería una condición previa para que la misma pueda tener un efecto directo, lo cual conlleva a sostener que toda disposición con efecto directo tiene que ser aplicable directamente. En ese contexto es necesario identificar con detalle estas diferencias conceptuales entre ambos.

Uno de los primeros autores en identificar esta diferencia conceptual es el profesor J. A. Winter en su reconocido artículo denominado “Direct Applicability and Direct Effect two distinct and different concepts in Community Law”¹⁷. Este autor estableció en 1972 un desarrollo claro de ambos conceptos que luego fue influenciando a la Doctrina hasta la actualidad (como podrá observarse posteriormente). En esa línea, se puede observar que el autor sostiene lo siguiente:

“It is more and more acknowledged that in the framework of Community Law the term “direct applicability” should be reserved for the method of incorporation of (secondary) Community Law into the municipal legal order (Art. 189)”¹⁸.

¹⁷ J. A. Winter, Direct applicability and direct effect; two distinct and different concepts in Community Law. Publicado en: Common market law review.- Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, ISSN 0165-0750, ZDB-ID 2158188. - Vol. 9.1972, 4, p. 425-438. Disponible en versión electrónica en: <https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/Winter,CMLR1972.pdf>. Visto el 23 de noviembre de 2013.

¹⁸ J.A. Winter, p. 425.

En contraste, al referirse al término “efecto directo” sostiene lo siguiente:

“The problem as to when a Community provision is susceptible of receiving judicial enforcement is best described as the question of “direct effect”.”¹⁹

En esa misma dirección aparecen otros autores como Steiner y Wood²⁰, quienes también hacen referencia a la mencionada diferencia conceptual, siguiendo la doctrina establecida por J. A. Winter. Estos dos autores sostienen lo siguiente:

“Not all provisions of directly applicable international law are capable of direct effects. Some provisions are regarded as binding on, and enforceable by States alone; others are too vague to form the basis of rights or obligations for individuals, others are too incomplete and require further measures of implementation before they can be fully effective in law. Whether a particular provision is directly effective is a matter of construction, depending on its language and purpose as well as the terms on which the Treaty has been incorporated into domestic law”.

Otra forma de estudiar esta diferencia entre la “aplicabilidad directa” y el “efecto directo” puede ser entendida a partir de la teoría pura de Derecho construida por Hans Kelsen²¹ quien aborda la diferencia entre los derechos subjetivos y los derechos objetivos. Un Tratado con “aplicabilidad directa” puede contener ambos, derechos objetivos que puedan avalar un acto del Estado o restringirlo y/o derechos subjetivos conferidos a los ciudadanos.

Contrariamente, el concepto clásico de “efecto directo” enfatiza el hecho de conferir derechos subjetivos a las personas como derechos que pueden ser invocados

¹⁹ Op cit. p. 425-426.

²⁰ Josephine Steiner, Lorna Woods and Philippa Watson. EU Law. Eleventh Edition, 2012. Published online: June 2013.

²¹ Hans Kelsen (1881-1973). Pure Theory of Law, Traducido por Max Knight. The Lawbook Exchange. New Jersey. 2008. 356 páginas.

directamente ante los jueces nacionales frente a cualquier sujeto, es decir, frente al propio Estado o frente a cualquier persona, mientras que la “aplicabilidad directa” hace referencia al hecho de que las disposiciones de un Tratado pueden ser aplicadas por una determinada autoridad nacional, por ejemplo, los tribunales de justicia y las entidades de la Administración Pública.

En ese contexto, la “aplicabilidad directa” de un Tratado puede ser considerado un pre requisito del “efecto directo” del mismo, mientras que el “efecto directo” no siempre aparece junto con la “aplicabilidad directa”. Es decir, inclusive si determinados derechos individuales son implícitamente o explícitamente excluidos por los miembros del Tratado, eso no significa que la “aplicabilidad directa” también esté excluida.

En resumen, la aplicabilidad directa está relacionada a la posibilidad de que las disposiciones de un Tratado puedan ser directamente aplicados por las instituciones nacionales, mientras que el “efecto directo” hace referencia al efecto de una disposición sobre las personas. Sin embargo, la aplicabilidad directa de una disposición de un Tratado no impide que las personas puedan invocar el contenido de esa disposición frente a los tribunales de justicia para poder cuestionar una medida de una entidad administrativa inconsistente con la norma internacional, sin que ello signifique que la norma internacional esté confiriendo derechos al individuo.

Cabe precisar más aún esta fundamental diferencia. En efecto, puede ser posible que los tribunales de justicia de un determinado Estado miembro de la OMC rechacen el “**efecto directo de los Acuerdos de la OMC**”, lo cual quiere decir que el juez rechaza la posibilidad de que los Acuerdos de la OMC otorguen a las

personas derechos subjetivos que puedan ser invocados materialmente. Esto incluye los posibles derechos subjetivos afectados por un acto de la Administración Pública (ya sea una medida administrativa o un acto administrativo).

Sin embargo, lo anterior no significa que esa persona no pueda invocar las disposiciones de los Acuerdos de la OMC para cuestionar la legalidad de ese acto de la Administración Pública haciendo que ese acto se anule o que se requiera una modificación en la normativa específica según sea el caso. Eso es un aspecto que concierne a la “**aplicabilidad directa**” de los Acuerdos de la OMC.

En este estudio se hará la respectiva diferencia conceptual de ambos términos, salvo caso contrario que será indicado explícitamente antes de abordar algún punto determinado en esta investigación.

1.1.4 Administración Pública

Para el caso peruano, el concepto de Administración Pública utilizado será el mismo que se encuentre contenido en el artículo del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General²². En su segundo párrafo este señala lo siguiente:

“Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos

²² Ley N° 27444 Ley del procedimiento administrativo general, promulgada en Lima el 10 de abril del 2001. Disponible en Internet: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-leyprocadmral.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>. Visto por última vez el 2 de agosto de 2013.

Descentralizados;

2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia”.

1.1.5 Función Administrativa y medidas de la Administración Pública

En esta investigación consideramos que la Administración Pública ejerce la función administrativa cuando emite reglamentos, actos administrativos, contratos administrativos, actos de la administración y hechos administrativos.

Cuando el autor haga referencia a las medidas de la Administración Pública, se estará haciendo alusión principalmente a los reglamentos, resoluciones de la Administración Pública, y en general a los actos administrativos.

1.1.6 Personas

Cuando se haga referencia al término personas se estará indicando el significado de persona privada conforme al Derecho Internacional Público²³. Este hace alusión a las personas físicas y a las personas morales de derecho privado, en oposición a las personas públicas como el Estado. El concepto de persona, en ese sentido, engloba

²³ J. Salmon, Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 824.

a los individuos, las sociedades privadas nacionales, transnacionales o multinacionales, así como las ONG. Otro sinónimo utilizado puede ser también el término “particulares”.

Resumen

En esta investigación el autor diferencia conceptualmente la definición del “**efecto directo**” y de la “**aplicabilidad directa**”. Eso es importante debido a la confusión que se puede generar en la presentación doctrinal de ambos términos y en el desarrollo de nuestra hipótesis en el caso peruano.

En ese sentido, se determina que la posibilidad de las personas de invocar los acuerdos de la OMC frente a los tribunales de justicia y, como consecuencia de ello, éstos puedan ser utilizados como criterio de legalidad del juez para cuestionar medidas de la Administración Pública, se debe estudiar a partir de la teoría de la “aplicabilidad directa”, dejando de lado la teoría del “efecto directo”.

Para ello, también resulta considerable precisar que el término “persona” se refiere a los individuos, las sociedades privadas nacionales, transnacionales o multinacionales, así como las ONG, o a los particulares.

Asimismo, para el caso peruano, el término de “administración pública” es el que se utiliza en el artículo del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por último, las cuando se haga referencia a las medidas de la administración pública en el caso peruano se estará refiriendo a especialmente a los reglamentos,

resoluciones de la Administración Pública, y en general a los actos administrativos.

1.2 CONTEXTO GENERAL

Luego de haber determinado el alcance de los términos y conceptos que serán abordados a lo largo de esta investigación, también resulta conveniente presentar el contexto general en el cual se genera esta problemática ligada a la “aplicabilidad directa” de los Acuerdos de la OMC. Dentro del desarrollo del Derecho Internacional Económico (1.2.1), luego de la aparición de la Carta de la Habana (1.2.2) y al Acuerdo General sobre el Comercio y la Tarifas Aduaneras de 1947 (1.2.3), surge la Organización Mundial del Comercio (OMC) (1.2.4). Este cuenta con un Sistema de Solución de Controversias, cuyo acceso se encuentra monopolizado por los países miembros, dejando a las personas sin posibilidad de cuestionar las medidas nacionales incompatibles con estos acuerdos (1.2.5). Es en ese contexto que se genera el presente objeto de estudio.

1.2.1 El Derecho Internacional Económico²⁴

Los Estados tienen la libertad de poder regular la actividad comercial internacional que se desarrolla a partir de su territorio. La soberanía económica de los Estados significa que estos pueden regular sus intercambios comerciales con otros países

²⁴ En esta investigación adoptamos la concepción del profesor Charles Emmanuel-Côté sobre el “Derecho Internacional Económico”. Según este autor, el Derecho Internacional Económico debe estar estrictamente ligado al Derecho Internacional Público, dejando de lado las reglas internas que rigen las transacciones comerciales internacionales de mercancías. Vista la dificultad de delimitar claramente el Derecho Internacional Económico del Derecho Internacional Público, Côté define al Derecho Internacional Económico en su acepción reducida como la rama del Derecho aplicable a la liberalización de intercambios comerciales internacionales.

como ellos deseen²⁵. A partir de esta soberanía económica, el Estado puede decidir sobre su seguridad nacional, su autonomía en temas alimentarios o decidir percibir ingresos²⁶.

El Derecho Internacional Económico apunta a restringir esta soberanía económica de los Estados a través de los Tratados, para liberalizar el comercio internacional, regulando el levantamiento de los obstáculos que lo impidan²⁷. Esta liberalización se ve influenciada por dos aspectos: el desarrollo del pensamiento liberal de las ventajas comparativas desarrollado por el economista David Ricardo²⁸ y el objetivo de la preservación de la paz y de la seguridad internacional, después del fin de la Segunda Guerra Mundial.

Por un lado, la teoría económica de David Ricardo²⁹ sostenía que los Estados se enriquecen si favorecen el comercio entre ellos, creando las condiciones perfectas de competencia donde cada Estado se beneficie de su ventaja comparativa sobre los otros, especializándose en el o los sectores donde es más competitivo.

²⁵ Ver Charles Emmanuel Côté «La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques: L'élargissement du Droit de porter plainte à l'OMC. 2007. Bruylant. Bruselas. p. 22. Para una mejor comprensión de la definición del Derecho Internacional Económico ver también Carreau y Julliard, Droit International Economique, 3ra Edición. 2005, Dalloz, Paris. p. 3-8. Y, Peter Van den Bossche, The Law and the Policy of the World Trade Organization, 7ma Edición, 2012, Cambridge University Press. p. 38.

²⁶ Charles Emmanuel Côté, op cit. 22.

²⁷ Ibidem. p. 23.

²⁸ David Ricardo (1817), Principles of Economy and Taxation. Piero Sraffa (Ed.) Works and Correspondance of David Ricardo, Volume I, Cambridge University Press, 1951, pp. 110 y ss., relativo al capítulo VII "On Foreign Trade". Ahí, David Ricardo presenta su famoso ejemplo sobre las ventajas comparativas entre Inglaterra y Portugal. Se puede ver la versión electrónica en: http://files.libertyfund.org/files/113/Ricardo_0687-01_EBk_v6.0.pdf.

²⁹ Op cit.

Por otro lado, otro aspecto distinto al de la liberalización del comercio, surge después del fin de la segunda guerra mundial, impulsado por los Estados Unidos de América y su secretario de Estado Cordell Hull³⁰: crear las condiciones favorables para mantener la paz y la seguridad internacional. Se sabía que las políticas económicas de los países en la primera mitad del siglo XX se caracterizaban por un fuerte proteccionismo que contribuyó a un rápido deterioro de las relaciones internacionales. Woodrow Wilson ya había señalado después de la primera guerra mundial la necesidad de relacionar la liberalización del comercio internacional a la restauración de la paz mundial, a través del conocido documento de los “Catorce puntos del Presidente Woodrow Wilson” (1918)³¹.

Es así que después de la Segunda Guerra Mundial comienza a desarrollarse un Derecho Internacional convencional que apunta a liberalizar el comercio internacional. “Este nuevo orden internacional económico que debía crearse después de la segunda guerra mundial no podía tener otro origen que el convencional a fin de luchar contra las erradas políticas proteccionistas y nacionalistas anteriores”³².

Para la concretización de lo anterior se debía constituir una serie de organizaciones internacionales intergubernamentales. Es así que se construyen los llamados

³⁰ En Charles Emmanuel Côté, op. cit p. 24. El autor hace un análisis del libro “The Memorie of Cordell Hull”, New York, Mac Millan, 1948 p. 1714-1728.

³¹ En la versión original se puede observar lo siguiente: “It will be our wish and purpose that the processes of peace, when they are begun, shall be absolutely open and that they shall involve and permit henceforth no secret understandings of any kind (...) The programme of the world's peace, therefore, is our programme; and that programme, the only possible programme, as we see it, is this: (...) III. The removal, so far as possible, of all economic barriers and the establishment of an equality of trade conditions among all the nations consenting to the peace and associating themselves for its maintenance (...)” Ver versión electrónica en: <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=62&page=transcript>. Visto el 30 de marzo de 2013.

³² Carreau Dominique y Patrick Juillard, Droit International Economique, 3ra Edición, Dalloz, p.59.

acuerdos de Bretton-Woods³³ creando el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRD o el Banco Mundial). Por otro lado, sin mucho éxito se celebra la Carta de La Habana que instituye una Organización Internacional del Comercio (OIC), acuerdo que nunca entró en vigor, y que como solución provisoria se firmó el Acuerdo General sobre el Comercio y las tarifas Aduaneras de 1947 (GATT de 1947), hasta que el 01 de enero de 1995 se creó la Organización Mundial del Comercio (OMC) con la entrada en vigor del Acuerdo de Marraquech.

1.2.2 La Carta de la Habana

La Carta de la Habana³⁴ se realizó con la finalidad de constituir la Organización Internacional del Comercio³⁵ (OIC), institución especializada de las Naciones Unidas. La Carta de la Habana preveía disposiciones que reconocían la importancia del empleo, de la producción y de la demanda en relación con el propósito de la propia

³³ Ver el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, adoptado en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas celebrada en Bretton Woods, New Hampshire, el 22 de julio de 1944. Entró en vigor el 27 de diciembre de 1945. Visto en: <http://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/aa/aa.pdf> el 19 de marzo de 2013.

Ver también el Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), adoptado en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas celebrada en Bretton Woods, New Hampshire, el 22 de julio de 1944. Entró en vigor el 27 de diciembre de 1945. Visto en: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0,,contentMDK:20440513~menuPK:950571~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html> el 19 de Marzo del 2013.

³⁴ Documento elaborado el 24 de marzo de 1948 durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Empleo en La Habana, Cuba. Ver Acta final y documentos conexos de la Comisión “*interimaire*” de la Organización Internacional del Comercio elaborado en Lake Success, Nueva York en Abril de 1948, en: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf. Visto el 19 de marzo de 2013.

³⁵ Ver artículo 1.6 de la Carta de Habana: “En consecuencia establecen por la presente la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE COMERCIO por medio de la cual cooperarán, como miembros, para lograr el propósito y los objetivos enunciados en el presente Artículo”.

Carta³⁶. También contenía disposiciones destinadas a liberalizar el comercio mundial³⁷, así como un mecanismo de solución de controversias provenientes de la aplicación del Acuerdo³⁸, sin embargo éste nunca entró en vigor. A pesar de su intento fallido de constituir una organización internacional del comercio, se resalta la relación que se crea entre la liberalización del comercio internacional y la conservación de la paz y de la seguridad internacional³⁹.

1.2.3 El Acuerdo General sobre el Comercio y la Tarifas Aduaneras de 1947– (GATT de 1947)

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT de 1947)⁴⁰ se suscribió el 30 de octubre de 1947 y entró en vigor el 01 de enero de 1948 como una suerte de extracto de la Carta de La Habana, provisoriamente.

³⁶ Ver artículo 2° de la Carta de Habana: 1. Los miembros reconocen que la prevención contra el desempleo o el subempleo, mediante la creación y el mantenimiento en cada país de oportunidades ventajosas de empleo a favor de quienes tengan aptitud y voluntad para el trabajo (...) 3. Los miembros reconocen que el intercambio regular de información y opiniones entre los Miembros, es indispensable para (una) la cooperación fructífera en materia de empleo y actividad económica y que debe ser facilitado por la Organización. Ver también el artículo 3° de la Carta de la Habana sobre el mantenimiento del empleo dentro de cada país. Ver artículo 7° de la Carta de la Habana sobre las normas de trabajo equitativas.

³⁷ Ver artículo 4° sobre Eliminación de desajustes en la balanza de pagos. Ver también el Capítulo IV sobre política comercial. Ahí se puede observar dos principios que ahora están presentes en el GATT 1947. El primero relativo al Tratamiento general de la nación más favorecida contenido en el artículo 16° de la Carta de la Habana. El segundo hace referencia al Tratamiento nacional en materia de tributación y reglamentación interiores, conocido como el principio del Trato nacional, que se encuentra en el artículo 18° de la Carta de la Habana. Por otro lado, los artículos 8-15 hacían referencia a las inversiones directas extranjeras como útiles de desarrollo económico y de reconstrucción. Los artículos 16-45 se referían al tratamiento de las tarifas arancelarias, de las restricciones cuantitativas, de las subvenciones, de los derechos antidumping así como del comercio de Estado.

³⁸ Ver artículos 92-97 sobre el Memorandum de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio.

³⁹ Ver el preámbulo de la Carta de la Habana y los artículos 72, 86 y 99 que hacen una mención implícita y explícita del término “paz” y “seguridad”.

⁴⁰ Ver documento en línea en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf.

Es importante señalar que GATT de 1947 reconoce que las relaciones comerciales y económicas deben tender al logro de niveles de vida más altos, a la consecución del pleno empleo y de un nivel de vida cada vez mayor⁴¹. Apuntando a ese fin, el GATT de 1947 se fija el objetivo de “regular el intercambio comercial internacional de bienes”⁴² a “base de reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción substancial de los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales, así como la eliminación del trato discriminatorio en materia de comercio internacional”⁴³.

La historia empezó cuando en diciembre de 1945 los Estados Unidos de América invitaron a sus aliados de la Segunda Guerra Mundial a comenzar a negociar un acuerdo para la reducción recíproca de tarifas en el comercio de bienes. En Julio de 1945, el Congreso de este país otorgó la autoridad al Presidente Truman para negociar y concluir tal acuerdo. Luego, en 1946 los Estados Unidos invitó a realizar una conferencia para discutir sobre la creación de una organización internacional del comercio. Para eso, un comité preparatorio fue establecido en febrero de 1946 reuniéndose en octubre de 1946⁴⁴.

Las negociaciones para el GATT estaban avanzadas para octubre de 1947, y en ese mismo mes se alcanzó el Acuerdo. Sin embargo, las negociaciones para formar la Organización Internacional del Comercio (en adelante, **OIC**) no eran fáciles y estaba claro que no estaría establecido antes del año 1948. A pesar de la estrecha relación

⁴¹ Ver segundo párrafo del Preámbulo del GATT de 1947. Este es compatible con lo establecido por la Carta de la Habana respecto a la conservación de la paz y de la seguridad así como al fomento del empleo.

⁴² Ver tercer párrafo del Preámbulo del GATT de 1947.

⁴³ *Ibídem*.

⁴⁴ Ver artículo sobre la Historia del GATT de 1947.

entre el GATT y la OIC, los negociadores pensaban que no era posible esperar la creación de la OIC para dar fuerza al GATT⁴⁵.

Había algunas partes que no podían esperar la creación de la OIC, y otras querían contar con el GATT como parte de la legislación de la OIC. Entonces para solucionar el problema, el 30 de octubre de 1947 se firmó el Protocolo de Aplicación Provisional del Acuerdo General sobre el Comercio y las Tarifas Aduaneras-GATT.

En marzo de 1948, como ya se ha mencionado, las negociaciones para la creación de la OIC fueron exitosas en La Habana, la Carta de Habana proveía el establecimiento de la OIC. Sin embargo, ésta nunca entró en fuerza. Ante la ausencia de un organismo internacional del comercio, los países retrocedieron a los primeros años 50's, a la sola existencia de la institución multilateral internacional del Comercio, el GATT 1947, para resolver sus problemas respecto a las relaciones comerciales. Sin embargo, el GATT fue concebido como un Acuerdo Internacional para la reducción de Tarifas y no como una organización internacional.

1.2.4 Los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio

Con el tiempo la cuasi institucionalidad del GATT desapareció y el 01 de enero de 1995 se crea la Organización Mundial del Comercio a través del Acuerdo de Marrakech⁴⁶ de abril de 1994. El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC es el acuerdo internacional sobre el comercio más ambicioso nunca antes concluido. Este consiste en un acuerdo corto de 16 artículos y otros acuerdos y

⁴⁵ Ver artículo sobre la Historia del GATT de 1947.

⁴⁶ Ver el documento en línea en: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf

entendimientos incluidos en los anexos del Acuerdo principal.

La OMC así deviene una organización internacional tan importante como el fin último sobre el cual se construye esta institución. En el Acuerdo de Marraquech los países miembros reconocen⁴⁷ que sus relaciones comerciales y económicas deben ser conducidas mirando siempre desarrollar o incrementar los estándares de vidas, asegurando el pleno empleo. En ese mismo sentido, los países miembros que suscribieron el Acuerdo que constituye la OMC reconocieron⁴⁸ que el intercambio comercial de bienes y servicios debe hacerse de acuerdo con los objetivos de Desarrollo Sostenible, teniendo en consideración la protección y conservación del ambiente.

Por otro lado, la OMC es una de las organizaciones internacionales que tiene más influencias en la economía global. Esta amplía el objeto del Derecho Internacional Económico a la regulación del intercambio internacional de bienes y servicios a través de los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Bienes⁴⁹ y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios⁵⁰, así como los aspectos relativos a las cuestiones de propiedad intelectual con el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relativas al Comercio⁵¹. Así mismo se concluyen junto con el Acuerdo de Marraquech otros acuerdos relativos a diversas materias como el de agricultura, medidas sanitarias y fitosanitarias, de textiles y de medidas relativas a las

⁴⁷ Ver primer párrafo del Preámbulo del Acuerdo de Marraquech que constituye la Organización Mundial del Comercio.

⁴⁸ Ver segundo párrafo del Preámbulo del Acuerdo de Marraquech.

⁴⁹ Ver el Anexo 1A del Acuerdo en: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/05-anx1a.pdf

⁵⁰ Ver el Anexo 1B del Acuerdo en: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf

⁵¹ Ver el Anexo 1C del Acuerdo en: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

inversiones y el comercio internacional.

1.2.5 El Sistema de Solución de Controversias de la OMC

De acuerdo al artículo 3.2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, el sistema de solución de diferencias de la OMC es:

“Un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad sistema multilateral de comercio (...) sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con mas normas usuales del derecho internacional público.”

El conjunto de los Acuerdos de la OMC no pueden ser eficaces si las reglas no son respetadas y si no hay un Acuerdo que exija su cumplimiento a los Estados miembros de la OMC. Recordemos que cada miembro contrajo diferentes obligaciones y se entiende al mismo tiempo que adquieren derechos que se desprenden del hecho de que los otros miembros asumen obligaciones similares.

1.2.5.1 Problemas a partir del Sistema de Solución de Controversias de la OMC

Debido a que los Acuerdos de la OMC son concluidos entre Estados solamente, este Sistema de Solución de Controversias se sitúa solo a nivel de los Estados y no concierne en lo absoluto a las partes privadas, es en principio un *sistema interestatal*. Ellos, en principio, son los que tienen el monopolio sobre el actual

Sistema de solución de controversias de la OMC. Esto implica que en caso de que exista un conflicto de intereses, éste debe mediarse, tratarse o resolverse a través de este Sistema que no consagran ninguna modalidad interna para atender reclamaciones privadas, a pesar de que pueden verse afectados por las medidas emprendidas de los Estados.

Las ideas de Carreau y Juillard⁵² y Côté⁵³, permite evidenciar aún más cuál es el problema que motiva ésta investigación. Según estos autores, las empresas privadas son en realidad los beneficiarios de la liberalización del comercio mundial operado por los Acuerdos de la OMC. Ellos son entonces los primeros afectados por la anulación o reducción de las ventajas que se desprenden de estos acuerdos en situación de violación o de no afectación. Ellos son mayormente los que piden a su Estado de nacionalidad de reclamar en la OMC para que sus ventajas sean restablecidas.

A modo ilustrativo, una medida de la Administración Pública sobre la eliminación arancelaria impuesta de manera arbitraria implica la eliminación de ventajas comerciales para uno y no para otros lo cual puede originar un conflicto de intereses entre los privados. Una medida que vulnere el principio de Trato Nacional sin acreditar haber cumplido con las excepciones impuestas por los Acuerdos de la OMC puede significar un trato discriminatorio para cierto grupo de particulares.

⁵² Carreau Dominique y Patrick Juillard, op cit. p. 85 y ss.

⁵³ Para una mejor comprensión de este punto se puede ver el Capítulo X “Les problèmes posés par le mécanisme actuel de l’Organisation mondiale du commerce concernant les personnes privées” en “La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques: l’élargissement du droit de porter plainte à l’OMC”, pp. 385 - 397.

En ese contexto, frente a la imposibilidad jurídica de recurrir directamente al Sistema de Solución de Controversias de la OMC, los particulares pueden intentar hacer uso de los Acuerdos de la OMC para poder cuestionar determinadas medidas nacionales que contravienen las disposiciones de los Acuerdos de la OMC, desde su propio ordenamiento jurídico interno. De esa forma se pretende eliminar el origen de la desventaja producida y con ella la afectación a los intereses de los particulares.

Es ahí donde surge la pregunta sobre la posibilidad de que las disposiciones de los Acuerdos de la OMC puedan ser invocadas ante los tribunales nacionales a fin de cuestionar la legalidad y validez de las medidas nacionales que vulneran el contenido de los Acuerdos. ¿Puede un importador de cualquier nacionalidad con domicilio en el Perú cuestionar el régimen de importación de autos usados ante los tribunales nacionales argumentando de que dicho régimen no es consistente con lo establecido en el literal b) del artículo XX del GATT de 1994? ¿Puede un importador de plátanos ecuatorianos cuestionar el régimen de importación peruano sosteniendo que vulnera las disposiciones de los Acuerdos sobre medidas sanitarias y fitosanitarias de la OMC? En resumen, estas cuestiones son las relativas a la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC ante los tribunales nacionales para cuestionar medidas nacionales.

Sin embargo, el desarrollo de esta posibilidad jurídica solo depende del sistema jurídico de cada Estado miembro. La OMC, a través de los mismos Acuerdos Multilaterales⁵⁴ ha establecido que los estados miembros se deben encargar de dar el tratamiento que convengan a los acuerdos dentro de sus territorios. Asimismo, hay

⁵⁴ Ver artículo XVI:4 del Acuerdo de la OMC: “Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexas”.

que considerar la posición de la OMC a través del Panel en el caso *Estados Unidos - Sección 301-310* de la Ley Comercial de 1974⁵⁵. En esa ocasión, se ha afirmado que los Acuerdos de la OMC hasta el momento no ha generado un sistema que alcance a los individuos como partes, pero que su propia interpretación no condiciona la interpretación que pueden tener los Estados de los propios acuerdos, pudiendo ellos mismo decidir sobre el mismo, internamente.

1.2.5.2 Percepción del Problema en otros estados miembros

Seguidamente, sin perjuicio a que el detalle de este desarrollo en el caso de los tres primeros países será explicado en la segunda parte de esta investigación, el análisis sobre la posibilidad de cuestionar las medidas del Estado que vulneran los Acuerdos de la OMC a partir de su propia invocación frente a los tribunales depende de cada sistema jurídico. En diferentes países como Los Estados Unidos, China y las propias Comunidades Europeas desarrollan esta posibilidad desde diferentes perspectivas, ya sean prohibiendo toda posibilidad de invocar los Acuerdos o simplemente separando contextos donde sí es posible su desarrollo.

a) Los Estados Unidos de América

La posición de los Estados Unidos frente este asunto es tajante. Los Acuerdos Multilaterales de la Ronda de Uruguay no tienen el efecto jurídico de una norma general en el Derecho de los Estados Unidos⁵⁶. La ley que implementa⁵⁷ los

⁵⁵ Ver el párrafo 7,72. WT/DS152/R del 22 de Diciembre de 1999, (99-5454). Documento de la Organización Mundial del Comercio. Original en Inglés “United States-Sections 301-310 of the Trade Act of 1974. 376 páginas.

⁵⁶ John H: Jackson, William J: Davey & Alan O. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, 4^o Edición, 2002, p. 244.

⁵⁷ El 08 de diciembre de 1994, el Congreso emitió la Ley de los Acuerdos Comerciales Multilaterales de la Ronda de Uruguay (URAA).

Acuerdos de la OMC, ha cerrado la puerta a toda posibilidad a las personas privadas de poder invocar estos acuerdos ante los tribunales nacionales para cuestionar medidas del Ejecutivo⁵⁸. Sin embargo, esta misma ley solo deja la posibilidad de que sea el gobierno federal el que pueda invocar estos acuerdos.

b) La Unión Europea (Ex–Comunidades Europeas)

El desarrollo de esta posibilidad en la Unión Europea ha sido muy evidente pero no se encuentra definida del todo. En principio, de acuerdo a la Decisión de Consejo del 22 de Diciembre de 1994, el Consejo de Ministros de la Unión Europea estableció que el Acuerdo que establece la OMC y sus anexos no son susceptibles de ser directamente invocados en la Comunidad o en los tribunales de sus Estados – miembros⁵⁹.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado una línea dividida respecto de este asunto. En principio el Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechaza cualquier desarrollo de los efectos jurídicos de los Acuerdos de la OMC, ya sea la posibilidad de invocarlos o el efecto directo de los mismos. Sin embargo, excepcionalmente, el juez ha sostenido que sí es jurídicamente posible cuestionar estas medidas en base a los Acuerdos de la OMC solo en los casos cuando se intenta implementar sus disposiciones (Caso

⁵⁸ Lo anterior se puede verificar en la lectura conjunta del literal (a) y (c) de la artículo 102° del URAA. El literal (a) señala que ninguna disposición de los Acuerdos de la OMC tendrá efectos en los Estados Unidos si éste es inconsistente con cualquier norma o medida de los Estados Unidos. Asimismo, el literal (c) señala que “ninguna otra persona salvo los Estados Unidos (A) puede tener alguna causa de acción o defensa en base a cualquiera de los Acuerdos (de la OMC) o (B) puede cuestionar, en base a los Acuerdos de la OMC, cualquier acción o inacción de algún departamento, agencia, u otra dependencia de los Estados Unidos (...)”.

⁵⁹ Ver: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994D0800:Es:HTML>

Nakajima⁶⁰).

c) República de Chile

En Chile, los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, jurídicamente, A) pueden ser invocados por los individuos ante los tribunales nacionales de justicia para poder cuestionar la legalidad de las medidas del Poder Ejecutivo, ya sea en sede administrativa o en sede judicial. Sin embargo, a pesar de la existencia de la regulación del marco jurídico chileno que permite invocar estos Acuerdos por parte de las personas, el juez chileno ha decidido desarrollar una postura dividida. En ciertos casos se observa que el juez acepta esta posibilidad y en otros escenarios se rechaza la misma.

d) República Popular China

En China esta cuestión es relativamente nueva, y la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC frente a los Tribunales de justicia es incierta. Eso se debe a que hasta el momento no existen casos que hayan cuestionado la inconsistencia de una medida de la Administración Pública frente a los acuerdos de la OMC.

Asimismo, al igual que en el sistema jurídico peruano, no existe una disposición expresa constitucional que regule la posición de los Tratados en el sistema jurídico chino, lo cual complica aún más su análisis.

Es por eso que solo se podría recurrir a la Doctrina desarrollada por autores de este

⁶⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989CJ0069:ES:PDF>

país. Por ejemplo, en la obra de Van den Bossche⁶¹, cita al autor Xin Zhang quién sostiene que “siguiendo la práctica de otros importante estados miembros de la OMC, es propio rechazar la aplicabilidad directa de la mayoría de los Acuerdos de la OMC a excepción del ADPIC, que confiere derechos y obligaciones a los particulares directamente (...). Por consiguiente es justo decir que China sigue la práctica de los países más importantes, rechazando la aplicabilidad inmediata de los Acuerdos de la OMC al menos en los casos en contra del Gobierno”.

Por otro lado, Henry Gao⁶² de la Universidad de Hong Kong hace una interpretación del párrafo 67⁶³, 75⁶⁴ del documento de la OMC distribuido solo en inglés y denominado ‘Report of the Working Party on the Accesion of China’⁶⁵. El autor considera que este párrafo no excluye la posibilidad de aplicar directamente los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico chino.

e) República de India

En el caso Novartis AG c. Unión de India⁶⁶ resuelto por la Alta Corte de Madras, se

⁶¹ Peter Van den Bossche, *The Law and the Policy of the World Trade Organization*, 6ta Edición, 2005, Cambridge University Press. p. 72.

⁶² China’s Participation in WTO, *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, 2007, 11 SYBIL 1-34, pp.18.

⁶³ Párrafo 67: “the WTO Agreement would be implemented by China in an effective and uniform manner through revising its existing domestic laws and enacting new ones fully in compliance with the WTO Agreement”.

⁶⁴ Párrafo 75: All individuals and entities could bring to the attention of central government authorities cases of non-uniform application of China’s trade regime, including its commitments under the WTO Agreement and the Draft Protocol. Such cases would be referred promptly to the responsible government agency, and when non-uniform application was established, the authorities would act promptly to address the situation utilizing the remedies available under China’s laws, taking into consideration China’s international obligations and the need to provide a meaningful remedy.

⁶⁵ Ver el documento WT/ACC/CH/49 del 1 de Octubre de 2001 y el documento WT/ACC/CH/49/Corr.1 del 05 de Octubre de 2001.

⁶⁶ Caso N° W.P. No.24759 de 2006 de fecha 06 de Agosto de 2007. Disponible en: 41

sostiene que debido a la existencia del mecanismo de solución de controversias de la OMC, cualquier disputa en base a los Acuerdos de la OMC es propiamente discutido a través de ese mecanismo. En esa ocasión, Novartis AG había cuestionado, entre otros argumentos, la consistencia de la Sección 3 (d) de la Ley de Patentes de la India⁶⁷ con algunas disposiciones relevantes del ADPIC.

1.2.5.3 Una percepción distinta del problema: Ernst Ulrich Petersmann y el Constitucionalismo Multiniveles del Derecho Internacional Económico

Ernst Ulrich-Petersmann también ilustra este problema y propone una solución desde otro punto de vista a través del desarrollo de su teoría sobre el *Constitucionalismo multiniveles*.

Petersmann parte de la idea que la legitimidad del Derecho Internacional Económico depende de su relación coherente con la vigencia de los Derechos Humanos en diferentes niveles jurídicos (nacional, bilateral, regional y global), el cual se materializa a través de la constitucionalización multiniveles de los principios del comercio internacional contenidos en Acuerdos⁶⁸. Esto se explica debido a que, una regulación económica de múltiples niveles requiere una protección constitucional a varios niveles de los Derechos Humanos, Gobierno Democrático y de las reglas del Derecho.

En ese contexto, el autor argumenta que el Derecho Internacional Económico

<http://judis.nic.in/chennai/qrydisp.asp?tfnm=11121>, visto el 31 de marzo de 2013.

⁶⁷ En base a esta disposición normativa las autoridades de la India denegaron una patente a Novartis AG sobre “Glivec” una medicina contra el cáncer. De esta forma, Novartis AG sostenía que la India estaba permitiendo la producción de copias genéricas más baratas.

⁶⁸ Ernst-Ulrich Petersmann, *The Future of International Economic Law: A Research Agenda*. EUI Working Papers. Law 2010/06. European University Institute, Florence. 40 páginas.

debería ser concebido no solo como un derecho entre los Estados sino como el derecho de las personas y del derecho global de los ciudadanos, por ejemplo, el artículo XX del GATT de 1994⁶⁹ puede ser visto como una construcción jurídica de conformidad con la protección de los derechos humanos por parte de los miembros de la OMC.

Es a partir de ese pensamiento que sostiene que es difícil imaginar cómo la regulación y las decisiones administrativas diarias relativas al derecho de aduanas, antidumping, medidas compensatorias, salvaguardias y subsidios puedan ser efectivamente controladas sin la vigilancia de los individuos preocupados por la protección de sus derechos⁷⁰.

Frente a ese posible escenario, el autor reconoce la importancia del juez en el proceso de constitucionalización de estos principios del Derecho Internacional Económico en múltiples niveles, al afirmar que la función procesal de los tribunales es de particular importancia en el área de la Economía y del Derecho del Comercio Internacional, donde las autoridades del gobierno disponen de una amplia discreción para establecer subsidios, restringir la competencia y redistribuir ingresos entre los

⁶⁹ ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO.- Artículo XX. Excepciones generales

(...) A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

a) necesarias para proteger la moral pública;

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; (...).

⁷⁰ E.U. Petersmann "Limited Government and Unlimited Trade Policy Powers? Why Effective judicial Review of Foreign Trade Restrictions Depends on Individual Rights" in National Constitutions and International Economic Law, Studies in Transnational Economic Law, ed. by E.U. Petersmann & M. Hilf (Deventer, Netherlands: Kluwer Law and Taxation, (1993). 537 -550.

ciudadanos.

A modo complementario, se ha querido referir a esta tesis del profesor Petersmann para que se sostenga que la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC, es una forma de materializar el rol del juez en este proceso de constitucionalización de los principios contenidos en los Acuerdos de la OMC, en este caso, a nivel nacional.

Asimismo, la forma de abordar este punto a través de la legitimación del Derecho Internacional Económico y la coherencia entre los Acuerdos de la OMC y la vigencia de los Derechos Humanos puede ser una manera de explicar el creciente proceso de internacionalización de las provisiones contenidas en los Acuerdos de la OMC en el Perú a partir de la función del juez y la aplicación directa de éstos acuerdos.

Evaluación del punto 1.2

El asunto sobre la posibilidad de invocar los acuerdos de la OMC frente a los tribunales nacionales para cuestionar las medidas de la Administración Pública es muy variado, sin embargo la mayoría de los principales países miembros de la OMC han optado por limitar esta posibilidad, construyendo diversos argumentos que se ven influenciados según la configuración de cada sistema jurídico interno y de la propia interpretación de puedan desarrollar los jueces sobre la aplicabilidad directa de los Acuerdos de la OMC.

Dado estos ejemplos, también es necesario tomar en consideración el estado actual sobre la Doctrina relativa al objeto de estudio, de modo que nos permita aclarar el escenario para abordar la discusión sobre la posibilidad de aplicar directamente los Acuerdos de la OMC en el caso peruano.

1.3 EL ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA SOBRE LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC

En este punto de la investigación se presenta un conjunto de opiniones e ideas de diversos autores sobre la aplicabilidad directa de los Acuerdos de la OMC. Sin embargo, es necesario prevenir al lector que en el mismo se podrá observar que algunos autores se refieren estrictamente al término “aplicación directa” y otros que se refieren al término “efecto directo”, para explicar su postura (a favor, en contra o intermedia) frente a un aspecto en común: la posibilidad o no de invocar estos acuerdos frente a los jueces por parte de los particulares. Lo anterior no significa que se esté desarrollando el fondo conceptual de la teoría del efecto directo, pues en todo momento nos referiremos al fondo conceptual de la aplicación directa estrictamente. Es por eso que de antemano el autor señala que **excepcionalmente** en esta parte de la investigación se usará en algunos párrafos *indistintamente* el término “aplicabilidad directa” y “efecto directo” a fin de respetar estrictamente el contexto original de la información del autor a citar.

En ese sentido, existe un amplio debate académico lo cual ha generado tres escuelas o corrientes doctrinales. Estas escuelas son expuestas en la conocida publicación elaborada por el profesor Thomas Cottier y K. Schefer denominada “The relationship between World Trade Organization Law, National Law and Regional Law”⁷¹. Ahí, sostienen que entre los autores que han escrito acerca del efecto directo sobre los acuerdos comerciales internacionales y en particular, sobre los acuerdos de la OMC, se encuentran Jan Tumlir, y Charles-Emmanuel Côté a favor de esta

⁷¹ T. Cottier y K. Schefer, “The relationship Between World Trade Organization Law, National Law and Regional Law”, *Journal of International Economic Law*, 1998, pp. 93 y ss.

teoría(1.3.1), John H. Jackson y Joel Tratchman, en contra de esta posibilidad (1.3.2) y Piet Eeckhout⁷² y Alberto Alemmano quienes han optado por una posición intermedia (1.3.3).

1.3.1 La Doctrina a favor de la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC

Existen diversos autores que defienden la tesis sobre la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC. En esta ocasión se hace referencia a Tumlrir y Côté porque son dos autores que desarrollan esta teoría considerando la falta de acceso al sistema de solución de controversias de la OMC, el cual también motiva el presente trabajo de investigación.

1.3.1.1 *Tumlrir y los particulares*

Cottier y Schefer explican que Tumlrir considera al efecto directo como un arma contra las tendencias proteccionistas en los sistemas legales nacionales. Tumlrir sugiere conceder derechos a los particulares de invocar las disposiciones de los Acuerdos ante los tribunales nacionales. Permitiendo esto se estaría abriendo el camino para los individuos de protegerse ante las políticas nacionales proteccionistas puestas en ejecución por determinados intereses de grupos nacionales⁷³.

1.3.1.2 *Charles-Emmanuel Côté y la ampliación de derecho de reclamar ante los sistemas de solución de diferencias internacionales*

⁷² Ibid. p. 93.

⁷³ Ibid, pp. 93-95.

económicas

El profesor canadiense ha expuesto sobre las posibilidades de expandir el acceso de los particulares a los Sistemas de Solución de Controversias internacionales económicas⁷⁴. En el punto 11.4 de su obra efectúa un análisis de la invocabilidad de los Acuerdos de la OMC en el Derecho Interno y sostiene que esto puede ser visto como una forma de acceso indirecto de los particulares al contenido de los Acuerdos de la OMC.

A lo largo de este punto se presentan los requisitos jurídicos para que la *invocabilidad* de los acuerdos sea posible y presenta alternativas jurídicas, como el efecto indirecto y el desarrollo del principio de la aplicación de los tratados conforme a las obligaciones internacionales asumidas, que pueden suplir la falta de aplicación directa en algún sistema jurídico interno.

El autor justifica esta posibilidad sobre lo defendido por Petersmann quien postula a que la aplicación de las reglas de la OMC es en sí un factor contributivo al mantenimiento de la seguridad y de la paz internacional. El autor prefiere sostener que ese factor como la finalidad última de los Acuerdos de la OMC, siendo el Estado el mejor medio para asegurar que la aplicación de estos acuerdos sea realmente efectiva para servir a este fin⁷⁵.

Asimismo el autor señala que a pesar de las respuestas que brinda a algunos problemas de los individuos en los mecanismos actuales del Sistema de Solución de

⁷⁴ CÔTE Charles-Emmanuel. La participation de personnes privées au règlement des différends internationaux économiques: le cas de l'élargissement du droit de porter plainte à l'organisation mondiale du commerce. Editions Bruylant. Bruxelles. 2007. 635 páginas.

⁷⁵ Ibid, p. 486.

Diferencias interestatales, el reconocimiento de la invocabilidad de los acuerdos de la OMC parece problemática. Eso se debe al carácter no fácilmente individualizable de los derechos y obligaciones que se encuentran en los acuerdos comerciales multilaterales. Otro factor que dificulta su desarrollo es la finalidad trascendental referida a la contribución y preservación de la seguridad y la paz internacional entre tantos actores estatales *heterogéneos*. Lo anterior explica en cierta medida porqué los miembros de la OMC rechazan reconocer esta invocabilidad, que a veces resulta comprensible debido a los obstáculos reales de su desarrollo⁷⁶.

1.3.2 La Doctrina en contra de la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC

Es interesante observar que también existen diversos autores que sostienen la no aplicación directa de los Acuerdos de la OMC. El profesor estadounidense John H. Jackson es uno de los máximos exponentes que defienden lo anterior, el mismo que resalta la teoría de los tratados *self-executing* para explicar su postura. En ese sentido, Tratchman también se presenta como un exponente influyente del viejo continente.

1.3.2.1 Jackson y la no aplicabilidad directa del GATT 1947

Uno de los importantes expositores *en contra de la aplicación directa* de los Acuerdos de la OMC es el profesor John H. Jackson⁷⁷. Las ideas del Profesor Jackson son las más relevantes sobre la discusión de los efectos de los Acuerdos de

⁷⁶ Ibid, p. 487.

⁷⁷ Jackson John. H. Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis. American Journal of International Law. Volume 86, Issue 2 (Apr., 1992), pp. 310-340.

la OMC e inclusive del ex GATT 1947. En su conocido artículo sobre el estatus del GATT 1947 en los sistemas jurídicos nacionales hace un análisis de la posible aplicación directa o “*self-executing*” de los acuerdos, y expone brevemente el estado de este efecto en otros países como Alemania y EE.UU. Sostiene que el asunto de la aplicabilidad directa de los tratados en el sistema jurídico nacional y sus estatus jerárquico frente a otras normas son extraordinariamente complejos y varían de país en país, dependiendo de su constitución y otras reglas internas. Finalmente, el autor considera que no se debe sostener la aplicabilidad directa de los acuerdos del GATT 1947 dentro del sistema jurídico de los EE.UU porque puede ser problemático para el buen cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por un país, y porque es mejor que haya de por medio un acto de transformación que habilite al Poder Ejecutivo a implementar mejor las disposiciones de los tratados.

John Jackson, básicamente, defendía las políticas comerciales de los Estados Unidos que denegaban el efecto directo debido al desbalance institucional del gobierno que podría producirse localmente. Este autor encuentra que la idea de conceder y permitir que un tratado sea superior a una norma federal es peligrosa para la idea de la democracia y los representantes democráticos de los particulares. Jackson sabía que el efecto directo no es necesario para que el gobierno cumpla con sus obligaciones internacionales.

La razón más fuerte para denegar el efecto directo son los que llama Jackson “los argumentos funcionales”. Estos argumentos incluyen el hecho de que algunas constituciones proveen pequeñas participaciones democráticas en el proceso de suscripción del tratado. Por ejemplo, al dar un rol no tan formal a los parlamentarios o estructurando el gobierno de tal forma que el control sobre las relaciones

internacionales es manejado por una determinada élite. Hay también intereses legítimos de las legislaturas de adaptar el tratado internacional al lenguaje del sistema legal nacional. Jackson sostiene que si se aplican directamente los tratados automáticamente, la característica del efecto directo por sí misma no garantiza necesariamente que los jueces nacionales vayan aplicar las reglas del tratado.

1.3.2.2 *Tratchman en contra del efecto directo de los Acuerdos de la OMC*

Tratchman⁷⁸ examina la problemática del efecto directo en relación a los sistemas legales. El autor se pregunta si el Derecho de la OMC debe ser directamente aplicado en las Ex Comunidades Europeas (hoy Unión Europea) o en los Estados Unidos. Si es así, dice que por ahora no existe una teoría general que refuerce lo anterior. Sin embargo, determinar si debe o no haber el efecto directo depende del tipo de medida, el nivel y vinculación jurídica de las disposiciones.

El autor sostiene que el desarrollo del efecto directo de los Acuerdos de la OMC en inclusive su implementación no es necesario, porque asume que una vez suscrito los acuerdos se presume que los Estados necesitan un espacio para determinar el nivel de implementación de estos acuerdos. Sostiene que el rol de los juristas es comprometerse con esta problemática y ayudar a los que toman las decisiones políticas a identificar en qué medida no se ha alcanzado el nivel deseado de conformidad de estas normas de la OMC.

1.3.3 La Doctrina intermedia sobre la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC

⁷⁸ Tratchman Joel P. The International Economic Law Revolution. University of Pennsylvania. Journal of International Economic Law. Spring, 1996. 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 33.

También existen autores que sostiene una postura intermedia respecto a la posibilidad de aplicar directamente los acuerdos de la OMC. Lo que es importante rescatar es la exposición de alternativas a la teoría de la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC.

1.3.3.1 *Piet Eeckhout y la implementación de las Decisiones del Órgano de Solución de Controversias de la OMC*

Piet Eeckhout⁷⁹ se opone al efecto directo pero sostiene que si un caso ha sido específicamente decidido por el Sistema de Solución de Controversias de la OMC, la decisión de este órgano debe tener efecto directo.

El autor sostiene que en principio, los Acuerdos de la OMC pueden tener especificaciones sobre el efecto de sus medidas en el ordenamiento jurídico interno de los países miembros. Sin embargo, de no darse esto, cada miembro debe dar cumplimiento a sus obligaciones y es libre de determinar el medio legal apropiado para alcanzar su fin en su ordenamiento jurídico interno.

1.3.3.2 *Alemmanno y la implementación de las Decisiones del Órgano de Solución de Controversias de la OMC.*

Alberto Alemmanno⁸⁰, primero, define la noción del efecto directo como la capacidad de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC de generar derechos a los

⁷⁹ Piet Eeckhout, "The Domestic Legal Status of the WTO Agreements: Interconnecting Legal Systems", *Common Market Law Review*, 1997, p. 53.

⁸⁰ Alemmanno, Alberto. *Judicial Enforcement of the WTO Hormones ruling within the European community: Toward EC liability for the non-implementation of WTO Dispute Settlement Decisions?* *Harvard International Law Journal*. Volume 45, N° 2, Summer 2004. 16 páginas.

particulares. Segundo, sostiene que en el supuesto de que se niegue la posibilidad del efecto directo, propone desarrollar la implementación de los reportes del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC en el derecho nacional.

Evaluación del punto 1.3

La Doctrina actual se encuentra dividida sobre el desarrollo de la posibilidad que motiva la presente investigación. El resultado más relevante de este punto de la investigación es poder rescatar los diferentes argumentos de la Doctrina sobre esta posibilidad. Eso podrá brindar medios para evaluar la conveniencia del desarrollo de nuestra hipótesis en el caso peruano.

1.4 TRES ELEMENTOS PARA DETERMINAR LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC A FIN DE CUESTIONAR MEDIDAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para abordar la aplicabilidad directa de los Acuerdos de la OMC entendida como la posibilidad de ser aplicada por las autoridades de la Administración o por el juez en un caso específico, se requiere abordar dos temas centrales: la forma de incorporación de los Acuerdos en el sistema jurídico interno (1.4.1) y la aplicabilidad directa propiamente dicha en función del marco jurídico interno de cada Estado (1.4.2), que será el responsable de otorgarle una concepción determinada sobre la naturaleza de estos acuerdos.

Una vez analizado estos dos aspectos centrales, teniendo como propósito final poder desarrollar una vía jurídica que permita al juez utilizar los acuerdos como criterio de legalidad y poder cuestionar medidas del Estado con rango inferior a la ley incompatibles con estos Acuerdos, entonces es necesario abordar el aspecto relativo

al rango normativo de estos acuerdos dentro del sistema jurídico interno de cada Estado (1.4.3). Lo anterior debe ser entendido como la tercera condición para poder comprobar nuestra hipótesis.

1.4.1 Primera cuestión central: la forma de recepción del Tratado en el Derecho Interno

A fin de abordar la forma de recepción de los Tratados en el Derecho interno es necesario referirnos a la relación que existe entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Esta última ha sido explicada desde hace muchos años a través de la teoría Monista y Dualista. En ese sentido, la teoría monista (1.4.1.1), la teoría dualista (1.4.1.2), un ejemplo comparativo de estas dos teorías (1.4.1.3), y sus respectivas críticas (1.4.1.4) nos permiten recuperar los elementos generales útiles a nuestra investigación y clasificar a los Estados en (a) países que incorporan automáticamente los acuerdos y en (b) países que necesitan un acto de transformación para incorporarlos.

Es así que, posteriormente, los diferentes efectos jurídicos de los Acuerdos dentro de los Estados van a variar según la incorporación automática de éstos o en función de la necesidad de un acto de transformación previo.

1.4.1.1 *Teoría Monista de la incorporación de los Tratados Internacionales*

Según la teoría monista de los Tratados Internacionales, los Acuerdos de la OMC, una vez suscrito y en vigor, no necesita ningún acto previo de transformación para formar parte del sistema jurídico interno del Estado, se incorpora automáticamente al ordenamiento interno y no puede ser modificado o derogado por una subsecuente

norma del derecho interno. Como consecuencia se puede afirmar que el Tratado goza de aplicabilidad directa. En ese sentido, los acuerdos de la OMC y el derecho nacional forman parte de un único sistema jurídico del Estado.

Como consecuencia, dependiendo de cada contexto en particular, estos acuerdos pueden ser utilizados por los sujetos de derecho como cualquier otra norma que forma parte del ordenamiento jurídico, sin necesidad de que exista previamente un “*acto de transformación*”. En esos términos señalados, lo anterior es entendido también como la “*aplicabilidad directa*” de las normas internacionales.

Esta escuela monista tiene como principal exponente a Kelsen⁸¹. Este autor basó su teoría en base a la filosofía de Kant, asumiendo que el Derecho Internacional posee “una norma básica” que es la fuente última de validez de ambos sistemas jurídicos, nacional e internacional. Eso lo llevó a sostener que el Derecho Internacional y el Derecho Nacional o interno son partes de un mismo sistema.

En ese mismo sentido, Lauterpacht⁸² considera que el derecho internacional y el derecho interno tienen como objeto final al individuo y que, por consiguiente, al tener una misma finalidad y objeto ambos derechos pertenecen a un mismo sistema⁸³.

En base a esta teoría surgen otras variables como la teoría monista con primacía del

⁸¹ Hans Kelsen (1881-1973). *Pure Theory of Law*, Traducido por Max Knight. The Lawbook Exchange. New Jersey. 2008. 356 páginas.

⁸² A.F.M. Maniruzzaman en: *State Contracts in Contemporary International Law : Monist versus Dualist Controversies*. P. 312. *European Journal of International Law*. 2001. Vol. 12, N° 2. 309-328.

⁸³ Al igual que Grotius, Lauterpacht creía que el Derecho Internacional seguía los preceptos del Derecho Natural.

Derecho Interno⁸⁴, la teoría monista con primacía del Derecho Internacional, así como la teoría monista moderado. Una teoría monista radical sostiene que cuando el derecho interno entra en conflicto con el derecho internacional, se debe anular incondicionalmente el primero de ellos⁸⁵. La teoría monista moderada sostiene que el derecho interno que entra en conflicto con el derecho internacional puede ser aún aplicado por las instituciones nacionales, sin embargo, si otro Estado es afectado por esta situación y cuestiona o reclama este hecho a través de las vías ofrecidas por el Derecho Internacional, el Estado que aplica la norma interna conflictiva debería anularla. De esta forma, sostiene que desde que el conflicto entre el derecho interno y el derecho internacional es analizado desde el plano internacional, el derecho interno se encuentra bajo el control del derecho internacional.

A diferencia del acto de transformación en la teoría dualista, existe en la teoría monista lo que se conoce como la adaptación o incorporación. Este término se refiere al mecanismo necesario para que el Tratado entre en vigor en el sistema jurídico interno, sin perder su propio carácter como una norma del Derecho Internacional. A partir de este mecanismo de adaptación o incorporación, es posible que la Autoridad Administrativa pueda aplicar el Tratado que pasa a formar parte del Derecho Nacional.

Eso posibilita que el Tratado pueda ser invocado ante los tribunales de justicia. Consecuentemente, a partir de esta teoría, los Tratados pueden tener una position en el Derecho Interno y la cuestión sobre la aplicabilidad y jerarquía normativa toman

⁸⁴ Presentada en Alemania por la Escuela de Bonn, a través de sus más importantes exponentes quienes son Zorn, Kaufmann y Max Wenzel. En Francia, por Décencière-Férrandière.

⁸⁵ Para mayor alcances se puede recurrir al Recueil Des Cours 1981-IV. Académie de Droit International de La Haya. p. 269 y ss.

mayor relevancia al poder ser evaluados. Lo anterior no puede existir cuando hablamos de la transformación de un Tratado, ya que según la teoría dualista, estos no tienen para nada validez ni una posición normativa en el derecho doméstico.

En general, a efecto de poder responder a cómo se incorporan los Acuerdos de la OMC a los sistemas nacionales, de acuerdo a la teoría monista, éstas, en el caso de ser suscrita por algún Estado, forman parte del mismo sistema jurídico del país y, por lo tanto, puede ser aplicado en el derecho interno sin necesidad de algún acto de transformación previo⁸⁶.

1.4.1.2 Teoría Dualista de los Tratados Internacionales

Bajo las premisas de la teoría dualista de los Tratados Internacionales podemos afirmar que los Acuerdos de la OMC, una vez suscritos por un determinado Estado, necesitan un acto de transformación para que éstos puedan desplegar sus efectos jurídicos como una norma del derecho nacional.

La premisa de la dualidad del Derecho Nacional y el Derecho Internacional fue desarrollada por Hegel⁸⁷ quien sostenía que estos dos derechos son esencialmente diferentes por regular aspectos diferentes, formando distintos sistemas. En esa dirección, Heinrich Triepel⁸⁸ afirmaba que el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno son dos sistemas jurídicos diferentes en contacto pero que nunca

⁸⁶ Williams, S.A. and A.L.C. de Mestral. An Introduction to International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada, 2d ed. Toronto: Butterworths, 1987. p. 28.

⁸⁷ G.W.F HEGEL Philosophy of Right Translated by S.W Dyde. p. 263. Batoche Books. Kitchener. 2001.

⁸⁸ Importante exponente de esta teoría. Para mayor abundamiento se puede revisar “Les rapports entre le droit interne et le droit international” Recueil des cours, tome 1 (1923), p. 73-121.

se superponen⁸⁹. A modo de referencia, después de Triepel surgen otras teorías atenuantes, como el dualismo atenuado de Anzilotti o el dualismo moderado de Walz⁹⁰.

Anzilotti consideraba que el Derecho Internacional y el Derecho Doméstico estaban separados y conformaban un conjunto de normas que operaban de manera paralela. Lo anterior se basaba en la idea de que el Derecho Internacional y el Derecho Doméstico regulaban dos sujetos distintos (El Estado, por un lado, y las personas, por otro), tenían fuentes distintas (los Tratados o la costumbre, y la legislación nacional), y regulaban objetos distintos (asuntos internacionales, y asuntos nacionales). En ese sentido, la creación y alteración de cada derecho no puede ser interferido por una de ellas.

Como consecuencia de esta concepción de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Doméstico, a fin de que un Tratado tenga validez en el Derecho Doméstico, ésta necesita ser transformada en legislación nacional a través de un acto de transformación normativo. La posición más radical de la teoría Dualista sostiene que nunca puede existir un conflicto entre un Tratado y una norma interna porque el conflicto solo existe entre una norma domestica que ha transformado al Tratado y una norma interna.

Por otro lado, la postura moderada de la teoría Dualista sostiene que en caso de conflicto entre un Tratado y una norma de derecho interno, es el Derecho Doméstico del Estado que decide el método de resolución. Esta postura afirma que los Estados,

⁸⁹Recueil Des Cours 1981-IV. Académie de Droit International de La Haya. p. 264.

⁹⁰Op cit. p. 265-269.

inclusive si se debe probar su responsabilidad internacional, ellos siguen siendo libres de decidir si deben o no anular la norma interna que entra en conflicto con el Tratado.

El punto central de esta teoría es entonces el acto de transformación. Este hace referencia al método de incorporar un Tratado al Derecho Nacional mediante el Estado elabora una norma o acto legislativo que absorbe el contenido del Tratado. Esta nueva norma o acto legislativo que ha transformado el Tratado pasa a formar parte del Derecho Nacional. Debido a este acto de transformación, cuando un Tratado es declarado inválido, el acto de transformación puede seguir siendo válido en el Derecho Nacional.

Asimismo, desde que la validez de un acto de transformación deriva del sistema jurídico interno en vez de depender del Tratado, este acto de transformación entonces debería ser interpretado de acuerdo a las normas del sistema jurídico interno en vez del Tratado, lo cual podría generar un doble entendimiento del Tratado. En esa misma línea, un Tratado que ha sido transformado no debería ser interpretado de acuerdo a las normas del derecho doméstico, al menos que una norma interna lo permita.

Adicionalmente, el punto débil de esta teoría se origina al no poder explicar la incorporación de los tratados del Ejecutivo o tratados “ejecutivos” los cuales son concluidos entre los gobiernos de los países miembros, debido a que estos entran en vigor en el derecho interno sin necesidad de una ratificación por parte de la autoridad legislativa de acuerdo al mandato constitucional.

Si tuviéramos que responder a la pregunta anterior sobre la incorporación de los Acuerdos de la OMC, bajo las premisas de la teoría dualista podríamos afirmar que éstos, una vez suscritos por el Estado, necesitan de un “*acto de transformación*” previo para que puedan formar parte del ordenamiento jurídico nacional.

1.4.1.3 El ejemplo comparativo de J. H. Jackson: Monismo vs. Dualismo

A continuación, el ejemplo del profesor J. H. Jackson resulta útil a fin de entender las consecuencias jurídicas de estas teorías⁹¹.

Supongamos dos Estados “M” y “D” que han suscrito un tratado que incluye la siguiente obligación: “Con respecto al derecho de la propiedad en el territorio de cualquiera de las partes contratantes (Estados M o D), los ciudadanos de cada parte contratante tendrán un tratamiento igual y no discriminatorio a lo recibido por los ciudadanos de la parte contratante en donde se encuentra ubicada la propiedad”.

Por otro lado, asumamos que el Estado “M” es considerado “*monista*” y que el Estado “D” es considerado “*dualista*”, y que en cada Estado, el gobierno nacional le ha rechazado el derecho a la propiedad al ciudadano del otro país, a pesar de que los ciudadanos de cada país poseen estos derechos. ¿Cuál es la situación jurídica nacional?

Tradicionalmente, el sistema jurídico “monista” incluye los tratados internacionales que M suscribió. Por consiguiente, un ciudadano del Estado D puede demandar, a modo individual ante los tribunales del Estado M, que sea tratado en concordancia

⁹¹J.H Jackson. Status of Treaties in Domestic Legal Systems : A Policy Analysis. American Journal of International Law. Volume 86, issue 2 (Apr., 1992), 310-340. p. 313-315.

con lo establecido en el Tratado.

Por lo contrario, en un sistema jurídico “*dualista*” un tratado no es parte del derecho interno, al menos no directamente⁹². Entonces, si el Estado D reconoce el derecho de propiedad a sus ciudadanos pero no al ciudadano del Estado M, éste último no podría demandar su reconocimiento porque solo se aplicaría el derecho interno que no incluye la regla expresada en el tratado”.

1.4.1.4 Crítica a la teoría monista y dualista a modo de evaluación

Siguiendo la línea de Fitzmaurice⁹³ en el sentido de que la discusión entre el Monismo y el Dualismo es artificial y dicótoma, creemos que la incorporación de los Tratados al ordenamiento jurídico de los Estados es un asunto interno que depende de las propias reglas de cada sistema jurídico, y que esta teorías intentan explicar este asunto solo a través de dos enfoques clásicos simplificados y extremos de incorporación de los tratados⁹⁴ que no refleja la práctica aplicada por todos los países.

Resulta más conveniente observar el sistema jurídico de cada Estado en lugar de decidir en contra o a favor de alguna de estas teorías, pues cuando se tienen que incorporar el Derecho Internacional al Derecho Nacional algunos países solo siguen

⁹²Necesita un acto de transformación.

⁹³Una tercera teoría ha sido desarrollada por el Sir Gerald Fitzmaurice, teoría también conocida como el dualismo o pluralismo implícito. Este autor cree que los argumentos de la teoría monista y dualista son irreales, artificiales y extremas y que su discusión es artificial y de carácter estéril. Cree que los argumentos de la teoría monista y dualista asumen algo que no existe: un campo en común⁹³ entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional. No es necesario postular a la superioridad o supremacía de uno sobre el otro. Inclusive en el caso de posibles conflictos particulares entre los sistema estos se pueden resolver a través del las reglas internas sobre conflictos de normas. Algún conflicto entre ellos a nivel Internacional se resolverá a través del Derecho Internacional. Algún conflicto a nivel local, a través del derecho nacional. Para una mejor discusión ver Recueil des cours 1981-IV. Académie de droit international de La Hague. p. 269 -276.

⁹⁴La incorporación automática de los Tratados o la incorporación a través de un acto de transformación.

el marco establecido por sus sistemas jurídicos.

Analizar todas las formas incorporación de los Acuerdos de la OMC en todos los países forma parte de una investigación mucho más extenso y complejo, que no es objeto del presente estudio. Sin embargo, para fines metodológicos del presente trabajo, debemos rescatar la importancia de estas dos teorías que recae en la posibilidad de poder ordenar las diferentes formas de incorporación de los Tratados al menos en función de la incorporación automática o no de éstos, con la finalidad de facilitar y orientar el estudio de los efectos jurídicos de los acuerdos de la OMC en las próximas líneas.

Evaluación del punto 1.4.1

Por consiguiente, si tuviéramos que responder a cómo los acuerdos forman parte del ordenamiento jurídico internos podemos afirmar que al menos, tenemos que diferenciar y clasificar estos sistemas de la siguiente forma. Primero, en sistemas jurídicos que no necesitan un “acto de transformación” para incorporar los Acuerdos de la OMC dentro de su Derecho Nacional. Segundo, en sistemas que necesitan un “*acto de transformación*” para que los Acuerdos de la OMC puedan formar parte del Derecho nacional. Sin embargo, esta clasificación de sistemas no se termina aquí, porque puede haber otros ordenamientos sistemas que respondan a las reglas establecidas por su ordenamiento jurídico al momento de incorporar el Derecho Internacional en su derecho interno. Lo anterior, es primordial para comprender la naturaleza de los efectos jurídicos de los acuerdos de la OMC en los Estados.

1.4.2 Segunda cuestión central: la aplicabilidad directa del Tratado en el Derecho Interno, visto como un efecto jurídico

Siguiendo con el desarrollo teórico y doctrinal, en el caso de una transformación clásica del Tratado, de acuerdo a lo teoría dualista, la cuestión sobre la aplicabilidad directa no puede ser desarrollada porque un Tratado puede solo ser aplicado indirectamente a través de la norma que lo transforma. Es decir, el Tratado por sí mismo no tiene un lugar en el derecho doméstico. En realidad, es el acto de transformación, representado como una norma legal, que puede ser aplicado por los tribunales de justicia o por las autoridades administrativas, y según esas condiciones propias de su propio sistema jurídico interno, el Tratado no puede ser nunca invocado como base legal ante el juez directamente.

Por otro lado, en términos de la teoría monista, un Tratado, después de su adopción o incorporación en el derecho interno, forma parte del mismo. Inmediatamente, la pregunta que surge es si ese Tratado incorporado al derecho interno puede o no ser aplicable directamente por las autoridades de la Administración Pública. Sin embargo, respecto a los Acuerdos de la OMC, esta pregunta no puede ser respondida inmediatamente ni directamente. Eso depende del marco jurídico doméstico de cada Estado que producirá una concepción distinta de la naturaleza de estos acuerdos.

1.4.3 Tercera cuestión central: la jerarquía normativa del Tratado en el Derecho Nacional

Cuando un Tratado entra al sistema jurídico interno y encuentra un conflicto normativo con el derecho interno, es necesario observar la jerarquía normativa del Tratado en el derecho interno. Esta cuestión sobre la jerarquía normativa del Tratado

es muy variable y también depende de las propias normas internas de cada Estado. Estas reglas pueden estar contenidas en la Constitución o puede ser derivada de la práctica judicial.

Conclusión del Capítulo I

- 1.1 Existe una diferencia conceptualmente entre la definición del “**efecto directo**” y de la “**aplicabilidad directa**”. La posibilidad de las personas de invocar los acuerdos de la OMC frente a los tribunales de justicia y, como consecuencia de ello, la posibilidad de que estos acuerdos puedan ser utilizados como criterio de legalidad del juez para cuestionar medidas de la Administración Pública, corresponde ser estudiado a partir de la teoría de la “aplicabilidad directa”, dejando de lado la teoría del “efecto directo”.
- 1.2 El estado actual global sobre la posibilidad de invocar los acuerdos de la OMC frente a los tribunales nacionales para cuestionar las medidas de la Administración Pública es muy variado, sin embargo la mayoría de los principales países miembros de la OMC han optado por limitar esta posibilidad, construyendo diversos argumentos que varían según la configuración de cada sistema jurídico interno y de la propia interpretación que puedan desarrollar los jueces sobre la aplicabilidad directa de los Acuerdos de la OMC.
- 1.3 La Doctrina sobre la aplicabilidad directa de los Acuerdos de la OMC, actualmente, se encuentra dividida. Los diversos argumentos que han sido

desarrollados a través de los investigadores sobre esta materia se ven influenciados por el marco jurídico que se utiliza como contexto dentro de las investigaciones.

- 1.4 El estudio sobre esta posibilidad abarca tres objetos principales que deben ser entendidos como condiciones. Primero, la forma de recepción de los Tratados en el ordenamiento jurídico interno de los países miembros de la OMC. Segundo, la aplicabilidad inmediata de los Acuerdos de la OMC una vez que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico. Tercero, el rango jurídico de los Acuerdos de la OMC dentro del ordenamiento jurídico interno.

- 1.5 Si tuviéramos que responder a cómo los acuerdos forman parte del ordenamiento jurídico internos podemos afirmar que al menos, se pueden diferenciar y clasificar dos formas. Primero, existen sistemas jurídicos que no necesitan un “acto de transformación” para incorporar los Acuerdos de la OMC dentro de su Derecho Nacional. Segundo, en sistemas que necesitan un “*acto de transformación*” para que los Acuerdos de la OMC puedan formar parte del Derecho nacional. Sin embargo, esta clasificación de sistemas no se termina aquí, porque puede haber otros ordenamientos sistemas que respondan a las reglas establecidas por su ordenamiento jurídico al momento de incorporar el Derecho Internacional en su derecho interno. Lo anterior, es primordial para comprender la naturaleza de los efectos jurídicos de los acuerdos de la OMC en los Estados.

CAPITULO II

LA PRÁCTICA SOBRE LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC: EL CASO DE ESTADOS UNIDOS, UNION EUROPEA Y CHILE

En el capítulo I se ha podido observar que la percepción de los países miembros sobre la aplicabilidad directa⁹⁵ de los Acuerdos de la OMC no es unánime. La doctrina se ve influenciada por los más predominantes sistemas jurídicos nacionales y han optado por diferentes argumentos para defender la posibilidad o no de esta teoría, o estos efectos varían según las reglas internas de cada sistema jurídico de los países - miembros.

En ese contexto, a través del desarrollo de las tres cuestiones principales planteadas en el capítulo precedente (*recepción de los Acuerdos – aplicabilidad directa, como efecto jurídico – jerarquía normativa*), es necesario precisar cómo es que los países – miembros concluyen defender una u otra postura frente a la aplicabilidad directa de los Acuerdos de la OMC.

Para eso, visto el gran avance jurisprudencial y doctrinal, los sistemas jurídicos de los Estados Unidos de América (2.1) y de las Comunidades Europeas (2.2) serán el

⁹⁵ Ver el punto 1.2.5.2 del capítulo I: “Percepción del Problema en otros estados miembros”.

punto de partida para determinar los efectos jurídicos de los Acuerdos de la OMC y compararlos entre sí. Asimismo, debido a la cercanía de la configuración del sistema jurídico chileno al sistema peruano, el autor ha considerado necesario incluir el análisis de esta posibilidad en Chile (2.3).

La práctica en estos tres sistemas jurídicos puede arrojar criterios sobre la posibilidad de invocar los acuerdos de la OMC para cuestionar la legalidad de las medidas del ordenamiento jurídico, las cuales serán útiles en el próximo capítulo dedicado íntegramente al *caso peruano*.

2.1 LA IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE INVOCAR LOS ACUERDOS DE LA OMC PARA CUESTIONAR LA LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DEL ORDENAMIENTO INTERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En los Estados Unidos de América no es posible que los Acuerdos de la OMC ostenten aplicabilidad directa. Estos no pueden ser invocados por los particulares ante los tribunales nacionales de justicia para cuestionar las medidas del Poder Ejecutivo incompatibles con los Acuerdos de la OMC. Lo anterior se debe a la naturaleza de los Acuerdos Comerciales denominados “*Congressional-Executive*” e implementados en el ordenamiento jurídico a través de una norma aparte⁹⁶ (*recepción de los acuerdos*) (2.1.1), teniendo un efecto “*no-autoejecutable*”⁹⁷ (*efecto jurídico*) (2.1.2). Debido a lo anterior, **no** es relevante abordar la cuestión sobre la *jerarquía normativa* de estos acuerdos. Sin embargo, resulta conveniente incidir sobre algunas vías indirectas, representadas por la Doctrina *Betsy*, la Doctrina

⁹⁶ Una traducción al español sería: “Acuerdos del Congreso y del Ejecutivo”. Este término hace referencia a los Acuerdos Internacionales suscritos conjuntamente con el Ejecutivo y el Legislativo, dentro del marco de determinadas competencias compartidas.

⁹⁷ Término que hace referencia a la ausencia de efectos jurídicos de un Acuerdo Internacional dentro de un ordenamiento jurídico nacional.

Chevron y la Sección 301 (2.1.3).

2.1.1 Naturaleza jurídica de los Acuerdos de la OMC y su recepción en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América

Los Acuerdos de la OMC son denominados Acuerdos “*Congressional-Executive*” (2.1.1.1) y han sido implementados al sistema jurídico a través de la Ley de los Acuerdos Comerciales Multilaterales de la Ronda de Uruguay (URAA)⁹⁸ (2.1.1.2).

2.1.1.1 Los Acuerdos de la OMC como acuerdos “*Congressional-Executive*”

Los Acuerdos de la OMC se denominan “*Congressional-Executive*”⁹⁹ porque el Presidente del Poder Ejecutivo negoció estos acuerdos con la previa autorización de las dos cámaras del Congreso: el Senado y la Cámara de Representantes y luego buscó *ex post* la aprobación del Congreso, quien condicionó su aprobación a la *implementación* del acuerdo al derecho doméstico, cuyo proyecto debía ser presentado por el Poder ejecutivo ante el Congreso. Dentro de este procedimiento, el Senado y la Cámara de Representantes solo podían aprobar o desaprobar este proyecto de ley y/o aceptar o rechazar el Acuerdo suscrito por el Poder Ejecutivo.

⁹⁸ S. REP. NO. 103-412, at 5 (1994). Visto el 5 junio de 2012 en: <http://cyberlaw.stanford.edu/stanford/files/10-545rb.pdf>. Las negociaciones formalmente comenzaron en septiembre de 1986 en Punta del Este, Uruguay, cuando las partes acordaron realizar una nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales. También disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap22.htm>. Visto el 03 de abril de 2013.

⁹⁹ No existe una definición jurídica de este término. Sin embargo, esta ha sido desarrollada por la Doctrina y el Gobierno de los Estados Unidos de América. Para una mejor comprensión del término « congressional-executive » ver el trabajo de John C. Yoo, *Laws as Treaties: The Constitutionality of Congressional-Executive Agreements*, 99 Mich. L. Rev. 757 (2000), disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1765>. Ver *Treaties and Other International Agreements: The Roles Of The United States Senate*, investigación preparada por el Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos y por el Servicio de Investigación del Congreso, Congreso No. 106, 2da Sesión, S.Prt. 106-71, Enero del 2001. Disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CPRT-106SPRT66922/pdf/CPRT-106SPRT66922.pdf>. Ver también, Michael John Garcia, *International Law and Agreements: Their Effect Upon U.S. Law*, 1º Marzo de 2013, Congressional Research Service, 7-5700, RL32528. Disponible en: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL32528.pdf>.

Esta autorización especial se encuentra presente en dos leyes del Congreso: a) la Ley de 1974, Ley de Comercio Exterior¹⁰⁰ y b) la Ley de 1988, Ley General del Comercio Exterior y de la Competencia de 1988¹⁰¹. La primera es una de las principales normas comerciales de los Estados Unidos que proveyó históricamente el más amplio mandato del Congreso al Poder Ejecutivo para la conducción de las negociaciones y suscripciones de acuerdos comerciales relativos a la reducción de barreras tarifarias y no tarifarias bajo ciertas condiciones establecidas por el propio Congreso, previamente mencionadas.

La segunda, la Ley General del Comercio Exterior y de la Competencia de 1988 (denominada en inglés “Omnibus Trade and Competiveness Act”, OCTA), fue emitida como una reacción al creciente déficit comercial existente a partir de los años 70’s¹⁰², y fue conocido en su momento como el proyecto de ley más extenso y complicado jamás visto¹⁰³. El mayor logro de esta ley fue autorizar al Presidente la negociación y suscripción de los Acuerdos Multilaterales de la Ronda de Uruguay. La

¹⁰⁰ Referencia del Registro Federal: P.L. 93-618, 88 Stat. 1978. Conocida en inglés como el “Trade Act 1974”, de fecha 3 de Enero de 1975, modificada últimamente el 14 de Diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.house.gov/legcoun/Comps/TRADE74.PDF>. También disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap12.htm>. Visto el 03 de abril de 2013.

¹⁰¹Publicada el 22 de Agosto de 1988. [Pub.L. 100-418](#).

¹⁰²En los años 1970’s el superávit comercial lentamente comenzó a disminuir transformándose en un creciente déficit. El crecimiento del déficit en los 80’s se debió a las tarifas aduaneras impuestas por los países extranjeros a los productos de los EE.UU. y por la falta de tarifas similares en la importación a los EE.UU. Una serie de trabajadores, sindicatos e industrias solicitaron al gobierno acciones contra estas desventajas comerciales. El OCTA surgió como una enmienda propuesta por el Republicano Dick Gephardt (D-MO) para pedir al Poder Ejecutivo que examine cuidadosamente el intercambio Comercial con otros países con los que se tiene un gran déficit comercial. Si el déficit comercial continuaba, el país extranjero concerniente debería enfrentar un requerimiento de reducción bilateral de superávit de 10 %. Para mayor información puede ver Josh Schein, Section 301 and U.S. Trade Law: The Limited Impact of the 1988 Omnibus Trade and Competitiveness Act on American Obligations under GATT, Pacific Rim Law & Policy Journal, 1991, p. 105-133.

¹⁰³El proyecto de ley emitido en 1988 contenía más de 1000 páginas de extensión.

Sección 1103 de la ley de 1988 incluido en la clasificación del “19 U.S.C. 2903”¹⁰⁴, provee al Presidente la autoridad para negociar los Acuerdos Generales sobre Tarifas y Comercio de la Ronda de Uruguay, entre otros Acuerdos como el NAFTA.

2.1.1.2 La ley que implementa los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América

En ese sentido, después de la emisión de la Ley de 1988, y luego de ocho (08) años de negociaciones multilaterales, los Estados Unidos con otros 110 países suscribieron los Acuerdos de la Ronda de Uruguay en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994¹⁰⁵ que luego entraron en vigor el 1 de enero de 1995¹⁰⁶.

Seguidamente, el 08 de diciembre de 1994, el Congreso de los Estados Unidos de América emitió la Ley de los Acuerdos Comerciales Multilaterales de la Ronda de Uruguay (URAA)¹⁰⁷ para implementar en el Derecho Interno las obligaciones asumidas por el Estado, como resultado de la Ronda de Uruguay, de conformidad

¹⁰⁴La “19 U.S.C. 2903” es un código normativo que clasifica diversas disposiciones normativas emitidas por el Congreso relativas a la implementación de los Acuerdos relativos al Comercio Exterior. Ésta impone tres requisitos para que cualquier Acuerdo relativo a medidas tarifarias y no tarifarias entre en vigor en los Estados Unidos. Primero, el Presidente, por lo menos 90 días calendarios antes del día de suscripción del Acuerdo Comercial, debe notificar a la Cámara de Representantes y al Senado su intención de suscribir el Acuerdo y publicar la información correspondiente en el Registro Federal. Segundo, el Presidente, después de suscribir el Acuerdo, debe presentar un documento a la Cámara de Representantes y al Senado que contenga una copia final del texto jurídico del Acuerdo conjuntamente con un proyecto de ley de implementación normativa, el establecimiento de un acción administrativa propuesta para implementar el Acuerdo Comercial, e Información sustentatoria concerniente. Y, por último, el proyecto de Ley de implementación del Acuerdo debe ser convertido en Derecho Interno.

¹⁰⁵S. REP. NO. 103-412, at 5 (1994). Visto el 5 junio de 2012 en: <http://cyberlaw.stanford.edu/stanford/files/10-545rb.pdf>. Las negociaciones formalmente comenzaron en septiembre de 1986 en Punta del Este, Uruguay, cuando las partes acordaron realizar una nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales.

¹⁰⁶WTO Agreement, *supra* note 5, para. 3 (stating that the members agreed to the entry into force of the Uruguay Round Agreements “by 01 January 1995, or as early as possible thereafter”); Uruguay Round Agreements Act, 19 U.S.C. § 3511 (a)-(b) (2006).

¹⁰⁷Disponible en: <http://www.copyright.gov/title17/92appl.pdf>; http://www.channelingreality.com/helsinki/morganthau/cong_record_wto/1994_wto_debate.pdf. Visto el 01 de abril de 2013.

con lo establecido por la Sección 1103 de la Ley de 1988, Ley General del Comercio Exterior y de la Competencia (19 U.S.C. 2903), y la Sección 151 de la Ley de 1974, Ley del Comercio Exterior (19 U.S.C. 2191)¹⁰⁸.

2.1.2 El efecto jurídico de los Acuerdos de la OMC: “no autoejecutables”

Los Acuerdos de la OMC en los Estados Unidos son considerados como Acuerdos “no-autoejecutables”¹⁰⁹. No existe una norma que haya establecido directamente esta característica de los Acuerdos de la OMC, ni tampoco existe un método predeterminado para poder identificar cuando un Acuerdo es autoejecutable o no, por lo contrario, es la lectura en conjunto de diversos aspectos y el análisis caso por caso que nos hacen concluir esta característica de los Acuerdos de la OMC. Estos elementos se encuentran en la Doctrina (2.1.2.1), la jurisprudencia (2.1.2.2) y la ley que implementa los acuerdos de la OMC (2.1.2.3) que determinan ciertas consecuencias jurídicas frente a otras normas del ordenamiento jurídico estadounidense (2.1.2.4).

2.1.2.1 Doctrina

H. Jackson¹¹⁰, prefiere utilizar el término “*aplicación directa*” en vez de “*autoejecutabilidad*” para referirse a la capacidad de un Acuerdo de ser parte del Derecho Interno, como las demás normas del sistema jurídico estadounidense. Para él, un Acuerdo tiene “*aplicación directa*” cuando éste tiene un rol directo normativo

¹⁰⁸Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap12-subchapI-part5-sec2191.htm>. Visto el 03 de Abril de 2013.

¹⁰⁹En inglés se entiende por « non-self-executing ».

¹¹⁰J.H Jackson. Status of Treaties in Domestic Legal Systems : A Policy Analysis. American Journal of International Law. Volume 86, issue 2 (Apr., 1992), 310-340. p. 313-315.

en el sistema jurídico.

Por otro lado, el profesor Jackson¹¹¹ señala respecto a los Acuerdos “no-autoejecutables” que éstos son los que explícitamente o implícitamente requieren una implementación¹¹² doméstica por el ejecutivo o el legislativo antes de convertirse en una regla aplicable por los tribunales de justicia o por los particulares. Lo anterior se debe a que según su contenido, éste manifiesta la intención de no producir efectos directamente en el ordenamiento jurídico interno de las partes contratantes sin la intervención de una norma que lo implemente, o que es el Senado o el Congreso que establece tal exigencia o es el marco constitucional que prevé esa situación¹¹³.

2.1.2.2 *Jurisprudencia*

Hemos adelantado que no existe un método preciso para poder determinar si un Acuerdo es “autoejecutable” o “no-autoejecutable”, la respuesta debe ser encontrada en cada caso concreto¹¹⁴. Según la jurisprudencia un Acuerdo es “autoejecutable” cuando este opera por si misma sin la ayuda de una disposición normativa¹¹⁵ o

¹¹¹J.H Jackson. Op cit.

¹¹² Este “Acto de transformación” no está definido en el artículo de Jackson. En algunos casos, una norma puede simplemente implementar un tratado. A veces la implementación puede ser distinguida de la transformación. Por consiguiente, “transformación” parece ser un término que es reservado para ubicar un tratado general en el ordenamiento jurídico interno.

¹¹³Third Restatement of the Foreign Relations Law of the United States: “Courts in the United States are bound to give effect to international law and to international agreements of the United States, except that a “non-self-executing” agreement will not be given effect as law in the absence of necessary implementation. (Chapter 2 Status of International Law and Agreements in United States Law, s. 111).

¹¹⁴Para un mayor alcance pueden verse los siguientes casos. Bartram and another v. Robertson, Mayo 23, 1887. Fue la primera vez que un juez utiliza el concepto “self executing”. Ver también: Case North Carolina Circuit Court Hamilton v. Eaton: Junio 1792. Sugiere que no hay una distinción entre tratados internacionales.

¹¹⁵Foster v. Neilson, 27 U.S. (2 Pet.) 253, 314 (1829); Ver también Third Restatement of the Foreign Relations Law of the United States § 111(4).

cuando sus disposiciones prescriben una regla por la cual se otorgan derechos a las personas privadas.¹¹⁶ Por otro lado, los tribunales de justicia en referencia a los Acuerdos “autoejecutables” han sostenido que pueden ser invocados ante ellos por las personas privadas sin necesidad de algún acto legislativo, y que forman parte del Derecho Interno.

2.1.2.3 La ley que implementa los Acuerdos de la OMC: El URAA

Los Acuerdos Multilaterales de la Ronda de Uruguay no tienen el efecto jurídico de una norma general en el Derecho de los Estados Unidos¹¹⁷. Como se podrá apreciar en la ley que implementa los Acuerdos de la OMC, ésta ha cerrado la puerta a toda posibilidad para que las personas privadas puedan invocar estos acuerdos ante los tribunales nacionales. Sin embargo, la misma ley deja la posibilidad de que solo sea el gobierno federal el que pueda invocarlos.

Lo anterior se puede verificar en la lectura conjunta del literal (a) y (c) de la sección 102° del URAA. El literal (a) señala que ninguna disposición de los Acuerdos de la OMC tendrá efectos en los Estados Unidos si éste es inconsistente con cualquier norma o medida de los Estados Unidos. Asimismo, el literal (c) señala que “ninguna otra persona salvo los Estados Unidos (A) puede tener alguna causa de acción o defensa en base a cualquiera de los Acuerdos (de la OMC) o (B) puede cuestionar, en base a los Acuerdos de la OMC, cualquier acción o inacción de algún departamento, agencia, u otra dependencia de los Estados Unidos (...)”

¹¹⁶The Head Money Cases, 112 U.S. 580, 598–99 (1884).

¹¹⁷John H. Jackson, William J. Davey & Alan O. Sykes, Legal Problems of International Economic Relations, 4° Edición, 2002, p. 244.

2.1.2.4 Consecuencias del carácter “no-autoejecutable” de los Acuerdos de la OMC

De la lectura anterior de los literales (a) y (c) del artículo 102° del URAA, se desprende dos importantes consecuencias sobre la jerarquía normativa de los Acuerdos dentro del sistema jurídico interno. Primero, respecto al literal (a) se puede concluir que en caso de conflicto entre una norma federal y los Acuerdos de la OMC, prevalecerá la ley federal. Segundo, respecto al literal (c) se concluye que ninguna persona o particular que no sea el Estado mismo, puede invocar ante los tribunales nacionales las provisiones de los Acuerdos de la OMC para cuestionar acciones o medidas del gobierno estatal o de sus agencias federales.

A partir de estas dos notaciones podemos afirmar lo siguiente. Si sabemos que una ley federal prevalece sobre los Acuerdos de la OMC, y se interpreta que éstos últimos prevalecen sobre el Derecho Estatal¹¹⁸. En ese sentido, pareciese que la norma estaría garantizando que la ley estatal no puede intervenir en las obligaciones del país derivadas de los Acuerdos Internacionales. Sin embargo, debido al literal (c) del artículo 102° del URAA, esto en la práctica no es así. El gobierno federal tiene el monopolio para presentar cualquier recurso contra una medida del derecho estatal que es incompatible con los Acuerdos de la OMC, por lo cual, en realidad una medida estatal incompatible con los Acuerdos puede continuar desplegando sus efectos jurídicos si es que el Gobierno federal no decide cuestionarla ante el juez. Esta discrecionalidad del gobierno federal refuerza aún más el carácter “no autoejecutable” de los Acuerdos de la OMC, convirtiendo esta discusión en un asunto más o menos político.

¹¹⁸Según la “Cláusula de la Supremacía”, una ley estatal no puede intervenir en las obligaciones asumidas por el Estado.

2.1.3 Otras vías indirectas frente a la imposibilidad para los particulares de invocar los Acuerdos de la OMC ante los tribunales de justicia

Dadas las consecuencias del carácter “no autoejecutable” de los acuerdos de la OMC en el caso de los Estados Unidos, frente a la imposibilidad de las personas privadas de poder invocar los Acuerdos de la OMC ante los jueces de los tribunales de justicia, surge la posibilidad de aplicar la doctrina “*Charming Betsy*” (2.1.3.1), la doctrina “*Chevron*” (2.1.3.2) que pueden interactuar de diversos modos (2.1.3.3), y también se cuenta con la vía propuesta por la *Sección 301* (2.1.3.4).

2.1.3.1 La Doctrina “*Charming Betsy*”

La doctrina “*Charming Betsy*” surge hace más de Dos Cientos (200) años atrás, cuando el Juez John Marshall enunció que “una ley del Congreso nunca debe buscar ser construida para violar las leyes de naciones si hay otra construcción posible”¹¹⁹. El principio de esta doctrina “*Charming Betsy*” es simple: cuando hay más de una interpretación posible de una ley ambigua, hay que rechazar la interpretación que entre en conflicto con una obligación de los Estados Unidos bajo un Tratado o Acuerdo Internacional, de ahí que también se pueda aplicar esta doctrina al caso de los Acuerdos de la OMC.

2.1.3.2 La Doctrina “*Chevron*”

Sin embargo, este análisis de la interpretación del Derecho Interno conforme a las obligaciones internacionales de los Estados Unidos se ve enfrentada por la Doctrina

¹¹⁹ Caso Murray contra The Schooner Charming Betsy, 6 US (2 Cranch) 64 (1804).

“*Chevron*”¹²⁰. Esta sostiene que en el caso de que exista una ley que permita varias interpretaciones el juez debe respetar la interpretación de la dependencia o entidad administrativa sobre esta norma siempre y cuando ésta sea *razonable*, sin importar cómo el juez pueda interpretar la norma. A diferencia de la doctrina “*Charming*”, la doctrina “*Chevron*” privilegia la discreción de una dependencia administrativa del Poder Ejecutivo.

Esta doctrina “*Chevron*” divide el proceso de *revisión judicial* en dos partes. “La *primera* parte sostiene que el juez debe decidir si una norma es tan clara que solo permite una sola interpretación razonable. Si es así, entonces la interpretación debe prevalecer. Pero si la norma es ambigua, nos movemos a la *segunda* etapa de la doctrina. Aquí el juez debe aceptar cualquier interpretación de la dependencia administrativa que sea razonable porque eso refleja la intención del Congreso de delegar poder a la dependencia para administrar la norma”¹²¹.

2.1.3.3 La interacción entre ambas Doctrinas a través de la Jurisprudencia

En el ámbito que más nos concierne respecto a los Acuerdos de la OMC parece haber un contexto particular entre la doctrina “*Charming Betsy*” y la doctrina “*Chevron*” construido a partir de la *jurisprudencia*, generando una tensión en la aplicación de ambas doctrinas. La importancia de esta discusión descansa en la posibilidad de utilizarlas para lograr invocar el contenido de los Acuerdos de la OMC para obtener una interpretación de una norma conforme a las obligaciones asumidas en estos Acuerdos en caso de ambigüedad.

¹²⁰Caso *Chevron USA, Inc., contra Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 US 837, 104 S.Ct. 2778.

¹²¹Thomas Cottier, *The Role of Domestic Courts in the Implementation of WTO Law* p.614 en: *The Oxford Handbook on the World Trade Organization*, editado por Amrita Narlikar, Martin Daunton y Robert M. Stern, Oxford University Press, 849 páginas.

a) Caso Suramérica de Aleaciones C.A contra Estados Unidos: El juez en contra de la doctrina “Charming Betsy”

El caso¹²² se motivó debido a la apelación de los Estados Unidos a través del Departamento de Comercio sobre la decisión de la Corte de Comercio Internacional quién revirtió las medidas antidumping y derechos compensatorios promulgados en contra de la empresa Suramerica de Aleaciones Lamindas, C.A. y otros (Suramerica). Lo anterior se debió a que las autoridades de este país consideraban que estas empresas eran financiadas y/o subvencionadas por el gobierno de Venezuela. Como principal argumento de los Estados Unidos era el siguiente: “Las medidas administrativas deberían ser interpretadas de manera consistente con las obligaciones de los Estados Unidos como país signatario del GATT”. Lo anterior era una manifestación clara de la doctrina “*Charming Betsy*”.

Frente a ese argumento de las autoridades del país, el juez rechazó que las disposiciones que implementan el GATT de 1947 deban leerse consistentemente con las obligaciones de los Estados Unidos que se desprenden del GATT de 1947¹²³. El juez sostuvo que el GATT no controla la ley nacional porque esta fue implementada por el Congreso a través de una Ley. Si una disposición normativa del Derecho Interno es inconsistente con el GATT, es un asunto del Congreso y no del Juez de decidir y remediar. De esta forma, el juez ignoró la doctrina “*Charming Betsy*”.

b) Caso Timken Co., c. Estados Unidos: Aplicación de la Doctrina “Chevron”

¹²²Caso disponible en: <http://openjurist.org/966/f2d/660/suramerica-aleaciones-laminadas-ca-ca-ca-v-united-states>. Visto el 01 de abril de 2013.

¹²³Ver fundamento n° 77, 78 y 78 del caso.

El caso *Timken Co. contra los Estados Unidos*¹²⁴ se motivó a partir de la apelación presentada por Koyo, empresa japonesa, y Timken en contra de la decisión de la Corte de Comercio Internacional quien determinó que el Departamento del Comercio de los Estados Unidos había correctamente reducido a cero¹²⁵ cualquier margen de dumping negativo aplicado a las importaciones de rodillos cónicos de la empresa japonesa Koyo.

Esta empresa japonesa sostenía *inter alias* que la autoridad del país actuaba en contra del URAA y que violaba la norma 19 U.S.C. § 1677b(a) que ordena una “comparación justa” del precio de exportación y el valor normal de la mercancía. Asimismo, sostiene que de acuerdo al caso CE-Ropa de cama, el Órgano de Apelaciones sostuvo que la práctica de reducción a cero (“*zeroing*”) para calcular los márgenes de dumping no es una “comparación justa”.

En ese sentido, la corte interpretó que Koyo solicitaba que la norma de los Estados Unidos sea interpretada de tal forma que evite algún conflicto con sus obligaciones internacionales. De Esta forma, la Corte, primero, decidió revisar si la interpretación de las medidas en cuestión por parte del Departamento del Comercio era ambigua o no. Enseguida, al ver que la misma norma no resolvía el asunto sobre el significado de termino “comparación justa” la Corte aplicó la segunda etapa de la doctrina “*Chevron*”, señalando que la interpretación del Departamento del Comercio sobre el 19 U.S.C. § 1677b(a) era *razonable*.

¹²⁴Caso disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1422930.html>. Visto el 01 de abril de 2013.

¹²⁵Practica conocida como « *zeroing* » o práctica de reducción a cero.

2.1.3.4 Análisis del mecanismo interno de la “Sección 301” como vía jurídica para cuestionar medidas que afectan los Derechos de los Estados Unidos derivados de los Acuerdos de la OMC: una opción frente a la falta de aplicación directa de los Acuerdos de la OMC.

Este mecanismo interno que ha sido objeto de uno de los más importantes litigios ante la OMC¹²⁶, es conocido como la Sección 301¹²⁷ de la Ley de 1974, Ley de Comercio Exterior y puede ser visto como una vía jurídica formal de acceso a las personas privadas al sistema comercial multilateral establecido por la OMC, con la particularidad de servir solo a los intereses económicos o comerciales de los Estados Unidos, es decir que en la práctica es utilizado para cuestionar medidas comerciales de otros países y no las del propio país *de Los Estados Unidos de América*.

a) La “Sección 301” de la Ley de 1974

La “Sección 301” de la Ley de 1974 permite a los Representantes Comerciales de los Estados Unidos¹²⁸ (USTR) identificar, perseguir y sancionar unilateralmente las leyes, políticas o prácticas de un gobierno extranjero relacionadas con el comercio internacional que se considera obstaculizan o limitan los derechos de los Estados Unidos por ser injustas, injustificables, no razonables o discriminatorias.

¹²⁶ Ver caso Sección 301 de los Estados Unidos de América en la OMC.

¹²⁷ Esta ley creó un proceso que permite la identificación de las prácticas comerciales extranjeras desleales y la iniciación de investigaciones para obtener su eliminación, bajo la amenaza de ser sancionada comercialmente. Para efectos de esta investigación, cabe señalar que la doctrina de este país se refiere a la Sección 301 como el conjunto de normas compuesto por los artículos 301 al 310 de la Ley de 1974 así como al mecanismo interno que establece.

¹²⁸ Son los máximos representantes ante cualquier agencia del Ejecutivo a fin de aconsejar al presidente sobre las políticas económicas en el cual los asuntos de comercio internacional predominan. Estos son tomados en cuenta en cualquier asunto económico y encuentro internacional en el cual el comercio exterior sea el asunto principal. Para mayor información ver: Josh Schein, Section 301 and U.S. Trade Law: The Limited Impact of the 1988 Omnibus Trade and Competitiveness Act on American Obligations under GATT, Pacific Rim Law & Policy Journal, 1991, p. 105-133.

Asimismo, esta legislación se considera importante porque, a través de un *mecanismo interno*, permite asegurar la ejecución de los Derechos de los Estados Unidos, los cuales se desprenden de los Acuerdos Comerciales Internacionales suscritos por este país, incluyendo principalmente a los *Acuerdos de la OMC*.

b) Mecanismo interno de la Sección 301: El acceso a las personas privadas y transparencia en el proceso

El *mecanismo interno* establecido por la Sección 301 de la Ley de 1974 se presenta como una vía jurídica accesible a las personas privadas con el interés de cuestionar las medidas incompatibles con los Acuerdos de la OMC. Esta permite a las personas presentar *peticiones*¹²⁹ con la finalidad de que el USTR tome acciones debido a la afectación de los Derechos de los EE.UU., solicitando la anulación o la reducción de ventajas que se desprenden de los Acuerdos de la OMC, como consecuencia de la violación por otro Estado miembro de la OMC o debido a una situación de no violación¹³⁰.

Según la Sección 2412 (a) (3)¹³¹ si el USTR determina no iniciar una investigación respecto a la petición, el USTR debe informar las razones de tal decisión al

¹²⁹ Un ejemplo de petición: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/09-09-2010%20Petition.pdf>. Visto el 03 de Abril de 2013. También se puede ver una lista de peticiones y casos considerados por el USTR, disponible en: http://www.ustr.gov/archive/assets/Trade_Agreements/Monitoring_Enforcement/asset_upload_file985_6885.pdf. Visto el 03 de abril de 2013.

¹³⁰ En virtud del 19 U.S.C. Sección 2411 y 19 U.S.C. Sección 2412 (a). La 19 U.S.C. Sección 2411 está disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap12-subchapIII-sec2411.htm>. Visto el 03 de Abril de 2013. Y la Sección 2412 (a) regula las peticiones ante el USTR.

¹³¹ Disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap12-subchapIII-sec2412.htm>. Visto el 03 de Abril de 2013. “If the Trade Representative determines not to initiate an investigation with respect to a petition, the Trade Representative shall inform the petitioner of the reasons therefor and shall publish notice of the determination, together with a summary of such reasons, in the Federal Register”.

solicitante de la petición y debe publicarla decisión en el Registro Federal, el Diario Oficial del gobierno federal de los EE.UU.

Asimismo, de acuerdo a la Sección 2412 (a) (4)¹³², si el USTR decide abrir una investigación respecto a la petición solicitada, el USTR debe publicar un resumen de la petición en el Registro Federal, con la finalidad de brindar oportunidades de acceso al público en general, a fin de permitir a las personas interesadas de conocer el punto de visto del USTR.

Cabe señalar que estas dos eventuales reacciones del USTR de iniciar o no una investigación a solicitud de una persona privada debe determinarse dentro de los 45 días siguientes de presentada tal petición, según la Sección 2412 (a) (2)¹³³. Inclusive si el USTR mantiene el poder de iniciar unilateralmente su propia investigación, de acuerdo a la Sección 2412 (b) (1) (A)¹³⁴, debe publicar tal determinación en el Registro Federal y debe iniciar tal investigación. De esta forma, queda en evidencia que el acceso a la información y, en general, a la transparencia, es amplio y otorga ciertos derechos a las personas privadas.

¹³²Disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap12-subchapIII-sec2412.htm>. Visto el 03 de Abril de 2013. "If the Trade Representative makes an affirmative determination under paragraph (2) with respect to a petition, the Trade Representative shall initiate an investigation regarding the issues raised in the petition. The Trade Representative shall publish a summary of the petition in the Federal Register and shall, as soon as possible, provide opportunity for the presentation of views concerning the issues, including a public hearing".

¹³³"The Trade Representative shall review the allegations in any petition filed under paragraph (1) and, not later than 45 days after the date on which the Trade Representative received the petition, shall determine whether to initiate an investigation."

¹³⁴"If the Trade Representative determines that an investigation should be initiated under this subchapter with respect to any matter in order to determine whether the matter is actionable under section 2411 of this title, the Trade Representative shall publish such determination in the Federal Register and shall initiate such investigation".

c) Conexión entre las personas privadas, el mecanismo interno de la Sección 301 y el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC

De acuerdo a la Sección 2413 (a) (1)¹³⁵, una vez que se ha iniciado la investigación bajo lo indicado en el 2412, el USTR, a favor de los EE.UU. debe solicitar una consultación con el Estado miembro de la OMC respectivo sobre los aspectos envueltos en tal investigación con la finalidad de llegar a una solución o un acuerdo mutuo. Si esta finalidad no se logra, según el 2413 (2)¹³⁶ se puede afirmar que el USTR debe formalmente depositar un reclamo ante el Sistema de Solución de Controversias de la OMC en nombre de los EE.UU., lo que se traduce normalmente en un pedido de establecimiento de un grupo especial para conocer el asunto.

Asimismo, de acuerdo al 2413 (a) (3)¹³⁷, los USTR deben colaborar y aconsejar a la persona que realiza la petición en la preparación de la causa presentada a la organización internacional. En ese sentido, en el caso de la OMC, una vez que se acepta abrir la investigación los EE.UU. están obligados a ir hasta el final del proceso de la OMC de ser el caso e inclusive de imponer contra medidas económicas.

Recapitulando hasta ahora lo expuesto, las personas privadas, conforme a la Sección 301 pueden solicitar que se abra una investigación que puede llegar a ser

¹³⁵“On the date on which an investigation is initiated under section 2412 of this title, the Trade Representative, on behalf of the United States, shall request consultations with the foreign country concerned regarding the issues involved in such investigation”.

¹³⁶“If the investigation initiated under section 2412 of this title involves a trade agreement and a mutually acceptable resolution is not reached before the earlier of - (A) the close of the consultation period, if any, specified in the trade agreement, or (B) the 150th day after the day on which consultation was commenced, the Trade Representative shall promptly request proceedings on the matter under the formal dispute settlement procedures provided under such agreement”.

¹³⁷“The Trade Representative shall seek information and advice from the petitioner (if any) and the appropriate committees established pursuant to section 2155 of this title in preparing United States presentations for consultations and dispute settlement proceedings”.

parte de un reclamo presentado por los EE.UU a través de los USTR ante la OMC. Sin embargo, el asunto controvertido de este mecanismo interno se evidencia cuando los USTR deben implementar contra-medidas económicas.

Evaluación del punto 2.1

Como se ha podido observar en esta parte de la presente investigación, en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América no es posible que los Acuerdos de la OMC sean aplicable directamente. Asimismo, estos no pueden ser invocados por los particulares ante los tribunales nacionales de justicia para cuestionar las medidas del Poder Ejecutivo incompatibles con los Acuerdos de la OMC.

Por otro lado, se ha descrito la naturaleza de los Acuerdos Comerciales denominados “*Congressional-Executive*”, en específico, de los Acuerdos de la OMC que fueron implementados en el ordenamiento jurídico a través de una norma aparte, la Ley URAA (*recepción de los acuerdos*), teniendo un efecto “*no-autoejecutable*” (*efecto jurídico*).

A pesar de este escenario adverso para el desarrollo de la aplicabilidad inmediata de los Acuerdos de la OMC, el sistema jurídico de los Estados Unidos de América ofrece algunas vías indirectas para tratar de obtener un efecto similar al de la aplicabilidad inmediata. Estas posibilidades se ven representadas por la Doctrina *Betsy*, la Doctrina *Chevron* y la *Sección 301*, que intentan mantener un sistema jurídico coherente con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

2.2 La posibilidad de invocar ante el juez los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas y el control de

legalidad las medidas comunitarias

Discutir sobre la posibilidad de los particulares de invocar ante el juez los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas es un asunto complejo que ha ido evolucionando a través del tiempo. Esta discusión ha sido generada por el desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En líneas generales, solo se puede afirmar que la posición del Tribunal respecto de esta posibilidad es irregular y dividida, dejando a veces espacios para poder afirmar esta posibilidad y en otras ocasiones rechazando cualquier interpretación de los Acuerdos que permita desarrollarla.

Para poder abordar esta discusión es necesario reconocer las características del ordenamiento jurídico de las CE relativas al **tratamiento o recepción** de los Acuerdos Internacionales, especialmente, de los Acuerdos de la OMC (2.2.1). Por otro lado, es necesario estudiar los diversos **casos** del Tribunal de Justicia de la CE respecto a los **efectos jurídicos** de los Acuerdos de la OMC que nos darán las pautas para determinar la posibilidad de invocar estos acuerdos ante el Tribunal de Justicia para cuestionar las medidas comunitarias incompatibles con las reglas de la OMC (2.2.2).

2.2.1 Recepción de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas

El 22 de Diciembre de 1994, mediante la Decisión del Consejo, en nombre de las Comunidades Europeas, CE, se aprobaron los Acuerdos de la OMC, en base al

Tratado Constitutivo de la CE¹³⁸. Estos Acuerdos, según la interpretación de la Corte Europea de Justicia del artículo 228.7, hacen parte del orden jurídico comunitario, sin necesidad de un procedimiento de implementación o de transformación de éstos, lo cual significa que han sido incorporados automáticamente al derecho interno aplicable y que despliegan sus efectos jurídicos al interior del ordenamiento desde su entrada en vigor.

En ese contexto, ahondar sobre los aspectos jurídicos de la recepción de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas (CE) demanda el estudio de tres factores centrales. *Primero*, es necesario estudiar el alcance jurídico de la competencia de la para suscribir los Acuerdos de la OMC y entender la naturaleza del Acuerdo Mixto como principal característica de los Acuerdos de la OMC en la CE (2.2.1.1). *Segundo*, es importante analizar la recepción en sí de estos acuerdos (2.2.1.2). *Tercero*, es esencial analizar la jerarquía normativa de estos acuerdos como consecuencia jurídica inmediata de la recepción de los Acuerdos de la OMC al Derecho Doméstico de la EC (2.2.1.3).

2.2.1.1 Competencia compartida de la CE para concluir los Acuerdos de la OMC

Al referirnos al estudio de la competencia de la CE para concluir los Acuerdos de la OMC, explícitamente se hace hincapié a dos periodos importantes para la CE. Primero, nos referimos a la configuración de la competencia de la CE antes del Tratado de Lisboa. Segundo, nos referimos a la modificación de la competencia de la CE después del Tratado de Lisboa.

¹³⁸ Según lo publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Numero de información 92/C 224/01 del 31 de agosto de 1992.

a) La configuración de la competencia de la CE para concluir los Acuerdos de la OMC antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa

Durante las negociaciones multilaterales comerciales de la Ronda de Uruguay que culminó con el establecimiento de la OMC, formalmente, solo los países miembros de la CE eran partes contratantes del GATT y no la CE. Sin embargo, en la práctica esta última fue tratada *como tal* logrando reemplazar a sus estados miembros ante la OMC, con el *consentimiento* de los otras partes contratantes del GATT. Para eso, la CE tuvo que fundamentar su activa participación en base al artículo 113° CE que establece la correspondiente *competencia exclusiva* sobre asuntos tarifarios y política comercial¹³⁹ y el artículo 228° CE que establece la facultad de concluir acuerdos asociativos.

En ese contexto, la CE negoció los Acuerdos de la OMC en función a sus propios intereses y el interés de sus estados miembros¹⁴⁰; sin embargo, la CE seguía sin ser parte contratante formalmente. Esta situación fue recogida por el artículo XIV del Acuerdo de Marrakech que establece la OMC, en el cual se incluye a la CE y a los estados que la conforman como miembros originales de la OMC. De este modo, el Acta final de los Acuerdos de la OMC fue firmada tanto por la CE como por sus estados miembros. Estos tipos de acuerdos son llamados Acuerdos Mixtos en el Derecho Comunitario.

Sin embargo, llegó un momento en donde la EC reclamó su competencia total en

¹³⁹Julie Svane. Nota 58. p. 16, último párrafo.

¹⁴⁰Van den Bossche, P. "The European Community and the Uruguay Round Agreements" in Jackson, J.H. & Sykes, A. (eds.) *Implementing the Uruguay Round*, Clarendon Press, Oxford, 1997, 23 at 56-57.

todos los asuntos relativos a los Acuerdos de la OMC, pero los Países miembros sostenían por otro lado que el hecho de ceder al pedido de la EC podría indirectamente y gradualmente fortalecer los poderes de la EC en los asuntos internos, lo cual sería contrario a las limitaciones establecidas a los poderes de la EC¹⁴¹. Este problema fue atendido por la Corte Europea de Justicia en 1994 a través de la Opinión sobre la OMC¹⁴². La Corte estableció que la competencia sobre asuntos de Propiedad Intelectual y sobre asunto de Servicios son compartidas entre la CE y sus Estados miembros. Asimismo aclaró que la CE tenía la competencia exclusiva para negociar el GATT de 1994 y sus acuerdos complementarios, mientras que la competencia de concluir el GATS y el ADPIC era compartida entre ambos, la CE y sus Estados miembros.

b) La configuración de la competencia de la CE a partir del Tratado de Lisboa

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en Diciembre de 2009, el escenario de las Competencias de la CE y sus Estados miembros respecto a los asuntos que se desprenden de los Acuerdos de la OMC cambió relativamente dejando pendiente algunas cuestiones. El Tratado de Lisboa estableció una Unión Europea más unificada y una posición internacional más fuerte que antes. El logro más importante de este tratado fue que a través su artículo 1º reemplazó a la CE y a partir de ese momento la UE tenía personalidad jurídica de acuerdo al artículo 47º, definiendo así su status a nivel internacional.

Las tres principales estructuras, introducidas por el Tratado de Maastricht en 1992

¹⁴¹Cottier and Oesch, International Trade Regulation – Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland, 239.

¹⁴²Opinion 1/94 on the Competence of the Community to conclude International Agreements concerning Services and the Protection of Intellectual Property.

también fueron derogadas. Esto dio a la UE el poder de negociar y concluir acuerdos internacionales en su propio nombre. Sin embargo, los Estados miembros no deseaban cederle su derecho a votar, lo cual significa que la UE seguirá en el futuro teniendo una representación fragmentada en los foros internacionales¹⁴³, en revancha, la UE ahora cuenta con el derecho a voto al igual que sus Estados miembros en el plano internacional.

Con el Tratado de Lisboa, de acuerdo al artículo 37° del TFEU sobre la competencia de concluir acuerdos, la UE tiene la competencia explícita para concluir acuerdos internacionales con terceros países o con organizaciones internacionales en asuntos sobre Políticas comunes exteriores y de seguridad. Según el artículo 207° TFEU, la UE ahora tiene la exclusiva competencia en asuntos sobre Propiedad Intelectual e Inversión Extranjera Directa, y no es más compartida con sus estados miembros, lo cual hace más coherente su política exterior comercial. El artículo 218° TFEU establece que al menos que los Estados miembros estén habilitados por la UE, ellos no pueden concluir acuerdos bilaterales de inversión. Por consiguiente, ahora, todos los asuntos que se dependen de los Acuerdos de la OMC recaen en la exclusiva competencia de la UE.

Otro asunto particular, que desborda el objeto del presente estudio pero que no se puede dejar de mencionar es la particularidad del artículo 3(5) TEU. Este artículo establece que en los asuntos internacionales la UE puede promover sus valores e intereses y contribuir a la protección de sus ciudadanos. Puede contribuir a la paz, seguridad, el desarrollo sostenible de la tierra, la solidaridad y respeto mutuo entre

¹⁴³ Pollet-Fort, “Implications of the Lisbon Treaty for the European Union External Trade Policy”, EU Centre in Singapore, Background Brief no 2, March 2010, 6.

las personales, el comercio libre y justo, erradicación de la pobreza y la protección de derechos humanos, etc. Lo anterior, en conjunto con el artículo 21 TEU, otorga una base jurídica a la UE para poder incluir cláusulas sobre Derechos Humanos en los acuerdos comerciales internacionales.¹⁴⁴.

Sin embargo, lo anterior no modifica las consecuencias de la naturaleza de Acuerdos mixtos que corresponden a los Acuerdos de la OMC, donde la UE y los Estados miembros son partes del Acuerdo. En realidad, esta característica va a traer problemas a la CEJ al momento de interpretar el contenido de los Acuerdos de la OMC. Es este punto de fundamental importancia para poder luego entender la postura de la CEJ frente a los efectos jurídicos de los estos acuerdos, cuestión que será abordada posteriormente a detalle.

2.2.1.2 *Recepción de los Acuerdos de la OMC: parte integral del Derecho de la UE*

La jurisprudencia de la del Tribunal de Justicia de las CE ha establecido que los Acuerdos Internacionales suscritos por la UE forman parte integrante del Derecho de la UE. El juez ha establecido en el caso *Haegeman* y en otros¹⁴⁵, que los acuerdos concluidos por la UE son vinculantes para las instituciones de la UE y para los Estados Miembros. Aquello dejó concluir al juez que un Acuerdo Internacional forma parte integral del ordenamiento jurídico de la UE una vez que este ha entrado en vigor y que, por lo tanto, éstos deben ser considerados actos comunitarios. De esta forma el juez refleja lo que muchos llaman la concepción monista de la incorporación

¹⁴⁴Ver por ejemplo: Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R.

¹⁴⁵ECJ caso 181/73, *Haegeman*, ECR 1974, 449, § 5, ECJ caso 104/81, *Hauptzollant mainz/Kupferberg*, ECR 1982, 36411, §11-14, ECJ caso 270/80, *Polydor/Harlequin*, ECR 1982, 329, ECJ caso 12/83, *Demirel*, ECR 1987, 3719, § 7.

de los Acuerdos Internacionales.

En ese sentido, una vez que se ha afirmado que los Acuerdos de la OMC forman parte del Derecho de la CE al entrar en vigor, por lo general, la consecuencia jurídica sería la “*aplicación inmediata*” de estos acuerdos. Esta característica del sistema jurídico de la CE describe como las disposiciones de un Tratado puede tener validez jurídica en las partes sin necesidad de un acto de transformación, lo cual permite al tribunal realizar tres acciones. Primero, considerar a los acuerdos internacionales como derecho aplicable de la Unión Europea¹⁴⁶. Segundo, delimitar su competencia en el proceso prejudicial¹⁴⁷ sobre la interpretación de los acuerdos internacionales. Y, tercero, delimitar su competencia en el proceso de anulación al considerar los acuerdos como actos comunitarios¹⁴⁸.

Sin embargo, el tribunal de justicia ha tenido una opinión particular tratándose de los Acuerdos de la OMC que han sido suscritos por la CE y por sus Estados miembros a la vez, y ha venido construyendo una interpretación sobre sus efectos jurídicos. Aquella discusión en la doctrina se ha visto influenciada por la teoría del “efecto directo” llegando a confundirse con el de la “aplicabilidad directa”. Este asunto ha ido evolucionando en la UE, gracias al desarrollo de parte del Tribunal de Justicia sobre estas cuestiones.

Sin perjuicio de lo desarrollado anteriormente, es válido reiterar que la noción de “aplicabilidad directa” es diferente al del “efecto directo” y que en relación a nuestra

¹⁴⁶Caso Haegeman/Bélgica, Rec. 1974, 449.

¹⁴⁷Artículo 177 alinea 1, literal b).

¹⁴⁸Artículo 173 y 177 CE.

hipótesis planteada, la posibilidad de invocar los acuerdos de la OMC depende, sobretudo, de la condición de “aplicabilidad directa” de ésta dentro del ordenamiento jurídico interno.

2.2.1.3 Jerarquía normativa de los Acuerdos de la OMC en la UE

El Tratado de Lisboa contiene una disposición relativa a la jerarquía de los Acuerdos Internacionales en la Comunidad Europea. De acuerdo al artículo 228.7 del Tratado de Lisboa, los Acuerdos Internacionales son obligatorios ante las instituciones de la Comunidad y ante los Estados Miembros. Esto quiere decir que un Acuerdo Internacional es superior a cualquier acto legislativo de las instituciones comunitarias o de los Estado Miembros, sin importar si estos fueron emitidos antes o después de la conclusión del Acuerdo Internacional¹⁴⁹.

Lo anterior también se desprende del hecho de que los Acuerdos Internacionales forman parte integrante del Derecho Comunitario y por consiguiente es lógico que estos estén por encima del Derecho de los Estados Miembros. Ellos no pueden violar estas obligaciones internacionales, porque eso sería contrario a la voluntad de los países miembros de someterse a las reglas comunitarias. Por consiguiente, los Acuerdos Internacionales, y en ese sentido, los Acuerdos de la OMC, tienen una jerarquía superior a los actos normativos de los Estados Miembros de la Comunidad Europea.

Esta afirmación no influye en la determinación de los efectos jurídicos de los

¹⁴⁹Opinión del Abogado General Lenz en el caso Nakajima c. Consejo, ECR I-2069, en 2127: “Es claro que según el artículo 228, los Acuerdos Internacionales se ubican en algún lugar entre el Derecho Comunitario Primario y Secundario.

Acuerdos de la OMC porque se debe recordar que estos son Acuerdos Internacionales *mixtos*, es decir, que han sido suscritos por los Estados Miembros y por la Comunidad Europea. En ese sentido, no se puede desconocer la competencia de los Estados miembros de decidir sobre los efectos jurídicos de los Acuerdos Internacionales que han suscrito, al mismo tiempo que la Comunidad Europea. Esta situación va a condicionar la resolución de diversos casos presentados ante el Tribunal de Justicia de la CE sobre la determinación de los efectos jurídicos de los Acuerdos de la OMC.

2.2.2 Efectos Jurídicos de los Acuerdos de la OMC en la UE: *La jurisprudencia de la CEJ y la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC frente al juez*

Para identificar la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC frente a los tribunales de justicia de las Comunidades Europeas, es necesario recurrir a su jurisprudencia. El ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas no contiene un dispositivo normativo que determine los efectos jurídicos de los Acuerdos de la OMC. Estos en realidad han sido desarrollándose y evolucionando gracias al trabajo jurisprudencial de sus tribunales.

Cabe resaltar que el desarrollo conceptual de los diversos efectos jurídicos de estos Acuerdos ha ido variando a través del tiempo según la distinta concepción que ha tenido el juez comunitario sobre los mismos. Una forma de abordar el estudio del presente punto es a través de un análisis cronológico que permita comparar estas diversas nociones de las cuales se presentan a continuación. Asimismo, es útil presentar el desarrollo jurisprudencial de los efectos jurídicos de su antecesor, el GATT de 1947, de modo que se pueda entender integralmente su evolución.

a) Caso “International Fruit Co. c. Produktachap voor Groenten”¹⁵⁰ (1971)

Mediante sentencia del 13 de mayo de 1971 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, NV International Fruit Company de Rotterdam y otros¹⁵¹ demandó al Tribunal la anulación de una Decisión adoptada por la Comisión de las Comunidades Europeas por ilegal “fundamentada en el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento (CEE) n° 459/70, del 11 de marzo de 1970, mediante la cual la Comisión les denegó la concesión de licencias de importación de manzanas de mesa procedentes de terceros países, y que les fue notificada por medio del *Produktschap voor Groenten en Fruit* de la Haya, una entidad que forma parte de la Administración Pública de Derecho Interno”.¹⁵² La parte demandante fundamentó la ilegalidad de la medida comunitaria conforme al artículo XI del GATT de 1947.

Por otro lado, la parte demandada sostuvo que no había emitido ninguna Decisión a los demandantes y que la denegación de las licencias de importación era un acto administrativo de Derecho Interno y no del Derecho Comunitario. Por otro lado sostuvo que las Decisiones comunitarias no pueden afectar individualmente a las demandantes debido a su alcance general y reglamentario¹⁵³.

El juez ante esta situación tenía que determinar si era competencia del Tribunal de Justicia resolver sobre la validez de una medida comunitaria contraria al Derecho Internacional y si era el caso determinar si era competente para resolver sobre la

¹⁵⁰ Fruit, 1992. E.C.R. 1219.

¹⁵¹ NV Velleman & Tas de Rotterdam, Jan van den Brink’s im-en Exporthandel y Kooy Rotterdam, representado por Wijckerheld Bisdom y ter Kuile, Abogados ante el Hoge Raad de los Países Bajos.

¹⁵² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0041:ES:PDF>.p.67.

¹⁵³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0041:ES:PDF>.

validez de una medida comunitaria contraria al GATT de 1947.

El Tribunal de Justicia sostuvo que para cuestionar las medidas comunitarias en base a una medida del Derecho Internacional ésta puede ser invocada solo si tiene efecto directo. Asimismo, sostuvo que para comprobar el efecto directo de una medida del Derecho Internacional, esta debe cumplir con dos requisitos. Primero, sostuvo que una medida del Derecho Internacional debe ser estar vigente en la Comunidad, y segundo, “debe ser capaz de conferir derechos a los ciudadanos de la Comunidad que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia”¹⁵⁴.

Recordemos que en este momento, el año de 1971, la CE no fue Parte Contratante del GATT de 1947 sino sus Estados miembros y que fueron estos quienes confirieron poderes sobre los temas aduaneros y políticas comerciales de la Comunidad y que por consiguiente demostraron su intención de que la Comunidad esté sometida también al GATT, en ese sentido, el tribunal de justicia determinó que determinadas disposiciones del GATT de 1947 podrían ser vinculantes para la Comunidad inclusive si no fue parte contratante.

Por otro lado, respecto al efecto directo, el Tribunal consideró que según “el espíritu, el esquema general y los términos del GATT”¹⁵⁵, determinadas provisiones de este Acuerdo “son flexibles y que es este factor que hace al artículo XI del GATT que no sea capaz de conferir derechos a los ciudadanos de la Comunidad que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia, y por consiguiente, el Reglamento en

¹⁵⁴ Caso 21-24/72, *International fruit*, para. 7-8.

¹⁵⁵ *Op cit* para 20.

cuestión no debería ser afectado por el mencionado artículo en este caso”¹⁵⁶.

En ese sentido, en líneas general, en esta época el Tribunal de justicia sostenía que la invocabilidad de las medidas del GATT era una cuestión determinada por el “efecto directo” de los mismo. Podemos observar que ambos conceptos, “invocabilidad” y “efecto directo” no son separados por el juez e inclusive se llega a sostener que una medida invocable debe ser una medida que otorgue derechos, y se concluye también que una medida flexible no es posible de ser invocable por el mismo hecho de no tener efecto directo o no tener la capacidad de otorgar derechos a los ciudadanos comunitarios.

b) Caso Fediol c. Comisión de las Comunidades Europeas (1989)

El 22 de junio 1989, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió una controversia jurídica entre la Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) y la Comisión de las Comunidades Europeas que tenía por objeto una solicitud de anulación de la Decisión n° 2506 de la Comisión de fecha 22 de diciembre de 1986 (no publicada), “mediante la cual se le deniega una petición de apertura de procedimiento de investigación de prácticas comerciales ilícitas por parte de Argentina en materia de exportación de tortas de soja a la Comunidad. Esta Decisión se basó en el apartado 5 del artículo 3 del Reglamento n° 2641/84 del Consejo, de 17 de septiembre de 1984, relativo al fortalecimiento de la política comercial común, en particular en materia de defensa contra las prácticas comerciales ilícitas (DO L 252, p. 1; EE 11/21, p. 78).”¹⁵⁷

¹⁵⁶ Op cit para 27-28.

¹⁵⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987CJ0070:ES:PDF>.

El Reglamento en cuestión requiere a la Comisión de examinar si las prácticas comerciales de terceros países son ilegales bajo el Derecho Internacional. En ese sentido, Fediol reclamaba que las prácticas comerciales de Argentina sobre la exportación de productos de soja eran contrarias al artículo III, XI, XX, XXIII y XXXVI del GATT de 1947. Sin embargo, la Comisión rechazó el reclamo de Fediol y no inició la investigación correspondiente. Ella sostenía que las disposiciones del GATT de 1947 no eran lo suficientemente precisas para poder otorgar derecho que puedan ser reclamados por los individuos, lo que hacía el caso Fediol inadmisibles para ella.

En esta oportunidad el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que la anterior jurisprudencia del caso *International Fruit* no condicionaba la interpretación y aplicación de las reglas del GATT durante la determinación de si ciertas prácticas comerciales fuesen incompatibles con estas reglas. El Tribunal sostuvo que “el hecho de que las partes Contratantes hayan establecido un marco institucional para el tratamiento de solución de diferencia en relación al GATT no era suficiente para excluir cualquier aplicación judicial del GATT”¹⁵⁸. En ese sentido, el tribunal pasó a examinar las prácticas comerciales de Argentina en cuestión y concluyó que no violaban las disposiciones del GATT.

Pero, lo más relevante en este caso fue la distinción que realizó el juez entre a la falta de efecto directo de una medida de Derecho Internacional y un acto comunitario referido al GATT, en este caso, el Juez tenía el poder de revisar la legalidad de la decisión por la Comisión toda vez que la Regulación en cuestión se refería al Derecho Internacional. Es decir, el juez estaba reconociendo que en determinados

¹⁵⁸ Párrafo 21. Caso Fediol.

supuestos cuando una medida comunitaria haga referencia explícitamente a las reglas del GATT de 1947, las personas podían invocar el contenido de estas reglas para cuestionar la medida comunitaria y solicitar la anulación de la decisión basada en esa medida.

c) Caso Nakajima c. Consejo (1991)

Nakajima All Precision Co. Ltd, sociedad japonesa domiciliada en Tokyo solicitó al Tribunal de Justicia de las CE que no se le aplique el inciso ii) de la letra b) del apartado 3 del artículo 2º y el artículo 19º del Reglamento N° 2423/88 del Consejo de las Comunidades Europeas, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Económica europea (DO L 209, p. 1), y, por otro lado, solicitó la anulación del Reglamento N° 3651/88 del Consejo, de fecha 23 de noviembre de 1988, por el que se establecía un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de percusión de matriz de punto en serie originarias de Japón (DO L 317, p. 33)¹⁵⁹.

Nakajima argumentó que el Reglamento en cuestión era contrario al Acuerdo sobre prácticas anti-dumping el cual desarrollaba el artículo VI del GATT de 1947 y no reforzó sus argumentos en base a la teoría del efecto directo sino que invocó algunos de los motivos para la revisión de legalidad bajo el Tratado EC. La empresa japonesa se basó en el artículo 300 (7) CE que estipula que los Acuerdos Internacionales vinculan a las instituciones comunitarias y a los Estados Miembros, el artículo 241 CE que establece el recurso de excepción de ilegalidad y el artículo

¹⁵⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989CJ0069:ES:PDF>

230 CE que establece el recurso de anulación.

El tribunal sostuvo que el “Reglamento cuestionado intentaba implementar una obligación internacional a la Comunidad y que por lo tanto debería asegurar su concordancia con el GATT y sus medidas de implementación”¹⁶⁰. Asimismo, el tribunal rechazó el argumento contrario que sostenía la falta de efecto directo del Código antidumping del GATT, porque el demandante no estaba invocando el efecto directo del Código sino que estaba cuestionando la compatibilidad de una medida comunitaria con el Acuerdo Internacional que estaba intentando implementar.

Por consiguiente, el tribunal determinó que era necesario examinar si el Consejo procedió conforme el marco jurídico establecido y en conformidad con el Código Anti-dumping y concluyó que no era compatible con las reglas del GATT que intentaba implementar.

Por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal se hizo una distinción clara del efecto directo del GATT y de la posibilidad de invocar sus medidas para cuestionar la legalidad de las medidas comunitarias. Esta diferenciación es el aspecto más importante a retener que luego va marcar el desarrollo jurisprudencial posterior. En conclusión, lo que estableció la jurisprudencia fue una regla para poder invocar el GATT, esta consiste en que la medida comunitaria debe implementar una regla del GATT para que se pueda cuestionar esta medida en base al GATT.

d) Caso Alemania c. Consejo (1993)

La República Federal de Alemania apoyada por el Reino de Bélgica y el Reino de los

¹⁶⁰ Parrafo31 del caso Nakajima.

Países Bajos solicitó al Tribunal de Justicia la anulación del Título IV y del apartado 2 del artículo 21 del Reglamento N° 404/93 del Consejo de las Comunidades Europeas, de fecha 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados del plátano (DO L 47, p.1)¹⁶¹.

Este Reglamento buscaba un mercado libre interno del plátano y reemplazaba varios regímenes nacionales respecto a la importación de este producto. Este también extendía tratamientos preferenciales a los plátanos originarios de determinados países, lo cual excluía de estos beneficios a los plátanos de otros países como de los Estados Unidos.

Alemania tenía antes un régimen liberal de importación del plátano y decidió cuestionar el Reglamento N° 404/93 en mayo de 1993. En esta oportunidad no se trataba de un individuo sino de un Estado, y el Tribunal que solo si la Comunidad intentaba implementar una obligación particular que se desprenda del GATT, podía revisar la legalidad del acto desde el punto de vista de las reglas del GATT, lo cual era un razonamiento similar al caso Fediol y Nakajima. Lo anterior, no debe ser considerado como parte del efecto directo sino como parte de la invocabilidad de las reglas del GATT.

e) Caso Italia c. Consejo (1996)

En este caso, mediante sentencia del 12 de noviembre de 1998, el Tribunal de justicia de la CE resolvió la demanda de la República de Italia contra el Consejo de la Unión Europea que tenía por objeto la anulación del Reglamento N° 1522/96 del

¹⁶¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CJ0280:ES:PDF>.

Consejo, de fecha 24 de julio de 1996, sobre la apertura y el modo de gestión de determinados contingentes arancelarios de importación de arroz y arroz partido (DO L 190, p. 1)¹⁶².

Italia sostuvo que el Reglamento que fue adoptado según el Acuerdo concluido entre la CE, Australia y Tailandia con posterioridad al artículo XXIV.6 del GATT de 1994 e incompatible con este mismo y con el memorándum de entendimiento para la interpretación del artículo XXIV.

El Tribunal de Justicia, recordando la jurisprudencia del caso Fediol y Nakajima, sostuvo que al adoptar el Reglamento en cuestión en función a los Acuerdos celebrados con países terceros siguiendo lo establecido por el artículo XXIV.6 del GATT de 1994, la Comunidad intentó cumplir con una obligación comprendida en el GATT de 1994. Por consiguiente, el Juez sostuvo que está obligado a controlar la legalidad del Reglamento controvertido en relación con las normas del GATT. Sin embargo, el resultado final de la sentencia fue desestimatorio respecto a los argumentos de la parte demandada.

f) *Caso Portugal c. Consejo (1996)*

Casi un año después de la suscripción de los Acuerdos de la OMC¹⁶³, la Comisión de la CE concluyó a nombre de la CE un Acuerdo de Entendimiento con la India y Pakistán sobre cuestiones de acceso al mercado a productos textiles, que luego fue

¹⁶² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0352:ES:PDF>.

¹⁶³ Suscritos mediante la Decisión 94/800/EC de fecha 22 de Diciembre de 1994.

firmado por el Consejo y publicado como una Decisión¹⁶⁴.

Esta Decisión fue cuestionada por la República de Portugal y solicitó su anulación ante el Tribunal de Justicia. Entre otras cosas, Portugal sostenía que la Decisión no era compatible con las reglas de los Acuerdos de la OMC, sobre todo con el GATT de 1994. Nuevamente, Portugal argumentó su defensa no en la teoría del “efecto directo” sino en las circunstancias mediante el cual un Estado Miembro puede “invocar” los Acuerdos de la OMC ante el tribunal para poder revisar la legalidad de la medida del Consejo¹⁶⁵.

El tribunal, en esta ocasión, sostuvo que los Acuerdos de la OMC difieren de otros Acuerdos Internacionales suscritos por la CE, debido al carácter asimétrico y flexible de sus disposiciones, y que el propósito principal de los Acuerdos de la OMC era obtener ventajas comerciales recíprocas con otros países. En ese sentido, argumentó que otras partes contratantes de los Acuerdos de la OMC no conceden efecto directo a las medidas de los acuerdos dentro de sus ordenamientos jurídicos. Consecuentemente, el tribunal concluyó que si tuviera que asegurar la conformidad del Derecho comunitario con las reglas de los Acuerdos de la OMC, esto quitaría espacio a los órganos ejecutivos y legislativos para poder negociar con otros países.

Entonces, bajo el argumento de la reciprocidad y de las ventajas mutuas, el Tribunal sostuvo que en principio los Acuerdos de la OMC no deben ser empleados para revisar la legalidad de las medidas adoptada por las instituciones comunitarias. Y

¹⁶⁴Council Decision 96/386/EC of 26 February 1996 concerning the conclusion of Memoranda of Understanding between the European Community and the Islamic Republic of Pakistan and between the European Community and the Republic of India on arrangements in the area of market access for textile products, OJ 1996 L 153, p.47.

¹⁶⁵Portugal c. Consejo, para. 32.

que solo, de acuerdo a la jurisprudencia Nakajma y Fediol respecto del GATT, las medidas comunitarias podrán ser revisadas a la luz de los Acuerdos de la OMC cuando expresamente hagan referencia a éstas o cuando la Comunidad intente implementar una obligación particular asumida en el contexto del OMC. Por lo tanto, la Decisión no completaba estos requisitos y no podía ser objeto de revisión en base a los Acuerdos de la OMC.

g) Caso acumulado Dior c. Tuk y van Dijk c. Wilhelm Layher (1998)

El presente caso se trata de una solicitud, por parte de Parfums Christian Diros SA y Tuk Consultancy BV, de interpretación judicial del artículo 50° del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, que figura como Anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio¹⁶⁶.

En esa oportunidad, el tribunal sostiene que el efecto directo está ligado a la aplicación directa de una medida. Sostiene que una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con países terceros debe considerarse directamente aplicable cuando a la vista del tenor, del objeto y de la naturaleza del acuerdo, puede llegarse a la conclusión de que dicha disposición contiene una “obligación clara, precisa e incondicional, que no se subordina, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de algún acto ulterior alguno.”¹⁶⁷

Luego, en base a la jurisprudencia Portugal c. Consejo, el tribunal sostuvo que el ADPIC no tenía efecto directo, sin embargo, afirmó que el artículo 50° del ADPIC es

¹⁶⁶<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CJ0300:ES:PDF>.

¹⁶⁷Párrafo 42.

una disposición que establece un procedimiento que debería ser aplicado por la Comunidad y por sus países miembros.

h) Caso Kloosterber c. Minister van Landbouw

El siguiente caso se trata de una petición de decisión prejudicial sobre la validez del artículo 3°, apartado 1 y 3, del Reglamento N° 1484/95 de la Comisión, de fecha 28 de junio 1995, por el que se establecen disposiciones de aplicación del régimen de aplicación de derechos adicionales de importación y se fijan los derechos adicionales de importación en los sectores de la carne de aves de corral, de los huevos y de la ovoalbúmina y por el que se deroga el Reglamento N° 163/67/CEE.

Kloosterber no tenía la obligación inicialmente de pagar un arancel aduanero por sus importaciones a Holanda de aves de corral provenientes de Brazil. Sin embargo, durante un procedimiento diario de revisión, el Servicio de Aduanas de ese país encontró que las aves de corral deberían ser objeto del arancel aduanero. Ante eso, Kloosterber reclamó la decisión de Aduanas, la cual fue inmediatamente rechazada, en ese sentido Kloosterber decidió cuestionar ante la Corte el supuesto arancel establecido por el Reglamento N° 1484/95 por estar contrario al contenido del Acuerdo sobre la Agricultura que forma parte de los Acuerdos de la OMC. La corte nacional posteriormente sometió a una cuestión de interpretación ante el tribunal de justicia de la CE.

La CEJ reafirmo su tendencia anterior respecto a los Acuerdos de la OMC, sostuvo que una medida comunitaria debe referirse directamente a estos acuerdos para sea objeto de revisión de legalidad a la luz de los mismos. El Tribunal sostuvo que la medida en cuestión intentaba expresamente implementar un Acuerdo de la OMC,

asimismo observó que una disposición contenida en la medida comunitaria específicamente hacía referencia al Acuerdo sobre la Agricultura. Por consiguiente, interpretó que este Acuerdo tenía efecto directo en este caso.

i) Caso Biret c. Consejo (2003)

La empresa francesa Biret importadora de carne que se fue a la bancarrota a mediados de los años 90's y decidió demandar ante el juez una indemnización por el daño ocasionado a la CE, porque era a causa de una medida comunitaria que establecía la prohibición de importación a la CE de carne tratada con hormonas que la empresa se fue a la quiebra. La empresa sostuvo que la medida comunitaria fue declarada por el Órgano de Apelaciones de la OMC como no compatible con los Acuerdos de la OMC¹⁶⁸ y que argumentó que los Acuerdos de la OMC tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico de la CE y que los individuos pueden, por consiguiente, cuestionar la legalidad de un acto comunitario y obtener una compensación por daños.

Mediante sentencia del 30 de septiembre de 2003, el tribunal de justicia resuelve el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las CE del 11 de enero de 2002 presentada por Biret International SA¹⁶⁹ que solicita que se anule dicha sentencia. Y sostiene que la corte de primera instancia no podía sostener que porque las reglas de los Acuerdos de la OMC no tienen efecto directo entonces lo resuelto por los tribunales del OMC que han aplicado esas reglas no

¹⁶⁸ WTO Appellate Body Report on European Communities-Measures concerning meat and meat products (Hormones) , WT/DS26/R/USA, D.S.R. 199: III, at 699, 1002 (Feb 13, 1998), <http://www.wto.org>.

¹⁶⁹ <http://eur-lex.europa.eu/staging/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002CJ0093:ES:PDF>

deberían tampoco tener efecto directo¹⁷⁰.

Finalmente, el tribunal sin profundizar sobre la cuestión del efecto directo de las reglas de la OMC, solo atinó a sostener que debido a que la liquidación de la empresa en quiebra fue en 1995, antes de que el tribunal de la OMC declare incompatible la medida comunitaria, por consiguiente, la empresa francesa no había sufrido ningún daño debido a la legislación en cuestión¹⁷¹.

j) Caso *Petrotub c. Consejo*

En el caso *Petrotub*¹⁷², esta empresa rumana presentó un recurso de Casación contra la sentencia del Tribunal de primera instancia que había desestimado su “solicitud de anulación del Reglamento N° 2320/97 del Consejo de las Comunidades Europeas, de fecha 17 de noviembre de 1997, por el que se establecen derechos antidumping definitivos con respecto a las importaciones de determinados tubos sin soldadura, de hierro o acero sin alear, originarios de Hungría, Polonia, Rusia, la República Checa, Rumania y la República Eslovaca, por el que se deroga el Reglamento N° 1189/93 y por el que se da por concluido el procedimiento relativo a dichas importaciones originarias de la República de Croacia”¹⁷³.

En esta oportunidad, *Petrotub* sostenía que el cuestionado Reglamento permitía al Consejo usar un método asimétrico para la determinación del dumping durante la investigación correspondiente sin ofrecer explicación alguna o motivación, lo cual era

¹⁷⁰ Ver Nota N° 169

¹⁷¹ Ver Nota N° 169

¹⁷² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0076:ES:PDF>

¹⁷³ Op cit.

incompatible con lo establecido en el artículo 2.4.2 del Código de Antidumping de 1994 en el que requiere una explicación al porqué un método simétrico para la determinación del dumping no puede ser considerado. Y, por otro lado, el Consejo sostenía que los Acuerdos de la OMC no eran aplicables en el ordenamiento jurídico de la CE.

El Código Antidumping del GATT de 1994 establece tres métodos para la determinación del dumping, el primero consiste en comparar los precios transacción por transacción, el segundo consiste es comparar los precios promedios ponderados y el tercero consiste en la comparación del valor normal promedio ponderado y el precio de exportación por transacción. El acuerdo no especifica si se debe utilizar el primer o el segundo método a modo de descarte, es decir que las autoridades que investigan el dumping pueden escoger cuál de estos dos métodos pueden emplear. Sin embargo, el uso del tercer método se condiciona a la imposibilidad de utilizar alguno de los dos primeros métodos. Este tercer método también es denominado método asimétrico.

En ese sentido, recordando a la jurisprudencia Portugal c. Consejo, el juez sostuvo que si una medida comunitaria intenta implementar una de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC, le corresponde controlar la legalidad de estos actos de las instituciones comunitarias en virtud del ex artículo 230 CE, párrafo primero, y resolvió que fue un error del Consejo no tomar en consideración al artículo 2.4.2 del Código Antidumping porque sostuvo que el Derecho de la UE debe ser interpretado de manera consistente con el Derecho Internacional y en particular con aquellas disposiciones que intentan implementar expresamente a los Acuerdos Internacionales concluidos por la EC. En ese sentido el cuestionado Reglamento

(artículo 2.11 de la Regulación Antidumping de la EC) no establece la necesidad de explicar lo requerido por el artículo 2.4.2 del Código Antidumping en el caso de aplicar el método asimétrico y por lo tanto fue anulado por el tribunal de justicia de la CE.

Evaluación del punto 2.2

En líneas generales, de acuerdo a los casos presentados podemos afirmar que en principio el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas rechaza cualquier desarrollo de los efectos jurídicos de los Acuerdos de la OMC, ya sea la posibilidad de invocarlos o el efecto directo de los mismos, a pesar de que, históricamente, respecto a su antecesor el GATT de 1947, se contaba con una postura más flexible que permitía afirmar la posibilidad de invocar estos acuerdos frente al tribunal de justicia para poder cuestionar la legalidad de las medidas comunitarias incompatible. Sin embargo, excepcionalmente, el juez ha sostenido que sí es jurídicamente posible cuestionar estas medidas en base a los Acuerdos de la OMC solo en los casos cuando se intenta implementar sus disposiciones (Caso Nakajima).

Pero, ¿Porqué el Tribunal de Justicia ha adoptado esta postura? El juez del Tribunal de Justicia de Europa de primera instancia, Paolo Mengozzi sostiene que si imaginamos que es lo que pasaría si los Acuerdos de la OMC pueden ser invocados ante los tribunales o si tienen efecto directo, eso significaría el fin de muchas de las competencias de la UE, sobre todo en materia económica¹⁷⁴. En ese sentido los asuntos económicos serían transferidos a otro tribunal y en otra jurisdicción, es decir hacia los paneles de la OMC y en última instancia hacia el Órgano de Apelaciones

¹⁷⁴ Paolo Mengozzi, *Private International Law and the WTO Law*, 292, *Recueil des Cours* 253, p. 316-18 (2001).

de la OMC. Tal vez esto explica porque el Tribunal de Justicia de la CE se niega a reconocer abiertamente los efectos jurídicos de los Acuerdos de la OMC.

Otra respuesta, tal vez se pueda encontrar en la naturaleza de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico de las CE. Recordemos que estos son Acuerdos Internacionales mixtos, lo cual quiere decir que han sido suscritos por ambos, la CE y por sus Estados Miembros. No se trata de un acuerdo multilateral ordinario que solo haya sido suscrito por la CE. Parece que esta particularidad le impide al Juez tener la exclusividad de la competencia para resolver casos ligados a la interpretación de los Acuerdos de la OMC, pues no puede desconocer que los Estados Miembros han suscrito los Acuerdos de la OMC individualmente y que no puede desconocer la competencias de estos países para decidir sobre los efectos jurídicos de los acuerdos.

Estas dos condiciones pareciese que influye en la tendencia actual del juez de negar efectos jurídicos a los Acuerdos de la OMC y solo a modo excepcional permitirlo cuando se trate de una medida comunitaria que implementa una obligación contenida en los Acuerdos. En ese sentido, es solo a partir del control de legalidad de los actos comunitarios que el juez puede permitir cierto grado de efecto jurídico a estos acuerdos, porque solo en estas situaciones no entra en conflicto su competencia con la de los Estados miembros sobre los Acuerdos de la OMC.

2.3 LA POSIBILIDAD DE INVOCAR LOS ACUERDOS DE LA OMC PARA CUESTIONAR LA LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DEL PODER EJECUTIVO EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO A TRAVÉS DEL CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En Chile, los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, jurídicamente,

pueden ser invocados por los individuos ante los tribunales nacionales de justicia para poder cuestionar la legalidad de las medidas del Poder Ejecutivo, ya sea en sede administrativa o en sede judicial (2.3.1). Sin embargo, a pesar de la existencia de la regulación del marco jurídico chileno que permite invocar estos Acuerdos por parte de las personas, no se puede negar la presencia de determinados factores que nos permiten indagar sobre la dificultad de desarrollar de esta posibilidad (2.3.2).

2.3.1 Determinación de la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico chileno

A fin de demostrar la primera afirmación es necesario analizar determinadas condiciones jurídicas que permitan evidenciar la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC por parte de los particulares ante los tribunales de justicia en Chile. *Primero*, los Acuerdos de la OMC deben estar debidamente integrados en el Derecho Interno del Estado para que puedan desplegar sus efectos jurídicos, lo cual se puede determinar analizando el tratamiento o recepción de estos Acuerdos en el Derecho Interno (2.3.1.1). *Segundo*, si lo que se intentan es cuestionar la legalidad de las medidas del Poder Ejecutivo, entonces, se debe verificar que los acuerdos de la OMC prevalezcan sobre estas medidas en caso de conflicto normativo, esto último puede verificarse al analizar el rango normativo de los Acuerdos de la OMC determinado por el marco jurídico chileno (2.3.1.2). Y, *tercero*, deben existir vías jurídicas, ya sea en sede administrativa o judicial que permitan el cuestionamiento de estas medidas del Poder ejecutivo lo cual puede ser determinado a través de la identificación de la normativa pertinente (2.3.1.3).

2.3.1.1 El tratamiento de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento

jurídico chileno

El tratamiento de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico chileno es diferente a los dos sistemas jurídicos ya expuestos. La importancia de este modelo es que se asemeja al tratamiento de los Acuerdos de la OMC dentro del sistema jurídico peruano.

a) El proceso de incorporación de los Tratados en general en el ordenamiento jurídico chileno según la Constitución

Las reglas de incorporación de los Tratados en el sistema jurídico chileno eran similares a las reglas constitucionales vigentes.

Cuadro N° 1: Comparación entre las dos reformas de la Constitución de 1980

TRATADOS		
	Constitución de 1980 (antes de la reforma de 2005)	Constitución de 1980 (después de la reforma de 2005)
Atribución del Presidente de la	Artículo 32° N° 15°	Artículo 32 N° 17°
	“Son atribuciones especiales del Presidente de la República (...) Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N°. 1°. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere”	“Son atribuciones especiales del Presidente de la República (...)Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50, N.º 1.º Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere;”
Atribuci	Artículo 50° N° 1°	Artículo 54 N° 1
	Son atribuciones exclusivas del Congreso (...) Aprobar o desechar	“Son atribuciones del Congreso (...) Aprobar o desechar los tratados

	<p>los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.</p>	<p>internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.”</p>
--	--	--

b) Evaluación

De acuerdo a las reglas expuestas, el proceso de incorporación de los Tratados contiene las etapas de negociación, firma, aprobación (por el Poder Legislativo), ratificación, promulgación (por el Poder Ejecutivo) y publicación. Cabe precisar que este procedimiento regular no demanda la elaboración de una ley ordinaria para incorporar un Tratado al Derecho Chileno. Cabe señalar que la Ratificación es considerada como un acto tradicional del Derecho Internacional Público el cual es insuficiente para promover la validez del Tratado a nivel interno.

En ese contexto, la ratificación y promulgación son actos discrecionales del Poder Ejecutivo. El Depósito del instrumento de Ratificación formaliza el consentimiento del país de obligarse por el Tratado en función de las otras partes del Tratado en la esfera del Derecho Internacional Público. Por otro lado, la promulgación (con la consecuente publicación) del texto del Acuerdo es el acto final de incorporación del Tratado en el ordenamiento jurídico chileno.

La promulgación determina el comienzo de la existencia de la entrada al orden interno del Tratado, y la publicación indica el momento de la entrada en vigor del Tratado en el ordenamiento interno.

c) El Tratamiento de incorporación de los Acuerdos de la OMC en el sistema

jurídico chileno

El Acuerdo de Marrakech por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio y los Acuerdos anexos, se incorporaron al sistema jurídico chileno, conforme a las reglas constitucionales de la Constitución de 1980 antes de la reforma constitucional de 2005. En ese sentido, estos acuerdos se ratificaron y promulgaron mediante el Decreto Supremo N° 16 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 05 de enero de 1995, y se publicaron el 17 de mayo de 1995 en el Diario Oficial de este país.

Previamente, estos acuerdos de la OMC fueron aprobados por el Congreso Nacional de Chile según consta en el Oficio N° 401, del 24 de noviembre de 1994 de la Honorable Cámara de Diputados. Así mismo, el correspondiente Instrumento de aceptación se depositó con fecha 28 de diciembre de 1994 ante la Organización Mundial del Comercio.

d) Comparación entre los tres sistemas jurídicos - Los Estados Unidos de América, la Unión Europea y la República de Chile:

Mientras que en el sistema jurídico chileno, la aprobación del Acuerdo de Marrakech junto a sus Anexos no estaba condicionada a la promulgación de una Ley que las implemente para que estas puedan entrar en vigor, en el sistema jurídico de los Estados Unidos sí había una condición impuesta por el Congreso de implementar los Acuerdos de la OMC al orden jurídico interno.

Al igual que en el caso de la Unión Europea, los Acuerdos de la OMC forman parte del Derecho Interno sin necesidad de un acto de transformación. Ver Cuadro N° 2.

Cuadro N° 2: Comparación entres los tres sistemas jurídicos

Tratamiento de los Acuerdos de la OMC	
CHILE	Decreto Supremo: “ <i>Artículo único: Promúlguese el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y los siguiente acuerdos anexos adoptados el 15 de abril de 1994 en Marrakech, Marruecos (...). Cúmplanse y llévase a efecto como Ley¹⁷⁵ y publíquese en la forma establecida en la Ley N° 18.518</i> ”.
USA	Sec. 101 · Approval and entry into force of the Uruguay Round Agreements. (a) Approval of Agreements and Statement of Administrative Action.—Pursuant to section 1103 of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 (19 U.S.C. 2903) and section 151 of the Trade Act of 1974 (19 U.S.C. 2191), the Congress approves— (1) the trade agreements described in subsection (d) resulting from the Uruguay Round of multilateral trade negotiations under the auspices of the General Agreement on Tariffs and Trade, entered into on April 15, 1994, and submitted to the Congress on September 27, 1994; and (2) the statement of administrative action proposed to implement the agreements that was submitted to the Congress on September 27, 1994.
UNION EUROPEA¹⁷⁶	Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 1994, Artículo 1.- Se aprueban en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a la parte correspondiente a las competencias de la misma, los acuerdos y actos multilaterales siguientes: El Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, al igual que los acuerdos que figuran en los Anexos 1, 2 y 3 de dicho Acuerdo; las decisiones y declaraciones ministeriales, así como el Memorándum de acuerdo sobre los compromisos relativos a los servicios financieros, que figuran en el Acta final de la Ronda Uruguay. Los textos de los acuerdos y actos a que se refiere el presente artículo se adjuntan a la presente Decisión. 3. Se autoriza al presidente del Consejo a designar a la persona facultada para proceder al acto previsto en el artículo XIV del Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, con el fin de obligar a la Comunidad Europea por lo que respecta a la parte de dicho Acuerdo comprendida en el ámbito de sus competencias.

e) Consecuencia jurídica de la recepción de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico chileno: “aplicabilidad directa”

¹⁷⁵ El subrayado es nuestro.

¹⁷⁶ Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 1994

Estos Acuerdos, al cumplir todas las etapas o fases del proceso de incorporación¹⁷⁷ establecidos por la Constitución¹⁷⁸, sin que el Tribunal Constitucional a través del control preventivo les haya considerado inconstitucional, se convirtieron en Acuerdos celebrados válidamente e incorporado al Derecho Interno, teniendo por efecto que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios acuerdos, o según las normas de la Convención de Viena sobre Tratados.

En ese sentido, de acuerdo a este marco constitucional, los Acuerdos de la OMC han sido incorporados al Derecho Interno, sin necesidad de la elaboración de una ley ordinaria. De este modo, esta norma internacional se vuelve también una norma del Derecho Interno, y, por consiguiente, el contenido de estos acuerdos puede ser utilizado como cualquier otra norma del ordenamiento jurídico chileno frente a los tribunales de justicia nacionales.

Evaluación

¹⁷⁷ La configuración de este proceso de incorporación contiene las etapas de negociación, firma, aprobación por el Poder Legislativo, ratificación, promulgación por el Poder Ejecutivo y publicación. Cabe precisar que este procedimiento regular no demanda la elaboración de una ley ordinaria para incorporar un Tratado al Derecho Chileno. Cabe señalar que la Ratificación es considerada como un acto tradicional del Derecho Internacional Público el cual es insuficiente para promover la validez del Tratado a nivel interno. En ese contexto, la ratificación y promulgación son actos discrecionales del Poder Ejecutivo. El Depósito del instrumento de Ratificación formaliza el consentimiento del país de obligarse por el Tratado en función de las otras partes del Tratado en la esfera del Derecho Internacional Público. Por otro lado, la promulgación (con la consecuente publicación) del texto del Acuerdo es el acto final de incorporación del Tratado en el ordenamiento jurídico chileno.

La promulgación determina el comienzo de la existencia de la entrada al orden interno del Tratado, y la publicación indica el momento de la entrada en vigor del Tratado en el ordenamiento interno. En ese contexto, la ratificación y promulgación son actos discrecionales del Poder Ejecutivo. El Depósito del instrumento de Ratificación formaliza el consentimiento del país de obligarse por el Tratado en función de las otras partes del Tratado en la esfera del Derecho Internacional Público. Por otro lado, la promulgación (con la consecuente publicación) del texto del Acuerdo es el acto final de incorporación del Tratado en el ordenamiento jurídico chileno.

¹⁷⁸ El artículo 32 N° 17 y el artículo 54 N° 1.

A diferencia del sistema jurídico chileno, el sistema de los Estados Unidos no permite que los Acuerdos de la OMC sean aplicados directamente o invocados por los particulares frente a los tribunales de justicia para cuestionar las medidas nacionales del gobierno. Lo mismo ocurre con en el sistema jurídico de la Unión Europea, salvo ciertas excepciones que se han desarrollado a través de la jurisprudencia y que han sido expuesto anteriormente en este trabajo.

2.3.1.2 Jerarquía normativa de los Acuerdos de la OMC

Los Acuerdos de la OMC tienen rango de Ley en el ordenamiento jurídico chileno. Debido a la falta de tratamiento directo por parte de la Constitución de este país sobre esta cuestión, solo queda ahondar en otros instrumentos. En ese sentido, primero, el Decreto Supremo que promulgó los Acuerdos de la OMC les otorga fuerza de Ley; segundo, si bien no es un instrumento del derecho positivo chileno, la posición de Chile ante la OMC sobre el rango normativo de estos acuerdos sostiene que éstos gozan de fuerza de ley; y, por último, lo establecido por la jurisprudencia chilena determina que los tratados internacionales, (y por consiguiente, los Acuerdos de la OMC) califican como preceptos legales.

a) Los Acuerdos de la OMC promulgados a través de un Decreto Supremo con fuerza de Ley

El contenido de la constitución chilena, por sí solo, no permite determinar la fuerza normativa de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico interno. Sin embargo, la única fuente ¹⁷⁹de derecho positivo chileno al que se puede recurrir para sostener

¹⁷⁹ Afirmamos que no existe otro dispositivo normativo que determina directamente y expresamente el rango de los Acuerdos de la OMC y en general, el de los Tratados.

que estos acuerdos gozan de fuerza de ley es el mismo Decreto Supremo que los promulgó, el Decreto Supremo N° 16 de 1995.

Este Decreto Supremo, elaborado dentro de las potestades constitucionales del Presidente de la República¹⁸⁰ contiene la orden de dar cumplimiento a los Acuerdos de la OMC e identificarlas como de fuerza de Ley. En ese sentido, una de las consecuencias que más llama la atención, relativo al objeto de estudio, es que las medidas del Poder Ejecutivo deberán considerar a estos Acuerdos como medidas de fuerza de ley, de tal forma que se pueda respetar el principio de legalidad en un primer momento y también cumplir de buena fe con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

b) La posición de Chile sobre la fuerza normativa de los Acuerdos de la OMC como miembro ante la Organización Mundial del Comercio

Dos son los factores que nos permiten explicar la posición de Chile sobre el asunto referente a los Acuerdos de la OMC. En primer lugar, el último examen de la Política Comercial¹⁸¹ de la OMC realizado a Chile contiene una aproximación sobre la fuerza de ley de los Acuerdos de la OMC. Y, en segundo lugar, la jurisprudencia del Órgano de Solución de Controversias de la OMC en donde se ha tenido a Chile como parte del proceso, contiene afirmaciones que refuerzan las líneas anteriores.

¹⁸⁰Esta posibilidad tiene su fundamento constitucional en el artículo 54 N° 1 i IV al entender el Decreto promulgatorio como una medida adoptada por el Presidente para el cumplimiento de un Tratado en vigor (entiéndase, un Tratado aprobado y ratificado).

¹⁸¹Es un mecanismo de control y de vigilancia de las políticas comerciales nacionales que constituye una actividad de importancia fundamental en la labor de la OMC. El principal objetivo es poder brindar transparencia a los particulares que realizan actividades comerciales sobre las condiciones del comercio. En la OMC esto se logra de dos maneras: los gobiernos deben informar a la OMC y a los demás Miembros mediante “notificaciones” periódicas de toda medida, política o ley específica; y la OMC lleva a cabo exámenes periódicos de las políticas comerciales de los distintos países: los exámenes de las políticas comerciales.

El 7 y 9 de octubre de 2009 se llevó a cabo el examen de las Políticas Comerciales de Chile ante el Órgano de Examen de Políticas Comerciales que es en realidad el Consejo General de la OMC integrado por todos los miembros de la OMC. El resultado de este examen está contenido en el documento WT/TPR/S/124. Ahí, en la página 18 se observa que Chile sostuvo ante este órgano lo siguiente:

“Los Acuerdos de la OMC forman parte integrante de la legislación nacional, *con el mismo rango que las leyes ordinarias* y pueden ser invocadas ante los tribunales chilenos. Los Acuerdos de la OMC prevalecen sobre la legislación nacional si contiene un mayor grado de especificidad (...). Además, cuando los Acuerdos entraron en vigor después de la legislación nacional correspondiente, se aplica el principio de derogación tácita. Sin embargo, ello no resta validez a las disposiciones de las leyes en vigor que no estén en conflicto ni en contradicción con las leyes más recientes (artículo 52° y 53° del Código Civil Chileno).”

Ahora bien, es cierto que esta afirmación no tiene ningún valor jurídico ante el mismo ordenamiento jurídico interno chileno, sin embargo, consideramos que muestra una tendencia del propio Estado de Chile sobre la interpretación jurídica de los Acuerdos de la OMC ante la presencia de todos los miembros de esta organización internacional. Es decir, es una afirmación que contiene información relevante para los demás países miembros quienes presumen que es cierta, información que luego permitirá a los ciudadanos de los países tomar determinadas decisiones de índole comercial.

El segundo factor que nos brinda más evidencias sobre la interpretación de la

naturaleza jurídica de estos Acuerdos por parte del Estado de Chile es la jurisprudencia desarrollada por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Un ejemplo de eso puede apreciarse a través del caso “Sistema de Banda de Precio de Argentina c. Chile”. En esa oportunidad, mediante el Documento del Órgano Especial, se puede observar el siguiente argumento de Chile:

“(…) el Congreso de Chile aprobó los Acuerdos de la OMC, incluida la Lista VII, con carácter de Ley y con la jerarquía correspondiente a los tratados internacionales. En consecuencia, los Acuerdos de la OMC prevalecen sobre las leyes vigentes en la medida en que haya conflicto entre ambos, y no pueden ser modificados por leyes que se adopten en el futuro”.

Lo anterior no hace más que reforzar la afirmación de que en el sistema jurídico chileno los Acuerdos de la OMC tienen fuerza de Ley.

2.3.1.3 Vías jurídicas existentes para materializar la posibilidad de cuestionar la legalidad de las medidas nacionales en base a los Acuerdos de la OMC

Dentro del marco jurídico del acto administrativo, en Chile, se desarrolla un concepto amplio de acto administrativo¹⁸². Estos pueden ser Decretos Supremos, Resoluciones, Dictámenes, etc., a pesar de que hay autores que afirman que los Decretos no son actos administrativos, sin embargo la Ley N° 19880 es clara y

¹⁸²La Ley N° 19880 en su artículo 3 sostiene lo siguiente: “Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de Actos Administrativos (...)”. Los Actos Administrativos tomarán la forma de Decretos Supremos y Resoluciones. El Decreto Supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia... Por otro lado, la ley sostiene respecto a la legalidad de los Actos administrativos:

“Los Actos administrativos gozan de una presunción de legalidad de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.

Los Actos Administrativos también son los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

expresa en esos términos.

En esta ocasión solo nos ocupa referirnos a los actos administrativos en general, excluyendo a los Decretos Supremos con fuerza de Ley¹⁸³, porque el tratamiento ante una posible incompatibilidad de una Decreto Supremo con fuerza de Ley frente a los Acuerdos de la OMC concierne más una solución fijada por reglas constitucionales¹⁸⁴ que un cuestionamiento de la legalidad del mencionado Decreto.

Es decir, de lograr cuestionar el Decreto Supremo con fuerza de ley, esto no se realizaría necesariamente a través de argumentos que se desprendan de los propios

¹⁸³ [El Decreto con Fuerza de Ley](#): Es el acto normativo efectuado (o el texto que contiene las normas jurídicas establecidas) mediante una forma especial de ejercicio de la facultad legislativa, realizada exclusivamente por el Presidente de la República en virtud de un acto de delegación de la facultad legislativa que depende de la dictación de una ley delegatoria cuya tramitación está sujeta a todas las reglas de formación de la ley. Por lo tanto, en la tramitación del decreto con fuerza de ley no interviene el Congreso Nacional.

Sin embargo, a pesar de que este decreto no es aprobado por el Congreso, tiene el mismo rango normativo y la misma fuerza normativa que la en sentido estricto, por lo que dentro de su ámbito de competencia puede modificar o derogar normas legales, y su vez sólo puede posteriormente ser modificado o derogado por otra norma de rango legal o constitucional.

¹⁸⁴ Respecto del decreto con fuerza de ley, la Constitución establece un procedimiento de control dividido en dos fases:

a) Durante la tramitación del decreto, el control preventivo le corresponde a la Contraloría General de la República, el cual lo ejerce a través del trámite de toma de razón. En esta función deberá controlar dos aspectos: que el decreto con fuerza de ley guarde conformidad o armonía con la ley delegatoria, es decir, que no "excedan o contravengan la autorización"⁵⁹, y que estos decretos no sean contrarios a la Constitución (artículo 64 inciso 6° y artículo 99 inciso 2°).

La Constitución expresamente nos señala que en caso que dicho decreto fuese representado no cabe la insistencia por parte del Presidente. En este caso, la única posibilidad que tendrá será recurrir al Tribunal Constitucional dentro del plazo de 10 días, a fin de que este organismo entregue un pronunciamiento definitivo sobre el punto resolviendo la controversia (artículo 93 N° 4 y artículo 99 inciso 3°).

b) Una vez que el decreto con fuerza de ley ha sido totalmente tramitado y publicado en el Diario Oficial. En este caso se dan también dos posibilidades:

- Puede ser objeto de un requerimiento promovido por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio dentro del plazo de treinta días, contado desde su publicación (artículo 93 inciso 7°).⁶⁰
- Puede ser objeto de un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, en la medida que está comprendido dentro del concepto de "precepto legal" establecido en el numeral 6 del artículo 93⁶¹. Además, esto también lo sujeta a una eventual declaración de inconstitucionalidad con efectos abrogatorios, conforme lo establece el numeral 7 de la misma disposición.

acuerdos de la OMC, sino, más bien, se podría lograr lo anterior a través de argumentos constitucionales y complementariamente se podrían ver reforzados haciendo uso del contenido de estos acuerdos, salvo que se postule a la naturaleza de rango constitucional de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico chileno, lo cual puede ser posible, sin embargo, un análisis profundo de este tema desborda el objeto de esta investigación.

De acuerdo a la legislación vigente de Chile, existen dos tipos de vías jurídicas para lograr lo anterior: la vía administrativa y la vía judicial. Estas vías permitirían al administrado cuestionar la legalidad de los actos administrativos y, por consiguiente, dejaría abierta la posibilidad de efectuar nuestra hipótesis en función a los acuerdos de la OMC.

a) Vía Administrativa

Con el fin de controvertir el acto administrativo en cuanto a su legalidad, la Ley N° 19880 y al Ley Orgánica de Bases ha dispuesto una serie de recursos administrativos que permiten lograr su modificación o dejarla sin efecto o invalidarla. Anteriormente hemos visto que los actos administrativos son actos emanados de la Administración del Estado, gozan de la presunción de legalidad o validez desde su inicio lo que en cierta forma conlleva a su ejecución forzosa. (Art. 3 y 51 de la Ley N° 19880).

Si el administrado desea resistirse u oponerse al cumplimiento del acto administrativo o discutir su legalidad debe impugnarlos por los mecanismos

establecidos en la Ley conforme al artículo 2°¹⁸⁵ y 9°¹⁸⁶ de la Ley Orgánica Constitucional de BGAE. Estos mecanismos son los siguientes: Recurso de reposición¹⁸⁷, Recurso jerárquico¹⁸⁸: Recurso de revisión¹⁸⁹: Recurso de invalidación¹⁹⁰

b) Vía judicial: el recurso de nulidad de Derecho Público

De conformidad con el artículo 6° y 7° de la Constitución Chilena, el recurso de nulidad de Derecho Público es un proceso ordinario con fundamento directo constitucional pero no cuenta con un desarrollo legislativo y cuya constitución ha sido fruto de la doctrina y de la jurisprudencia. En efecto, la nulidad de Derecho Público ha sido formulada como una sanción de ineficacia dispuesta en la Constitución para los actos de los órganos del Estado que contravienen el ordenamiento jurídico chileno y cuya tramitación se sujeta a las reglas del juicio ordinario civil, procedimiento de lato conocimiento.

2.3.2 Elementos que dificultan el desarrollo de la posibilidad de invocar los acuerdos de la OMC en el sistema jurídico chileno

¹⁸⁵ Los órganos de la administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes...todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

¹⁸⁶ Los actos administrativos serán impugnados mediante los recursos que establezca la Ley. Se podrá interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo, y cuando proceda el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.

¹⁸⁷ Es la vía procesal que se interpone directamente ante el mismo órgano que adoptó la decisión, con el fin de que la modifique o revoque.

¹⁸⁸ Es un recurso que se interpone directamente o en subsidio al de reposición, ante el superior jerárquico de quien hubiere dictado el acto en cuestión, con el fin de que éste lo modifique o revoque. Es subsidiario de la reposición cuando esta es interpuesta

¹⁸⁹ Art. 60° LBPA.

¹⁹⁰ De conformidad con el artículo 53° de la LBPA, la autoridad administrativa podrá de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a Derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los 2 años.

La demostración de la segunda afirmación presentada en la primera parte de este punto demanda un análisis práctico, a través de los hechos concretos, apoyándose también en el estudio de la jurisprudencia pertinente. En ese sentido, se pretende analizar la postura contradictoria del Estado Chileno sobre la naturaleza jurídica de los Acuerdos de la OMC en el ámbito nacional (a través de los jueces) e internacional (en específico, frente a la Organización Mundial del Comercio).

Para ello, se presenta la postura dividida de los jueces de los tribunales chilenos a nivel administrativo (2.3.2.1) y judicial (2.3.2.2) sobre la aplicabilidad de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico que se ve distorsionada por la inadecuada comprensión de la naturaleza jurídica de los acuerdos de la OMC. Asimismo, es necesario presentar un ejemplo concreto ante el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, en específico, los casos relativos al *arancel consolidado* ante la OMC, para poder evidenciar las desventajas de sostener una postura contradictoria sobre la naturaleza jurídica de estos Acuerdos (2.3.2.3).

2.3.2.1 *Jurisprudencia en sede Administrativa sobre la aplicación de los Acuerdos de la OMC*

La afirmación objeto de análisis en esta parte de la ésta investigación se puede comprobar a través de la Jurisprudencia del Tribunal del Servicio Nacional de Aduana. Esta entidad del Poder Ejecutivo de Chile en ocasiones sostuvo que los Acuerdos de la OMC son tratados internacionales vigentes en el ordenamiento jurídico chileno y, en consecuencia, son aplicables por la Administración Pública. Por ejemplo, en la Resolución N° 172¹⁹¹ sostuvo que la realización de un acto

¹⁹¹Del Reclamo N° 244 de fecha 23 de octubre de 2001. La empresa RIGG S.A impugnó ante el Servicio Nacional de Aduana la formulación de un cargo (Cargo N° 000.260 del 20.08.2001) que le ocasionó la no

administrativo se debe realizar según las disposiciones vigentes del Acuerdo de Valoración del GATT de 1994, e inclusive señaló que se debe considerar las Decisiones del comité de valoración aduanera de la OMC¹⁹². En ese sentido, la aplicabilidad de los Acuerdos abarca también a las decisiones que puedan tomarse dentro de los comités de la OMC.

2.3.2.2 *Jurisprudencia en Sede Judicial*

En la jurisprudencia de los tribunales judiciales la posición sobre la aplicabilidad e invocabilidad de los Acuerdos de la OMC esta notoriamente dividida. Por un lado, se sustenta la vigencia y aplicabilidad de los Acuerdos y, por otro lado, se sostiene lo contrario.

a) Sentencias a favor de la aplicación de los Acuerdos de la OMC

Existen diversos casos en donde el juez chileno tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el rango normativo de los Acuerdos de la OMC y su aplicabilidad inmediata, sustentando de esta forma su oportuna invocabilidad para sostener la legalidad o ilegalidad de ciertas medidas del Poder Ejecutivo.

Por ejemplo, el 11 de enero de 1995, antes de que entrara en vigor los Acuerdos de la OMC, su antecesor, el GATT 1947, el juez de la Corte de Suprema de Santiago ante un recurso de protección¹⁹³ sostuvo en su sentencia que los Acuerdos de GATT 1947 pueden ser invocados en el ordenamiento interno y que inclusive se aplican

percepción de determinados derechos e impuestos, por considerar que la mercancía importada¹⁹¹ estaba subvaluada, de conformidad con el artículo 8° de la Ley n° 18525.

¹⁹²En la décima reunión celebrada del comité celebrada el 24 de septiembre de 1984 se establece el criterio que se ha expuesto en este caso.

¹⁹³Presentado por la compañía chilena de fósforos S.A. contra la Comisión Nacional de Distorsión de precios.

preferentemente frente a la ley interna¹⁹⁴, sustentando que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución, y luego su promulgación y publicación en el Diario Oficial, y, que una vez incorporado al derecho interno, los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en el país desde el 27 de enero de 1980, debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27¹⁹⁵.

Otro ejemplo que ilustra la misma posición es representada por la sentencia referente al caso Agromaule vs. Comisión de Antidistorsiones. En esa oportunidad¹⁹⁶ la Corte de Apelaciones sostuvo que el contenido del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el artículo VI del GATT de 1994 forman parte de la legislación vigente de aplicación inmediata por la Comisión de Antidistorsiones, en ese sentido, indirectamente la Corte de Apelaciones afirmó que es posible invocar el contenido de estos Acuerdos ante el juez ya que se configura como una norma vigente.

En esa dirección, también sustentó la Comisión de Antidistorsiones que basaba su accionar en la legislación vigente¹⁹⁷, entre ellos, los Acuerdos incorporados mediante el Decreto Supremo N° 16 de 1995 que no pueden ser excluidos por ser un tratado

¹⁹⁴Mientras que el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda su validez internacional.

¹⁹⁵El primero de ellos establece que el Tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. A su vez, el artículo 27 establece que el Estado no puede invocar la ley interna para eludir el cumplimiento del Tratado.

¹⁹⁶La Corte rechazó un recurso de protección deducido por la empresa contra la resolución de la Comisión de Antidistorsiones por negarse a iniciar un proceso de investigación de una supuesta práctica de dumping en los precios de exportación hacia Chile de aceites originarios de la empresa Molino Río de la Plata de Argentina

¹⁹⁷Para no dar lugar a la investigación.

internacional que ha sido promulgado y publicado de conformidad con la Constitución chilena vigente. Lo mismo fue concluido por el juez de la Corte Suprema.

b) Sentencias en contra de la aplicación de los Acuerdos de la OMC: casos relativos al arancel consolidado de Chile ante la OMC

El juez chileno, en ocasiones, a pesar de sostener que los Acuerdos de la OMC forman parte del Derecho Interno, ha sostenido al mismo tiempo que no es posible exigir su cumplimiento mientras no exista una norma que adecue el ordenamiento jurídico interno. Y, en ese sentido, ha tratado de evitar que los particulares puedan usar el contenido de estos acuerdos como parámetro de control de legalidad de las medidas emanadas del Poder Ejecutivo. Es decir, que tampoco pueden ser invocados ante los tribunales de justicia para cuestionar estas medidas, obviando que de acuerdo a la legislación chilena es suficiente que los Acuerdos de la OMC hayan sido incorporados al ordenamiento interno para que estos puedan formar parte del Derecho Interno y puedan ser invocados por los particulares.

Lo anterior se puede analizar a través de los casos relativos al arancel consolidado de Chile ante la OMC. Este Estado miembro se había comprometido a no establecer un cobro arancelario superior a 31.5 %, de acuerdo a lo fijado en la Lista VII que forma parte de los Acuerdos de la OMC. Sin embargo, en diversas ocasiones, el Servicio Nacional de Aduanas había establecido un cobro superior a los fijado en esta lista VII.

Por ejemplo, a las empresas Agroproducto Agri-kem S.A.¹⁹⁸, IDAL S.A.¹⁹⁹, Embotelladora Andina S.A.²⁰⁰, respectivamente, se les efectuó un cobro arancelario superior al 31.5%, respectivamente, lo cual generó, por parte de las empresas mencionadas, el cuestionamiento de la legalidad de las medidas impuestas que establecían los correspondiente cobros. En ese sentido, el citado cuestionamiento se presentó a través de varios procesos judiciales en el cual se invocaban a los Acuerdos de la OMC.

Sin embargo, en estas tres oportunidades, tanto el juez de la Corte de Apelaciones como el juez de la Corte Suprema coincidían²⁰¹ en que si bien está promulgado y publicado los acuerdos de la OMC que estableció el arancel consolidado, esta obligación fijada en la lista VII no puede cumplirse debido, fundamentalmente, a que el incumplimiento de tal obligación supone una modificación del impuesto que solo

¹⁹⁸ Rol de Ingreso N° 38-2001. En el caso Agroproducto Agri-kem S.A vs. Director Nacional de Aduanas, el 28 de mayo de 2001, la Corte Suprema resolvió un recurso de Queja contra el Director Nacional de Aduanas por el cobro de los derechos arancelarios superiores al arancel consolidado ante la OMC. La empresa sostuvo que al momento de la declaración del ingreso se encontraba vigente el Acuerdo de Marraquech y sus anexos, es decir, los Acuerdos de la OMC. En ese sentido, estaba vigente el Artículo II del GATT que estipula un tope máximo a la imposición aduanera en relación a la lista VII siendo el máximo 31.5 %.

¹⁹⁹ Rol de Ingreso N° 472-2001 En el caso IDAL S.A. vs. La Dirección Nacional de Aduanas, mediante recurso de Queja IDAL sostuvo que la Dirección cobraba derechos superiores al arancel consolidado ante la OMC. La Dirección Nacional de Aduana sostuvo que la Lista VII resulta imposible de aplicar jurídicamente, porque requiere de la dictación de una ley adecuatoria y, también, requiere uniformar los derechos ad valorem y los derechos específicos.

²⁰⁰ Rol de Ingreso N° 7.032-2008. En el caso Embotelladora Andina S.A. la embotelladora demandó al Fisco de Chile para que se le ordenara restituir el monto percibido ilegalmente y que el juez de primera instancia estaba infringiendo el Acuerdo de Marraquech.

²⁰¹ En el caso Agroproducto Agri-Kem, el juez de la Corte de Apelaciones sostuvo que si bien estaba promulgado y publicado los acuerdos de la OMC que estableció el arancel consolidado, esta obligación no puede cumplirse debido fundamentalmente a que el incumplimiento de tal obligación supone una modificación del impuesto que solo puede hacerse por ley. En ese mismo sentido, la Corte Suprema sostuvo que en el presente caso no se puede concluir que el juez recurrido haya actuado fuera de la ley. En esos mismos términos también se pronunció el juez de Apelaciones y de la Corte Suprema en el caso IDAL S.A.

En el caso Embotelladora S.A. el juez de la corte de apelaciones va más allá y resuelve que según el artículo 22 de Marraquech, la vigencia de los Acuerdos de la OMC estaba condicionada a la publicación de otra norma. Y el juez de la corte suprema sostuvo que el artículo 22 del GATT de 1994 condiciona la vigencia de los Acuerdos de la OMC que requerirá de la publicación de la Ley 19772 del 19.11.2001 por lo cual concluye que estos acuerdos eran inaplicables.

puede hacerse por ley, O que, inclusive, la exigibilidad de todas las obligaciones de los Acuerdos de la OMC están sujetas a la creación de otra norma que las implemente.

2.3.2.3 Posición del Gobierno frente al Sistema de Solución de Controversias de la OMC

Resulta aún más interesante el análisis de este problema jurídico relativo al arancel consolidado cuando se considera también la posición del Estado Chileno sobre la naturaleza jurídica de los Acuerdos de la OMC ante la misma organización internacional, dentro de un proceso establecido por el Sistema de Solución de Controversias, originado por la denuncia del Estado miembro de Argentina²⁰² respecto al incumplimiento del monto fijado en el arancel consolidado.

En esa ocasión, Chile reconoció que estaba incumpliendo las obligaciones contenidas en los Acuerdos de la OMC y, al mismo tiempo, sostuvo que estos acuerdos forman parte del Derecho Interno, que tienen rango de ley y que prevalecen frente cualquier otra norma de rango legal en caso de conflicto normativo. Sin embargo, al mismo tiempo, en el territorio de este país, los jueces chilenos sostenían una posición dividida sobre este aspecto.

Evaluación del punto 2.3

A pesar de la existencia de un marco jurídico que permite invocar los acuerdos de la OMC ante los jueces chilenos ya sea vía administrativa o judicial, la jurisprudencia de este país está dividida en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las

²⁰²Argentina presentó una denuncia ante el Sistema de Solución de Controversia contra Chile por la vigencia del polémico sistema de Banda de Precios que era incompatible con las obligaciones asumidas por Chile ante la OMC por sobrepasar el arancel consolidado presentado ante esta organización.

obligaciones contraídas a través de estos acuerdos. Por un lado, los jueces sostienen que los Acuerdos son plenamente aplicables en el ordenamiento interno y por lo tanto, pueden ser invocables ante los jueces de los tribunales de justicia chilenos. Por otro lado, se sostiene que estos acuerdos si bien han sido incorporados al ordenamiento interno, las obligaciones contenidas en éstos no pueden ser exigibles por faltar una legislación que adecue la normativa vigente para poder implementar estas obligaciones, y que por consiguiente, no pueden ser invocadas por los particulares ante los tribunales de justicia.

Consideramos que esta postura dividida se genera por la inadecuada comprensión de la teoría de los tratados autoejecutable y por la confusión con la otrora teoría de los efectos directos de los tratados, ambos entendidos en función de la naturaleza jurídica de los Acuerdos de la OMC. Esta inadecuada aplicación de la teoría se observa tanto en los tribunales de justicia en sede administrativos como en sede judicial, así como en la postura del Estado chileno presente en la jurisprudencia del Sistema de Solución de Controversias de la OMC.

En consecuencia, parece ser que el juez chileno intenta justificar su postura desarrollando la teoría de los tratados no autoejecutables de una forma que no compatible con el marco jurídico chileno y que al mismo tiempo resulta contradictoria a la postura del Estado chileno, como Estado miembro, ante la Organización Mundial del Comercio.

La teoría de los Tratados no autoejecutables que surge en la realidad jurídica estadounidense se entiende mejor en un contexto donde los tratados internacionales una vez suscrito, aprobados y en vigor, por regla general, no tienen efecto alguno

hasta que una norma pueda implementarla en el sistema jurídico interno. Esta exigencia puede ser establecida por el Congreso o por el mismo Tratado o por la Constitución. En el caso de los Acuerdos de la OMC en Chile, es claro que estos no necesitaron de una norma adicional para que puedan surtir efecto jurídico una vez cumplido el procedimiento regular de incorporación de los Tratados.

Por consiguiente, no se puede afirmar que los Acuerdos de la OMC son tratados no autoejecutables, porque sus efectos jurídicos no se han visto condicionados ni por la Constitución, ni por el mismo Tratados y ni por el Congreso. Cabe señalar que el carácter autoejecutable de un tratado concierne solamente al futuro efecto jurídico que va a desplegar una vez incorporado, lo cual va a determinar que pueda ser invocado como una norma del Derecho Interno.

En ese sentido, cuando el juez chileno considera que las obligaciones de los Acuerdos de la OMC no pueden ser exigibles hasta que se emita una norma que las implemente y que modifique la legislación interna, en nada cambia el estatus normativo ni el efecto jurídico de los acuerdos dentro del ordenamiento jurídico chileno. Aceptar la postura del juez chileno, en este caso, significaría que estos acuerdos no tienen efectos jurídicos internamente y que no pueden ser invocados por los tribunales, a pesar de haber sido debidamente incorporados en el ordenamiento interno, lo cual puede ser interpretado como una invocación a las reglas internas para justificar un incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, comportamiento que es regulado por el Convenio de Viena.

Por último, cabe señalar que el carácter general del contenido de una obligación de los Acuerdos de la OMC no significa que este no sea válidamente considerado como

una norma de fuerza de ley y como un parámetro de control de legalidad de las medidas del poder ejecutivo, al menos que el mismo contenido de la obligación así lo indique o que así este predeterminadamente establecido en la Constitución. Es decir, a pesar de que algunas obligaciones de los Acuerdos de la OMC son generales, esto no impide que puedan ser invocadas por los particulares para cuestionar la legalidad de determinadas medidas del poder ejecutivo, de hecho, la mayoría de las leyes contienen obligaciones generales que necesitan de un reglamento que las desarrolle, pero eso no descarta la posibilidad de que estas leyes puedan ser invocadas ante los tribunales nacionales, porque son normas vigentes que forman parte del ordenamiento jurídico interno.

Conclusiones del Capítulo II

1. Sobre la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América

1.1 En el sistema jurídico de los Estados Unidos de América no es posible que los Acuerdos de la OMC sean aplicables directamente por el juez. Asimismo, estos no pueden ser invocados por los particulares ante los tribunales nacionales de justicia para cuestionar las medidas del Poder Ejecutivo incompatibles con los Acuerdos de la OMC. Asimismo, se ha podido observar que las personas cuentan con vías indirectas para poder cuestionar éstas medidas, a través del procedimiento establecido por la Sección 301.

1.2 En el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, los Acuerdos de la

OMC son denominados Acuerdos Comerciales “*Congressional-Executive*” (Congreso-Ejecutivo), han sido implementados en el ordenamiento jurídico a través de una norma aparte, la Ley URAA (*recepción de los acuerdos*), y tienen un efecto “*no-autoejecutable*” (*efecto jurídico*).

- 1.3 A parte de la vía indirecta formal establecida por la Sección 301, la Doctrina Betsy y la Doctrina Chevron ofrecen otras vías indirectas para el desarrollo de la aplicabilidad inmediata de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América para tratar de obtener un efecto similar al de la aplicabilidad inmediata de los Acuerdos de la OMC.

2. Sobre la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico de la Unión Europea

- 2.1 En el sistema jurídico de la Unión Europea, por regla general, el Tribunal de Justicia Europeo rechaza cualquier desarrollo de los efectos jurídicos de los Acuerdos de la OMC, ya sea la posibilidad de invocarlos o el efecto directo de los mismos, a pesar de que, históricamente, respecto a su antecesor el GATT de 1947, se contaba con una postura más flexible que permitía afirmar la posibilidad de invocar estos acuerdos frente al tribunal de justicia para poder cuestionar la legalidad de las medidas comunitarias incompatible. A modo de excepción, el juez del Tribunal de Justicia Europeo ha sostenido que sí es jurídicamente posible cuestionar estas medidas en base a los Acuerdos de la OMC solo en los casos cuando se intenta implementar sus disposiciones (Caso Nakajima).

2.2 La naturaleza de Acuerdos Internacionales Mixtos asignada a los Acuerdos de la OMC y el argumento relativo al principio de Reciprocidad en la Negociaciones Internacionales influyen en la tendencia actual del juez para negar los efectos jurídicos a los Acuerdos de la OMC y solo a modo excepcional permitirlo cuando se trate de una medida comunitaria que implementa una obligación contenida en los Acuerdos.

2.3 Excepcionalmente, es solo a partir del control de legalidad de los actos comunitarios que el juez puede permitir cierto grado de efecto jurídico a estos acuerdos, porque solo en estas situaciones no entra en conflicto su competencia con la de los Estados miembros sobre los Acuerdos de la OMC.

3. Sobre la aplicación directa de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico chileno

3.1 La postura dividida frente a la posibilidad de aplicar directamente los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico chileno se debe a la inadecuada concepción de la teoría de los tratados autoejecutable y a la confusión con la teoría de los efectos directos de los tratados. Esta inadecuada aplicación de estas teorías se observa tanto en los tribunales de justicia en sede administrativos como en sede judicial, así como en la postura del Estado chileno presente en la jurisprudencia del Sistema de Solución de Controversias de la OMC.

3.2 En el sistema jurídico chileno no se puede afirmar que los Acuerdos de la OMC son tratados no autoejecutables, porque sus efectos jurídicos no se han

visto condicionados ni por la Constitución, ni por el mismo Tratados y ni por el Congreso. Cabe señalar que el carácter autoejecutable de un tratado concierne solamente al futuro efecto jurídico que va a desplegar una vez incorporado, lo cual va a determinar que pueda ser invocado como una norma del Derecho Interno.



CAPITULO III

DETERMINACION DE LA POSIBILIDAD DE INVOCAR LOS ACUERDOS DE LA OMC COMO UNA VÍA PARA CUESTIONAR Y REVISAR LAS MEDIDAS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO INCOMPATIBLES CON ESTOS ACUERDOS

A diferencia del contexto estadounidense²⁰³, europeo²⁰⁴ y chileno²⁰⁵, en el ordenamiento jurídico peruano, claramente, los Acuerdos de la OMC pueden ser invocados por los particulares y aplicados por el juez al caso concreto para cuestionar y revisar la legalidad, respectivamente, de las medidas de la Administración Pública, a través de diversas vías jurídicas existentes.

La afirmación anterior se logra a explicar debido a tres factores que no están presentes en otros ordenamientos jurídicos²⁰⁶. Primero, los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano, son de “aplicación inmediata” o “aplicación directa” de acuerdo a la Constitución Política del Perú (3.1). Segundo, estos acuerdos en el ordenamiento peruano gozan de un rango jurídico superior al de las medidas de la Administración Pública (3.2). Tercero, existen variadas vías jurídicas que permiten cuestionar y revisar la legalidad de las medidas de la Administración Pública contrarias a los Acuerdos de la OMC (3.3).

²⁰³ Ver punto 2.1 sobre la imposibilidad de invocar los acuerdos de la OMC en el Sistema Jurídico de los Estados Unidos de América.

²⁰⁴ Ver punto 2.2 sobre la posibilidad parcial de invocar los acuerdos de la OMC en el Sistema Jurídico de la Unión Europea.

²⁰⁵ Ver punto 2.3 sobre el asunto no resuelto relativo a la invocabilidad o aplicación directa de los Acuerdos de la OMC en el Sistema Jurídico Chileno.

²⁰⁶ Se puede ver los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, de la Unión Europea y de la República Chilena. En este último sistema, los tres factores al que se hacen mención no están muy claros y la jurisprudencia y la Doctrina están divididas.

Los dos primeros factores resultan ser controversiales cuando se comparan con los contextos jurídicos expuestos en el capítulo II y su explicación dentro del caso peruano no es un tema cerrado. Mientras que el tercer factor representa una serie de vías jurídicas a explotar dentro del ordenamiento jurídico a fin de fortalecer aún más esta posibilidad jurídica a favor de los particulares frente a las medidas incompatibles de la Administración Pública.

3.1 APLICACIÓN INMEDIATA O APLICACIÓN DIRECTA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

Los Acuerdos de la OMC son Tratados de “aplicación inmediata” en el sistema jurídico peruano. Este factor resulta ser la condición principal proporcionada por la propia Constitución Política del Perú de 1993²⁰⁷. Sin aquella, resultaría difícil afirmar que los Acuerdos de la OMC pueden ser invocados por los particulares y aplicados al caso concreto por el juez.

Un análisis completo de esta característica conlleva a la presentación de dos aspectos. Primero, el proceso de incorporación de los Acuerdos de la OMC es necesario para determinar frente a qué tipo de Tratado nos encontramos cuando nos referimos a estos Acuerdos²⁰⁸ (3.1.1). Segundo, resulta imprescindible en esta parte de la investigación aclarar que los Acuerdos de la OMC son Tratados de aplicación inmediata, diferente a los Tratados del Poder Ejecutivo, Tratados Autoejecutables o

²⁰⁷ Ver Artículo 55° de la Constitución Política del Perú: Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

²⁰⁸ Este aspecto no condiciona la aplicación inmediata de los Acuerdos de la OMC, solo nos ayuda a entender mejor la naturaleza jurídica de estos Acuerdos.

Tratados no autoejecutables (3.1.2). Cada uno de estos términos tiene un alcance jurídico distinto que puede verse distorsionado si es que es entendido fuera de su contexto original²⁰⁹.

3.1.1 Procedimiento de incorporación de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano

La ratificación de los Acuerdos de la OMC por parte del Presidente de la República ha estado condicionada a la aprobación previa del Congreso. Esta es la característica principal del proceso de incorporación de estos acuerdos para ser denominados Tratados Ordinarios.

Una forma adecuada de entender la afirmación anterior es analizando los dos principales tipos de proceso de incorporación de los Tratados. El primer tipo hace referencia a los Tratados que requieren la aprobación previa del Congreso (3.1.1.1). El segundo tipo de proceso de incorporación es relativo a los Tratados del Poder Ejecutivo que se caracterizan por ser ratificados sin la aprobación previa del Congreso (3.1.1.2). Existen un tercer tipo que corresponde a los Tratados que requieren una habilitación legislativa previa. En esta ocasión, es de mayor interés solo los dos primeros tipos. Es importante señalar que estos dos tipos de procedimiento no condicionan la aplicación inmediata de los Tratados del Ejecutivo o Tratados Ordinarios, solo permite explicar íntegramente esta característica de los Acuerdos de la OMC (3.1.1.3).

²⁰⁹ Estos términos jurídicos se desprenden de un contexto jurídico distinto al peruano.

3.1.1.1 Procedimiento de incorporación de los Tratados que requieren aprobación previa del Congreso: Tratados Ordinarios

El procedimiento de incorporación de los Tratados Ordinarios en el sistema jurídico peruano puede ser analizado a partir de la Constitución Política del Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

a) Según la Constitución Política del Perú

Conforme al artículo 56° de la Constitución Política del Perú²¹⁰ “los Tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre Derechos Humanos, Soberanía, Dominio o Integridad del Estado, Defensa Nacional, Obligaciones Financieras del Estado”²¹¹.

También, deben ser aprobados por el Congreso “los Tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución”²¹². Aquí es necesario resaltar que un Tratado que requiere medidas legislativas para su ejecución no condiciona en lo absoluto el carácter de aplicación inmediata que le confiere la Constitución pudiendo los particulares invocar el contenido de los Tratados frente a los tribunales de justicia para cuestionar determinadas medidas normativas.

A estos tipos de tratados, que se desprenden del artículo 56° se les denominan, Tratados Ordinarios, haciendo referencia al canal regular de aprobación y de

²¹⁰La Constitución Política del Perú de 1993 contiene diversos artículos referentes a los Tratados y su forma de aprobación, estos son los artículos 56° y 57°.

²¹¹ La Constitución Política del Perú de 1993 no define lo que se denomina Obligaciones Financieras del Estado.

²¹² Ver segundo párrafo del artículo 57° de la Constitución.

ratificación que se caracteriza por requerir la aprobación del Congreso previamente a la ratificación del Presidente de la República.

b) Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú

El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre los Tratados Ordinarios²¹³ al interpretar el artículo 57° de la Constitución. Este órgano colegiado reafirmó lo que la propia Constitución había preestablecido y que han sido expuestos en el punto precedente, asimismo, resaltó el requerimiento previo referente a la aprobación previa de los Tratados por parte del Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República.

3.1.1.2 Procedimiento de incorporación de los Tratados que no requieren aprobación previa del Congreso: Tratados del Ejecutivo

El procedimiento de incorporación de los Tratados del Ejecutivo en el sistema jurídico peruano puede ser analizado a partir de la Constitución Política del Perú y a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

a) Según la Constitución Política del Perú

Conforme al artículo 57° de la Constitución, existe un procedimiento breve que permite al Presidente “celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todo esos casos debe dar cuenta al Congreso”²¹⁴.

La Constitución denomina a éstos como “Tratados Ejecutivos”, haciendo referencia a

²¹³ Ver Fundamento Jurídico N° 20 de la Sentencia N° 00047-2004-AI. Visto el 21 de Abril de 2003 en : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>.

²¹⁴ Ver segundo párrafo del artículo 57° de la Constitución Política del Perú de 1993.

la facultad del Poder Ejecutivo de celebrar Tratados respetando las pautas de este procedimiento.

b) Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional denomina a los Tratados del Ejecutivo como Convenios Internacionales Ejecutivos. De conformidad con la sentencia 00047-2004-AI, estos Tratados son aquellos que el Presidente de la República puede elaborar o ratificar o adherir sin el requisito de la aprobación previa del Congreso, puesto que se refieren a materias no contempladas para los tratados ordinarios²¹⁵.

3.1.1.3 Descripción del Procedimiento de Aprobación y Ratificación de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano

Luego de haber identificado los dos tipos de procedimiento de incorporación de los Tratados, resulta claro afirmar que los Acuerdos de la OMC son Tratados Ordinarios. Esto se explica en detalle a través de una serie de factores que se observan dentro de la Resolución Legislativa N° 26407 que aprueba y ratifica los Acuerdos de la OMC²¹⁶.

a) Base Jurídica de la Resolución Legislativa N° 26407

La Resolución Legislativa N° 26407 fue emitida teniendo como base jurídica el párrafo segundo del inciso 4) del artículo 56, el inciso 3) del artículo 102° de la Constitución Política del Perú y el artículo 2° del Reglamento del Congreso.

²¹⁵ Ver Fundamento Jurídico N° 20 de la Sentencia N° 00047-2004-AI. Visto el 21 de Abril de 2003 en : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>.

²¹⁶ El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y los Acuerdos Comerciales Multilaterales Contenidos en el Acta Final de la Ronda de Uruguay fueron aprobados por el Congreso Constituyente Democrático de la República del Perú (el Congreso) a través de la Resolución Legislativa²¹⁶ N° 26407, promulgada el 16 de diciembre de 1994 y publicada el 18 de diciembre del mismo año.

- **Párrafo segundo del inciso 4) del artículo 56° de la Constitución Política del Perú de 1993:**

Cómo ya se indicó anteriormente, el inciso 4° del artículo 56° de la Constitución establece que los Tratados deben ser **aprobados** por el Congreso antes de su **ratificación** por el Presidente de la República, siempre que versen, entre otras materias, sobre obligaciones financieras del Estado.

- **Inciso 3) del artículo 102° de la Constitución Política del Perú:**

El inciso 3) del artículo 102° de la Constitución vigente establece que es atribución del Congreso aprobar los Tratados, de conformidad con la Constitución.

- **Los Acuerdos de la OMC como Tratados que versan sobre obligaciones financieras del Estado:**

Según el Tribunal Constitucional, de acuerdo al fundamento jurídico N° 45 de la Sentencia N° 00002-2009-PI/TC²¹⁷ del 5 de febrero de 2010, se entiende que un Tratado genera obligaciones financieras cuando éstas exigen al Estado erogaciones económicas internas o externas a fin de implementar su aplicación.

En esa misma línea, es bien conocido los esfuerzos económicos que significa para el Estados peruano cumplir con sus obligaciones establecidas en los Acuerdos de la OMC, con lo que, efectivamente, se puede afirmar que éstos son Tratados que versan sobre esta materia.

²¹⁷ Sentencia disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2009-AI.html>. Visto el 10 de octubre de 2013.

Por ejemplo, el Estado peruano, como Estado miembro de la Organización Mundial del Comercio, al suscribir el Acuerdo y sus anexos, se comprometió a otorgar una determinada suma de dinero a modo de contribución al presupuesto de la Organización Mundial del Comercio, proporcional a su participación en el Comercio Internacional.

Esta obligación se encuentra establecida en el artículo VII:4 del Acuerdo por el que se establece la OMC que señala que cada miembro “aportará sin demora a la OMC la parte que le corresponda en los gastos de la Organización de conformidad con el reglamento financiero adoptado por el Consejo General”²¹⁸. En el 2013, el aporte del Perú fue de 349,000.00 CHF (Trescientos Cuarenta y Nueve Mil Francos Suizos), equivalente al 0,179 % del Presupuesto Financiero de la OMC.

- **El artículo 2° del Reglamento del Congreso:**

El artículo 2° del Reglamento del Congreso, publicado el 30 de Mayo de 1998, señala que éste es el órgano representativo de la Nación, encargado de realizar las funciones legislativas de control político y las demás que establece la Constitución del Estado.

b) Análisis del procedimiento de incorporación de los Acuerdos de la OMC

Dentro de este marco constitucional se debe entender a los Acuerdos de la OMC como Tratados Ordinarios diferenciándoles de los Tratados del Ejecutivo, que hacen referencia al procedimiento establecido en primer párrafo del artículo 57° de la

²¹⁸ Documento disponible en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto.pdf. Visto el 17 de Agosto de 2013.

Constitución. Como puede observarse, la forma regular de perfeccionamiento de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano se diferencia de los Tratados que no necesitan ser aprobados previamente por el Congreso para que el Poder Ejecutivo los ratifique. Según el primer párrafo del artículo 57° de la Constitución, el presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin contar con el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo 56° de la Constitución. En todos esos supuestos, el Poder Ejecutivo debe dar cuenta al Congreso. Normalmente, éstos tratados son aprobados mediante decreto supremos y son denominados Tratados o Acuerdos del Ejecutivo. Este no es el caso de los Acuerdos de la OMC como hemos visto previamente.

En consecuencia, se puede afirmar que los Acuerdos de la OMC son Tratados que fueron aprobados por el Congreso y ratificados por el Poder Ejecutivo, que genera obligaciones financieras al Estado²¹⁹ y que difieren de los Tratados del Ejecutivo.

3.1.2 Diferencia entre Tratados del Poder Ejecutivo, autoejecutables y de aplicación inmediata en función de los Acuerdos de la OMC

Es importante recordar que los Acuerdos de la OMC no son Tratados autoejecutables o Tratados Ejecutivos sino Tratados Ordinarios de aplicación inmediata. Esta terminología usada en el caso peruano podría confundirse si es que no se considera el contexto jurídico en el cual surgieron. No es coherente señalar que los Acuerdos de la OMC son autoejecutables o del Ejecutivo porque tiene

²¹⁹ Ver Sentencia N° 00002-2009-PI/TC del 5 de febrero de 2010, fundamento jurídico N° 45. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2009-AI.pdf>. Visto el 21 de Abril de 2013.

aplicación inmediata. Este problema ocurre cuando no se toma en consideración el contexto jurídico en el cual surgieron estos términos.

Estos aspectos han sido previamente presentados en el capítulo II, sin embargo resulta pertinente volver a introducirlos en este punto de la investigación a fin de aclarar ciertos aspectos dentro del contexto del ordenamiento jurídico peruano.

3.1.2.1 *Tratados del Poder Ejecutivo*

La explicación sobre la denominación “Tratados del Poder Ejecutivo” no requiere ahondar en mayores detalles. Se ha podido apreciar que existe un aspecto en común entre el sistema jurídico de los Estados Unidos y el de Perú. Los Tratados del Ejecutivo en el sistema peruano corresponden a los Acuerdos estrictamente del Ejecutivo en el sistema estadounidense²²⁰.

Es claro que los esta denominación hace referencia a la ausencia de la aprobación por parte del Congreso como requisito previo a la ratificación por parte del Presidente de la República.

Es en ese sentido estricto que debe entenderse a los Tratados del Ejecutivo, como resultado de una facultad constitucional del Presidente de la República en determinadas competencias.

²²⁰ En el sistema estadounidense no es posible denominar Tratados Ejecutivos a los Acuerdos de la OMC pues en sentido estricto estos son denominados Acuerdos Congressional-Executive, a quienes les corresponden un procedimiento de aprobación y ratificación distinto al de los Acuerdos Ejecutivos. Para mayor detalle ver el punto 2.1 del Capítulo II.

3.1.2.2 *Tratados autoejecutables*

Si los Tratados del Ejecutivo hacen referencia a la mencionada facultad del Presidente de la República de celebrar Tratados sin la previa aprobación del Congreso, la teoría de los Tratados Autoejecutables indica la capacidad jurídica de un Tratado de formar parte del Derecho Interno de un sistema jurídico en particular, sin la necesidad de un acto legislativo adicional.

La teoría de los Tratados Autoejecutables²²¹ nace en la Doctrina estadounidense como un intento de explicar por qué algunos Tratados no pueden ser incorporados automáticamente al ordenamiento jurídico. Hay que recordar que el Sistema estadounidense respecto a los Tratados, se caracteriza por basarse en la teoría Dualista²²².

En ese contexto, el problema se genera entre los Tratados del Ejecutivo y la teoría de los Tratados autoejecutables cuando se intenta explicarla dentro del contexto peruano. A modo ilustrativo, dentro del contexto estadounidense, es coherente afirmar que un Tratado Ejecutivo o cualquier otro Tratado pueda ser o no ser un Tratado autoejecutable, toda vez que se entienda que este Tratado necesite o no un acto normativo adicional para formar parte del Derecho Interno como cualquier otra norma.

Sin embargo, en el sistema jurídico peruano no se entiende a la teoría de los Tratados autoejecutables en ese mismo sentido. En realidad, se considera que un

²²¹ Para mayor detalle consultar el punto 2.1.2 del Capítulo II acerca de los Acuerdos de la OMC como Tratado no autoejecutables en el sistema jurídico estadounidense.

²²² Para tener un mayor alcance sobre la teoría Dualista ver el punto 1.4.1.2 del Capítulo I.

Tratado es autoejecutable cuando éste no requiere de una medida adicional para su “ejecución”. Es por eso que, por lo general²²³, se les denomina Tratados autoejecutables a los Tratados del Ejecutivo ya que se relaciona a estos Tratados como si fueran instrumentos jurídicos de rango de Decreto Supremo que no requieren una medida normativa adicional para su ejecución.

En el Perú, solo en esos términos tendría coherencia poder afirmar que existen Tratados Autoejecutables, porque de lo contrario, si se adoptase la postura desarrollada en la Doctrina estadounidense, no serviría esta teoría. Lo anterior se debe a la propia Constitución Política del Perú que señala que los Tratados se incorporan al ordenamiento jurídico sin necesidad de un acto normativo adicional, siendo estos de aplicación inmediata²²⁴, formando parte del Derecho Interno, contrariamente a lo que sucede en los Estados Unidos.

3.1.2.3 *Tratados de Aplicación directa o de Aplicación inmediata: el caso de los Acuerdos de la OMC*

Debe quedar claro que todos los Tratados en el sistema jurídico peruano son de aplicación inmediata, formando parte del Derecho Interno, pudiendo ser utilizados como cualquier otra fuente de Derecho. Sin embargo, solo algunos pueden ser denominados autoejecutables en el sentido que no requieren una medida adicional para su ejecución, siendo esto entendido no bajo la concepción estadounidense.

Solo así podemos afirmar que los Acuerdos de la OMC son Tratados ordinarios de

²²³ Se puede apreciar que no siempre es así, pues en ocasiones se confunde la autoejecución con la aplicación inmediata de un Tratado.

²²⁴ Ver artículo 55° de la Constitución Política del Perú.

Aplicación Inmediata, lo cual difiere de los Tratados autoejecutables en el Perú. Esta última afirmación es primordial para comprender porque el contenido de los Acuerdos de la OMC puede ser invocados por los particulares frente a los Tribunales de justicia y cómo pueden ser aplicados por los jueces en el caso concreto. En realidad, esto se debe simplemente a su capacidad de formar parte del Derecho conforme a la Constitución.

En el Perú, los Acuerdos de la OMC son instrumentos jurídicos de aplicación inmediata o directa. Como se ha podido observar en el primer capítulo de este trabajo, la aplicabilidad directa de los Tratados se refiere a la capacidad de una norma internacional de ser aplicada como fundamento jurídico en un caso específico por un tribunal de justicia o un tribunal u órgano administrativo, sin la necesidad de que exista de por medio un acto legislativo. La consecuencia inmediata de este efecto es que los particulares pueden invocar las disposiciones contenidas en los Acuerdos de la OMC para cuestionar una norma interna o medida administrativa que sea contradictoria o incompatible con las disposiciones de estos acuerdos. Eso no significa en lo absoluto que esta teoría defienda que los Acuerdos de la OMC confieren derechos a los particulares.

La Constitución permite esta aplicación inmediata de los Acuerdos de la OMC. El artículo 55° de la Constitución establece que los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho Nacional. Esto, como consecuencia, supone que los Tratados pueden ser inmediatamente aplicables al interior del país. Esta aplicación inmediata o directa permite poder utilizar los tratados como cualquiera de las otras fuentes de derechos que forman parte del Derecho Nacional. De la mano con lo afirmado en el párrafo precedente, los Tratados pueden ser plenamente

aplicables por los jueces, tribunales peruanos u órganos administrativos, al igual que los Acuerdos de la OMC.

La afirmación anterior ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional. En la sentencia N° 1277-1999-AC, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente en su fundamento n° 7:

“ Que en lo que respecta al primer extremo, es un hecho inobjetable para este Tribunal que cuando nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55° que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y el Artículo 200° inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna), no cabe sino admitir que los mismos tienen valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos”.

En ese mismo sentido, en la sentencia N° 5854-2005-AA, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente:

“Tal como lo dispone el artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado”.

Conclusión del punto 3.1

La consecuencia jurídica de la recepción o tratamiento de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano es la aplicabilidad directa o aplicación inmediata.

Los Acuerdos de la OMC también son Tratados ordinarios aprobados, ratificados y en vigor. Estos forman parte del Derecho Interno, y gozan de un rango jurídico que

será determinado posteriormente. En consecuencia, estos acuerdos pueden ser utilizados por los tribunales de justicia u órganos administrativos peruanos en la resolución de casos particulares. En definitiva, éstos son de aplicación inmediata o de aplicabilidad inmediata en el sistema jurídico peruano, aspecto que también se puede evidenciar en las sentencias del Tribunal Constitucional.

3.2 EL RANGO NORMATIVO O JERARQUÍA NORMATIVA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

La segunda condición necesaria para desarrollar nuestra hipótesis está referida a la determinación del rango normativo o jerarquía normativa de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano. En efecto, si el objetivo es poder cuestionar las medidas de la Administración Pública por ser contrarias al contenido de los Acuerdos de la OMC, entonces es importante que por lo menos estos acuerdos ostenten un rango normativo superior, eso podría permitir al juez revisar la legalidad de estas medidas incompatibles permitiéndole declarar su nulidad o invalidez en el caso concreto.

Sin embargo, en la determinación de este asunto se presenta un obstáculo que la Doctrina no ha podido resolver hasta ahora. Sucede que el sistema jurídico peruano no ha resuelto definitivamente cuál es a la jerarquía normativa de los Tratados, en general (3.2.1). Este problema alcanza también, específicamente, a los acuerdos de la OMC.

Pese a esta dificultad, en este trabajo se considera que se puede determinar el rango normativo de los acuerdos de la OMC a partir del análisis de la Constitución Peruana y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional teniendo como resultado el desarrollo de una postura personal del autor respecto a este asunto (3.2.2).

3.2.1 El problema relativo a la jerarquía normativa de los Tratados en el sistema jurídico peruano

No existe en la Constitución disposiciones expresas sobre la jerarquía normativa de los Tratados. Este es un asunto no resuelto por la Constitución. Sin embargo, la Doctrina representada por los profesor Fabián Novak (3.2.1.1), Marcial Rubio (3.2.1.2) y Cesar Landa (3.2.1.3) y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional han interpretado algunas disposiciones constitucionales para construir determinadas teorías (3.2.1.4) que son útiles para la determinación de la jerarquía normativa de los Acuerdos de la OMC.

3.2.1.1 *La Jerarquía de los Tratados en el Perú según el Profesor Fabián Novak*

El profesor Fabian Novak²²⁵ sostiene que los Tratados, en general, gozan de rango de Ley y respecto a los Tratados sobre Derechos Humanos sostiene que es un asunto no regulado por la Constitución Política del Perú de 1993.

Es interesante observar cómo el autor argumenta que la relación entre un Tratado y una ley es vertical y que no hay duda respecto al rango normativo de los tratados “al

²²⁵ Fabián Novak Talavera, Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993. Agenda Internacional. PUCP – IDEI. Año I. N° 2. (julio-diciembre 1994) pp.71-94.

otorgarle el artículo 200 jerarquía de ley”²²⁶.

Asimismo hace referencia a la coalición entre un Tratado y una Ley y sostiene que “un Tratado prevalece sobre una ley anterior y de igual manera una nueva ley prevalece sobre un tratado anterior, salvo (claro está), que existe una disposición en contrario”²²⁷.

Sobre los Tratados relativos a normas sobre Derechos Humanos, el autor sostiene que la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Peruana de 1993²²⁸ no consagra en ningún momento rango constitucional en favor de las normas sostenidas en tratados relativos a derechos humanos²²⁹.

3.2.1.2 La posición de los Tratados según el profesor Marcial Rubio

Marcial Rubio²³⁰ sostiene que existen al menos cuatro reglas en la Constitución Peruana de 1993 que crean tres rangos de Tratados. La primera regla está contenida en el artículo 57° de la Constitución y establece que los Tratados que requieren habilitación legislativa tienen rango constitucional. La segunda y tercera regla está referida a la facultad del Presidente de la República de celebrar ciertos Tratados que recaen dentro de sus competencias sin la necesidad de requerir la

²²⁶ Fabián Novak Talavera, Op. cit. p. 73.

²²⁷ Cita obtenida de Virally, Michael. Citado a su vez por SORENSEN, Max. Derecho Internacional Público p. 1994. En: Fabian Novak Talavera, Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993. Pp. 80.

²²⁸ La Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución establece que « las normas relativas a los derechos humanos consagradas en la Constitución reconocen deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás Tratados sobre la materia suscritos por el Perú. Ve la Constitución Peruana.

²²⁹ Fabian Novak Talavera, Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993. p. 91.

²³⁰ Marcial Rubio. El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho. Décima edición, aumentada. Fondo Editorial de la PUCP, 2009. p. 139.

previa aprobación del Congreso. La cuarta regla sugiere que todos los Tratados forman parte del Derecho Interno, conforme al artículo 55° de la Constitución.

Bajo esas cuatro premisas es que el autor sostiene que existen tres tipos de rango de Tratados, “unos tendrán rango constitucional, otro de ley y, los que aprueba el Presidente, lo tendrán de decretos supremos”²³¹.

Sin embargo, el autor identifica un problema en esta clasificación del rango de Tratados. Este problema, sostiene el autor, consiste en que hay un convencimiento de que la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución otorga rango constitucional a la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y a los demás Tratados sobre las mismas materias ratificados por el Perú²³², pues, “la Constitución Peruana no podría ser interpretada a la luz de normas inferiores a ella”²³³.

3.2.1.3 La clasificación de los Tratados según el Profesor César Landa

El profesor César Landa sostiene que no existe disposición constitucional expresa que determine el rango normativo de los Tratados en el sistema jurídico peruano. A pesar de eso, sostiene que se puede construir hasta cinco tipos de Tratados: Tratados de rango supraconstitucional, Tratados constitucionales, Tratados supraleales, Tratados legales y los Tratados ejecutivos²³⁴.

²³¹ Ibidem.

²³² Ibidem.

²³³ Ibidem.

²³⁴ César Landa Arroyo. La Aplicación de los Tratados Internacionales en el Derecho Interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Peruana de Derecho Internacional. Tomo LV, N° 129. (sept.-dic 2005). pp. 37-77.

Se ha podido apreciar que según el artículo 56° de la Constitución y la Resolución Legislativa N° 26407, los Acuerdos de la OMC aprobados por el Congreso y ratificados por el Poder Ejecutivo, versan sobre obligaciones financieras del Estado. Adicionalmente, el inciso 4 del artículo 200° del Constitución hace referencia a un proceso constitucional denominado “acción de inconstitucional” y en ella se refiere a las normas que tienen rango de ley e incluye en ellas a los Tratados.

Así, pareciese que la Constitución estuviese tratando de la misma manera a los Tratados y a las leyes o normas que tienen rango de ley. Sin embargo, es difícil poder afirmar que la Constitución por sí sola es capaz de otorgar un determinado rango normativo a los Tratados. En realidad, no existe una disposición expresa de ese tipo que nos permita confirmar lo anterior. Ante esa incertidumbre, han surgido diversas interpretaciones sobre el rango normativo de los Tratados sin que haya un consenso en la Doctrina.

3.2.1.4 La posición del Tribunal Constitucional sobre la jerarquía normativa de los Tratados

Existe una sentencia del Tribunal Constitucional que forma parte de uno de los **precedentes vinculantes** de éste órgano colegiado. Nos referimos a la sentencia N° 0047-2004-AI/TC. En ella el Tribunal Constitucional afirma que dentro de las fuentes normativas o formas normativas con rango de ley se encuentran, entre otros, a los Tratados (Ver punto 2.1.3.1.1 de la sentencia).

Así, en el punto 2.1.3.1.1.3 de la sentencia, el Tribunal constitucional sostiene que existen dos tipos de tratados, los probados por el Congreso previamente y los que no necesitan de ésta para ser ratificados por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, el

órgano colegiado no es claro respecto a la explicación sobre el rango normativo o fuerza de ley de los Tratados, solo afirma lo anterior sin ahondar en detalles que podrían haber servido para definir este aspecto.

- **Evaluación sobre el punto 3.2.1 y la jerarquía normativa de los Tratados en general**

En conclusión, lo único que se puede afirmar es que la Constitución no resuelve explícitamente este aspecto de los Tratados y en consecuencia no se puede determinar cuál es el rango de los Acuerdos de la OMC solo a través de la Constitución.

3.2.2 Determinación de la jerarquía normativa de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano

Al determinar la jerarquía normativa de los Acuerdos de la OMC solo es necesario enfocarse en observar cómo estos acuerdos prevalecen sobre las medidas de la Administración Pública. Si bien puede afirmarse que los Acuerdos de la OMC gozan de rango de Ley no es necesario enfocarse en la posible coalición entre una ley y los Acuerdos toda vez que no es objeto del presente estudio de investigación.

En ese contexto, con la ayuda de la Doctrina expuesta y con el desarrollo jurisprudencial se puede determinar en específico la posición jurídica de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano.

Los autores, Fabián Novak, Marcial Rubio y César Landa, coinciden en que algunos

Tratados pueden ostentar rango de Ley. Este es el caso de los Acuerdos de la OMC debido a las siguientes razones.

Primero, los Acuerdos de la OMC no son Tratados sobre Derechos Humanos aunque algunos autores han sostenido que estos acuerdos tiene un contenido constitucional²³⁵, lo cual no debe ser confundido con lo sostenido previamente. Asimismo, estos Acuerdos no son Tratados Ejecutivos con lo cual no se les pueden asignar rango de Decreto Supremo.

Segundo, los acuerdos de la OMC han sido aprobados según el mecanismo que corresponde a los Tratados Ordinarios, aprobado por el Congreso a través de una Resolución Legislativa.

Sin embargo, el punto crítico de esta posibilidad se presenta al reforzar la afirmación anterior al sostener que la Resolución Legislativa mediante la cual el Congreso aprueba los Acuerdos de la OMC otorga por sí misma fuerza de Ley toda vez que esta Resolución Legislativa también posee se mismo status.

Por ejemplo, el profesor Fabián Novak²³⁶ señala que las resoluciones legislativas no pueden ser consideradas como leyes. Eso se debe a que, según el autor, éstas no se encuentran dentro de la lista de normas a las que se atribuye rango de ley, según el artículo 200° de la Constitución. Este mismo autor, además señala que esta posibilidad es muy controversial porque existen otros autores que consideran que las

²³⁵ Para mayor detalle se puede consultar a Ernst-Ulrich Petersmann, *State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty: from Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law?* EUI Working papers. Law N° 2006/45, European University Institute, Florence. 36 pp.

²³⁶ Fabián Novak Talavera, *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993*, Agenda Internacional, año I, n° 2, PUC-IDEI, julio-diciembre 1994, p. 83.

resoluciones legislativas del Congreso son actos administrativos y/o carecen de la promulgación, característica propia de las leyes.

Por otro lado, el profesor Marcial Rubio²³⁷, realiza una lectura de la Constitución y del Reglamento del Congreso para sostener lo siguiente. Primero, sostiene que la aprobación de ciertos Tratados es competencia del Congreso por mandato Constitucional²³⁸ y que esta aprobación recae dentro de su potestad legislativa. Enseguida, el autor sostiene que, de acuerdo al artículo 4° del Reglamento del Congreso, al emitir resoluciones legislativas se está haciendo uso de su potestad legislativa²³⁹. Es así que luego afirma que el Congreso al aprobar los Tratados hace uso de su función legislativa, lo cual no debe confundirse con su función ejecutiva. En ese sentido, una resolución legislativa solo puede tener rango de Ley, porque es una norma legislativa (del Congreso, en el uso de su potestad legislativa).

En esa misma línea, a fin de defender su tesis sobre el rango legal de los Tratados aprobados mediante Resolución Legislativa, como es el caso de los Acuerdos de la OMC, Marcial Rubio sostiene, complementariamente, que las Resoluciones Legislativas sí pueden ser objeto de impugnación a través de la acción de inconstitucionalidad, a pesar de que no se encuentran presentes en el artículo 200° de la Constitución. Marcial Rubio continúa y afirma que no todo lo que figura en el inciso 4 del artículo 200° de la Constitución es norma con rango de Ley. Por ejemplo,

²³⁷ Marcial Rubio Correa, Estudio de la Constitución Política de 1993, t. 3. Lima, PUCP, Fondo Editorial 1999, ed. DESA.

²³⁸ Ver artículo 56° de la Constitución Política del Perú.

²³⁹ Reglamento del Congreso de la República: Artículo 4.- “La Función legislativa comprende el debate y la aprobación de reformas de la Constitución, de leyes y resoluciones legislativas, así como su interpretación, modificación y derogación, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Constitución Política y el presente Reglamento”.

las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales no son leyes, sin embargo gozan del rango de ley.

Este criterio para poder determinar el rango normativo de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano se ve complementado con lo afirmado por el profesor Cesar Landa. Este autor sostiene una de las tesis positivistas sobre el rango legal de los Tratados que se basa en el inciso 4, artículo 200 de la Constitución. Este, al disponer que la acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tiene rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados...” estaría otorgándoles a estas últimas normas de igual jerarquía normativa que la Ley.

Estas últimas afirmaciones también son compatibles con el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional respecto de los Tratados, en general. Ya nos hemos referido a la sentencia N° 0047-2004-AI/TC. En ella el Tribunal Constitucional afirma que dentro de las fuentes normativas o formas normativas con rango de ley se encuentran, entre otros, a los Tratados (Ver punto 2.1.3.1.1 de la sentencia).

Vista la falta de una explicación sobre la afirmación del Tribunal Constitucional, lo expuesto en líneas anteriores puede servir como un adecuado fundamento para que el órgano colegiado defienda la tesis del rango normativo o fuerza de ley de los Tratados. En esos términos, se puede afirmar que los acuerdos de la OMC gozan de fuerza de Ley debido a que estos fueron aprobados y ratificados a través de la Resolución Legislativa N° 26407.

Evaluación del punto 3.2.2 sobre la determinación de la jerarquía normativa de

los Acuerdos de la OMC

Se ha podido observar que la determinación del rango jurídico de los Acuerdos de la OMC no es un asunto resuelto directamente por la Constitución Peruana. Solo es posible lograr determinar este asunto teniendo en cuenta varios elementos. Por un lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha intentado resolver este problema estableciendo que los Tratados gozan de rango de ley. Por otro lado, cierta parte de la Doctrina sostiene que los Tratados pueden tener rango de ley. En ese contexto, en esta investigación se comparte el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Doctrina en el extremo que considera a los Acuerdos de la OMC como instrumentos jurídicos con rango de Ley.

Sin embargo, considerar que los Acuerdos de la OMC gozan de rango de Ley es un asunto controvertido que es objeto de diversas discusiones académicas.

En ese sentido, de acuerdo a los criterios adoptados, los Acuerdos de la OMC tienen rango de Ley. Consecuentemente, revisar las medidas de la Administración Pública por parte de los tribunales de justicia tomando como base normativa a los Acuerdos de la OMC es posible jurídicamente.

Queda abierta la discusión referente al conflicto que se pueda generar entre una Ley y los Acuerdos de la OMC. A pesar de que este no es objeto de la presente investigación, cabe afirmar que este asunto podría resolverse a través del principio del Derecho Internacional *pacta sunt servanda*.

3.3 POSIBILIDAD DE INVOCAR LOS ACUERDOS DE LA OMC ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES DEL PERU: VIAS JURIDICAS EXISTENTES

Hemos visto que los Acuerdos de la OMC son de aplicación inmediata porque forman parte del Derecho Nacional, según el artículo 55° de la Constitución y gozan de rango de ley según la interpretación de la Doctrina y del Tribunal Constitucional.

Como consecuencia de esta aplicación inmediata de los acuerdos de la OMC, estos pueden ser aplicados para resolver casos concretos por parte de los jueces y tribunales peruanos. Es así que surge la posibilidad de los particulares de poder invocar estos acuerdos frente a los jueces nacionales con la finalidad de poder cuestionar las medidas nacionales incompatibles o inconsistentes o contradictorias con el contenido de los Acuerdos de la OMC.

Una vez más se reitera que es en ese sentido que se desarrolla el concepto de aplicación inmediata o aplicabilidad directa de los Acuerdos de la OMC, sin hacer referencia a la posibilidad de sostener que los Acuerdos de la OMC otorgan o confieren derechos que pueden ser invocados frente a los tribunales y jueces peruanos, esto último es un objeto de investigación distinto al nuestro.

Parte de nuestra hipótesis consiste en comprobar esta tercera condición relativa a la posibilidad de que los tribunales de justicia o los tribunales administrativos apliquen los acuerdos de la OMC para revisar las medidas de la Administración Pública. Esto dejaría abierta la posibilidad de que los particulares puedan invocar estos acuerdos frente a estos tribunales a fin de poder cuestionar estas medidas inconsistentes con los acuerdos de la OMC.

Por consiguiente, en esta parte de la investigación se pretende analizar cómo se presenta el desarrollo de esta posibilidad en diferentes tipos de tribunales de justicia en el sistema jurídico peruano, centrándose, primordialmente, en los tribunales ordinarios de justicia (3.3.1) y los tribunales administrativos (3.3.2). Este análisis nos brindará más detalles sobre las jurídicas existentes para concretizar nuestra hipótesis.

3.3.1 La posibilidad de invocar los acuerdos de la OMC para cuestionar las medidas nacionales incompatibles a través de los procesos constitucionales

A nivel constitucional existen dos vías jurídicas para poder cuestionar las medidas nacionales contrarias a los Acuerdos de la OMC. La primera de ellas es denominada vía indirecta, la cual es desarrollada a través del Proceso Constitucional de Amparo. La segunda es denominada vía directa que es posible gracias al proceso constitucional de Acción Popular.

3.3.1.1 Vía indirecta: El proceso constitucional de Amparo

El proceso constitucional de Amparo representa una vía jurídica *indirecta* para cuestionar medidas nacionales contrarias a los Acuerdos de la OMC. Estas son denominadas de este modo porque a pesar de que los particulares pueden invocar el contenido de los Acuerdos, al final, el Tribunal Constitucional va a justificar su cuestionamiento de la medida nacional no sobre la base de los Acuerdos de la OMC sino en función a las disposiciones de la Constitución Peruana de 1993 que se asemejan al contenido de los Acuerdos de la OMC invocado por los particulares.

Esta vía indirecta también tiene la particularidad de permitir al Tribunal Constitucional no solo cuestionar medidas nacionales de la Administración Pública sino también alcanza a las posibles leyes.

En efecto, se observa que, por lo general, el Tribunal Constitucional puede declarar la inaplicabilidad de una norma que en el fondo es incompatible con los Acuerdos de la OMC. Parece ser que el Tribunal Constitucional reconociese que existe una relación entre algunos principios contenidos en la Constitución que se asemejan a aquellos contenidos en los Acuerdos de la OMC, lo cual le permite poder aceptar los argumentos de los particulares.

Para reforzar estas afirmaciones se puede recurrir al desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

3.3.1.2 Sentencia N° 1311-2000-AC/TC: Cuestionamiento de un Decreto Supremo en base a los Acuerdos de la OMC y a la Constitución

En la Sentencia N° 1311-2000-AA/TC²⁴⁰ se observa que “British American Tobacco” (South America) Ltd. Sucursal del Perú interpuso una demanda de Amparo contra el Decreto Supremo N° 158-99-EF²⁴¹ sosteniendo que éste establecía una clasificación de cigarrillos para efectos de la aplicación del Impuesto Selectivo al Consumo inconsistente con **el principio de Trato Nacional contenido en el GATT** (Artículo III:1, III:2, III:3 y Artículo VIII) (el resaltado es nuestro).

²⁴⁰ Consultar sentencia en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/01311-2000-AA.html>. Visto el 10 de octubre de 2013.

²⁴¹ Este Decreto Supremo que sustituía el texto del literal B del Nuevo Apéndice IV del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional, en esa ocasión sostuvo lo siguiente en el fundamento 5:

“El nuevo Apéndice IV, en cuanto se refiere a cigarrillos y los artículos 2°, 3° y 4° del Decreto Supremo N° 158-99-EF **es discriminatorio y viola el principio de igualdad tributaria** plasmado en el artículo 74° de la Constitución y el **Principio de Trato Nacional**” [El resaltado es nuestro].

Como se puede observar, el Tribunal Constitucional, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, invoca el principio del Trato Nacional para poder declarar la inconstitucionalidad de determinadas medidas internas. Sin embargo, esto no quiere decir que los Acuerdos de la OMC tienen rango constitucional.

3.3.1.3 Sentencia N° 5970-2006-PA/TC: Cuestionamiento de una Ley en base a los Acuerdos de la OMC y a la Constitución

En esta ocasión, la empresa San Fernando S.A. interpuso una acción de amparo contra el numeral 2.4 del artículo 2° de la Ley N° 27360 sosteniendo, entre otros argumentos, que el mencionado numeral 2.4 es “inconstitucional” por contravenir lo establecido por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio – GATT en el artículo III:1²⁴² pues éste numeral dispone que los beneficios tributarios establecidos por dicha ley no son aplicables a aquellas actividades avícolas donde se utilice maíz amarillo duro importado, permitiendo que los consumidores de maíz amarillo duro nacional sean beneficiados con una menor tasa impositiva por Impuesto a la Renta en relación con los consumidores de maíz amarillo duro importado²⁴³.

²⁴² Establece que los estados se comprometen a no utilizar los tributos u otras cargas que afecten la venta de los productos importados de manera que se proteja la producción nacional

²⁴³ La Ley N° 27360, denominada “Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario”, fue

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda sosteniendo que existe una violación al principio de igualdad. Asimismo, sostuvo que la adecuación o no de una norma a un tratado internacional que no se refiere a derechos fundamentales no constituye una materia que por sí misma pueda dilucidarse en un proceso de amparo cuya única y esencial finalidad es brindar tutela contra la amenaza o violación de un derecho constitucional, conforme lo dispone el artículo 1° del Código procesal constitucional.

Vale señalar a modo de evaluación de ambos casos expuestos que estos principios que comparten ambos, la Constitución peruana y los acuerdos de la OMC contribuyen a que las decisiones o resoluciones del juez constitucional sean coherentes con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Esto último es compartido por el profesor Ernst Ulrich Petersmann²⁴⁴, quien sostiene que los Acuerdos de la OMC contienen principios constitucionales que son compartidos por algunos de sus países miembros. Eso se desprende de su teoría sobre los multiniveles del constitucionalismo²⁴⁵.

publicada con fecha 31 de octubre del 2000 y tiene como objetivo declarar de interés prioritario la inversión y desarrollo del sector agrario. Entre sus beneficiarios está precisamente la empresa demandante como integrante del rubro “cultivo o crianza”, de acuerdo a lo expuesto por la propia norma. Es decir, no se debe perder de vista que, originariamente, la Ley comprendía entre los sectores a los que debe favorecerse, al avícola, esto es a “San Fernando S.A.”. Es cierto que en su numeral 2.4. la norma disponía desde su puesta en vigencia que era beneficiario de la norma, “solamente la actividad avícola que no utilice maíz amarillo duro importado en su proceso productivo”. Sin embargo, también inicialmente, mediante DU 103-2000 se suspendió temporalmente la aplicación del referido numeral bajo la consideración de que “dicha medida podría resultar discriminatoria y su aplicación generaría mayor complejidad administrativa (...)” (texto de la norma). Posteriormente, dicha norma fue puesta en vigencia generándose el proceso que hoy se resuelve.

²⁴⁴ Ver nota N° 68.

²⁴⁵ Ibidem

Por otro lado, existen otras sentencias del Tribunal Constitucional en donde se puede observar que no los demandantes o los particulares quienes invocan el contenido de los Acuerdos de la OMC, sino es el propio órgano colegiado que considera oportuno su mención con la finalidad de argumentar su sentencia. Lo mismo se puede observar cuando el Procurador Público en defensa del Estado Peruano menciona a los Acuerdos de la OMC para desvirtuar los argumentos de los demandantes o para argumentar su postura frente al Tribunal Constitucional. Este grupo de sentencia se puede apreciar en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 3: Sobre sentencias diversas del Tribunal Constitucional

N° de Sentencia	Partes	Texto
STC. N°0022-2001-PA/TC	SGS Société Générale vs. Congreso de la República	El Procurador Público sostiene lo siguiente: "Dentro del marco de la <u>Organización Mundial del Comercio OMC</u> se aprobó el "Acuerdo de inspección previa a la expedición" (...) que prevé dos formas de participación de tales Empresas: por contrato con un <u>gobierno</u> o por prescripción del gobierno".
STC. N° 2945-2003-AA/TC y N° 2016-2004-AA/TC	Jose Luis Correa Condori y Azanca Alhelí Meza García vs. El Estado Peruano	El Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente: Si bien el tema no se deriva directamente del petitorio de la demanda, este Tribunal considera conveniente pronunciarse sobre los aspectos relativos a derechos de propiedad intelectual reconocidos en compromisos internacionales; así como sobre las excepciones que establecidas y reconocidas formalmente en diversos documentos internacionales en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), de la cual el Perú es Estado miembro desde 1995.» ²⁴⁶ .
STC. 08078-2006-PA/TC	Comercial Angloamericana vs. SUNAT	El Procurador Público sostiene lo siguiente: "Por su parte, respecto a la prohibición del artículo 9 del Decreto Legislativo 668, señala que esta norma ha sido derogada por los acuerdos suscritos por el Perú con la OMC, aprobados en virtud de la Resolución Legislativa N.º 26407 del 18 de diciembre de 1994, lo cual no ha sido tomado en cuenta por el demandante."
STC 00021-2010-AI/TC	Congreso de la República vs. El Tratado de Libre Comercio Perú-China	El Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente: En lo relativo a la supuesta vulneración del principio de igualdad, considera que los demandantes no tomaron en cuenta que los Acuerdos Comerciales Regionales (como el TLC Perú-China) constituyen una excepción en el marco de la Organización Mundial de Comercio

²⁴⁶ Ver Fundamento 39 y 40 de ambas sentencias respectivamente.

		<p><i>“al principio de nación más favorecida. Tal excepción se encuentra recogida en el artículo XXIV del GATT de 1994 y en el artículo V del GATS”, por lo que las partes pueden negociar tales acuerdos comerciales estableciendo entre ellos un trato más favorable al que otorgan a los demás países, sin tener que extender dicho trato a los otros miembros de la OMC.”</i></p>
--	--	---

3.3.1.4 Vía directa: El proceso constitucional de Acción Popular

A través de la Acción Popular, las personas o los particulares pueden invocar los Acuerdos de la OMC para revisar la legalidad de otras medidas de rango inferior a la Ley. En el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, publicado en el diario oficial “El Peruano” el lunes 31 de mayo del 2004, contiene ciertas reglas referentes al proceso de Acción Popular²⁴⁷ que procede por infracción de la **Constitución** y de la **Ley**, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general. Para que esta vía procesal constitucional sea idónea es necesario interpretar el término “Ley” como una referencia a las “normas con rango de Ley”, a fin de que los particulares puedan invocar los acuerdos de la OMC y para que el juez considere como criterio de legalidad a estos acuerdos.

En efecto, el proceso constitucional de Acción Popular representa una vía que permite el control concentrado por parte de los jueces de las normas con rango inferior a la Ley, en el ámbito del Poder Judicial²⁴⁸ y no en el propio Tribunal

²⁴⁷ Artículo 76° del Código Procesal Constitucional.- La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

²⁴⁸ Artículo 85° del Código Procesal Constitucional.- La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes: 1) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y 2) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

Constitucional. Este proceso encuentra su argumento en los artículos 51° e inciso 8° del artículo 118° de la Constitución. De acuerdo al artículo 51° “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de menor jerarquía y así sucesivamente”. Según el artículo 118°, dentro de las atribuciones del Presidente de la República se encuentra la de “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y dentro de tales límites, dictas decretos y resoluciones”.

Otra característica importante a retener es que la Acción Popular puede ser interpuesta por cualquier persona según lo prescrito en el artículo 84° del Código Procesal Constitucional, y genera una discusión de puro Derecho con la finalidad de determinar si la norma de inferior jerarquía contraviene la Constitución o la Ley, teniendo como resultado, según el artículo 81° del Código Procesal Constitucional, una sentencia que puede declarar la nulidad de una norma con rango inferior a la ley, con efecto retroactivo, con carácter de cosa juzgada²⁴⁹ y contando con un ámbito de vigencia para toda la colectividad. Asimismo, ésta se publica íntegramente en el diario Oficial “El Peruano” y producen efecto desde el día siguiente de su publicación o, en el caso contrario, también el juez puede determinar los alcances de la sentencia en el tiempo.

En ese sentido, considerando que, de acuerdo a lo establecido en esta investigación, los Acuerdos de la OMC gozan de rango de ley en el sistema jurídico

²⁴⁹ Artículo 82.- Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación. Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión en el caso previsto en el inciso 1) del artículo 104. La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código.

peruano, siendo parte del Derecho Nacional, no cabe duda de que, por un lado, los particulares puedan invocar las disposiciones contenidas en estos acuerdos, en un proceso constitucional de Acción Popular, en contra de una norma de inferior rango legal contraria a estos acuerdos, y consecuentemente, es también válido afirmar que los jueces que resuelvan la Acción Popular podrán utilizar estos acuerdos como un criterio de legalidad para observar si efectivamente la norma con rango inferior a la ley es contradictoria o no, pudiendo declarar su nulidad.

Como ya hemos anunciado, esta vía resulta idónea si se quiere conseguir un efecto general dirigido a toda la colectividad y no solo a un caso concreto respecto de la posible nulidad de una norma de rango inferior a la ley, contraria a los acuerdos de la OMC. Este aspecto es importante porque permite al Estado como Estado miembro de la OMC poder construir un sistema jurídico más coherente con sus obligaciones internacionales asumidas, sin tener que esperar acudir al Sistema de Solución de Controversias de la OMC (solo para los países miembros de la OMC).

Esta vía jurídica constitucional toma mayor relevancia si recordamos que los particulares frente a una norma del Estado inconsistente con los Acuerdos de la OMC, que les perjudica en términos económicos y comerciales, no cuentan con una vía a nivel internacional para poder cuestionarlas. Esta carencia en el sistema internacional puede ser suplida a nivel interno a través del desarrollo de este proceso constitucional, la Acción Popular.

Nuestra hipótesis se ve reforzada por el Dr. Morón Urbina quien en su reciente tesis sobre la jurisprudencia del Proceso de Acción Popular ha sostenido que “Nuestra Corte Suprema tiene una línea de jurisprudencia en este sentido al considerar como

parámetro de validez de disposiciones reglamentarias a regulaciones internacionales asumidas por el Estado peruano, en varios casos”²⁵⁰.

Sin embargo, por el momento no se han producido muchas sentencias de los jueces peruanos en el ámbito del proceso constitucional de acción popular que haya declarado la nulidad de alguna norma de rango inferior a la ley contrario a los Acuerdos de la OMC. Solo hemos podido recurrir al caso **Colortex vs. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad (INDECOPI)**.

En esa sentencia²⁵¹ se puede observar que el juez evalúa la supuesta infracción del Decreto Supremo 133-91-EF frente al Acuerdo Antidumping que forma parte de los Acuerdos de la OMC, sostenida por el recurrente, lo cual afectaba en cierta medida la importación sobre productos procedentes de China, a través del establecimiento de medidas antidumping. En efecto, el juez analizó los alcances del inciso 3 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping, y sostuvo que las disposiciones contenidas en el Acuerdo Antidumping – como el plazo de vigencia de las medidas antidumping- se aplican solamente a los derechos impuestos en el marco de investigaciones iniciadas con posterioridad a la fecha de ingreso de China a la OMC²⁵².

²⁵⁰ Moron Urbina. Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Perú: Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con Mención en Derecho Constitucional. Escuela de Posgrado PUCP. Marzo 2013. pp. 120-121.

²⁵¹ Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del 27 de noviembre de 2007. Acción Popular, Expediente 1838-2007 LIMA.

²⁵² El juez sostuvo lo siguiente: “(...) el artículo 18, numeral 18.3, del Acuerdo acotado, establece que sus disposiciones serán aplicables a las investigaciones y a los exámenes de medidas existentes iniciados como consecuencia de solicitudes que se hayan presentado en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio para el miembro de que se trate o con posterioridad a esa fecha; por cuya razón las prescripciones normativas de dicho acuerdo no resultaban aplicables respecto de la República Popular China sino hasta el once de diciembre del dos mil uno, fecha en la cual recién dicho país ingresó a la Organización Mundial del Comercio”

En consecuencia, se puede observar que la empresa Colortex invoca los acuerdos de la OMC frente al juez de la Corte Suprema dentro del proceso de Acción Popular con la finalidad de cuestionar la legalidad del Reglamento en cuestión. Así mismo, se observa cómo el juez evalúa la legalidad de la norma en función a este acuerdo.

A modo de conclusión, es necesario agregar que ésta vía jurídica existente en el sistema jurídico peruano es muy importante para lograr que exista una coherencia entre el Derecho Nacional y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado al convertir Estado miembro de la OMC. El alcance de la resolución sobre este cuestionamiento a través del presente proceso constitucional tiene la ventaja de ser general, implicando a toda la colectividad, y al mismo tiempo, este proceso constitucional permite a los particulares acceder al contenido de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC, enfrentando la falta de acceso directo al Sistema de Solución de Controversias de la OMC.

3.3.2 La posibilidad invocar los acuerdos de la OMC en el Proceso Contencioso Administrativo a través de los Tribunales Ordinarios

El Proceso Contencioso Administrativo representa un de las vías idóneas para llevar a cabo la hipótesis presentada en este trabajo de investigación. En efecto, los particulares pueden hacer uso de esta vía jurídica para cuestionar la legalidad y solicitar la invalidez de las medidas de la Administración Pública contrarias a los Acuerdos de la OMC toda vez que esta vía permite invocar el contenido de estos acuerdos. Al mismo tiempo permite al juez controlar la legalidad de estas medidas incompatibles tomando como base jurídica a estos acuerdos.

Es necesario presentar brevemente algunos alcances jurídicos necesarios sobre el proceso contencioso administrativo antes de presentar las diversas sentencias que demuestran las afirmaciones anteriores (3.3.2.1). Estas sentencias de los Tribunales de Justicia en el sistema jurídico peruano dentro del marco de Proceso contencioso Administrativo pueden ser divididas en, sentencias que rechazan una aplicación inmediata de los Acuerdos de la OMC (3.3.2.2) y en sentencias que se basan en los Acuerdos de la OMC para cuestionar la legalidad de los Actos de la Administración Pública (3.3.2.3). En estos últimos se debe prestar mayor atención.

3.3.2.1 Breve introducción sobre el Proceso Contencioso Administrativo en el sistema jurídico peruano

El proceso contencioso administrativo se encuentra fundamente en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú de 1993²⁵³ y en la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. Este tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al Derecho Administrativo y a la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Las actuaciones de la Administración Pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales y procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Antes de evaluar las sentencias pertinentes, es necesario considerar que son

²⁵³ Artículo 148° de la Constitución Política del Perú: Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas: los actos administrativos, cualquier otra declaración administrativa y otras presentes en el artículo 4° de la Ley N° 27584.

3.3.2.2 Sentencias que rechazan la aplicabilidad inmediata de los Acuerdos de la OMC dentro del Proceso Contencioso Administrativo

A través del Proceso Contencioso Administrativo el Juez peruano ha emitidos diversas sentencias que condicionan los efectos jurídicos de los Acuerdos de la OMC a pesar de que, conforme al artículo 55° de la Constitución Política peruana, estos son aplicables inmediatamente dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Lo anterior impide el desarrollo de nuestra hipótesis, dejando nulas posibilidades a los particulares de sostenerse en el contenido de los Acuerdos de la OMC al pedir la nulidad o ineficacia de una medida de la Administración Pública. Esta forma de percibir a los acuerdos por parte del juez puede encontrar explicación a partir de la confusión entre la aplicabilidad inmediata y el desarrollo normativo que pueda tener los Acuerdos de la OMC a través de otro instrumento jurídico.

Es decir, el juez condiciona la aplicabilidad inmediata y la suspenden mientras que no exista la legislación que adecue el ordenamiento jurídico a los acuerdos de la OMC. Esto sería coherente en un ordenamiento jurídico que percibe a los Tratados bajo las premisas de la Teoría dualista, similares al sistema jurídico de los Estados Unidos²⁵⁴, sin embargo, en el Perú los Tratados no necesitan de la emisión de un acto normativo adicional para poder ser incorporados al ordenamiento jurídico.

²⁵⁴ Ver punto 2.1 del capítulo II sobre el caso de los Estados Unidos y ver punto 1.4.1.2 del Capítulo I sobre la teoría dualista.

Condicionar el despliegue de los efectos jurídicos de los Acuerdos de la OMC a la posterior adecuación de una determinada legislación es una forma de interpretar el alcance jurídico de estos acuerdos que en el futuro podría comprometer la Responsabilidad Internacional del Estado²⁵⁵ de acuerdo a lo establecido por el artículo 27° de la Convención de Viena que establece que una Parte no puede invocar las disposiciones internas como justificación sobre el incumplimiento un Tratado.

A modo ilustrativo se pueden observar ocho (08) sentencias de diversos Procesos Contenciosos Administrativos que han sido emitidas condicionando la aplicabilidad inmediata de los Acuerdos de la OMC.

Cuadro N° 4: Criterio del Juez

Casación N° 264-2004:

“En el presente caso la controversia consiste en **determinar si la valoración de la mercancía en cuestión efectuada por la administración aduanera se realizó conforme a lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 243-92-EF (...)**. El artículo 1° de la precitada norma establece al respecto que para la determinación del valor de las mercancías sujetas al régimen de supervisión de importaciones a que se refiere el Decreto Legislativo N° 659 y **en tanto se adecue la legislación nacional al Código de Valoración del Acuerdo de Aranceles Aduaneros y Comercio GATT, se considerará el método del Precio Usual de Competencia**”.

Casación N° 2627-2009:

“Según lo dispuesto en el artículo 1° de la Resolución Ministerial, para la determinación del valor de las mercancías sujetas al régimen de supervisión de importaciones a que se refiere el Decreto Legislativo N° 659, y en tanto se adecue la legislación nacional al Código de Valoración del Acuerdo de Aranceles Aduaneros y Comercio GATT, se considerará el método del Precio Usual de Competencia.”

²⁵⁵ Ver Convención de Viena disponible en: <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/vclt/vclt.html>. Visto el 10 de octubre de 2013.

Casación N° 2347-2008:

“D).- Que, con fecha veinte de junio de mil novecientos noventidós se publicó la Resolución Ministerial número 243-92-EF/66 que estableció las normas de valoración que deben aplicarse para determinar el valor en aduanas de las mercancías sujetas al régimen de supervisión, disponiendo en sus artículos 1° y 2° que en tanto se adecue la legislación nacional al Código de Valoración del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT, se consideraría el Precio Usual de Competencia.”

C. A. N° 1171-2008:

“d.- Que con fecha veinte de junio de mil novecientos noventidós se publicó la Resolución Ministerial número 243-92-EF/66, que estableció las normas de valoración que deben aplicarse para determinar el valor en aduanas de las mercancías sujetas al régimen de supervisión, disponiendo en sus artículos 1 y 2 que en tanto se adecue la legislación nacional al Código de Valoración del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT, se consideraría el Precio Usual de Competencia.”

A.C.A. N° 264-2004:

“Sexto.- Que, de otro lado, en cuanto a la determinación del Valor FOB de las mercancías, la Resolución Ministerial número 243-92-EF/66 estableció normas de valoración que deben aplicarse para determinar el valor en aduanas de las mercancías sujetas al régimen de supervisión, disponiendo en su artículo 1° que en tanto se adecue la legislación nacional al Código de Valoración del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT, se consideraría el Precio Usual de Competencia.”

A.C.A. N° 176-2004:

“CUARTO: Que conforme a lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Resolución Ministerial número doscientos cuarentitres- noventidos EF/sesentiseis, para la determinación del valor de las mercancías sujetas al régimen de supervisión de importaciones de que se refiere el Decreto legislativo 659, y en tanto se adecue la legislación nacional al Código de Valoración del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio GATT, se considerará el método del Precio Usual de Competencia.”

A.C.A. 2138 – 2004:

"Para la determinación del valor de las mercancías sujetas al régimen de supervisión de importaciones a que se refiere el Decreto Legislativo N° 659, y en tanto se adecue la legislación nacional al Código de Valoración del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT, se considerará el método del precio usual de competencia" Asimismo, el artículo 2 de la citada Resolución Ministerial establece que "Se entenderá por precio usual de competencia”.

EXPEDIENTE N° 3670-02:

“Sexto.- que, el artículo 1 de la Resolución Ministerial N° 243-92-EF publicada el 20 de junio de 1992 señala que para la determinación del valor de las mercancías sujetas al régimen de previsión de importaciones a que se refiere el Decreto Legislativo N° 659 en tanto se adecue la legislación nacional al Código de Valoración del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio GATT, se considerará al método del precio usual de competencia.”

3.3.2.3 **Sentencias del Juez que aplican inmediatamente los Acuerdos de la OMC**

Existe otro tipo de sentencias en las cuales se observa que el Juez aplica inmediatamente los Acuerdos de la OMC para evaluar las medidas de la Administración Pública y decidir su inaplicación en el caso concreto. Asimismo, es importante resaltar que en estas sentencias los particulares presentan argumentos invocando a los Acuerdos de la OMC. Sin embargo, el resultado en la mayoría de los casos no es favorable a los particulares. Algunos de estos casos son los siguientes.

a) **Caso Zafaquett SA contra el INDECOPI**

En el expediente N° 1132-2002 de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, la empresa **Zafaquett SA** interpuso un recurso impugnatorio para declarar la invalidez de la Resolución N° 0025-1998-TDC – INDECOPI de fecha 06 de abril de 1998 emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI porque, entre otras cosas, ésta no habría tomado en cuenta las normas que garantizan el derecho a un debido proceso que sanciona el inciso 9 del artículo 6 del GATT 1994 respecto de la revelación de hechos esenciales a todas las partes interesadas en un proceso de determinación de la existencia de dumping. Asimismo sostenía que ha existido errónea determinación de márgenes de dumping y equivocada incrementación de supuestos daños provocados por Zafaquett SA al mercado nacional.

Frente a esto, el juez sostuvo, **entre varios argumentos**, que se *había verificado la finalidad de lo previsto en el artículo seis punto nueve del Acuerdo del GATT de 1994*, siendo que las partes han ejercido su derecho a formular sus alegatos

correspondientes al ponerse a su disposición el expediente administrativo mediante proveído de fecha 04 de abril de 1997, **por consiguiente**, no se podía alegar la afectación del derecho de defensa. Asimismo, sostuvo que se debía tener en cuenta que el margen de dumping ha sido obtenido en base a lo dispuesto en el artículo 2.2 del Acuerdo del GATT de 1994 y el artículo 6° del Decreto Supremo número 133-91 – EF.

En el ejemplo precedente, el juez resalta los argumentos de la parte demandante respecto del Acuerdo del GATT y en base a ellos determina si el acto administrativo emitido por un ente de la Administración Pública es de conformidad con este Acuerdo o no. En esas líneas se encuentra recogida nuestra hipótesis relativa a la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC frente a los tribunales de justicia para cuestionar las medidas de la Administración Pública.

b) Caso Carbotérmica SA contra el INDECOPI

En la sentencia N° 551-2003 de la Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social, se observa que la empresa Carbotérmica presentó un recurso de apelación contra una sentencia que declaró infundada la demanda contenciosa administrativa que tenía por objeto cuestionar una Resolución del INDECOPI. Esta resolución declaraba infundada la solicitud para la aplicación de derechos antidumping a determinadas importaciones de carburo de calcio.

El juez, sin que las partes invoquen el contenido de los Acuerdos de la OMC, basó su sentencia tomando como parámetro de análisis a estos acuerdos y reafirmó que éstos forman parte del Derecho Nacional. Por ejemplo, el juez sostuvo lo siguiente:

« (...) en tal sentido debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos dos . dos y dos . tres del Acuerdo Anti Dumping, en los que se dispone que el valor normal debe calcularse sobre la base de ventas y no sobre la base de ofertas de venta (...) »

« (...) parte de los citados acuerdos comerciales Multilaterales se encuentra el Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo sexto del Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y de comercio de mil novecientos noventa y cuatro, por lo que las normas contenidas en tal acuerdo constituyen parte del derecho nacional (...)».

c) Accesorios de Confecciones SA. contra el INDECOPI

Mediante Sentencia N° 680-2008-LIMA de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se desprende lo siguiente. Primero, la empresa Accesorios de Confecciones SA interpuso un recurso de Casación con una sentencia que revocaba una sentencia apelada. Esta última declaraba fundada la demanda contencioso administrativa contra el INDECOPI. Segundo, el juez de la Corte Suprema basó su sentencia aplicando directamente el artículo XXVI del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio al sostener lo siguiente:

« La norma contemplada en la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo número 043-97-EF así como el artículo 18.3 del Acuerdo Relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de mil novecientos noventa y cuatro, son normas pertinentes y plenamente aplicables al caso que nos ocupa; sin que se haya incurrido en inaplicación del artículo 21 del Decreto Supremo número 133-91-EF ni de la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo número 043-97-EF. »

d) Telefónica Sistemas SA y Asociación Bureau Veritas SA contra el Tribunal Fiscal

Esta sentencia N° 108-2009 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia demuestra claramente nuestra

hipótesis. Ella se observa a dos empresas cuestionando una Resolución del Tribunal Fiscal, entre otros argumentos, por ser contraria al contenido de los Acuerdos de la OMC. En detalle, las dos empresas, explícitamente sostiene que la Resolución del Tribunal Fiscal vulnera el principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 51° de la Constitución Peruana al aplicar indebidamente el literal b) del artículo 6° del Decreto Supremo N° 186-99-EF, toda vez que esta última exige requisitos no previstos en el artículo 1° del Acuerdo de Valoración en Aduana de la OMC. Por consiguiente, el Tribunal Fiscal debió preferir la aplicación de Acuerdo antes que del Decreto Supremo.

Frente a este argumento, el Juez de la Corte Suprema no se pronunció directamente sobre posible contravención del artículo 6° del mencionado Decreto Supremo, pero si resaltó que en la revisión de la sentencia, el juez precedente no había resuelto este punto controversial determinante para poder definir si es que el artículo 6° del Decreto Supremo requería un requisito adicional no previsto en el Acuerdo de la OMC. En detalle, el juez de la Corte Suprema sostuvo que es necesario determinar cómo se viene aplicando el artículo 6° del Decreto Supremo N° 186-99-EF y si éste transgrede los alcances de lo dispuesto en el artículo 1° del Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC, lo anterior era necesario para determinar si realmente había una vulneración del artículo 51° de la Constitución.

De este análisis se rescata la posición del Juez de la Corte Suprema sobre los Acuerdos de la OMC. Lo que en otras palabras está sosteniendo el juez es que los Acuerdos de la OMC gozan de una jerarquía superior al de los Decretos Supremos y que éstos pueden ser aplicados inmediatamente por otros jueces en el caso concreto para preferirlos en lugar de una norma de menor rango jurídico.

3.3.2.4 Otro tipo de sentencias en el Proceso Contencioso Administrativo

Existe otro tipo de sentencias en donde el particular invoca los Acuerdos de la OMC sin lograr que el juez se pronuncie sobre el mismo. Este tipo de sentencias ilustra la discreción del juez al decidir si aplica o no inmediatamente los Acuerdos de la OMC. Por ejemplo, en el caso *Palmeira Mercantil SA contra INDECOPI* se puede apreciar el escenario previamente descrito. En detalle, el 7 de abril de 2008 la Corte Suprema de Justicia resolvió un recurso de apelación presentado por *Palmeira Mercantil S.A* en adelante “*Palmeira*” sobre la sentencia de la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró infundada su demanda.

Palmeira sostenía en su recurso que la Resolución Administrativa N° 001–2000/CDS-INDECOPI había sido emitida en contravención del Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (Artículo VI del GATT) y el Código internacional o Acuerdo Antidumping, porque en estos Tratados no existen normas que prohíban las reexportaciones y sancionen este acto comercial con la figura del dumping. Asimismo, sostenía que debería preferirse la aplicación de los Tratados Internacionales en aplicación del artículo 138° de la Constitución, razón para inaplicar la citada resolución.

Asimismo, sostuvo que la resolución impugnada, materia de demanda contencioso administrativa, no tuvo en cuenta la adhesión de la República Popular China como Estado miembro de la Organización Mundial del Comercio y, consecuentemente, tampoco tuvo en cuenta el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (Artículo VI del GATT de mil novecientos noventa y cuatro) y el Código Internacional

o Acuerdo Antidumping, que surtieron eficacia a partir de la citada adhesión.

También sostuvo que el INDECOPI se había limitado a considerar que existió dumping de China hacia Perú ignorando los antecedentes de esta particular operación que incluye a Chile como una operación comercial de importación definitiva. En la búsqueda de la verdad debió haber hecho una investigación efectuando una reconstrucción de precios que permita determinar si ha existido o no dumping, lo que no ha sucedido sino que automáticamente consideró que existió una operación desde la China.

Frente a estos argumentos, la Corte Suprema señaló que mediante la Resolución N°001– 2000/CDS-INDECOPI publicada el 30 de enero del 2000, la Comisión de Dumping y Subsidios del INDECOPI dispuso la aplicación de derechos antidumping definitivos sobre las importaciones de calzado originarias y o procedentes de la República Popular China y Taiwán. Por consiguiente, el pago de los derechos antidumping requeridos a la impugnante se ha hecho en cuanto ha importado mercadería originaria de China, por lo que resulta impertinente la alegación de que tanto la Resolución Administrativa Número 001 – 2000 CDS - INDECOPI y Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (Art. VI del GATT de 1994) se contraigan a regular la prohibición o no de las reexportaciones, por cuanto este tema no es punto del debate en la presente controversia.

En consecuencia, el juez declaró infundada la demanda contencioso administrativa en los seguidos por Palmeira Mercantil Sociedad Anónima contra INDECOPI y otro, sobre Impugnación de Resolución Administrativa. La Corte Suprema tuvo el escenario jurídico para poder pronunciarse sobre la aplicación directa de los

Acuerdos de la OMC pero prefirió argumentar que ese tema no era un punto controvertido, a pesar de que Palmeira Mercantil SA invocaba ante el juez el contenido de los Acuerdos de la OMC para cuestionar un acto administrativo del INDECOPI por ser supuestamente inconsistente con estos acuerdos.

3.3.3 La aplicación inmediata de los Acuerdos de la OMC a través de los Tribunales Administrativos: Tribunal Fiscal y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

El Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas junto con el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual son dos Tribunales Administrativos que ofrecen las vías jurídicas más idóneas para cuestionar las medidas de la Administración Pública contrarias a los Acuerdos de la OMC. Esto es posible debido a la naturaleza jurídica de estos tribunales administrativos y a su cercanía con el desarrollo del contenido de determinados Acuerdos de la OMC.

Antes de analizar en detalle la afirmación anterior, es necesario presentar brevemente lo que se entiende por Procedimiento Administrativo y Tribunales Administrativos, con la finalidad de diferenciarlo de las vías jurídicas previamente presentadas.

3.3.3.1 Breve introducción sobre el Procedimiento Administrativo en el sistema jurídico peruano

Conforme a lo establecido por el Profesor Marcial Rubio²⁵⁶ el origen del

²⁵⁶ Marcial Rubio. El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho. Décima edición, aumentada. Fondo Editorial de la PUCP, 2009. p. 170

Procedimiento Administrativo se explicaría a través de la capacidad Resolutiva de la Administración Pública sobre asuntos complejos para el poder Judicial que ha ido aumentando a través del tiempo.

En esa misma línea, Morón Urbina²⁵⁷ sostiene que el Procedimiento Administrativo es la forma a través de la cual las entidades de la Administración Pública, dentro del ejercicio de su Función Administrativa, deciden situaciones siguiendo una secuencia de actos de trámite, con la finalidad de llegar a emitir un Acto Administrativo, que por lo general, se denomina Resolución Administrativa.

En ese contexto, se puede agregar que el Procedimiento Administrativo se realiza en el ámbito de la función administrativa de la Administración Pública, por consiguiente no resulta apropiado referirnos a los jueces en este punto de la investigación. En general, este Procedimiento Administrativo se encuentra regulado en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Otro aspecto del Procedimiento Administrativo es el principio de legalidad²⁵⁸. Este principio es importante porque condiciona cualquier actuación de la Administración Pública al respecto de la Constitución, la Ley y el Derecho. En ese sentido, cualquier acto administrativo que no respete este principio puede ser objeto de cuestionamiento por parte de cualquier sujeto, pudiendo pedir su nulidad o ineficacia.

²⁵⁷ Apuntes académicos del Curso Derecho Administrativo, PUCP.

²⁵⁸ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

3.3.3.2 *Los Tribunales Administrativos en el Sistema Jurídico Peruano*

No existe una definición constitucional sobre los Tribunales Administrativos, sin embargo, en términos expuestos por el Profesor Jorge Danós podemos definirlos como entes que forman parte de la Administración Pública que han sido creados a través de una Ley y que gozan de la competencia de resolver asuntos o controversias que involucran a los Administrados y/o a la Administración Pública²⁵⁹.

La peculiar característica que nos interesa sobre los Tribunales Administrativos es que las Resoluciones que se emitan por éstas pueden ser impugnadas ante el Poder Judicial a través del Proceso Contencioso Administrativo. En ese contexto, se afirma que el Procedimiento Administrativo que se desenvuelve ante los Tribunales Administrativos pueden ser vistos como la etapa administrativa previa que debe ser agotada para que los particulares puedan acceder al Proceso Contencioso Administrativo²⁶⁰.

A través de los Tribunales Administrativos y en sí, siguiendo el correspondiente Procedimiento Administrativo, los particulares pueden cuestionar Actos Administrativos del ente de la Administración Pública que les afectan, solicitando su nulidad o su ineficacia²⁶¹.

²⁵⁹ Jorge Danós. El Proceso Contencioso Administrativo en el Perú. Artículo electrónico disponible en: <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/contencioso%20administrativo.htm>. Visto el 10 de octubre de 2013.

²⁶⁰ Ver artículo 218.1 de la Ley N° 27444.

²⁶¹ Ver Capítulo II y III de la Ley N° 27444.

Otro aspecto que es necesario señalar es que el Procedimiento Administrativo tiene como fuente de Derecho a los Tratados incorporados al ordenamiento jurídico peruano, ubicado en el segundo orden, después de las disposiciones constitucionales y antes que las leyes²⁶². Eso brinda algunas señales sobre la posición que ostentan los Tratados dentro de esta rama del Derecho autónoma²⁶³. Eso podría explicar por qué algunos tribunales administrativos consideran a los Acuerdos de la OMC como fuente de Derecho para resolver situaciones y emitir actos administrativos.

3.3.3.3 El Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas

La jurisprudencia del Tribunal Fiscal evidencia concretamente que este tribunal administrativo, como máxima instancia administrativa en materia tributaria aplica directamente el contenido de los Acuerdos de la OMC en el caso concreto para observar actos administrativos.

Para el Tribunal Fiscal es claro que los Tratados no pueden ser transgredidos a través de un Decreto Supremo o a través de un acto administrativo que se basa en un Decreto Supremo que traspasa los alcances de un Tratado. En específico, en los casos donde un acto administrativo se base en una disposición contenida en un Reglamento que es contrario a uno de los Acuerdos de la OMC, el Tribunal va a preferir la aplicación de este acuerdo en lugar de la disposición reglamentaria y en ese sentido, eventualmente podría declarar la nulidad o ineficacia del acto

²⁶² Ver Artículo V de la Ley N° 27444.

²⁶³ Ver artículo V.1 de la Ley N° 27444.

administrativo.

a) Breve Introducción sobre la naturaleza jurídica del Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas

El Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas fue creado en 1964 a través de la Ley N° 14920 que en su artículo 15° ordena que éste reemplace al Consejo Superior de Contribuciones y del Cuerpo Consultivo de Aranceles de Aduana²⁶⁴. Posteriormente, a través del artículo 38° del Decreto Legislativo N° 183, Ley Orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas, se ordena que este Tribunal resuelva en última instancia administrativas las reclamaciones sobre acotación o cobro de tributos, con excepción de los derechos aduaneros.

En esa línea, se afirma que el Tribunal Fiscal es un órgano resolutorio del Ministerio de Economía y Finanzas que depende administrativamente de ese Ministerio, con autonomía en el ejercicio de sus funciones específicas. Este Tribunal tiene como mandato resolver las controversias tributarias que surjan entre la administración y los contribuyentes, interpretando y aplicando la ley, fijando criterios jurisprudenciales uniformes, entre otros.

Dentro de sus funciones podemos destacar la de conocer en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones que expida la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), sobre los derechos aduaneros, clasificaciones arancelarias y sanciones previstas en la Ley General de Aduanas, su reglamento y normas conexas y los pertinentes al Código Tributario.

²⁶⁴ Ley N° 14920 disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Leyes/.../14920>

b) Jurisprudencia del Tribunal Fiscal: la aplicación inmediata de los Acuerdos de la OMC en casos concretos para revisar actos administrativos

Entre las Resoluciones del Tribunal Fiscal que han sido emitidas entre el año 2002 - 2013 se han identificado cinco (05) resoluciones en donde se aplican inmediatamente los Acuerdos de la OMC. En detalle, se pueden identificar tres partes en cada resolución.

La primera parte está relacionada a los argumentos que el administrado presenta al Tribunal Fiscal en cada caso concreto, mediante el cual se invocan el contenido de un Acuerdo de la OMC denominado, Acuerdo de Valoración Aduanera. Por lo general, este argumento señala la transgresión del Acto Administrativo cuestionado por ser incompatible con el Acuerdo de Valoración Aduanera y por preferir la aplicación de una medida de inferior rango jurídico contraria al Acuerdo.

La segunda parte evidencia la forma en la cual el Tribunal analiza estos argumentos tratando de identificar si es que el Acto Administrativo se encuentra basado en una norma de inferior rango jurídico.

La tercera parte identificada en cada resolución se encuentra conformada por la decisión del Tribunal Fiscal de declarar inaplicable la norma de rango jurídico inferior al Acuerdo de Valoración Aduanera, la decisión de establecer un precedente de observancia obligatoria o la decisión de confirmar el acto administrativo cuestionado.

Estas seis (06) resoluciones del Tribunal Fiscal son las siguientes:

- Resolución del Tribunal Fiscal N° 03893-A-2013 de fecha 06 de marzo de 2013.
- Resolución del Tribunal Fiscal N° 08430-A-2009²⁶⁵.
- Resolución del Tribunal Fiscal N° 01043-A-2008 de fecha 25 de enero de 2008.
- Resolución del Tribunal Fiscal N° 12385-A-2007 de fecha 10 de enero de 2008.
- Resolución del Tribunal Fiscal N° 04279-A-2002 de fecha 26 de julio de 2002.

La aplicación inmediata de los Acuerdos de la OMC por parte del Tribunal Fiscal se puede observar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 5: Resoluciones del Tribunal Fiscal

<p>RTF N° 03893-A-2013: “(...)Los requisitos establecidos por los incisos c) y d), la segunda parte del inciso h) y la primera parte del inciso i) del artículo 5° del Reglamento para la Valoración de Mercancías según el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC (...) <i>no se adecuan a lo establecido por el Acuerdo sobre Valoración de la OMC, (...).</i>” (El énfasis es nuestro)</p>
<p>RTF N° 08430-A-2009: “(...) mientras que la mercancía ajustada fue adquirida en Taiwán y procede de China, la que se tomó como referencia fue adquirida y procede de Panamá (...), inobservando por tanto lo previsto en el numeral 2 del artículo 3° del Acuerdo del Valor de la OMC, norma que se refiere a la aplicación del Tercer Método de Valoración del Acuerdo del Valor de la OMC (...).”</p>
<p>RTF N° 01043-A-2008: “(...) Se señala que las regalías pagadas por la recurrente se encuentran relacionadas con las importaciones en controversia, corren a cargo del comprador (importador) de la mercancía, pueden ser determinadas mediante datos objetivos y cuantificables, se encuentran previstas en el párrafo 1c) del Artículo 8° del Acuerdo del Valor de la OMC (...).”</p>
<p>RTF N° 12385-A-2007: “(...) El inciso b) del artículo 6° del Reglamento para la Valoración de Mercancías según el Acuerdo sobre Valoración de la OMC, (...) excede los alcances del artículo 1° del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (...).”</p>
<p>RTF N° 04279-A-2002: “(...) se ha podido verificar de los actuados que la Aduana no ha tomado en consideración las normas del referido Acuerdo de Valoración, las mismas que exigen la aplicación del Primer Método: Valor de Transacción, antes de proceder a la aplicación de los métodos sucesivos (...).”</p>

Del conjunto de estas cinco sentencias, dos llaman nuestra atención al ser criterios establecidos por el Tribunal Fiscal de observancia obligatoria: La RTF N° 12385-A-

²⁶⁵ Ver: http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/jurisprude/boletines/compedio/2009/Compendio2009-2.pdf

2007 y la RTF N° 3893-A-2013.

b.1) Resolución del Tribunal Fiscal N° 12385-A-2007

Como puede observarse a partir del cuadro precedente, a través de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 12385-A-2007 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 10 de enero de 2008, el Tribunal Fiscal resolvió el caso COTECNA INSPECTION S.A contra la Intendencia de Fiscalización y Gestión de Recaudación Aduanera.

La discusión central se enfocaba en determinar si el inciso b) del artículo 6° del Reglamento para la valoración de mercancías según el Acuerdo sobre Valoración de la OMC aprobado por Decreto Supremo N° 186-99-EF, antes de la modificación dispuesta por el Decreto Supremo N° 098-2002-EF²⁶⁶ excedía lo establecido por el artículo 1° del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, toda vez que imponía requisitos adicionales al acuerdo.

Cuadro N° 6: Diferencia entre el Reglamento y el Acuerdo

Reglamento para la valoración de mercancías según el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC (antes de la modificación dispuesta por el Decreto Supremo N° 098-2002-EF)	Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
Inciso b) del Artículo 6°	Artículo 1°
Si el precio realmente pagado o por pagar considera DESCUENTO O REBAJA DEL PRECIO otorgado por el vendedor, éste será aceptable cuando:	El valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de

²⁶⁶ El inciso j) del artículos 5° e inciso b) del artículo 6° del citado reglamento establecen que el precio expresado en la factura comercial debe contener la forma y condiciones de pago y cualquier otra circunstancia que incida en el precio pagado o por pagar, y que si se considera un descuento o rebaja del precio otorgado por el vendedor, será aceptable cuando sea distinguible en la factura.

(...)	conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, siempre que concurren las siguientes circunstancias: (...)
b) Sean distinguibles en la factura, del precio de la mercancía.	

Frente a esto, el Tribunal Fiscal determinó que el inciso b) del artículo 6° del Reglamento para la Valoración de Mercancías según el Acuerdo sobre Valoración de la OMC excedía los alcances del artículo 1° del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Luego, el Tribunal fiscal estableció que el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, no tiene disposiciones respecto a los descuentos de precios que se puedan conceder al vendedor de las mercancías importadas.

En ese sentido el tribunal afirmó que “las disposiciones del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, que expresan la voluntad de las partes, tienen como objetivo o fin que la valoración aduanera se efectúe ponderando la determinación del valor de transacción o precio que real y efectivamente se paga por los bienes importados”.

Esta es la parte más relevante de la sentencias para efectos de demostrar la aplicación directa de los acuerdos de la OMC. El Tribunal Fiscal señala que al afectar los descuentos al valor de transacción de las mercancías importadas, resulta coherente que se acrediten de acuerdo con el método establecido por el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles

Aduaneros y Comercio de 1994, es decir, mediante los documentos que los formulen fehacientemente y que serán presentados ante la Autoridad Aduanera.

Aún más importante es que Tribunal Fiscal establece cual es la posición jerárquica de estos acuerdos. Señala que existe una antinomia entre la norma interna respecto de las normas contempladas en los tratados internacionales. Luego, precisa que conforme al artículo 55° de la Constitución Política vigente, los acuerdos o tratados internacionales celebrados por el Estado forman parte del Derecho nacional, correspondiéndoles jerarquía legal en la medida que nuestra Carta Magna, mediante el numeral 4 del artículo 200°; contempla la Acción de Inconstitucionalidad para garantizarla. Así, es importante resaltar que el Tribunal reafirma que los Acuerdos de la OMC forman parte del Derecho interno al incorporarse mediante la Resolución Legislativa N. 26407.

Finalmente, el Tribunal Fiscal resolvió que el inciso b) del artículo 6° del Reglamento de Valoración de Mercancías aprobado por Decreto Supremo N° 186-99-EF, vigente antes de su modificación dispuesta por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 098-2002-EF, vulneraba el artículo 1° del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, dado que limita la acreditación de los descuentos de precio otorgados por el vendedor a los valores consignados en la factura comercial, por lo que **debe inaplicarse** en virtud del artículo 102¹⁹ del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF.

En conclusión, se observa que el Tribunal Fiscal aplicó las disposiciones del Acuerdo señalado al caso concreto e inaplicó la disposición interna contenida en el Decreto

Supremo ya mencionado y, sobretodo, establece el criterio señalado **como precedente de observancia obligatoria**.

b.2) Resolución del Tribunal Fiscal N° 03893-A-2013

Esta Resolución del Tribunal Fiscal N° 03893-A-2013 contiene un criterio de observancia obligatoria que resulta importante para analizar cómo el Tribunal Fiscal nuevamente aplica directamente los Acuerdos de la OCM.

La controversia que motivo la citada resolución se generó cuando la Intendencia de Aduana Marítima del Callao declaró infundada la reclamación interpuesta contra la liquidación de Cobranza N° 298868-10 de 17 de Diciembre de 2010 por tributos aduaneros generados como consecuencia del ajuste al valor en aduanas consignado en la Declaración Única de Aduanas N° 118-2007-10-180406 numerada el 15 de agosto de 2007.

El análisis del Tribunal se centró en determinar si los requisitos que debía cumplir la factura comercial que sustenta el despacho aduanero de la mercancía importada, previstos por el artículo 5° del Reglamento para la Valoración de Mercancías según el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC, aprobado por el Decreto Supremo N° 186-99-EF, modificado por Decreto Supremo N° 009-2004-EF, se adecuan a lo establecido por el referido Acuerdo de la OMC.

El Tribunal Fiscal confirmó la Resolución Directoral apelada por la empresa. Sin embargo, estableció que los requisitos establecidos por los incisos c) y d), la

segunda parte del inciso h) y la primera parte del inciso i) del artículo 5° del Reglamento para la Valoración de Mercancías según el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC, no se adecuan a lo establecido por el Acuerdo sobre Valoración de la OMC. Asimismo sostuvo que lo dispuesto en la última parte del inciso b) del artículo 13° del Reglamento para la Valoración de Mercancías según el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC contraviene lo establecido en el tercer párrafo de los artículos 2° y 3° del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, razón por la cual resulta *inaplicable*.

3.3.3.4 El Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

El Tribunal del INDECOPI también es otro ente de la Administración Pública importante que ofrece una vía jurídica idónea para desarrollar la aplicación inmediata de los Acuerdos de la OMC. La cercanía de las resoluciones de este tribunal administrativo a los Acuerdos de la OMC se explica a través de la naturaleza jurídica del INDECOPI. A fin de poder presentar mayores detalles sobre este escenario es necesario presentar algunas luces a cerca del INDECOPI y este Tribunal.

a) Breve introducción sobre el INDECOPI

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1033 publicado el 25 de junio de 2008 en el Diario Oficial “El Peruano”, es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa.

El desarrollo de las funciones de esta entidad guarda una estrecha relación con el

sistema establecido por la Organización Mundial del Comercio a través de sus Acuerdos Multilaterales. Para poder comprender mejor esta relación, dos son las comisiones de esta entidad que se debe mencionar. Primero, la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios y la Comisión de Normalización y Fiscalización de Barreras Comerciales no Arancelarias.

a.1) La Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios

La Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios, conforme a lo establecido en el artículo 26° del Decreto Legislativo N° 1033, vela por el cumplimiento de las normas que persiguen evitar y corregir el daño en el mercado provocado por prácticas de dumping o subsidios, a través de la imposición de derechos antidumping o compensatorios, y actúa como autoridad investigadora de medidas de salvaguardia. El desarrollo de estas funciones debe darse en conformidad a lo dispuesto, *inter alia*, en los Acuerdos de la OMC.

El Decreto Supremo N° 006-2003-PCM que reglamenta las normas previstas en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y en el Acuerdo sobre Agricultura (modificado por el Decreto Supremo N° 004-2009-PCM), explica aún más la estrecha relación de esta entidad y de la comisión en mención con los Acuerdos de la OMC. Por ejemplo, el objeto de este decreto es reglamentar las normas previstas en los Acuerdos de la OMC ya citados con el fin de prevenir y corregir las distorsiones de la competencia en el mercado generado por el dumping y las subvenciones. En esa línea, el reglamento en cuestión encarga funciones específicas a la Comisión, las cuales están basadas en las normas contenidas en estos acuerdos de la OMC.

Otra característica de este reglamento, el cual consideramos de suma importancia, es el establecimiento de una regla que denota un consenso respecto al rango normativo de los Acuerdos de la OMC, al menos al interior del Poder Ejecutivo. El segundo párrafo del artículo 1° del reglamento establece directamente que éste será de aplicación en concordancia con lo dispuesto en los mencionados Acuerdos de la OMC, y que en caso de duda entre el reglamento y los acuerdos, prevalecerán los Acuerdos.

Por otro lado, otro elemento que denota la citada relación entre el funcionamiento de la Comisión y los Acuerdos de la OMC se puede percibir en diversas partes del contenido del reglamento donde al momento de establecer una regla se refiere directamente al contenido de los Acuerdos de la OMC, recordando a la aplicación directa de estos acuerdos. Por ejemplo:

- Último párrafo del artículo 12°: “Las acciones y medidas compensatorias contra las subvenciones recurribles se regirán conforme a lo establecido en el artículo 7 o la Parte V del Acuerdo sobre Subvenciones, según corresponda.”
- Segundo párrafo del artículo 13°: “El Acuerdo sobre Subvenciones establece el procedimiento por el cual se determina si los sistemas de reducción de impuestos indirectos y los sistemas de devolución de las cargas a la importación constituyen subvenciones.”
- Penúltimo párrafo del artículo 16°: “En el caso específico de las subvenciones a la agricultura deberá evaluarse, si ha existido un aumento del costo de los programas gubernamentales de apoyo, de conformidad con los criterios

expuestos en el Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC.”

- Último párrafo del artículo 17°: “(...) Para determinar la existencia de una amenaza de daño se evaluarán, entre otros, los factores indicados en los Artículos 3.7 y 15.7 del Acuerdo sobre Dumping y del Acuerdo sobre Subvenciones, respectivamente.”

a.2) La Comisión de Normalización y Fiscalización de Barreras No Arancelarias

Conforme al artículo 28° del Decreto Legislativo N° 1033, la Comisión de Normalización y de Fiscalización de Barreras Comerciales No Arancelarias tiene como función desarrollar actividades de normalización nacional en todos los sectores, en su calidad de Organismo Nacional de Normalización, así como el control posterior y eliminación de barreras comerciales no arancelarias, conforme a los compromisos contraídos en el marco de la Organización Mundial del Comercio, *inter alia*.

a.3) Otros elementos de análisis

Otro elemento a considerar para evidenciar el tipo de tratamiento que recibe los Acuerdos de la OMC por parte del INDECOPI es la Resolución de Presidencia del Directorio de INDECOPI N° 024-2000-INDECOPI-DIR de fecha 05 de Mayo de 2000, que aprueba el Documento de Trabajo N° 003-2000 “Fortaleciendo la Apertura Comercial: Medidas contra el Dumping y las Subvenciones”, que en su quinto considerando establece lo siguiente:

“Que, el Perú, como miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), *ha adoptado con carácter de ley los acuerdos*

*multilaterales de la OMC*²⁶⁷ que incluyen el "Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994" (Acuerdo Antidumping) y el "Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias", que rigen a partir del 1 de enero de 1995, según Resolución Legislativa N° 26407 (...)"

Este enunciado refleja la postura institucional del INDECOPI frente a la naturaleza jurídica de los Acuerdos de la OMC. En ese sentido, se puede afirmar que dicha institución considera a estos acuerdos como normas con carácter de Ley.

Dicho enunciado se podrá verificar en casos concretos en donde también se podrá observar cómo el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI resuelve casos en función al análisis de estos mismos acuerdos y también revisan determinados actos administrativos a la luz de las disposiciones incluidos de acuerdos específicos de la OMC.

b) El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, conforme el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1033, es un órgano con autonomía técnica y funcional constituido por tres salas especializadas en los asuntos de competencia resolutoria del INDECOPI: la sala especializada en defensa de la Competencia, la sala especializada en Protección al Consumidor y la sala especializada en Propiedad Intelectual. Asimismo, cabe recordar que este órgano tiene la potestad de declarar nulos los actos administrativos del INDECOPI, conforme al artículo 10° de la Ley N° 27444.

²⁶⁷ El resaltado y subrayado es nuestro.

En ese contexto, el Tribunal mencionado juega un rol fundamental en la demostración de nuestra hipótesis al resolver recursos administrativos y revisar los actos administrativos de las Comisiones en base a las disposiciones contenidas en los Acuerdos de la OMC. Existen diversos casos donde se puede observar lo anterior.

El conjunto de resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual puede ser dividido en tres grupos, todos ellos relacionados a los Acuerdos de la OMC. El primer grupo reúne a las resoluciones relativas al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 - **GATT 1994** y al Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 – **Acuerdo Antidumping**. En el segundo grupo de sentencias se pueden observar resoluciones relativas al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Por último, el tercer grupo reúne a las sentencias relativas a la Acuerdo sobre los Aspectos Relativos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio - ADPIC.

b.1) Resoluciones del Tribunal del INDECOPI relativa al GATT 1994 y al Acuerdo Antidumping

En el transcurso de esta investigación se ha podido identificar al menos once (11) resoluciones del Tribunal del INDECOPI en el cual se aplican inmediatamente algunas disposiciones del GATT 1994 y del Acuerdo Antidumping para poder evaluar el acto administrativo emitido por determinadas Comisiones del INDECOPI. Este grupo de resoluciones son las siguientes:

- Resolución N° 0019-2002/TDC de fecha 16 de enero de 2001.
- Resolución N° 0067-2002/TDC de fecha 06 de febrero de 2002.
- Resolución N° 0057-2002/TDC de fecha 06 de febrero de 2002.
- Resolución N° 0399-2002/TDC de fecha 31 de mayo de 2002.
- Resolución N° 0513-2002/TDC de fecha 10 de julio de 2002.
- Resolución N° 0016-2008/SC1 de fecha 01 de octubre de 2008.
- Resolución N° 0093-2008/TDC de fecha 14 de noviembre de 2008.
- Resolución N° 1072-2009/SC1 de fecha 01 de octubre de 2009.
- Resolución N° 3004-2010/SC1 de fecha 08 de noviembre de 2010.
- Resolución N° 0894-2011/SC1 de fecha 20 de abril de 2011.
- Resolución N° 1056-2012/SC1 de fecha 02 de mayo de 2012.

Asimismo, las decisiones contenidas en las resoluciones del tribunal pueden apreciarse en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 7: Criterios de las resoluciones del Tribunal del INDECOPI

R. N° 0019-2002/TDC: “no se ha acreditado una relación de causalidad entre las importaciones investigadas y el daño producido a la industria nacional, en los términos del Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.”

R. N° 0057-2002/TDC y R. N° 067-2002/TDC: “(...) el documento presentado (...) no resulta suficiente para disponer el inicio de un procedimiento de investigación (...) porque no contiene elementos (...) que permitan hacer una comparación entre el valor normal y el precio de exportación a efectos de verificar la existencia de indicios de dumping, tal como lo exige el Acuerdo Antidumping”.

R. N° 0399-2002/TDC: “(...) se dispone que la Comisión se vuelva a pronunciar sobre el tema considerando la información presentada por Bunge Alimentos S.A. conforme lo dispuesto en el Acuerdo Antidumping. (...).

R. N° 0513-2002/TDC: “(...). Se ha acreditado la existencia de margen de dumping,

daño, amenaza de daño y relación causal entre el margen de dumping y el perjuicio producido a la industria nacional, en los términos del Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. (...).”

R. N° 0093-2008/TDC y R. N° 0016-2008/SC1: “(...). Las disposiciones del Acuerdo Antidumping no resultan aplicables a aquellas investigaciones y medidas antidumping impuestas en el marco de procedimientos que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor del mismo para el país de que se trate; (...).”

R. N° 1072-2009/SC1: “(...) se declara la confidencialidad de la copia de las fojas 99 y 102 del Acta 059-2009 de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios, en la parte que contiene información referida al inicio de dos solicitudes de investigación por presuntas prácticas de dumping, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 5.5 del Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y Comercio de 1994.(...)”.

R. N° 3004-2010/SC1: “(...)pese a haberse acreditado la existencia de dumping, el daño generado a la RPN no constituye uno significativo, por lo que no corresponde la imposición de medidas correctivas, de conformidad con lo establecido por el artículo 3 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. (...).”

R. N° 0894-2011/SC1: “el período de investigación utilizado por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios para efectuar el análisis de dumping, daño y relación causal fue fijado en la fecha más cercana posible al inicio del procedimiento de investigación, conforme a la recomendación del Comité de Prácticas Antidumping de la Organización Mundial del Comercio (OMC).”

R. N° 1056-2012/SC1: “La razón es que los actuados en el Expediente 096-209/CFD-INDECOPI corresponden a información vinculada con una solicitud de inicio de investigación para la imposición de derechos antidumping que, al haber sido denegada, debe mantenerse bajo reserva, de conformidad con lo establecido en el artículo 5.5 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.”

En este conjunto de resoluciones es importante resaltar lo siguiente.

Primero, solo en cuatro (04) resoluciones del Tribunal del INDECOPI se puede apreciar en sentido estricto la aplicación inmediata del GATT 1994 y del Código Antidumping para cuestionar las medidas impuestas por la Comisión respectiva. Es decir, que en esas resoluciones se constata que el administrado invoca las disposiciones de estos acuerdos para cuestionar un acto administrativo (dado en forma de resolución) de una de las Comisiones del INDECOPI. Al mismo tiempo, se constata que la Sala del Tribunal cuestiona el correspondiente acto administrativo sobre la base de estos acuerdos y finalmente confirma o declara la nulidad del acto administrativo.

Lo anterior se puede observar con mayor detalle en la R. N° 1056-2012/SC1, R. N° 0513-2002/TDC, R. N° 0093-2008/TDC y la R. N° 0399-2002/TDC. A modo ilustrativo de la afirmación anterior, se presenta con mayor detalle la **R. N° 0513-2002/TDC**.

- **R.N°0513-2002/TDC: Productos Chilenos de Acero Ltda. (Proacer) contra la Resolución N°001-2001/CDS de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios**

La Resolución N° 0513-2002/TDC del Tribunal del INDECOPI tiene como antecedentes a la apelación efectuada por Proacer contra la Resolución N° 001-2001/CDS de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI que declaró fundada la solicitud presentada por la empresa Molycop Adesur S.A. (Molycop) para la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de bolsas de acero procedentes de la República de Chile y exportadas por Proacer.

Dentro de los argumentos de la apelación efectuada por Proacer se sostuvo, primero, que Molycop no cumplía con el criterio de representatividad de la rama de la industria nacional ya que el cálculo efectuado por la Comisión no fue correcto; segundo, que existía una falla en el examen de grado de apoyo u oposición que disponía el Acuerdo Antidumping y que la Comisión no efectuó.

En respuesta a ese argumento intervino la empresa Molycop para absolver la apelación sosteniendo, primero, que si contaba con la adecuada representatividad; segundo, que el examen para determinar el grado o apoyo a la solicitud de inicio que Proacer sugirió debió haber realizado la Comisión, habría significado el incumplimiento del deber de confidencialidad de parte de la autoridad establecido en el Acuerdo Antidumping.

En ese contexto, el tribunal decidió que una de las cuestiones en discusión era evaluar lo siguiente:

- Si la Comisión determinó adecuadamente el producto similar a ser investigado.
- Si Molycop cumplía con los requisitos de representatividad establecidos en el Acuerdo Antidumping.
- Si la existencia del daño, amenaza de daño y relación causal se determinó a través de la Comisión en los términos del Acuerdo Antidumping.

Para eso, respecto de la determinación del producto similar el Tribunal aplicó el contenido del numeral 2.6 del artículo 2° del Acuerdo relativo a la aplicación del

artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 para sostener que el producto denunciado y el nacional son similares en los términos de este acuerdo²⁶⁸.

Respecto a la determinación de la existencia de daño, amenaza de daño y relación causal, el Tribunal aplicó directamente el contenido del numeral 3.2 del artículo 3° del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 para afirmar que existe un incremento de las importaciones denunciadas en los términos de este acuerdo.

Es de esta forma que el Tribunal resolvió confirmar la citada resolución emitida por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios que declaró fundada la solicitud presentada para la aplicación de derechos antidumping a las importaciones antes citadas. El Tribunal sostuvo que se había acreditado la existencia de margen de dumping, daño, amenaza de daño y relación causal entre el margen de dumping y el perjuicio producido a la industria nacional, en los términos del Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

En consecuencia, esta resolución se presenta como un ejemplo para afirmar que el Tribunal del INDECOPI ofrece una vía jurídica que no solo permite a un administrado cuestionar un acto administrativo en base a estos acuerdos, sino que también permite la actuación de cualquier otro administrado involucrado en el caso concreto.

²⁶⁸ Ver página 11 de la Resolución.

Segundo, dentro de este grupo de resoluciones se puede constatar que el Tribunal del INDECOPI posee la capacidad técnica para evaluar el caso concreto y definir si se debe o no aplicar inmediatamente estos dos acuerdos de la OMC. A modo ilustrativo se puede revisar la **R. N° 0016-2008/SC1** y **R. N° 0093-2008/TDC**.

Tercero, también se puede constatar que no siempre es necesario que el Administrado invoque dentro de un procedimiento administrativo a las disposiciones de estos acuerdos para que el Tribunal pueda referirse a ellos. En sí, se observa en la **R. N° 0019-2002/TDC** y la **R. N° 1072-2009/SC1** que los Administrados no se habían referido a estos acuerdos, sin embargo, el Tribunal basó sus resoluciones en las disposiciones de éstas.

Cuarto, resulta aún más interesante identificar que en la Resolución N° 0067-2002/TDC, N° 0057-2002/TDC y N° 3004-2010/SC1, el Tribunal del INDECOPI aplica directamente las disposiciones de estos dos acuerdos para argumentar que las Comisiones del INDECOPI pueden adoptar criterios de los Grupos Especiales de la OMC para orientar la forma de aplicación de éstas en el caso concreto, a pesar de que el Administrado argumenta que el ente administrativo debe ceñirse a lo estipulado por la Ley.

Por ejemplo, en la Resolución N° 0067-2002-TDS, el Tribunal hace hincapié directamente sobre este asunto y establece sobre la base del artículo 17.3 del Acuerdo Antidumping que “es plenamente legítimo que la Comisión respalde su pronunciamiento sobre la base de los criterios interpretativos desarrollados por los Grupos Especiales de la OMC. La propia Sala en anteriores oportunidades ha

recurrido a dichos criterios y también lo hará en la presente resolución”²⁶⁹.

Otro ejemplo se puede observar en la **Resolución N° 3004-2010/SC1**. Ahí, el Tribunal evalúa si la Sala de una Comisión puede determinar cuál es la forma más idónea para llevar a cabo una inspección in situ en el marco de una investigación para la aplicación de derechos antidumping. Para reforzar su decisión cita el criterio adoptado por el Grupo Especial de la OMC encargado del asunto “Egipto - medidas antidumping definitivas aplicadas a las barras de refuerzo de acero procedentes de Turquía” que había expuesto lo siguiente:

“(…) puede programarse una verificación in situ en el centro de actividad de los demandados; véase el párrafo 7 del artículo 6 y el Anexo I. Esa verificación tiene por objeto cotejar la información de las respuestas con los libros y registros de la empresa, para determinar su exactitud”. (Resaltado y subrayado agregados)”.

b.2) Resoluciones del Tribunal del INDECOPI relativas al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias

El Tribunal del INDECOPI no solo aplica inmediatamente las disposiciones del GATT 1994 sino también del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias que también forma parte integral de los Acuerdos de la OMC. Son cuatro (04) las resoluciones identificadas en donde se observa la afirmación anterior. Estas son las siguientes:

- Resolución N° 0296-2003/TDC de fecha 16 de julio de 2003.
- Resolución N° 0110-2004/TDC de fecha 07 de abril de 2004.
- Resolución N° 0052-2004/TDC de fecha 13 de febrero de 2004.
- **Resolución N° 0209-2013/SC1 de fecha 01 de febrero de 2013.**

²⁶⁹ Ver página 4 de la resolución.

Con la finalidad de exponer en detalle esta posibilidad jurídica que ofrece el Tribunal del INDECOPI es de nuestro interés presentar la **R. N° 0209-2013/SDC**.

- **Resolución N° 0203-2013/SDC del Tribunal del INDECOPI**

Este reciente caso publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 26 de marzo de 2013, involucra a la Asociación de Productores de Aceite de Oliva del Perú, al Reino de España, a la República Italiana, a la Delegación de la Unión Europea en el Perú, a la empresa Hipermercados Tottus S.A. y a la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios. Mediante esta Resolución se revoca al acto administrativo de la Comisión por la cual se resolvió aplicar derechos compensatorios definitivos a las exportaciones al Perú del aceite de oliva originario del Reino de España y la República Italiana, dejando sin efectos tales derechos.

Mediante **Resolución 214-2010/CFD-INDECOPI²⁷⁰**, la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios resolvió aplicar los derechos compensatorios definitivos de 0,95 euros/kg y 1,05 euros/kg a las importaciones de aceite de oliva originaria del Reino de España y de la República Italiana, respectivamente. Lo anterior se basó en que la Comisión había comprobado que bajo lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1782/2003, posteriormente modificado por el Reglamento (CE) 73/2009, la Unión Europea estaría otorgando ayuda a los productores de aceitunas de España e Italia, por concepto del Régimen de Pago Único, RPU. En ese sentido, la Comisión sostuvo que la ayuda en cuestión calificaba como una subvención susceptible de aplicación de derechos compensatorios. Para eso, la Comisión invocó las disposiciones del Acuerdos sobre Subvenciones:

²⁷⁰ Publicada en el Diario Oficial « El Peruano » el 04 de diciembre de 2010.

- “(ii) El RPU es susceptible de aplicación de derechos compensatorios al ser un subsidio específico en los términos del artículo 2 del Acuerdo sobre Subvenciones, dado que no existen criterios objetivos de otorgamiento automático del beneficio. (...)”
- (iii) Se verificó una amenaza de daño importante para la industria nacional, la cual se sustentó -entre otros argumentos- en: una tasa significativa de incremento de las importaciones subvencionadas en el mercado interno (...)
- (v) Se verificó la existencia de una relación causal entre la subvención denunciada y el daño inminente sobre la industria nacional (...)”

En ese contexto, luego de reiteradas ocasiones, se intentó revocar lo establecido por la mencionada Comisión. En especial, la Delegación de la Unión Europea presentó un recurso de reconsideración contra la Resolución N° 214-2010-CFD-INDECOPI y para eso invocó el contenido de diversos artículos del Acuerdo sobre Subvenciones en la siguiente forma:

“El RPU no constituye un subsidio específico, en términos de lo establecido en el Artículo 2.1 del Acuerdo sobre Subvenciones (...) dado que:

- con relación al *Artículo 2.1 inciso a)* del Acuerdo sobre Subvenciones, su acceso no se limita a las empresas productoras de olivo (...)
- en relación con el *Artículo 2.1 inciso b)* del Acuerdo sobre Subvenciones, las condiciones de elegibilidad para el otorgamiento de la referida subvención se basan en criterios objetivos que se encuentran claramente establecidos en el Reglamento (CE) 73/2009. (...)
- con relación al *Artículo 2.1 inciso c)* del Acuerdo sobre Subvenciones, no existe un uso predominante por los agricultores de olivo ni concesión desproporcionada del subsidio denunciado (...)²⁷¹

Por otro lado, a este recurso de reconsideración se adjuntaba lo establecido por la Embajada de España, el cual sostenía lo siguiente en base al Acuerdo sobre Subvenciones:

²⁷¹ Ver página 5 de la Resolución del Tribunal.

“i) La Comisión habría vulnerado el Artículo 12.8 del Acuerdo sobre Subvenciones, en tanto no informó oportunamente a todas las partes interesadas del procedimiento (...) restringiendo la posibilidad de defender sus intereses antes de la emisión de la Resolución 214-2010-CFD-INDECOPI”.

Luego de determinar las cuestiones en discusión, el Tribunal empezó a analizarlas y para ello aplicó inmediatamente el contenido de diversas disposiciones contenidas en el Acuerdo sobre Subvenciones, junto con el correspondiente reglamento, de la siguiente manera:

“52. Sobre el particular, es pertinente recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.8 del Acuerdo sobre Subvenciones²⁷² y el artículo 28 del Reglamento sobre Medidas Antidumping y Compensatorias, la relación de hechos esenciales es un documento que las autoridades a cargo de la investigación deben emitir al término del periodo probatorio, a fin de poner en conocimiento de los intervinientes del procedimiento los principales aspectos jurídico - económicos que han evaluado y que servirán como elementos de base o referencia para emitir una posterior resolución definitiva.”

Adicionalmente, se puede observar otros ejemplos que reflejan cómo el Tribunal aplicó inmediatamente las disposiciones del Acuerdo sobre Subvenciones, utilizándolos para poder revisar la resolución en cuestión y argumentar su decisión final:

“Sobre el particular, como lo señala el artículo 12.3 del Acuerdo sobre Subvenciones ya explicado anteriormente, y según se desprende de la jurisprudencia del Grupo Especial de la OMC, las partes involucradas en el procedimiento deben ser comunicadas de toda aquella información que sea relevante en la determinación de la decisión de imponer o no derechos compensatorios. (...)”²⁷³.

²⁷² ACUERDO SOBRE SUBVENCIONES, Artículo 12.- Pruebas.-
(...)

12.8. Antes de formular una determinación definitiva, las autoridades informarán a todos los Miembros interesados y partes interesadas de los hechos esenciales considerados que sirvan de base para la decisión de aplicar o no medidas definitivas. Esa información deberá facilitarse a las partes con tiempo suficiente para que puedan defender sus intereses.

²⁷³ Ver página 14 de la Resolución.

Esta misma tendencia se repite en varias partes de la resolución del tribunal, por ejemplo:

“122. En los procedimientos de subvenciones dentro del marco de la OMC, el análisis de la representatividad de la RPN se rige por lo dispuesto en el Artículo 11.4 del Acuerdo sobre Subvenciones (...).”

Para poder determinar el concepto de subvención y especificidad, el tribunal se refirió al Acuerdo sobre Subvenciones en los siguientes términos:

“186. El artículo 1.1 del Acuerdo sobre Subvenciones señala que existirá una subvención cuando se cumplan dos condiciones concurrentes: (i) haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público, u otra forma de sostenimiento de los ingresos o los precios, dentro del territorio del Estado miembro; y, (ii) a partir de su otorgamiento se genere un beneficio (...).”

Al igual que en el caso de la aplicación inmediata del Acuerdo Antidumping y del GATT 1994 y la adopción de las recomendaciones de los Grupos Especiales de la OMC. En el caso del Acuerdo sobre Subvenciones, se debe resaltar que en esta resolución el Tribunal también considera (además del contenido de los Acuerdos) a la jurisprudencia producida por el Sistema de Solución de Controversias de la OMC para poder definir si es que debe o no revocar la resolución ya mencionada. Por ejemplo, el tribunal sostuvo lo siguiente:

“430. A raíz de la jurisprudencia de la OMC referida, se evaluará si la Comisión, en ejercicio de su obligación, justificó el hecho de considerar impertinentes ciertos factores dentro de su análisis, al considerar que se encontraban fuertemente afectados por el fenómeno de la vecería”.

b.3) Resoluciones del Tribunal del INDECOPI relativas al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio

El cuarto grupo de resoluciones del Tribunal del INDECOPI están compuestas por cuatro (04) Resoluciones que interactúan con las disposiciones del importante Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados al Comercio – ADPIC, que forma también parte integral de los Acuerdos de la OMC. Las resoluciones identificadas son las siguientes:

- Resolución N° 0935-2003/TPI de fecha 10 de setiembre de 2010.
- Resolución N° 0546-2006/TPI de fecha 02 de mayo de 2006.
- Resolución N° 1453-2009/TPI de fecha 08 de junio 2009.
- Resolución N° 1454-2009/TPI de fecha 08 de junio 2009.

En general, estas resoluciones son diferentes a los otros grupos de resoluciones, en el sentido de que se puede observar claramente cómo los administrados invocan las disposiciones del ADPIC no solo para cuestionar ante al tribunal administrativo un acto administrativo por ser contrario al ADPIC sino que también se exige que se aplique en el caso concreto determinadas disposiciones del ADPIC en el marco de una oposición del procedimiento de registro de un marca o para cuestionar la oposición realizada por otro administrado. Un ejemplo claro está contenido en la Resolución N° 1454-2009-TPI.

- **Resolución N° 0546-2006 y la aplicación inmediata del ADPIC**

En esta resolución gira en torno a la oposición efectuada por el Institut National des Appellations d'Origine (INAO) contra la Marca de producto MARIMON AZPITIA BORGONA registrada a solicitud del administrado Jaime Marimón Pizarro para distinguir aguardientes y bebidas alcohólicas.

En ese contexto, INAO sostenía que el signo solicitado contenía la denominación de origen BORGONA lo cual podría confundir al consumidor sobretodo si se tiene en consideración que BORGONA es una conocida región de Francia y fundamento su oposición en los incisos i), j), k) y l) del artículo 135 de la Decisión 486 y los artículos 22, 23 y 24 del ADPIC.

Frente a esos argumentos, el solicitante sostuvo que “el término BORGONA es utilizado en nuestro medio con respecto a la variedad de uva del mismo nombre en un lenguaje corriente y habitual, por lo que no puede prohibirse su uso, además, el nombre geográfico BORGONA es idéntico a la denominación habitual de una variedad de uva, que existe hace mucho tiempo en el Perú, incluso antes de la entrada en vigor de la OMC y del 1º de enero de 1995 en que fuera aprobado el acuerdo suscrito en Marrakech”²⁷⁴.

Frente a esos argumentos el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“En el presente caso, la denominación BORGONA es percibida por el público consumidor peruano como un nombre que designa a un tipo de uva, denominación que es utilizada en el país con anterioridad a la entrada en vigencia de los ADPIC. Asimismo, se ha podido constatar el uso de la denominación BORGONA para indicar el tipo de uva usado en la elaboración de los productos que se pretenden distinguir con el

²⁷⁴ Ver página 3 de la Resolución.

signo solicitado. En tal sentido, se concluye que la denominación BORGONA se encuentra comprendida dentro del régimen de excepción a la protección a que se refiere el inciso 6 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.²⁷⁵

Como puede observarse, el Tribunal realiza una aplicación de las disposiciones del APDIC al caso concreto, entre otras disposiciones de otros instrumentos jurídicos, para motivar su resolución que confirma el acto administrativo que concedió la solicitud de registro de marca al administrado.

En esta sección podemos concluir que se exponen tres grupos de resoluciones del Tribunal del INDECOPI para demostrar que en este órgano es posible invocar los Acuerdos de la OMC. Asimismo, se concluye que el tribunal puede aplicar diferentes disposiciones de diversos Acuerdos de la OMC como base jurídica para revisar actos administrativos de las Comisiones del INDECOPI que puedan resultar inconsistentes con los acuerdos de la OMC. Esta posibilidad se ve ampliada por el hecho concreto de poder invocar también la jurisprudencia del Órgano de Apelaciones del Sistema de Solución de Controversias de la OMC.

Conclusión del punto 3.3

Es un hecho determinante para esta investigación observar la realización de la posibilidad de invocar los Acuerdos de la OMC por parte de los particulares y la posibilidad de que los tribunales apliquen directamente estos acuerdos para revisar los actos administrativos o inclusive reglamentos o decretos supremos en la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Fiscal y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

²⁷⁵ Ver página 15-16 de la resolución.

La Corte Suprema a través de la Acción Popular considera a los Acuerdos de la OMC como instrumentos de superior jerarquía frente a los decretos supremos, logrando revisar estos últimos en función al contenido de los primeros.

Mayor atención se debe otorgar al mecanismo jurídico establecido por el Tribunal Fiscal que permite a los particulares invocar las disposiciones de determinados Acuerdos de la OMC, y que permite a los miembros de éste tribunal observar los actos administrativos de la Administración Aduanera. Lo más importante es observar cómo el Tribunal Fiscal puede decidir preferentemente aplicar las disposiciones de estos acuerdos en vez de otra norma de rango inferior a la ley.

Por otra parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se presenta como un órgano administrativo que cuenta un rol trascendental en la interpretación de estos acuerdos. Asimismo, ésta se presenta como una vía que no solamente puede ser utilizada por los particulares nacionales sino también por representantes de intereses que no necesariamente representan al empresariado local. Por ejemplo, esta vía puede ser utilizada por delegaciones o representantes de otros países para lograr cuestionar medidas del INDECOPI invocando los Acuerdos de la OMC, y la jurisprudencia desarrollada ante el Sistema de Solución de Controversias de la OMC.

Conclusiones del Capítulo III

- 3.1 De acuerdo a la lectura del inciso 4° del artículo 56 de la Constitución Política del Perú, los Acuerdos de la OMC son clasificados como Tratados Ordinarios.

Esto se desprende del procedimiento de aprobación y ratificación de estos acuerdos.

3.2 Los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano han sido incorporados inmediatamente sin necesidad de un acto adicional de implementación. Por lo general, este acto de implementación o de transformación es requerido en el sistema jurídico de los Estados Unidos. En el sistema peruano este resultado se sostiene a través del artículo 55° de la Constitución que establece que los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho Nacional. Esta característica de los Acuerdos de la OMC se ve reforzada por lo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia N° 5854-20058-AA.

3.3 La jerarquía de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano es un asunto no resuelto por la Constitución peruana. Sin embargo, nuestra interpretación del artículo 200° de la Constitución junto con el desarrollo de la Doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se sostiene que en el caso particular de los Acuerdos de la OMC, estos gozan de rango de Ley.

3.4 El sistema jurídico peruano cuenta con el marco normativo para poder afirmar que los Acuerdos de la OMC pueden ser invocados por los particulares para poder cuestionar las medidas del Poder Ejecutivo o de la Administración Pública. Esta posibilidad permite que el juez peruano pueda utilizar el contenido de estos acuerdos para declarar la invalidez o nulidad de las medidas de la Administración contrarias al contenido de estos Acuerdos. Esto

también permite al juez de inaplicar una medida de menor rango jurídico por ser contraria a estos acuerdos.

3.5 Existen diversas vías jurídicas que permiten desarrollar la invocabilidad de los Acuerdos de la OMC en el sistema jurídico peruano. La primera vía jurídica existente es el proceso constitucional de Acción Popular, sin embargo, esta no ha sido lo suficientemente desarrollada, no existen una cantidad importante de sentencias que pueda evidenciar claramente el uso de esta vía jurídica. La ventaja de poder desarrollar esta vía es que permitiría poder cuestionar no solamente los actos o medidas de la Administración Pública, sino también los Reglamentos que sean contrarios a estos Acuerdos, es decir, los Decretos Supremos también podrían cuestionarse en esta vía.

3.6 La segunda vía jurídica existente es el Procedimiento Contencioso Administrativo. Esta vía es idónea para poder cuestionar las medidas de la Administración Pública que son contrarias a los acuerdos de la OMC. Sin embargo, la posición de los jueces frente a esta posibilidad es irregular. Los jueces en esta vía a veces prefieren no pronunciarse sobre este aspecto, o en otras ocasiones no llegan a cuestionar las medidas de la Administración Pública. La desventaja de esta vía es que no existen suficiente sentencias que refuercen esta posibilidad.

3.7 Por otro lado existe un conjunto de vía jurídicas en el ámbito de los tribunales administrativos. El Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas y el

Tribunal de defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual son los tribunales que demuestran mayor desarrollo de esta posibilidad referente a la invocabilidad de los Acuerdos de la OMC.

- 3.8 Respecto al Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas, se concluye que éste presenta una vía jurídica muy recurrente por las personas. En esta vía se observa claramente cómo las personas invocan el contenido de los Acuerdos de la OMC para cuestionar las medidas de la Administración Pública. Asimismo, se observa cómo el tribunal utiliza el contenido de estos acuerdos para invalidar una medida administrativa y, sobretodo, para inaplicar una medida de menor rango legal, por ejemplo, una disposición de un Decreto Supremo que se encuentra incompatible o inconsistente con el contenido de los acuerdos de la OMC.
- 3.9 Respecto al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, el escenario es similar al del anterior tribunal administrativo. Esta se presenta como una vía que no solamente puede ser utilizada por los particulares nacionales sino también por representantes de intereses que no necesariamente representan al empresariado local. Por ejemplo, esta vía puede ser utilizada por delegaciones o representantes de otros países para lograr cuestionar medidas del INDECOPI invocando los Acuerdos de la OMC, y la jurisprudencia desarrollada ante el Sistema de Solución de Controversias de la OMC.

BIBLIOGRAFIA

ALEMANNO, Alberto. Judicial Enforcement of the WTO Hormones ruling within the European community: Toward EC liability for the non-implementation of WTO Dispute Settlement Decisions? Harvard International Law Journal. Volume 45, N° 2, Summer 2004. 16 páginas.

ARCURI Alessandra & Sara POLI. What Price for the Community Enforcement of WTO Law? European University Institute, Department Law. 2010. Italy. 38 páginas.

CARREAU Dominique et Patrick JUILLARD. Droit International Economique. Dalloz 2007, Paris, 3e edition. 745 páginas.

CÔTE Charles-Emmanuel. La participation de personnes privées au règlement des différends internationaux économiques: le cas de l'élargissement du droit de porter plainte à l'organisation mondiale du commerce. Editions Bruylant. Bruxelles. 2007. 635 páginas.

COTTIER Thomas. International trade law: The Impact of Justiciability and Separation of Powers in EC Law. Working paper N° 2009/18. April 2009. Suisse National Center of Competence of Research-NCCR Trade Regulation. 25 páginas.

COTTIER Thomas. The Role of Domestic Courts in the Implementation of WTO Law p.614 en: The Oxford Handbook on the World Trade Organization, editado por Amrita Narlikar, Martin Daunton y Robert M. Stern, Oxford University Press, 849 páginas.

CRAIG Paul y GRAINNZ de Búrca.“EU Law. Text, Cases and Materials”. Fifth Edition. Oxford University Express. 2011. 1155 páginas.

DESMELT Axel. L'accès des particuliers aux droit et obligations de l'OMC dans la CE. Tijdschrift Voor Belgisch handelsrecht. Editions Kluwer. 2003. pp. 357-372.

HANS Kelsen (1881-1973). Pure Theory of Law, Traducido por **Max KNIGHT.** The Lawbook Exchange. New Jersey. 2008. 356 páginas.

JACKSON John H, William J. Davey & Alan O. Sykes, Legal Problems of International Economic Relations, 4° Edición. 2002.

JACKSON John. H. Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis. American Journal of International Law. Volume 86, Issue 2 (Apr., 1992), pp. 310-340.

John H. Jackson, William J: Davey & Alan O. Sykes. Legal Problems of International Economic Relations, 4° Edición, 2002, 1248 páginas.

Landa Arroyo César. La Aplicación de los Tratados Internacionales en el Derecho Interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Peruana de Derecho Internacional. Tomo LV, N° 129. (sept.-dic 2005). pp. 37-77.

LIU Jia. The Domestic Application of WTO Laws. *Journal of Politics and Law*. Vol. 2, N. 3. September 2009.

MANIRUZZAMAN A.F.M. State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies. *EJIL* 12 (2001), pp. 309-328.

MENGOZZI Paolo, Private International Law and the WTO Law, 292, *Recueil des Cours* 253, 2001. p. 316-18.

MORON URBINA. Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Perú: Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con Mención en Derecho Constitucional. Escuela de Posgrado PUCP. Marzo 2013. pp. 120-121.

NOVAK Fabián, Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993, *Agenda Internacional*, año I, n° 2, PUC-IDEI, julio-diciembre 1994, p. 83.

PETERSMANN Ernst-Ulrich State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty: from Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law? *EUI Working papers*. Law N° 2006/45, European University Institute, Florence. 36 pp.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, "Strengthening the Domestic Legal Framework of the GATT Multilateral Trade System: Possibilities and Problems of Making GATT Rules Effective in Domestic Legal Systems » En Ernst-Ulrich Petersmann et Meinhard Hilf,

dir., *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations: Legal and Economic Relations*, vol. 5, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988.

PETERSMANN Ernst-Ulrich. *The Future of International Economic Law: A Research Agenda*. EUI Working Papers. Law 2010/06. European University Institute, Florence. 40 páginas.

PETERSMANN Ernst-Ulrich. "Limited Government and Unlimited Trade Policy Powers? Why Effective judicial Review of Foreign Trade Restrictions Depends on Individual Rights" in *National Constitutions and International Economic Law, Studies in Transnational Economic Law*, ed. by E.U. Petersmann & M. Hilf (Deventer, Netherlands: Kluwer Law and Taxation, (1993). 537 -550.

RUBIO Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. 3. Lima, PUCP, Fondo Editorial 1999, ed. DESA.

SCHEIN Josh, *Section 301 and U.S. Trade Law: The Limited Impact of the 1988 Omnibus Trade and Competitiveness Act on American Obligations under GATT*, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 1991, p. 105-133.

TRATCHMAN Joel P. *Bananas, Direct Effect and Compliance*. *European Journal of International Law*, 1999. Volume. 10 N. 4, 655-678.

SALMON J. *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles, Bruylant, 2001. 371 páginas.

Steiner J., Lorna Woods and Philippa Watson. EU Law. Eleventh Edition, 2012.

Publicado en línea: Junio, 2013. 864 páginas.

COTTIER Thomas, The Role of Domestic Courts in the Implementation of WTO Law p.614 en: The Oxford Handbook on the World Trade Organization, editado por Amrita Narlikar, Martin Daunton y Robert M. Stern, Oxford University Press, 849 páginas.

TRATCHMAN Joel P. The International Economic Law Revolution. University of Pennsylvania. Journal of International Economic Law. Spring, 1996. 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 33 pp.

Van den BOSSCHE Peter. The Law and Policy of the World Trade Organization- Text, cases and materials. Cambridge University Press. 2007. 737 páginas.

VAN LOON J. The Hague Conventions on private international law. Chapter 11. In "The effect of Treaties in Domestic Law. United Kingdom National Committee of Comparative Law. Volume 7. Edited by Francis G. Jacobs. Professor of European Law, University of London, and Shelley Roberts. London. Sweet and Maxwell. 1987.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de 05 de octubre de 1994, Tribunal Europeo de Justicia. Disponible en Internet: <http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CJ0280:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CJ0280:ES:PDF).

Sentencia del Tribunal de Justicia de 09 de enero de 2003, Tribunal Europeo de Justicia. Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0076:ES:PDF>.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1998, Tribunal Europeo de Justicia. Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0352:ES:PDF>.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 1971, Tribunal Europeo de Justicia. Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0041:ES:PDF>.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, Tribunal Europeo de Justicia. Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CJ0300:ES:PDF>.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, Tribunal Europeo de Justicia. Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987CJ0070:ES:PDF>.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, Tribunal Europeo de Justicia. Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/staging/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002CJ0093:ES:PDF>

Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1991, Tribunal Europeo de Justicia. Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989CJ0069:ES:PDF>. Visto el 09 de Agosto de 2013.

Sentencia del Caso Novartis vs. India Caso N° W.P. No.24759 de 2006 de fecha 06 de Agosto de 2007. Disponible en: <http://judis.nic.in/chennai/qrydisp.asp?tnm=11121>, visto el 31 de marzo de 2013.

Sentencia del caso Murray contra The Schooner Charming Betsy, 6 US (2 Cranch) 64 (1804).

Sentencia del Caso Chevron USA, Inc., contra Natural Res. Def. Council, Inc., 467 US 837, 104 S.Ct. 2778.

WTO Appellate Body Report on European Communities-Measures concerning meat and meat products (Hormones) , WT/DS26/R/USA, D.S.R. 199: III, at 699, 1002 (Feb 13, 1998), <http://www.wto.org>.

Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R.

El caso Timken Co. contra los Estados Unidos, disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1422930.html>. Visto el 01 de abril de 2013.

Sentencia N° 00002-2009-PI/TC del 5 de febrero de 2010, fundamento jurídico N°

45. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2009-AI.pdf>. Visto el 21 de Abril de 2013.

DOCUMENTOS

WT/DS152/R del 22 de Diciembre de 1999, (99-5454). Documento de la Organización Mundial del Comercio. Original en Inglés “United States-Sections 301-310 of the Trade Act of 1974. 376 páginas.

WT/ACC/CH/49 del 1 de Octubre de 2001 y el documento WT/ACC/CH/49/Corr.1 del 05 de Octubre de 2001.

Documento elaborado el 24 de marzo de 1948 durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Empleo en La Habana, Cuba. Ver Acta final y documentos conexos de la Comisión “interimaire” de la Organización Internacional del Comercio elaborado en Lake Success, Nueva York en Abril de 1948. Disponible en: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf.

ARTICULOS ELECTRONICOS

A. Winter, Direct applicability and direct effect; two distinct and different concepts in Community Law. Publicado en: Common market law review.- Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, ISSN 0165-0750, ZDB-ID 2158188. - Vol. 9.1972, 4, p.

425-438. Disponible en versión electrónica en:
<https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/Winter,CMLR1972.pdf>. Visto el 23 de noviembre de 2013.

Treaties and Other International Agreements: Teh Roles Of The United States Senate, investigación preparada por el Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos y por el Servicio de Investigación del Congreso, Congreso No. 106, 2da Sesión, S.Prt. 106-71, Enero del 2001. Disponible en:
<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CPRT-106SPRT66922/pdf/CPRT-106SPRT66922.pdf>.

Michael John Garcia, International Law and Agreements: Their Effect Upon U.S. Law, 1° Marzo de 2013, Congressional Research Service, 7-5700, RL32528. Disponible en: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL32528.pdf>.

Jorge Danós. El Proceso Contencioso Administrativo en el Perú. Artículo electrónico disponible en:
<http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/contencioso%20administrativo.htm>. Visto el 10 de octubre de 2013.

LIBROS ELECTRONICOS

David Ricardo (1817), Principles of Economy and Taxation. Piero Sraffa (Ed.) Works and Correspondance of David Ricardo, Volume I, Cambridge University Press, 1951, pp. 110 y ss., relativo al capítulo VII “On Foreign Trade”. Ahí, David Ricardo presenta su famoso ejemplo sobre las ventajas comparativas entre Inglaterra y

Portugal. Se puede ver la versión electrónica en:

http://files.libertyfund.org/files/113/Ricardo_0687-01_EBk_v6.0.pdf.

NORMAS JURIDICAS

“Trade Act 1974”, de fecha 3 de Enero de 1975, modificada últimamente el 14 de Diciembre de 2012. Disponible en:

<http://www.house.gov/legcoun/Comps/TRADE74.PDF>. Tambien disponible en:

<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19->

[chap12.htm](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap12.htm). Visto el 03 de abril de 2013.

19 U.S.C. Sección 2411 y 19 U.S.C. Sección 2412 (a). La 19 U.S.C. Sección 2411 está disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011->

[title19/html/USCODE-2011-title19-chap12-subchapIII-sec2411.htm](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap12-subchapIII-sec2411.htm). Visto el 03 de Abril de 2013. Y la Sección 2412 (a) regula las peticiones ante el USTR.

19 U.S.C. United States Code, 2011 Edition, Title 19 - CUSTOMS DUTIES, CHAPTER 22 - URUGUAY ROUND TRADE AGREEMENTS, From the U.S. Government Printing Office. Disponible en Internet:

<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19->

[chap22.htm](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap22.htm). Visto el 03 de abril de 2013.

Acta final y documentos conexos de la Comisión “interimaire” de la Organización Internacional del Comercio elaborado en Lake Success, Nueva York en Abril de 1948, en: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf. Visto el 19 de marzo de

2013.

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT 1994. Disponible en Internet: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf. Visto por última vez el 02 de Agosto de 2013.

Agreement establishing the World Trade Organization. Disponible en Internet: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf. Visto por última vez el 02 de Agosto de 2013.

Agreement on Trade-related aspects of Intellectual Property Rights. Disponible en Internet: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf. Visto por última vez el 02 de Agosto de 2013.

Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), adoptado en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas celebrada en Bretton Woods, New Hampshire, el 22 de julio de 1944. Entró en vigor el 27 de diciembre de 1945. Visto en: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0,,contentMDK:20440513~menuPK:950571~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html> el 19 de Marzo del 2013.

Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, adoptado en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas celebrada en Bretton Woods, New Hampshire, el 22 de julio de 1944. Entró en vigor el 27 de diciembre de

1945. Visto en: <http://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/aa/aa.pdf> el 19 de Marzo del 2013.

Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 1994 N° 94/800/CE relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986- 1994). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994D0800:Es:HTML>. Visto el 08 de Agosto de 2013.

General Agreement on Trade in Services. Disponible en Internet: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf. Visto por última vez el 02 de Agosto de 2013.

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, promulgada en Lima el 10 de abril del 2001. Disponible en Internet: http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/14110/PLAN_14110_LEY_N%C2%BA_27444_-_Ley_del_Procedimiento_Administrativo_General_2012.pdf. Visto por última vez el 02 de Agosto de 2013.

Multilateral Agreements on Trade in Goods. Disponible en Internet: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/05-anx1a.pdf. Visto por última vez el 02 de Agosto de 2013.

Resolución Legislativa N° 26407, promulgada el 16 de diciembre de 1994 y

publicada el 18 de diciembre 1994. Disponible en internet:
<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/5/jer/legislacion/ResolucionLegislativa26047.pdf>. Visto el 09 de Agosto de 2013.

Ley de los Acuerdos Comerciales Multilaterales de la Ronda de Uruguay (*URAA*) S. REP. NO. 103-412, at 5 (1994). Visto el 05 junio de 2012, disponible en:
<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap22.htm>. Visto el 03 de abril de 2013.

Ley de 1988, Ley General del Comercio Exterior y de la Competencia de 1988, Publicada el 22 de Agosto de 1988. [Pub.L. 100-418](#).

Sección 151 de la Ley de 1974, Ley del Comercio Exterior (19 U.S.C. 2191). Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/html/USCODE-2011-title19-chap12-subchapl-part5-sec2191.htm>. Visto el 03 de Abril de 2013.

Council Decision 96/386/EC of 26 February 1996 concerning the conclusion of Memoranda of Understanding between the European Community and the Islamic Republic of Pakistan and between the European Community and the Republic of India on arrangements in the area of market access for textile products, OJ 1996 L 153, p. 47.

PAGINAS WEB

El Acceso al Derecho de la Unión Europea, 2013. <http://eur-lex.europa.eu>. Ultima consulta efectuada el 04.05.2013.

El Banco Mundial, 2013. <http://www.worldbank.org>. Ultima consulta efectuada el 10.08.2013.

Federation of American Scientists, 2013. <http://www.fas.org>. Ultima consulta efectuada el 10.02.2013.

Findlaw for legal professionals, 2013. <http://caselaw.findlaw.com>. Ultima consulta efectuada el 10.02.2013.

Fondo Monetario Internacional, 2013. <http://www.imf.org>. Ultima consulta efectuada el 21.06.2013.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 2013. <http://www.indecopi.gob.pe>. Ultima consulta efectuada el 07 de abril 2013.

National Archives and Records Administration, 2013. <http://www.ourdocuments.gov>. Ultima consulta efectuada el 10 de agosto 2013.

Portal del Estado Peruano, 2013. <http://www.peru.gob.pe>. Ultima consulta efectuada el 10 de agosto 2013.

Presidencia del Consejo de Ministros – PCM. Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática - ONGEI, 2013. <http://www.ongei.gob.pe>. Ultima consulta efectuada el 10 de agosto 2013.

The Center of Internet and Society, Stanford Law School, 2013. <http://cyberlaw.stanford.edu>. Ultima consulta efectuada el 10 de febrero 2013.

Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas, 2013, <http://www.mef.gob.pe>. Ultima consulta efectuada el 10 de agosto 2013.

U.S Government Printing Office, 2013. <http://www.gpo.gov>. Ultima consulta efectuada el 10 de febrero 2013.

United States House of Representatives, 2013. <http://www.house.gov>. Ultima consulta efectuada el 10 de febrero 2013.

World Trade Organization, 2013. <http://www.wto.org>. Ultima consulta efectuada el 10 de agosto 2013.
