

"Yuxtaposición del Regionalismo y el Multilateralismo desde el punto de vista de los mecanismos de resolución de disputas de los Tratados de Libre Comercio (TLCs) y la Organización Mundial del Comercio (OMC): Una aproximación al problema".

Manuel Alejandro Valerio Jiminián¹

(Recibido 15/03/10, Aceptado 10/07/10)

- 1.- Breve explicación de la dinámica del Regionalismo vs Multilateralismo.
 - 1.1.- Conceptualización del fenómeno del "Regionalismo".
 - 1.2.- Evolución histórica del "Regionalismo".
- 2.- Breve explicación del vínculo del "Regionalismo" con el sistema multilateral de comercio: Artículo XXIV del GATT.
- 3.- Planteamiento de la problemática en términos generales: El "Spaghetti Bowl" y la Disrupción del Comercio Mundial.
- 4.- Yuxtaposición del Regionalismo y el Multilateralismo en los Mecanismos de Resolución de Disputas: Soluciones del Derecho Internacional Público al conflicto entre normas de los Tratados de Libre Comercio y la OMC.
- 5.- Conclusiones.

Palabras Claves: Regionalismo, Multilateralismo, resolución de disputas, tratado de libre comercio

¹ Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Cum Laude, 2003. Postgrado en Economía para Negocios de la PUCMM (2005). Fue investigador asociado en la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS) (2005-2006), fue articulista en las columnas de opinión del periódico "El Caribe" y de la revista jurídica especializada "Gaceta Judicial" (2005-2006). Es autor del libro "Constitución, Democracia y Ciudadanía". En el período 2007-2008 obtuvo la prestigiosa Beca "Fulbright" como académico, con la cual realizó el LLM (Master of Laws) en el Washington College of Law de American University, en Washington D.C., especializándose en Derecho Internacional Público, Comercio y Desarrollo, y Derecho Comercial Internacional. Actualmente es Consultor para el proyecto "DR-CAFTA" ejecutado conjuntamente por el Trust for the Americas y la Organización de Estados Americanos (OEA), y Profesor de Derecho Internacional de la PUCMM.

Resumen:

El presente artículo tiene como finalidad abordar de una manera sucinta el marco teórico de la dinámica del regionalismo y el multilateralismo en el comercio mundial, así como también la necesidad de establecer una sinergia entre el comercio “bilateral” y el comercio “multilateral” en general, y de manera específica, respecto a sus mecanismos de resolución de disputas. El propósito fundamental del ensayo es que tanto los concedores como aquellos que se están introduciendo en la temática del Derecho Comercial Internacional puedan tener una visión holística de la dupla regionalismo-multilateralismo, visto desde una perspectiva dual de lo general a lo particular, de la génesis del problema del regionalismo y el multilateralismo, hasta temas particulares y más complejos, como la integración o sinergias de los mecanismos de resolución de disputas de acuerdos de libre comercio y el mecanismo de resolución de disputas de la OMC. Esta temática es particularmente importante para los países pequeños geográficamente, tales como los miembros del DR-CAFTA, ya que a través del “sistema judicial internacional” de cuestiones comerciales, pueden convertirse en actores de primera línea en la discusión de temas trascendentales, tales como los subsidios a la agricultura en países desarrollados, propiedad intelectual, democratización de las instancias de decisión en las rondas de comercio, comercio y desarrollo, relaciones económicas multilaterales, relaciones económicas Norte-Sur, entre otros.

Este artículo constituye la base del seminario que impartimos en Enero pasado en la prestigiosa Universidad de Costa Rica (UCR), dentro del marco del programa “Por una Cultura de Cumplimiento en los países miembros del DR-CAFTA”, patrocinado por el Trust for the Americas, la Organización de Estados Americanos (OEA), y tan augusta casa de altos estudios.

Agradecemos infinitamente el espacio, apoyo y recibimiento de las autoridades de la Universidad, en especial, de nuestras queridas amigas Anahí Fajardo y Beatriz Slooten, que tanto empeño pusieron en aras de que el seminario estuviera al alcance de la calidad de la UCR.

1.- Breve explicación de la dinámica del Regionalismo vs Multilateralismo.

De las cenizas de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de un acuerdo entre las potencias aliadas que diseñaron la nueva arquitectura económico-financiera, se hicieron los primeros esfuerzos a los fines de crear un marco regulatorio del comercio internacional. Junto al Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), instituciones nacidas de los acuerdos de Bretton Woods, se planificó la creación de la International Trade Organization (ITO) u Organización Internacional del Comercio como la otra pata del trípode internacional que serviría como sistema regulatorio de los flujos comerciales entre los Estados.

No obstante, por razones de política interna, los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU), la principal potencia victoriosa de la Segunda Guerra Mundial, y en aquel entonces el motor de la economía mundial, no se adhirió a la “Carta de la Habana”, tratado fundacional de la ITO². El Partido Republicano, que a la sazón dominaba el Congreso de los EEUU, alegando razones de soberanía, no permitió que la Administración del Presidente Harry Truman, del Partido Demócrata, insertara a los Estados Unidos en otra organización internacional de vital importancia para la reconstrucción económica-comercial del planeta, debido a que los Estados Unidos ya se había hecho miembro del FMI y el BM respectivamente.

² Jagdish Bhagwati, *Termites in the Trading System: How Preferential Agreements Undermine Free Trade*, Oxford University Press, 2008, pag.19.

Con la negativa de los EEUU de formar parte de la ITO, el instrumento marco de la regulación comercial internacional, el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), se convirtió en la institución de facto que regularía los aranceles y tarifas aduaneras hasta la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1994. Asimismo, este acontecimiento histórico tuvo repercusiones importantes en el devenir del comercio internacional en las próximas décadas, al no dejar de manera taxativa todo un sistema comercial internacional, sino un instrumento marco de regulación del comercio, de limitado alcance tanto operativo como regulatorio. En adición, este hecho abrió las puertas a la praxis de la “realpolitik” en el comercio internacional, en vez de sentar las bases de un sistema predecible, transparente, y con perspectiva de un alcance cuasi-global.

En pocas palabras, el “multilateralismo” en el comercio internacional empezó siendo un “hijo bastardo” de la política interna de los Estados, como lo sigue siendo hoy en día en el debate de la Ronda de Doha, no obstante ser ese otro tema de discusión para otro artículo.

Veamos pues una conceptualización del regionalismo desde una perspectiva histórica y su relación con el sistema multilateral de comercio.

1.1.- Conceptualización del fenómeno “Regionalismo”.

El regionalismo tal cual se entiende en la terminología jurídico-comercial es simplemente un acuerdo comercial entre dos o más partes miembros de la OMC, excluyente de los demás miembros que no sean signatario del mismo. O en palabras de la propia OMC: *“cualquier acuerdo comercial que involucre a dos o más países pero menos que la totalidad de los miembros de la organización.”*³

³ Theresa Carpenter, *A Historical Perspective*, en *Multilateralizing Regionalism: Challenges for the Global Trading System*, Editado por Richard Baldwin y Patrick Low, Cambridge University Press, 2009, pags.13-14.

A juicio de Theresa Carpenter, es bastante práctico saber el alcance de este concepto, debido a la complejidad de acuerdos de libre comercio que se engloban en el mismo. A modo de ejemplo, puede haber acuerdos que enmarquen a diversos miembros, como es el caso de la Unión Europea, o tan solo que tengan a dos miembros, como es el caso de la India y Sri Lanka⁴.

Acuerdos comerciales que se enmarquen dentro de la tipología regionalista, pueden estar cerca geográficamente o no estarlo, por lo que el término “regionalista” no es limitativo en cuanto a su alcance, a una relación directa con la geografía de los países. Por ejemplo, acuerdos como el MERCOSUR o la SADC (South African Development Community Trade Agreement, por su significado en inglés), son típicos ejemplos de acuerdos comerciales en un área geográfica próxima. Asimismo, acuerdos bilaterales como el de USA-Chile, o Suiza-Marruecos, o USA-Jordania, son buenos ejemplos que muestran que acuerdos comerciales “regionalistas” no necesariamente implican una proximidad geográfica de las partes⁵.

Las razones genealógicas de este fenómeno, se pueden resumir en las siguientes:

- a) La búsqueda o acceso a mercados;
- b) Avanzar objetivos de política exterior;
- c) Influenciar las políticas domésticas de los socios comerciales, por ejemplo, en las áreas de propiedad intelectual y migración;
- d) El “efecto CNN”, o el hecho de buscar publicidad por firmar un acuerdo de libre comercio, sin necesidad de tomar en cuenta la substancia o contenido del mismo;
- e) El “motivo del laboratorio o experimentación”, es decir, el hecho de que un Estado quiera experimentar con diferentes formas de normas internacionales o liberalización comercial, quizás antes de embarcarse en compromisos y liberalizaciones a una escala multilateral⁶.

⁴ *Id.*, pag.14.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*, pag.13. Para más detalles revisar el informe de la Primera Comisión Warwick (2007) en: <http://www2.warwick.ac.uk/research/warwickcommission/archive/worldtrade/>

1.2.- Evolución histórica del “Regionalismo”.

A juicio de Carpenter y especialistas como Jagdish Bhagwati, ha habido tres olas de “regionalismo”, las cuales esbozaremos brevemente a continuación:

1) Primera Ola del “Regionalismo”.

La formación de la Comunidad Económica Europea o European Economic Community (EEC) en 1958 fue un parteaguas en la historia del regionalismo⁷. El “regionalismo europeo” fue concebido por los intereses de seguridad nacional de Francia. Dentro del contexto de la Guerra Fría, y la confrontación Este-Oeste, Francia buscó fortalecer sus vínculos comerciales con su aliado de guerra: Inglaterra. En 1955, Francia elaboró dos proposiciones: 1) Posible unión comercial entre Francia e Inglaterra, y 2) el requerimiento de Francia de formar parte de la British Commonwealth. Estos acercamientos fueron hechos añicos por razones de geopolítica. En el siempre importante y volátil Medio Oriente, en una jugada maestra por el control del Canal de Suez, el Jefe de Estado de Egipto, Gamal Abdel Nasser, derrotó a los ingleses en la lucha por tan importante arteria comercial; y en consecuencia se desvanecieron los planes de una unión comercial entre Francia y Gran Bretaña, a raíz de la pérdida británica del control de tan importante vía comercial.

Un año después, Francia se alió a Alemania, y juntos formaron la “European Coal and Steel Community” o “Comunidad Europea del Carbón y Acero”, que puso bajo una misma autoridad las industrias metalúrgicas francesas y alemanas, disminuyendo de esa manera las perspectivas de guerra entre ambas naciones⁸.

⁷ *Id.*, pag.17.

⁸ *Id.*

El Tratado de Roma (1958) obviamente no cumplía con el espíritu del Art.XXIV⁹, en el sentido de que excluía a todo un sector, el siempre importante sector agrícola. No obstante no cumplir con los requerimientos del Art.XXIV, dicho acuerdo fue aprobado en el seno del GATT debido a que estaba entre los intereses de los Estados Unidos tener una Europa fuerte, pro-mercado, anticomunista, como un frente o punta de lanza contra la Unión Soviética, dentro del contexto de la Guerra Fría¹⁰. Esto es otro claro ejemplo, de que a la hora de analizar los acuerdos comerciales, es imprescindible tener una visión holística de los mismos, dado que confluyen intereses diversos, desde aspectos puramente económico-comerciales hasta asuntos relativos a cuestiones de seguridad nacional e intereses geopolíticos.

El Acuerdo de la Comunidad Económica Europea, así como el EFTA (otro acuerdo comercial europeo pactado simultáneamente al de la Comunidad Económica Europea, liderado por Inglaterra como una forma de contrarrestar la naciente unión liderada por el eje franco-alemán¹¹) fueron tan solo dos de los 57 acuerdos de este tipo que se pactaron entre el período de 1955 a 1974¹². Tal y como plantea Carpenter: “Importantes eventos de carácter geopolítico y movimientos como el de la descolonización, el surgimiento de los ‘No Alineados’, y la promoción del paradigma para el desarrollo, mejor conocido, como el ‘modelo de sustitución de importaciones’, que fue desarrollado esencialmente durante el período de entreguerras, bajo la influencia del trabajo inicial del distinguido economista argentino Raúl Prebisch y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)”¹³, contribuyeron con la proliferación de acuerdos preferenciales de comercio. Estos acuerdos entre países que acababan de lograr su independencia, fueron motivados esencialmente por razones políticas más que estrictamente comerciales. Así vemos que el “Acuerdo Tripartito” entre Egipto, India y

⁹ Bhaghati, *supra* n.1, pag.22.

¹⁰ Carpenter, *supra* n.2, pag.17.

¹¹ Los siete miembros originales de la EFTA fueron Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza e Inglaterra. En Carpenter, *supra* n.2, pag.18.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

Yugoslavia, cuyos líderes fueron los “padres fundadores” del “Movimiento de los No Alineados”, contemplaba la reducción de un 50 por ciento de las tarifas de 193 productos¹⁴.

- Los primeros ejemplos de Regionalismo en América Latina.

En cuanto a América Latina y el resto de “países del tercer mundo”, también se abocaron a lograr una mayor integración comercial en la medida de sus posibilidades económicas.

En América Latina, el fenómeno del regionalismo ha estado presente de manera permanente desde las décadas de los 60 y 70. Luego de haber logrado los primeros avances en el proceso de producción económica, los líderes del hemisferio se fueron preparando para lograr mayores cuotas de mercado, atendiendo la limitación del tamaño de los mercados latinoamericanos, y asimismo, cambiar el paradigma económico regional a través de industrias de capital intensivo. En ese tenor, surgieron iniciativas como el Mercado Común Centroamericano, la Comunidad del Caribe (CARICOM), y la Comunidad Andina¹⁵. También surgieron iniciativas “pan-latinoamericanas”, destacándose el LAFTA (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio) y después la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), que pensó el establecimiento de un área de libre comercio y una unión aduanera, respectivamente, a través del otorgamiento de preferencias económicas regionales y bilaterales entre sus miembros¹⁶.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Tres de las 4 “uniones comerciales-aduaneras” en el hemisferio fueron creadas en las décadas de los 60-70: El Mercado Común Centroamericano (1961); la Comunidad Andina (1969); y la Comunidad Económica del Caribe (CARICOM) creado en 1973. El cuarto, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), fue creado en 1991 y entró en vigencia en 1995. En Carpenter, *supra* n.2, pag.19.

¹⁶ Establecida en 1960, el ALALC contaba con 11 miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. El Pacto Andino, que fue establecido 9 años después, fue supuestamente un ejemplo temprano de “building block” subregional con la tendencia a convertirse en un área de libre comercio. Nacido en 1980, el ALADI fue construido sobre los cimientos del ALALC, pero adoptó una aproximación más flexible para lograr el libre comercio entre las naciones, dado que permitió acuerdos subregionales y bilaterales de carácter limitado a parte de las preferencias regionales. En la actualidad el ALADI sirve como

2) Segunda y Tercera Ola del Regionalismo.

La “segunda ola” de regionalismo, como ha sido bautizada, por el profesor Bhagwati (1999), empezó a mediados de la década de 1980, con el lanzamiento de la Ronda de Uruguay. A juicio de los especialistas, dos elementos diferenciaban esta “segunda ola” de la “primera ola” de regionalismo. En primer término, el giro de 180 grados de los Estados Unidos, al pasar de un enfoque “multilateralista” a un enfoque “bilateralista”, negociando acuerdos preferenciales de comercio con distintos países alrededor del mundo. Este cambio de posición de los Estados Unidos, se debió en gran medida a la lentitud de las negociaciones multilaterales, al avance de Europa Occidental en negociaciones bilaterales en la medida que perfeccionaba su propia integración¹⁷, y también a la presión interna de empresas norteamericanas para lograr mejor acceso de mercados.

En el plano del hemisferio occidental, América Latina se abocó a un proceso que algunos denominan “regionalismo abierto”¹⁸, en la cual muchos de los países de la región efectuaron liberalizaciones comerciales de manera unilateral y multilateral. Dentro de ese marco de efervescencia por la liberalización comercial, surgió un bloque regional de suma importancia para el comercio en el hemisferio, así como también el comercio mundial: el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Es importante acotar, que todo este proceso se llevó a cabo dentro del contexto y aplicación de políticas de corte “neoliberal” en la región y siguiendo los lineamientos del denominado “Consenso de Washington”.

Asimismo, otro punto trascendental en esta ola del regionalismo, fue la concretización del NAFTA, el acuerdo de libre comercio entre Canadá, Estados

un “acuerdo-marco” para muchos acuerdos bilaterales y uniones aduaneras en el hemisferio, destacándose el MERCOSUR. En Carpenter, *supra* n.2, pag.19

¹⁷ *Id.*, pag.20.

¹⁸ *Id.*, pag.21.

Unidos de Norteamérica, y México. A juicio de Carpenter, “el NAFTA significó una aproximación revolucionaria al regionalismo en el hemisferio occidental, al materializar un acuerdo de libre comercio NORTE-SUR, entre socios comerciales con tantas asimetrías, con limitadas o prácticamente nulas preferencias para el menos desarrollado de ellos. Anterior al NAFTA, la integración comercial en América Latina usualmente significó acuerdos entre países en vías de desarrollo, y estos a su vez incluían tratos preferenciales entre sus miembros (por ejemplo, el ALADI). En adición, el NAFTA fue más allá que el tema fundamental de acceso a mercado, al incluir compromisos más profundos en toda una gama de temas comerciales, que respondió a un enfoque mexicano para atraer inversiones extranjeras.”¹⁹

3) Tercera Ola del Regionalismo

En cuanto a la “tercera ola” del regionalismo, la misma pueda resumirse como la continuación de este fenómeno a partir de la conclusión de la Ronda de Uruguay, y teniendo como modelo el proceso de integración política, económica, y comercial que han llevado a cabo los países miembros de la Unión Europea, que actualmente cuenta con 27 miembros.

2.- Breve explicación del vínculo del “Regionalismo” con el sistema multilateral de comercio: Artículo XXIV del GATT.

Una característica *sine qua non* de los acuerdos comerciales “regionalistas”, es su notificación a la Organización Mundial del Comercio, dentro del marco de las excepciones del Art.XXIV de la OMC, y la “Enabling Clause” o “Cláusula Habilitante”.

¹⁹ *Id.*

La fisonomía de la OMC o de cualquier acuerdo de libre comercio “regionalista” está basada en dos principios cardinales: 1) El principio de nación más favorecida; y 2) Principio de trato nacional.

A grandes rasgos se pueden resumir de la manera siguiente: 1) **El principio de nación más favorecida (NMF)** implica que los beneficios otorgados a un determinado miembro del acuerdo, deben otorgárseles a todos los demás miembros; 2) **El principio de trato nacional** por su parte sirve para garantizar igual trato entre un inversionista extranjero y un productor nacional.

El artículo I del GATT establece que “concesiones comerciales otorgadas a un miembro están supuestas a aplicarse inmediatamente y sin condiciones a todos los miembros del tratado”. En este artículo se consagra el principio de nación más favorecida en el principal tratado que regula el comercio mundial. A pesar de estar incorporado este principio como columna vertebral del sistema multilateral de comercio, se han acordado más de 550 acuerdos comerciales bilaterales desde el nacimiento del GATT, de los cuales 330 han entrado en vigencia, y de este número las 2/3 partes han sido notificados a la OMC²⁰.

Este dato empírico muestra la importancia del “regionalismo” en el comercio internacional, o en términos culinarios como lo pusiera el distinguido economista y profesor de la Universidad de Columbia, Jagdish Bhagwati, el mundo ha preferido ordenar un “spaghetti bowl”²¹ para satisfacer su apetito comercial.

Todo este problema se inicia con la concepción y redacción del Art.XXIV tanto en el “GATT de 1947” como en el “GATT de 1994”, donde se permitió a los Estados miembros formar “uniones aduaneras” y “áreas de libre comercio”, bajo la premisa de que a mayor integración entre las partes, mejor para el comercio mundial,

²⁰ *Id.*, pag.16.

²¹ Más adelante abordaremos el tema del Spaghetti Bowl, pero para una mejor comprensión, ver la obra del profesor Bhagwati: “Termites in the Trading System: How Preferential Agreements Undermine Free Trade”, Jagdish Bhagwati, Oxford University Press, 2008.

siempre y cuando “*el propósito no sea subir los aranceles al comercio con otras partes signatarias [del GATT]*”²².

Tanto en la práctica de la jurisprudencia comercial internacional, como en las obras de los doctrinarios, no se le pone tanta importancia a la cuestión netamente jurídica del Artículo XXIV, debido a que el mismo ha sido obviado por todos los miembros de la OMC, por diversas razones, tal y como hemos visto en la genealogía del “regionalismo” en el acápite anterior. Incluso, en el único caso que se ha ventilado de manera más extensa la cuestión del Art.XXIV en la OMC (Turquía vs Textiles Indios, o en inglés “*Turkey—Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*”), se da como bueno y válido que el acuerdo aduanero entre Turquía y la Unión Europa que fue demandado por la India por ser perjudicial para su industria textil. El panel de apelación de la OMC consideró que se cumplieron con los requisitos mandatorios del Artículo XXIV, y en consecuencia, no había necesidad de buscar o hacer un peritaje sobre el cumplimiento de los mismos²³. Un dato relevante y significativo que puede ayudar a explicar este “laissez faire” y “laissez passer” en la jurisprudencia comercial internacional, es el hecho de que tan solo Mongolia, es el único Estado en el mundo que no ha pactado un acuerdo de libre comercio.

En consecuencia, se da como un hecho válido que el “regionalismo” es un fenómeno bastante arraigado, y por consiguiente, lo importante es buscar las vías de avenencias con el multilateralismo. Abordaremos con más detalles este aspecto jurídico, cuando veamos lo concerniente a las posibles soluciones del Derecho Internacional Público a la disyuntiva del regionalismo vs multilateralismo.

Como breve resumen histórico de la inclusión del Artículo XXIV en el GATT, diversos especialistas e historiadores, han elaborado distintas hipótesis al

²² Artículo XXIV del GATT.

²³ Joost Pauwelyn, *Legal Avenues to ‘multilateralizing regionalism’: Beyond Article XXIV*, en *Multilateralizing Regionalism: Challenges for the Global Trading System*, Editado por Richard Baldwin y Patrick Low, Cambridge University Press, 2009, pag.369.

respecto, que muestran una vez más la interrelación del derecho comercial internacional con la geopolítica y política comercial. Por ejemplo, estos consideran que la inclusión del Art.XXIV y la definición de área libre comercio, “fue hecha para uniones aduaneras, parcialmente porque habían un número considerable de uniones aduaneras que estaban operando al momento en que se estaba redactando el GATT (incluyendo la unión Suiza-Liechtenstein); y en parte porque las uniones aduaneras debían permitirse porque recreaban algunos importantes elementos de las características singulares de una sola nación”²⁴.

Asimismo, el cientista político Kerry Chase, considera que el cambio de posición de los EEUU cuando se estaba negociando los términos del Art.XXIV dentro del marco de la negociación de la ITO, se debió en gran medida a que EEUU quería acomodar a la normativa internacional un acuerdo de libre comercio que estaba negociando de manera secreta con Canadá, el cual eventualmente fracasó²⁵.

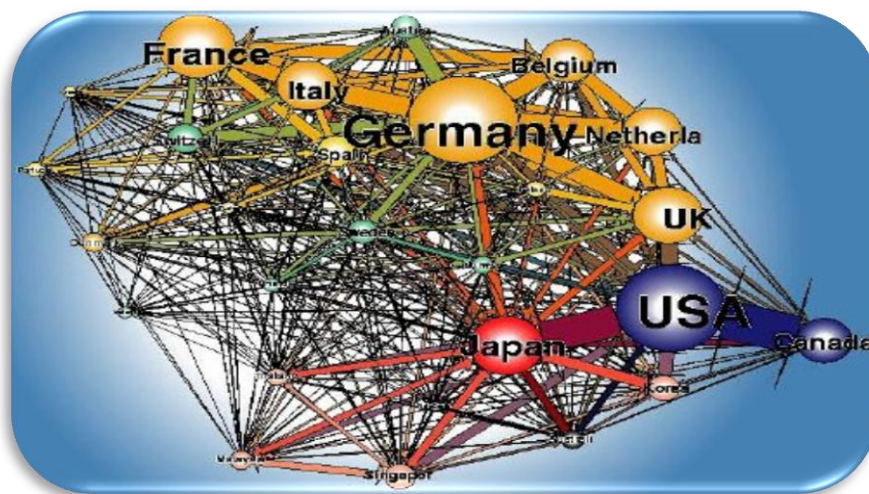
3.- Planteamiento de la problemática: El “Spaghetti Bowl” y la Disrupción del Comercio Mundial.

La proliferación de acuerdos preferenciales de comercio representa una realidad ineludible en el comercio mundial, y como tal, es un tema que genera pasiones encontradas entre académicos, abogados, economistas, hacedores de políticas públicas, etc. En ese tenor, hay varios críticos de este fenómeno, que consideran que el “regionalismo” no contribuye a la liberalización del comercio internacional, debido a que tan solo crea preferencias comerciales-arancelarias a los miembros de un determinado tratado comercial, en detrimento de todos aquellos que no formen parte del mismo. De esa manera, se han creado toda una madeja de acuerdos comerciales bilaterales denominada acertadamente por el profesor

²⁴ Criterio expresado por el Prof.Bhagwati en “Regionalism and Multilateralism: An Overview”, in J.Bhagwati, P.Krishna and A. Panagariya (eds.), *Trading Blocs: Alternative Approaches to Analyzing Preferential Trade Agreements*, Cambridge, MA: MIT Press. En Carpenter *supra* n.2, pag.16.

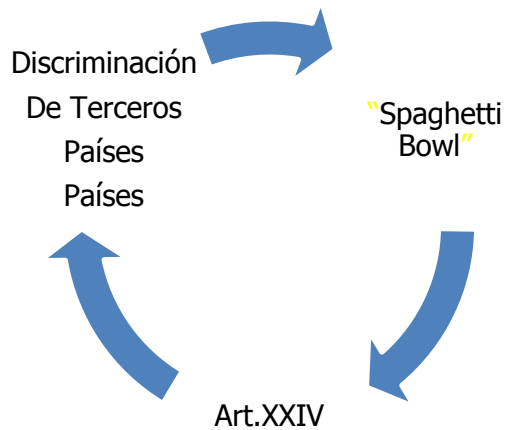
²⁵ Kerry A.Chase, “Multilateralism Compromised: The Mysterious Origins of GATT Article XXIV”, *World Trade Review*, Marzo de 2006, I-30.

Bhagwati como el **“Spaghetti Bowl”**²⁶, que contribuye de manera conspicua a provocar toda una disrupción del comercio mundial.



En el siguiente esquema, se puede ver gráficamente la lógica del planteamiento sobre el “Spaghetti Bowl”

Teorema de Bhagwati



²⁶ Bhagwati, *supra* n.1, pag.120.

Dos elementos claves para entender el concepto de “spaghetti bowl” y sus repercusiones en el comercio mundial, lo son: 1) Unión Aduanera, y 2) Tratados de Libre Comercio. En la siguiente tabla, explicamos de manera sucinta las diferencias entre uno y otro:

Tratados de Libre Comercio (TLCs)	Unión Aduanera (UA)
<ul style="list-style-type: none"> • Dos o más territorios aduaneros entre los que se eliminan aranceles y restricciones para lo esencial de los intercambios de productos originarios de ellos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Sustitución de dos o más territorios aduaneros por uno solo, donde: 1) Los aranceles y otras restricciones entre los territorios constitutivos se eliminan para lo esencial de los intercambios; 2) Los aranceles y restricciones respecto de terceros son sustancialmente idénticos (política comercial común).
<ul style="list-style-type: none"> • Constituyen la inmensa mayoría de los acuerdos comerciales a nivel internacional. Más de 350. 	<ul style="list-style-type: none"> • Solo existen dos a nivel mundial: La Unión Europea (paradigma de unión aduanera e integración comercial), y el MERCOSUR.
<ul style="list-style-type: none"> • Son más fáciles de concretar. 	<ul style="list-style-type: none"> • Debido a la complejidad de factores envueltos para formar la unión, son mucho más difíciles de concretar.
<ul style="list-style-type: none"> • Menor dificultad respecto al 	<ul style="list-style-type: none"> • Son más difíciles de establecer

establecimiento de tarifas comerciales con relación a terceros.	las tarifas comerciales con relación a terceros.
---	--

En estos dos grandes grupos es que se aglutinan todos los “acuerdos preferenciales de comercio” a nivel mundial, por lo que conocer su tipología ayuda bastante para distinguir uno del otro, no obstante al ser ambos componentes sine qua non a la hora de preparar el “spaghetti bowl”.

Algo que caracteriza a estos “acuerdos preferenciales de comercio” es que los mismos pueden ser pactados sin importar las asimetrías que existan entre los signatarios en distintos campos, tales como la economía, capacidad de infraestructura, tamaño del mercado, flujo comercial, etc. De esa manera, podemos ver acuerdos de libre comercio agrupados entre grupos de países desarrollados—desarrollados, subdesarrollados—subdesarrollados, y desarrollados—subdesarrollados.

Por lo que es importante abordar las razones que puedan explicar la causalidad del porque Estados más homogéneos en términos de desarrollo pactan entre ellos, o con Estados subdesarrollados, y viceversa.

A esos fines, veamos algunos de los factores del por que los Estados sin importar su nivel de desarrollo, pactan acuerdos preferenciales de comercio. En primer lugar veremos las razones por las cuales los Estados subdesarrollados pactan TLCs entre ellos, y en segundo término, abordaremos las razones por las cuales existen acuerdos entre Estados con una asimetría bastante marcada en términos de desarrollo económico-comercial.

- Factores para la concretización de Tratados de Libre Comercio entre Estados Subdesarrollados:

- 1) El temor a la competencia con un nivel superior de desarrollo. Es la denominada teoría del “Triciclo” del Prof. Bhagwati, el cual utiliza la analogía de que “antes de andar en bicicleta, primero hay que aprender andar en un triciclo”, para explicar el temor de países en desarrollo de abrir sus mercados a la competencia brutal de países desarrollados, por lo que prefieren competir con Estados a nivel similar de desarrollo.
- 2) Algunos países subdesarrollados consideran que pactando acuerdos de libre comercio entre ellos mejoraría su capacidad de negociación a nivel micro (regional) y a nivel macro (internacional). Este fue un factor esencial para la formación del bloque del MERCOSUR.
- 3) El celo y preocupación por países “emergentes” como Brasil, China, India, Sudáfrica, respecto a la captación de mercados de países subdesarrollados por países más avanzados tales como la Unión Europea, Estados Unidos, y Japón. Este argumento sirvió de base para la formación del G-20 en la cumbre ministerial de la OMC en Cancún, México.
- 4) El factor lo que el “mono ve, el mono hace”. Ningún país desea que un vecino o competidor regional tenga una ventaja de acceso a mercado sobre el. Además, el hecho significativo de que dos de las principales economías del mundo, Estados Unidos y la Unión Europea, sean los principales promotores del “regionalismo”. En ese tenor, el Prof. Bhagwati ironiza que “es muy difícil que algún profesor o especialista vaya a donde un ministro de comercio o a un jefe de Estado y le diga que no deberían abocarse a pactar acuerdos preferenciales de comercio, ya que es muy probable que le digan a esa persona que mejor vuelva a la Universidad donde imparte docencia”.
- 5) Inseguridad por el debilitamiento de la “Ronda de Doha”. Firmar acuerdos de libre comercio bilaterales o plurilaterales, representa una “póliza de seguros” ante el estancamiento en que se encuentra la actual ronda de

comercio multilateral. Este el caso por el cual Singapur y la China firmaron TLCs con EEUU entre otros países²⁷.

Respecto a los factores que confluyen para firmar acuerdos de libre comercio, entre países desarrollados y subdesarrollados, o denominados “Tratados Hegemónico-Céntricos” por el Prof. Bhagwati, vale la pena mencionar los siguientes:

- 1) Para algunos países subdesarrollados o emergentes en algunos casos, el principal motivo es de seguridad nacional. Esta frase acuñada por el enigmático ex primer ministro de Singapur, Lee Kuan Yew, lo resume todo: “Japón fue malvado en Asia durante la Segunda Guerra Mundial, China lo será cuando el tiempo sea apropiado; no podemos permitir que los EEUU se salgan de Asia”.
- 2) Proveería mayor credibilidad a las reformas económicas implementadas, mejor reconocimiento internacional, y mayor flujo de capitales. Esta fue una de las razones por las cuales México se incorporó al NAFTA.
- 3) Competencia entre países subdesarrollados por evitar distorsión del comercio en el mercado del “país hegemónico”. Este factor ha sido esgrimido por la República Dominicana en lo referente al DR-CAFTA, así como también por Malasia y Singapur dentro del marco de la dinámica comercial en el sudeste asiático.
- 4) Retaliaciones contra otro TLC. Dos buenos ejemplos lo representan el caso de los EEUU frente a la política de la Unión Europea, y el caso de la Asociación de Países del Sudeste Asiático frente la política de EEUU hacia América Latina y el Caribe.
- 5) A juicio del Prof. Bhagwati, el principal motivo para los TLCs de este tipo, es la promoción de temas ajenos al libre comercio. En ese tenor, el prolífico autor y economista argumenta como ejemplos: La presión de los “lobbies” norteamericanos para incluir cláusulas laborales, medioambientales, y de

²⁷ *Id.*, pags.41, 42, y 43.

protección a la propiedad intelectual en los TLCs. De manera concreta menciona el caso del TLC entre Perú-EEUU²⁸, y nosotros agregamos que es similar lo referente al Capítulo 16 (Laboral) del DR-CAFTA, como a las negociaciones que se están llevando a cabo respecto a los TLCs entre USA-Colombia, y USA-Panamá.

4.- Yuxtaposición del Regionalismo y el Multilateralismo en los Mecanismos de Resolución de Disputas: Soluciones del Derecho Internacional Público al conflicto entre normas de los Tratados de Libre Comercio y la OMC.

Como mencionamos anteriormente, hablar de la aplicación de las disposiciones del Art.XXIV de la OMC en términos prácticos y jurídicos no tiene ningún sentido, ya que desde los inicios de la aplicación del GATT en 1948, y posteriormente bajo la tutela de la OMC, se han obviado sus principios más elementales referentes a la rigurosidad de pactar acuerdos de libre comercio entre los Estados miembros sin violentar el comercio multilateral.

Tomando en consideración que existen en la actualidad más de 330 tratados de libre comercio (2/3 partes de éstos notificados a la Secretaría General de la OMC), con la excepción de Mongolia, que no ha firmado ningún tratado de este tipo, prácticamente todos los Estados miembros se han “hecho de la vista gorda” respecto a los requisitos del Art.XXIV. De la misma manera, se ha pronunciado el Organismo de Apelación de la OMC, cuando se le planteó la cuestión, como fue el caso de *Turquía-Textiles*.

En dicho caso, el Organismo de Apelación consideró sin mayores investigaciones, que el acuerdo que creó la unión aduanera entre la Unión Europea y Turquía, cumplía con los requisitos del Art.XXIV del GATT. Asimismo, el importante órgano de la OMC también evadió el estudio del MERCOSUR como unión aduanera y el

²⁸ *Id.*, pags.44,45, 46, y 47.

cumplimiento de éste con los requisitos del Art.XXIV del GATT, en el caso *Brasil-Tyres*²⁹.

Por consiguiente, lo más productivo y eficiente para el sistema mundial del comercio es buscar las vías de incluir o “yuxtaponer” los acuerdos de integración económica regional con el sistema multilateral de comercio representado en la OMC, en general, y sus respectivos mecanismos de resolución de disputas en particular.

El “spaghetti bowl” que tan bien acuñó el distinguido economista y profesor de la Universidad de Columbia, Jagdish Bhagwati, estará en el “menú comercial internacional” quiérase o no. Lo importante ahora es ver como aminorar el “plato” tratando de distribuir de la manera más eficiente los espacios legales y comerciales entre el “regionalismo” y el “multilateralismo” comercial.

A estos fines, luego de analizar la doctrina y la jurisprudencia en la materia, consideramos como la forma más factible y práctica la “fórmula Pauwelyn” de integración de los mecanismos de resolución de disputas entre los acuerdos bilaterales y el sistema de la OMC, utilizando como “entes forjadores” de la integración los principios generales del Derecho Internacional Público.

Con gran destreza e ingenio jurídico, el profesor Pauwelyn ha elaborado “8 reglas” que permiten la “sinergia” entre el “regionalismo” y el “multilateralismo” respecto a los mecanismos de resolución de disputas. Esto es lo que llamamos la “Fórmula Pauwelyn” o en términos simples la utilización de normas del Derecho Internacional Público y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para resolver las contradicciones entre estos mecanismos de resolución de disputas, tan utilizados a nivel internacional.

²⁹ Pauwelyn, *supra* n.22, pag.369.

Veamos de manera sumaria cada una de estas reglas y su posible aplicación a casos concretos:

- **Regla #1: “Todos los tratados son iguales, en principio”.**

Dado que no existe una jerarquía de normas en el Derecho Internacional Público (con la excepción de las normas de *jus cogens*, tal cual están establecidas en los arts.53-64 de la Convención de Viena) todos los tratados tienen el mismo valor jurídico. Por ejemplo, el DR-CAFTA tiene 7 miembros, y la OMC 151, el hecho de que la matrícula de la OMC sea más numerosa que la del DR-CAFTA no le otorga un valor superior en términos jerárquicos al acuerdo de la OMC.

- **Regla #2: “Un tratado puede afectar solo a las partes que lo han pactado”. Art.26 de la Convención de Viena (*Pacta Sunt Servanda*).**

Siguiendo esta misma lógica, un tratado no puede crear obligaciones para un tercero sin su consentimiento. (Art.34 de la Convención de Viena). Ej.: En el hipotético caso de un conflicto entre dos Estados, en los cuales uno de ellos es signatario de dos Acuerdos (un TLC y el GATT); el acuerdo que vincula a las dos partes prevalece sobre el acuerdo que vincula tan solo a una de las partes.

Un caso concreto es el de *Brasil-Tyres*³⁰. En este caso, Brasil trató de justificar su no cumplimiento de sus obligaciones estipuladas en los acuerdos de la OMC, alegando los compromisos asumidos en el MERCOSUR. La otra parte (Unión Europea), no es miembro del MERCOSUR, en consecuencia, las reglas de la OMC prevalecieron sobre las contempladas en el acuerdo del MERCOSUR.

³⁰ Ver resumen del caso en el siguiente link:
http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds332sum_e.pdf

- **Regla #3: “Cuando los tratados pudieran diferir, existe una presunción contra el conflicto”.**

Este es el “principio de integración sistémica”, confirmado en el Art.31.3 (c) de la Convención de Viena. Dicho artículo estipula que un tratado debe interpretarse de una forma que tome en cuenta “otras reglas importantes del derecho internacional aplicable a las relaciones de las partes”. Este artículo sería una especie de “fuerza centrípeta” a la excesiva fragmentación del derecho internacional.

- **Regla #4: “Un tratado pudiera sugerir que es subordinado o que prevalece sobre otro tratado”.**

Esta regla es bastante útil ya que sirve de complemento de la regla anterior, en el sentido de que es plausible su aplicación cuando no se pueda utilizar el “principio de integración sistémica”, ya que estipula que un tratado puede estar por debajo o encima de otro, evitando cualquier futura colisión o pugna entre los mismos. Por ejemplo, el NAFTA en su Art.103.2 establece que a menos que no lo indique, el NAFTA prevalece sobre el GATT. O por el contrario, el TLC USA-Corea del Sur, en su art.1.2.2. contempla que dicho TLC se mantiene sujeto a “cualquier obligación legal internacional entre las partes que provea un trato más favorable (...) que el trato que provee este Acuerdo.”

- **Regla #5: “Un tratado es válido y legal a menos que sea declarado lo contrario”.**

Un acuerdo multilateral puede establecer que acuerdos bilaterales o regionales firmado por las partes miembros del acuerdo multilateral, bajo ciertas condiciones, puede ser prohibido (Art.41.1. de la Convención de Viena). El caso por antonomasia que ilustra esta regla es el Art.XXIV del GATT, que en combinación con el principio de NFM, prohíbe acuerdos discriminatorios bajo el formato de

Uniones Aduaneras y TLCs. No obstante, tal cual mencionamos anteriormente, que por razones político-históricas, ninguno de este tipo de “acuerdos discriminatorios” han sido declarados en violación de los requisitos estipulados en el Art.XXIV del GATT.

- **Regla #6: “A menos que sea estipulado, un tratado ‘nuevo’ prevalece sobre un tratado ‘anterior’”. (Art.30 de la Convención de Viena).**

Por vía de consecuencia, de esta regla se puede inferir que un tratado firmado “recientemente” prevalece sobre aquel firmado “en el pasado”.

- **Regla #7: “Una disposición más específica prevalece sobre una disposición más general”.**

Esta regla es el principio general de derecho que estipula que la “*lex specialis*” prevalece sobre la “ley general”. Un problema que puede surgir es un conflicto entre la Regla 6 y 7, en cuanto a acuerdos “específicos” y “generales”, pero firmados en distintos tiempos.

Una posible solución ante esta hipótesis de conflicto sería verificar que no hay un genuino conflicto entre dos reglas en caso que una regla general formada más tarde en el tiempo no se refiere de manera específica a una regla general pactada anteriormente. El art.30 de la Convención de Viena, que establece que “la regla de ‘último en el tiempo’, aplica limitadamente solo a tratados sucesivos sobre la misma materia”³¹.

En resumen, una disputa entre la Regla 6 y 7 tendría que verse “caso por caso”.

³¹ A modo de ejemplo, ver caso *US-Upland Cotton* en el siguiente link:
http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds267sum_e.pdf

- **Regla #8: “Los Paneles de Resolución de Disputas solo pueden encontrar violaciones bajo sus respectivos tratados; no obstante, esto no significa que otros tratados sean irrelevantes.”**

De manera breve, la regla 8 se puede manifestar estableciendo que los paneles de la OMC solo pueden encontrar violaciones dentro del marco de los acuerdos de la OMC, aunque pudieran referirse a otras normativas del derecho internacional (por ejemplo, referirse a otros tratados de libre comercio). Y viceversa, un panel constituido dentro del marco de un TLC, pudiera aplicar o interpretar los acuerdos de la OMC de manera supletoria. Esto sería también una especie de aplicación de la máxima del “principio de integración sistémica” del derecho internacional.

En el caso *México-Soft Drinks*³², el Órgano de Apelación de la OMC, dejó abierta la posibilidad para que las partes del NAFTA pudieran interpretar dicho tratado en conjunto con las provisiones de la OMC, o como una defensa contra la violación de los acuerdos de la OMC. No obstante, rechazó encontrar aspectos que se refirieran a la violación del NAFTA, ya que por asunto de jurisdicción o *ratione loci*, solo se refirió a los acuerdos de la OMC.

Otro ejemplo lo es el caso *Canadá-Agricultural Products*³³. Un panel constituido dentro del marco del Cap.XX del NAFTA se refirió extensamente a los acuerdos de la OMC respecto a su interpretación y aplicación de las disposiciones del NAFTA entre Canadá y USA. El panel esencialmente internalizó la lógica subyacente de la OMC respecto a las preferencias por tarifas sobre barreras no-tarifarias en el sistema del NAFTA, y rechazó el reclamo de USA de que las nuevas tarifas impuestas por Canadá como resultado de sus obligaciones con el Acuerdo sobre Agricultura de la OMC violaba las obligaciones anteriormente

³² Ver resumen del caso en el siguiente link:

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds308sum_e.pdf

³³ Ver reporte del Organo de Apelación de la OMC en el siguiente link:

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/103abr_e.pdf

contraídas por Canadá bajo la cláusula de tarifas fijas del NAFTA (tariff standstill clause).

Si utilizamos la “Fórmula Pauwelyn” para encontrar una posible solución para integrar las interpretaciones de los paneles de la OMC y el de los acuerdos bilaterales-regionales de libre comercio, se puede establecer lo siguiente:

- 1) Sólo los paneles de la OMC pudieran encontrar violaciones al cuerpo legal de la OMC; y solo los paneles de los TLC pudieran encontrar violaciones a la normativa de los mismos (distinción entre la cuestión de jurisdicción, e interpretación de la “ley relevante”).
- 2) Ningún miembro de la OMC pudiera ser vinculado a un TLC--o una interpretación o aplicación de las reglas de la OMC con referencia a un TLC en particular--que dicho miembro no haya acordado o suscrito.

Un buen ejemplo de ampliación del “radio de interpretación” lo es el Cap.XI del NAFTA respecto a la protección de los inversionistas. Los Arts.1116 y 1117 restringen a la jurisdicción de los paneles arbitrales del NAFTA a ciertas violaciones del Cap.XI del mismo. No obstante, el Art.1130, intitulado “la ley que rige o ‘governing law’”, estipula: “Un tribunal establecido bajo este capítulo puede decidir los asuntos en disputas de acuerdo a lo que establece este acuerdo (NAFTA) y a las reglas aplicables del derecho internacional”³⁴.

³⁴ *Id.*, pags.373-381.

5.- Conclusiones.

Este breve ensayo trató de explicar lo más conciso posible una problemática del Derecho Comercial Internacional que constituye uno de los debates contemporáneos más interesantes de la materia. ¿Cómo integrar los tratados de libre comercio de manera armónica al sistema multilateral de comercio representado por la OMC? ¿Qué hacer con temas específicos, tales como homogeneizar los procedimientos de resolución de disputas sobre materias que pueden ser resueltas utilizando los mecanismos correspondientes establecidos tanto en acuerdos comerciales regionales como en el del sistema de resolución de disputas de la OMC? Estas son preguntas que tienen respuestas complejas en constante elaboración, que requerirán todavía bastante tiempo para tratar de “codificar” tópicos tan disímiles y a la vez tan relacionados como los mencionados en este artículo.

No obstante, podemos expresar con plena confianza que el regionalismo puede ser saludable para el sistema multilateral de comercio, tomando en cuenta que a pesar de la importancia que tiene la OMC, como organización internacional que trata de promover los flujos comerciales internacionales, la labor de los Estados como “*primus inter pares*” en las relaciones económicas internacionales, todavía será crucial para la sostenibilidad del comercio mundial. Ante la inseguridad de la conclusión de la Ronda de Doha, el colapso de negociaciones “multilaterales” de largo alcance como el ALCA; los acuerdos regionales al estilo del DR-CAFTA, NAFTA o el MERCOSUR, seguirán jugando un rol de pivote en la configuración del marco regulatorio del comercio entre los Estados. Por consiguiente, lo importante es tratar de incorporar aún más a dichos acuerdos al sistema multilateral del comercio, utilizando los elementos del Derecho Internacional Público, como una forma de avanzar en la “sistematización” a nivel internacional de las normas comerciales internacionales y sus sistemas de resolución de disputas, permitiendo de esa manera, que los Estados puedan tener distintas opciones que sean más eficientes en términos de costos-tiempo, jurisprudencia-

marco regulatorio, y efectividad del mecanismo de resolución de disputas, según el caso.

En adición, consideramos que promover la “armonización” de las reglas entre los acuerdos de integración económica regionales y la OMC debe ser el camino a tomar en cuenta a la hora de sentarse a negociar los futuros acuerdos regionales, así como también en la Ronda de Doha y futuros acuerdos multilaterales. Negar lo que ha sido la práctica comercial desde los inicios del GATT de pactar acuerdos regionales de comercio de manera simultánea a los acuerdos multilaterales, sería negar la historia contemporánea de las relaciones económicas internacionales. Por tanto, lo que debe prevalecer es el “sentido común y práctico” de utilizar de manera sistémica las herramientas que nos provee el Derecho Internacional Público a la hora de tratar de integrar lo mejor de los acuerdos comerciales regionales con los aspectos medulares de la OMC.

Finalmente, en cuanto a la resolución de disputas entre Estados miembros de la OMC y que a su vez sean parte de algún acuerdo de integración económica regional, entendemos que no debe verse como un proceso de “suma-cero” ni contrapuesto entre los mecanismos de resolución de disputas, sino que la tendencia debe ser a verse como un proceso “complementario” y yuxtapuesto, donde prevalezca siempre el “interés superior de las partes” de solucionar sus diferendos con el mayor abanico posible de soluciones jurídicas disponibles. De esa manera, se contribuye a crear un sistema internacional de resolución de disputas basado más en la *lógica del derecho*, que en la *lógica del poder económico-comercial*.