



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Escuela de Graduados

FRAGMENTACION DEL DERECHO INTERNACIONAL A LA LUZ DE LA “SOFTWOOD LUMBER DISPUTE”

*Actividad formativa equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster con mención
en Derecho Económico*

Autor:

CRISTIAN ANDRES SALAS HOERNIG

Profesor Guía:

ELINA MEREMINSKAYA

Santiago, Chile.

Enero 2008

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCION _____ *¡Error! Marcador no definido.*

**I. CONTEXTO INSTITUCIONAL DEL PROBLEMA: REGIONALISMO Y
MULTILATERALISMO** _____ *¡Error! Marcador no definido.*

II. REFERENCIAS PRELIMINARES _____ *¡Error! Marcador no definido.*

1.- Materia objeto de la “Softwood Lumber Dispute”:__ *¡Error! Marcador no definido.*

2.- Regulación Antidumping de US: _____ *¡Error! Marcador no definido.*

III. EL CASO EN SEDE DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO *¡Error! Marcador no definido.*

1.- Antecedentes de la OMC: _____ *¡Error! Marcador no definido.*

1.1.- Institucionalidad: _____ *¡Error! Marcador no definido.*

1.2.- Mecanismo de solución de controversias: _____ *¡Error! Marcador no definido.*

1.3.- ¿Cuánto tarda en resolver una diferencia? _____ *¡Error! Marcador no definido.*

1.4.- Órgano Competente: _____ *¡Error! Marcador no definido.*

2.- Explicación del caso en sede de WTO: _____ *¡Error! Marcador no definido.*

3.- Estado actual de la disputa: _____ *¡Error! Marcador no definido.*

**IV. EL CASO EN SEDE DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA
DEL NORTE** _____ *¡Error! Marcador no definido.*

1.- Antecedentes del NAFTA: _____ *¡Error! Marcador no definido.*

1.1.- Institucionalidad: _____ *¡Error! Marcador no definido.*

1.2.- Mecanismo de solución de controversias: _____ *¡Error! Marcador no definido.*

1.3.- ¿Cuánto tarda en resolver una diferencia? _____ *¡Error! Marcador no definido.*

2.- *Explicación del caso en sede de NAFTA:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

3.- *Estado actual de la disputa:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

V. EL FENÓMENO DE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO

INTERNACIONAL _____ ¡Error! Marcador no definido.

1.- *Legalidad de los Acuerdos Comerciales Regionales:* ¡Error! Marcador no definido.

2.- *Efectos de la fragmentación del derecho internacional:* ¡Error! Marcador no definido.

2.1.- *“Forum shopping”:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

2.2.- *Conflicto de normas:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

2.3.- *Conflicto de jurisdicción:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

VI. ANÁLISIS DE “SOFTWOOD LUMBER DISPUTE” ¡Error! Marcador no definido.

1.- *Análisis a la luz del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional:* ¡Error! Marcador no

2.- *Análisis en relación al “forum shopping”:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

3.- *Análisis respecto al conflicto de normas:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

4.- *Análisis respecto al conflicto de jurisdicción:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

5.- *Conclusión del Capítulo VI:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

5.1.- *Resultado del análisis del caso:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

5.2.- *Marco normativo aplicable:* _____ ¡Error! Marcador no definido.

CONCLUSION: _____ ¡Error! Marcador no definido.

BIBLIOGRAFIA _____ ¡Error! Marcador no definido.

RESUMEN

Con ocasión del conflicto "*Softwood Lumber Dispute*" entre Canadá y Estados Unidos, es posible analizar lo que se conoce como la fragmentación del derecho internacional. La fragmentación es producto de la aparición de regímenes de derecho internacional distintos e independientes; en el caso concreto que estudiaremos, estos regímenes corresponden al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y a la Organización Mundial de Comercio (OMC). Como consecuencia de la disputa, se vieron obligados a coexistir estos dos acuerdos comerciales, y por ende, a la disputa surgida le fueron aplicables, como resultado, dos cuerpos normativos distintos e independientes. Esto provocó consecuencias que salen del marco teórico de la fragmentación del derecho internacional, toda vez que hubo problemas de índole práctica que tuvieron que resolverse.

INTRODUCCION

El presente trabajo, consiste en una actividad formativa equivalente a la tesis, por lo que la orientación central se dará en el ámbito práctico, sin perjuicio de analizar su trasfondo doctrinario. Así, hemos tomando como ejemplo una disputa suscitada entre Canadá y Estados Unidos.

El caso seleccionado tuvo su origen en la importación de madera blanda para la construcción proveniente del Canadá y cuyo destino correspondía a los Estados Unidos; doctrinariamente, esta disputa se la denomina como "*Softwood Lumber*".

La importancia de este caso para los efectos de nuestro estudio, es que se vieron relacionados dos tratados internacionales. El primero de estos tratados corresponde a aquél que establece la Organización Mundial del Comercio (en adelante WTO por sus siglas del inglés), cuyo ente encargado de resolver las disputas se denomina "Órgano de Solución de Diferencias"; el segundo de los tratados corresponde al "Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante NAFTA).

Al verse relacionados dos tratados distintos en el caso "*Softwood Lumber*", nos permite ilustrar el fenómeno de la fragmentación del derecho internacional, el cual corresponde al tema doctrinario de nuestro trabajo. De este fenómeno se pueden desprender tres consecuencias: la primera de ellas corresponde al "*forum shopping*", entendiéndose por tal la posibilidad de que los estados que se vean envueltos en una disputa que tenga como origen una materia regulada por dos tratados, puedan elegir una de manera discrecional el foro al cual llevarán el caso para su solución; la segunda corresponde al conflicto de normas, es decir, que dos o más cuerpos normativos sean aplicables de una manera sustantiva a la solución de la controversia; y finalmente, una tercera consecuencia es el conflicto de jurisdicción, entendiéndose por tal, el conocimiento de la disputa por parte de dos tribunales distintos.

Tenemos que agregar que consideramos esta temática como fundamental en las relaciones internacionales, pues en el ámbito de la solución de controversias, al existir una multiplicidad de foros competentes a los cuales es posible de recurrir para buscar una solución a las disputas, un mismo caso puede ser llevado ante distintos foros. El principio de la buena fe también está en juego en esta materia: parte de la doctrina sostiene que no es posible que los estados tengan una libertad absoluta en cuanto a seleccionar un foro, pues además, sería una violación al principio de la seguridad jurídica.

Igualmente, pretenderemos resolver si es o no admisible que dos o más ordenamientos jurídicos regulen una misma materia, o que dos o más foros resuelvan de una misma disputa. Así como en el derecho nacional existen reglas procesales acerca de la competencia de los tribunales, pretendemos estudiar si en el ámbito internacional existen normas y principios análogos.

Hemos dividido el trabajo en seis capítulos. En el primero de ellos estudiaremos el regionalismo y el multilateralismo con la finalidad de mostrar como interactúan los tratados internacionales entre sí, y de esta manera dar el contexto institucional dentro del cual se desarrolla la fragmentación del derecho internacional.

El Capítulo II lo hemos denominado de una manera general como “referencias preliminares”, pues incluye dos temas que a pesar de no ser parte central de la materia en estudio, hemos considerado necesario contemplarlos para entender los siguientes capítulos que componen este trabajo. Un primer tema consiste en el marco comercial dentro del cual se sitúa la “Softwood Lumber Dispute”; y el segundo, en la legislación antidumping adoptada por US.

Los Capítulos III y IV se refieren a la disputa en sí. El primero de estos capítulos detallan el proceso ante el OSD de WTO, mientras que el segundo, ante el NAFTA. En ambos casos nos detendremos a estudiar como son regulados los procedimientos de solución de controversias en cada uno de estos tratados.

Contando con el marco práctico, nos encontraremos en condiciones de estudiar la dogmática tras el fenómeno de la fragmentación del derecho internacional, tema que abordaremos en el Capítulo V. Además, en este mismo título nos avocaremos al estudio de los efectos del fenómeno de la fragmentación.

Finalmente, el objeto del Capítulo VI consiste en enlazar el marco práctico con el teórico, es decir, analizaremos como se aplica la dogmática de la fragmentación del derecho internacional a la disputa “*Softwood Lumber*”. Además, en este capítulo estudiaremos las herramientas que contemplan WTO y NAFTA para precaver los problemas que surgen de la fragmentación.

I. CONTEXTO INSTITUCIONAL DEL PROBLEMA: REGIONALISMO Y MULTILATERALISMO

“En un mundo unido en su destino, pero fragmentado en su estructura, la interdependencia y las necesidades de cooperación inducen a los Estados a celebrar tratados para muy diversos fines [...]”¹.

Con esta cita del autor Santiago Benadava, queremos ejemplificar como ningún país, por pequeño o grande que sea, puede sustraerse al compromiso de cooperación en el campo internacional, puesto que nadie, por sí solo, puede resolver la cantidad de problemas comunes que enfrentan los estados; y así como tampoco ninguno de estos problemas pueden encontrar una solución al margen de la concurrencia de los estados en una cooperación organizada y establecida por ellos². Es lo que se ha dado en llamar la interdependencia de los estados, o en términos de post Guerra Fría, la globalización. Por ello, la razón de ser de este actuar común de los estados, o interdependencia, es la búsqueda de soluciones concertadas entre los estados a sus problemas comunes, ya sea de forma particular y directa mediante la celebración de tratados, o ya sea mediante su participación en los organismos internacionales para problemas que los afectan por medio de una acción cooperativa.

Lo que describimos anteriormente como una interdependencia, se inserta en lo que se denomina como “integración”. Un primer acercamiento a este concepto, consiste en aquél que lo define como “la acción y efecto de integrar o integrarse, constituir las partes un todo, completar un todo con las partes que faltaban, unirse a un grupo para formar parte de él”³. Otra definición más elaborada es aquella dada por León Lindberg, quien señala que la integración corresponde a “los procesos por los

¹ BENADAVA, SANTIAGO. *Derecho Internacional Público*. Ed. Lexis Nexis, 8º ed., Santiago, 2004. Pp. 24.

² FIGUEROA PLA, ULDARICO. *Organismos Internacionales. Funcionamiento y actividades*. Ed. Lexis Nexis, 1º ed., Santiago, 2002. Pp. 2.

³ Diccionario de la Real Academia Española.

cuáles las naciones anteponen el deseo y la capacidad para conducir políticas exteriores e internas clave de forma independiente entre sí, buscando por el contrario tomar decisiones conjuntas o delegar su proceso de toma de decisiones a nuevos órganos centrales”⁴.

En cuanto a su alcance, la integración puede ser multilateral o regional, dependiendo de la cantidad o especificidad de los estados participantes. El multilateralismo clásico es el referido en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Este acuerdo firmado inicialmente por 23 estados en Ginebra durante el año 1947, tenía como objetivo alcanzar según señala su artículo primero, “*acuerdos recíprocos y mutuamente ventajosos dirigidos a la substancial reducción de aranceles y otras barreras al comercio y la eliminación de tratamiento discriminatorio en el comercio internacional*”. De este artículo, es posible desprender que el multilateralismo es el “sistema global de comercio internacional que busca reducir los impedimentos al intercambio de bienes y servicios”⁵.

En cuanto al regionalismo, para un primer acercamiento corresponde a la definición que se refiere a éste como “un movimiento de dos o más sociedades hacia una mayor integración de sus soberanías. Su objetivo es la explotación de las fortalezas colectivas de los participantes frente al resto del mundo”⁶. Otra definición es la tomada de WTO, la cual se refiere al regionalismo como “las medidas adoptadas por los gobiernos para liberalizar o facilitar el comercio sobre una base regional, en

⁴ LINDBERG, LEÓN. *La fuerza de la nueva integración centroamericana*. Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL. 2000. Pp. 10.
En: www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/9569/L443.pdf
Visitada el 05 de mayo del 2007.

⁵ ARIAS ARBELAEZ, FABIO ALBERTO. *Notas sobre Globalización e Integración Económica*. Revista Académica e Institucional de la UCPR, Edición 57. Colombia, 2000.
En: <http://www.ucpr.edu.co/paginas/revista57/notassobreglobalizacion.htm>
Visitada el 04 de abril del 2007.

⁶ WTO. *Acuerdos comerciales regionales: Alcance de los ACR*.
En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/scope_rta_s.htm
Visitada el 14 de marzo del 2007.

ocasiones mediante zonas de libre comercio o aduaneras”⁷. Es decir, la regionalización corresponde a “un movimiento de dos o más sociedades hacia una mayor integración de sus soberanías”⁸.

En cuanto al proceso de regionalización en sí, se reconocen las siguientes modalidades según su menor o mayor intensidad: **1. Área de libre comercio**: donde los países participantes liberan su comercio de manera recíproca y conservan la autonomía en todo lo demás; **2. Unión aduanera**: además, incluyen un arancel común frente al resto del mundo; **3. Mercado común**: cuando existe libre movilidad de factores productivos entre los países miembros; **4. Unión económica y monetaria**: sí coordinan políticas microeconómicas y macroeconómicas y adoptan una moneda común; **5. Federación**: que abarca la integración política.

Como señalamos, tanto el multilateralismo como la regionalización son formas de integración. La diferencia se produce en que cuando la integración se presenta en forma parcial, es decir, entre un número limitado de estados, se habla de regionalización; y esto se puede dar por diversos motivos, como cercanía geográfica, o por razones de índole cultural.

Durante la III Cumbre de América Latina y el Caribe – Unión Europea, en las actas queda de manifiesto que hubo consenso en que “*no existe contraposición entre regionalismo y multilateralismo. El regionalismo constituye en si mismo una expresión muy avanzada de multilateralismo [...]*”⁹. Los acuerdos regionales dejaron de ser visualizados como contrapuestos a los procesos de liberalización multilateral promovidos desde la OMC, para pasar a ser su punta de lanza. En efecto, como bien lo

⁷ *Ibid.*

⁸ ARIAS ARBELAEZ, FABIO ALBERTO. *Op. cit.*

⁹ III CUMBRE AMERICA LATINA Y EL CARIBE – UNION EUROPEA. *Informe de la mesa de trabajo C sobre multilateralismo; Patio 2*. Guadalajara, México, Mayo 2004. En: http://www.sre.gob.mx/dgomra/alc_ue/Guadalajara/Multilat_C_ESP.doc Visitada el 02 de abril del 2007.

demuestra en los hechos el TLCAN y promete hacerlo el ALCA, estos nuevos procesos de regionalismo han ido más lejos que la misma OMC al eliminar las barreras no arancelarias y proteger los derechos de propiedad intelectual e inversiones¹⁰.

Para concluir este primer acercamiento al estudio del caso “*Softwood Lumber*” y relacionándolo directamente con éste, tenemos que aclarar que el regionalismo y el multilateralismo no son procesos independientes, sino que un mismo estado puede estar envuelto en distintos procesos integracionales, ya sean multilaterales o regionales, conformando así una red mundial de “integraciones”. Esto se debe a que los acuerdos comerciales regionales pueden complementar el sistema multilateral de comercio, contribuir a construirlo y reforzarlo¹¹.

El aumento de acuerdos regionales, junto con la preferencia mostrada por concluir acuerdos de libre comercio bilaterales, ha producido el fenómeno de las coincidencias en la composición de los mismos. Dado que cada acuerdo comercial regional tiende a desarrollar su propio mini-régimen comercial, la coexistencia en un mismo país de normas comerciales diferentes aplicables a distintos participantes en el ACR se ha convertido en una característica frecuente. Desde el punto de vista del consumidor final, éste se encontrará en una posición más favorecida, toda vez que con una mayor regulación (a nivel macro y micro), el productor deberá cumplir con mayores estándares. Sin embargo, ello puede obstaculizar las corrientes comerciales simplemente por los costos que supone para los comerciantes cumplir múltiples normativas comerciales¹².

¹⁰ BOTTO, MERCEDES. *La integración regional en América Latina*. Revista GLOBAL hoy, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. 2003.
En: <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/hoy/index.php?id=29&canal=Informes&ghoy=0000&-secciontxt=4#sec4>
Visitada el 03 de agosto del 2007.

¹¹ Sin embargo, por su propia naturaleza, los acuerdos comerciales regionales son discriminatorios y se apartan del principio de la “nación más favorecida”, piedra angular del sistema multilateral de comercio.

¹² WTO. *Acuerdos comerciales regionales: Alcance de los ACR*.

La proliferación de ACR's, especialmente a medida que su alcance se amplía para incluir esferas de políticas no reguladas multilateralmente, además de presentar ciertas ventajas como la celeridad en la toma de decisiones o el grado de especificidad de los temas, aumenta por la otra los riesgos de incompatibilidad de normas y procedimientos entre los propios ACR's, y entre éstos y el marco multilateral. Ello puede suscitar una confusión normativa, una distorsión de los mercados regionales y graves problemas de aplicación, especialmente en los casos de coincidencia en la composición de los ACR's, generando que los diferentes procesos se superpondrán normativamente en algunas áreas (comerciales, tributarias, aduaneras, etc.). Otro problema es aquel que se suscita en el área de la solución de controversias; cuando un estado que participe en dos o más acuerdos comerciales quiera recurrir a alguna instancia resolutora de disputas por el incumplimiento de obligaciones adquiridas por otro estado que sea igualmente miembro en el acuerdo, se podría dar el caso que el estado afectado tenga múltiples opciones o foros a las cuales recurrir. O en otras palabras, el estado afectado tendrá diferentes alternativas a las cuales poder acudir para buscar una solución a la disputa. Este fenómeno descrito es lo que se conoce por la doctrina como "superposición de jurisdicciones", materia que abarcaremos en extenso posteriormente.

II. REFERENCIAS PRELIMINARES

1.- Materia objeto de la “Softwood Lumber Dispute”:

La disputa que hemos seleccionado, nace de un conflicto entre Canadá y US con motivo de la exportación de madera blanda para la construcción (“*softwood lumber*”) proveniente desde Canadá. Esta disputa que tuvo su origen durante el año 1982, está conformada por numerosos procedimientos, para llegar finalmente a término el año 2006 mediante un acuerdo.

El gobierno de US, con la finalidad de proteger su industria maderera nacional, ha implementado numerosas medidas arancelarias en contra las importaciones de madera blanda provenientes de Canadá. El fundamento de estas medidas, en opinión del gobierno norteamericano, está constituido por la subvención o dumping por parte del gobierno canadiense a sus propias industrias madereras.

Canadá por su parte, frente a estas medidas arancelarias impuestas, ha recurrido a los mecanismos de solución de disputas que se contemplan en los acuerdos NAFTA y WTO, con la finalidad de que estos foros declaren que las tasas o aranceles son contrarios al ordenamiento jurídico.

2.- Regulación Antidumping de US:

Para la cabal comprensión del caso, tenemos también que explicar la legislación de US respecto a como éste protege su industria de las prácticas desleales. Esta ley, es el mejor medio con que disponen la industria estadounidense para poder protegerse de las importaciones¹³, toda vez que otorga un remedio legal para

¹³ WILLIAM E. PERRY, PARTNER; WILLIAMS, MULLEN, CHRISTIAN & DOBBINS. *U.S. Antidumping Law: The Most Powerful Trade Law*. Economic Perspectives USIA Electronic Journal, Vol. 2, No. 3, June 1997. Estados Unidos. Pp. 1.
En: <http://usinfo.state.gov/journals/ites/0697/ijee/ej7com2.htm>
Visitada el 18 de octubre del 2007.

reaccionar contra los precios menores de aquellos productores extranjeros. Las industrias norteamericanas frente a estos menores precios, deberán de solicitar que se los declare como “dumping”, es decir, que los productos ingresan a US a un menor precio respecto a su lugar de origen, o que sus costos de elaboración son mayores que el precio de venta¹⁴. Si se dan estas conductas, se le estará causando un perjuicio a la industria estadounidense.

Lo poderoso que tiene la legislación antidumping de US, es que permite al gobierno establecer un arancel mayor al 400%¹⁵. Estas tarifas son tan altas, que pueden provocar que una compañía extranjera se retire del mercado estadounidense.

El Departamento de Comercio de US (“*U.S. Department of Commerce*”) es el ente gubernamental encargado de establecer cuales conductas son constitutivas de dumping, previa denuncia de una industria o compañía afectada, o por mutuo propio¹⁶ (aunque solo en tres ocasiones ha procedido de oficio durante los últimos 3 años; uno de esos casos fue “*Softwood Lumber*” de 1991). Si es por petición de parte, se deberá rellenar un formulario por la cual se formaliza la solicitud, describiendo detalladamente los productos que serán sujetos de la investigación (las características del producto, uso y su número de clasificación –*HTS number*-). Deberá señalar también el producto producido en US que más se asemeje al importado que será sujeto de investigación.

El Departamento de Comercio establecerá si el exportador extranjero vende sus productos en US a un precio menor que el “justo”. De ser así, los antecedentes se remiten a la Comisión de Comercio Internacional (*U.S. International Trade*

¹⁴ Esto es así en la generalidad de los estados, pero nos referimos solo a US por cuanto analizaremos solo su legislación.

¹⁵ WILLIAM E. PERRY, PARTNER; WILLIAMS, MULLEN, CHRISTIAN & DOBBINS. *Op. cit.* Pp. 1.

¹⁶ D’ANDREA, MARIA; RUTHERFORD, MEREDITH Y OTROS. *U.S. Antidumping Duty Process*. United States Department of Commerce Import Administration, Ho Chi Minh City and Hanoi, Vietnam. Marzo, 2007. Pp. 7.
En: <http://www.amchamvietnam.com/download/747/L2Rvd25sb2FkLzc0Nw==>
Visitada el 19 de octubre del 2007.

Commission), la cual deberá establecer si las importaciones con dumping causan o no un perjuicio a la industria doméstica.

Si el Departamento de Comercio encuentra dumping por una parte, y la Comisión de Comercio considera que hay daños por la otra, es el Departamento de Comercio quien establece un margen de dumping. Este margen, en el caso de las economías de mercado (*Market Economy*), se calcula respecto al precio que tendría el producto en su lugar de origen; pero si se trata de economías cerradas (como las comunistas – *Nonmarket Economy*), en donde es el propio estado quien establece los precios, el Departamento de Comercio establece un valor razonable del producto en consideración a los costos de elaboración¹⁷ (en el primer caso, el precio será el de mercado, mientras que en el segundo, el precio será fijado por su costo de producción).

Como ejemplo de cálculo de margen, citaremos el siguiente¹⁸: si el precio normal del producto es de US\$ 136.00, pero el importador lo vende a US\$ 90.00, se concluye que existe una diferencia atribuible a dumping de US\$ 46.00. El margen de dumping es igual a la diferencia atribuible al dumping dividido por el precio ofrecido por el importador, es decir $\$46.00 / \$90.00 = 51.11\%$. Por ende, en el caso del ejemplo, el margen de dumping del producto importado corresponde a un 51.11% respecto al producto estadounidense.

Establecido este margen de dumping, el importador puede continuar la importación de sus mercaderías, previo depósito en dinero por el equivalente al margen establecido.

¹⁷ WILLIAM E. PERRY, PARTNER; WILLIAMS, MULLEN, CHRISTIAN & DOBBINS. *Op. cit.* Pp. 2.

¹⁸ D'ANDREA, MARIA; RUTHERFORD, MEREDITH Y OTROS. *Op. cit.* Pp. 14.

Tras un año de establecido el margen de dumping, se inicia una nueva investigación (mejor dicho, se re-abre la investigación), la cual determinará si el importador tiene o no un crédito a su favor por concepto de sus depósitos en dinero.

Producto de la Ronda de Uruguay de 1994, US modificó parte de su ley antidumping, otorgándole al importador una importante ventaja. Previo a la Ronda, el Departamento de Comercio no tenía plazo para emitir su determinación, por lo que existía incertidumbre para el comerciante. Así por ejemplo, hubo un caso de importación de carros de golf desde Polonia¹⁹; la importación fu realizada entre 1980 y 1982, pero la determinación del Departamento fue en 1993, es decir, 10 años después. Con la reforma producto de la Ronda de Uruguay, el Departamento de Comercio debe de emitir su informe en un plazo máximo de 18 meses (respecto a la determinación preliminar, el plazo es de 45 días si la investigación se inició por petición de la industria afectada, y de 25 días si fue de oficio por el Departamento de Comercio).

¹⁹ WILLIAM E. PERRY, PARTNER; WILLIAMS, MULLEN, CHRISTIAN & DOBBINS. *Op. cit.* Pp. 3.

III. EL CASO EN SEDE DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

En este capítulo describiremos el foro resolutor de disputas que tuvo parte en la disputa maderera, así como los procedimientos y fases necesarias para resolver los conflictos. Para finalizar, relataremos como se desarrolló la “Softwood Lumber Dispute” ante este foro.

1.- Antecedentes de la OMC:

1.1.- Institucionalidad:

La OMC fue la sucesora del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). El GATT fue suscrito el año 1948 y estuvo vigente hasta 1994; su principal objetivo era el de establecer las reglas que serían aplicables a gran parte del comercio mundial. A pesar de su apariencia de solidez, el GATT fue durante esos 47 años un acuerdo y una organización de carácter provisional. Hasta finales del año 1994, 128 estados fueron partes contratantes del GATT.

La OMC pasó a sustituir al GATT como organización internacional, pero el Acuerdo General sigue existiendo como tratado de la OMC sobre el comercio de mercancías, actualizado como consecuencia de las negociaciones de la Ronda Uruguay. Esta Ronda comenzó en la ciudad de Punta del Este (Uruguay) y concluye con la Conferencia Ministerial de Marrakech en abril de 1994. Actualmente, la OMC está constituida por 151 miembros.

Además del GATT, existen otras normas denominadas como los “Acuerdos de la OMC”, los cuales establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son esencialmente contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos²⁰. Aunque negociados y firmados

²⁰ WTO. *¿Que es la Organización del Comercio?*
En: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm

por los gobiernos, su objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar a cabo sus actividades, permitiendo al mismo tiempo a los gobiernos lograr objetivos sociales y ambientales.

1.2.- Mecanismo de solución de controversias:

Otra de las características fundamentales de la OMC, es la de ser esencialmente un lugar al que acuden los gobiernos Miembros para tratar de arreglar los problemas comerciales que tienen entre sí. El mecanismo de solución de diferencias fue creado en 1995 junto al nacimiento de la OMC y constituye una de las piedras angulares de esta institución, ya que garantiza a sus miembros el respeto de los acuerdos negociados y adoptados ya que, en caso contrario, el sistema prevé medidas de ejecución, asegurando el cumplimiento de las obligaciones contraídas²¹.

La solución de las diferencias se encuentra regulado en el “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias”²², el cual constituye el Anexo 2 del “Acuerdo por el cual se constituye la Organización Mundial del Comercio”.

En el caso de WTO, la disputa o conflicto que surja entre las partes se denomina “diferencia”. Ésta surge cuando un estado adopta una política comercial o una medida que otro u otros miembros de la OMC consideran como una infracción a las disposiciones de la Organización o constituye un incumplimiento de las obligaciones contraídas. Además de los estados vinculados por una diferencia, existe un tercer grupo de países puede declarar que tiene interés en la cuestión, lo que le

Visitada el 03 de agosto del 2007.

²¹ EXTERNAL TRADE, EUROPEAN COMMISSION. *La Solución de Diferencias; Piedra angular del Sistema*.

En: <http://trade-info.cec.eu.int/doclib/html/113576.htm>

Visitada el 17 de abril del 2007.

²² Texto completo del Entendimiento en:

http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm

hace acreedor de ciertos derechos²³. Por otra parte, actualmente no es del todo cierto que WTO no admita sujetos privados durante el procedimiento, pues se está admitiendo la intervención de organizaciones no-gubernamentales bajo la figura de “*amicus curiae*”²⁴, es decir, no son sujetos activos, sino que solo se les está permitido realizar intervenciones durante el procedimiento.

1.3.- ¿Cuánto tarda en resolver una diferencia?

Para efectos de estudiar los plazos procesales que se contemplan en el Entendimiento, hemos realizado una tabla (Figura 1) que señala por su lado derecho cada una de las etapas del procedimiento o trámite, y por el otro lado, la cantidad de días para cada una de ellas. Los plazos parciales y totales del procedimiento de solución de diferencias son aproximados e ideales, pues el acuerdo tiene la característica de permitir flexibilidad. Además, los estados pueden resolver su diferencia por sí solos en cualquier etapa del procedimiento.

²³ OMC. *Entender la OMC: “Solución De Diferencias”*.

En: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/dis1_s.htm
Visitada el 13 de abril del 2007.

²⁴ PETERSMANN, ERNST-ULRICH. *Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade*. European University Institute, Florence. 2004. Pp. 5.

En: <http://www.iue.it/PUB/law04-10.pdf>
Visitada el 06 de agosto del 2007.

Figura 1²⁵:

Plazo	Trámite
60 días	Consultas, mediación, etc.
45 días	Establecimiento del grupo especial y designación de sus miembros
6 meses	El grupo especial da traslado de su informe definitivo a las partes
3 semanas	El grupo especial da traslado de su informe definitivo a los Miembros de la OMC
60 días	El Órgano de Solución de Diferencias adopta el informe (de no haber apelación)
Total = 1 año	(sin apelación)
60-90 días	Informe del examen en apelación
30 días	El Órgano de Solución de Diferencias adopta el informe del examen en apelación
Total = 1 año y 3 meses	(con apelación)

De acuerdo a la tabla, podemos ver que el procedimiento es breve, pues tarda solo un año en resolverse la diferencia, agregándole tres meses como máximo si existe alguna apelación.

1.4.- Órgano Competente:

De acuerdo al Párrafo 1 del Artículo 2 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, el ente encargado de solucionar las diferencias es el “Órgano de Solución de Diferencias”²⁶, también conocido por sus siglas “OSD”. El OSD está integrado por todos los miembros de la organización, quien tiene además la facultad exclusiva de establecer “grupos

²⁵ Tabla calculada por el propio autor.

²⁶ Corresponde al “Consejo General”, quien se organiza de otra forma.

especiales”²⁷ de expertos para que examinen la diferencia y de aceptar o rechazar las conclusiones de dichos grupos especiales o los resultados de las apelaciones. Además, vigila la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y tiene potestad para autorizar la adopción de medidas de retorsión cuando un estado no respete una resolución.

2.- Explicación del caso en sede de WTO:

Con ocasión de la larga disputa denominada “Softwood Lumber”, Canadá ha solicitado la celebración de consultas en 8 ocasiones a partir del año 2000, las cuales resumiremos a continuación.

1.- DS194: Medidas que tratan como subvenciones las limitaciones de las exportaciones: 19 de mayo de 2000.

Canadá solicita esta consulta con ocasión de medidas impuestas por US. Estas medidas establecen que US impondrá derechos compensatorios contra prácticas que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del Artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC).

2.- DS221: Artículo 129 c) 1) de la ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay: 17 de enero de 2001.

²⁷ Grupos especiales:

Los grupos especiales son una especie de tribunales, pero, a diferencia de un tribunal normal, sus miembros suelen elegirse en consulta con los países partes en la diferencia. Sólo en el caso de que no puedan ponerse de acuerdo ambas partes los designa el Director General de la OMC.

Los grupos especiales están integrados por tres (a veces cinco) expertos de diferentes países, que examinan las pruebas y deciden quién tiene razón y quién no la tiene. Su informe se somete al Órgano de Solución de Diferencias, que únicamente puede rechazarlo por consenso.

Los miembros de los grupos especiales pueden elegirse en cada caso de una lista permanente de candidatos con las condiciones requeridas o de otra fuente. Actúan a título personal y no pueden recibir instrucciones de ningún gobierno.

En esta oportunidad, Canadá solicita la celebración de consultas debido a que la legislación norteamericana, impediría a éste cumplir con la resolución del OSD referente al caso anterior. Conforme a la legislación estadounidense, la determinación de si deben percibir derechos antidumping o compensatorios se formulaban después de realizadas las importaciones. En lo que respecta a las importaciones efectuadas antes de la fecha en la que US ordenaran el cumplimiento de las resoluciones del OSD, las medidas en cuestión obligaban a las autoridades estadounidenses a prescindir de la resolución del OSD al formular esas determinaciones. Esto sería incompatible con las obligaciones que corresponderían a ese país en virtud del Acuerdo Antidumping y del Acuerdo SMC.

3.- DS236: Determinaciones preliminares con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá (Madera blanda III): 21 de agosto de 2001.

Canadá solicita la celebración de consultas con US en relación con la determinación preliminar en materia de derechos compensatorios y la determinación preliminar de la existencia de circunstancias críticas formuladas por el Departamento de Comercio de dicho gobierno el 09 de agosto de 2001, con respecto a la madera blanda proveniente de Canadá.

4.- DS247: Medida antidumping provisional sobre las importaciones de determinada madera blanda procedente del Canadá: 6 de marzo de 2002.

Esta consulta fue solicitada como “procedimiento de urgencia”, por una medida antidumping impuesta por US con relación a las maderas blandas provenientes de Canadá.

5.- DS257: Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá (Madera blanda IV): 3 de mayo de 2002.

Canadá solicita la celebración de consultas con US. La reclamación se refería a la determinación definitiva en materia de derechos compensatorios del Departamento de Comercio de US del 25 de marzo del 2002, con respecto a madera blanda procedente de Canadá.

6.- DS264: Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá (Madera blanda V): 13 de septiembre de 2002.

Canadá considera que las medidas impuestas por US para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD son incompatibles con las obligaciones de US en virtud de los acuerdos de la OMC.

7.- DS277: Investigación de la Comisión de Comercio Internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá (Madera blanda VI): 20 de diciembre de 2002.

Canadá solicita la celebración de consultas con US con respecto a la investigación de la Comisión de Comercio Internacional de US, en relación con la madera blanda procedente de Canadá y a los derechos antidumping y compensatorios. US tomó estas medidas pues consideró que una rama de producción de US estaba amenazada debido a las importaciones de madera blanda procedentes de Canadá, las cuales el Departamento de Comercio determinó que estaban subvencionadas y se venden en US a un precio inferior a su valor justo.

8.- DS311: Exámenes del derecho compensatorio sobre la madera blanda procedente del Canadá: 14 de abril de 2004.

Canadá solicitó la celebración de consultas con US en relación con: i) el hecho de que el Departamento de Comercio no completara los exámenes acelerados de la orden de imposición de derechos compensatorios relativa a determinados productos de madera blanda procedentes del Canadá a fin de fijar con prontitud un tipo de derecho compensatorio individual para cada exportador solicitante; y ii) el hecho de que el Departamento de Comercio se negara a realizar y no realizara exámenes administrativos para empresas específicas respecto de la misma orden de imposición de derechos compensatorios a fin de fijar un tipo de derecho compensatorio individual definitivo para cada exportador solicitante.

3.- Estado actual de la disputa:

El 12 de octubre de 2006, los Estados Unidos y el Canadá informaron al OSD de que habían llegado a una solución mutuamente convenida de conformidad con el párrafo 6 del artículo 3 del ESD en las diferencias WT/DS236, WT/DS247, WT/DS257, WT/DS264, WT/DS277 y WT/DS311. Esa solución había tomado la forma de un acuerdo general (Acuerdo sobre la Madera Blanda) entre los Estados Unidos y el Canadá, de fecha 12 de septiembre de 2006.

IV. EL CASO EN SEDE DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE

En la “Softwood Lumber Dispute” no solo tuvo participación la OMC, sino que el TLCAN también tuvo un rol importante; no solo con sus reglas y normas, sino que también como foro resolutor de disputas.

1.- Antecedentes del NAFTA:

1.1.- Institucionalidad:

El TLCAN (o NAFTA por sus siglas en inglés) es un bloque comercial entre Canadá, Estados Unidos y México que establece una zona de libre comercio. Entró en vigor el 1 de enero de 1994 y a diferencia de tratados o acuerdos similares (como el de la Unión Europea o OMC) no establece organismos centrales de coordinación política o social. Existe sólo una secretaría para administrar y ejecutar las resoluciones y mandatos que se derivan del tratado mismo.

1.2.- Mecanismo de solución de controversias²⁸:

Los principales mecanismos que contempla el NAFTA²⁹ para la solución de diferencias se encuentran en los capítulos XI, XIX y XX del acuerdo³⁰. El NAFTA contempla variados mecanismos de solución de diferencias, (recordemos que WTO contempla un único mecanismo unificado que abarca todas sus normas) siendo el mecanismo contemplado en el Capítulo XX es el que más se asemeja al de WTO.

²⁸ Texto completo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y de las Reglas de Procedimiento en:

http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=765

³⁰ NAFTA. *Disposiciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) relativas a la solución de controversias.*

En: http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=770

Visitada el 23 de abril del 2007.

Como veremos al analizar el caso en sede NAFTA, los entes privados juegan un rol activo en la disputa, por lo que para efectos de comprender el conflicto en su totalidad, no podemos sino que dedicarle unas palabras a éstos. A diferencia de WTO, en el Capítulo XI del NAFTA se admite que el solicitante sea un ente privado que reúna la característica de ser inversionista en país contra el cual se solicita, sometiendo a arbitraje una controversia cuando el inversionista ha sufrido daños o pérdidas con motivo de la violación de las disposiciones sobre inversión por parte de uno de los estados partes. El NAFTA señala que el inversionista podrá recurrir a alguna de las siguientes instancias arbitrales: (i) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Grupo del Banco Mundial; (ii) Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI; y (iii) reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Los capítulos XIX y XX son relevantes para los fines de este trabajo, toda vez que en estos dos capítulos encontramos aquellas situaciones que son características de la fragmentación del derecho internacional, es decir, conflicto de normas, superposición de jurisdicciones y “*forum shopping*” (en relación con las normas y el procedimiento de solución de diferencias de WTO)³¹.

El Capítulo XIX establece un mecanismo de solución de disputas cuando una industria es afectada por una decisión emitida por una autoridad competente relacionada con las importaciones. Se discute su naturaleza jurídica, pues técnicamente, no corresponde a un mecanismo de solución de controversias entre estados³²; los casos que comprende este capítulo son iniciados por las industrias nacionales, y la resolución afectará a las entidades privadas como partes interesadas. El objeto de este mecanismo corresponde a las cuotas antidumping y derechos compensatorios; si el panel es integrado de conformidad con este capítulo, su misión

³¹ NAKAGAWA, JUNJI. *Comparing Dispute Settlement Systems: NAFTA and WTO*. CREP Workshop. Japón, Septiembre, 2005.
En: project.iss.u-tokyo.ac.jp/crep/pdf/ws05/6ab.pdf
Visitada el 23 de marzo del 2007.

³² *Ibid.*

exclusiva es determinar si la entidad gubernamental aplicó correctamente sus propias leyes nacionales sobre esta materia. A diferencia de la OMC, la ley sustantiva que es aplicable a la disputa no corresponde a las disposiciones del NAFTA, sino que serán las leyes internas sobre antidumping y derechos compensatorios. Lo que en realidad busca este capítulo es “binacionalizar” la revisión judicial interna como alternativa a la que realizarían los tribunales nacionales de uno de los estados parte. La decisión es obligatoria, y dentro de sus facultades, se encuentra la de devolver a la autoridad gubernamental competente para que ésta realice una investigación y modifique su anterior decisión³³.

El Capítulo XX es aplicable a todas las controversias relacionadas con la interpretación o aplicación del NAFTA. Este proceso se inicia mediante la celebración de consultas entre los gobiernos partes, buscando en primer lugar, una salida por la vía diplomática a la disputa. Si el panel es integrado al amparo de este capítulo, (i) la determinación de si la cuestión es o sería incompatible con las obligaciones de una parte en virtud del tratado, o acerca de si (ii) anula o menoscaba los beneficios que el estado demandante habría podido razonablemente esperar obtener en razón del tratado, así como (iii) cualquier conflicto que surja de la interpretación del tratado, el panel está facultado para realizar recomendaciones para solucionar la controversia. A diferencia de los otros capítulos, en caso la norma sustantiva de fondo aplicable será el propio NAFTA. La solución de diferencia es llevada a cabo por un panel binacional, es decir, por miembros de ambos estados que se encuentren en disputa.

1.3.- ¿Cuánto tarda en resolver una diferencia?

Al igual que en el capítulo anterior, para explicar las etapas y plazos, hemos preparado dos tablas explicativas.

En el caso del Capítulo XIX (Figura 2), lo ideal es que el procedimiento tarde a lo sumo 315 días contados que se presenta la solicitud de revisión a cargo de un panel.

³³ *Ibid.*

Si el procedimiento es en conformidad al Capítulo XX (Figura 3), el plazo ideal es de 150 días contados desde la solicitud de integración del panel arbitral.

Figura 2³⁴:

Plazo	Trámite
30 días	Presentación de reclamaciones
15 días	Presentación de avisos de comparecencia
10 días	Selección de panelistas a cargo de las partes
5 días	Presentación del fallo definitivo, razones, índice y expediente administrativo
6 días	Partes seleccionan quinto panelista
54 días	Presentación de memoriales por parte de las partes demandantes
60 días	Presentación de memoriales por parte de la autoridad investigadora o los participantes
15 días	Presentación de réplicas a los memoriales
10 días	Presentación de los anexos a los memoriales
20 días	Inicio de las audiencias
90 días	Decisión del panel
Total: 315 días	

³⁴ Tabla calculada por el propio autor.

Figura 3³⁵:

Plazo	Trámite
15 días	Selección del presidente del comité
5 días	Presentación de los términos de referencia de las partes
10 días	Conclusión de la selección del panel
10 días	Presentación de las declaraciones iniciales por escrito de la parte demandante
20 días	Presentación de las réplicas por escrito de la parte demandada
5 días antes de la audiencia	Presentación de la lista de las partes deliberantes y otras personas que asistirán a la audiencia
Fecha determinada por la presidencia	Celebración de la audiencia
10 días	Presentación de escritos complementarios
5 días	Solicitud de integración de un comité de revisión científica
90 días siguientes a la conclusión de la selección del panel	Presentación del informe preliminar
14 días	Presentación de los comentarios sobre el informe preliminar
16 días	Presentación del informe definitivo
Total: 150 días.	

2.- Explicación del caso en sede de NAFTA:

Debido a que de acuerdo al Capítulo XIX del NAFTA la regla es que la legalidad de las medidas antidumping estén conformes con la legislación del estado que las

³⁵ Tabla calculada por el propio autor.

impone; es que el Departamento de Comercio de US tiene un rol activo en la disputa. Para mejor entendimiento sobre la materia, nos remitimos al Capítulo II de este trabajo.

Las disputas que fueron llevadas ante el NAFTA relativas al caso en estudio se las ha denominado como Lumber I, II, III, IV y V, las cuales pasaremos a explicar. A pesar de tener similar nomenclatura a las disputas conocidas por el OSD, su contenido es distinto.

Lumber I:

Este conflicto comienza en octubre del año 1982, cuando el Departamento de Comercio del gobierno de US, inicia una investigación con la finalidad de determinar si la importación de madera blanda proveniente de Canadá contaba con subsidios del gobierno canadiense. Las regiones canadienses que específicamente fueron objeto de investigación fueron British Columbia, Alberta, Ontario y Quebec.

De acuerdo a la legislación norteamericana, para que el gobierno pueda imponer salvaguarda o tarifa compensatorio, debe establecerse previamente que se cumplen dos requisitos previos:

1. Subsidio de los bienes importados. Estarán subsidiados cuando se cumplan estos dos factores:
 - a. Que los subsidios afectan a una industria determinada.
 - b. Que los bienes ingresan con un precio preferencial.
2. Que los bienes importados causan un daño a la industria doméstica.

En mayo del año 1983, el Departamento de Comercio de US determina que las políticas canadienses no son constitutivas de subsidios, pues no están limitadas solo a los productores de madera blanda, sino que incluyen otras industrias, por lo que no se cumpliría con el requisito 1. A anteriormente señalado.

Lumber II:

El Departamento de Comercio inicia una nueva investigación en mayo de 1986. La situación con respecto al caso anterior es distinta, pues el Departamento de Comercio de US comenzó la aplicación de manera más drástica de la legislación comercial y por otra parte, la “*Coalition for Fair Lumber Imports*” (Coalición de la Industria Maderera³⁶), obtuvo un mayor apoyo político y contrató a Dewey Ballantine, un agresivo estudio jurídico de Washington D.C.³⁷ La coalición solicita que se imponga una tarifa del 27% a las importaciones de madera blanda procedentes de Canadá.

El Departamento de Comercio modifica su decisión del año 1983 y fija una tarifa provisional del 15%, pues en esta ocasión, considera que las políticas canadienses no se basan en consideraciones comerciales, sino que por el contrario, absorbe parte de los costos en la producción de productos madereros, lo cual implica que los precios de dichos productos sean preferenciales³⁸.

Una decisión final nunca fue alcanzada, pues el caso termina por medio de un acuerdo entre Canadá y US (“*Memorandum of Understanding*”, en adelante “*MOU*”) en el mes de diciembre del año 1986. Este acuerdo establece que Canadá impondrá una tasa del 15% a las exportaciones de madera blanda que vayan dirigidas a US. Esto permite que el dinero sea recibido por el gobierno canadiense (y no por US), además de que provee de seguridad a los exportadores en cuanto a que el monto de la tasa no será fijado arbitrariamente por US.

³⁶ Entidad privada norteamericana.

³⁷ MINISTRY OF FORESTS AND RANGE. *Canada - U.S. Lumber Trade Disputes*. Julio, 2002. En: <http://www.for.gov.bc.ca/HET/Softwood/disputes.htm>
Visitada el 23 de marzo del 2007.

³⁸ GAGNÉ, GILBERT. *The NAFTA and the Softwood Lumber Dispute: What kind of Canada-US Partnership?* Groupe de Recherche sur L'Intégration Continentale. Université du Quebec à Montréal, Noviembre, 2002. Pp. 8.
En: http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Cahier_Gagne.pdf
Visitada el 23 de marzo del 2007.

Lumber III:

British Columbia consideró que el “*MOU*” es una infracción a la soberanía de la provincia. British Columbia presionó al gobierno de Canadá para que pusiera fin al “*MOU*”, logrando su objetivo, pues en septiembre de 1991 Canadá informa a US su decisión de querer ponerle fin al acuerdo, y concreta esta decisión en octubre del 1991. Para llegar a esta decisión, Canadá compara los costos y beneficios de las cuatro mayores provincias madereras de US. Del análisis, Canadá desprende que estas cuatro provincias de US obtienen mayores beneficios económicos (rentabilidad) que los que obtienen las provincias canadienses, por lo que concluye que las circunstancias han cambiado drásticamente a las establecidas en el año 1986, y agrega que el acuerdo ya no cumple su propósito.

En diciembre de 1991 se establece un panel según las normas del GATT para que revise el cumplimiento de las normas acerca de los subsidios. La decisión del panel del GATT es emitida el 27 de octubre del año 1993, concluyendo que US ha violado sus obligaciones.

En el ínter tanto, el Departamento de Comercio de US inicia una investigación. En mayo de 1992, este departamento anuncia su determinación final al respecto, e impone una tarifa del 6.51%. Y en julio del mismo año, la Comisión de Comercio Internacional estableció que las importaciones subsidiadas provenientes de Canadá causan daños materiales a los productores de US.

Canadá apela esta decisión del Departamento de Comercio y de la Comisión de Comercio Internacional. Esta apelación es realizada ante un panel binacional establecido según el NAFTA. En mayo de 1993, el panel del NAFTA ordena al Departamento de Comercio a re-examinar su decisión, y éste, en septiembre del mismo año, además de reafirmar su primera decisión, decide aumentar la tasa a un 11.54%.

En enero de 1994, el panel concluye que no hay bases suficientes para determinar que las importaciones canadienses causan un perjuicio a la industria

estadounidense, y le otorga la oportunidad a la Comisión de Comercio Internacional de US que revise los elementos de su decisión. La Comisión reafirma su postura en marzo de 1994, en el sentido de considerar que las importaciones de madera blanda provenientes del Canadá causan un perjuicio a la industria norteamericana.

En abril del año 1994, el gobierno estadounidense decide solicitar un procedimiento extraordinario de apelación ante el NAFTA con la finalidad de que enmiende su decisión anterior. El panel de apelaciones rechaza esta solicitud por no reunir los requisitos necesarios. El panel está conformado por tres jueces, de los cuales dos son de nacionalidad canadiense, y son justamente ellos quienes rechazan la solicitud. En vista de lo anterior, US, ataca la legitimidad del mecanismo binacional contemplado en el NAFTA,, por considerarlo como atentatorio a su soberanía y contrario a la integridad de su legislación comercial³⁹. Se considera que US utiliza el procedimiento extraordinario como un canal ordinario para apelar decisiones, además de ser claro que las agencias norteamericanas se resisten abiertamente a cumplir con las decisiones vinculantes de los paneles binacionales. El Departamento de Comercio revoca las tasas anteriormente establecidas en agosto de 1994.

Softwood Lumber Agreement:

En diciembre de 1994, ambos Estados acuerdan en implementar un procedimiento consultivo en materia de comercio maderero como una forma alternativa de solucionar las disputas en materias comerciales.

Canadá acepta este procedimiento consultivo, y se lo conoce como “*Lumber Dialogue*”; lo anterior se debe a que US se compromete a devolver una parte significativa de las tasas obtenidas mientras duró Lumber III (cerca de US\$ 500 millones). Ambos estados acuerdan además, que no someterán el asunto a un nuevo procedimiento judicial.

³⁹ GAGNÉ, GILBERT. *Op. cit.* Pp. 14.

En mayo del año 1996, los US y Canadá firman el acuerdo sobre maderas blandas, el cual comienza a regir de manera retroactiva al 01 de abril del mismo año y tendrá una duración de 5 años, con posibilidad de ser renovado.

El acuerdo consiste en que las provincias canadienses de British Columbia, Alberta, Ontario y Quebec no pagarán impuestos mientras las exportaciones a US no excedan de la cantidad de 14.7 billones “*board feet*” anualmente. Por sobre esta cantidad, se cobrará un impuesto a las importaciones de madera provenientes de alguna de estas provincias.

Sin embargo, este acuerdo no mantuvo la paz entre ambos Estados, toda vez que a partir del año 1998, US reclasificó al menos tres veces las maderas que eran importadas desde Canadá, con la finalidad de asignarle códigos que estuvieren comprendidos en el acuerdo. De esta manera, la cantidad de toneladas de madera importada aumentaría, por lo que podría sobrepasar los niveles que el acuerdo declaraba como exento de pago de tasas.

Tenemos que hacer referencia que US, al adaptar su legislación comercial a la Ronda de Uruguay, utilizó dicha oportunidad para realizar otras modificaciones a su legislación comercial, con la finalidad de que Canadá no pudiera ganar una nueva disputa con las mismas bases que las utilizadas en Lumber III⁴⁰. Así, se cambió el sentido de como “subsidio” era definido hasta entonces, así como sus efectos y condiciones para determinar su existencia⁴¹. Esto se encuentra en el “Statement of Administrative Action”, el cual corresponde a un documento realizado por la administración Clinton, que a su vez fue adjuntado a los Acuerdos de la Ronda de Uruguay que fueron presentados al Congreso de US para su ratificación. En este “Statement” se señala que su objetivo era el de corregir la interpretación del panel NAFTA acerca de como debía de entenderse la legislación norteamericana.

⁴⁰ MINISTRY OF FORESTS AND RANGE. *Op. cit.*

⁴¹ GAGNÉ, GILBERT. *Op. cit.* Pp. 15.

Así y en el evento de nuevas disputas, el panel NAFTA deberá de considerar esta nueva regulación en sus decisiones. Previo a esta modificación, para que haya una declaración de subsidio, se debían de considerar todas las normas del Departamento de Comercio y que éste declare una política comercial extranjera como “distorcionadora del mercado”, lo cual era contraproducente para US, toda vez que para declarar una conducta como subsidiaria, tenían que concurrir un mayor número de requisitos. Con esta modificación, ya no se requiere de la declaración previa del Departamento de Comercio, ni que éste señale cuales son los efectos que causan un perjuicio a la industria nacional⁴².

El 29 de marzo del año 2001, el panel arbitral declara que US rompió el acuerdo al reclasificar el tipo de madera; el acuerdo caduca el 31 de marzo del mismo año, fecha en que se cumplió el plazo de vigencia de 5 años.

Lumber IV

Expirado el acuerdo, el 02 de abril del año 2001 la “*Coalition for Fair Lumber Imports*” realiza su primera petición antidumping en contra la importación de madera blanda canadiense. El fundamento de esta investigación se debe a que según US, Canadá exporta madera a un precio menor que el valor de mercado.

Canadá y US continúan buscando una solución alternativa. Sin perjuicio de lo anterior, Canadá toma acciones ante las instancias de WTO y de NAFTA.

Las disputas ante WTO son en consideración a que US incumplió sus obligaciones adquiridas bajo WTO. Por otra parte, las disputas ante NAFTA son en consideración a que US no ha aplicado de manera correcta su propia legislación comercial interna⁴³.

⁴² *Ibid.*

⁴³ MINISTRY OF FORESTS AND RANGE. *Op. cit.*

Desde mayo del año 2000, Canadá ha presentado ocho solicitudes en sede WTO en contra de varios elementos de la legislación mercantil estadounidense, regulaciones, prácticas y decisiones⁴⁴, por no ajustarse a la normativa de dicho organismo.

La Comisión de Comercio Internacional determina de manera provisional en mayo del 2001 que la madera importada desde Canadá causa daños a los productores de US, pues están subsidiadas. El 10 de agosto del 2001, el Departamento de Comercio señala de manera provisoria que el subsidio otorgado por Canadá corresponde a un 19.31%; en 25 de abril del año 2002, el Departamento de Comercio fija finalmente una tasa de 27,22% por concepto de salvaguarda en contra del dumping canadiense.

El 21 de agosto del 2001 Canadá solicita acelerar las consultas ante WTO sobre la determinación provisional de la Comisión de Comercio Internacional contra las medidas de salvaguarda. Además, entre febrero y mayo del año 2002, Canadá solicita a un panel de NAFTA que revise de acuerdo al Capítulo XIX del tratado, la decisión de la Comisión de Comercio Internacional de US acerca de su resolución sobre las salvaguardas, antidumping y la determinación de los daños. Las decisiones de WTO y NAFTA eran esperadas para el año 2003.

En diciembre del año 2001 se establece un nuevo panel bajo el Capítulo XX; la decisión es de septiembre del año 2002, en la cual se señala que la decisión tomada por el Departamento de Comercio no se ajusta a las normas comerciales internacionales. Sin embargo, no fue una victoria total para Canadá, pues el panel determinó que la política canadiense es efectivamente una “contribución financiera” con respecto a sus exportadores, lo cual corresponde al mismo punto que US venía

⁴⁴ GAGNÉ, GILBERT. *Op. cit.* Pp. 24.

defendiendo desde largo tiempo⁴⁵. A pesar de esta consideración, se le dio la victoria a Canadá debido a que US no pudo demostrar la existencia y monto del beneficio, la cual corresponde a la otra condición para poder imponer salvaguardas.

Por otra parte, en septiembre del año 2001 se establece un panel en sede WTO a solicitud de Canadá y otros diez estados, con la finalidad de determinar si la legislación de US se ajusta a las normas internacionales sobre la materia (normativa de WTO). El fundamento de esta solicitud consiste en que la “*Enmienda Byrd*” viola las normas comerciales internacionales al permitir que una mayor cantidad de actos sean considerados como subsidios, mientras que WTO define expresamente los subsidios como “una contribución financiera” (las normas de WTO son más restrictivas que la legislación norteamericana). El panel toma su decisión provisional en julio del año 2002, considerando que la “*Enmienda Byrd*” efectivamente viola las disposiciones internacionales sobre la materia.

El 22 de mayo del 2002 (y revisada el 25 de abril del mismo año), el Departamento de Comercio de US anuncia su resolución final respecto a las tasas y al dumping. Como resultado, la Agencia de Aduanas de US requerirá depósitos en dinero por todas las importaciones de madera blanda procedentes desde Canadá. En promedio, US impuso un impuesto punitivo que corresponde a una tasa del 27% por sobre las importaciones de madera blanda provenientes de Canadá.

Por otra parte, en septiembre del año 2002, tres compañías madereras canadienses⁴⁶ solicitan la conformación de un panel de NAFTA bajo el Capítulo XI sobre inversiones extranjeras, en contra la decisión de US sobre las medidas antidumping respecto a la madera blanda canadiense. Su pretensión está basada en que US incurrió en las siguientes violaciones del Capítulo XI del NAFTA: trato nacional, trato de la nación más favorecida, tratamiento de acuerdo al derecho internacional y

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Anfor Corp., Doman Industries y Tembec.

expropiación⁴⁷ (Artículos 1102, 1103, 1105 y 1110 respectivamente). Estas compañías alegan daños cercanos a US\$ 1.000 millones, y hasta la fecha, aún no hay una decisión definitiva.

El gobierno canadiense realiza tres apelaciones independientes mediante la utilización del proceso de solución de disputas contemplado en el NAFTA. Específicamente, el gobierno canadiense solicita al panel que examine y decida sobre⁴⁸:

1. Las medidas compensatorias
2. Las tasas antidumping
3. Que las importaciones de madera blanda provenientes de Canadá provocan perjuicios a la industria estadounidense

Medidas compensatorias:

El Departamento de Comercio de US es requerido a probar que la industria de madera blanda canadiense está subsidiada por su gobierno; específicamente, se le solicita deberá probar una contribución financiera por parte de Canadá y que repercuta en beneficios a la industria canadiense. En agosto del 2003 el panel NAFTA concluye que el Departamento de Comercio logró probar lo solicitado. Sin embargo, los métodos aplicados son contrarios a la ley en opinión del panel y le pide al Departamento que recalculé los beneficios obtenidos por la industria maderera canadiense.

⁴⁷ NAFTA CLAIMS. *Notice of Intent to submit a Claim to Arbitration*. 05 de noviembre del 2001. Pp. 2.

En: <http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Canfor/Canfor%20Notice%20of%20Intent.pdf>
Visitada el 01 de octubre del 2007.

⁴⁸ EASTIN, IVAN. *Current Status of the Softwood Lumber Dispute Between the US and Canada*. The Center for International Trade in Forest Products, University Of Washington.

En: http://www.cintrafor.org/RESEARCH_TAB/Softwood%20Lumber/Current%20Status%20of-%20SW%20Lumber%20Dispute.pdf
Visitada el 25 de abril del 2007.

En enero del 2004, el Departamento de Comercio entrega su nuevo informe, indicando que el arancel total debiera ser de 21,3%, y no del 27,2% como se indicó el 22 de mayo del 2002.

Tasas antidumping:

En julio del 2003, un panel del NAFTA establece que las tasas antidumping debieran mantenerse y que el Departamento de Comercio de US tiene la autorización de dirigir investigaciones antidumping, bajo todos los presupuestos de un debido proceso. Sin embargo, el panel instruye al Departamento para que explique ciertos aspectos de la metodología para calcular las tasas antidumping, y ordena que realice algunas modificaciones. En abril del 2004, el Departamento de Comercio ajusta el método de calcular las tasas antidumping.

Amenaza de daño:

En septiembre del 2003, el panel NAFTA reenvía el caso de la amenaza de daño a la Comisión de Comercio Internacional, por carencia de extensión de su análisis. La Comisión, en diciembre del 2003, reafirma su postura de que la importación de madera canadiense afecta a su industria nacional. Esta amenaza de daño es la que justifica la imposición de las medidas compensatorias y antidumping.

El 29 de abril del 2004, el panel solicita nuevamente a la Comisión de Comercio Internacional, informándoles que su informe fue incompleto, por lo que no lograron probar que la industria canadiense provoca perjuicios a la estadounidense. El panel les otorga 21 días para que den una respuesta; y el 27 de mayo solicita al panel una extensión mayor de tiempo para evacuar la respuesta.

3.- Estado actual de la disputa:

El 12 de septiembre del año 2006 las partes firman el acuerdo denominado “*Softwood Lumber Agreement*” (SLA 2006)⁴⁹, en el cual renuncian a todo procedimiento que se esté llevando a cabo con respecto a “Softwood Lumber”⁵⁰. Además, se acordó que el Departamento de Comercio de US revoca las medidas compensatorias y antidumping impuestas en mayo del año 2002, y renuncia a revisarlas en el futuro. Por otra parte, Canadá renuncia a su derecho de iniciar nuevos procedimientos en relación con esta materia.

⁴⁹ Texto completo del Acuerdo en:
http://ottawa.usembassy.gov/content/can_usa/softwoodlumber_agreement06.pdf

⁵⁰ EMBASSY OF THE UNITED STATES OF AMERICA, OTTAWA. *Softwood Lumber*. En: http://ottawa.usembassy.gov/content/textonly.asp?section=can_usa&subsection1=trade&document=softwood_lumber
Visitada el 25 de abril del 2007.

V. EL FENÓMENO DE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Se ha considerado que la potestad de dictar leyes es un atributo central de la soberanía estatal⁵¹. Así, clásicamente se ha entendido que el estado es el único competente para la creación de derecho a nivel interno, como a nivel de las relaciones interestatales. Sin embargo, al hablar sobre el multilateralismo y regionalismo, vimos como los estados al relacionarse jurídicamente unos con otros, van conformando una red de “alianzas” y estas redes tienden a desarrollar sus propias normas y sistemas de normas; esto sucede a veces de forma oficiosa, mediante la adopción por los principales actores de formas de conducta o soluciones uniformes que crean expectativas o son copiadas por otros. A veces la coordinación se logra mediante la armonización de las leyes y reglamentos nacionales o regionales, por ejemplo, mediante la creciente uniformidad de las formas contractuales o de las normas en materia de responsabilidad. Pero, frecuentemente, las normas y sistemas de normas especializados también surgen a través de la cooperación intergubernamental y, en particular, con la asistencia de organizaciones intergubernamentales (especializadas). Esta creación de normas puede tomar la forma de tratados bilaterales, hasta la formación de “regímenes globales de gobierno en el que el derecho se pronuncia más frecuentemente acerca de las relaciones interestatales, sin tomar en cuenta los argumentos de la diplomacia internacional”⁵².

El resultado consiste en la existencia de regímenes normativos tanto nacionales, como anacionales (fenómeno se lo conoce como “pluralismo legal”); como consecuencia, el desarrollo de los sistemas económico y jurídico trasciende de las fronteras nacionales y es por ello que el estado debiese de abandonar su pretensión de

⁵¹ MEREMINSKAYA, ELINA y MASCAREÑO, ALDO. *La Desnacionalización del Derecho y la Formación de Regímenes Globales de Gobierno*. En Martinic, María Dora y Mauricio Tapia (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*, Tomo II. Lexis-Nexis, Santiago. 2005. Pp. 1391.

En: http://sociologia.uahurtado.cl/carrera/html/pdf/publicaciones/lex_universalis.pdf
Visitada el 02 de enero del 2008.

⁵² *Ibid.*

cima jerárquica de conducción de la sociedad⁵³. Para que las normas creadas, ya sean éstas nacionales o anacionales, sean consideradas jurídicas (en contraposición a las políticas), se requieren de tribunales que las apliquen. A su vez, los tribunales al aplicar las normas jurídicas al caso concreto, con ese acto van creando derecho; si lo dicho lo aplicamos en el marco internacional, este derecho hace surgir un nuevo derecho de la comunidad internacional, y con ello, regímenes globales de gobierno⁵⁴.

A nivel internacional no existe una Constitución ni un legislador global, por lo que entender la jerarquía de las normas internacionales de la forma piramidal postulada por Kelsen es inviable y la creación de regímenes jurídicos anacionales sería imposible. Pero si entendemos los regímenes jurídicos como la relación circular entre la decisión, aplicación y determinación por parte de los tribunales entre lo válido o no, podemos ver que es posible prescindir de una Constitución o de un legislador global, y de esta manera, se puede ir dejando a un lado la idea de se requiere del consentimiento expreso de los estados en la producción de derecho⁵⁵.

Con la existencia de tribunales internacionales prolifera la creación de regímenes jurídicos, los cuales deben necesariamente de coexistir. Ello produce lo se conoce como “fragmentación del derecho internacional”, la cual se define como “la aparición de regímenes de derecho internacional que se basan en tratados multilaterales y constituciones de organizaciones internacionales, tratados especializados y pautas consuetudinarias que se ajustan a las necesidades e intereses de cada red pero que rara vez tienen en cuenta el mundo exterior”⁵⁶. Incluso, se ha llegado a comparar paradójicamente esta maraña de relaciones o redes con un plato

⁵³ *Ibid.* Pp. 1398.

⁵⁴ *Ibid.* Pp. 1404.

⁵⁵ *Ibid.* Pp. 1407.

⁵⁶ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*. Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones. Ginebra, 2006. Pp. 282.

de tallarines o “spaghetti bowl”⁵⁷; para esta analogía, los tratados comerciales regionales serían los “tallarines”, mientras que el “plato” correspondería a la sociedad internacional.

Esta analogía parece acertada, ya que describiría de manera adecuada las relaciones internacionales, aunque hay quien agrega que se está “evocando una maraña de reglas preferenciales entrecruzadas, sin disciplinas comunes multilaterales efectivas, siendo así entonces un verdadero problema. La carrera hacia la discriminación comercial (la mayoría de las veces corresponde a una discriminación positiva, otorgando preferencias a ciertos estados mediante la adopción de acuerdos) abriría las puertas a la fragmentación y al conflicto. El comercio internacional dejaría tener un signo cooperativo general, convirtiéndose solo en relaciones entre algunos estados”⁵⁸. Sin embargo, no es nuestra postura la de tildar el fenómeno de la fragmentación como un suceso negativo, sino que por el contrario, pues la proliferación de los regímenes jurídicos se relaciona en mayor medida con la especialidad de éstos, más que con la discriminación en materia comercial. Quizá, es posible considerar la discriminación como un eventual efecto de la fragmentación, pero no estimarla como su causa; y aún siendo así, se mitigaría en gran medida con la “cláusula de la nación más favorecida” contenida en muchos acuerdos comerciales.

El proceso de fragmentación tiene sus inicios particularmente desde finales de la Guerra Fría⁵⁹, trayendo como consecuencia que el sistema de derecho internacional

⁵⁷ El autor de esta analogía es Jagdish Bhagwati, profesor de la Universidad de Columbia, quien realizó esta analogía durante la Ronda de Doha.

⁵⁸ PEÑA, FELIX. *¿Cual es el verdadero problema del “SPAGHETTI BOWL”?: Proliferación de acuerdos preferenciales en un sistema comercial global debilitado*. Abril, 2007.

En: <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&neagno=informes/2007-04>

Visitada el 23 de julio del 2007.

⁵⁹ HAFNER, GERHARD. *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, 2004. PP: 849.

En: <http://students.law.umich.edu/mjil/25.4/Hafner.pdf>

Visitada el 15 de mayo del 2007.

pierda su carácter homogéneo y de profundo sentimiento nacionalista (previo a este proceso, se pensaba que los acuerdos internacionales en general, ocasionaban una pérdida de soberanía en favor de otro estado, por lo que los estados eran reacios a obligarse por medio de tratados. Actualmente, se considera que la celebración de tratados es una manifestación de la voluntad, por lo que es un ejercicio de soberanía de los estados participantes). Esto quiere decir que el derecho internacional se transforma en distintos bloques sistemas parciales, como ocurre con el caso del regionalismo. Todas estos bloques o partes deben de interactuar, lo que podría desencadenar en un sistema desorganizado, repleto de tensiones y contradicciones⁶⁰. Y esto no es un fenómeno aislado en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales⁶¹, sino que cuestiones similares se viven en el marco de los derechos humanos, ambientales o salud pública⁶².

Según Hafner⁶³, los factores que son responsables de la fragmentación son: i) la proliferación de la regulación internacional; ii) el incremento de la fragmentación política (interdependencia de los estados); iii) la regionalización del derecho internacional causada por el aumento en el número de foros regionales encargados de la formulación de regulaciones internacionales; iv) la emancipación de los individuos de los estados; y v) la especialización de la regulación internacional.

⁶⁰ HAFNER, GERHARD. *Los riesgos resultantes de la fragmentación del Derecho Internacional*. Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10), anexo. Comisión de Derecho Internacional (ILC).
En: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2000/spanish/annex.pdf>
Visitada el 14 de mayo del 2007.

⁶¹ El fenómeno de la fragmentación no es exclusivo del derecho internacional público; similar fenómeno se produce en el ámbito del derecho internacional privado con la proliferación de entidades arbitrales, o en los estados federados.

⁶² SPECKER, LEONTINE. *Remedying the Normative Impacts of Forum Shopping in International Human Rights Tribunals*. The New Zealand Postgraduate Law E-Journal (Nzpglej), Issue 2 / 2005.
En: [nzpostgraduatelawejournal.auckland.ac.nz/PDF%20Articles/Issue%202%20\(2005\)/6%20Leontine's%20Final.pdf](http://nzpostgraduatelawejournal.auckland.ac.nz/PDF%20Articles/Issue%202%20(2005)/6%20Leontine's%20Final.pdf)
Visitada el 28 de abril del 2007.

⁶³ HAFNER, GERHARD. *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*. Pp. 854.

Otro aspecto de la fragmentación consiste en la posibilidad de obligar los estados a cumplir de manera más estricta con la regulación internacional debido a la especialización de las normas (comerciales, ambientales, derechos humanos, etc.). Así, cada estado al participar en la creación de estas normas, sentirá que su posición individual será mejor respetada en estos regímenes especiales, en contraposición a regímenes globales⁶⁴.

El fenómeno de la fragmentación en materia comercial se estudia generalmente teniendo en vista a WTO por ser un régimen jurídico global para luego extrapolarlo con otros regímenes jurídicos regionales⁶⁵. Otra constante en este método de estudio del fenómeno se refiere a que fuera de WTO, la mayoría de los cuerpos judiciales operan de una manera aislada, sin una mención explícita a otros foros internacionales⁶⁶. Es por esto que nosotros aplicaremos igual metodología y como contraposición, tendremos siempre en vista a NAFTA y MERCOSUR. Para comenzar, veremos el tratamiento jurídico que otorga WTO a los acuerdos comerciales regionales.

1.- Legalidad de los Acuerdos Comerciales Regionales:

Este problema surge cuando un miembro de WTO, al integrar un acuerdo comercial regional, otorga ventajas o condiciones más favorables a las demás partes en dicho acuerdo. Estas ventajas podrían ser violatorias del principio rector de WTO sobre la no discriminación, contemplado principalmente en el Artículo I del GATT⁶⁷. Sin

⁶⁴ HAFNER, GERHARD. *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*. Pp. 858.

⁶⁵ Recalamos que la referencia a WTO es solo en materias comerciales, ya que existen otros foros multilaterales, como puede ser la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal del Mar a modo de ejemplo.

⁶⁶ PETERSMANN, ERNST-ULRICH. *Op. cit.* Pp. 5.

⁶⁷ Párrafo 1 del Artículo I del GATT de 1947: Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y

embargo, las partes pueden suscribir estos acuerdos cuando se reúna ciertos requisitos dispersos en tres series de normas:

1. Los Párrafos 4 a 10 del artículo XXIV del GATT sobre disposiciones relativas al establecimiento y funcionamiento de uniones aduaneras y zonas de libre comercio;
2. “Cláusula de Habilitación”, la cual corresponde a la Decisión de 1979 sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo), que se refiere a los acuerdos comerciales preferenciales entre países en desarrollo Miembros; y
3. El artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el cual rige la conclusión de acuerdos comerciales regionales en la esfera del comercio de servicios, tanto para países desarrollados como en desarrollo.

Para la aplicación de otros acuerdos preferenciales no generalizados, como por ejemplo los acuerdos preferenciales no recíprocos entre países en desarrollo y países desarrollados, los miembros deben solicitar una exención de las normas de la OMC. Esas exenciones requieren la aprobación de tres cuartas partes de los Miembros de WTO.

En diciembre del 2006, el Consejo General de WTO estableció Mecanismo de Transparencia para todos los ACR. Este Mecanismo establece principalmente que una vez que se haya ratificado el ACR, es deber de las partes notificar de su celebración a la Secretaría de WTO. Esta notificación no podrá ser posterior a la aplicación del trato preferencial entre las partes del ACR.

cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

2.- Efectos de la fragmentación del derecho internacional:

La fragmentación produce principalmente tres efectos: i) “*forum shopping*”; ii) conflicto de ley; y iii) conflicto de jurisdicción⁶⁸.

2.1.- “Forum shopping”:

Los acuerdos comerciales regionales (ACR’s) ofrecen a las partes mecanismos para resolver las disputas que surjan entre ellas con motivo de la aplicación o interpretación del acuerdo. Pero las partes que se vean envueltas en una disputa, no solo podrán recurrir al foro contemplado en el ACR, sino que además, tienen la posibilidad de utilizar otras vías contempladas en otros tratados en que ambos estados sean parte para la solución de sus disputas. Con la referencia a “otras vías” queremos hacer una directa alusión al Mecanismo de Solución de Diferencias contemplado en WTO⁶⁹. Esta posibilidad prácticamente discrecional es conocida con el nombre de “*forum shopping*”; su legitimidad es criticada por algunos, mientras que otros lo defienden, toda vez que es una manifestación de la autonomía de la voluntad y que contribuye a la utilización del sistema judicial⁷⁰, y por ende, al fortalecimiento del Derecho Internacional.

De esta manera, cuando exista la posibilidad de seleccionar el foro al cual acudir para la solución de la disputa, la elección propiamente tal de dos factores; el

⁶⁸ APAZA, PAMELA. *The interaction between the Dispute Settlement Mechanisms of the American Regional Trade Agreements and the Wto*. Tesis Magistral, dirigida por Pierola, Fernando. World Trade Institute. Septiembre, 2006. Pp. 44.
En: <http://www.wti.org/res/documents/Pamelaforwebpage.pdf>
Visitada el 24 de abril del 2007.

⁶⁹ Cfr. BUSH, MARC. *Overlapping Institutions, Forum Shopping and Dispute Settlement in International Trade*. School of Foreign Service, Georgetown University, Washington. Pp. 2.
En: <http://www9.georgetown.edu/faculty/mlb66/Forum%20Shopping.pdf>
Visitada el 08 de abril del 2007.

⁷⁰ Cfr. SHANY, YUVAL. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. The American Journal of International Law, Oxford University Press, Vol. 98, N° 3. Nueva York, Estados Unidos. Julio, 2004. Pp. 332.

primero de ellos es la elección de la ley substantiva, “*choice of law*”⁷¹ o “*rules shopping*” (es decir, las normas aplicables al fondo la disputa), y en segundo lugar, de las características que tengan los foros susceptibles de ser elegidos o “*choice of forum*”⁷². A su vez, “*choice of forum*” puede tener un carácter institucional, procedimental o político, los cuales revisaremos de manera detenida posteriormente.

2.1.1.- *Requisitos para que exista la posibilidad de seleccionar el foro:*

Para que las partes en disputa tengan la posibilidad de elegir el foro, deberán concurrir copulativamente tres requisitos. El primero de ellos se refiere a que las partes pertenezcan a dos o más regímenes comerciales internacionales distintos o “*ratione personae*”⁷³. En segundo lugar, estos regímenes comerciales deben regular materias de igual naturaleza o “*ratione materiae*”. Y el tercer requisito, es que estos regímenes se superpongan o interactúen al mismo tiempo o “*ratione temporis*”.

El primer de los requisitos consiste en que las partes, además de estar ligados bajo WTO, deberán interactuar bajo el alero de otro acuerdo comercial, como puede ser MERCOSUR, UE o NAFTA. No es un requisito difícil, ya que de los 198 estados que existen en la actualidad, 151 están adscritos a WTO; y en cuanto a los acuerdos comerciales, se han notificado 368 a WTO⁷⁴.

El segundo de los requisitos se fundamenta en que las materias reguladas en el ACR como por WTO deben ser análogas o que versen sobre la misma materia.

⁷¹ En esta materia, el concepto de “*law*” o ley hay que entenderlo como en un sentido amplio, es decir, a cualquier norma obligatoria del derecho internacional, y no en el sentido que tiene en el derecho interno.

⁷² HAFNER, GERHARD. *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*. Pp. 854.

⁷³ En el primer capítulo de este trabajo, nos referimos a este concepto de manera genérica como “procesos integracionales”. Ver supra N° 4.

⁷⁴ WTO estableció un Mecanismo la Transparencia de los Acuerdos Comerciales Regionales. Para más información, consultar: WTO. *Acuerdos Comerciales Regionales*. En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm.

Tenemos que hacer referencia a que ciertos ACR's se remiten de manera expresa a las normas de WTO, en cuyo caso no estaremos en presencia de un caso de superposición; y en otros, el Acuerdo puede excluir ciertas jurisdicciones, en cuyo caso tampoco habrá superposición. La superposición se dará cuando la materia sea regulada de manera totalmente distinta, como puede ser el caso de antidumping y subsidios bajo el NAFTA, donde ambas materias solo son susceptibles de revisión por el panel binacional y de acuerdo a las leyes domésticas o nacionales; es decir, las normas de WTO sobre ambas materias juegan un papel irrelevante cuando las partes intervinientes en la disputa pertenecen a NAFTA.

2.1.2.- Factores que intervienen en la selección del foro:

Señalamos que de acuerdo al requisito denominado "*rationae materia*" se pueden dar distintas situaciones en las cuales es posible la selección del foro: (i) las materias son reguladas en el mismo sentido por el ACR y por WTO; (ii) el ACR contempla normas más liberales con respecto a WTO, en el sentido de promover la apertura de los mercados; y (iii) el ACR regula la materia de una manera distinta a la regulada por WTO. La posibilidad del "*forum shopping*" aparece de manera más clara cuando las materias son reguladas de manera análoga en ambos acuerdos, aunque también será posible cuando el ACR vaya más allá que WTO en algunos sentidos (es lo que se conoce como "WTO Plus").

Pero esto no responde satisfactoriamente a la pregunta del porqué el solicitante acudiría a un foro regional, o uno multilateral. La respuesta obvia sería que las reglas institucionales determinarían el foro, pero como ya hemos observado, esto no ocurre del todo así⁷⁵.

Lo que queremos ilustrar en este apartado, es que además de la materia propiamente tal, las partes en disputa tendrán en vista, al momento de tener que elegir

⁷⁵ BUSH, MARC. *Op. cit.* Pp. 4.

el foro, otros aspectos que son anexos. Estos aspectos son tres y corresponden a la elección de ley, elementos adicionales y aspectos políticos.

A.- Elección de ley⁷⁶:

En aquellos casos en que las partes tienen la opción de decidir acerca de a cual foro acudir para resolver sus disputas, la elección de ley es un tema que toma relevancia, ya que se puede pensar que la elección del foro dependerá de la ley que le sea más favorable a sus pretensiones⁷⁷, es decir, el estado decidirá el foro de acuerdo a las normas bajo las cuales tenga mejores opciones de resultar victorioso. Según Pauwelyn, los acuerdos de libre comercio (ALC's) pueden resultar más estrictos que las normas WTO, por lo que puede ser un incentivo para llevar el caso al foro contemplado en el ALC.

Pero no solo importa la ley substantiva, sino que además, las defensas o excepciones que pueda interponer la parte contraria en la disputa⁷⁸. Un ejemplo concreto está presente respecto a las normas medioambientales⁷⁹; tanto el GATT como el NAFTA contemplan normas al respecto, pero en el Artículo 2101 del NAFTA se encuentra reconocido como expresamente, como una excepción de índole general, el derecho a de las partes para establecer medidas para proteger el medioambiente. Así, una parte del NAFTA podría invocar este artículo para disuadir a la otra de concurrir al foro WTO.

⁷⁶ Ver Supra N° 72.

⁷⁷ PAUWELYN , JOOST. *Going Global or Regional or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with Other Jurisdictions, in particular that of the WTO*. Minnesota Journal of Global Trade, Vol. 1, 2004. Pp. 253.

En: http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID478041_code197021.pdf?abstractid=47-8041&mirid=1

Visitada el 06 de agosto del 2007.

⁷⁸ BUSH, MARC. *Op. cit.* Pp. 6.

⁷⁹ APAZA, PAMELA. *Op. cit.* Pp. 17.

B.- Elementos adicionales que influyen en la elección del foro:

Los foros que estarán disponibles para las partes serán regulados por sus propios mecanismos para la solución de las diferencias. En algunos casos, los procedimientos pueden asemejarse, pero en otros, las diferencias pueden ser de una índole tan substancial, que determinará la decisión del reclamante. Las diferencias entre los distintos mecanismos pueden ser tantas, como acuerdos comerciales hayan; es por eso que hemos seleccionado los aspectos más importantes.

Además, estos aspectos los hemos limitado a tres foros, a saber: WTO, NAFTA y MERCOSUR. Quisiéramos aclarar que el hecho de haber seleccionado el NAFTA y WTO como ejemplo no ha sido al azar, sino que hemos tenido en mente el caso "Softwood Lumber Dispute". Y en segundo lugar, aunque el MERCOSUR no se relaciona en nada con la disputa, presenta características que lo hacen útil para los efectos de ilustrar los elementos que las partes tienen en consideración al elegir el foro.

B.1.- Publicidad del foro:

WTO es una organización multilateral con un alto nivel de institucionalización, mientras que por otra parte, otros acuerdos como por ejemplo el NAFTA, no constituyen una organización internacional. La ventaja de WTO en este sentido, es que ofrece publicidad o exposición, por lo que los demás estados podrán revisar las prácticas comerciales de los demás miembros⁸⁰, afectando así la reputación del estado cuando éste no cumpla con sus obligaciones contraídas. Además, WTO ofrece la posibilidad de que terceros estados intervengan en la disputa.

B.2.- Aspectos procedimentales:

B.2.1.- Obligatoriedad de las decisiones:

⁸⁰ TUSSIE, DIANA y DELICH, VALENTINA. *Dispute Settlement between Developing Countries: Argentina and Chilean Price Bands*. WTO. Octubre, 2004.

En: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case1_e.htm
Visitada el 25 de abril del 2007.

Una ventaja del mecanismo contemplado en WTO frente a los ACR's, es que el OSD tiene competencia para mantener una vigilancia permanente en cuanto a la adopción de medidas por el estado demandado para hacer cumplir la recomendación emitida. En el caso de otros ALC's, esto se puede ver atenuado, especialmente en el caso del NAFTA, el cual al no tener un carácter institucional, la posibilidad de hacer cumplir las resoluciones puede resultar más dificultoso.

B.2.2.- Tiempo en resolverse la disputa:

El tiempo que demore en resolverse la disputa puede servir como otro incentivo en la elección del foro⁸¹. Por ejemplo, el plazo en el MERCOSUR es de 195 días⁸², en el NAFTA de 150 días⁸³ y el plazo en WTO es de 1 año⁸⁴. Mientras más breve sea el plazo, implicará un menor costo para las partes en disputa.

B.2.3.- Capacidad de las partes:

En cuanto a la capacidad de las partes para intervenir en una disputa, WTO no admite la posibilidad de que personas naturales o jurídicas sean sujetos intervinientes en ésta, sino que su propio gobierno es quien se hará parte y que en definitiva, protegerá sus derechos (sin perjuicio de las ONG's, pues como ya señalamos, éstas pueden intervenir en calidad de *"amicus curiae"*). Por otra parte, algunos ACR's admiten la posibilidad, ya sea de manera ilimitada o limitada, de que alguna de las partes sea un ente privado. Así por ejemplo, el MERCOSUR admite la posibilidad de manera limitada la intervención de privados, pero solo para aquellos casos de prácticas discriminatorias o de competencia desleal, y siempre que la entidad gubernamental decida iniciar la disputa. Y en el caso del NAFTA, éste admite la posibilidad de que intervengan personas cuando se refiera a alguno de los casos contemplados en los

⁸¹ BUSH, MARC. *Op. cit.* Pp. 6

⁸² Cálculo propio, según el *"Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR"*.
En: <http://www.mre.gov.py/tribunal/reglamentoProtocolo.html>

⁸³ Según Figura 3 de este trabajo.

⁸⁴ Según Figura 1 de este trabajo.

Capítulos XI (inversión extranjera) y XIX (cuotas antidumping y compensatorias) del ALC.

B.2.4.- Apelación:

El tema de la posibilidad de apelación es otra circunstancia que puede afectar en la toma de decisión, ya que no todos los ACR's admiten la posibilidad de acudir ante un ente de apelación⁸⁵. En el caso del MERCOSUR y de WTO, es posible interponer una apelación en contra de la primera decisión. Sin embargo, en el caso de NAFTA, no es posible de hablar propiamente de una apelación, pues es el mismo panel de árbitros quienes revisan el recurso (se asemeja más a una revisión que a una apelación); y sin perjuicio del Capítulo XIX que bajo ciertas circunstancias admite la revisión de la decisión por otro panel y en un procedimiento denominado como "procedimiento extraordinario".

A pesar de que una apelación retarda la obtención de la decisión final, las partes estarán seguras de que la resolución definitiva, ya sea favorable o contraria, se ajusta en mayor medida a derecho, a diferencia de si la disputa se resuelve en una única instancia (una doble instancia es garantía de una adecuada aplicación de las normas).

B.2.5.- Otros aspectos procedimentales relevantes:

Además de las circunstancias que ya hemos señalado como influyentes, existen otras que solo mencionaremos para no extendernos innecesariamente en el tema: (i) forma de integración del panel; (ii) naturaleza y efectos de la resolución adoptada por el panel (si ésta tiene un carácter vinculante, o es una recomendación); (iii) medidas concretas susceptibles de adopción para concretar la resolución; (iv) porcentaje de cumplimiento de las decisiones; (v) costo del procedimiento; (vi) trato especial, normalmente a países en vías de desarrollo; (vii) derechos de terceras partes; y (viii) posibilidad de solicitar medidas precautorias o provisionales.

⁸⁵ BUSH, MARC. *Op. cit.* Pp. 7.

C.- Carácter político en la elección del foro:

Al momento de suscribir un acuerdo de trato preferencial, los estados siempre tienen en vista un elemento político. En este sentido, la elección acerca de si acudir al foro contemplado en WTO o a aquél contenido en el ACR, puede traer consigo igualmente repercusiones de tipo político, especialmente cuando la otra parte sea un aliado comercial⁸⁶.

Tanto MERCOSUR como NAFTA, permiten la intervención de los otros estados partes en el tratado, pero ninguno de la manera en que WTO ofrece esta posibilidad. Por lo mismo, cuando el asunto afecte a más gobiernos, la posibilidad de recurrir al OSD que contempla la WTO, es mas atractiva, especialmente cuando el estado que solicita la consulta es pequeño, pues podría contar con el apoyo de otros gobiernos (los cuales podrían intervenir como terceros).

Pero por otra parte, el mismo hecho de que hayan terceras partes, hará más complicada la situación de llegar a una solución directa entre los solicitantes; el otorgamiento de concesiones será más difícil y costoso⁸⁷. Acerca este punto, podemos decir que NAFTA pone más énfasis en la soluciones diplomáticas o negociadas (al igual que el MERCOSUR), pues se establece un mecanismo de arbitraje para resolver problemas en cuanto a su aplicación o interpretación, por sobre la aplicación irrestricta de reglas y principios⁸⁸. Además, el NAFTA por una parte contempla como mecanismo obligatorio una fase dentro del procedimiento en un acercamiento político, y por otra, el panel arbitral se encuentra facultado para proponer soluciones (en contraposición a disponer de ellas)⁸⁹. Lamentablemente, existe poca información confiable acerca de los

⁸⁶ APAZA, PAMELA. *Op. cit.* Pp. 41.

⁸⁷ BUSCH, MARC L. *Op. cit.* Pp. 7.

⁸⁸ Cfr. BOUZAS ROBERTO. *Profundización del MERCOSUR y el desafío de las disparidades*. Banco Interamericano del Desarrollo, Río de Janeiro, Brazil. 2005. Pp. 11.
En: <http://www.iadb.org/regions/re1/econ/10%20-%20Bouzas.pdf>
Visitada el 04 de octubre del 2007.

⁸⁹ APAZA, PAMELA. *Op. cit.* Pp. 41.

resultados de esta fase política, es decir, acerca de la cantidad de casos que se han logrado resolver de manera exitosa⁹⁰.

2.2.- Conflicto de normas:

Otro de los posibles efectos de la fragmentación del derecho internacional corresponde al conflicto de normas. Los tribunales, antes de resolver la disputa, siempre han de revisar las normas y principios que son aplicables *prima facie* a la cuestión⁹¹. El resultado será con frecuencia que diferentes normas pueden parecer a primera vista pertinentes, pero en la práctica, pueden resultar incompatibles, o en otras palabras, habrá un conflicto de ley.

El conflicto de normas es definido clásicamente como “*la colisión entre dos ordenamientos jurídicos que son mutuamente excluyentes*”⁹²; por ende, el problema surgirá en la medida de que dos o más ordenamientos jurídicos distintos, son aplicables a una misma materia⁹³. La dificultad de fondo radica en que el tribunal está obligado a resolver la disputa, y para ello, deberá de justificar su decisión. Esta decisión (o sentencia) deberá estar soportada por normas y principios, por lo que en su argumentación, el tribunal deberá de explicar porqué utilizó alguna de ellas, mientras que otras fueron desechadas por ser inconciliables.

Como señalamos, la fragmentación del Derecho Internacional Público consiste la creación de distintos regímenes jurídicos individuales; y en cuanto estos regímenes

⁹⁰ BUSCH, MARC L. *Op. cit.* Pp. 7.

⁹¹ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op. cit.* Pp. 26.

⁹² PAUWELYN, JOOST. *Conflicts of Norms in Public International Law. How WTO Law relates to other Rules of International Law.* Cambridge Studies in International and Comparative Law, N° 29. Nueva York, Estados Unidos, 2003. Pp. 167.

⁹³ *Cfr.* KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op. cit.* Pp. 20.

jurídicos interactúan y se excluyen mutuamente por medio de sus normas sustantivas, estaremos frente a un caso de conflicto normativo.

El conflicto de normas solo se producirá cuando haya una superposición de *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis*⁹⁴. O en otras palabras, que las normas regulen iguales materias o hechos, produciendo sus efectos al mismo tiempo y entre las mismas partes.

Es un principio del derecho internacional público que el tribunal deberá minimizar los riesgos de conflicto, y de esa manera hacer perseverar los acuerdos entre las partes⁹⁵. Existe la posibilidad de cometer el error de determinar que entre dos o más normativas existe un conflicto de ley por regular iguales materias, pero solo de una manera nominal, es decir, que debido a que dos o más tratados puedan tener nombres o nomenclaturas similares, no necesariamente regularán la misma materia. Lo que importa es que el contenido material de las normas estén en conflicto. Un tratado, por ejemplo, sobre el transporte marítimo de productos químicos, se refiere por lo menos al derecho del mar, al derecho ambiental, al derecho mercantil y al derecho del transporte marítimo⁹⁶. Uno podría pensar que por no existir otros tratados con igual nombre, dicho tratado no entraría en conflicto con otras normas del Derecho Internacional, lo cual no es del todo cierto. Como señalamos, el tratado propuesto como ejemplo contempla cuatro materias independientes, y consideradas éstas de una manera aislada, ellas a su vez están potencialmente en conflicto con otras normas (existen muchos tratados que regulan el mar, medioambiente comercio y transporte). Las denominaciones (nombre del tratado) tienen menos que ver con la "naturaleza" del instrumento que con el interés desde el que se le califica⁹⁷.

⁹⁴ PAUWELYN, JOOST. *Conflicts of Norms in Public International Law. How WTO Law relates to other Rules of International Law*. Pp. 165.

⁹⁵ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op. cit.* Pp. 25.

⁹⁶ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op. cit.* Pp. 34.

⁹⁷ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op. cit.* Pp. 20.

2.2.1.- *Conflicto aparente y conflicto real:*

¿Que sucedería si, por ejemplo, las partes en disputa ante un panel de WTO basan sus argumentaciones en normas que son propias de otro régimen jurídico y además sean incompatibles? No hemos abarcado aún el tema respecto a si es posible citar ante un foro de WTO normas ajenas a éste, pero en principio y solo para efectos de introducir este tema con un ejemplo, admitiremos que es posible citar estas normas externas a WTO dentro de un proceso iniciado ante el OSD. De esta manera, el escenario será que el panel WTO estará frente a una disputa en que una de las partes basa sus pretensiones en las normas de WTO, mientras que la otra, en normas divergentes y contenidas en un ACR. Este sería un ejemplo de “conflicto de normas”.

El tribunal, más que consagrar esta divergencia, deberá tratar de conciliar las normas y principios. Si es posible esta conciliación, estaremos frente a un conflicto aparente, pues las normas serían solo divergentes. Por el contrario, si las normas y principios son inconciliables, estaremos frente a lo que se denomina un conflicto real de ley. Para la determinación de un conflicto aparente o real de ley, el principio de “armonización” o “efectiva interpretación” es clave. De acuerdo a este principio, recogido en el Artículo 1.2 del OSD, cuando varias normas se preocupan de un mismo tema, habrá que interpretarlas de una manera en que sea posible llegar a un mismo grupo de obligaciones⁹⁸. Este principio podría aplicarse, por ejemplo, a aquellos casos en que una de las partes basa sus pretensiones en principios generales del derecho internacional, mientras que la otra, en una disposición contenida en las normas de WTO.

Los casos en que las normas hayan sido calificadas como un “conflicto real” son escasos, toda vez que los estados, al negociar los acuerdos, siempre tienen en mente

⁹⁸ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op. cit.* Pp. 8.

la compatibilidad de éste con los demás en que también sean parte⁹⁹. Por otra parte, los conflictos aparentes de ley son de mayor cotidianeidad. El conflicto aparente de ley podría estar presente en aquellos casos en que un miembro presente al panel de WTO una norma contenida en un ACR, y que ésta sea más liberal que las normas de WTO¹⁰⁰.

Lo usual es que las disputas por normas contenidas en un ACR sean conocidas por los foros que ellas mismas contemplan, pero también existe la posibilidad de recurrir a WTO por las ventajas que ofrece, como por ejemplo, su institucionalización¹⁰¹. El panel WTO resolverá de acuerdo a sus normas¹⁰², pues el solicitante tenía la opción de dirigirse al foro contemplado en el ACR para hacer valer sus derechos (sobre este tema volveremos posteriormente). Este es un caso de conflicto aparente ya que al fin y al cabo, al ser la norma del ACR más liberal que la WTO, de todas maneras el acuerdo regional incorporaría las normas de WTO.

Continuando con el ejemplo anterior, si el estado que fue requerido ante el panel de WTO desea interponer una excepción contenida en un ACR, se podría dar el caso de un conflicto real de ley. El motivo de ello es que al ser el ACR más liberal, podría contemplar alguna excepción que no se encuentre contemplada en las normas WTO. Este sería el caso en que el ACR y WTO regulen iguales materias pero de una forma distinta, por lo cual se daría el problema de un conflicto de ley, teniendo el efecto

⁹⁹ BORGAN, CHRISTOPHER. *Resolving Treaty Conflicts*. George Washington International Law Review, Vol. 37, 2005. Pp. 605.
En: http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID747364_code436781.pdf?abstractid=74-7364&mirid=5
Visitada el 07 de agosto del 2007.

¹⁰⁰ Recordemos que en el ámbito de la WTO, se permite el otorgamiento de acuerdos preferenciales.

¹⁰¹ Anteriormente explicamos los diferentes factores que están presentes al momento de seleccionar el foro.

¹⁰² Esta afirmación es aventurada, pues como veremos posteriormente, hay quienes sostienen una postura diametralmente distinta.

de no poder utilizar dicha excepción en la disputa que está conociendo el panel de WTO.

Como podemos ver, a estas alturas del análisis nos alejamos de la definición clásica de “conflicto de normas”, pues el tema no abarca estrictamente aquellas normas que son mutuamente excluyentes como señalamos originalmente, sino que incorpora otros casos. Por ello que tenemos que adoptar una definición más amplia, como por ejemplo aquella que se refiere al conflicto de normas como “la situación en que dos normas o principios indican de manera distinta la forma de abarcar un problema”¹⁰³.

2.2.2.- Solución al conflicto de ley:

Normalmente, el principio de armonización basta para solucionar los casos en que se presenta un conflicto de ley. Sin embargo, en aquellos casos en que se presente un conflicto real, dicho principio no basta, pues como señalamos, lo que define el carácter de “real” es la imposibilidad de conciliación.

Un primer acercamiento al tema, hace referencia a que por regla general, un tribunal se encuentra impedido de aplicar las normas de otro régimen, como por ejemplo, no es posible para la Corte Internacional de Justicia aplicar normas no mencionadas como fuentes¹⁰⁴ (a pesar de que es un artículo sumamente amplio en

¹⁰³ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op. cit.* Pp. 21.

¹⁰⁴ Así, en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se señalan de manera expresa las fuentes:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

cuanto al número de fuentes aplicables como normas substantivas a la solución de la controversia, de todas formas implica una restricción, en cuanto es una enumeración taxativa). Pero por otra parte, existen normas procedimentales en que por mandato expreso de ellas, el tribunal deberá atender a otros cuerpos normativos ajenos, como sucede en el caso del Tribunal del Mar¹⁰⁵ (a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, al Tribunal del Mar no le está señalado taxativamente las normas substantivas aplicables a la controversia; es un número abierto, con la condición de que no sean contrarias a sus propias reglas); y finalmente, es posible encontrar normas procedimentales que guardan silencio al respecto, como sucede en el caso de WTO (las normas de WTO no hacen mención expresa a las normas aplicables a la solución de la disputa; sobre este respecto, volveremos posteriormente).

Si las normas no otorgan una solución satisfactoria al problema del conflicto de ley, habrá que atender a aquellas normas y principios generales del derecho internacional. Al respecto, estudiaremos en primer lugar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Al efecto, deberán aplicarse las reglas sobre la interpretación de los tratados contenidas en los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena. El Artículo 31 en su Párrafo 1 da Regla general de interpretación, señalando que *“un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los*

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

¹⁰⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, Artículo 293: *Derecho aplicable:*

1. La corte o tribunal competente en virtud de esta sección aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la facultad de la corte o tribunal competente en virtud de esta sección para dirimir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes convienen en ello.

También se hace referencia expresa a otras normas en el Artículo 304: *Responsabilidad por daños:*

Las disposiciones de esta Convención relativas a la responsabilidad por daños se entenderán sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes y del desarrollo de nuevas normas relativas a la responsabilidad en derecho internacional.

términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin". Y para los fines de este análisis, la principal regla se encuentra contemplada en el párrafo 3 letra c) del mismo artículo, el cual dispone que *"Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las parte"*. Esto contempla una regla de interpretación denominada integración sistémica, pues incluiría además de otros tratados o convenciones entre las partes, los principios del derecho internacional¹⁰⁶. De acuerdo a la interpretación sistémica, las normas jurídicas (en un sentido amplio), deben de interpretarse como un todo, es decir, como normas que pertenecen a un mismo "sistema". El fundamento de integración sistémica se encuentra en que "un tratado no puede considerarse aisladamente. No sólo está enraizado en las realidades sociales, sino que sus disposiciones deben confrontarse con otras normas jurídicas con las que pueda competir"¹⁰⁷.

Así por ejemplo, los paneles de solución de diferencias de WTO, al momento de solucionar una disputa entre las partes, puede encontrarse frente al caso de que una de ellas haga una referencia a una norma contenida en un ACR para alegar que la otra parte ha violado las obligaciones nacidas en virtud de WTO. Según el principio de la integración sistémica, la forma en que debiera proceder el panel de WTO consistiría en que debieran de aplicar las normas del referido ACR, pero tan solo como un medio de interpretación de las normas WTO¹⁰⁸. De esta forma, la norma del ACR no se descartaría del todo, sino que hay que considerarla para los efectos de interpretar las normas WTO.

¹⁰⁶ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op cit.* Pp. 216.

¹⁰⁷ DAILLIER, PATRICK y PELLET, ALAIN. *Droit international public*. Libraire générale de droit et de jurisprudence, 7^o ed. París, 2002. Pp. 266. Citado por KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op cit.* Pp. 242.

¹⁰⁸ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op cit.* Pp. 179.

Además de las reglas de interpretación, el Artículo 41 de la Convención de Viena¹⁰⁹ es relevante al momento de entender la relación entre las normas contenidas en los acuerdos de WTO y las contenidas en un ACR. El Artículo 41 regula la modificación de acuerdos multilaterales con respecto a solo ciertas partes (*“inter se agreements”*)¹¹⁰. Estos acuerdos son generalmente utilizados para implementar de una manera más efectiva el tratado original entre un número limitado de partes, asumiendo mayores obligaciones que las contenidas en el tratado original¹¹¹, como ocurre en el caso de los ACR con respecto a los acuerdos adoptados por WTO. Por esto es que el Artículo 41 es de gran importancia al momento de referirnos al conflicto de normas entre ACR’s y WTO, pues de acuerdo a este artículo, dos o más partes pueden modificar un tratado multilateral, pero solo si dicha posibilidad (a) está prevista en el tratado original, o (b) no está prohibida de manera expresa, a condición de que *“ i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones: y ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto”*¹¹².

Si consideramos que un ACR puede ser utilizado para la interpretación del acuerdo WTO, como señalamos anteriormente¹¹³ y de acuerdo al Artículo 3.1 del OSD y del Artículo 31.3 c) de la Convención de Viena, es posible que lleguemos a un resultado extremo. Si el panel WTO aplica normas externas contenidas en un ACR para interpretar las propias de ella, es posible que como producto de la interpretación se extiendan o restrinjan las obligaciones entre las partes en disputa, por lo que en otras palabras y llevándolo a la práctica, el panel WTO se encuentra autorizado para

¹⁰⁹ El Artículo 41 se denomina “Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente”.

¹¹⁰ El Artículo 41 de la Convención de Viena se relaciona con el Artículo 30 de la misma Convención, sobre la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

¹¹¹ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op cit.* Pp. 25.

¹¹² Artículo 41 de la Convención de Viena.

¹¹³ Ver Supra N° 109.

modificar las obligaciones entre las partes¹¹⁴. Adelantamos además, que incluso un ACR puede derogar las normas incompatibles de WTO mediante la aplicación del principio de la especialidad¹¹⁵ (lo analizaremos en detalle posteriormente). En este caso y de acuerdo al Artículo 41 de la Convención de Viena, no podrá afectar los derechos de otras partes que no pertenezcan a su vez al ACR;extrapolándolo al NAFTA, solo se podría utilizar dicho acuerdo en WTO cuando la disputa afecta a Canadá, US o México.

Resumiendo la postura anterior, se señala que es posible utilizar un ACR como una herramienta para interpretar el acuerdo WTO. Esto permitiría admitir que las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo WTO sean modificadas, y que ciertas defensas sean admitidas, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos.

Si por el contrario, admitiésemos la posibilidad de que el panel WTO no pueda utilizar normas contenidas en un ACR como medio de interpretación, una alternativa para el panel es declinar su competencia en favor del mecanismo contenido en el ACR, situación a la cual nos referiremos al analizar el conflicto de jurisdicción¹¹⁶. Otra posibilidad será la de aplicar las reglas WTO, lo que podría tener como consecuencia que una de las partes envuelta en la disputa alegue la violación del ACR.

Continuando con la solución al conflicto normativo, si lo señalado hasta ahora aún no nos satisface en cuanto a solucionar el problema, deberemos recurrir a los

¹¹⁴ APAZA, PAMELA. *Op. cit.* Pp. 51.

¹¹⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion Of International Law*. Report on the work of its fifty-eighth session, 2006. Pp. 409.
En: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/english/chp12.pdf>
Visitada el 35 de abril del 2007.

¹¹⁶ Señalamos desde ya que la declinación de jurisdicción no es posible cuando una de las partes en disputa no sea signataria a su vez del ACR, pues como ya señalamos, el ACR no puede afectar a terceras partes de él. Si se perjudican los derechos de los terceros, ellos deberán iniciar una disputa en sede WTO.

principios generales del derecho internacional, en orden a determinar cual de las normas es la que prevalecerá.

El primero de estos principios se encuentra contemplado en la Convención de Viena. Así, la Convención señala en su Artículo 30 la regla de que la norma posterior deroga la anterior (*"lex posterior derogat priori"*). Este principio será aplicable cuando entre las mismas partes existan dos o más acuerdos sobre la misma materia y no sea posible la armonización entre ellos. De ser este el caso, el primero de estos acuerdos (o lo que es lo mismo, el más antiguo) que no haya terminado o no se encuentre momentáneamente suspendido, solo se aplicará en la medida de que no sea contrario al posterior (o más antiguo)¹¹⁷. O lo que es lo mismo, el acuerdo que haya entrado en vigencia con posterioridad, tendrá una aplicación preferente con respecto al posterior.

Este principio corresponde a la presunción de que las partes, al ratificar un nuevo tratado, su voluntad intrínseca es la de poner fin a los anteriores sobre la misma materia. Pero al ser solo una presunción, este principio solo será aplicable en la medida de que ambos tratados sean inconciliables. Así, el Artículo 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone expresamente que: *"Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:*

a) Se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o

b) Las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente."

Este principio que parece ser absoluto, no es así del todo. Hay casos en que no es posible de aplicar de un modo automático, sino que se deberá realizar atendiendo a la clasificación de las normas generales y especiales; o al derecho superior e

¹¹⁷ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. cit.* Pp. 416.

inferior¹¹⁸.

Como adelantábamos, otro principio aplicable, pero que a diferencia del principio de la temporalidad no se le referencia en la Convención de Viena, consiste en la regla de la especialidad o “*lex specialis derogat generali*”¹¹⁹. A este respecto, los regímenes jurídicos de carácter más general compiten muy a menudo con los regímenes de carácter más especial, en los que las posibles contradicciones sólo se pueden superar recurriendo a normas tales como la “*lex specialis*”¹²⁰. Sobre este punto retoma importancia el capítulo sobre la regionalización y el multilateralismo, toda vez que frecuentemente el regionalismo se presenta como una forma específica o *specialis* de abordar materias que ya fueron tratadas de una manera más general, como ocurre por ejemplo en el caso de los ACR’s con respecto al GATT de 1947.

Al estudiar la relación que existe entre la norma general y la norma específica, es posible concebir dicha relación de dos maneras. La primera corresponde al caso en que la norma específica se debe leer e interpretar dentro de los límites o del marco de la norma general, típicamente como desarrollo, actualización o especificación técnica de la última¹²¹. En tal caso, la norma específica y la norma general apuntan, por así decirlo, en la misma dirección o de una manera complementaria; de ser así, no estaríamos frente a un conflicto de leyes. Sin embargo, en algunas ocasiones la “*lex specialis*” se interpreta de manera más estricta cuando dos disposiciones jurídicas, que son tanto válidas como aplicables y que no tienen una relación jerárquica expresa entre ellas, marcan direcciones incompatibles en la forma de abordar el mismo conjunto de hechos¹²². En tal caso, recurriremos al principio de la “*lex specialis*”, la cual se

¹¹⁸ Cfr. KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op cit.* Pp. 145.

¹¹⁹ HAFNER, GERHARD. *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law.* Pp. 860.

¹²⁰ HAFNER, GERHARD. *Los riesgos resultantes de la fragmentación del Derecho Internacional.*

¹²¹ KOSKENNIEMI, MARTTI. *Op. cit.* Pp. 37.

¹²² *Ibid.*

presentará como una técnica de solución de conflictos. De acuerdo al principio estudiado, se sugiere que en vez de aplicar la norma general, se debe aplicar la excepción, o sea, la norma específica. Aun así, en ambos casos la prioridad corresponde a la disposición que es "especial", es decir, a la norma que tiene un campo de aplicación delimitado con mayor precisión.

Este principio se basa en la afirmación de que una norma especial regulará con mayor detalle la materia, es decir, es más efectiva al momento de su aplicación. La norma general, por su propia finalidad, tratará de englobar distintos supuestos sin atender a sus circunstancias particulares. Así, este principio busca establecer una jerarquía entre normas, toda vez que formalmente no existe; a lo más, se puede establecer que la norma de mayor rango corresponde a las denominadas *jus cogens*. En consecuencia, de acuerdo al principio de la especialidad, tras las normas *jus cogens* estarían las normas especiales o específicas, para finalizar con aquellas que son de índole general.

2.3.- Conflicto de jurisdicción:

Así como la tendencia actual es la de la especialización de las normas mediante la suscripción de nuevos acuerdos, igual fenómeno ocurre con los tribunales o foros. Los ACR's no solo contemplan normas sustantivas, sino que también contemplan la forma en que se deberán de resolver las disputas que surjan de su aplicación o del incumplimiento de las obligaciones por parte de otro estado; y como es del todo lógico, cada uno de estos ACR's reclaman autonomía respecto de aquellos que se insertan en el derecho internacional general¹²³.

El conflicto de jurisdicción se produce cuando una misma disputa, o aspectos relacionados de la misma disputa, es llevada ante dos órganos competentes para la

¹²³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. cit.* Pp. 405

solución de diferencias¹²⁴. Esta es la tercera consecuencia de la fragmentación del derecho internacional, pero además, el conflicto de jurisdicción se produce por la falta de jerarquía entre los tribunales internacionales¹²⁵, pues no existe un tribunal superior que resuelva o determine cual de los tribunales es el competente.

El problema de fondo sobre este tema, corresponde a que la seguridad jurídica está en juego. El potencial resultado que se produciría cuando dos tribunales conocen de una misma disputa, es que ambos foros puedan resolver de una manera distinta o contradictoria; no solo por el hecho exclusivo ser tribunales diferentes y con sus propios criterios o reglas procedimentales, sino que además, por el hecho de que podrían aplicar normas distintas, agravando aún más el asunto.

Nosotros definimos y describimos “*forum shopping*” y conflicto de jurisdicción como conceptos diametralmente distintos, pero quisiéramos advertir al lector que aún no se ha zanjado completamente la discusión doctrinaria que cabe en cuanto a la extensión de ambos términos. Para los efectos de este trabajo, y con esta indicación, mantendremos la distinción clara entre ambos conceptos, es decir, el “*forum shopping*” consiste en aquel evento en que existe la posibilidad de elegir el tribunal al cual acudir, mientras que el conflicto de jurisdicción hace referencia a la situación en que dos tribunales están conociendo de la misma disputa.

Para graficar el problema que surge del conflicto de jurisdicción, nos remitiremos nuevamente al multilateralismo y regionalismo. Pensemos en un foro multilateral como el de WTO. Éste es competente para conocer de las disputas que surjan entre las partes con motivo del incumplimiento de las obligaciones por parte de otro estado, como por ejemplo, alguna violación cometida por restringir el acceso a los mercados. Si el estado requirente obtuviere una decisión contraria a sus pretensiones, podría iniciar un nuevo procedimiento, pero esta vez ante el NAFTA (si es que ambos

¹²⁴ SHANY, YUVAL. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos. 2004. Pp. 332.

¹²⁵ APAZA, PAMELA. *Op. cit.* Pp. 54.

estados en disputa pertenecen al NAFTA), pues sus normas también contemplan como principio fundante la apertura de los mercados.

2.3.1.- *Situaciones en el conflicto de jurisdicción: disputas paralelas y disputas sucesivas*

El conflicto de jurisdicción se puede presentar de dos maneras; por una parte existen las disputas paralelas, mientras que por la otra, las disputas se pueden presentar como sucesivas. Esta clasificación responde más índole doctrinaria, pues en la práctica, es difícil de realizar esta distinción.

(i) Será una *disputa paralela* cuando dos o más tribunales conozcan de la misma materia y al mismo tiempo. A su vez, la disputa paralela puede sub-clasificarse dependiendo de si existe o no un conflicto de normas; y (ii) será una *disputa sucesiva* si un segundo tribunal conoce de una materia que ya fue resuelta anteriormente por otro tribunal.

Si se trata de una disputa paralela con conflicto de normas, como ocurriría entre un ACR y WTO, y si aplicando las normas y principios determinamos que prevalece el ACR, el panel de WTO debiera de declinar su jurisdicción en favor del ACR, siempre que no afecte los derechos de terceras partes, como veremos luego.

Siguiendo con el ejemplo, si no existe un conflicto de normas, nada impide que el panel WTO resuelva la disputa según sus propias normas. Sin embargo, si existe una cláusula que le de jurisdicción preferente o exclusiva al foro del ACR, el panel WTO tendrá que decidir si declina o no su jurisdicción, basándose para ello en la cláusula de conflicto. Si no existen cláusulas de conflicto, el panel deberá de aplicar los principios de *lex specialis*, *lex posterioris*, abuso de derechos y *lis alibi pendens*, los cuales explicaremos posteriormente.

En el caso de tratarse de una disputa sucesiva, se deberá de aplicar nuevamente la cláusula de conflicto para la elección del foro. Si no existen estas

cláusulas, serán aplicables los principios del derecho internacional para evitar la duplicación de procedimientos (*res judicata* y *estoppel*). En cualquier caso, el panel WTO deberá decidir si declina su jurisdicción atendiendo a las circunstancias del caso y procurar no afectar los derechos de los demás miembros.

2.3.2.- Cláusulas expresas acerca del conflicto de jurisdicción:

Al igual que en el caso del conflicto de normas, es necesario determinar si los acuerdos contienen normas que solucionen el problema, es decir, si las partes han convenido previamente cual será el tribunal competente. Contrariamente al conflicto de normas, todos los ALC's cuentan con reglas para atribuir la jurisdicción¹²⁶. Nuevamente, para la realización del análisis sobre la atribución, hemos seleccionado al MERCOSUR, NAFTA y WTO como ejemplos.

En el caso del MERCOSUR, la voluntad de las partes será lo fundamental; en el "Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias", se estipula expresamente la posibilidad de recurrir al foro contemplado en dicho ACR, o al de WTO¹²⁷. Por otra parte, en el caso de NAFTA y al igual que en el MERCOSUR, se da igualmente la opción a sus miembros de acudir a WTO¹²⁸. Sin embargo, el NAFTA

¹²⁶ APAZA, PAMELA. *Op. cit.* Pp. 55.

Cfr. KWAK, KYUNG y MARCEAU, GABRIELLE. *Overlaps and conflicts of jurisdiction between the WTO and RTAs*. Pp. 3.

En: http://www.wto.int/english/tratop_e/region_e/sem_april02_e/marceau.pdf

Visitada el 27 de julio del 2007.

¹²⁷ Capítulo I. Controversias entre Estados Partes: 4. A los efectos de este artículo, se considerará iniciado un procedimiento bajo el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, cuando la parte demandante solicite la conformación de un Grupo Especial en los términos del artículo 6 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por el que se Rige la Solución de Diferencias.

¹²⁸ Artículo 2005: Solución de controversias conforme al GATT: Excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor (GATT), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante.

contempla algunos casos en que por la materia, los estados pertenecientes a dicho ACR se encuentran obligados de recurrir al panel NAFTA¹²⁹. Una vez que se ha iniciado el procedimiento ante el NAFTA, el foro de WTO deja de ser competente (un procedimiento se entiende iniciado ante el NAFTA cuando se solicita una reunión con el Comité, mientras que ante WTO, será cuando se haga la solicitud al panel).

Finalmente, en el caso de WTO, el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la solución de Diferencias, en su Artículo 23 se dispone expresamente que el OSD es el único ente competente para resolver las disputas¹³⁰, al señalar que “[...] los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento [...]”. Así, de acuerdo a las normas de WTO, éste se considera como el único foro con jurisdicción para conocer de las disputas, excluyendo de plano a los que se contemplan en los ACR´s.

De acuerdo a los tres casos que hemos expuesto, podemos resumir lo afirmado diciendo que existen tres distintas posibilidades para solucionar el conflicto de jurisdicción: i) que el acuerdo permita la libre elección de las partes, como el caso del MERCOSUR y la generalidad del NAFTA; ii) que se obligue en determinadas materias a acudir a un determinado panel, como ocurre en el caso del NAFTA con respecto a temas ambientales, salud, etc.; y iii) que el acuerdo atribuya competencia a un determinado tribunal como es el caso de WTO.

En el evento de que las disputas sean sucesivas, tanto el MERCOSUR como NAFTA otorgan competencia al órgano que inicialmente comenzó a resolver el caso.

¹²⁹ Artículo 2005 párrafo 3 y 4: cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente, la salud, la seguridad o la conservación, incluyendo las cuestiones científicas directamente relacionadas.

¹³⁰ Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.

Es decir, una vez que se haya seleccionado el foro, la disputa se radica en dicho tribunal.

Otro tema relacionado con el conflicto de jurisdicciones ocurre cuando el solicitante acude a WTO, pero la contraparte acude al mecanismo de solución de disputas que se haya contemplado en el ACR por considerar que tiene mejores oportunidades de defensa¹³¹. Tanto el MERCOSUR como el NAFTA contemplan reglas al respecto. En el caso del MERCOSUR, será el primer solicitante quien decidirá acerca del foro al cual acudir; en el caso del NAFTA es la misma regla, salvo que se refiera a alguna de aquellas materias que necesariamente deben ser revisadas por el panel NAFTA. WTO no contempla normas sobre este tema, pues según ya explicamos, este foro se atribuye jurisdicción exclusiva a sí mismo.

2.3.3.- Reglas generales del derecho internacional respecto del conflicto de jurisdicción:

1.- Disputas paralelas:

Como señalamos, en caso de conflictos paralelos y si las cláusulas no solucionan el conflicto de jurisdicción, o no existen dichas cláusulas, el panel podría declinar su jurisdicción en un caso específico, debido a la aplicación de las reglas generales del derecho internacional público.

Sobre esta materia es aplicable el principio “*compétence de la compétence*”, principio que consiste en que será el mismo tribunal internacional quien decidirá si tiene o no competencia para conocer de la materia¹³². En principio, el tribunal no puede

¹³¹ Como ocurrió en la disputa ante WTO DS 308 México – Medidas Fiscales sobre los Refrescos y otras Bebidas. O en el caso contrario, como ocurrió ante el panel NAFTA en el caso US – Safeguards on Brooms.

¹³² PAUWELYN, JOOST. *Conflicts of Norms in Public International Law. How WTO Law relates to other Rules of International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law, N° 29. Nueva York, Estados Unidos, 2003. Pp. 147.

declinar su jurisdicción en favor de otro tribunal. En el caso de WTO, a pesar de que en el Artículo XXIV del GATT se reconocen los ACR's, no puede declinar su jurisdicción en favor de alguno de los mecanismos contenidos en los ACR's, pues ya fue solicitado en la forma en que el Mecanismo de Solución de Diferencias lo estipula. Pero por otra parte, si un tribunal regional ya resolvió la disputa, el panel WTO debiera de declinar su jurisdicción, en consideración de que las partes en disputas ya obtuvieron una resolución anterior.

Las reglas que resultan aplicables son: *i) forum non convenient; ii) lex specialis; iii) lex posterioris; iv) lis alibi pendens (litispendencia); y v) abuso del derecho*¹³³.

La regla "*forum non convenient*" es definido como un poder discrecional de una corte para declinar su jurisdicción¹³⁴ de acuerdo a criterios como existencia de testigos, costos del procedimiento o lugar de residencia de las partes, es decir, por constituir dicha jurisdicción poco conveniente para la solución de la disputa. De acuerdo a la doctrina, las posibilidades de declinar la jurisdicción basadas en estas causales son muy bajas.

Los principios de "*lex specialis*" y "*lex posterioris*" son relevantes al momento de resolver los problemas de conflicto de jurisdicción. Estos principios son aplicables cuando la selección del foro fue realizada en violación de una cláusula de conflicto, como por ejemplo, aquella que reconoce exclusividad a una sola jurisdicción¹³⁵.

La regla de "*lex specialis*" da prevalencia a una normativa específica por sobre la general. Por eso, jurisdicciones especiales para una determinada categoría de disputas

¹³³ SHANY, YUVAL. *Op. cit.* Pp. 332.

¹³⁴ MARCEAU, GABRIELLE. *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions - Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties.* Journal of World Trade, Vol. 35, N° 6, 2001. Pp. 1081.

¹³⁵ SHANY, YUVAL. *Op. cit.* Pp. 59.

prevalecerán por sobre una jurisdicción general conferida a algún otro tribunal¹³⁶, como por ejemplo, en materias medioambientales y de salud concernientes al NAFTA, prevalecerá éste por sobre WTO. Por otra parte, de acuerdo al principio “*lex posterioris*”, la cláusula de conflicto contenida en un tratado posterior prevalecerá por sobre la anterior.

En cuanto a la regla “*lis alibi pendens*”, ésta consiste en que un tribunal puede rehusar el ejercicio de su jurisdicción cuando exista un litigio pendiente en otro estado¹³⁷, como ocurrió en la disputa *Swordfish*, la cual fue conocida simultáneamente por el Tribunal Internacional del Mar y por WTO. Para Shany, esta doctrina puede ser aplicada para distintos sistemas, así como entre distintos ACR`s.

Finalmente, nos encontramos con el principio del abuso del derecho, el cual es un derivado del principio de la buena fe y de la responsabilidad de los estados. Este principio sustenta la prohibición del ejercicio disputas paralelas¹³⁸, toda vez que el abuso, a pesar de ser en ejercicio de un “derecho”, puede causar perjuicios a otro estado. Este principio tiene lugar cuando el ejercicio de un derecho tome la forma de “arbitrario”, es decir, en ausencia de una motivación que sea aceptable.

2.- Disputas sucesivas:

Si el propósito es el de no admitir la duplicación de disputas sucesivas con la potencial obtención de decisiones contradictorias, se debieran de aplicar las siguientes reglas del derecho internacional: i) *res judicata*; y ii) *estoppel*. En caso de que el foro ya haya decidido la cuestión, será aplicable el principio de “*res judicata*”, regla que consiste en que tribunales posteriores no podrán revisar nuevamente una materia ya

¹³⁶ PAUWELYN, JOOST. *Conflicts of Norms in Public International Law*. Pp. 115.

¹³⁷ SHANY, YUVAL. *Op. cit.* Pp. 332.

¹³⁸ BYERS, MICHAEL. *Abuse of Rights: An Old Principle a New Age*. Mc Gill Law Journal Vol. 47, Canadá. 2002. Pp. 389.
En: [http://lawjournal.mcgill.ca/abs/vol47/%3C?PHP%20ECHO%20\\$filename;?%3E.pdf](http://lawjournal.mcgill.ca/abs/vol47/%3C?PHP%20ECHO%20$filename;?%3E.pdf)
Visitada el 13 de agosto del 2007.

resuelta por otro tribunal. Para que esta declinación sea válida, deben de cumplirse tres requisitos de manera copulativa: i) identidad de partes; ii) identidad de materia; y iii) identidad de causa o base legal para pedir. Por lo tanto, esta regla no será aplicable si una de las partes solicita la conformación del panel NAFTA basándose para ello en el ACR, y con posterioridad, acude al panel WTO alegando como causa la infracción de una norma WTO; las causas de pedir serían distintas, por lo que no se cumpliría a triple identidad de requisitos.

Una alternativa consiste en la aplicación del principio “*estoppel*”, aplicación que en este sentido se denomina “*electa una via rule*”, el cual a su vez, se basa en el principio de la buena fe¹³⁹. Al igual que “*res judicata*”, este principio solo es aplicable cuando la disputa ya fue decidida por un tribunal anterior; sin embargo, este principio no exige la identidad de causa de pedir¹⁴⁰. Este principio se refiere a que cuando una parte ha seleccionado un foro para la resolución de la disputa, a ésta le precluye su derecho para elegir un foro distinto. La elección de un foro específico puede ser percibido como la intención de resolver la disputa en él, excluyendo así a todos los otros foros alternativos¹⁴¹.

De esta manera, el principio del “*estoppel*”, supone la imposibilidad de un estado de contrariar los actos propios, cuando estos actos han generado de manera previa derechos a terceros estados (y por ende, obligaciones al propio estado que ejecuta dichos actos). Un estado no puede contrariar bruscamente sus declaraciones o su comportamiento precedente, cuando ese cambio de actitud infringe derechos

¹³⁹ Convención de Viena, Artículo 26: "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹⁴⁰ PAUWELYN , JOOST. *Going Global, Regional, or Both?* Pp. 253.

¹⁴¹ SPECKER, LEONTINE. *Op. cit.* Pp. 12.

adquiridos por terceros estados. De esta manera, se garantiza la certidumbre, estabilidad y predictibilidad en las relaciones internacionales¹⁴².

Señalamos que a diferencia del principio de *res judicata*, el “*estoppel*” no requiere de igual causa para pedir. Por ende, para esta principio, la similitud entre ambos procesos no está en la ley aplicable a las disputas, sino que la materia o los hechos sean similares. Sin embargo, hasta ahora, no es claro que es lo que se debe entender por la misma materia o hechos, aunque en el caso “Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos”¹⁴³ el panel no aplicó el principio del “*estoppel*”, pero sin embargo, estableció las siguientes condiciones para su aplicación: i) una afirmación de hecho clara y sin ambigüedades; ii) esta afirmación debe ser voluntaria, incondicional y autorizada; y iii) debe haber confianza de buena fe en la afirmación [...] en beneficio de la parte que hace la afirmación¹⁴⁴. Por otra parte, en el caso de US – Madera blanda de Canadá, el panel empleó el principio del “*estoppel*”¹⁴⁵, no en el sentido de “*electa una via rule*”, sino que en relación a las pruebas rendidas por parte de US.

¹⁴² ORIAS, RAMIRO. *Bolivia-Chile: La cuestión de la mediterraneidad. Algunas consideraciones desde el Derecho Internacional*. Revista Fuerzas Armadas y Sociedad, Año 18, N° 1-2. Santiago.

En: <http://www.fasoc.cl/files/articulo/ART4112ca77184c9.pdf>

Visitada el 10 de mayo del 2007.

¹⁴³ DS 241 del 07 de noviembre del 2001.

¹⁴⁴ BROWNLIE, IAN. *Principles of Public International Law*. Ed. Oxford University Press, 6° ed., US, 2003. Pp. 615.

¹⁴⁵ Informe del Grupo Especial, BISD 40S/358 del 27 de octubre del 2003; en el mismo sentido, WT/DS60/AB/R del 02 de noviembre de 1998.

Cfr. BOLHÖFER, CAROLIN EVE. *Trade Facilitation – WTO-Recht und dessen Reform zur Erleichterung des internationalen Warenhandels*. Pp. 90.

En: <http://www.efa-schriften.de/pdfs/Bolhoefer.pdf>

Visitada el 13 de agosto del 2007.

VI. ANÁLISIS DE “SOFTWOOD LUMBER DISPUTE”

La finalidad de este capítulo es la de aplicar el marco doctrinario y normativo que hemos estudiado en el capítulo anterior a la disputa “*Softwood Lumber*”. En primer lugar, insertaremos la disputa maderera dentro del marco del fenómeno de la fragmentación, para luego analizarlo desde la perspectiva de cada uno de sus efectos.

1.- Análisis a la luz del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional:

A través de la “*Softwood Lumber Dispute*”, quisimos ilustrar como dos acuerdos comerciales internacionales o regímenes de derecho internacional debieron coexistir (en este caso WTO y NAFTA). Partiendo de la buena intención de los estados por crear nuevos mecanismos para salvaguardar sus intereses mediante la celebración de tratados y así procurar el bienestar común, se termina por desarrollar la disputa judicializada en materia comercial de más larga duración en la historia. De esta manera, aspiramos a que con el caso emblemático “*Softwood Lumber*” podamos ver como manifestó en la práctica el fenómeno de la fragmentación.

En la medida que el regionalismo permita la creación de nuevos regímenes legales, la mayoría de las veces más específicos que los regímenes globales, e incluso que los nacionales, nos veremos envuelto en contradicciones¹⁴⁶. La WTO regula como nunca antes se había realizado, una cantidad importante de materias. Durante el GATT, eran pocas las políticas comerciales (se limitaban a tarifas y cuotas), pero con la WTO, estas materias han aumentado en número, afectando incluso a la legislación nacional, como sucede en casos tales como medioambiente, tributos, salud pública, agricultura, etc. Como resultado, cuando se legisle o se celebren nuevos tratados, la normativa de WTO puede ser accionada¹⁴⁷; y es exactamente esto lo que sucede con

¹⁴⁶ HAFNER, GERHARD. *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*. Pp. 856.

¹⁴⁷ PAUWELYN, JOOST. *In Proceedings Unity and Fragmentation in International Law*. Introductory Report on the World Trade Organization, 2005. Pp. 1.
En:<http://eprints.law.duke.edu/archive/00001314/01/unityandfragmentationininternationalallaw.pdf>

el NAFTA y en relación al caso analizado, pues a pesar de que los estados intervinientes tienen un acuerdo específico para determinadas áreas del comercio (el NAFTA) y que puede ser considerado como “*lex specialis*” en relación a las normas WTO (por lo que las normas del NAFTA serían preferentes), estas últimas constituyeron igualmente fundamentos para las reclamaciones que fueron realizadas ante el OSD.

Señalamos que otro de los efectos de la fragmentación consiste en un conflicto potencial de normas (superposición o yuxtaposición), es decir, en la posibilidad de que una misma materia sea regulada por dos o más normas distintas. En el caso puntual que ocurre entre NAFTA y WTO, esta superposición se da en materias de políticas agropecuarias, medidas de salvaguarda, medidas sanitarias y fitosanitarias, barreras técnicas al comercio, comercio de textiles, servicios e inversión¹⁴⁸. Además de esta doble regulación paralela (superposición), el NAFTA incorpora por referencia normativa de WTO, como sucede en el caso de Artículo III del GATT sobre el trato nacional, el cual es incorporado en el Artículo 301 NAFTA; o en otros casos, algunas obligaciones de WTO son reafirmadas en el NAFTA, como es el caso de las barreras técnicas al comercio, contemplado en el Artículo 903.

Al análisis de la fragmentación, tenemos que agregarle que no solo existe duplicidad de normas para reglar una misma materia, sino que además, las partes han acudido a cualquiera de los foros que estos acuerdos comerciales contemplan. Es un hecho que tanto US como Canadá no han tenido una política clara acerca del foro seleccionado, pues al parecer, acuden indistintamente al foro que para ese momento, les sea de su conveniencia.

En principio y a primera vista, la “*Softwood Lumber Dispute*” contempla todos los elementos que son característicos de la fragmentación del derecho internacional.

Visitada el 11 de julio del 2007.

¹⁴⁸ NAKAGAWA, JUNJI. *Op. cit.*

En primer lugar tenemos la posibilidad de que las partes elijan el foro que sea de su preferencia, normas que se superponen al regular materias y procedimientos que al parecer se desarrollan de manera sucesiva.

2.- Análisis en relación al “forum shopping”:

Señalamos que no de los efectos de la fragmentación es el “forum shopping” y que éste corresponde a la posibilidad que tienen los estados para acudir ante uno u otro foro para la solución de su disputa. Consideramos que esta selección del tribunal es legítima (al menos legalmente), y así ha quedado demostrado con la “Softwood Lumber”, en donde Canadá y US han acudido tanto al OSD como al pánel del NAFTA.

Desde la perspectiva de cada uno de los acuerdos comerciales en estudio respecto a la factibilidad discrecional de los estados en disputa para seleccionar el foro, es posible señalar WTO no contempla provisiones al respecto¹⁴⁹. Como señalamos y de acuerdo a las reglas de WTO, esta entidad se atribuye unilateralmente toda jurisdicción. Por otra parte y en el caso del NAFTA, éste en su Artículo 2005 reconoce la posibilidad de que las partes opten por acudir al panel constituido bajo alguno de sus capítulos, o ir al foro de WTO, dándole así legitimidad a estas conductas divergentes¹⁵⁰.

En la figura 4 que hemos preparado podemos ver como los estados involucrados en la disputa han acudido a los distintos foros, demostrando así que tanto Canadá como US no han sido consecuentes respecto a su decisión original del tribunal seleccionado:

¹⁴⁹ A pesar de que WTO no reconoce de forma expresa la posibilidad de acudir a otros foros, sí reconoce la posibilidad de que existan acuerdos regionales.

¹⁵⁰ REIF, LINDA. *NAFTA, the WTO and the FTAA: from choice of forum in inter-state disputes to private actor access to dispute settlement*. Universidad de Alberta, Canadá. Mayo, 2001. Pp. 11. En: <http://www.business.ualberta.ca/WCER/pdf/NAFTAreif.pdf> Visitada el 22 de julio del 2007.

Figura 4¹⁵¹:

Fecha	Órgano	Materia en disputa
1991, Diciembre	GATT (WTO)	Revisión del cumplimiento por parte de US de las normas sobre subsidios.
Julio, 1992	NAFTA	Apelación de Canadá por las medidas impuestas por el Departamento de Comercio de US.
Julio, 1998	NAFTA	US reclasificó las maderas importadas desde el Canadá.
2000, Mayo	WTO	Consulta acerca de las medidas impuestas por US.
2000, Mayo	NAFTA	Petición antidumping
2001, Enero	WTO	Determinar si la legislación de US se ajusta a las normas de WTO
2001, Agosto	WTO	Determinación de la legalidad de las medidas impuestas por US.
2002, Febrero	NAFTA	Revisión de las medidas antidumping según Cap. XIX del NAFTA
2002, Marzo	WTO	Medidas provisionales antidumping
2002, Mayo	WTO	Medidas definitivas antidumping
2002, Septiembre	WTO	Determinación definitiva acerca la existencia de dumping
2002, Septiembre	NAFTA	Revisión de las medidas antidumping según Cap. XI.
2002, Diciembre	WTO	Revisión de la investigación realizada por US.
2004, Abril	WTO	Examen de los derechos compensatorios

De esta manera, podemos ver como entre el año 1991 y el 2004, Canadá y US han concurrido 13 veces a alguno de los dos foros resolutores de disputas. De éstas, 1 fue conocida por el antiguo GATT, 7 fueron conocidas por el OSD y otras 5 que fueron conocidas por el panel binacional del NAFTA; o dicho de otra manera, %38,5 fueron conocidas por el NAFTA, mientras que un %61,5 por WTO. De esta manera es posible comprobar de manera empírica que ambos estados en la disputa “*Softwood Lumber*” (y en especial Canadá por ser quien mayor cantidad de veces recurrió ante alguno de los foros) han tenido una conducta errática y no consecuente. Sin embargo, no

¹⁵¹ Tabla realizada por el propio autor.

quisiéramos tildar como un aspecto negativo el hecho de ser “errático” en cuanto a la selección del foro, sino que poner el énfasis en la legalidad que existe en torno al “*forum shopping*”.

Aunque haremos una aseveración que podría llevar a confusión por ser más acertada realizarla respecto al conflicto de jurisdicción que respecto al “*forum shopping*”, nos permitiremos efectuarla para continuar con nuestra fundamentación. Desde un punto de vista jurisprudencial, tanto ante el OSD como ante el panel NAFTA se alegó incompetencia del tribunal por haber iniciado el conocimiento de la disputa el otro tribunal. Sin embargo, tales solicitudes fueron rechazadas por ambos foros; así, a pesar de que ambos tribunales estaban en conocimiento de que ya se habían discutido materias similares ante el otro foro, éstos se declararon competentes para conocer de la disputa y por ende, desprendemos una razón más por la cual consideramos el “*forum shopping*” como lícito.

3.- Análisis respecto al conflicto de normas:

Las disputas que se presenten entre las partes del NAFTA, están caracterizadas por presentarse como una de las tres siguientes opciones: (i) que por la naturaleza de la materia no sea posible la selección del foro por estar regulada solo por uno de los acuerdos; (ii) que exista una real posibilidad del foro, ya sea por razones legales o políticas; y (iii) que existan foros paralelos debido a que una de las partes acudió al NAFTA, y la otra a WTO¹⁵².

Respecto al punto (i), existen varias materias que solo son reguladas por el NAFTA, como por ejemplo, reglas especiales de origen para automóviles, textiles, etc. (Capítulo V-A). Además, se encuentran otros casos de este tipo en el Capítulo V-C. El Capítulo VIII contempla casos de reglas especiales para las medidas de salvaguardia bilaterales; el Capítulo XII contempla reglas del comercio de servicios transfronterizos; el Capítulo XIII sobre telecomunicaciones y servicios relacionados; los Capítulo XIV y

¹⁵² REIF, LINDA. *Ob. cit.* Pp. 12 y 13.

XI sobre los servicios financieros e inversión, el Capítulo XV referente a políticas de competencia y finalmente, el Capítulo XVI sobre los viajes de negocios¹⁵³. Los puntos (ii) y (iii) se refieren a aquellos casos en que por la naturaleza de la materia, las eventuales disputas puedan ser conocidas tanto por el foro del NAFTA como el de WTO, es decir, ambos serían competentes para conocer de la disputa.

4.- Análisis respecto al conflicto de jurisdicción:

Esta libertad para seleccionar el foro¹⁵⁴ que resuelva la disputa puede desencadenar en un conflicto de jurisdicción o “*res judicata*”, pues como vimos en la Figura 4, Canadá y US han estado en tantas disputas producto de la madera blanda, que perfectamente es posible que el NAFTA y WTO hayan resuelto de manera independiente una misma disputa. Por ende, el objetivo de este apartado es analizar si se produjo o no en algún momento de la seguidilla de disputas, algún caso de conflicto de jurisdicción (sin perjuicio de que las partes constantemente la alegaron como excepción).

Según la definición que hemos dado de conflicto de jurisdicción¹⁵⁵, tenemos que identificar si en el caso sujeto a análisis concurren los requisitos para que se produzca el conflicto, es decir: (i) que se trate de las mismas partes; (ii) que se refiera a la misma materia (o aspectos de ésta); y (iii) que la causa de pedir sea la misma¹⁵⁶.

¹⁵³ NAKAGAWA, JUNJI. *Op. cit.*

¹⁵⁴ Tenemos que recordar que el Artículo 2005 del NAFTA contempla ciertas materias que solo pueden ser conocidas por un panel establecido según sus reglas, es decir, se atribuye competencia exclusiva. Ver Supra N° 129.

¹⁵⁵ Ver Supra N° 124.

¹⁵⁶ PAUWELYN, JOOST. *The U.S.-Canada Softwood Lumber Dispute Reaches a Climax*. The American Society of International Law. Noviembre, 2005.
En: <http://www.asil.org/insights/2005/11/insights051129.html>
Visitada el 23 de marzo del 2007.

Con respecto al punto (i), no hay duda en cuanto a la identidad de partes, es decir, los demandantes y demandados (recíprocamente) en todas las disputas han sido los estados Canadá y US. En “*Softwood Lumber I*” seguido ante el NAFTA, el reclamado fue el Departamento de Comercio del gobierno de US, por lo que lo que no lo contemplaremos en este análisis, al igual que en otros procedimientos donde han concurrido entes privados como reclamantes¹⁵⁷.

En consideración al requisito (ii), todos los procedimientos se refieren a la madera blanda. Sin embargo, el panel del NAFTA no dio lugar a una solicitud de US con respecto a la amenaza de daño material con referencia a la determinación de US de mayo del 2002¹⁵⁸; el 18 de mayo del 2004, el panel establecido de acuerdo al Capítulo XIX rechazó una solicitud de US de reabrir el caso. Por otra parte, el panel de WTO acepta la solicitud de US relacionada con amenaza de daño mediante una re-determinación de diciembre del año 2004, la cual era concerniente al mismo período de investigación, pero realizada sobre una base diferente¹⁵⁹. Y si nos remitimos nuevamente a la *Figura 4*, podemos ver como las materias que fueron discutidas en los diferentes procedimientos, ya sea ante el panel NAFTA o WTO, siempre fueron distintas. Por tanto, a pesar de que la disputa se refería de una manera general a la madera blanda, siempre el problema subyacente en el fondo fue distinto.

Finalmente y con respecto al tercer requisito, tenemos que decir que los distintos procedimientos no involucran la misma causa de pedir¹⁶⁰. El panel de WTO

¹⁵⁷ Recordemos que el NAFTA permite que el reclamante sea un ente privado cuando tenga la categoría de inversionista extranjero de acuerdo al Capítulo 11 del NAFTA.

¹⁵⁸ PAUWELYN, JOOST. *Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA “Spaghetti Bowl” is cooking*. Journal of International Economic Law Vol. 9, Marzo, 2006. Pp. 5. En: http://eprints.law.duke.edu/archive/00001265/01/9_J_of_Intern._Econ_Law.pdf Visitada el 05 de julio del 2007.

¹⁵⁹ El panel WTO consideró que la decisión original adoptada en mayo del 2002 fue inconsistente con las normas WTO, por lo que de acuerdo a los nuevos antecedentes aportados, el panel del año 2004 modificó su anterior decisión.

¹⁶⁰ PAUWELYN, JOOST. *Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA “Spaghetti Bowl” is cooking*. Pp. 6.

examina las violaciones cometidas en contra las normas WTO, mientras que los paneles del NAFTA conformados de acuerdo a los Capítulos XI y XX de ese mismo ACR, conocerán de las violaciones cometidas en contra las normas del NAFTA. Mientras que el panel WTO acepta la solicitud de amenaza de daño de acuerdo a las reglas de WTO, el panel NAFTA constituido de acuerdo al Capítulo XIX, rechazó igual solicitud de conformidad a la legislación comercial de US. Recordemos que bajo el Capítulo XIX del NAFTA, la legislación aplicable corresponde a la ley doméstica del estado que es requerido¹⁶¹.

5.- Conclusión del Capítulo VI:

Para la finalización de este capítulo, abordaremos dos temas: (i) cuales son los resultados que hemos obtenido del análisis de la “*Softwood Lumber Dispute*” a la luz del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional; y (ii) cuales son las normas que son aplicables a los casos de conflicto de normas y de jurisdicción.

5.1.- Resultado del análisis del caso:

De acuerdo a lo analizado a lo largo de este capítulo, es posible que descartemos que en la “*Softwood Lumber Dispute*”, hayan ocurrido casos de conflicto de jurisdicción. Sin embargo, y no obstante la ausencia de cosa juzgada o “*res judicata*” con respecto al Capítulo XIX del NAFTA, es claro que un tribunal no debiera de ignorar completamente el trabajo del otro tribunal. Primeramente, los paneles de WTO debieran de examinar cuidadosamente si los procedimientos seguidos ante el NAFTA precluyen o no la jurisdicción de WTO (y vice-versa también).

Contrariamente a lo que ocurre con el Capítulo XIX del NAFTA, el Capítulo XX en su artículo 2005 explícitamente dispone que las materias que regula dicho capítulo, podrán ser conocidas indistintamente por el panel NAFTA o por WTO, salvo algunas

¹⁶¹ PAUWELYN, JOOST. *The U.S.-Canada Softwood Lumber Dispute Reaches a Climax*.

excepciones¹⁶². Sin embargo, el párrafo 6º del mismo artículo 2005 dispone que “*una vez que se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al Artículo 2007 del NAFTA o bien uno conforme al GATT, el foro seleccionado será excluyente del otro*”.

En segundo lugar, incluso si diversos procedimientos pueden avanzar en paralelo o de un modo consecutivo sin causar “*res judicata*”, el panel de WTO deberá de tomar conocimiento del análisis que realiza el panel NAFTA (y vice-versa), con la finalidad de eliminar el riesgo de posibles sentencias contradictorias. A pesar de que por una parte WTO se atribuye jurisdicción exclusiva, por la otra reconoce la existencia de acuerdos comerciales; la forma de interpretar esta contradicción consiste en que la jurisdicción exclusiva solo se refiere a aquellos casos en que la violación fue cometida en contra de las normas de WTO; así, si un estado desea acudir al foro NAFTA por la violación de las normas WTO, el panel NAFTA debiera de declararse incompetente. Un asunto distinto corresponde a si el panel WTO debiera de reconocer o no la existencia de otros foros; al reconocer la existencia de otros ACR's cuando se cumplan los requisitos establecidos, implícitamente reconoce también la existencia de otros mecanismos de solución de diferencias, por lo que debiera de tenerlos presentes al momento de conocer sobre una determinada disputa.

En lo que se refiere al Capítulo XX del NAFTA, como dicho capítulo regla la legalidad de las medidas impuestas por un gobierno parte de acuerdo a su legislación nacional, WTO no era competente para conocer de ellas,¹⁶³. Así, respecto a este capítulo del NAFTA tampoco se presentaría algún problema relacionado con la “*res judicata*”.

Frederick Abbott sostiene una postura contraria, señalando que, desde que el acuerdo NAFTA contempla expresamente que las solicitudes susceptibles de ser

¹⁶² Ver Supra N° 112.

¹⁶³ APAZA, PAMELA. *Op. cit.* Pp. 43.

presentadas tanto al NAFTA como a WTO, implicaría por ende permitir a los panelistas del NAFTA considerar las normas de WTO¹⁶⁴. El NAFTA aceptaría que aquellos casos en que se involucren a las mismas partes, podría implicar una superposición de reglas y jurisdicción. Si el panel NAFTA se encuentra imposibilitado de examinar ambos cuerpos normativos, no podrá adjudicarse completamente una solicitud, por lo que las partes podrían requerir un segundo procedimiento en la WTO antes de que el caso sea resuelto. Desde que NAFTA regla que el primer foro elegido excluye al otro, es claro que este procedimiento de solución de disputas podría permitir que distintos procedimientos pudieran tener lugar, al menos, de una manera sucesiva (no de manera paralela, toda vez que el estado perjudicado solo acudirá al foro WTO cuando la resolución final del NAFTA haya sido emitida y se enfrente al caso de que dicho panel no consideró en su resolución las normas de WTO).

Además de lo expuesto por Abbott, podemos agregar otro argumento para sostener que es posible que se den conflictos de normas entre NAFTA y WTO. Los tratados internacionales, al ser ratificados, pasan a formar parte de la legislación de los estados¹⁶⁵; además, es un deber de los estados adecuar su legislación interna a las normas y exigencias impuestas por WTO¹⁶⁶. En otras palabras, las normas, reglas y principios contenidos en tratados internacionales (dentro de los cuales están los acuerdos comerciales) serán parte de la legislación interna¹⁶⁷; no es parte del análisis el lugar que ocuparán los tratados internacionales dentro de la jerarquía normativa interna de cada estado. Cuando el NAFTA deba decidir acerca de si una medida tomada por un estado se ajusta o no a su legislación interna (de acuerdo al Capítulo

¹⁶⁴ ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime and its Implications for the World Trading System*. NYU School of Law, Jean Monnet Center; 1999.
En: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990204.html>
Visitada el 11 de julio de 2007.

¹⁶⁵ Ver Artículo 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁶⁶ Artículo XVI Párrafo 6 del acuerdo por el que se establece WTO: Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos.

¹⁶⁷ ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime*. Pp. 170.

XIX del NAFTA), dentro de éstas también debería de considerarse las normas de WTO, toda vez que estas medidas y según lo que señalamos, también tendrían que adecuarse a las normas de WTO. Por ejemplo, si de acuerdo a las leyes de US es posible imponer medidas para proteger su industria nacional frente a amenazas de dumping, es posible que de acuerdo a las normas de WTO estas medidas sean consideradas como una violación a sus normas; y el panel del NAFTA sería competente para conocer de esta disputa en virtud del Capítulo XIX, y de acuerdo a las leyes de US considerarlas como legales. Pero si el panel NAFTA tiene en consideración las normas de WTO al momento de resolver (por ser parte igualmente integrante de las leyes internas de US), se podría llegar a una solución distinta. Así, y en el evento de que el panel NAFTA considere las normas WTO, se podría dar un caso de conflicto de normas.

5.2.- Marco normativo aplicable:

5.2.1.- Respecto a la prevalencia de normas:

La diversidad de regulaciones aplicables a la disputa, necesita de complejos argumentos acerca de cual regulación se aplicará, y podría dar origen a mayores conflictos creados por cada régimen individual¹⁶⁸.

Tanto el NAFTA como WTO son tratados internacionales¹⁶⁹, por lo que su marco normativo general es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Aunque US no ha ratificado la Convención de Viena, sino que solo la ha firmado¹⁷⁰, incorpora dicha convención al considerarla como costumbre general del derecho internacional¹⁷¹. De acuerdo al Artículo 30 de la Convención de Viena sobre la

¹⁶⁸ HAFNER, GERHARD. *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*. Pp. 856.

¹⁶⁹ WTO y a diferencia de NAFTA, tiene personalidad jurídica.

¹⁷⁰ Se puede confirmar el estado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/getter.asp>

¹⁷¹ ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime*. Pp. 179.

“Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia”, se reconoce la posibilidad de que dos o más tratados sean concurrentes en la regulación de un mismo tema, para luego establecer mecanismos para solucionar este conflicto.

Según el Artículo 30 en su Párrafo 2 de la Convención de Viena¹⁷², cuando entre las partes signatarias de dos o más tratados sobre la misma materia exista un conflicto de normas, deberá prevalecer el último que haya sido ratificado por sobre los anteriores (es una aplicación del principio de “*lex posterioris*”). El NAFTA entró en vigor el 1º de enero del año 1994, mientras que WTO, el 1º de enero de 1995. Por lo tanto, y de acuerdo al criterio temporal, el acuerdo WTO debería de prevalecer por sobre el NAFTA, toda vez que WTO entró en vigor exactamente con un año de posterioridad. Sin embargo, existe texto expreso en el NAFTA en el cual se hace una mención al GATT y según el contexto general del NAFTA, es posible dudar acerca la aplicación del principio “*lex posterioris*” entre ambos acuerdos comerciales.

En el texto del NAFTA es posible encontrar un principio general sobre la relación que ha de tener dicho tratado con respecto al GATT y respecto otros acuerdos en que los estados sean parte. En este sentido, el Artículo 103 del NAFTA afirma la existencia de derechos y obligaciones provenientes del GATT¹⁷³, así como de todo otro tratado en que ellos sean partes. En el numeral segundo se agrega que en caso de cualquier conflicto de normas entre el NAFTA y los otros tratados, prevalecerá el NAFTA¹⁷⁴. Sin embargo, el Artículo 103 numeral 2 no señala la relación que tendrá el acuerdo NAFTA con otros acuerdos posteriores sobre la misma materia; solo se

¹⁷² Art. 30. 2: Cuando un tratado especifique que esté subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

¹⁷³ Artículo 103 : Relación con otros tratados internacionales

1. Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y otros acuerdos de los que sean parte.

¹⁷³ Artículo 103 N° 2. En caso de incompatibilidad entre tales acuerdos y el presente Tratado, éste prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, salvo que en el mismo se disponga otra cosa.

referiría a aquellos tratados que estén actualmente en vigencia entre las mismas partes.

Luego, en el Artículo 104 del NAFTA, se establecen excepciones basadas en determinadas materias reguladas por tratados específicos (medioambiente y conservación de éste), en cuyo caso, prevalecerán dichas normas “externas” por sobre el NAFTA¹⁷⁵; sería una aplicación del principio de “*lex specialis*”.

Por tanto, de acuerdo a lo señalado, en caso de conflicto de normas entre WTO y NAFTA, prevalecerían las normas del NAFTA¹⁷⁶, con la excepción de la aplicación de la “*lex specialis*” sobre las materias que señalamos. La duda surge respecto a lo que sucedería con acuerdos posteriores a la entrada en vigencia del NAFTA, como ocurriría en el caso de WTO (recordemos que WTO entró en vigencia con un año de posterioridad respecto al NAFTA).

El Artículo 301 del NAFTA referido al “trato nacional” que deben mantener los estados parte señala que: “*1. Cada una de las Partes otorgará trato nacional a los bienes de otra Parte, de conformidad con el Artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), incluidas sus notas interpretativas. Para tal efecto, el Artículo III del GATT y sus notas interpretativas, o cualquier disposición equivalente de un acuerdo sucesor del que todas las Partes sean parte, se incorporan a este Tratado y son parte integrante del mismo*”. Este artículo, además de hacer una referencia expresa al GATT¹⁷⁷, se refiere a un “acuerdo sucesor”, por lo que se podría

¹⁷⁵ Artículo 104 : Relación con tratados en materia ambiental y de conservación

En caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en: [...]estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad [...].

¹⁷⁶ ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime*. En: J. H. H. WEILER. *The EU, The WTO and The NAFTA*. Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 2005. Pp. 179.

¹⁷⁷ Es posible encontrar otros artículos del NAFTA en los cuales se hace una referencia expresa al GATT, como el Artículo 710.

pensar que el acuerdo sucesor del GATT sean los acuerdos resultantes de la Ronda de Uruguay, es decir, WTO. De este modo, es posible interpretar que las normas de WTO se incorporarían al NAFTA; y al ser posteriores, podrían derogar las normas incompatibles que se contengan en el NAFTA (mediante la aplicación del principio de “*lex posterioris*”).

Sin embargo, una interpretación contraria basada en el contexto, nos dice que si los negociadores del NAFTA lo hubiesen querido así, habrían realizado esta mención en el Artículo 103 y no en el 301 del NAFTA¹⁷⁸. Además, se señala que no es claro que el acuerdo WTO sea el “acuerdo posterior” al que se refiere el Artículo 301 del NAFTA, pues el acuerdo WTO (o acuerdo GATT de 1994) señala de manera expresa que el acuerdo GATT de 1947 es legalmente distinto¹⁷⁹.

A pesar de que es “legalmente distinto”, no se puede pensar que la intención de los negociadores del acuerdo por el cual se estableció WTO fue la de provocar un quiebre entre los derechos y obligaciones entre el acuerdo GATT de 1947 y el de 1994; la razón de fondo fue la de permitir la transición institucional entre ambos acuerdos, permitiendo a los miembros del antiguo GATT aplazar su entrada a WTO (así, los Estados que quisieran aplazar su entrada en WTO continuarían siendo partes en el tratado GATT de 1947), al menos durante un período de transición. Lo anterior se debe a que las normas de WTO son más extensas y estrictas respecto a las del GATT de 1947, por lo que se le daría un plazo a los estados para ajustar sus normas internas a las de WTO. Para reforzar la idea de que la intención real no fue la de realizar un

¹⁷⁸ ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime*. Pp. 180.

¹⁷⁹ Artículo II Párrafo 4 del Acuerdo por el cual se establece WTO: El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 según se especifica en el Anexo 1A (denominado en adelante “GATT de 1994”) es jurídicamente distinto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de fecha 30 de octubre de 1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, posteriormente rectificado, enmendado o modificado (denominado en adelante “GATT de 1947”).

quiebre entre ambos tratados, podemos señalar que todas las partes del acuerdo GATT de 1947 fueron asimismo miembros originales de WTO¹⁸⁰.

No es posible señalar de manera firme que el Artículo 103 del NAFTA se refiera al GATT de 1947, o WTO (GATT de 1994). WTO incorpora más normas que las contenidas en el GATT de 1947, por lo que es posible que esta prevalencia del NAFTA sea solo respecto a algunas normas (solo las contempladas en el GATT de 1947), y no a todos los acuerdos suplementarios (anexos) de WTO. Otra interpretación sería que el Artículo 301 del NAFTA pudo haber sido redactado para una materia puntual dentro del acuerdo, es decir, solo en el contexto en que el Artículo 301 se inserta, pero esta interpretación no ayudaría a resolver la ambigüedad del Artículo 103.

Cambiando el enfoque del análisis, ahora desde el punto de vista de WTO, este acuerdo no señala directamente su relación con otros acuerdos (pero sí como se relacionarán los distintos acuerdos abarcados por WTO, así como lo acuerdos anteriores). Actualmente, el panel WTO se ha mostrado vacilante en cuanto a considerar normas ajenas a WTO, pero la posibilidad no ha sido descartada¹⁸¹. Y como conclusión al respecto, nos remitimos a lo expuesto en capítulos anteriores, al señalar que WTO debiera de considerar otros acuerdos entre las partes en disputa, pero solo para efectos de interpretación de las normas WTO¹⁸², y así mantener una armonía en el sistema internacional.

Existe un fundamento de texto que permite sostener lo señalado. WTO, al igual que un ACR, es parte del derecho público internacional, por lo que es posible la aplicación de sus reglas¹⁸³. Así, el Artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de

¹⁸⁰ ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime*. Pp. 181.

¹⁸¹ ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime*. Pp. 189.

¹⁸² Ver Supra N° 103.

¹⁸³ PAUWELYN, JOOST. *The Role of International Law in the WTO*. Sustra International Workshop, Berlin 9-10 December 2002. Pp. 3.
En: <http://www.ecologic-events.de/sustra/en/documents/JoostPauwelyn.pdf>

Diferencias se hace una referencia expresa a “[...] las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. De esta manera, es posible que el panel de WTO, mediante la aplicación de las reglas de interpretación, ya sea de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, costumbre, o algún otro tratado, considere la aplicación de normas del NAFTA para adecuarse a la regla de interpretación sistemática.

Hay quienes sostienen que estas reglas generales son solo aplicables en la medida que el propio acuerdo WTO se remita a ella de una manera expresa; si no están incluidas de manera expresa, se presume que han sido excluidas¹⁸⁴. Sin embargo, esta visión es contraria a la propia práctica de los paneles de WTO, quienes han realizado menciones a muchas reglas generales del Derecho Internacional Público y que no se encuentran expresamente referidas en el acuerdo WTO; así, la aplicación de las reglas generales del Derecho Internacional Público son aplicables en el marco de WTO sin necesidad de que los negociadores del tratado hayan realizado una referencia expresa a éstas, sino que por el contrario, su exclusión debe de ser realizada expresamente. En este sentido apunta la jurisprudencia de WTO, citando como ejemplo los casos “Corea — Medidas que afectan a la contratación pública¹⁸⁵” y “Estados Unidos – Hilados de algodón¹⁸⁶”, en los cuales se señala que las normas generales del Derecho Internacional Público son aplicables, salvo mención expresa en contrario.

Continuando con el análisis respecto a la WTO, dentro de las normas del “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” es posible encontrar algunas reglas al respecto. De acuerdo a los

Visitada el 01 de agosto del 2007.

¹⁸⁴ PAUWELYN, JOOST. *The Role of Interational Law in the WTO*. Pp. 4.

¹⁸⁵ DS 163 de 1999.

¹⁸⁶ DS 192 de 2000.

Artículos 1.1, 4.2, 4.4 del Entendimiento¹⁸⁷, el panel se encuentra impedido de aplicar normas ajenas a WTO para resolver la disputa; o en otras palabras y aplicándolo al caso concreto, al OSD le estaría prohibido aplicar reglas contenidas en el NAFTA (u otro ACR) para la solución de una disputa. A lo sumo, existen casos en que el panel de WTO ha admitido la aplicación del “*principio del estoppel*”, en el sentido de que no se da lugar a ciertas solicitudes de un estado reclamante por haber realizado anteriormente actuaciones contrarias a ellas¹⁸⁸, pero no el sentido de que el panel WTO aplique de manera directa una norma contenida en un acuerdo externo a WTO.

Sin embargo, de acuerdo a los Artículos 7 y 11 del mismo cuerpo normativo, es posible llegar a una conclusión diferente.

El Artículo 7 del OSD sobre el “mandato de los grupos especiales”, en su inciso segundo del Párrafo 1, dispone que el mandato será: *“Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado -de los acuerdos abarcados- que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las*

¹⁸⁷ Art. 1.1 del ESD: Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del presente Entendimiento (denominados en el presente Entendimiento "acuerdos abarcados"). Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento "Acuerdo sobre la OMC") y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados.

Art. 4.2 del ESD: Cada Miembro se compromete a examinar con comprensión las representaciones que pueda formularle otro Miembro con respecto a medidas adoptadas dentro de su territorio que afecten al funcionamiento de cualquier acuerdo abarcado y brindará oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones.

Art. 4.4 del ESD: Todas esas solicitudes de celebración de consultas serán notificadas al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes por el Miembro que solicite las consultas. Toda solicitud de celebración de consultas se presentará por escrito y en ella figurarán las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación.

¹⁸⁸ Informe del Grupo Especial sobre Guatemala - Cemento II. DS 156 del 05 de enero de 1999.

recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos).”

Y el Párrafo 2 del mismo artículo dispone que *“Los grupos especiales considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia.”*

El Artículo 11 sobre la función de los grupos especiales, señala que *“[...] cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y [...]”*.

Estos artículos no permitirían aplicar materialmente normas contenidas en otros acuerdos, toda vez que se desprende que la norma substantiva ha de ser necesariamente de WTO¹⁸⁹.

5.2.2.- Respecto a la prevalencia de jurisdicción:

El Capítulo XX del NAFTA permite a la parte reclamante la elección acerca de recurrir al panel establecido de acuerdo a las reglas del NAFTA o de WTO, en aquellos casos en que la materia sea comprendida por ambos acuerdos, con algunas excepciones¹⁹⁰, en las cuales el foro competente para conocerlas será el NAFTA. El Artículo 2005 del NAFTA señala que una vez que se haya iniciado un procedimiento en alguno de estos foros (NAFTA o WTO), se excluirá el conocimiento de la disputa al otro. Este artículo no nos señala los efectos o como administrar aquellos casos en que las disputas sean sucesivas.

Uno de los problemas que surgen respecto a la interpretación de este artículo, consiste en la posibilidad de que foro elegido, aplique las normas de fondo contenidas

¹⁸⁹ PAUWELYN, JOOST. *The Role of Interational Law in the WTO*. Pp. 6.

¹⁹⁰ Artículo 2005 del NAFTA. Ver Supra N° 129 y 130.

en otro acuerdo, como por ejemplo, que el panel NAFTA aplique las normas WTO para la solución de la disputa. Esta duda surge debido a que el NAFTA, al considerar expresamente la posibilidad de que el conocimiento de la disputa sea llevada ante WTO, implícitamente se le estaría permitiendo aplicar las normas WTO¹⁹¹. Por otra parte, el Artículo 2004 del NAFTA señala que el procedimiento contenido en el Capítulo XX se aplicará respecto a la interpretación o aplicación de “este acuerdo”, por lo que hace pensar que se trataría de un procedimiento específico para la aplicación de “este acuerdo”. Si las partes aceptan que la disputa sea conocida por el panel del NAFTA, pero éste no aplicase las normas de WTO, una de ellas podría argumentar que no se resolvió la disputa de manera completa y satisfactoria por no contemplar todas las normas que serían aplicables. Así, la parte afectada podría recurrir a WTO y ante este foro iniciar un nuevo procedimiento, el cual tendría como fundamento normas no comprendidas en el procedimiento anterior, por lo que no se podría alegar infracción al principio de la “*res judicata*”. El panel WTO dará lugar a la solicitud del estado reclamante y su eventual decisión podría ser contradictoria con lo resuelto por el panel del NAFTA, produciéndose de esa manera un conflicto de jurisdicción.

Desde el punto de vista de la normativa de WTO, en ella no se encuentran reglas con respecto a procedimientos ante otros foros regulados por otros acuerdos comerciales. Si un procedimiento se ha iniciado bajo WTO y éste suspende su conocimiento debido a que otro foro está conociendo de la misma disputa, puede ser un asunto complicado, pues, le estaría confiriendo jurisdicción a otro foro sin el consentimiento de las partes en disputa¹⁹², además de infringir las propias reglas del OSD, las cuales atribuyen competencia absoluta a WTO.

¹⁹¹ ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime*. Pp. 183.

¹⁹² PAUWELYN, JOOST. *In Proceedings Unity and Fragmentation in International Law*. Pp. 17.

CONCLUSION:

Con el estudio del caso “Softwood Lumber” entre Canadá y US, ilustramos con un enfoque práctico lo que se conoce como “Fragmentación del Derecho Internacional”. Así y basándonos en el caso, vimos como se presentaron en la realidad y de un modo material, los efectos propios de la fragmentación, esto es, el “forum shopping”, conflicto de ley (o de normas) y el conflicto de jurisdicción.

La fragmentación no es exclusiva de “Softwood Lumber Dispute”, sino que es posible encontrarlo en otras áreas, como en derechos humanos en donde es posible encontrar varios tribunales potencialmente competentes para resolver una misma materia: la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. Similares ejemplos se encuentran en materia medioambiental y marítima. En el marco de WTO y NAFTA, otro caso que nos permite ejemplificar la fragmentación consiste en la disputa entre México y US respecto a los impuestos sobre los refrescos¹⁹³.

Tras analizar los efectos dentro de un modo teórico para luego ver como se presentaron en el caso, nos fue posible concluir que:

1. Debido a que los estados tienen capacidad de celebrar tratados internacionales, y por la autonomía de la voluntad, es factible y lícito que una misma materia pueda ser regulada por dos o más cuerpos normativos distintos. De igual manera, nos inclinamos por considerar como lícita aquella situación en que más de un tribunal o foro sea potencialmente competente para dirimir una disputa, es decir, en la posibilidad del “*forum shopping*”.
2. Por otra parte, no nos parece legítimo que dos tribunales conozcan de una misma materia en dos procesos distintos, pues constituiría un atentado en

¹⁹³ DS 308 de 2004.

contra el principio de la cosa juzgada. Así, habría que fomentar la exclusión de situaciones que lleven a un conflicto de jurisdicción.

3. Así como los estados son capaces y libres para celebrar tratados, hay que atender a su voluntad para solucionar los casos de conflictos, ya sean éstos de normas o de jurisdicción. Es decir, hay que atender a las normas particulares (tratados) establecidos por los propios estados.
4. Si las normas particulares no solucionan el conflicto, existen normas generales, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y principios generales del Derecho Internacional Público que nos permiten llegar a la solución y determinar cual es la norma aplicable y el tribunal competente para conocer de la disputa.
5. Por los motivos expuestos en el trabajo¹⁹⁴, creemos que es posible que los paneles de WTO resuelvan de acuerdo a normas externas, como las contenidas en un ACR.
6. No obstante lo anterior, es un problema de índole práctico que WTO aplique normas ajenas, pues estaría creando jurisprudencia aplicable solo a un grupo reducido de miembros. Este grupo corresponderá a ellos que se encuentren ligados tanto por las normas WTO, como por las normas contenidas en el ACR¹⁹⁵, pues las normas del ACR solo son aplicables a los estados que celebraron ese convenio.
7. En vista de que la fragmentación y sus efectos se da en el ámbito de la realidad (y no solo en la teoría), es un deber de los negociadores de los tratados contribuir con normas claras y expresas para que en el futuro no se repitan casos similares. Hay que entender el Derecho Internacional como un todo

¹⁹⁴ Ver Supra N° 182.

¹⁹⁵ ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime*

unitario, y no como sistemas distintos y aislados conformado por los diferentes acuerdos.

BIBLIOGRAFIA

Libros, revistas y documentos electrónicos¹⁹⁶:

1. III CUMBRE AMERICA LATINA Y EL CARIBE – UNION EUROPEA. *Informe de la mesa de trabajo C sobre multilateralismo; Patio 2*. Guadalajara, México. Mayo, 2004.
En: http://www.sre.gob.mx/dgomra/alc_ue/Guadalajara/Multilat_C_ESP.doc
Visitada el 02 de abril del 2007.
2. ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime*. En: J. H. H. WEILER. *The EU, The WTO and The NAFTA*. Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 2005.
3. ABBOTT, FREDERICK M. *The North American Integration Regime and its Implications for the World Trading System*. NYU School of Law, Jean Monnet Center; 1999.
En: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990204.html>
Visitada el 11 de julio de 2007.
4. ARIAS ARBELAEZ, FABIO ALBERTO. *Notas sobre Globalización e Integración Económica*. Revista Académica e Institucional de la UCPR, Edición 57. Colombia, 2000.
En: <http://www.ucpr.edu.co/paginas/revista57/notassobreglobalizacion.htm>
Visitada el 04 de abril del 2007.
5. BENADAVA, SANTIAGO. *Derecho Internacional Público*. Ed. Lexis Nexis, 8º ed., Santiago, 2004.
6. BOLHÖFER, CAROLIN EVE. *Trade Facilitation – WTO-Recht und dessen Reform zur Erleichterung des internationalen Warenhandels*.
En: <http://www.efa-schriften.de/pdfs/Bolhoefer.pdf>
Visitada el 13 de agosto del 2007.
7. BORGEN, CHRISTOPHER. *Resolving Treaty Conflicts*. George Washington International Law Review, Vol. 37, 2005.

¹⁹⁶ Como la mayoría de los documentos electrónicos utilizados permiten su descarga desde Internet, hemos optado por dejarlos junto a aquellos soportados únicamente en papel.

En:http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID747364_code436781.-pdf?abstractid=74-7364&mirid=5
Visitada el 07 de agosto del 2007.

8. BOTTO, MERCEDES. *La integración regional en América Latina*. Revista GLOBAL hoy, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. 2003.
En: <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/hoy/index.php?id=29&canal=Informes&ghoy=0000&-secciontxt=4#sec4>
Visitada el 03 de agosto del 2007.
9. BOUZAS ROBERTO. *Profundización del MERCOSUR y el desafío de las disparidades*. Banco Interamericano del Desarrollo, Río de Janeiro, Brazil. 2005.
En: <http://www.iadb.org/regions/re1/econ/10%20-%20Bouzas.pdf>
Visitada el 04 de octubre del 2007.
10. BROWNLIE, IAN. *Principles of Public International Law*. Ed. Oxford University Press, 6º ed., Estados Unidos, 2003.
11. BURKE-WHITE, WILLIAM W. *International Legal Pluralism*.
En: <http://students.law.umich.edu/mjil/25.4/Burke-White.pdf>
Visitada el 20 de abril del 2007.
12. BUSH, MARC. *Overlapping Institutions, Forum Shopping and Dispute Settlement in International Trade*. School of Foreign Service, Georgetown University. Washington, Estados Unidos.
En: www.georgetown.edu/users/mlb66/Forum%20Shopping.pdf
Visitada el 08 de abril del 2007.
13. BYERS, MICHAEL. *Abuse of Rights: An Old Principle a New Age*. Mc Gill Law Journal Vol. 47, Canadá. 2002.
En: [http://lawjournal.mcgill.ca/abs/vol47/%3C?PHP%20ECHO%20\\$filename;?%3E.pdf](http://lawjournal.mcgill.ca/abs/vol47/%3C?PHP%20ECHO%20$filename;?%3E.pdf)
Visitada el 13 de agosto del 2007.
14. DAILLIER, PATRICK y PELLET, ALAIN. *Droit international public*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7º ed. París, 2002.
15. D'ANDREA, MARIA; RUTHERFORD, MEREDITH Y OTROS. *U.S. Antidumping Duty Process*. United States Department of Commerce Import Administration, Ho Hi Minh City and Hanoi, Vietnam. Marzo, 2007.
En: <http://www.amchamvietnam.com/download/747/L2Rvd25sb2FkLzc0Nw==>
Visitada el 19 de octubre del 2007.
16. DELPIANO LIRA, CRISTIAN. *La Cláusula de exclusión de foros del acuerdo de asociación entre Chile y la Unión Europea en el mecanismo de solución de controversias de la OMC*. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 2. Santiago, 2006.

17. EASTIN, IVAN. *Current Status of the Softwood Lumber Dispute Between the US and Canada*. The Center for International Trade in Forest Products, University Of Washington.
En: http://www.cintrafor.org/RESEARCH_TAB/Softwood%20Lumber/Current%20Status%20of-%20SW%20Lumber%20Dispute.pdf
Visitada el 25 de abril del 2007.
18. EXTERNAL TRADE, EUROPEAN COMMISSION. *La Solución de Diferencias; Piedra angular del Sistema*.
En: <http://trade-info.cec.eu.int/doclib/html/113576.htm>
Visitada el 17 de abril del 2007.
19. FIGUEROA PLA, ULDARICO. *Organismos Internacionales. Funcionamiento y actividades*. Ed. Lexis Nexis. Santiago, 2002.
20. GAGNÉ, GILBERT. *The NAFTA and the Softwood Lumber Dispute: What kind of Canada-US Partnership?*. Groupe de Recherche sur L'Intégration Continentale. Université du Quebec à Montréal, Noviembre, 2002.
En: http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Cahier_Gagne.pdf
Visitada el 23 de marzo del 2007.
21. GAMBOA SERAZZI, FERNANDO y FERNANDEZ UNDURRAGA, MACARENA. *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*. Ed. Lexis Nexis. Santiago, 2005.
22. HAFNER, GERHARD. *Los Riesgos Resultantes de la Fragmentación Del Derecho Internacional*. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Sesión Nº 55, Suplemento Nº 10, Anexo. Septiembre, 2000.
En: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2000/spanish/annex.pdf>
Visitada el 20 de abril del 2007.
23. HAFNER, GERHARD. *Pros And Cons Ensuing From Fragmentation Of International Law*.
En: <http://students.law.umich.edu/mjil/25.4/Hafner.pdf>
Visitada el 20 de abril del 2007.
24. H. WEILER, J. H. *The EU, The WTO and The NAFTA*. Oxford University Press, 1º ed., New York, United States, 2005.
25. INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *TLCAN: grupo especial declara ilegales derechos compensatorios en madera blanda impuestos por los EE.UU.* Revista Puentes, Volumen II, Nº 11, del 06 de junio del 2005.
En: http://www.ictsd.org/puen_quince/05-06-06/Art7.htm
Visitada el 02 de abril del 2007.

26. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion Of International Law*. Report on the work of its fifty-eighth session, 2006.
En: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/english/chp12.pdf>
Visitada el 35 de abril del 2007.
27. KWAK, KYUNG y MARCEAU, GABRIELLE. *Overlaps and conflicts of jurisdiction between the WTO and RTAs*.
En: http://www.wto.int/english/tratop_e/region_e/sem_april02_e/marceau.pdf
Visitada el 27 de julio del 2007.
28. LAVRANOS, NIKOLAOS. *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other international courts and tribunals*. EUSA Ninth Biennial International Conference. Texas, Estados Unidos. 2005.
En: http://aei.pitt.edu/3016/01/EUSA_paper_LAVRANOS_FINAL-1.txt
Visitada el 20 de abril del 2007.
29. LINDBERG, LEÓN. *La fuerza de la nueva integración centroamericana*. Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL. 2000.
En: www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/9569/L443.pdf
Visitada el 05 de mayo del 2007.
30. MARCEAU, GABRIELLE. *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions - Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*. Journal of World Trade, Vol. 35, Nº 6, 2001.
31. MATSUSHITA, MITSUO, SHENBAUM, THOMAS and MAVROIDID, PETROS. *The World Trade Organization*. Oxford University Press. Nueva York, Estados Unidos. 2003.
32. MEREMINSKAYA, ELINA y MASCAREÑO, ALDO. *La Desnacionalización del Derecho y la Formación de Regímenes Globales de Gobierno*. En Martinic, María Dora y Mauricio Tapia (eds.), Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación, Tomo II. Lexis-Nexis, Santiago. 2005. Pp. 1391-1427.
En: http://sociologia.uahurtado.cl/carrera/html/pdf/publicaciones/lex_universalis.pdf
Visitada el 02 de enero del 2008.
33. MINISTRY OF FORESTS AND RANGE. *Canada - U.S. Lumber Trade Disputes*. Julio, 2002.
En: <http://www.for.gov.bc.ca/HET/Softwood/disputes.htm>
Visitada el 23 de marzo del 2007.
34. NAFTA. *Disposiciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) relativas a la solución de controversias*.
En: http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=770

Visitada el 23 de abril del 2007.

35. NAFTA CLAIMS. *Notice of Intent to submit a Claim to Arbitration*. 05 de noviembre del 2001.
En: <http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Canfor/Canfor%20Notice%20of%20Intent.pdf>
Visitada el 01 de octubre del 2007.
36. NAKAGAWA, JUNJI. *Comparing Dispute Settlement Systems: NAFTA and WTO*. CREP Workshop. Japón, Septiembre, 2005.
En: project.iss.u-tokyo.ac.jp/crep/pdf/ws05/6ab.pdf
Visitada el 23 de marzo del 2007.
37. ORIAS, RAMIRO. *Bolivia-Chile: La cuestión de la mediterraneidad. Algunas consideraciones desde el Derecho Internacional*. Revista Fuerzas Armadas y Sociedad, Año 18, N° 1-2. Santiago.
En: <http://www.fasoc.cl/files/articulo/ART4112ca77184c9.pdf>
Visitada el 10 de mayo del 2007.
38. PAUWELYN, JOOST. *Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA "Spaghetti Bowl" is cooking*. Journal of International Economic Law Vol. 9, Marzo, 2006.
En: http://eprints.law.duke.edu/archive/00001265/01/9_J_of_Intern._Econ_Law.pdf
Visitada el 05 de julio del 2007.
39. PAUWELYN, JOOST. *Conflicts of Norms in Public International Law. How WTO Law relates to other Rules of International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law, N° 29. Nueva York, Estados Unidos, 2003.
40. PAUWELYN, JOOST. *Going Global or Regional or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with Other Jurisdictions, in particular that of the WTO*. Minnesota Journal of Global Trade, Vol. 1, 2004.
En: http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID478041_code197021.pdf?abstractid=47-8041&mirid=1
Visitada el 06 de agosto del 2007.
41. PAUWELYN, JOOST. *In Proceedings Unity and Fragmentation in International Law*. Introductory Report on the World Trade Organization, 2005.
En: <http://eprints.law.duke.edu/archive/00001314/01/unityandfragmentationininternationallaw.pdf>
Visitada el 11 de julio del 2007.
42. PAUWELYN, JOOST. *The U.S.-Canada Softwood Lumber Dispute Reaches a Climax*. The American Society of International Law. Noviembre, 2005.
En: <http://www.asil.org/insights/2005/11/insights051129.html>
Visitada el 23 de marzo del 2007.

43. PAUWELYN, JOOST. *The Role of Interational Law in the WTO*. Sustra International Workshop, Berlin 9-10 December 2002.
En: <http://www.ecologic-events.de/sustra/en/documents/JoostPauwelyn.pdf>
Visitada el 01 de agosto del 2007.
44. PEÑA, FELIX. *¿Cual es el verdadero problema del "SPAGHETTI BOWL"?: Proliferación de acuerdos preferenciales en un sistema comercial global debilitado*. Abril, 2007.
En: <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&niega-no=informes/2007-04>
Visitada el 23 de julio del 2007.
45. PETERSMANN, ERNST-ULRICH. *Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade*. European University Institute, Florence. 2004.
En: <http://www.iue.it/PUB/law04-10.pdf>
Visitada el 06 de agosto del 2007.
46. REIF, LINDA. *NAFTA, the WTO and the FTAA: from choice of forum in interstate disputes to private actor access to dispute settlement*. Universidad de Alberta, Canadá. Mayo, 2001. Pp. 11.
En: <http://www.business.ualberta.ca/WCER/pdf/NAFTAreif.pdf>
Visitada el 22 de julio del 2007.
47. SHANY, YUVAL. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. The American Journal of International Law, Oxford University Press, Vol. 98, N° 3. Nueva York, Estados Unidos. Julio, 2004.
48. SPECKER, LEONTINE. *Remedying the Normative Impacts of Forum Shopping in International Human Rights Tribunals*. The New Zealand Postgraduate Law E-Journal (Nzpglej), Issue 2 / 2005.
En: [nzpostgraduatelawejournal.auckland.ac.nz/PDF%20Articles/Issue%202%-20\(2005\)/6%20L-eontine's%20Final.pdf](http://nzpostgraduatelawejournal.auckland.ac.nz/PDF%20Articles/Issue%202%-20(2005)/6%20L-eontine's%20Final.pdf)
Visitada el 28 de abril del 2007.
49. TUSSIE, DIANA y DELICH, VALENTINA. *Dispute Settlement between Developing Countries: Argentina and Chilean Price Bands*. WTO. Octubre, 2004.
En: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case1_e.htm
Visitada el 25 de abril del 2007.
50. WILLIAM E. PERRY, PARTNER; WILLIAMS, MULLEN, CHRISTIAN & DOBBINS. *U.S. Antidumping Law: The Most Powerful Trade Law*. Economic Perspectives USIA Electronic Journal, Vol. 2, No. 3, June 1997. Estados Unidos.
En: <http://usinfo.state.gov/journals/ites/0697/ijee/ej7com2.htm>
Visitada el 18 de octubre del 2007.

51. WTO. *Acuerdos comerciales regionales: Alcance de los ACR*.
En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/scope_rta_s.htm
Visitada el 14 de marzo del 2007.
52. WTO. *Entender la OMC: "Solución De Diferencias"*.
En: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm
Visitada el 13 de abril del 2007.
53. WTO. *¿Que es la Organización del Comercio?*
En: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm
Visitada el 03 de agosto del 2007.

Jurisprudencia de WTO

54. DS60/AB/R de 1998.
55. DS 156 de 1999.
56. DS 163 de 1999.
57. DS 192 de 2000.
58. DS 241 de 2001.
59. BISD 40S/358 del 27 de 2003
60. DS 308 de 2004
61. DS264/RW de 2006.