



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

RECIPROCIDAD Y DISTRIBUCIÓN
ENTRE PAÍSES DESARROLLADOS Y EN DESARROLLO
EN EL COMERCIO MULTILATERAL

JOSÉ MANUEL QUILODRÁN HERNÁNDEZ

PROFESOR GUÍA: EDMUNDO VARGAS CARREÑO

PROFESORA CONSEJERA: PAULA CORTÉS GONZÁLEZ

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

SANTIAGO DE CHILE

2017

Agradecimientos

A LA ESCUELA DE DERECHO Y SUS BIBLIOTECAS POR LOS RECURSOS, LOS ESPACIOS, EL APOYO, Y LA CALIDEZ Y EMPATÍA DE SUS FUNCIONARIAS Y FUNCIONARIOS.

A LOS PROFESORES EDMUNDO VARGAS Y PAULA CORTÉS POR LA RECEPTIVIDAD, EL TIEMPO, LOS COMENTARIOS Y LA CONFIANZA.

A GISELA HERLITZ POR LA REVISIÓN DEL BORRADOR Y SUGERENCIAS DE CORRECCIÓN.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	vii
ÍNDICE DE CUADROS	viii
RESUMEN	ix
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN GENERAL	1
CAPÍTULO PRIMERO	
I. Breve historia del GATT y la OMC	
a. El GATT, los años iniciales y las Rondas de Negociación	20
b. La Ronda Uruguay y la OMC	27
II. Panorama actual de la Organización	
a. Estructura institucional de la OMC	34
b. Caracterización del sistema multilateral de comercio	64
III. Desafíos, reformas y futuro de la OMC	
74	
CAPÍTULO SEGUNDO	
I. Naturaleza de las obligaciones de la OMC	
90	
II. La ventaja comparativa	
108	
a. Tecnología	109
b. Factores de producción	113

III. Costos de ajuste y distribución	
a. Autarquía y comercio	120
b. Costos de ajuste	123
c. Distribución	130
IV. La reciprocidad	137
V. Comercio y desarrollo	146
a. Desarrollo y comercio: la visión clásica, sus modulaciones y críticas	146
b. El derecho al desarrollo	162
c. El desarrollo sostenible	166
VI. Reconfiguración y multilateralismo	
a. Reconfiguración	176
b. Multilateralismo	185
CAPÍTULO TERCERO	
PRIMERA PARTE	191
I. Las negociaciones preparatorias de la OIC y del GATT 1947	193
II. La Sesión de Revisión del GATT (1954-5)	204
III. El <i>Reporte Haberler</i>	207
IV. La introducción de la <i>Parte IV</i> al GATT	217
V. El Sistema Generalizado de Preferencias (GSP)	222
VI. La Cláusula de Habilitación (1979)	228

VII. La Ronda Uruguay	232
VIII. El lanzamiento de la Ronda Doha (2001)	237
IX. El Caso <i>EC – Preferences</i>	246
X. La Conferencia Ministerial de Hong Kong (2005)	250
XI. El <i>Acuerdo de Bali</i> (2013) y los nuevos desarrollos	256
SEGUNDA PARTE	
I. Concepto de Trato Especial y Diferenciado	266
a. No reciprocidad	267
b. Distribución	269
c. Falta de legalización	270
d. Temporalidad y “graduación”	271
II. Normas de Trato Especial y Diferenciado	274
CAPÍTULO CUARTO	277
I. Multilateralismo y acuerdos preferenciales	
I.1. Coherencia o desafío	279
a. Coherencia	281
b. Desafío	286
I.2. <i>Mega-Regionals</i>	295
II. Cadenas Globales de Valor	303
III. Barreras no arancelarias (BNAs)	308
IV. Convergencia entre la inversión y el comercio	316

V. Competencia y ambiente	
a. Competencia	322
b. Ambiente	326
VI. Coherencia regulatoria	330
VII. Estándares, principios y Derecho Internacional Informal	340
CONCLUSIONES	355
BIBLIOGRAFÍA	
a. Textos, artículos, libros y capítulos de libros	367
b. Documentos institucionales	378
c. Jurisprudencia	384

Abreviaturas

OA/AB	Órgano de Apelación
ACP(s)/PTA(s)	Acuerdo(s) Comercial(es) Preferencial(es)
CGV/GVC	Cadenas Globales de Valor
CIJ/ICJ	Corte Internacional de Justicia
EC	European Communities
ESD/DSU	<i>Entendimiento relativo a la Solución de Diferencias</i>
IED/FDI	Inversión Extranjera Directa
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
GATS	<i>General Agreement on Trade on Services</i>
MSF/SPS	<i>Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias</i>
NMF/MFN	Nación Más Favorecida
OIC/ITO	Organización Internacional del Comercio
OMC/WTO	Organización Mundial de Comercio
PMA/LDC	Países Menos Adelantados
SGP/GSP	Sistema Generalizado de Preferencias
OTC/TBT	<i>Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio</i>
TED/S&DT	Trato Especial y Diferenciado
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development

Índice de Cuadros

CUADRO 1. Rondas de Negociaciones del GATT.	25-6
CUADRO 2. Estructura de los Acuerdos de la OMC.	28-9
CUADRO 3. Conferencias Ministeriales de la OMC.	29-31
CUADRO 4. Arquitectura institucional de la OMC.	35
CUADRO 5. Provisiones relevantes del <i>DSU</i> .	100-1
CUADRO 6. Clasificación de las provisiones TED.	275-6
CUADRO 7. Clasificación de las barreras no arancelarias.	311-4
CUADRO 8. Aranceles NMF aplicados y consolidados.	331

RESUMEN

El objeto de este trabajo es identificar y estudiar tendencias en la relación comercial entre países desarrollados y en desarrollo, particularmente en la creación de reglas comerciales multilaterales.

Grandes transformaciones que han venido ocurriendo en la economía global en las últimas dos décadas requieren una evaluación y sopesamiento de las ideas detrás del multilateralismo en el comercio internacional. En particular, la emergencia de China y el resto de los países BRICS y sus efectos en las economías del mundo tradicionalmente industrializado, por un lado, y el persistente rezago de un grupo de países prácticamente imposibilitados de participar como iguales en el Sistema –los Países Menos Adelantados-, por el otro.

En este sentido, las razones fundamentales y objetivos bajo el actual Sistema Multilateral de Comercio son expuestos y ponderados desde las ideas y debates que modelaron el GATT 1947 hasta la más reciente jurisprudencia del Órgano de Solución de Disputas de la Organización Mundial de Comercio. Desde este marco, el estudio considera los orígenes

y efectos de la segunda gran distinción que contempla el Sistema en su código (la primera es la distinción *importador/exportador*): la división entre países *desarrollados* y países *en desarrollo*, y analiza la principal forma de la relación entre esos dos grupos en el Sistema Comercial, *i. e.* el Trato Especial y Diferenciado.

Además, el trabajo considera algunos conceptos fundamentales que permiten teorizar sobre esa conflictiva relación a través del tiempo; esos conceptos son: (i) la ventaja comparativa y su sentido en la creación de reglas comerciales internacionales, (ii) la lógica de los costos de ajuste, (iii) la reciprocidad y (iv) la distribución. Las perspectivas de esa relación y sus límites son mejor entendidos considerando la naturaleza de las obligaciones que forman el Sistema Multilateral de Comercio y las principales ideas que han estado en el debate intelectual sobre la relación entre comercio y desarrollo.

Dados esos conceptos, el trabajo trata de explicar el camino que la relación comercial entre los mundos desarrollado y en desarrollo ha pasado, desde un enfoque de reciprocidad neta en la primera década del GATT, a través de una crítica consistente del Sistema en los sesentas y setentas, hasta

la Ronda Uruguay, la Ronda Doha y la evidente reconfiguración del orden económico global en esta última década. Esto es hecho de una manera que explica los principales hitos de ese proceso en una forma estratificada, dando razones de economía política que ayudan a un entendimiento global.

Finalmente, el trabajo explora las tendencias recientes en la creación de reglas comerciales y las probables formas en que ellas modelarán al Sistema Comercial y a la relación entre países desarrollados y en desarrollo. En particular, estas tendencias van desde la agregación de los acuerdos comerciales preferenciales en regiones comerciales preferenciales –*mega-regionals*-, la organización de la producción mundial en Cadenas Globales de Valor, la naturaleza regulatoria de la política comercial y la necesidad de darle coherencia, y, por último pero no menos importante, la naturaleza crecientemente informal de las nuevas formas de cooperación referidas a problemas globales.

El centro de los hallazgos del trabajo, de esta manera, gira sobre la idea de que una temprana tendencia *distributiva* en el GATT 1947, implícita en la cláusula NMF y en la regla del proveedor principal como un efecto marginal, ha tomado la forma de las iniciativas *Ayuda Para el Comercio* y

duty free – quota free en años recientes, y que en contraste una tendencia que descansa sobre la idea de *reciprocidad* –que está en la esencia del Sistema Multilateral de Comercio- ha aparecido recientemente expresando la reconfiguración del orden económico global. Ambas tendencias ayudan a entender las relaciones recientes y futuras entre los países en desarrollo y desarrollados en esa particular forma de cooperación y conflicto que es el comercio internacional.

ABSTRACT

The purpose of this work is to identify and study trends in the trade relation between developed and developing countries, focusing on the creation of multilateral trade rules.

Great transformations that have been taking place in the global economy in the last two decades call for an urgent evaluation and assessment of the ideas behind multilateralism in international trade. In particular, the rise of China and the rest of the BRICS countries and its effects on the economies of the traditionally industrialized world, on one hand, and the persistent lag of a group of countries practically unable of participate as equals in the System –the Least Developed Countries-, on the other.

In this sense, the rationales and goals beneath the actual Multilateral Trading System are exposed and considered since the ideas and debates that framed the GATT 1947 to the last jurisprudence of the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization. From this framework, the study

considers the origins and effects of the second great distinction that the System contemplates in its rulebook (the first is the distinction *importer/exporter*): the division between *developed* countries and *developing* countries, and analyzes the main form of the relation between those two groups in the Trade System, *i. e.* the Special and Differential Treatment.

Furthermore, the work considers some fundamental concepts that allow theorizing on that conflictive relation through time; those concepts are: (i) the comparative advantage and its sense in international trade lawmaking, (ii) the logic of adjustment costs, (iii) reciprocity and (iv) distribution. The prospects of that relation and its limits are better understood considering the nature of the obligations compounding the Multilateral Trading System and the main ideas that have been in the intellectual debate on the relation between trade and development.

Given those concepts, the work tries to explain the way the trade relation between the developed and the developing worlds has passed through, from a net reciprocity focus in the first decade of the GATT, through a consistent critique of the System in the sixties and seventies, to

the Uruguay Round, the Doha Round and the evident reconfiguration of the global economic order in this last decade. This is done in a way that explains the milestones of that process in a stratified form, giving political economy reasons that help to a global understanding.

Finally, the work explores the recent trends in trade-lawmaking and the probable ways they will shape the Trade System and the relation between developed and developing countries. In particular, these trends range from the aggregation of preferential trade agreements into preferential trade regions –mega-regionals-, the organization of world’s production in Global Value Chains, the regulatory nature of the trade policy and the need to give coherence to it, and, last but not least, the increasingly informal nature of the new forms of cooperation that address global issues.

The core of the work’s findings, thus, revolve around the idea that an early *distributive* trend in the GATT 1947, implicit in the NMF clause and the principal supplier rule as a marginal effect, has acquired the form of the *Aid For Trade* and *duty free – quota free* initiatives in recent years, and that in contrast a trend that lies in the *reciprocity* idea –which is in the essence of the Multilateral Trading System- has newly appeared expressing the

reconfiguration of the global economic order. Both trends help to understand the recent and future relations between developing and developed countries in that particular form of cooperation and conflict that is international trade.

Introducción General

Esta Memoria tiene por objeto estudiar las tendencias que es posible apreciar en la relación comercial entre países desarrollados y países en desarrollo.

Esta relación ha cambiado notoriamente desde un modelo Norte-Sur, que predominó durante toda la posguerra, hacia un nuevo modelo caracterizado por la emergencia del mundo en desarrollo, especialmente a partir del último “súper ciclo” de los recursos naturales, y el advenimiento de países como China, India y Brasil, que han desafiado la configuración de poder en las relaciones económicas internacionales.

Este nuevo modelo, que se ha ido perfilando en este último decenio, presenta dos tendencias: (a) la primera es un progresivo pie de igualdad entre el mundo desarrollado -principalmente Estados Unidos, la Unión Europea, Japón y Canadá- y un nuevo set de países emergentes –entre ellos China, India, Brasil, Rusia, Sudáfrica, México e Indonesia-. La relación entre ambos grupos de países ha evolucionado hacia la *reciprocidad*, en el sentido de exigirse intercambios condicionados y de valor equivalente en cuanto a sus concesiones de política comercial.

La (b) segunda tendencia es una diferenciación, por contraste, de un grupo menos favorecido dentro del extenso grupo de países en desarrollo: los Países Menos Adelantados¹. Respecto de este grupo, se ha ido acentuando otra tendencia del Sistema Comercial, más cercana a consideraciones *distributivas*, vale decir –y en lo circunscrito a este trabajo-, al otorgamiento de beneficios sobre una base no condicional ni recíproca.

Las razones específicas que han conducido a la actuación institucional de estas dos tendencias serán analizadas a lo largo de esta Memoria.

Asimismo, otros fenómenos anexos y paralelos a estas tendencias serán estudiados, tales como la crisis del Sistema Multilateral de Comercio, una nueva forma de ordenar la producción y los intercambios como son las Cadenas Globales de Valor, y un ingente fenómeno normativo ajeno a los rigores tradicionales del Derecho Internacional, caracterizado por una cierta informalidad, una activa participación de los privados y una tendencia a la *estandarización*.

* * *

¹ Existen grupos en particular desventaja que la OMC considera –siguiendo iniciativas de las Naciones Unidas- como los países sin litoral y los pequeños países insulares, pero esta Memoria sólo considerará al grupo de los Países Menos Adelantados.

Autores de gran relevancia en el campo de las relaciones internacionales han hablado de un mundo en crisis². Las instituciones desarrolladas para la gobernanza de la globalización han dado muestras de estancamiento y conflicto, lo que ha sido particularmente cierto para el comercio multilateral³. Pero, ¿cuáles son las causas de esta crisis?, y ¿cuáles son las opciones institucionales que es posible construir a partir de los conceptos más fundamentales del intercambio comercial internacional para responder a ella?

El comercio internacional representa una de las mayores formas de interconexión entre los Estados, de manera tal que la acción en uno tiene necesariamente repercusiones en el otro (p. ej., acciones tendientes a vigorizar o crear una industria crearán desempleo en otro país); por ello, es

² VAN KLAVEREN, Alberto. “La política del derecho internacional en tiempos de crisis”, en *Estudios Internacionales*, N° 187 (2017), pp. 109-29.

³ Aunque un fenómeno paralelo ocurre en la regulación financiera internacional; así DE STEFANO, Carlo. “Reforming the Governance of International Financial Law in the Era of Post-Globalization”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 20 (3) (2017), pp. 509-33. Es importante notar que cuando se habla de pos-globalización, se hace referencia a la crisis de ciertas formas institucionales destinadas a gobernar la globalización, y que se ha hecho patente, p. ej., en la reciente política exterior de Estados Unidos, en el Brexit y en la independencia –hasta ahora frustrada- de Cataluña. La globalización en su aspecto material, es decir, tecnológico, de comunicaciones y de compleja interdependencia, no ha dejado de aumentar.

una de las mejores plataformas para analizar la interacción internacional y el Derecho Internacional en sí en la actualidad⁴.

En este sentido, es notorio que la evolución en la participación en el comercio mundial de las economías en desarrollo plantea nuevos desafíos institucionales. Si hacia fines de la década de los 60' casi el 90% de las exportaciones de los países en desarrollo consistía en productos primarios⁵, hoy más del 70% de sus exportaciones son manufacturas, aportando más del 40% de las manufacturas a nivel global⁶. La tendencia, en términos agregados, es clara hacia una progresiva equiparación con los países desarrollados en la participación en el comercio mundial (importaciones y exportaciones), tanto en el intercambio de mercancías como en servicios⁷.

Asimismo, alrededor de un 52% del comercio de los países en desarrollo es explicado por los intercambios Sur-Sur, es decir, entre los

⁴ Y considerando la relevancia e influencia que el Derecho Internacional tiene hoy; como ha señalado CHANDER: “[h]abía un tiempo cuando los críticos del Derecho Internacional lo acusaban por su irrelevancia, su pretensión de poder ocultando una ineffectividad subyacente... esa crítica ha cambiado. El Derecho Internacional es criticado no por ser débil, inútil, e irrelevante sino por ser enérgico, efectivo y extensivo”. CHANDER, Anupam. “Globalization and Distrust”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 114 (2005), p. 1200.

⁵ FRANK, Isaiah. “The Role of Trade in Economic Development”, en *International Organization*, Vol. 22 (1) (1968), p. 56.

⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION - COMMITTEE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Participation of developing economies in the global trading system* (7 de noviembre de 2017), WT/COMTD/W/230, pp. 11 y 13.

⁷ *Ibíd.*, p. 6.

mismos países en desarrollo; de esa cifra, actualmente cerca de dos tercios son manufacturas y un 10% productos agrícolas⁸.

Esta reorganización de la producción global –o redistribución internacional del trabajo- ha tenido múltiples impactos; lo que aquí interesa, empero, es ponderar cómo las instituciones que contempla el Sistema Multilateral de Comercio han sido puestas a prueba en ese desafío. Uno de los ejemplos más claros en este sentido es la relocalización industrial. Desde al menos comienzos de la década del 90' con claridad, un número creciente de firmas ha decidido organizar sus operaciones distribuyendo las tareas en diversas regiones del planeta, principalmente obedeciendo a los costos comparativos. Ello ha significado que los países tradicionalmente industrializados se han ido transformando en sociedades pos-industriales que, principalmente después de que los Acuerdos de la Ronda Uruguay entraron en vigor, se han ido concentrando en trabajos de mayor valor agregado y obedeciendo a la mayor calificación de su mano de obra, *i. e.* los servicios y trabajos protegidos por las disciplinas de propiedad intelectual (diseño y marketing).

⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION, *op. cit.*, p. 61.

Amplios sectores en tales países desarrollados han ido quedando desempleados producto tanto de esta relocalización como de la competencia directa en las industrias, p. ej., en el acero, los productos químicos y las manufacturas de alta complejidad⁹. Ahora bien, la aparición de productores más eficientes es un implícito en la teoría del comercio internacional: los recursos tienden *en el tiempo* a localizarse allí donde su utilización tenga mayores retornos –y ello está dado en importante medida por la proporción de los costos-. El Sistema Multilateral de Comercio presenta algunos mecanismos para amortiguar los costos de ajuste que genera la competencia internacional, principalmente los aranceles, las medidas de defensa comercial y otras barreras no arancelarias¹⁰. No obstante, la insuficiencia de estos mecanismos ha guiado la atención hacia otros fenómenos, englobando la totalidad de la relación entre los países desarrollados y el grupo de países emergentes que ha desafiado la configuración de poder subyacente a los Acuerdos de la Ronda Uruguay. Esa insuficiencia ha tendido hacia la búsqueda de *reciprocidad* en las relaciones comerciales.

⁹ GOODMAN, Peter. “More Wealth, More Jobs, but Not for Everyone: What Fuels the Backlash on Trade”, en *The New York Times – Business Day* (28 de septiembre de 2016), en <http://nyti.ms/2paQRFI> (consultado el 21 de diciembre).

¹⁰ Otros instrumentos para enfrentar los costos de ajuste, es decir, el balance de ganadores y perdedores en el proceso de competencia comercial, son domésticos, como los impuestos y los bonos.

Por otro lado, fuera de los países en desarrollo más exitosos en los últimos lustros, la gran mayoría de los países en desarrollo ha enfrentado crecimientos cíclicos en línea con los mercados de recursos naturales¹¹. Sus dificultades de crecimiento los han hecho parapetarse como defensores y promotores de las flexibilidades que el Sistema Comercial contempla en su favor, reunidas en lo que se denomina *Trato Especial y Diferenciado*. Un grupo de países de particular retraso, los Países Menos Adelantados, ha presentado un desafío relevante para el Sistema Multilateral de Comercio, en el sentido de su persistente rezago y práctica imposibilidad de participar en el mecanismo de reciprocidad contemplado por ese Sistema. Frente a ello, se han ido configurando tendencias más bien *distributivas*¹², particularmente una forma de ayuda internacional, la *Ayuda Para el Comercio*, y otras políticas como el acceso libre de aranceles y cuotas a los

¹¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Informe sobre el Comercio Mundial 2014. Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC*. Ginebra, Organización Mundial de Comercio, 2014, pp. 142 y ss.

¹² Esta elección de conceptos no es azarosa. Los mecanismos *recíprocos* y los *distributivos* son comunes al análisis de ciencias eminentemente sociales como la Politología, la Economía y el Derecho, lo que permite su uso fluido. En las ciencias jurídicas, el uso del concepto *distributivo* proviene de la tradición aristotélica y su asociación al modo de actuación del Derecho Público. En el marco del Sistema Multilateral, la acentuación de la más reciente tendencia distributiva ha obedecido a consideraciones más bien económicas; por ello el énfasis que se le dará a esas consideraciones en esta Memoria. HOEKMAN, Bernard. *Development and the Global Trade Architecture: An Overview of the Global Trade and Financial Architecture Project*. World Bank, Policy Research Working Paper 37761, 2005.

principales mercados globales para la mayoría de sus productos. Sin embargo, todas las políticas hacia los países en desarrollo en el Sistema Comercial comparten ciertas consideraciones distributivas –incluso la cláusula de la Nación Más Favorecida, fundamento del Sistema multilateral–, lo que hace necesario analizarlas más en profundidad para explorar la racionalidad de esa tendencia dentro del Sistema.

Lo anterior lleva a las preguntas, ¿cuál es la relación entre el grupo de países desarrollados y los países en desarrollo? ¿Cuál es el origen y cuáles los efectos de esa gran distinción? ¿Cómo se plasma la distinción en el diseño de las reglas comerciales multilaterales?

A este respecto, ha sido reconocido que “varias de las reglas substantivas de la OMC perpetúan en efecto alguna parcialidad contra los países en desarrollo y algunos observadores han argumentado que esta parcialidad es significativa”, especialmente en sectores en donde es esperable que los países en desarrollo tengan ventajas comparativas¹³. Ello se ve agravado por la práctica del “escalonamiento arancelario” presente

¹³ LAMY, Pascal. *Making Trade work for Development: Time for a Geneva Consensus*. Émile Noël Lecture, New York University Law School, 2006, en https://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl45_e.htm (consultado el 10 de diciembre).

aún en las estructuras arancelarias de los países desarrollados, que penalizan las importaciones por grado de procesamiento, dificultando el avance hacia industrias de mayor valor agregado en los países en desarrollo¹⁴ como es preconizado por la teoría del crecimiento.

Los países en desarrollo tienden a tener ventajas comparativas en sectores con alto uso de mano de obra no calificada –p. ej., los textiles- y en la industria agrícola. Las vías que a partir de esa dotación de factores pueden seguirse son relevantes¹⁵, y por ello la importancia de analizar qué incentivos o constricciones a esas vías de desarrollo han tenido lugar en el Sistema Multilateral de Comercio, en especial cuando han adoptado una forma jurídica.

Para analizar estas tendencias, volver a los lineamientos esenciales del comercio internacional permite apreciar mejor qué hay de permanente y qué de transitorio en el escenario actual marcado por la crisis de las instituciones multilaterales y los modelos típicos de gobernanza global. En este sentido, es útil analizar qué mecanismos jurídicos ha diseñado el

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ MASELAND, Robert y DE VAAL, Albert. “Trade, development, and poverty-induced comparative advantage”, en *The Journal of International Trade & Economic Development*, Vol. 20 (2) (2011), pp. 153-74.

Derecho Internacional general para enfrentar fenómenos como los actuales, de tensión estructural. En especial, puede resultar útil el análisis de las formas de protección de los intereses, valores o preferencias tanto particulares como colectivas, y de qué forma ello puede influir en esa particular forma de cooperación y conflicto como es el comercio internacional.

A 30 años del lanzamiento de uno de los estudios fundamentales sobre el tema¹⁶, es claro que las condiciones económicas han cambiado de forma abismante, lo que necesariamente pone en revisión su tesis principal, a saber, que las flexibilidades que los países en desarrollo tanto habían defendido, y que se han plasmado en el Trato Especial y Diferenciado, les son esencialmente perjudiciales.

Estos fenómenos recientes plantean una serie de preguntas que urge resolver:

i) ¿Cuáles son las concepciones fundamentales detrás del Sistema Multilateral de Comercio? ¿De qué forma ellas legitimizan la división entre

¹⁶ HUDEC, Robert. *Developing Countries in the GATT Legal System*. London, Trade Policy Research Center: Gower, 1987. Es necesario considerar que HUDEC escribió respecto al Trato Especial y Diferenciado en la forma en que éste existía previo a la Ronda Uruguay.

países desarrollados y países en desarrollo? ¿De qué forma ellas pueden ser utilizadas en la evolución próxima del Sistema Multilateral de Comercio?

ii) Esas concepciones ¿son necesarias o contingentes? ¿Qué relación hay entre ellas y lo que significa el multilateralismo? ¿Cómo impacta a esa relación la notoria reconfiguración de poder en la escena internacional actual? ¿Qué relación puede extraerse del Derecho Internacional general?

iii) ¿Es útil el concepto de *ventaja comparativa*? ¿Qué implicancias tiene en la creación actual de reglas en el comercio internacional? ¿Cómo se ha integrado en los nuevos fenómenos comerciales?

iv) ¿Cuál es el lugar de la *reciprocidad* en las relaciones comerciales internacionales y por qué es útil hoy? ¿Cómo se explica la aparición de una tendencia *distributiva* paralela a la reciprocidad?

v) ¿Qué significa el escenario actual de reconfiguración? ¿Cómo ha surgido y cómo afecta al Sistema Multilateral de Comercio? ¿Qué es posible esperar en los próximos años a partir de esta reconfiguración de poderes?

vi) ¿Qué es el multilateralismo? ¿Cómo se relaciona con la distinción actual entre países desarrollados y países en desarrollo? ¿Cómo se relaciona jurídicamente el multilateralismo comercial con el Trato Especial y Diferenciado?

vii) En adición, ¿qué hitos han explicado el nacimiento de una tendencia distinta a la reciprocidad dentro del Sistema Multilateral de Comercio a partir de la firma del GATT? ¿Cuáles han sido sus antecedentes y fundamentos?

viii) Nuevos fenómenos como la explosiva celebración de acuerdos comerciales preferenciales, la negociación de grandes bloques regionales (como el TPP, el TTIP y el RCEP), y el creciente uso de herramientas regulatorias por parte de los gobiernos nacionales, ¿cómo se explican y qué significan para el Sistema Multilateral? ¿Cómo pueden integrarse los países en desarrollo?

ix) ¿Qué son las Cadenas Globales de Valor? ¿Cuáles son sus diferencias con anteriores divisiones globales de la producción y el comercio? ¿Qué implicaciones tienen para los países en desarrollo?

x) ¿Cómo puede ser explicada la tendencia al uso de nuevas formas de cooperación? ¿Qué sentido jurídico esas prácticas informales tienen? ¿Cómo se han incorporado al Sistema Multilateral de Comercio? ¿Qué impacto pueden tener en los países en desarrollo?

Para intentar responder a esta multitud de interrogantes, el trabajo se estructurará como sigue:

En el CAPÍTULO PRIMERO, se hará una breve revisión de las ideas matrices detrás del Sistema Multilateral de Comercio y de la evolución de las principales instituciones que han encarnado estas ideas, como son el GATT y la OMC.

Para ello, se reseñarán sus hitos fundamentales, las ideas que les dieron origen y que han guiado esa evolución, y la descripción de su acervo histórico (fruto de un proceso de ensayo y error), que es sin duda uno de los principales activos de la Organización Mundial de Comercio. Luego, se describirá el funcionamiento institucional y los principales instrumentos de que se vale para gestionar el comercio multilateral actualmente. El Capítulo otorga importancia vital a la evolución del Sistema de Resolución de Disputas, sus principales hitos y tópicos jurisprudenciales, y al *acervo* del

Sistema Multilateral, en tanto cualquier evolución tendrá que considerar de una u otra manera estos aspectos.

Continúa este Capítulo con tres caracterizaciones influyentes de la OMC -(a) como *código de conducta compartido*, (b) como *mercado* y (c) como *constitución*- y las posibilidades de la misma como institución multilateral en los próximos años.

Para finalizar, se reseñarán los principales desafíos que enfrenta específicamente la Organización y las principales propuestas de reforma que actualmente circulan para enfrentarlos. Ello proporcionará el soporte necesario para las referencias que se harán en los siguientes Capítulos y para elaborar análisis y expectativas en torno al lugar del desarrollo en el Sistema Multilateral de Comercio en los próximos años.

En el CAPÍTULO SEGUNDO se analizarán los fundamentos del Sistema Multilateral en mayor profundidad y se proveerá de fundamentos conceptuales a las tendencias *recíprocas* y *distributivas* que están en el centro del análisis de esta Memoria.

Así, en primer lugar interesa definir qué naturaleza, desde la perspectiva del Derecho Internacional general, tienen las obligaciones que emanan de los Acuerdos que administra actualmente la OMC. Seguidamente se estudiará el concepto y el significado práctico de la noción de *ventaja comparativa*, con lo que será posible establecer una matriz conceptual para conclusiones posteriores. Junto con ello, se indicará de qué manera la tendencia *distributiva* puede emanar lógicamente de la dinámica de los intercambios comerciales a partir de la noción de *ventaja comparativa*.

La *reciprocidad*, con su significado preciso en el campo de las relaciones internacionales, también será analizada y particularizada para el caso de los intercambios comerciales internacionales.

La relación entre los países desarrollados y los países en desarrollo en el comercio multilateral amerita, empero, el análisis de otros conceptos; por ello, parte de este Capítulo está dedicada a conceptos fundamentales del debate sobre la relación entre el comercio internacional y el desarrollo, al menos desde la firma del GATT en 1947. Ello incluirá un análisis somero

del debate en torno a nuevas formas de esa relación, en especial el *derecho al desarrollo* y el *desarrollo sostenible*.

Finalmente, se estudiarán enfoques teóricos sobre la reconfiguración global reciente y su impacto en el Derecho Internacional general, y su relación con los intercambios comerciales, para concluir con una advertencia realista en torno al significado del multilateralismo y sus posibilidades actuales.

El CAPÍTULO TERCERO, por su parte, buscará exponer una estratificación de la evolución del régimen del desarrollo en el comercio multilateral a partir de los hitos más importantes, que por lo general se han traducido en resultados normativos de diversa intensidad, desde las negociaciones que llevaron a la adopción del *Acuerdo General* en 1947 hasta el hito más significativo de los últimos 15 años como fue el *Acuerdo de Bali* en 2013.

Este Capítulo se dividirá en dos partes; en la primera se analizará la evolución del régimen de Trato Especial haciendo referencia a sus hitos principales y exponiendo las razones principales de los cambios, y en una

segunda parte se hará referencia al concepto de TED, su utilidad y de qué forma se plasma en los Acuerdos que administra la OMC.

En este sentido, la primera parte está dedicada a una exposición y análisis de las principales etapas que se ha identificado: (i) Las negociaciones preparatorias de la OIC y del GATT 1947, (ii) Sesión de Revisión del GATT (1954-5), (iii) Reporte *Haberler*, (iv) Introducción de la *Parte IV* al GATT, (v) Sistema Generalizado de Preferencias, (vi) Cláusula de Habilitación, (vii) Ronda Uruguay, (viii) Ronda Doha, (ix) el Caso *EC - Preferences*, (x) Conferencia Ministerial de Hong Kong y (xi) el *Acuerdo de Bali* y los nuevos desarrollos. Se incluirán análisis de economía política para exponer el sentido de cada hito.

En la segunda parte, se intentará esbozar un concepto de Trato Especial y Diferenciado haciendo referencia a los conceptos que ya se habrá elaborado en los capítulos anteriores, y entregando sus caracteres fundamentales. Seguidamente, se indicarán las principales normas de Trato Especial y Diferenciado que contempla el Sistema Multilateral actual, aunque, dado que ellas son periódicamente reunidas por la propia OMC –a

través de su Secretaría-, se explicarán las principales agrupaciones de esas normas y qué significan.

Por último, el CAPÍTULO CUARTO está dedicado a las principales tendencias que es posible observar en el comercio internacional actual, y que es previsible que modelen su desarrollo futuro. Estas tendencias son: (i) Multilateralismo y Acuerdos Preferenciales, (ii) Cadenas Globales de Valor, (iii) Barreras No Arancelarias, (iv) Convergencia entre la Inversión y el Comercio, (v) Competencia y Ambiente, (vi) Coherencia Regulatoria y (vii) Estándares, Principios y Derecho Internacional Informal.

En este sentido, es relevante explorar de qué forma todos estos fenómenos comparten alguna explicación y cómo se relacionan entre ellos y con la evolución del Sistema Multilateral.

Junto con su exposición sintética, además, se señalará de qué manera es posible que modelen la evolución del régimen relativo al desarrollo en los próximos años, para cada una de las tendencias expuestas.

Los problemas planteados y sus posibles soluciones son un desafío. Si bien es muy probable no encontrar respuestas terminantes o soluciones correctas, la exploración de estos problemas actuales y de las posibles tendencias que están detrás tiene ya valor de por sí, al permitir una mejor evaluación de las instituciones que –en apariencia lejanamente- nos rigen y de los mejores caminos legales e institucionales para el futuro. Es bueno recordar en este punto la invitación de TRACHTMAN:

“qué puede hacer un analista legal?... Más valiosamente... pueden participar en investigación para evaluar las consecuencias de reglas legales particulares, y asistir en el diseño institucional... La investigación informada por un completo entendimiento de las reglas legales, y proveyendo información sobre sus consecuencias, puede guiarnos a tomar la acción legislativa, o basada en un tratado internacional, más efectiva”¹⁷.

¹⁷ TRACHTMAN, Joel. “Legal Aspects of a Poverty Agenda at the WTO: Trade Law and ‘Global Apartheid’”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 6 (1) (2003), p. 6.

CAPÍTULO PRIMERO

SUMARIO: I. Breve historia del GATT y la OMC;

II. Panorama actual de la Organización;

III. Desafíos, reformas y futuro de la OMC.

I. Breve historia del GATT y la OMC

a. El GATT, los años iniciales y las Rondas de Negociación

El GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) es el tratado más importante en lo relativo a las relaciones comerciales internacionales, y también la *institución* más importante a su respecto¹.

El GATT como tal fue el fruto de una serie de conferencias internacionales llevadas a cabo bajo los auspicios de las Naciones Unidas (a

¹ De acuerdo a la definición ya clásica de NORTH, las instituciones pueden ser entendidas como las reglas formales y las constricciones informales que estructuran la interacción política, social y económica. NORTH, Douglass. "Institutions", en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5 (1) (1991), pp. 97 y ss.

través de su Consejo Económico y Social²) en Ginebra, en los años inmediatamente posteriores al término de la Segunda Guerra Mundial.

Hay cierto consenso, al menos desde los inicios de los años 40' y hasta hoy, de que parte importante de las causas de la Segunda Guerra estaba relacionada con el deterioro de las relaciones económicas internacionales³. En la ya famosa Conferencia de Bretton Woods en 1944, se acordó el contenido de las cartas constitutivas del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Pese al consenso en la necesidad del “tercer pilar” -el comercio-, la institución encargada de su regulación no fue diseñada en tal momento, principalmente por la falta de los equipos encargados del comercio de los países participantes. No obstante ello, una

² CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y EMPLEO; ver Resolución del 28 de julio de 1947, E/573/62 (ECOSOC).

³ HOEKMAN, Bernard y KOSTECKI, Michel. *The political economy of the world trading system: the WTO and beyond*. New York, Oxford University Press, 2009, p. 27: “En la perspectiva angloamericana, el sistema internacional económico de la posguerra había de ser reconstruido de tal manera de remover las causas económicas de la fricción que se creía habían estado en el origen de la Segunda Guerra Mundial ... Había una fuerte percepción de que había una correlación positiva entre el comercio y la paz, y, tan importante como ello, entre la no discriminación y las buenas relaciones exteriores”; y GOWA, Joanne y HICKS, Raymond, “Politics, Institutions and Trade: Lessons of the Interwar Era”, en *International Organization*, Vol. 67 (3) (2013), pp. 439-67. La *Carta Atlántica* (1941) es el primer antecedente claro y concreto del sistema multilateral de comercio de la posguerra; Roosevelt y Churchill declararon en ese entonces que: “se esforzarán, con el debido respeto a sus obligaciones existentes, a avanzar el disfrute por todos los Estados, grandes o pequeños, victoriosos o vencidos, del acceso, *en iguales términos*, al comercio y a las materias primas del mundo que son necesarias para su prosperidad económica” (énfasis añadido), disponible en <http://avalon.law.yale.edu/wwii/atlantic.asp> (visitado el 17 de agosto).

vez signada la Carta de San Francisco, los esfuerzos diplomáticos se centraron en completar la arquitectura institucional del nuevo orden mundial, con el objetivo de crear una Organización Internacional del Comercio (OIC).

El GATT fue finalizado en la Conferencia de Ginebra⁴, y aprobado en octubre de 1947. Los representantes de los países estimaron que lo acordado podría entrar en vigor, *provisionalmente*, desde ese momento, a la espera de la aprobación de la *Carta* de la Organización Internacional del Comercio, que ocurriría el año siguiente, en La Habana.

El GATT, así, entró en vigencia con un *Protocolo de Aplicación Provisional*⁵, aprobado el mismo año 1947. Nunca pretendió ser una organización internacional de por sí: sólo se esperaba que fuera una parte de la *Carta* de la OIC. Ambos aspectos -su aplicación provisional y la ausencia de la intención de establecer tal Acuerdo como una organización- son referidos como los “defectos de nacimiento” del GATT.

⁴ UNITED NATIONS - ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL- *General Agreement on Tariffs and Trade* (1 de enero de 1947), E/PC/T/214/Add.1/ Rev.1#E/PC/T/214 Add.1.Rev.1.

⁵ UNITED NATIONS - ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL - *Protocol of Provisional Application of the General Agreement on Tariffs and Trade*, E/PC/T/214/Add.2/Rev.1#E/PC/T/214.Add.2 Rev.1 (de la misma fecha).

La *Carta* de la OIC -organización que estaba prevista como una parte del sistema de las Naciones Unidas- fue aprobada en la conferencia de La Habana en 1948, pero no fue ratificada por el Congreso del mayor actor internacional de la época, los Estados Unidos de América. Hacia fines de 1951, la Casa Blanca comunicó que no persistiría en sus esfuerzos por obtener la aprobación congresional de la Carta, lo que provocó un vacío en la institucionalidad internacional. Es de notar que la *Carta* de la OIC era un instrumento bastante completo en muchos aspectos, que incluía junto con disposiciones tendientes a crear la organización misma, provisiones respecto al desarrollo (en su Capítulo III, que aquí interesa) que fueron fuente de desacuerdos entre las potencias industriales y los países en desarrollo de la época^{6 7}.

La necesidad de llenar tal vacío le otorgó al GATT un fuerte sentido de pragmatismo que, junto a una evolución marcada por el *ensayo y error*, permitieron la maduración de instituciones altamente eficientes en las décadas siguientes.

⁶ Una buena síntesis del sentido de este Capítulo III se puede ver en UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT. *An Informal Summary of the ITO Charter* (21 de noviembre de 1947), E/CONF.2/INF.8, pp. 4 y ss.

⁷ Una revisión de tales conflictos hasta finales de la Ronda Kennedy en EVANS, John. "The General Agreement on Tariffs and Trade", en *International Organization*, Vol. 22 (1) (1968), pp. 72-98.

Es relevante notar, en relación con ello, que uno de los aspectos fundamentales del *Protocolo de Aplicación Provisional* a la época, fue que permitía aplicar la Parte II del GATT (Artículos III al XXIII) “con el alcance más amplio que no sea inconsistente con la legislación existente”⁸. De acuerdo a JACKSON, con ello se reconoció a los países derechos adquiridos, lo cual les permitió a los Gobiernos ratificar el GATT sin necesidad de aprobación legislativa⁹.

Otro de los aspectos en que se tradujo el pragmatismo en la vida temprana del GATT fue en la necesidad de dotar al Acuerdo de cierta institucionalización. Así, el Secretariado del GATT nació como una *Comisión Interina para la Organización Internacional del Comercio*, y en torno a ella se fueron centrando los esfuerzos de regularidad hasta la creación del *Consejo*.

Es de notar que durante la década de los 50’, ya siendo claro el rol que debería jugar el GATT ante el vacío dejado por la OIC, las Partes

⁸ “[T]o the fullest extent not inconsistent with existing legislation”. Apartado 1 (a), E/PC/T/214/Add.2/ Rev.1#E/PC/T/214.Add.2 Rev.1.

⁹ JACKSON, John. “The Evolution of the World Trading System - The Legal and Institutional Context”, en BETHLEHEM, MCRAE, NEUFELD y VAN DAMME (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 34. Ese resguardo tuvo influencia en las disputas comerciales de las décadas siguientes. En contraste, en la OMC no se acepta ninguna idea general de derechos adquiridos que pudieren resultar inconsistentes con los Acuerdos de la Ronda Uruguay.

Contratantes trabajaron en la preparación de una Carta para una *Organización para la Cooperación Comercial*, que nuevamente falló. Así, en 1960 las Partes adoptaron la decisión de crear un *Consejo*, que se transformaría en la piedra angular del esfuerzo de institucionalización del comercio multilateral¹⁰.

Bajo el sistema del GATT se llevaron a cabo 8 Rondas de Negociaciones Comerciales, las que lograron -incluyendo la Ronda Uruguay- la reducción de los aranceles aplicados desde un promedio de más de un 40% a un promedio menor al 10% en las economías industriales, y con una creciente integración comercial de todas las regiones¹¹.

Ronda	Año	Principales Resultados
Ginebra	1947	Se comienza a negociar las rebajas arancelarias entre pares de países, las que serían incorporadas en octubre como listas consolidadas en el GATT. El GATT nace con 23 Partes Contratantes, y entra en vigor en enero de 1948.
Annecy	1949	Continúan las negociaciones, totalizando más de 5.000 concesiones arancelarias; a la fecha, el GATT tiene 19 Partes ¹² .
Torquay	1950-1	Se incorporan 9 Partes más al GATT, totalizando 28. Las concesiones bilaterales avanzan en cantidad, alcance de

¹⁰ Ver *Establishment of a Council of the Contracting Parties* (19 de mayo de 1960), L/1200.

¹¹ Promediando un aumento de al menos 15 puntos hasta 1995 (porcentaje del comercio de mercancías en el producto). Ver <http://data.worldbank.org/indicador/TG.VAL.TOTL.GD.ZS?view=chart> (visitado el 30 de septiembre).

¹² Considerando las fechas de acceso oficiales; ver https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (visitado el 17 de agosto). Algunas partes originales se retiraron por cambios políticos (p. ej., China).

		los productos y profundidad de los acuerdos. Las miles de concesiones rebajan los niveles arancelarios en cerca de un 25%.
Ginebra	1956	Durante 1955 tuvo lugar una revisión del GATT, que culminó en la modificación del Artículo XVIII (<i>Ayuda del Estado para favorecer el Desarrollo Económico</i>). 34 países forman parte del GATT. Continúan las negociaciones y una serie de países submite ofertas de listas consolidadas.
Dillon	1960-1	39 Partes en el GATT. La firma del Tratado de Roma (1957) implica la creación de un nuevo actor: la Comunidad Económica Europea, que negocia como grupo.
Kennedy	1964-7	Se amplía el espectro de las negociaciones: se incorporan las medidas anti-dumping. Se incorpora en 1965 la Parte IV al GATT (<i>Comercio y Desarrollo</i>), incluyendo la creación de un Comité de Comercio y Desarrollo para monitorear su implementación. 48 Partes en el GATT.
Tokyo	1973-9	Las medidas no arancelarias son parte fundamental de la negociación. Se adoptan una serie de acuerdos plurilaterales (los “códigos”) sobre diversas materias (barreras no arancelarias, compras públicas, aeronáutica civil, entre otros). Se adopta al final de la Ronda la <i>Cláusula de Habilitación</i> que permite a las Partes otorgar preferencias arancelarias unilaterales a las Partes en desarrollo. Se adopta el Acuerdo Multifibra, que controla y restringe el crecimiento de las exportaciones textiles. 99 Partes.
Uruguay	1986-93	Se incorporan de forma notable dos grandes áreas: los servicios y los aspectos sobre la propiedad intelectual relacionados con el comercio, ambas áreas de desarrollo estratégico para los Estados Unidos y Europa. Por la envergadura de los temas involucrados se hace patente la necesidad de una organización internacional como tal, por lo que se crea la <i>Organización Mundial de Comercio</i> . El <i>Acuerdo de Marrakesh</i> es firmado por 123 países en abril de 1994. La Organización Mundial de Comercio comienza a operar el 1° de enero de 1995.

CUADRO 1. Rondas de Negociaciones del GATT.

b. La Ronda Uruguay y la OMC

La creación de la *Organización Mundial de Comercio* (OMC) no fue originalmente prevista en la *Declaración de Punta del Este* en 1986, sino que fue incorporada a las negociaciones a sugerencia del Gobierno de Canadá, dada la magnitud de los temas que las negociaciones estaban abarcando y la necesidad de una organización apta para hacerse cargo de la gestión de tales temas.

Los grupos de interés en las áreas del comercio de servicios y la propiedad intelectual veían como beneficioso adscribirse a la institucionalización del GATT y los bienes propios del proceso de *legalización*¹³ del mismo que estaban asociados, principalmente por su sistema de resolución de disputas¹⁴.

Con la Ronda Uruguay el sistema multilateral de comercio pasó a tener 3 pilares: el comercio de mercancías, regido por el GATT de 1947 y algunos acuerdos anexos; el comercio de servicios, regido por el

¹³ El término es usado en el sentido que le otorgan KEOHANE *et al.*, "The Concept of Legalization", en *International Organization*, Vol. 54 (3) (2000), pp. 401-19, vale decir, como un proceso continuo en tres aspectos: *obligatoriedad* de la regla, *precisión* de la regla y *delegación* en un tercero para el control del cumplimiento de la regla.

¹⁴ JACKSON, *op. cit.*, p. 38.

recientemente aprobado *General Agreement on Trade in Services* (GATS), y los aspectos relacionados de propiedad intelectual, regidos por el flamante *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS). Estos tres son los Acuerdos Multilaterales incluidos en el *Anexo 1* del *Acuerdo de Marrakesh*.

De acuerdo a JACKSON, el GATT como tal -como tratado internacional- terminó con el *Acuerdo de Marrakesh*, con la retirada, formal o informal, de todas las Partes Contratantes¹⁵. El GATT de 1947, modificado por el GATT de 1994 -del que es una parte-, está integrado ahora en el *Anexo 1A* del *Acuerdo de Marrakesh*.

Acuerdo de la OMC¹⁶			
Anexo 1 (Acuerdos Multilaterales)	Anexo 2	Anexo 3	Anexo 4 (Acuerdos Plurilaterales)
A Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)¹⁷	Entendimiento sobre Solución de Diferencias (DSU)	Mecanismo de Revisión de las Políticas Comerciales (TPRM)	a) Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles b) Acuerdo sobre Contratación Pública

¹⁵ *Ibid.*, pp. 38-9.

¹⁶ Es necesario notar que, técnicamente, el *Acuerdo de la OMC* es un solo texto jurídico de cerca de 26 mil páginas (en su mayoría listas de compromisos arancelarios). El *Acuerdo de la OMC* es referido en la práctica como un “paraguas” que integra y cubre a todos los demás acuerdos bajo su seno.

¹⁷ Forman parte del GATT 1994 una serie de Entendimientos adicionales (p. ej., el *Entendimiento sobre Empresas comerciales del Estado* y el *Entendimiento sobre Retirada de Concesiones*). Además, forman parte del *Anexo 1A* otros doce Acuerdos Multilaterales relativos al comercio de mercancías; entre los más importantes: *Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio*, *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, *Acuerdo sobre*

B Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS)			c) Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos ¹⁸
C Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS)			d) Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino ¹⁹

CUADRO 2. Estructura de los Acuerdos de la OMC.

Bajo el imperio de la OMC se han realizado a la fecha 11 Conferencias Ministeriales, siguiendo el mandato del Artículo IV del *Acuerdo de la OMC*:

Conferencia Ministerial	Año	Principales Resultados
Singapur	1996	Se hacen propuestas para integrar a la agenda temas tales como la inversión, los estándares laborales, el medio ambiente y la competencia, las que se traducen en medidas para propiciar la coordinación con otras organizaciones internacionales, como la OIT. Se firma el <i>Acuerdo relativo al comercio de productos de tecnología de la información</i> , de enorme importancia para la transmisión de la revolución informática.
Ginebra	1998	Se celebran los 50 años del GATT, centrándose la Conferencia en balances y perspectivas. Los Miembros comienzan a trabajar en una agenda sobre comercio electrónico global.
Seattle	1999	En las negociaciones hay fuertes desacuerdos entre la Unión Europea y Estados Unidos, lo que evita que se tomen decisiones de contundencia. A ello

Obstáculos Técnicos al Comercio, el “*Acuerdo Antidumping*”, el *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* y el *Acuerdo sobre Salvaguardias*.

¹⁸ Expirado en 1997.

¹⁹ *Ídem*.

		<p>contribuyeron las sonadas protestas anti-globalización que tuvieron lugar en torno al evento (“Battle in Seattle”).</p> <p>En los meses siguientes, sin embargo, se diseña un programa de trabajo.</p>
Doha	2001	<p>La Conferencia de Doha arrojó una serie de declaraciones y decisiones ministeriales cuyo sentido declarado era acoger las demandas de los Miembros en desarrollo y solucionarlas a través de una nueva ronda de negociaciones, cuyo término se previó para 2005 – la llamada “Ronda Doha para el Desarrollo”-.</p> <p>Se aprueba el Protocolo de Adhesión de China, que ingresa a la OMC.</p>
Cancún	2004	<p>Pensada como una revisión del avance de las negociaciones, falló debido a la confrontación entre el recién creado grupo <i>G-20</i> de países en desarrollo y los Miembros industrializados, en torno a las políticas agrícolas de estos últimos.</p>
Hong Kong	2005	<p>Significó un avance en las negociaciones, adoptándose algunos acuerdos especialmente valiosos para los Países Menos Adelantados (p. ej., el acuerdo <i>DF-QF</i>).</p> <p>Se da comienzo a la iniciativa <i>Ayuda para el Comercio</i>.</p>
Ginebra	2009	<p>Después de 4 años, la Conferencia se centra en los problemas de la crisis económica -la “Gran Recesión”-, sin avanzar en los temas de la agenda.</p> <p>La Unión Europea sucede jurídicamente a las Comunidades Europeas en el plano internacional.</p>
Ginebra	2011	<p>La Octava Conferencia Ministerial aprobó una serie de Decisiones de alcance menor –principalmente recomendaciones y programas de trabajo-.</p> <p>Se aprueba el ingreso de Rusia a la Organización.</p>
Bali	2013	<p>Se aprueba el <i>Acuerdo sobre Facilitación del Comercio</i>, talvez el principal logro de la Conferencia – y el principal logro normativo desde la Ronda Uruguay-.</p>
Nairobi	2015	<p>Se aprueba el <i>Paquete de Nairobi</i>: 6 decisiones ministeriales que tocan los temas de la agricultura, el algodón y temas de especial interés para los países menos adelantados.</p> <p>Pese a hacerse cargo de un tema político importante como es la agricultura, el efecto es más bien simbólico.</p>

		Los comentaristas más entusiastas indican que al destrabarse el tema de la agricultura, podría haber acuerdo futuro en los demás temas de la agenda.
Buenos Aires	2017	Se logra avanzar en el tema de los subsidios a la pesca, agendándose para 2019 un acuerdo con disciplinas a esta práctica, y consensuándose programas de trabajo para el comercio electrónico y las pequeñas economías. Los temas pendientes de la agenda de Doha siguen sin acuerdo, y muchos comentaristas indican que la Conferencia fue un fracaso.

CUADRO 3. Conferencias Ministeriales de la OMC.

II. Panorama actual de la Organización

El estancamiento y franco fracaso de la Ronda Doha, significó, como lo previó JACKSON, un aumento en la utilización del Sistema de Resolución de Disputas y un aumento en la cantidad y calidad de Acuerdos Comerciales Preferenciales (ACPs)^{20 21}.

²⁰ JACKSON, *op. cit.*, p. 41.

²¹ Se entenderá en esta Memoria que un acuerdo comercial es *preferencial* cuando es celebrado entre dos o más Miembros de la OMC sin que los aranceles o concesiones que acuerden sean extensibles a los demás Miembros (el adjetivo “regional” denota cercanía geográfica o entre grandes regiones del Mundo; por ello, los acuerdos *regionales* son una *especie* de acuerdos preferenciales). Dado que es una excepción a la Cláusula de la Nación Más Favorecida –como se verá-, la celebración de este tipo de acuerdos debe basarse en alguna norma que permita esa desviación; tales normas son el Artículo XXIV GATT, el Artículo V GATS y la Cláusula de Habilitación.

Pese a que el *Acuerdo de Bali*²² (2013) ha significado un resultado que ha entusiasmado a muchos actores en cuanto a los desarrollos futuros en el comercio multilateral, la verdad es que el mayor progreso se está haciendo en el marco de los ACPs, lo que vale para las nuevas áreas abarcadas y las nuevas soluciones que en ellos se ha ideado (ver *infra*, Capítulo Cuarto).

Ello sigue siendo cierto luego de las últimas Conferencias Ministeriales celebradas en Nairobi (Kenya) y en Buenos Aires. En la primera se aprobó el llamado *Paquete de Nairobi* (2015), consistente en 6 decisiones ministeriales relativas a la agricultura^{23 24}, el algodón²⁵ y los

²² La Conferencia Ministerial de Bali (Indonesia) a fines de 2013 tuvo como resultado principal la aprobación del *Acuerdo sobre Facilitación del Comercio*, que ha sido complementado por una decisión del Consejo General de noviembre de 2014. Hay otras quince decisiones sobre agricultura, países menos adelantados y temas varios, pero consisten casi en su totalidad en declaraciones y programas de trabajo. El *Acuerdo sobre Facilitación del Comercio* entró en vigor el 22 de febrero de 2017, al alcanzarse el umbral de ratificaciones previsto por el mismo.

²³ Los países desarrollados se comprometieron a remover de inmediato los subsidios a la exportación sobre ciertos productos agrícolas, mientras que a los Miembros en desarrollo se les concedió un plazo hasta 2018 —y en ciertos casos plazos mayores—. Asimismo, se aprobaron reglas para minimizar el impacto de otras políticas en el comercio de productos agrícolas, como el financiamiento a los exportadores y la participación de empresas comerciales del Estado. Ver *Ministerial Decision on Export Competition* (19 de diciembre de 2015), WT/MIN(15)/45.

²⁴ Se otorgó además a los países en desarrollo un mecanismo especial de salvaguardia con especial atención a la variación de los precios: *Ministerial Decision on Special Safeguard Mechanism for Developing Country Members* (19 de diciembre de 2015), WT/MIN(15)/43. Hay una decisión adicional relativa al uso de fondos o stocks públicos para comprar o distribuir alimentos a la población pobre, aunque sólo se anima a los Miembros a seguir negociando: *Ministerial Decision on Public Stockholding for Food Security Purposes* (21 de diciembre de 2015), WT/MIN(15)/44.

países menos adelantados²⁶. Pese a que fue atendido uno de los principales escollos históricos para avanzar en las negociaciones –la agricultura-, el alcance de las decisiones es relativamente limitado. En la última Conferencia de Buenos Aires (2017), los resultados fueron aún más magros, no llegándose a acuerdo sobre las disciplinas a los subsidios a la pesca –que incide directamente sobre las prácticas de la pesca ilegal y la sobreexplotación-²⁷. Los resultados de esta Conferencia fueron cuatro instrumentos: una Decisión ministerial sobre continuación de las negociaciones con miras a adoptar un acuerdo sobre disciplinas a los subsidios pesqueros²⁸; otra relativa a mantener el programa de trabajo sobre

²⁵ La Decisión Ministerial prohíbe con efecto inmediato a los países desarrollados otorgar subsidios a la exportación de algodón, otorgando un plazo adicional a los Miembros en desarrollo. Asimismo, aplica la política *duty-free quota-free* a las exportaciones de algodón de los Miembros menos adelantados, con efecto inmediato para los países desarrollados y con flexibilidad a los países en desarrollo: *Ministerial Decision on Cotton* (21 de diciembre de 2015), WT/MIN(15)/46.

²⁶ Se amplía el trato preferencial a los Países Menos Adelantados, en lo relativo a las reglas de origen (WT/MIN(15)/47) y el comercio de servicios (WT/MIN(15)/48). El régimen relativo a los Países Menos Adelantados en la OMC se ha desarrollado de forma expedita desde la Conferencia Ministerial de Hong Kong en 2005 (*ver* Capítulo Tercero), por lo que su ampliación en cada Conferencia Ministerial, dado el amplio consenso existente en torno al tema, es un desarrollo natural.

²⁷ Algunas fuentes señalan que el bloqueo se debió a la India, en respuesta a un bloqueo previo de Estados Unidos relativo a la agricultura: BRIDGES DAILY UPDATES – “Ante dificultades en las negociaciones, miembros de la OMC se enfocan en trabajo pos-Buenos Aires” (13 de diciembre de 2017), en <http://bit.ly/2E6LXog> (consultado el 21 de diciembre), y también BRIDGES DAILY UPDATES - “Ministerial de la OMC: en un hito para las negociaciones, coaliciones definen planes para avanzar en nuevos temas” (14 de diciembre de 2017), en <http://bit.ly/2krngGf> (consultado el 21 de diciembre).

²⁸ *Ministerial Decision on Fisheries Subsidies* (13 de diciembre de 2017), WT/MIN(17)/64.

comercio electrónico, manteniéndose el compromiso de no imponer aranceles a las transmisiones electrónicas²⁹; una tercera decisión relativa al programa de trabajo sobre pequeñas economías³⁰, y una cuarta relativa a alegaciones en torno al incumplimiento del TRIPS monitoreadas por el Consejo respectivo, comprometiéndose los Miembros a no entablar una disputa al respecto hasta la próxima Conferencia³¹.

a. Estructura institucional de la OMC

Para muchos autores, el GATT/OMC es la más importante institución de las relaciones económicas internacionales³².

Las funciones de la OMC en tanto organización están señaladas en el Artículo III del *Acuerdo de la OMC*; estas funciones son 5: (i) facilitar la

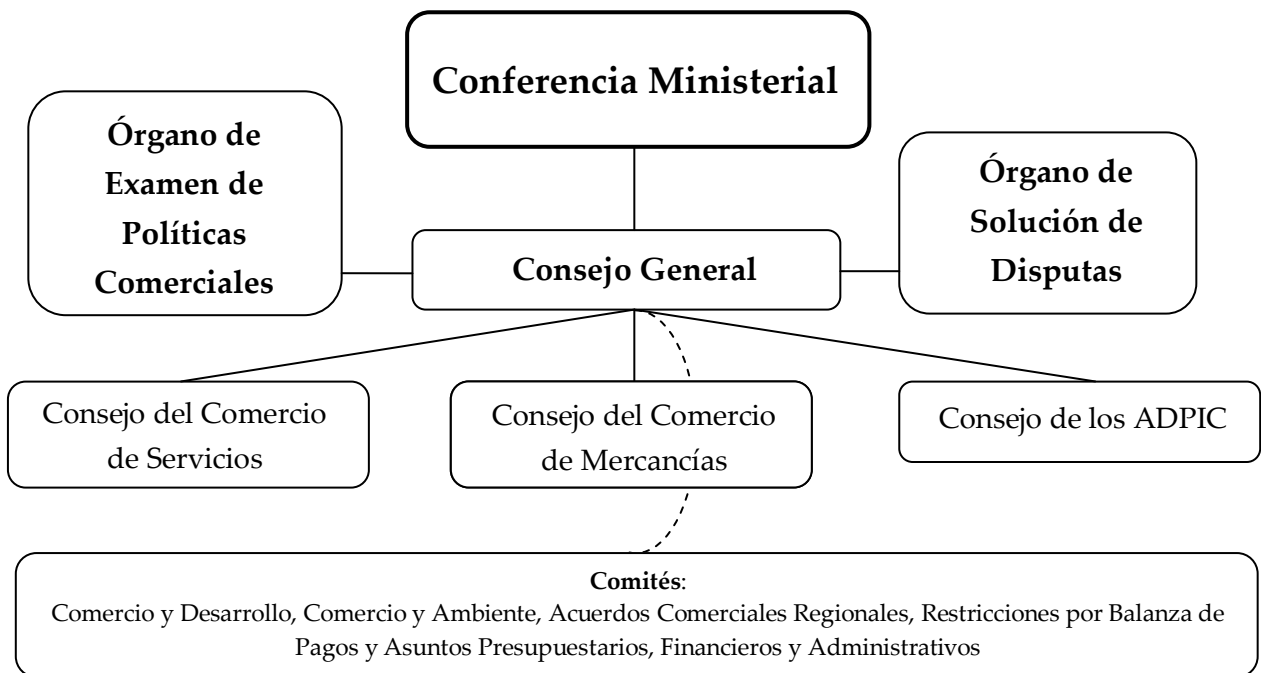
²⁹ Ministerial Decision on Work Programme on Electronic Commerce (13 de diciembre de 2017), WT/MIN/(17)/65.

³⁰ Ministerial Decision on Work Programme on Small Economies (13 de diciembre de 2017), WT/MIN(17)/63.

³¹ Ministerial Decision on TRIPS Non-Violation and Situation Complaints (13 de diciembre de 2017), WT/MIN(17)/66.

³² JACKSON, *op. cit.*, p. 32. Y exitosa, puede agregarse; desde su inicio en 1995, la participación del comercio en el producto mundial se ha incrementado un 10%: WORLD TRADE ORGANIZATION, *International Trade Statistics 2015*, p. 17. ELSIG, HOEKMAN y PAUEWLYN indican, después de hacer una revisión de la literatura, que hay consenso en que la Organización ha tenido un buen desempeño tanto desde un punto de vista de objetivos económicos (p. ej., al promover menores barreras comerciales y el aumentar el bienestar global) como legales (p. ej., en la resolución efectiva de las disputas y promover un sistema basado en reglas –incluyendo el desarrollo de la jurisprudencia-). ELSIG, Manfred, HOEKMAN, Bernard y PAUWELYN, Joost. *Thinking about the performance of the World Trade Organization: A discussion across disciplines*. European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, EUI Working Paper RSCAS 2016/13, pp. 5 y ss.

implementación, administración y operación del Acuerdo y sus Anexos, (ii) proveer un foro para las negociaciones multilaterales de sus Miembros, (iii) administrar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias, (iv) administrar el Mecanismo de Revisión de las Políticas Comerciales y (v) cooperar con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial con miras a una mayor coherencia en la creación de políticas económicas globales.



CUADRO 4. Arquitectura institucional de la OMC.

La arquitectura institucional de la OMC está encabezada por la *Conferencia Ministerial*, máximo órgano de carácter eminentemente político, que es el que toma las decisiones y acuerdos fundamentales. Bajo éste está el *Consejo General*, que toma la función de la Conferencia Ministerial mientras ésta está en receso. El Consejo General adopta las formas de Órgano de Solución de Disputas y Órgano de Examen de Políticas Comerciales, administrando respectivamente los *Anexos 2 y 3* del *Acuerdo de la OMC*. Bajo estos órganos principales están los Consejos sectoriales, y luego los diversos Comités, Grupos de Trabajo y Subcomités relativos a las diversas materias relacionadas al comercio internacional. En todos los órganos de la OMC participan todos los Miembros, y la toma de decisiones se sujeta al consenso (ver *infra*).

La OMC tiene dos grandes formas de dar vigencia a la serie de acuerdos internacionales que han sido aprobados desde la Ronda Uruguay: (i) el Mecanismo de Revisión de las Políticas Comerciales y (ii) el Sistema de Resolución de Disputas entre los Miembros³³. Ambos son administrados por la forma respectiva que toma el *Consejo General*. De los dos, es el

³³ Lógicamente, el primer mecanismo estaba ideado con un carácter preventivo y disuasivo, complementado por el segundo que se basaría en los hallazgos hechos por el mecanismo de revisión.

Sistema de Resolución de Disputas el que por lejos ha concentrado el desarrollo en la materia, mientras que el primero no ha encontrado la utilidad que tenía prevista, principalmente por la falta de mecanismos de transparencia necesarios para su correcto funcionamiento.

i) El Mecanismo de Revisión de Políticas Comerciales

El primer mecanismo que tiene la OMC para dar vigencia a los Acuerdos que administra, es el mecanismo de Revisión de las Políticas Comerciales.

A través de este mecanismo, los Miembros examinan colectivamente las políticas comerciales de algunos de ellos. Las cuatro más grandes entidades comerciales son objeto de examen cada 2 años (actualmente Estados Unidos, la Unión Europea, China y Japón), las 16 siguientes cada 4 y las demás economías cada 6 años. Las revisiones no están relacionadas con la ejecución de los compromisos ni con la imposición de compromisos nuevos, aunque es un mecanismo cuyo sentido es generar presión y cumplimiento a través de la publicidad³⁴.

³⁴ Incluso para la sociedad civil: “[l]as Revisiones de Política Comercial son una fuente de información única que puede ser usada por la sociedad civil para evaluar cuáles son las

El Mecanismo es complementado, a partir del 2009, con Reportes de Vigilancia del Comercio, que tienen por objeto un monitoreo regular de los desarrollos globales en el comercio internacional³⁵. No obstante, como señala HOEKMAN, el Mecanismo:

“ha tenido menos impacto que el originalmente previsto cuando fue implementado. (...) [L]as revisiones no generan presión de los pares y frecuentemente callan sobre importantes materias -como es reflejado en la limitada correlación entre las disputas iniciadas contra un país y el haber sido ellas identificadas en un reporte...”³⁶.

ii) El Sistema de Resolución de Disputas

Recientemente se ha descrito a la OMC como “la más poderosa institución jurídica internacional en el mundo actual”³⁷. Ello viene dado en una medida fundamental por su sistema de resolución de disputas³⁸, lo que hace que la afirmación tenga validez incluso hoy: el sistema de resolución

implicaciones de las políticas comerciales globales que son perseguidas por un gobierno”, HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, p. 45.

³⁵ Estos Reportes son supervisados por el Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. Existe otro Reporte que realiza la OMC que tiene por objeto específicamente a las economías del G-20, y que es realizado en conjunto con la OECD y la UNCTAD.

³⁶ HOEKMAN, Bernard. *Proposals for WTO Reform: A Synthesis and Assessment*. World Bank, Policy Research Working Paper 5525, 2011, p. 18.

³⁷ JACKSON, John. “The case of the World Trade Organization”, en *International Affairs*, Vol. 84 (3) (2008), p. 437.

³⁸ Para MCRAE: “[L]a OMC es algo más que la mayoría de las instituciones multilaterales, universalistas, establecidas en la era de la creación de instituciones desde 1946. La esencia de esa diferencia es que la OMC contiene un régimen de solución de diferencias obligatorio”, “The Place of the WTO in the International System”, en BETHLEHEM, MCRAE, NEUFELD y VAN DAMME (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 74.

de disputas de la OMC es el sistema “judicial” internacional más importante, poderoso y eficiente actualmente³⁹. Es éste el principal activo de la Organización.

Hacia fines de 2017, se contabilizaban 534 disputas comerciales que se habían sometido al sistema⁴⁰, siendo los últimos años los más activos⁴¹. Las grandes disputas económicas internacionales de este tiempo han ingresado para su resolución al sistema de resolución de disputas de la OMC, y son uno de los signos más representativos de las reconfiguraciones del poder económico en el plano internacional en las últimas tres décadas.

Para entender los principios inherentes al sistema y cómo éste ha llegado a ser lo que es, es necesario analizar la evolución que ha tenido

³⁹ Las decisiones del que debiera ser en teoría el Tribunal más poderoso del planeta, la Corte Internacional de Justicia, son sistemáticamente desobedecidas por las grandes potencias cuando son contrarias a sus intereses: así ocurrió con Estados Unidos en el caso de las *Actividades Paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), con Francia en el *Caso de los Ensayos Nucleares* (respecto de las medidas provisionales de 1973), y en el reciente *Caso LaGrand* (respecto de las medidas provisionales de 1999).

⁴⁰ Ello contrasta con las 300 disputas comerciales en los 47 años de vigencia del GATT 1947. Es de notar que la gran mayoría de las disputas del nuevo sistema (cerca de 400) se sustentan en el mismo texto jurídico –el GATT-. WORLD TRADE ORGANIZATION, *Annual Report 2016*. Geneva, World Trade Organization, 2016, p. 108.

⁴¹ *Ibid.*, p. 105: “El sistema de resolución de disputas de la OMC ha experimentado su año más ocupado hasta ahora en 2015, con un promedio de 30 panels (sic) activos por mes”.

el sistema de resolución de disputas, y los principales hitos jurisprudenciales que se han desarrollado.

JACKSON señala que aunque algunos han argumentado que el mecanismo de resolución de disputas nació pensado para facilitar las negociaciones tendientes a lograr un acuerdo por medios eminentemente diplomáticos, lo cierto es que el GATT estaba diseñado para formar parte de una entidad mayor como era la OIC, dentro de la cual se preveía un elaborado sistema de resolución de disputas⁴². El GATT 1947, en cambio, sólo contenía 4 párrafos (los Artículos XXII y XXIII) dedicados a la resolución de las disputas entre las Partes Contratantes, sobre los que se comenzó a elaborar la institucionalización y perfeccionamiento de tal sistema.

En un comienzo, las disputas eran tratadas en términos diplomáticos, siendo más tarde conocidas por un *Comité Intercesional* de las Partes Contratantes, y más tarde por un *Grupo de Trabajo* compuesto

⁴² JACKSON, "The Legal and Institutional Context", *op. cit.*, p. 45. En el mismo sentido: JACKSON, "The case of the World Trade Organization", *op. cit.*, p. 441 (señalando que la Carta de la OIC preveía un riguroso procedimiento de resolución de disputas).

por un grupo de personas designado por los Gobiernos involucrados en la disputa.

Una primera evolución en el sistema de resolución de disputas está dada por el procedimiento empleado, incluyendo precisamente el órgano encargado de conocer la disputa. En 1952 ocurrió un cambio indiciario, adoptándose el procedimiento de un *Panel*⁴³ de expertos que conocería específicamente la disputa en cuestión, y que actuaría en base a las capacidades de sus miembros y no como representantes de los Gobiernos en particular. Este proceso de cambio, impulsado por el Secretario Ejecutivo -futuro Director General- de la época (E. Wyndham White), representó un giro desde las negociaciones propias de la diplomacia hacia un sistema más juridificado: un *Panel* imparcial decidiría sobre la base de normas y principios previamente aceptados por las partes⁴⁴. Estos

⁴³ La traducción oficial en español es "Grupo Especial"; dada la práctica usual, se utilizará aquí el anglicismo "Panel".

⁴⁴ JACKSON, "The Legal and Institutional Context", *op. cit.*, p. 46. Los miembros del *Panel* debían ser elegidos de manera de asegurar su independencia y, desde luego, no podían ser nacionales de alguna de la Partes involucradas.

cambios fueron formalizados en 1979, mediante el *Entendimiento relativo a la Notificación, Consulta, Resolución de Disputas y Vigilancia* (L/4907)⁴⁵.

La otra evolución del Sistema de Resolución de Disputas está dada por el desarrollo del lenguaje utilizado por el Artículo XXIII (*Anulación o Menoscabo*). El Artículo XXIII.1 señala la base sobre la que una Parte Contratante puede iniciar un procedimiento de resolución de disputas cuando estima que otra Parte no cumple alguna de sus obligaciones del GATT o aplica una medida contraria a las disposiciones del Acuerdo; ello ocurrirá cuando:

“una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle *anulada o menoscabada* o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido” (énfasis añadido).

Un primer desarrollo se generó a partir de un temprano caso, iniciado por Chile en contra de Australia. En él, el Grupo de Trabajo, al analizar si existía una “anulación o menoscabo” en los términos del Artículo XXIII, señaló que:

⁴⁵ Este *Entendimiento* incluyó un *Anexo* relativo al reconocimiento de la práctica desarrollada previamente por las Partes en torno al sistema de resolución de disputas. El *Anexo* al *Entendimiento* señala: “En la Sesión de Revisión (1955) la propuesta de institucionalizar el procedimiento de panels [sic] no fue adoptado por las PARTES CONTRATANTES principalmente porque prefirieron preservar la situación existente y no establecer procedimientos judiciales que habrían puesto excesiva tensión en el GATT”.

“una anulación tal existiría si la acción del Gobierno australiano que resultó en la afectación de la relación competitiva entre el nitrato de sodio y el sulfato de amonio *no podía haber sido razonablemente anticipada por el Gobierno chileno*, tomando en consideración todas las circunstancias pertinentes y las provisiones del Acuerdo General, al tiempo en que negoció para la liberación de derechos sobre el nitrato de sodio [1947]”⁴⁶.

Al relacionar los conceptos de *anulación* o *menoscabo* con las *expectativas razonables* que una Parte tenía al momento de negociar las concesiones arancelarias, el Grupo de Trabajo puso énfasis en el carácter *contractual* del GATT, lo que incidiría en la jurisprudencia posterior.

Un segundo desarrollo estuvo dado por uno de los primeros casos sometidos al sistema desarrollado a partir de 1952, el *Recurso de Uruguay al Artículo XXIII*, iniciado en 1961⁴⁷. El reporte del Panel señaló:

“En casos donde hay una *clara infracción* a las provisiones del Acuerdo General, o en otras palabras, donde las medidas son aplicadas en conflicto con las provisiones del GATT y no están permitidas bajo los términos del protocolo relevante bajo el cual el GATT es aplicado por la parte contratante, *la acción constituiría, prima facie, un caso de anulación o menoscabo* y requeriría ipso facto la

⁴⁶ *The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate: Report adopted by the Contracting Parties* (3 de abril de 1950), BISD Vol. II/188, párrafo 12 (énfasis añadido). En términos generales, el Reporte consideró que ambos productos no eran *similares* (en términos del Artículo III del GATT), pero que el Gobierno australiano los había equiparado en una medida de subsidio, por lo que Chile podía esperar razonablemente un tratamiento similar.

⁴⁷ *Recourse to Article XXIII by Uruguay: Statement by the Representative of Uruguay on 21 November 1961*, L/1647.

consideración de si las circunstancias son suficientemente serias para justificar la autorización de suspensión de las concesiones u obligaciones”⁴⁸.

Ello, jurídicamente, significaría que la Parte demandada pasaría a soportar la carga de la prueba en lo referente a si las medidas o acciones denunciadas se ajustan a las provisiones del GATT.

Un último desarrollo en el alcance del Artículo XXIII estuvo dado por un caso presentado por Estados Unidos en contra de la Comunidad Económica Europea en 1988. En su reporte, el Panel decidió que la Parte demandada *no podría refutar* la presunción de anulación o menoscabo, lo cual en cierta medida revierte el lenguaje original utilizado por el Artículo XXIII⁴⁹. En palabras de un reconocido jurista:

“Esto hace a la presunción de anulación o menoscabo derivar *ipso facto* de una violación, casi descartando de tal manera el concepto de anulación o menoscabo en favor de un enfoque en si existe o no una violación o incumplimiento de una obligación”⁵⁰.

Hasta la adopción del *Entendimiento sobre Solución de Diferencias* en el *Acuerdo de Marrakesh*, el Sistema de Resolución de Disputas adolecía de los llamados “*blocking defects*”; éstos consistían en que

⁴⁸ *Report of the Panel on Uruguayan Recourse to Article XXIII* (15 de noviembre de 1962), L/1923, párrafo 15 (énfasis añadido).

⁴⁹ *European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-feed Proteins: Report of the Panel* (14 de diciembre de 1989), L/6627, párrafos 149 y ss.

⁵⁰ JACKSON, “The Legal and Institutional Context”, *op. cit.*, p. 48.

la Parte que presumiblemente había violado o incumplido algunas de sus obligaciones podía bloquear el procedimiento en al menos dos ocasiones: primero, al momento de requerir una Parte un procedimiento regido por un Panel, y segundo, al momento de la adopción del reporte emitido por el Panel.

La necesidad de mejorar tales defectos del sistema se plasmaron en la *Declaración de Punta del Este* en 1986⁵¹ y las negociaciones subsiguientes. El *Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD)* efectivamente aprobado en 1994 mejora el sistema anterior en al menos los siguientes puntos: (i) establece un sistema unificado para la resolución de las disputas, evitando el problema de los procedimientos diversos a partir de los “códigos” de la Ronda Tokyo; (ii) reafirma y clarifica el derecho de los Miembros afectados por alguna medida a tener un Panel, evitando la posibilidad de bloqueo en esta etapa; (iii) introduce la regla del consenso negativo (*reverse consensus*), que implica que el Reporte de un Panel se adoptará por los Miembros a menos que haya un consenso contra la adopción (consenso este último que puede

⁵¹ *Ministerial Declaration on the Uruguay Round: Press Release* (25 de septiembre de 1986), GATT/1396.

ser evitado por el Miembro que haya ganado con el Reporte), y (iv) establece un nuevo procedimiento de apelación limitado a los puntos de Derecho del Reporte emitido por el Panel, conocido por un nuevo órgano – el Órgano de Apelación- lo que reemplazó los antiguos procedimientos de aprobación de un Reporte por parte del Consejo -también la adopción del Reporte del Órgano de Apelación está sujeto a la regla del consenso negativo-.

El Órgano de Apelación en particular se ha posicionado como un actor progresivamente independiente del resto de la institucionalidad de la OMC –incluyendo la Membresía-, lo que le ha permitido sentar una jurisprudencia con cánones interpretativos innovadores, dando como resultado un desarrollo normativo propio y equilibrado de los Acuerdos de la Ronda Uruguay⁵², como se verá enseguida.

⁵² HOWSE, Robert. “The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 27 (1) (2016), pp. 25 y ss. El Órgano de Apelación está formado por siete miembros con amplia formación legal y reconocido prestigio –aunque no necesariamente especialistas en comercio internacional-. Los Panels, en contraste, aún no están profesionalizados, y se conforman usualmente con oficiales comerciales de medio o bajo nivel o incluso retirados, y muchos sin formación legal, *ibíd.*, p. 20.

Vista esta evolución, es necesario hacer una revisión general de las decisiones más relevantes adoptadas en el nuevo sistema, y que han tocado una serie de temas estructurales de la OMC: (i) la relación de la OMC con el Derecho Internacional general, (ii) la deferencia a las regulaciones de los Miembros, (iii) el efecto de los Reportes y (iv) la interpretación de los acuerdos cubiertos.

i) El segundo caso del nuevo sistema adoptado a partir de 1995 fue iniciado por Venezuela en contra de Estados Unidos, y se trató sobre las regulaciones de este último sobre sus importaciones de gasolina. El Reporte del Órgano de Apelación reafirmó que la OMC es parte del Derecho Internacional general: en el particular, se trataba de discernir las reglas de interpretación aplicables; el artículo 31.1 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* fue estimado por el Órgano de Apelación como parte del Derecho Internacional general o consuetudinario, por lo que resultaba aplicable de acuerdo al Artículo 3.2 del *ESD*. El Órgano de Apelación hizo, empero, una afirmación general, señalando que lo anterior:

“refleja una medida de reconocimiento de que el *Acuerdo General* no debe ser leído en aislamiento clínico del resto del Derecho Internacional Público”⁵³.

⁵³ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline: Report of the Appellate Body* (29 de abril de 1996), WT/DS2/AB/R, p. 17.

La relación del régimen de la OMC con el resto del Derecho Internacional Público es una cuestión en debate de importancia gravitacional. Para MCRAE, la provisión del Reporte recién señalado de que los acuerdos cubiertos “deben ser interpretados de acuerdo con las reglas consuetudinarias de Derecho Internacional Público fue un claro reconocimiento por parte de los negociadores del *ESD* que los acuerdos de la OMC son instrumentos de Derecho Internacional Público –ellos son tratados”⁵⁴.

Ha sido PAUWELYN uno de los más influyentes sostenedores de la tesis de la total aplicabilidad del Derecho Internacional Público a las disputas entre los Miembros de la OMC; incluso, ha argumentado que éstos pueden justificar un incumplimiento de sus obligaciones ante la OMC en principios de Derecho Internacional Público⁵⁵.

⁵⁴ MCRAE, “The Place of the WTO in the International System”, *op. cit.*, p. 68. Es de suma importancia notar al respecto que los Reportes, tanto de los Panels como del Órgano de Apelación, hacen continua referencia a las consideraciones e interpretaciones contenidas en los fallos de la Corte Internacional de Justicia.

⁵⁵ PAUWELYN, Joost. “The Application of Non-WTO Rules of International Law in WTO Dispute Settlement”, en MACRORY, Patrick, APPLETON, Arthur y PLUMMER, Michael (eds.). *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*. New York, Springer, 2005, pp. 1405-25. No obstante el entusiasmo de la postura –que está en un extremo-, el Órgano de Apelación precisó poco después que el Sistema de Resolución de Disputas no puede adjudicar derechos y obligaciones fuera de los acuerdos cubiertos (Artículo 3.2 *ESD*): tal es el límite. Ver *Mexico – Tax Measures on*

ii) El mismo caso tocó también tangencialmente el tema de la *deferencia* a las políticas regulatorias de los Estados. La noción de deferencia se refiere a la delimitación de las competencias que tiene un Estado en un determinado régimen internacional. En el párrafo final de su Reporte, el Órgano de Apelación señaló:

“Es de alguna importancia que el Órgano de Apelación señale lo que esto *no* significa. No significa, o implica, que la habilidad de cualquier Miembro de la OMC para tomar medidas para el control de la polución del aire o, más generalmente, para proteger el ambiente, está en cuestión (...). Los Miembros de la OMC tienen una gran medida de autonomía para determinar sus propias políticas sobre el ambiente (incluyendo su relación con el comercio), sus objetivos ambientales y la legislación ambiental que aprueban e implementan. En lo que concierne a la OMC, esa autonomía se encuentra circunscrita sólo por la necesidad de respetar los requerimientos del *Acuerdo General* y los otros acuerdos cubiertos”⁵⁶.

La noción de la autonomía y sus límites se vuelve de importancia patente al explorar el alcance de tales Acuerdos⁵⁷, que plantean serios desafíos a nociones clásicas del Derecho Internacional como la

Soft Drinks and Other Beverages: Report of the Appellate Body (6 de marzo de 2006), WT/DS308/AB/R, párrafos 56 y 78.

⁵⁶ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline: Report of the Appellate Body, op. cit.*, pp. 29-30 (énfasis original).

⁵⁷ Así, p. ej., el Artículo 3.1 del *Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* prescribe categóricamente: “los Miembros basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan”, y el Artículo 2.4 del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*, que señala: “Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos”.

soberanía, el consentimiento y el uso de las potestades estatales. Sobre ello se ahondará en los Capítulos Segundo y Cuarto.

Otro caso de suma relevancia abordó la cuestión de la deferencia. El asunto fue llevado por la Comunidad Europea contra Estados Unidos, y se refirió a la existencia de ciertas disposiciones de su Ley de Comercio –Secciones 301 a 310-, que violarían los compromisos de Estados Unidos ante la OMC.

El Reporte del Panel –no hubo apelación- señaló, dando razón a los demandantes, que la existencia misma de tales disposiciones era incompatible con las reglas de la OMC⁵⁸. Sin embargo, Estados Unidos argumentó que era la rama Ejecutiva (la Administración) la que tenía un poder discrecional que le permitía una interpretación y aplicación de las disposiciones en cuestión de manera que no resultaran atentatorias contra sus compromisos en la OMC; asegurando, de tal manera, que nunca interpretarían las disposiciones de manera inconsistente con tales compromisos. Por ello, el Reporte no consideró que Estados Unidos estaba

⁵⁸ *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974: Report of the Panel* (22 de diciembre de 1999), WT/DS152/R, p. 327.

en contravención a las normas de la OMC⁵⁹, pero fue “advertido” acerca de la aplicación de las Secciones en cuestión⁶⁰.

Dentro del tema de la deferencia, está también el caso llevado – por separado- por Estados Unidos y Canadá contra las Comunidades Europeas, relativo al uso de hormonas en la producción de carne bovina. El Reporte del Órgano de Apelación señaló que la Comunidad Europea no había hecho un sopesamiento adecuado de los riesgos asociados al uso de hormonas al tomar la acción de prohibir su uso⁶¹. El Reporte sugirió que hay un área gris entre una completa deferencia a las políticas tomadas domésticamente por los Miembros y una revisión *de novo* de tales políticas. El estándar de deferencia está dado por una “evaluación objetiva de los

⁵⁹ “[C]onstatamos que esa decisión de la Administración de los Estados Unidos sobre la manera en que proyecta ejercer sus facultades discrecionales, a saber, limitándolas de tal forma que nunca se formule una determinación de incompatibilidad antes que se adopten las constataciones del OSD, se hizo legalmente con arreglo a los términos de la Sección 304”, *ibid.*, p. 331.

⁶⁰ “Es importante destacar que todas estas conclusiones se basan total o parcialmente en los compromisos de la Administración de los Estados Unidos mencionados anteriormente. De ello se desprende que si ellos fueran derogados o de otro modo dejados sin efecto por la Administración de los Estados Unidos o por otra rama del Gobierno de los Estados Unidos, las constataciones de conformidad contenidas en estas conclusiones dejarían de estar justificadas”, *ibid.*, p. 351.

⁶¹ *EC - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* (16 de enero de 1998), WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, pp. 72 y ss. El fallo giraba en torno a la interpretación del *Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, en particular su Artículo 5, que exige a los Miembros una evaluación adecuada de los riesgos al adoptar medidas de este tipo.

hechos”, y para su determinación juegan diversos factores que deben ser analizados caso a caso⁶².

Tres casos desarrollaron estas primeras concepciones del Órgano de Apelación. El primero consistió en la revisión del cumplimiento del mismo caso *EC-Hormones* ante la acusación por parte de las Comunidades Europeas de que Estados Unidos no retiraba aún sus medidas retaliatorias, habiendo aquéllas dado cumplimiento al fallo. Así, desarrollando esa doctrina, señaló:

“Un panel que revisa la consistencia de una medida MSF con el Artículo 5.1 debe determinar si esa medida MSF está ‘basada en’ una evaluación de riesgo. Es tarea del Miembro de la OMC llevar a cabo la evaluación de riesgo. La tarea del panel es revisar esa evaluación de riesgo. Donde un panel va más allá de este limitado mandato y actúa como un asesor de riesgo, estaría substituyendo su propio criterio científico por aquél del asesor de riesgo y haciendo una revisión *de novo* y, consecuentemente, estaría excediendo sus funciones bajo el Artículo 11 del ESD. Así, el poder de revisión de un panel no es determinar si la evaluación de riesgo hecha por un

⁶² Las Comunidades Europeas señalaban que “los principales enfoques que pueden adoptarse frente al problema que se plantea al problema de formular el ‘estándar de revisión adecuado’ en lo que concierne a los panels [sic] son dos. El primero se denomina ‘revisión *de novo*’. Este estándar de revisión permitiría a un panel plena libertad para llegar a un punto de vista distinto que la autoridad competente del Miembro cuyo acto o determinación está siendo revisado. Un panel tendría que ‘verificar si la determinación de la autoridad nacional fue ‘correcta’ tanto fáctica como procedimentalmente’. El segundo es descrito como ‘deferencia’. Bajo un estándar de ‘deferencia’, un panel, conforme a lo planteado por las Comunidades Europeas, no debería buscar volver a hacer la investigación conducida por la autoridad nacional sino más bien examinar si el ‘procedimiento’ requerido por las reglas pertinentes de la OMC ha sido observado”, *ibid.*, pp. 42-3. El Reporte señaló que ninguno de los Acuerdos de la OMC prescribía un estándar de revisión particular, y que la solución estaba en el Artículo 11 del *Entendimiento sobre Solución de Diferencias*: “En lo que concierne a las constataciones fácticas de los panels, sus actividades están siempre limitadas por el mandato del Artículo 11 del ESD: el estándar aplicable no es una revisión *de novo* como tal, ni ‘total deferencia’, sino más bien una ‘evaluación objetiva de los hechos’”, *ibid.*, p. 45.

Miembro es correcta, *sino más bien determinar si esa evaluación de riesgo está apoyada por un razonamiento coherente y evidencia científica respetable* y es, en este sentido, objetivamente justificable⁶³.

El segundo caso trató sobre ciertas restricciones impuestas por China a la distribución de películas y otros productos audiovisuales estadounidenses, basándose en la excepción de protección de la moral pública contenida en el Artículo XX(a) del GATT. El Órgano de Apelación desarrolló una aproximación teórica a la deferencia, sutil aunque ciertamente lejana a los postulados que modelaron la Ronda Uruguay:

“vemos el ‘derecho a regular’, en abstracto, como un poder inherente disfrutado por el gobierno de un Miembro, más que un derecho otorgado por tratados internacionales como el *Acuerdo de la OMC*. Con respecto al comercio, el *Acuerdo de la OMC* y sus Anexos operan en cambio para, entre otras cosas, disciplinar el ejercicio del poder inherente para regular de cada Miembro requiriendo a los Miembros de la OMC que cumplan con las obligaciones que han asumido en consecuencia. Cuando lo que está siendo regulado es el comercio, entonces la referencia en la cláusula introductoria [del *Protocolo de Adhesión* de China] a ‘consistente con el Acuerdo de la OMC’ restringe el ejercicio de ese poder regulatorio de forma que las medidas regulatorias de China deben mostrarse en conformidad con las disciplinas de la OMC...

Observamos, en este sentido, que los requerimientos regulatorios de los Miembros de la OMC pueden ser consistentes con la OMC en una de dos maneras. Primero, pueden simplemente no contravenir ninguna obligación OMC. Segundo, incluso si contravienen una obligación OMC, podrían estar justificados bajo una excepción aplicable. La referencia a ‘de manera consistente con el Acuerdo de la OMC’ nos parece comprender ambos tipos de consistencia con la OMC. Así, leemos la frase ‘derecho a regular el comercio de una manera consistente con el Acuerdo de la OMC’ como una referencia a: (i) derechos que los acuerdos cubiertos afirmativamente

⁶³ *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute: Report of the Appellate Body* (16 de octubre de 2008), WT/DS320/AB/R, parágrafo 590 (énfasis añadido).

reconocen como pertenecientes a los Miembros, es decir, el poder de los Miembros para tomar tipos específicos de medidas regulatorias con respecto al comercio de bienes cuando esas medidas satisfacen las disciplinas de la OMC prescritas y cumplen criterios determinados; y (ii) ciertos derechos a tomar acción regulatoria que derogan las obligaciones bajo el *Acuerdo de la OMC* –esto es, a excepciones relevantes”⁶⁴.

El tercer caso se refirió a la aplicación del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*, en particular su Artículo 2, debido a la implementación por Estados Unidos de una regulación que prohibía la producción y venta de cigarrillos saborizados, en particular con ciertos aditivos como clavo –producidos por Indonesia-, pero no otros cigarrillos como los mentolados. Pese a que confirmó la conclusión del Panel de que había un incumplimiento, el Órgano de Apelación afirmó que existía un balance entre la liberalización de obstáculos al comercio y el derecho de los Miembros a regular:

“entendemos que... los Miembros tienen un derecho a usar regulaciones técnicas para perseguir sus intereses legítimos, con tal que lo hagan de una forma imparcial y de una manera que por lo demás esté en conformidad con las provisiones del *Acuerdo OTC*...

El balance establecido en el preámbulo del *Acuerdo OTC* entre, por una parte, el deseo de evitar crear obstáculos innecesarios al comercio internacional y, por otra parte, el reconocimiento del derecho de los Miembros a regular, no es, en principio, diferente del balance establecido en el GATT 1994, donde obligaciones tales

⁶⁴ *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products: Report of the Appellate Body* (21 de diciembre de 2009), WT/DS363/AB/R, párrafos 222-3.

como el trato nacional en el Artículo III están calificadas por la provisión de excepciones generales del Artículo XX”⁶⁵.

HOWSE, en este sentido, ha hecho recientemente una apreciación general de la jurisprudencia del Órgano de Apelación en los últimos 20 años señalando una tendencia hacia un progresivo respeto a la autonomía regulatoria de los Miembros, sus objetivos de política buscados y los grados de cumplimiento de esos objetivos, en contraste con lo que él llama la agenda neo-liberal de “integración profunda” de los Acuerdos de la Ronda Uruguay; así:

“El equilibrio entre la autonomía regulatoria doméstica y la liberalización comercial discernido por el Órgano de Apelación es en gran medida una construcción –una que es normativamente estabilizante en un tiempo en que hay pocas respuestas consensuadas acerca de los costos y beneficios de la globalización o la forma ideal de la gobernanza económica global en relación con distintos caminos de política doméstica”⁶⁶.

⁶⁵ *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes: Report of the Appellate Body* (4 de abril de 2012), WT/DS406/AB/R, párrafos 95-6.

⁶⁶ HOWSE, *op. cit.*, p. 76. Debe añadirse que un punto de flexibilidad otorgado por el Sistema se refiere a que no hay obligación para el órgano adjudicador de ordenar un cambio particular o específico en el orden jurídico interno del Miembro que ha perdido una disputa, entendiéndose normalmente que es este Miembro el que decide las vías legales o administrativas para cumplir con el reporte. Ello lleva a que se haya diseñado un procedimiento especial –arbitral- para definir el cumplimiento (Artículo 25 *DSU*), que, empero, sigue siendo uno de los puntos oscuros del sistema, al prolongar la disputa indefinidamente.

iii) Otro punto importante está relacionado al efecto vinculante de los Reportes: obedecen a un sistema de precedentes o no. Formalmente, los Reportes no tienen efecto vinculante sino respecto de las partes en la disputa (*ver* Artículo 3 del *ESD*). Al respecto, dos casos son ilustrativos. El primero se trató de un caso llevado por las Comunidades Europeas, Estados Unidos y Canadá contra Japón, en razón de ciertos impuestos aplicados por este último respecto de bebidas alcohólicas que significaban competencia para un producto local -el *shochu*-. El Reporte del Panel había señalado, precisamente, que los Reportes de ese nivel constituían una “práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado”, en los términos del Artículo 31.2 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, y que por tanto tales Reportes eran “una parte integral del GATT 1994, toda vez que constituían otras decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT 1947”⁶⁷, mientras que los Reportes no adoptados no tenían efecto alguno -pero podían ser considerados como una guía en el razonamiento-. El Órgano de Apelación, en cambio, señaló que:

“La perspectiva generalmente aceptada bajo el GATT 1947 era que las conclusiones y recomendaciones en un reporte adoptado de un panel eran

⁶⁷ Citado por el Órgano de Apelación en su Reporte: *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages: Report of the Appellate Body* (4 de octubre de 1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, p. 12.

obligatorias a las partes en la disputa en ese caso particular, pero los panels [sic] no se sentían legalmente obligados por los detalles y el razonamiento del reporte previo de un panel.

No creemos que las PARTES CONTRATANTES, al decidir adoptar el reporte de un panel, hayan tenido la intención de que su decisión constituyera una interpretación definitiva de las provisiones relevantes del GATT 1947. Ni creemos que esto esté contemplado en el GATT 1994 (...).

Los reportes adoptados de los panels son una parte importante del *acervo* del GATT. Los panels posteriores suelen examinarlos. Estos reportes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben ser considerados cuando sean relevantes en cualquier disputa. Sin embargo, ellos no son obligatorios, excepto en lo que respecta a resolver la disputa particular entre las partes de esa disputa⁶⁸.

El segundo caso –iniciado en 2002-, si bien no se pronunció expresamente respecto de estos puntos, sí resultó ilustrativo respecto de la influencia de los reportes en la práctica: las más de 5.800 notas en el Reporte del Panel se referían principalmente a casos anteriores del sistema⁶⁹. En la práctica, los casos anteriores tienen un peso muy relevante, y el asunto se reduce a determinar *cuánta* influencia pueden tener⁷⁰.

⁶⁸ *Ibid*, pp. 13-4.

⁶⁹ Se trató de un caso en suma complejo –atacaba a la industria estadounidense del acero-, en el que participaron además de las Comunidades Europeas, Canadá, Japón, China, Brasil y otros Miembros. *United States - Definitive Safeguards Measures on Imports of Certain Steel Products: Final Reports of the Panel* (11 de julio de 2003), WT/DS248/R, WT/DS249/R, WT/DS251/R, WT/DS252/R, WT/DS253/R, WT/DS254/R, WT/DS258/R y WT/DS259/R, *passim*.

⁷⁰ JACKSON opina que el sistema está muy cerca de uno *stare decisis*, “The case of the World Trade Organization”, *op. cit.*, p. 449. En este sentido, hay que considerar que hacia fines de 2016 el número de apelaciones interpuestas era de 151, lo que representaba un 68% de los reportes adoptados de los panels. Las cifras no permiten inferir una tendencia decreciente en el sentido de la apreciación de JACKSON. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Appellate Body Annual Report 2016*. Geneva, World Trade Organization, 2017, p. 136.

iv) Un caso ilustrativo tanto de la relación de la OMC con el resto del Derecho Internacional, del asunto de la deferencia y del de la interpretación, es el llamado caso *US – Shrimps*. En este caso el Órgano de Apelación debía hacer un ejercicio de interpretación relativo al alcance de los términos utilizados en el Preámbulo del Artículo XX del GATT (*Excepciones generales*). En su Reporte, señaló que la interpretación de los conceptos utilizados debía ser evolutiva, y para ello se remitió a otros desarrollos en el Derecho Internacional –fuera de la OMC-, buscando un balance entre políticas diversas –en este caso, las políticas comercial y ambiental-. Este Reporte adoptó un punto de vista más internacionalista –coherente, según algunos, con el proceso de globalización⁷¹-. Expresamente señaló:

“Las palabras del Artículo XX(g), “recursos naturales agotables”, fueron en realidad creadas hace más de 50 años. Ellas deben ser leídas por el intérprete de un tratado a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la comunidad de naciones sobre la protección y conservación del ambiente.

(...).

Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del *Acuerdo de la OMC*, advertimos que el término genérico “recursos naturales” en el Artículo XX(g) no es “estático” en su contenido o referencia sino que es ‘por definición, evolutivo’⁷².

⁷¹ JACKSON, “The case of the World Trade Organization”, *op. cit.*, p. 451.

⁷² *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products: Report of the Appellate Body* (12 de octubre de 1998), WT/DS58/AB/R, p. 48. El Órgano de Apelación reversó el Reporte del

Esta opción tomada por el Órgano de Apelación estaba en línea con los desarrollos recientes en el Derecho Internacional general⁷³. La interpretación evolutiva dada a los conceptos generales utilizados por el Artículo XX GATT es fácilmente extensible a otros conceptos, p. ej. y en lo que es relevante, el de *desarrollo sostenible*, utilizado por el *Acuerdo de Marrakesh*.

Una interpretación evolutiva está además estructuralmente más ligada a un rol *regulatorio* de la OMC, en el sentido de que administra cada vez más normas que determinan estándares, y requisitos y condiciones para la acción estatal; normas que, *v. gr.*, utilizan conceptos amplios y de sentido evolutivo⁷⁴.

Panel por una cuestión de interpretación (éste era el punto de Derecho): “El Panel no siguió todos los pasos en la aplicación de las ‘reglas consuetudinarias de interpretación del Derecho Internacional Público’ como es requerido por el Artículo 3.2. del ESD”, *ibíd.*, p. 41.

⁷³ Poco antes la Corte Internacional de Justicia había señalado, refiriéndose a ciertas provisiones de un tratado entre Hungría y Eslovaquia, que ellas “no contienen obligaciones específicas de cumplimiento sino que requieren que las partes, al cumplir sus obligaciones para asegurar que la calidad del agua del Danubio no es afectada y que la naturaleza es protegida, tomen en consideración nuevas normas ambientales... Al insertar estas provisiones *evolutivas* en el Tratado, las partes reconocieron la potencial necesidad de adaptar el Proyecto. Consecuentemente, el Tratado no es estático, y *está abierto a adaptarse a normas emergentes de Derecho Internacional*”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, pp. 67-8 (énfasis añadido). La interpretación evolutiva aparece implícita en el Artículo 31.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁷⁴ PAUWELYN, Joost. *The Nature of WTO Obligations*. New York, Jean Monnet Working Paper 1/02, 2002, p. 36.

Un último caso relevante para la caracterización del sistema es el caso *EC – Preferences*. Dado que se verá con mayor detalle en el Capítulo Tercero, sólo cabe hacer una referencia general. Este caso, llevado por la India en contra del sistema generalizado de preferencias otorgado por las Comunidades Europeas a los países en desarrollo a partir de la Cláusula de Habilitación de 1979, sentó el muy relevante precedente de que, al momento de otorgar preferencias arancelarias *generalizadas*, no puede discriminarse entre beneficiarios *que estén en las mismas condiciones*⁷⁵. La relación jurídica entre países desarrollados y en desarrollo en el marco de la OMC está dada en gran medida por el otorgamiento de preferencias arancelarias unilaterales⁷⁶, un acto voluntario en el que es posible introducir cierta discriminación que, de acuerdo al Órgano de Apelación, responda a las necesidades de desarrollo del país beneficiario.

* * *

⁷⁵ Es decir, a pesar de ser una excepción al principio de no discriminación, éste se sigue aplicando respecto al sistema de preferencias arancelarias de que se trate. *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries: Report of the Appellate Body* (7 de abril de 2004), WT/DS246/AB/R, párrafos 142 y ss.

⁷⁶ Como se verá en los Capítulos siguientes, ellas responden a una naturaleza distributiva y no recíproca, junto con otras instituciones como la cláusula de la Nación Más Favorecida y diversas formas de ayuda.

Visto lo anterior, es posible señalar algunas conclusiones. La evolución del sistema de resolución de disputas en el GATT es particularmente ilustrativa de la idea del tránsito de lo que JACKSON ha llamado un sistema orientado por el poder (*power oriented*) a otro orientado por reglas (*rule oriented*), este último un valor vital en las relaciones internacionales actuales.

Un sistema orientado por reglas otorga un marco de predictibilidad, estabilidad y certeza necesario para la operación eficiente del mercado (ver *infra*, respecto a la caracterización del sistema multilateral de comercio como un mercado).

En un sistema orientado por el poder, serían técnicas comunes en la negociación el uso de maniobras militares, restricciones de importaciones sobre bienes sensibles a la otra parte (p. ej., restricciones cuantitativas), y la influencia en los flujos de ayuda extranjera⁷⁷.

⁷⁷ Esto último es particularmente sensible para los países en desarrollo al momento de plantear una disputa. En general la evolución del sistema en el sentido indicado se ha presentado como beneficioso especialmente para los Estados débiles política y económicamente. Estos beneficios supuestos han sido matizados por NOTTAGE, Hunter. "Trade and Development", en BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 481-504, *passim*.

En un sistema basado en reglas, en cambio, las negociaciones harán referencia a uno o más principios o reglas y su interpretación, con referencia a precedentes, y la “amenaza” estaría más bien referida a que de no llegar a una solución de mutuo acuerdo, un tercero imparcial resolverá en base a reglas preestablecidas. Las partes, por ello, negociarán sobre la base de sus previsiones en torno a la decisión del tercero, y no sobre la base de una potencial retaliación de una de ellas⁷⁸.

La evolución del sistema hacia uno orientado por reglas también ha significado gradualmente una mayor referencia a conceptos del Derecho Internacional general. Este proceso ha sido particularmente exitoso; así:

“las instituciones jurídicas son ahora más a menudo vistas por muchos participantes oficiales y no oficiales en los asuntos internacionales, como cada vez más necesarias para la exitosa evolución a largo plazo de muchas instituciones internacionales. La evolución secular de más de 60 años del GATT-OMC hacia una mayor *orientación por reglas* [‘*rule-orientation*’] es una característica central de la historia de esta actividad económica internacional”,^{79 80}.

⁷⁸ JACKSON, “The case of the World Trade Organization”, *op. cit.*, pp. 439-40.

⁷⁹ JACKSON, “The Legal and Institutional Context”, *op. cit.*, p. 51 (énfasis original).

⁸⁰ La evolución hacia sistemas orientados por reglas significa una evolución notable en las relaciones comerciales internacionales; ello, empero, tiene sus límites: el sistema orientado por reglas no ha hecho que la influencia del poder se desvanezca en la elaboración y contenido de nuevas reglas y concesiones comerciales: “las reglas y procedimientos de la OMC pueden haber reducido los desequilibrios de poder; ciertamente ellas no los han borrado”. PAUWELYN, Joost. “Rule Based-Trade 2.0? The Rise of Informal Rules and International Standards and How they May Outcompete WTO Treaties”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 17 (4) (2014), p. 748. La realidad del uso del poder, particularmente económico, convive con esta evolución institucional; ver Capítulo siguiente.

En adición, la forma en que el Órgano de Apelación ha ido desarrollando su enfoque adjudicador ha permitido entrever un mayor espacio para las políticas y opciones regulatorias que tomen los países en cumplimiento de sus propios objetivos. Si bien este enfoque se ha desarrollado a partir de casos emblemáticos como la protección de la vida animal y la protección ambiental, en aplicación de las excepciones del Artículo XX GATT, sí es posible indicar que el enfoque deferencial implica una mayor autonomía para los países en desarrollo a la hora de decidir e implementar sus políticas de desarrollo y los medios para lograrlo, al desarrollar el Órgano de Apelación una lectura no literal de los Acuerdos multilaterales –y en particular del Artículo XX GATT-, sino cuidadosamente más amplia, en orden a permitir esa deferencia a las preferencias colectivas⁸¹.

⁸¹ HOWSE, *op. cit.*, pp. 60-1.

b. Caracterización del sistema multilateral de comercio

El sistema multilateral de comercio puede ser entendido como el conjunto de reglas, principios e instituciones que conforman los intercambios comerciales entre los países en una base multilateral.

El sistema multilateral de comercio proporciona un marco regulado para las negociaciones de políticas comerciales entre los Miembros, que tienen un sentido preciso: el otorgamiento recíproco de acceso a mercados.

HOEKMAN y KOSTECKI⁸² señalan dos formas diversas de entender al sistema multilateral de comercio: (i) como un mercado (foro de intercambios) y (ii) como un código de conducta compartido. Añadiremos por último una que es vital para la comprensión del rol de la OMC actualmente y en el futuro.

i) La OMC como un *mercado*

La idea de mercado implica la idea de tomas de decisiones descentralizadas, por parte de un sinnúmero de agentes individuales, en base a la maximización de los recursos, en un marco de certeza,

⁸² HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, pp. 27-46.

predictibilidad y estabilidad. En este sentido, la OMC opera como un foro para el intercambio de compromisos de acceso a mercados⁸³ (es una de sus funciones de acuerdo al Artículo III del *Acuerdo de la OMC*).

Es necesario precisar que por una parte la OMC es un foro en que los Estados intercambian políticas comerciales también de acuerdo a ciertas reglas (p. ej., relativas a la retirada de concesiones –jurídicamente una oferta-), y por otra que el conjunto de reglas que administra la OMC tiene por función precisamente el funcionamiento óptimo del mercado internacional, a través de la proscripción de las distorsiones provenientes fundamentalmente de la acción de los Estados. En este último sentido, el sistema multilateral de comercio tiene por objeto minimizar y penalizar las distorsiones a los flujos comerciales internacionales que resultan de la acción jurídica de los Estados, bajo la idea de que la alocaión natural de

⁸³ HOEKMAN y KOSTECKI señalan: “En contraste con los mercados que uno puede encontrar en las ciudades, los países no tienen acceso a un medio de intercambio: ellos no tienen dinero con el cual comprar, y contra el cual vender, políticas comerciales. En vez de eso tienen que intercambiar manzanas contra naranjas: reducciones arancelarias para el acero contra compromisos de acceso a mercados para la ropa”, *ibíd.*, pp. 28-9. Parece que HOEKMAN y KOSTECKI parten en este punto de la asunción equivocada: es precisamente *porque* se trata de diferentes sectores que el sistema funciona: en ello consiste la teoría de las ventajas comparativas (ver Capítulo siguiente). La moneda común que permite los intercambios adopta la *forma* de compromisos de liberalización en sectores específicos. En un trabajo posterior, HOEKMAN afirma: “Los compromisos de política [comercial] son la moneda de negociación en la OMC –promesas ejecutables de no usar ciertas políticas o no exceder un cierto nivel de protección para un producto o sector”, “Proposals for WTO Reform”, *op. cit.*, p. 12.

los recursos lleva a que cada país o región produzca aquel bien en que resulte –luego de un proceso de competencia- más eficiente, dando como efecto una prosperidad general (*ver* Capítulo siguiente).

ii) La OMC como un *código de conducta* compartido

Es posible entender que la OMC administra un código de conducta que sus Miembros siguen en sus relaciones comerciales. Cuatro principios permiten entender al sistema multilateral de comercio administrado por la OMC: (a) no discriminación, (b) transparencia, (c) *accountability* y (d) flexibilidad.

La (a) no discriminación está encarnada en las reglas de la Nación Más Favorecida (o cláusula NMF) y de Trato Nacional. La primera (Artículos I y II GATT, II GATS y 4 TRIPS) tiene una variedad de funciones: permite que la reciprocidad sea efectiva entre dos países -las ventajas concedidas en una negociación no pueden ser inutilizadas después por una negociación con otro actor-; permite la disminución de los costos de negociación: dada la extensión automática de los beneficios, no es necesaria una nueva negociación con cada actor interesado: las negociaciones se reducen, así, a los principales proveedores, calculándose para ello los costos

del *free-riding*⁸⁴ (permite por lo mismo beneficiar a países pequeños), y, por último, también ayuda a la vigencia de las reglas multilaterales al aumentar notablemente el costo del incumplimiento: si el país decide imponer políticas proteccionistas, *todos* sus socios comerciales se verán afectados – con lo que a la vez le otorga a los importadores incentivos para oponerse a la protección-.

La regla del Trato Nacional (Artículos III GATT y XVII GATS) implica por su parte que los bienes extranjeros, una vez que hayan cumplido con las exigencias para ingresar, sean tratados de forma no menos favorable, en términos de regulaciones y taxaciones, que los bienes nacionales similares o que signifiquen una directa competencia. Su sentido es precluir el uso de medidas regulatorias domésticas que tengan el efecto de anular o reducir el valor de una concesión arancelaria⁸⁵.

⁸⁴ El *free-riding* es uno de los grandes costos del multilateralismo: se refiere en la práctica a aquellos actores que se ven beneficiados sin otorgar concesiones a cambio; *ver* Capítulo siguiente.

⁸⁵ Debe advertirse que el Artículo III del GATT se refiere expresamente a las taxaciones y regulaciones, mientras que el artículo XVII del GATS hace referencia a las “condiciones de competencia”.

El principio de la (b) transparencia (Artículos X GATT y III GATS) se refiere al adecuado acceso a la información sobre las políticas comerciales de los Miembros.

Además del trabajo regular llevado a cabo por los muchos Comités, Subcomités y Grupos de Trabajo, la vigilancia multilateral central está dada por las *Trade Policy Reviews*, preparadas por el Secretariado y discutidas por el Órgano de Examen de las Políticas Comerciales.

Pese a que el mecanismo no ha tenido el desarrollo y la efectividad esperados, sí ha servido para disolver varias disputas comerciales en reuniones informales en Ginebra.

Respecto del principio de (c) *accountability*, éste se refiere a la posibilidad de asegurar el cumplimiento de los compromisos. El principio de no discriminación ya señalado juega un papel muy importante en asegurar el cumplimiento de los compromisos (al distribuir correctamente los incentivos para cumplir). Sin embargo, el papel fundamental en asegurar el cumplimiento por los Miembros de los compromisos asumidos lo tiene el Sistema de Resolución de Disputas.

Por último, la (d) flexibilidad en la OMC significa la posibilidad de modular los compromisos asumidos, en circunstancias específicas. Las formas para imponer (o reimponer) restricciones al comercio son principalmente tres: (i) la invocación de fines públicos (como la protección de la salud pública y la seguridad nacional), (ii) el uso de medidas de defensa comercial (*trade remedies*) (salvaguardias, medidas compensatorias y derechos antidumping), y por último, (iii) la permisión de restricciones por balanza de pagos, y la protección y apoyo de una industria naciente⁸⁶.

iii) La OMC como *constitución*

En el debate de los últimos años se ha caracterizado frecuentemente a la OMC como una constitución, o se ha adscrito a la idea de que la OMC debiera tener un sentido constitucional: darle un sentido preeminentemente constitucional a la OMC es una forma de permitir su flexibilidad para los desafíos del futuro⁸⁷.

⁸⁶ HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, p. 46.

⁸⁷ Ello debido a que "las relaciones que dirige la OMC se incrementarán en alcance, complejidad e importancia, y de tal forma guiará y se beneficiará del crecimiento constitucional". TRACHTMAN, Joel. "The Constitutions of the WTO", en *The European Journal of International Law*, Vol. 17 (3), (2006), p. 628. Y agrega: "no es una contradicción decir que cuando la OMC necesita funciones constitucionales, tales funciones podrían ser [realizadas] en otro lugar. Tal como imaginamos la

No hay duda de que la OMC tiene una constitución en sentido técnico: tiene una Carta –el *Acuerdo de la OMC* (ver *supra*)- que establece órganos y delimita sus funciones, y determina los derechos y obligaciones básicos de los Miembros. El punto es si tal constitución tiene o puede jugar el mismo papel –doméstico- que las constituciones juegan en los Estados, pero con un alcance global. Para MCRAE:

“la atribución del término ‘constitución’ a la OMC parece inobjetable. Es una forma de hablar de un marco de reglas e instituciones que conforman el sistema (en el sentido de JACKSON) con la adición de una función interpretativa y creadora de normas a través de interpretación judicial”⁸⁸.

Para TRACHTMAN, al hablar de una “constitución” en la OMC debe distinguirse primero qué puede entenderse por tal término. En este sentido, señala que una constitución puede entenderse de diversas maneras, o tener dimensiones diferentes: (i) constitución *económica* (conjunto de mecanismos a través de los cuales la autoridad es compartida en orden a facilitar el establecimiento de reglas), (ii) constitución interfuncional (conjunto de reglas que asigna autoridad entre agentes diversos, fuentes diversas y valores diferentes), (iii) constitución *política* (sentido de unidad

constitución de la OMC, debemos reconocer que es un componente de una ‘constitución’ global más amplia”, *idem*.

⁸⁸ MCRAE, “The Place of the WTO in the International System”, *op. cit.*, p. 72.

cultural y democrático de un grupo de personas), (iv) constitución legal (la asignación de capacidad legislativa y la revisión judicial), (v) constitución de derechos humanos (conjunto de derechos que limita la esfera de gobierno), y (vi) constitución redistributiva (reglas de solidaridad entre los diversos agentes)⁸⁹.

De estas distinciones, han presentando especial importancia para el debate tres de ellas: constitución económica e interfuncional, constitución política y constitución redistributiva.

La constitución *económica* apunta a una perspectiva analítica que ve a las constituciones como instrumentos, como acuerdos políticos para maximizar el logro de las preferencias de los constituyentes. Desde la perspectiva del comercio internacional, las preferencias son atendidas por diversos actores, no sólo los Estados, y ello obliga a tomar una perspectiva post-westphaliana, matizando el rol de la soberanía en la práctica. Las reglas relativas al proteccionismo, p. ej., son reglas que remueven

⁸⁹ TRACHTMAN, *op. cit.*, p. 624.

contingentemente poder del Estado –por lo pronto su poder tributario- bajo un rango específico de circunstancias –las reglas del GATT⁹⁰-.

En una perspectiva *interfuncional*, la OMC contiene reglas que reconocen una concurrencia en la regulaciones del orden económico internacional –con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, en el Artículo III del *Acuerdo de la OMC*-, pero considerando la evolución del comercio internacional, esa concurrencia es mucho más amplia, necesitándose reglas constitucionales que reconozcan la vigencia real de otros actores, otros valores y otras fuentes normativas en la regulación del comercio internacional, como se verá en lo sucesivo.

Respecto del aspecto *político* de la constitución de la OMC, para algunos representa un credo de valores de alcance global (quizás cosmopolita), relacionado a la reducción de barreras de toda índole entre los individuos a través del planeta. Por otro lado, la constitución democrática presenta una serie de limitaciones, pero el debate se ha centrado por lo pronto en lograr que las decisiones sean tomadas por todos los actores

⁹⁰ *Ibid.*, p. 631.

interesados, y no por los representantes de los actores más poderosos en la “*green room*”⁹¹.

En cuanto al aspecto *redistributivo*, es claro que todas las constituciones occidentales de la posguerra han tendido a establecer sistemas de bienestar, expresando en su orden constitucional valores de solidaridad estructurales, que de una forma u otra permean al orden internacional. Como señala TRACHTMAN:

“Toda sociedad necesita un mecanismo por el cual expresar solidaridad con aquellos que están necesitados, especialmente aquellos *cuyas necesidades resultan de la estructura misma de la sociedad*”⁹².

En el debate sobre la forma constitucional de la OMC, este componente, esencialmente de filosofía política, ha tendido a ser asumido por todas las posiciones, incluso por aquellas más ortodoxas, recelosas de las intervenciones distributivas. La discusión sobre la relación entre países desarrollados y en desarrollo es una discusión de este tipo. El objeto del debate está en la forma óptima de enfrentar tal desigualdad, considerando las líneas fundamentales del orden económico internacional y el lugar del

⁹¹ Esta es una sala contigua a la oficina del Director General de la OMC donde se reúnen pequeños grupos de actores a tomar las decisiones más relevantes para la Organización.

⁹² TRACHTMAN, *op. cit.*, p. 642 (énfasis añadido).

comercio dentro de él –y lo que el comercio internacional *puede* hacer respecto de ese problema-. Para adelantar la discusión, y como augurara

TRACHTMAN:

“En la OMC, el principal foco para los pobres en el futuro cercano será en mecanismos para producir mayor liberalización en sectores en los cuales los pobres puedan competir”⁹³.

La comprensión del rol constitucional que puede jugar la OMC es más posible que se adapte, con los principios fundamentales que incorpora, a los nuevos fenómenos en que los acuerdos a nivel global son cada vez menos frecuentes y más generales, dejando los diversos aspectos de la legalización a niveles más acotados, como los acuerdos preferenciales.

III. Desafíos, reformas y futuro de la OMC

Las reformas a la OMC han venido planteándose al menos desde fines de los 90’, y se han ido desarrollando junto con las contingencias propias de cada época; así, desde las protestas de Seattle en 1999 que apuntaban al déficit democrático de la institución -aunque la crítica era generalizable al sistema internacional económico- y a su falta de

⁹³ *In loc. cit.*

transparencia, pasando por las propuestas posteriores al año 2005, que se han enfocado en sacar adelante la agenda de negociación prevista en la Conferencia Ministerial de Doha -donde el enfoque ha sido en temas procedimentales-, hasta la situación actual, en que parece evidente la configuración de un orden económico bastante diverso del que propició la creación de la OMC en 1994, y por ende parece necesitarse un enfoque estructural distinto⁹⁴.

Las críticas y propuestas de reforma a la Organización se agruparán en torno a los que han sido llamados los principios fundamentales (*fundamentals*) de la OMC⁹⁵:

⁹⁴ Se trata de un *momento constitucional*, de acuerdo a la cita de TRACHTMAN, *op. cit.*, pp. 632-3. Éste añade: “Los momentos constitucionales generalmente resultan de un cambio en las preocupaciones, o en la percepción de las preocupaciones, de los constituyentes. Esta perspectiva explica el acuerdo sobre reglas secundarias: reglas tales como los regímenes de votación mayoritaria, o los repartos de autoridad, que determinan la habilidad para hacer reglas primarias que realmente gobiernan la conducta”, y agrega: “El cambio constitucional es esperable que ocurra cuando hay cambios en las preferencias estatales, cambios en los medios tecnológicos o institucionales para llevar a cabo esas preferencias, o cambios en las percepciones de los estados de estas cosas”, *idem*.

⁹⁵ Para lo siguiente: HOEKMAN, “Proposals for WTO Reform”, *op. cit.*, y PAUWELYN, Joost, “The WTO in Crisis: Five Fundamentals Reconsidered”, WTO Public Forum, 2012, en <http://bit.ly/2npMmsD> (consultado el 10 de julio). Se ha utilizado el esquema de PAUWELYN; HOEKMAN agrupa las propuestas en relativas a los ámbitos “legislativo”, “ejecutivo” y “judicial” de la OMC, lo que es útil, pero el primer enfoque permite centrarse en cuestiones sustantivas.

i) La práctica del consenso

El consenso se refiere al *proceso* de toma de decisiones en la Organización. No es una forma de votación -su forma en ese ámbito sería la *unanimidad*- sino una forma de asegurar que los intereses de todos los Miembros han sido considerados. Señala una de las notas al Artículo IX.1 del *Acuerdo de la OMC*:

“Se considerará que el órgano de que se trate ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración si ningún Miembro presente en la reunión en que se adopte la decisión se opone formalmente a ella”.

El proceso de formación del consenso se basa en la práctica de los “círculos concéntricos”: los temas y las propuestas de la agenda van siendo acordados informalmente en pequeños grupos afines, que luego van agrandándose hasta ser presentados al resto de la membresía⁹⁶. Ello asegura que los Miembros que estén verdaderamente interesados en un tema desarrollen los lineamientos esenciales de la política⁹⁷ -pero está lejos de asegurar que todos estén de acuerdo-.

⁹⁶ HOEKMAN, “Proposals for WTO Reform”, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁷ Los Comités y Subcomités están abiertos a todos los Miembros, pero tanto por razones de personal y presupuesto, como por razones de interés, en la práctica sólo los Miembros realmente interesados en el tema son los más activos, *ídem*.

Dado que todos los órganos de la OMC, desde la Conferencia Ministerial hasta los Comités y Subcomités sectoriales, son *plenarios* -no existen órganos ejecutivos con participación limitada-, se ha presentado la práctica del consenso como uno de los principales escollos para avanzar en la adopción de nuevas reglas y la incorporación de nuevas áreas en la agenda. Una organización con 164 Miembros⁹⁸, con realidades económicas e intereses a veces abismantemente diferentes, que deba adoptar decisiones en base al consenso, es claramente un desafío, sobre todo en lo relativo a decisiones estructurales; como señala JACKSON:

“El consenso tiene importantes valores, en promover una participación completa y una mayor transparencia para todos los niveles y tipos de naciones participantes en la institución, pero las reglas de consenso pueden también bloquear el progreso ‘constitucional’”⁹⁹.

Por ello, han sido propuestos diversos mecanismos para enfrentar el problema¹⁰⁰: (i) mantener el consenso como práctica principal, pero con algunos cambios procedimentales; p. ej., que el Miembro que desee

⁹⁸ La última adhesión fue la de Afganistán el 29 de julio de 2016. El Foro Universal, la Asamblea General de las Naciones Unidas, funciona bajo la regla de la mayoría en la adopción de sus resoluciones (Artículo 18 de la *Carta de las Naciones Unidas*), lo que pese a permitir flexibilidad, de todas maneras ha hecho que la atención se centre en *quiénes* votan -v. gr., si los actores principales han votado a favor o en contra-, lo que ha resultado en una progresiva relativización jurídica de sus resoluciones.

⁹⁹ JACKSON, “The Legal and Institutional Context”, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰⁰ HOEKMAN, “Proposals for WTO Reform”, *op. cit.*, p. 8.

bloquear el consenso dé razones fundadas para ello¹⁰¹; (ii) un enfoque de “masa crítica”: no podría haber bloqueo cuando un porcentaje casi total de los Miembros y/o de la participación en el comercio internacional está a favor de la decisión; (iii) creación de un Comité Ejecutivo. Este Comité tendría dos variantes: un Comité propiamente ejecutivo con funciones de toma de decisiones, y un Comité con funciones consultivas y de facilitación del acuerdo entre los Miembros¹⁰².

Pese a lo cierto de los problemas encontrados y a las reformas propuestas, como ha sido señalado por el anterior Director General de la OMC, entre los Miembros parece haber una postura pragmática: parece haber un “consenso sobre el consenso”¹⁰³. Por lo demás, el uso de las provisiones sobre votación en los Acuerdos de la OMC –que permitirían mayor flexibilidad- ha sido prácticamente nulo¹⁰⁴.

¹⁰¹ Algunas propuestas incluyen la exigencia que el Miembro declare que el asunto es de “interés nacional esencial”, *ibíd.*, p. 8.

¹⁰² Este Comité, en una u otra forma, tendría Miembros permanentes y transitorios, *ídem*.

¹⁰³ LAMY, Pascal. “Strengthening the WTO as the global trade body”. Statement by Pascal Lamy, WTO Director-General, 2009, disponible en https://www.wto.org/english/news_e/news09_e/tnc_chair_report_29apr09_e.htm (consultado el 20 de agosto).

¹⁰⁴ La falta de consenso crea un círculo vicioso en que, dado el mayor uso del Sistema de Resolución de Disputas debido a la falta de acuerdo en nuevas reglas y políticas, los actores tienden a atacar los poderes excesivos que adquieren las funciones judiciales en la OMC –especialmente al Órgano de Apelación, que pese a que debe resolver las disputas que se le presentan, ha hecho muestra de una gran prudencia- y llaman por ello a limitar tales poderes y facilitar la creación de reglas (facilitar el

ii) El “todo único”

El todo único, el “single-package” o el “single-undertaking”, fue el pilar sobre el que se basaron y concluyeron las negociaciones en la Ronda Uruguay. La práctica no había sido aplicada anteriormente –de hecho, la anterior Ronda de negociación, la Ronda Tokyo, se basó en el principio opuesto-. El sentido de ello es eminentemente procedimental y estratégico: nada está decidido hasta que todo esté decidido; ello permite maximizar ganancias al inducir a concesiones múltiples en las diferentes áreas de negociación. El mismo principio fue adoptado para las negociaciones de la Ronda Doha¹⁰⁵.

Sin embargo, ello no es totalmente cierto para la Ronda Uruguay – donde están, p. ej., los acuerdos plurilaterales- ni para la actual Ronda Doha: fuera de que numerosos acuerdos comerciales preferenciales son suscritos por subsets de Miembros, el Acuerdo plurilateral de Compras Públicas revisado entró en vigor en 2014, y numerosos acuerdos han sido

procedimiento legislativo) –precisamente en lo que no hay acuerdo-. TRACHTMAN, *op. cit.*, p. 638. Para esta crítica ver también CHANDER, Anupam. “Globalization and Distrust”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 114 (2005), pp. 1193-236.

¹⁰⁵ *Ministerial Declaration* (14 de noviembre de 2001), WT/MIN(01)/DEC/1, párrafo 47.

suscritos en las diferentes Conferencias Ministeriales desde 2001 que se alejan del mandato del “todo único”.

El “todo único” en realidad se refiere a *cuándo* un acuerdo puede cerrarse, no qué contiene o quiénes resultarán vinculados por qué reglas. Por ello, desde la época del GATT el sistema multilateral de comercio lleva implícita una disposición hacia lo que se ha llamado “geometría variable”, vale decir, permitir diversos tipos de acuerdos entre diversos grupos de Miembros, frente al mito del multilateralismo de que todos resulten obligados por todo (*ver* Capítulo siguiente).

iii) Una organización dirigida directamente por los Miembros

Como se ha visto, todos los órganos de la OMC son plenarios: todos los Miembros tienen derecho a participar en ellos. Ello ha presentado dos grandes problemas: (i) la debilidad y falta de independencia de los órganos de la OMC, que le permitan avanzar en una agenda propia, y (ii) que en principio *sólo* los Miembros pueden participar en la creación de la agenda, lo que progresivamente ha ido distanciando a ésta de las verdaderas necesidades del mundo que está llamado a regular: en la práctica, los tecnócratas del comercio internacional tienden a fijar la agenda y los modos

de negociación, dejando de lado las necesidades del sector privado, los consumidores y una serie de agencias regulatorias de sectores específicos¹⁰⁶.

Respecto del primer problema, como ha señalado MCRAE: “la Organización no tiene poder para imponer nuevas obligaciones a los Miembros. De tal manera, no hay un rol legislativo general en los órganos de la OMC o cualquier real función ejecutiva”¹⁰⁷. Al respecto se ha propuesto un Secretariado más fuerte, que pueda involucrarse activamente en ciertas funciones, principalmente de investigación y fiscalización¹⁰⁸.

iv) Sentido del Sistema de Resolución de Disputas

Como ha señalado PAUWELYN, “[I]a OMC fue creada en el punto cúlmine de la legalización de la política mundial (mediados de los 1990s),

¹⁰⁶ Ello significa que el paradigma de los dos niveles -el proceso político doméstico y el proceso diplomático- sugerido por PUTNAM (“Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games”, en *International Organization*, Vol. 42 (3) (1988), pp. 427-60) está, al menos en este ámbito, obsoleto. Como se verá, una teorización adaptable está en el *proceso legal transnacional* y uno de sus desarrollos asociados, el Derecho Internacional Informal (ver Capítulo Cuarto).

¹⁰⁷ MCRAE, “The Place of the WTO in the International System”, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁸ HOEKMAN, “Proposals for WTO Reform”, *op. cit.*, p. 10.

en la (equivocada) suposición que el ‘hard’ law, ejecutado por un sistema de resolución de disputas vinculante, es necesariamente ‘mejor’¹⁰⁹.

En términos generales, cuando uno de los Miembros ha perdido con algún Reporte adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias, por haber incumplido alguna de sus obligaciones ante la OMC y ese incumplimiento ha afectado a algún otro Miembro, debe primariamente retirar la medida que ha sido determinada inconsistente con la normas de la OMC por el Reporte. Si falla en hacerlo dentro de un plazo razonable, el Miembro afectado –y que ha ganado con el Reporte- podrá pedir autorización al OSD para suspender las concesiones respecto del Miembro que ha incumplido, primariamente dentro del sector al que se ha referido el Reporte: esto es lo que significa la *retaliación* en la OMC¹¹⁰.

El sistema de resolución de disputas de la OMC, de acuerdo a HOEKMAN, busca mantener el balance de las concesiones efectivamente negociadas; los remedios son *prospectivos*, en tanto el Miembro denunciado debe limitarse a retirar las medidas adoptadas que resulten inconsistentes

¹⁰⁹ PAUWELYN, “The WTO in Crisis: Five Fundamentals Reconsidered”, *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁰ Ver Artículo 22 del ESD.

con sus obligaciones ante la OMC, pero no hay compensación (obligatoria)^{111 112}.

Las falencias y debilidades del sistema de resolución de disputas han sido atribuidas a que la OMC es un “contrato incompleto”¹¹³. Los incentivos para desviarse de las obligaciones de la OMC son asimétricos: los países que no tienen suficiente poder de mercado no presentan un disuasivo suficiente para que sus grandes socios comerciales no incumplan sus obligaciones frente a ellos.

Al respecto, una de las soluciones ampliamente propuesta es la retaliación grupal (p. ej., legitimando a grupos de países en desarrollo) e incluso la retaliación colectiva (legitimando a todos los Miembros), lo que

¹¹¹ HOEKMAN, “Proposals for WTO Reform”, *op. cit.*, p. 5. Como señala el Artículo 22.1. del ESD: “La compensación es voluntaria y, si es otorgada, deberá ser consistente con los acuerdos cubiertos”.

¹¹² Eso aleja al sistema del régimen común del Derecho Internacional Público, donde la reparación del daño efectivamente causado es un principio fundamental ante el incumplimiento de obligaciones internacionales. La COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL ha señalado al respecto que el DSU constituye *lex specialis*. UNITED NATIONS. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*. New York, 2008, p. 133. Ello hace a los Miembros reticentes a modificaciones que tiendan a establecer mecanismos de compensación como un disuasivo al incumplimiento (sobre todo considerando que las dilaciones procedimentales no inciden en el Reporte).

¹¹³ En teoría económica, los contratos incompletos son aquellos en que no es posible o eficiente prever todos los extremos de la relación, quedando aspectos sin regular, permitiendo comportamientos que no obedecen a la racionalidad de la relación. Otra forma de verlo es que no es un régimen con legalización plena: la ejecución de las obligaciones recae sobre la disposición de los Miembros, y no sobre un órgano que acumule potestad para imponer las decisiones en forma perentoria.

ha sido resistido en atención a que el objetivo del sistema es mantener un balance de las concesiones hechas¹¹⁴ (la naturaleza de las obligaciones es bilateral; *ver* Capítulo siguiente).

Se ha argumentado que las reformas hacia el sistema, con miras a hacerlo más eficiente y ejecutable, tenderían a disuadir a los Miembros de asumir mayores compromisos, evitando avanzar la agenda, aunque sea mediante acuerdos de bajo nivel de legalización.

v) No discriminación

La forma jurídica del multilateralismo en las relaciones económicas internacionales es la cláusula de la Nación Más Favorecida; ésta está precisamente establecida en el Artículo I del GATT (*Trato General de la Nación Más Favorecida*), en el Artículo II del GATS (*Trato de la Nación Más Favorecida*) y en el Artículo 4 del TRIPS (*Trato de la Nación Más Favorecida*)¹¹⁵.

¹¹⁴ Otra propuesta interesante –hecha por México–, es que los derechos a retaliación se hagan comerciables, cuando la parte que ha perdido se rehúsa a cumplir. HOEKMAN, “Proposals for WTO Reform”, *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁵ Como ha señalado el Órgano de Apelación, “[l]a esencia de las obligaciones de no discriminación es que los productos similares sean tratados igualmente, irrespectivamente de su origen”: *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas: Report of the Appellate Body* (9 de septiembre de 1997), WT/DS27/AB/R, p. 83.

Dado este principio fundamental, una desviación del mismo constituye una excepción; dos son las principales excepciones que contempla el sistema: los acuerdos comerciales regionales permitidos por los Artículos XXIV del GATT y V del GATS, y el trato preferente otorgado a los países en desarrollo, cuyo régimen se encuentra disperso a través de los varios Acuerdos administrados por la OMC.

Es precisamente el trato diferenciado otorgado a los Miembros en desarrollo el que será el foco particular de los siguientes Capítulos, en tanto se trata talvez del mayor desafío de la OMC en la época de reconfiguración internacional actual. Por ahora, baste señalar que dos son las principales razones que han forzado a mantener el *status quo*, v. gr., evitar abrir la distinción entre países desarrollados y en desarrollo: (i) las grandes potencias emergentes quieren seguir en el grupo para limitar sus compromisos actuales y futuros (lo que es especialmente cierto para China, India y Brasil), y (ii) los pequeños países en desarrollo temen que la

desagregación les quite poder negociador (lo que es especialmente cierto para los Países Menos Adelantados)¹¹⁶.

El asunto de la convergencia entre los acuerdos preferenciales y el sistema multilateral, así como la forma en que los nuevos acuerdos preferenciales han enfocado el desarrollo, serán tratados en el Capítulo Cuarto.

* * *

El camino hacia la configuración del actual sistema multilateral de comercio ha sido uno marcado por dos aspectos: (i) el pragmatismo, fruto de un largo proceso de ensayo, error y adaptación, y (ii) la evolución hacia un sistema orientado por reglas (dentro de lo que se comprende el proceso de *institucionalización*), que permite predicar hoy un alto nivel de *legalización* de las relaciones comerciales internacionales. Ambos aspectos han contribuido a formar el acervo de reglas y prácticas que rigen hoy esas relaciones, por lo que cualquier análisis respecto a posibilidades en el

¹¹⁶ Mantener una distinción tan amplia como dato para el desarrollo de políticas comerciales es esencialmente injusto: discriminar es tanto tratar diferente a países iguales, como tratar igual a países notoriamente diferentes.

escenario de reconfiguración actual, debe considerar estos aspectos valiosos.

El escenario actual plantea un desafío a la sobrevivencia de la OMC como organización internacional¹¹⁷. Por ello, al exponer y explicar las ideas fundamentales del sistema multilateral de comercio en los párrafos anteriores, creemos que ellas son el acervo que sobrevivirá, en tanto, supuesta la necesidad del multilateralismo en las relaciones económicas internacionales –como se verá *infra-*, estas relaciones tenderán a seguir tales patrones de cooperación¹¹⁸.

¹¹⁷ Así, CLYDE, Gary y CIMINO-ISAACS, Cathleen. “How will TPP and TTIP Change the WTO System?”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 18 (3) (2015), p. 681: “[E]stá lejos de ser claro que la OMC estará a la altura de la ocasión. Las instituciones internacionales raras veces quiebran, pero muchas se han desvanecido en el tiempo debido a sus propias debilidades constitucionales o a circunstancias externas. Primeramente, quizás, está la Asamblea General de las Naciones Unidas, pero otras instituciones desvaneciéndose incluirían a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y la Asociación Latinoamericana de Integración [ALADI]. Algunas instituciones internacionales han disfrutado de un éxito inicial, luego han decaído y después revivido. Dos ejemplos notables son la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD]. Está por verse si la OMC ha entrado en un declive inexorable o revivirá para enfrentar el siglo XXI”. De cualquier manera, y como señala WINHAM, hay un sustrato que inevitablemente se mantendrá: “[i]ndependientemente del resultado de la Ronda Doha, la OMC todavía ofrece a sus Miembros la más amplia base de reglas comerciales disponible en el sistema internacional, y estas reglas están respaldadas por funciones legislativas y judiciales impresionantes”. WINHAM, Gilbert. “The Evolution of the World Trading System – The Economic and Policy Context”, en BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 28.

¹¹⁸ Algunos desarrollos de esta idea están en COTTIER, Thomas. “The Common Law of International Trade and the Future of the World Trade Organization”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 18 (1) (2015), pp. 3-20.

Por lo pronto, fuera de las posibilidades de reforma y adaptación reseñadas, se ha planteado una visión general sobre el rol futuro de la OMC, que puede resultar útil:

“la OMC ha de, y debe, gradualmente transformarse desde ser el ‘motor’ impulsor de la liberalización del comercio, a pasar a ser un ‘estabilizador’ del status quo, protegiendo contra resurgentes o nuevas tentaciones de proteccionismo. Si esto es cierto, la función principal de la OMC no serán ya consecutivas rondas de negociaciones comerciales sino más bien el sistema de resolución de disputas de la OMC”¹¹⁹.

Desde este punto de vista, dada la tendencia actual a liberalizar el comercio en una base unilateral y preferencial, la OMC debiera pasar a tener el rol de una “cámara de compensación” “donde los países notifiquen, comprometan o aseguren las aperturas de mercado que realicen unilateral o regionalmente”¹²⁰. Este rol debiera ser compatible con el actual rol

¹¹⁹ PAUWELYN, Joost. “New Trade Politics for the 21st Century”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 11 (3) (2008), p. 565. PAUWELYN agrega que la “teoría de la bicicleta”, que muchos observadores avalan, implica que la función de la OMC es celebrar consecutivas y siempre más ambiciosas rondas de liberalización, pues de lo contrario se caería; un cambio en su función en el sentido indicado le permitiría descansar de esas presiones, en el supuesto de que las grandes liberalizaciones del comercio ya ocurrieron, *ídem*. En el mismo sentido, HOEKMAN, “Proposals for WTO Reform”, *op. cit.*, p. 3. La metáfora de la bicicleta hace referencia a que la política comercial es dinámicamente inestable, al moverse entre incentivos a la liberalización y al proteccionismo; la idea se remonta a CLINE, William (ed.). *Trade Policy in the 1980s*. Washington DC, Institute for International Economics, 1983, pp. 9-10, y a BERGSTEN, Fred. *Toward a New International Economic Order: Selected Papers*. Lexington, Heath and Co., 1975.

¹²⁰ PAUWELYN, *in loc. cit.* En un sentido similar, BALDWIN: “la gobernanza del comercio mundial se dirige hacia un sistema de dos pilares. El primer pilar, la OMC, continúa gobernando el comercio tradicional como lo ha hecho desde que fue fundada en 1995. El segundo pilar es un sistema donde las disciplinas sobre el comercio en bienes intermedios y servicios, protección de la inversión y la propiedad intelectual, flujos de capital, y el movimiento de personal clave son multilateralizados en [acuerdos] megarregionales”. BALDWIN, Richard. “The World Trade Organization and the Future of Multilateralism”, en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 30 (1) (2016), p. 114.

esencialmente regulador que tiene la OMC, que se conjuga con un sistema de resolución de disputas riguroso y eficiente. Para HOEKMAN y KOSTECKI: “la OMC es un regulador de las acciones regulatorias tomadas por los gobiernos que afectan el comercio y las condiciones de competencia” de los productos y servicios foráneos en los mercados domésticos¹²¹.

En los Capítulos siguientes se verá cómo este debate puede incidir en la evolución jurídica de las relaciones comerciales.

¹²¹ HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, p. 47.

CAPÍTULO SEGUNDO

SUMARIO: I. Naturaleza de las obligaciones de la OMC;
II. La ventaja comparativa; III. Costos de ajuste y distribución;
IV. La reciprocidad; V. Comercio y Desarrollo;
VI. Reconfiguración y multilateralismo.

I. Naturaleza de las obligaciones de la OMC

La distinción entre la naturaleza bilateral o multilateral de las obligaciones ante la OMC se refiere a si ellas se deben entre cada Estado o se deben a la totalidad de los Estados parte del acuerdo. Así, la distinción se plantea entre obligaciones recíprocas u obligaciones de otra naturaleza, *erga omnes*.

Una de las doctrinas fundantes de las obligaciones *erga omnes* fue la hecha por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Reservas a la Convención sobre el Genocidio* (1951). En él, ante el hecho específico de las reservas hechas por algunos Estados a la Convención, la Corte señaló:

“en una convención de este tipo no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales para los Estados, o de la mantención de un perfecto balance contractual entre derechos y deberes. Los altos ideales que inspiraron la Convención proveen, por virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y medida de todas sus provisiones”¹.

La distinción entre obligaciones recíprocas tradicionales, y otras de carácter más amplio y general, había sido insinuada en algunos fallos de la extinta Corte Permanente de Justicia Internacional, a propósito de las obligaciones emanadas de los tratados de paz posteriores a la Primera Guerra Mundial, en particular los Tratados de Versalles y Saint-Germain-en-Laye. En ellos, la Corte señaló que las disposiciones de esos tratados habían sido adoptadas “no en el interés de cualquier Estado particular”, y que creaban obligaciones incluso para Estados que no habían concurrido a su firma².

Refinando esta distinción, el miembro de la Comisión de Derecho Internacional Gerald Fitzmaurice, en los reportes previos que llevaron a la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (1969), señaló que era posible la existencia de tratados multilaterales (a) de naturaleza

¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*. ICJ Reports 1951, p. 23.

² Citados por PAUWELYN, Joost. *The Nature of WTO Obligations*. New York, Jean Monnet Working Paper 1/02, 2002, p. 5.

recíproca y otros (b) de naturaleza integral, señalando como ejemplo prototípico de los primeros la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* (1961) y como ejemplo de los segundos la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1948).

En suma, señaló, los tratados de naturaleza *recíproca* pueden ser suspendidos y terminados por causa de un incumplimiento esencial. Además, tratados recíprocos posteriores que entren en conflicto con otros anteriores de la misma naturaleza, no serían nulos o inexistentes, sino que más bien se aplicarían reglas para determinar la prioridad de uno u otro (*lex posterior, lex specialis*, etc.). Los tratados de naturaleza *integral*, por el contrario, no pueden ser terminados o suspendidos por las partes como consecuencia de un incumplimiento, ya que la fuerza obligatoria del mismo “no depende de un cumplimiento correspondiente por las otras partes del tratado”³; asimismo, sería nulo e inexistente un tratado concluido con posterioridad entre las partes de ese tratado integral que entrara en conflicto con éste.

³ Citado por PAUWELYN, *op. cit.*, p. 6.

Si bien no siguió fielmente las distinciones del comisionado Fitzmaurice, la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (1969) sí recogió los efectos propuestos por aquél para los tratados integrales, aunque restringiendo estos efectos a ciertos tratados de una materia particular: la protección de los derechos humanos. En este sentido, introdujo formalmente al Derecho Internacional la distinción entre *ius dispositivum* y *ius cogens*⁴. Así, el Artículo 60.5 de la *Convención* señala que una violación grave de un tratado bilateral o multilateral da derecho a la o las otras partes a suspender o dar por terminado el tratado. Por su parte, los Artículos 53 y 64 señalan que todo tratado que se oponga, *ex ante* o *ex post*, a normas de *ius cogens* será nulo.

En el más reciente desarrollo de la codificación de la responsabilidad internacional de los Estados, James Crawford, uno de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional, ha hecho la distinción entre tratados (a) bilaterales o recíprocos y (b) multilaterales, distinguiendo a su vez en estos últimos (i) aquellos del tipo *erga omnes* –aquellos que crean obligaciones

⁴ El origen de la distinción en Derecho Internacional y la discusión doctrinaria frente a su incorporación a la que sería la Convención de Viena de 1969 en VARGAS, Edmundo. *Derecho Internacional Público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 176-8, y VERDROSS, Alfred, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 60, N° 1 (1966), pp. 55-63.

que se deben a la comunidad internacional como un todo- o (ii) del tipo *erga omnes partes* –aquellos que crean obligaciones que se deben a todas las partes de un régimen particular-.

Esta distinción fue elaborada a partir de uno de los casos más interesantes y doctrinariamente ricos de la Corte Internacional de Justicia, el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (1970) – precisamente luego de adoptada la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*-. En él la Corte señaló, en lo que atañe a este punto, que:

“33. ... una distinción esencial debe ser trazada entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen vis-à-vis otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza las primeras son de interés de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede sostenerse que todos los Estados tienen un interés legal en su protección; son obligaciones *erga omnes*.

34. Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de los actos de agresión prohibidos, y del genocidio, pero también de los principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección de la esclavitud y la discriminación racial...

35. Obligaciones cuyo cumplimiento es la materia de la protección diplomática no son de la misma categoría. No puede sostenerse, cuando una obligación tal en particular está en cuestión, en un caso específico, que todos los Estados tienen un interés legal en su observancia. En orden a presentar una reclamación con respecto al incumplimiento de una obligación de ese tipo, un Estado debe primero establecer su derecho a hacerlo...”⁵.

⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, ICJ Reports 1970, p. 32. Otros casos notables en el mismo sentido son: *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, ICJ Reports 1995, p. 102, y *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, ICJ Reports 2004, pp. 199-200 (aunque referido a las consecuencias del incumplimiento de una obligación *erga omnes*).

El *Borrador Final de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados* (2001) recoge esta última distinción en su Artículo 48.1 al señalar:

“1. Cualquier otro Estado distinto del Estado lesionado está habilitado para invocar la responsabilidad de otro Estado de acuerdo al párrafo 2 si:
(a) la obligación incumplida es debida a un grupo de Estados incluido ese Estado, y está establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o
(b) la obligación incumplida es debida a la comunidad internacional como un todo”.

Ahora bien, no sólo son multilaterales las obligaciones derivadas de un tratado multilateral, vale decir, aquel en que concurren a su formación una mayoría de Estados con un interés común. Tratados multilaterales como el *Acuerdo de la OMC* (ver Capítulo anterior) generan también obligaciones bilaterales; los *Comentarios* al Artículo 48 citado ratifican esta perspectiva:

“aunque un tratado multilateral característicamente establecerá un marco de reglas aplicable a todos los Estados parte, en ciertos casos su cumplimiento en una situación determinada involucra una relación de un carácter bilateral entre dos partes. Los tratados multilaterales de este tipo han sido frecuentemente referidos como dando nacimiento a ‘manojos’ de relaciones bilaterales”⁶.

PAUWELYN añade que las obligaciones *multilaterales* no coinciden siempre con obligaciones en las que no es necesario el consentimiento de los Estados para que resulten obligados —como ocurre con las normas *ius*

⁶ UNITED NATIONS. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*. New York, 2008, p. 118.

cogens-. Sólo ocurrirá ello, como se señaló *supra*, en el caso de las obligaciones *erga omnes*, mas no en las obligaciones *erga omnes partes*, en que los Estados han consentido integrarse a un régimen particular⁷.

Además, decir que una obligación es recíproca no significa que sólo afecta a los gobiernos en sus relaciones bilaterales, sino que también puede afectar a individuos e importantes operadores económicos⁸.

Este mismo autor propone un criterio general para analizar la naturaleza de las obligaciones contenidas en un régimen particular:

“Obligaciones *recíprocas* son aquellas en que la matriz legal puede ser limitada a una relación bilateral entre estados... Así, afectar o alterar una de estas relaciones bilaterales no afecta normalmente las otras relaciones bilaterales, siendo cada una de estas relaciones separable de la otra”⁹.

⁷ PAUWELYN, *op. cit.*, p. 12.

⁸ *Ibíd.*, pp. 12-3. PAUWELYN también añade que decir reciprocidad no significa necesariamente decir condicionalidad: la mayoría de las obligaciones recíprocas son “incondicionales, objetivas e independientes” del cumplimiento de la o las contrapartes. Esto, sin embargo, no es enteramente correcto, y distorsiona el entendimiento del sistema comercial. En su *nacimiento*, las obligaciones que administra la OMC son recíprocas, en el sentido de que son intercambios mutuos de acceso a mercados; en su *cumplimiento*, un Estado puede incumplir sus compromisos de no discriminación frente a un Miembro –generalmente un competidor directo-, mas no frente a todos –p. ej., otros productores pequeños-. Las reglas de la OMC establecen que sólo el Miembro afectado puede iniciar el procedimiento de solución de disputas –sin perjuicio del derecho de terceros Estados Miembros a participar en esa calidad en la disputa-, tras de lo cual es posible que el Miembro afectado sea autorizado a *retaliar*, es decir, a responder de forma recíproca al incumplimiento. Ello lleva a sostener que, al menos en el marco de la OMC, las obligaciones bilaterales son condicionales en el sentido en que descansan, en su origen y en su cumplimiento, en una contraprestación.

⁹ PAUWELYN, *op. cit.*, pp. 13-4 (énfasis añadido).

Las obligaciones multilaterales o integrales, sin embargo, tienen efectos opuestos:

“El efecto obligatorio de las obligaciones *integrales* [o *multilaterales*], por el otro lado, es colectivo en naturaleza. Las diferentes relaciones entre estados atados por una obligación integral no pueden ser separadas o desmontadas en componentes bilaterales. Así, afectar o alterar una norma integral necesariamente tendrá un impacto en todos los estados obligados por esa norma”¹⁰.

Para este mismo autor, existen 3 razones fundamentales que explican por qué las obligaciones que administra la OMC son *bilaterales*. Ellas son:

a) El comercio es un fenómeno bilateral: los bienes y servicios de un país A se exportan o transfieren a un país B. Las reglas de origen, encargadas de determinar en qué país *se produjo* un bien, ratifican esto¹¹. En este sentido, estas obligaciones no difieren mucho de las que emanan de la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, en que los derechos y obligaciones se refieren a un diplomático o plenipotenciario de un país A que entra a un país B.

El caso de los tratados de derechos humanos y de los tratados para la protección del ambiente es radicalmente distinto; en los primeros, hay valores colectivos que se intenta proteger, mientras que en el caso de

¹⁰ *Ibid.*, p. 14 (énfasis añadido).

¹¹ PAUWELYN, *op. cit.*, pp. 15-6.

los segundos, el interés colectivo se explica tanto porque la contaminación no conoce fronteras, como porque los efectos a largo plazo de las emisiones industriales a gran escala tarde o temprano afectarán en alguna medida a todos los países¹².

La discusión en este punto está ligada a la distinción entre regímenes objetivos y subjetivos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos así lo ha entendido al referirse al carácter de la *Convención Europea de Derechos Humanos* (1950):

“[S]e sigue que las obligaciones prometidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención son esencialmente de un carácter objetivo, siendo diseñadas más bien para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos individuales de la infracción por cualquiera de las Altas Partes Contratantes que para proteger derechos subjetivos y recíprocos para las mismas Altas Partes Contratantes”¹³.

b) En segundo lugar, la liberalización del comercio no es un fin, sino un medio para el incremento del bienestar global, a diferencia de los tratados de derechos humanos y ambientales, en que se protegen valores

¹² Esta caracterización no excluye que se generen relaciones obligatorias bilaterales, particularmente en los casos de daño o contaminación entre países limítrofes, o en general en los casos de responsabilidad internacional.

¹³ Citado por PAUWELYN, *op. cit.*, p. 18. Sobre el consentimiento y los regímenes objetivos en el Derecho Internacional actual, ver ORREGO, Francisco, “Creación del Derecho en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento?”, en *Estudios Internacionales*, Vol. 37, N° 146 (2004), pp. 81-103, y KRISCH, Nico. “The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 108 (2014), pp. 1-40.

en sí mismos. Ello está expresamente indicado en el Preámbulo del *Acuerdo de la OMC*:

“Las *Partes* en el presente Acuerdo, *Reconociendo* que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible...”.

c) Por último, y como ha subrayado el Órgano de Apelación, “las negociaciones arancelarias son un proceso de demandas y concesiones recíprocas, de ‘dar y recibir’”¹⁴. Las concesiones de políticas comerciales, especialmente de acceso a mercados, son negociadas entre un Estado A y otro B en sus relaciones bilaterales, y luego multilateralizadas a todos los otros miembros de la OMC. También la renegociación de las concesiones confirma este enfoque esencialmente bilateral; así se extrae de lo prescrito por los Artículos XXVIII GATT y XXI GATS.

¹⁴ *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R (5 de junio de 1998), parágrafo 109. El *Acuerdo de Marrakesh* confirma ello: “Las *Partes* de este Acuerdo... *Deseosas* de contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, *sobre la base de la reciprocidad y las ventajas mutuas*, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio” (énfasis añadido).

La razón fundamental, no obstante, viene dada por la forma en que son ejecutadas las normas de la OMC. Esta forma es *exclusivamente* bilateral, como viene regulado por los Artículos 3.3, 3.8 y 22 del DSU; estos artículos señalan:

Artículo 3.3	Es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un <i>equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros</i> la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan <i>menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro</i> (énfasis añadido).
Artículo 3.8	En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso <i>corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación</i> refutar la acusación (énfasis añadido).
Artículo 22.2	(…). Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte <i>que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias</i> podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación <i>al Miembro afectado</i> de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados.
Artículo 22.3	3. Al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender, la parte reclamante aplicará los siguientes principios y procedimientos: a) el principio general es que la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones relativas <i>al mismo sector (los mismos sectores)</i> en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo; b) si la parte considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores), podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo; c) si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender

	concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado...
Artículo 22.4	4. El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD <i>será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo</i> (énfasis añadido).

CUADRO 5. Provisiones relevantes del *DSU*.

La forma de la ejecución guarda estrecha relación con la noción de balance en las concesiones mutuas: en caso de incumplimiento, si el Panel o el Órgano de Apelación así lo determinan, la parte reclamante puede suspender sus concesiones *a la parte reclamada*, y primariamente *en el área donde se ha producido el incumplimiento* –en lo posible, las mismas obligaciones en el mismo lugar¹⁵.

Por último, PAUWELYN añade que bajo el régimen del incumplimiento en la OMC, “el hecho de que otros Miembros de la OMC tengan exactamente la misma medida vigente como la que fue encontrada en incumplimiento, no da a otros Miembros de la OMC derecho alguno a suspender concesiones. Una nueva reclamación estado-a-estado debe tener

¹⁵ El Órgano de Apelación ha señalado además que aspectos como la confidencialidad contenida en el *DSU* son *relacionales*, es decir, contienen derechos y obligaciones disponibles por las mismas partes en la disputa. *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute: Report of the Appellate Body* (16 de octubre de 2008), WT/DS320/AB/R, Annex IV, párrafo 6.

lugar contra estas medidas equivalentes para que su ilegalidad sea establecida conclusivamente”¹⁶.

Como corolario de lo anterior, el fenómeno de las desviaciones de las obligaciones derivadas de los acuerdos administrados por la OMC, o *waivers*, es teóricamente posible por la misma naturaleza recíproca de esas obligaciones. Así, el hecho de que dos Miembros acuerden ciertas ventajas comerciales *inter se*, se otorguen preferencias o se desvíen de normas contenidas en acuerdos multilaterales específicos, es previsto y está dentro de la lógica del sistema comercial¹⁷.

Este autor señala, por último, tres características que pueden llevar a la conclusión de que las obligaciones que administra la OMC son *integrales*, no bilaterales:

¹⁶ PAUWELYN, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷ “El hecho de que algunos miembros de la OMC acuerden desviarse de obligaciones OMC en sus relaciones *inter se* solamente... debe, en principio, ser aceptada, dada la naturaleza recíproca de las obligaciones OMC. Siempre que los derechos de otros miembros de la OMC no sean afectados, estos otros miembros de la OMC, que no son parte de la desviación *inter se*, no pueden reclamar por estos cambios *inter se* puramente contractuales”, *ibíd.*, p. 30. Ejemplos de *waivers* que permiten esta situación son el Artículo XXIV GATT y la *Cláusula de Habilidad*. En el Capítulo Cuarto se verá qué precisión ha hecho el Órgano de Apelación respecto a la relación entre los acuerdos preferenciales y las reglas multilaterales.

i) La liberalización es beneficiosa para todos los Miembros. Sin embargo, los países se integran a la OMC a la espera de un beneficio individual –económico o no¹⁸-, no por un interés común superior.

ii) La cláusula NMF multilateraliza las concesiones comerciales. Pero, como señala PAUWELYN:

“[La cláusula] NMF desde luego hace a las concesiones bilaterales colectivas en el sentido de que deben ir a todos los otros miembros de la OMC. Pero en substancia, esta ‘colectivización’ no es más que una duplicación, por el número de estados miembros de la OMC, de la concesión bilateral original. Esta concesión es entonces otorgada de estado a estado a todos los otros miembros de la OMC”¹⁹.

iii) El incumplimiento de una obligación posiblemente afecte a varios miembros de la OMC. El que la profunda interdependencia económica actual implique que el incumplimiento de una obligación por un Miembro afecte a varios o potencialmente a todos los Estados, no significa que exista algún interés colectivo diferenciado de la suma de los intereses singulares, que fundamente una acción popular o un sistema de reclamación colectiva.

¹⁸ Como se señaló en el Capítulo anterior, los beneficios económicos directos de la integración a la OMC son innegables, pero los países también se han integrado por razones de prestigio y legitimación -individual- ante la comunidad internacional.

¹⁹ PAUWELYN, *op. cit.*, p. 22.

Si bien es cierto que durante sus primeros años de funcionamiento el Órgano de Apelación aceptó la participación como parte en una disputa a un Miembro que no estaba *directamente* afectado por un incumplimiento²⁰, esta doctrina ha sido fuertemente criticada. Cabe señalar, en cualquier caso, que el Órgano de Apelación aceptó la participación de un Miembro no directamente afectado por el incumplimiento, no por el mero interés genérico en que las reglas de la OMC sean cumplidas, sino por el potencial interés exportador de ese Miembro y porque su mercado interno del producto –bananas- podría verse afectado²¹.

²⁰ *European Communities – Regimen for the Importation, Sale and Distribution of Bananas: Complaint by the United States. Report of the Panel* (22 de mayo de 1997), WT/DS27/R/USA. El Órgano de Apelación acogió una de las argumentaciones del Panel en el sentido de permitir la participación en la disputa de Estados Unidos, que no estaba directamente afectado por el incumplimiento de las Comunidades Europeas. El Panel señaló que: “En general, sería difícil concluir que un Miembro no tiene ninguna posibilidad de competir con respecto a un producto o servicio. Los Estados Unidos producen bananas en Puerto Rico y Hawaii. Más aún, incluso si los Estados Unidos no tuvieran siquiera un potencial interés exportador, su mercado interno para las bananas podría ser afectado por el régimen de las Comunidades Europeas y el efecto de ese régimen en los suministros mundiales y los precios. En efecto, con la creciente interdependencia de la economía global, lo que significa que las acciones tomadas en un país probablemente tendrán efectos significativos en el comercio y los flujos de inversión extranjera directa en otros, los Miembros tienen un mayor interés en la ejecución de las reglas de la OMC que en el pasado, toda vez que cualquier desviación del balance negociado de derechos y obligaciones es más probable que nunca que los afecte, directa o indirectamente... Así, desde nuestra perspectiva el potencial interés de un Miembro en comerciar bienes o servicios y su interés en la determinación de derechos y obligaciones bajo el Acuerdo de la OMC son cada uno suficientes para establecer un derecho a demandar un procedimiento de resolución de disputas”, *ibíd.*, parágrafo 7.50.

²¹ *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas: Report of the Appellate Body* (9 de septiembre de 1997), WT/DS27/AB/R, párrafos 136 y ss., notando además que ello *no* significaba “que uno o más de los factores que hemos considerado en este caso sean necesariamente dispositivos en otro caso”, *in loc. cit.* Ese Miembro era Estados Unidos, y se

En general, el principio básico sigue siendo que para que un Miembro pueda reclamar de una medida impuesta por otro Miembro, ella debe afectar el comercio del primero. Para PAUWELYN, ello ocurrirá alternativa o copulativamente cuando: (i) los flujos comerciales, actuales o potenciales, sean restringidos con esa medida, y/o (ii) el Miembro se vea de otra manera perjudicado económicamente.

Se ha señalado que una de las razones para no otorgar una especie de acción popular, basada en el mero interés genérico de ver las reglas obedecidas, es el riesgo que unos pocos Estados poderosos se transformen en persecutores públicos, desviándose de la naturaleza intrínsecamente recíproca del GATT, en que lo que importa es la mantención de un balance de las concesiones de los Miembros entre sí.

* * *

La matriz recíproca que está en la base del sistema jurídico comercial de la OMC, da como resultado principal la creación de obligaciones bilaterales, las que desde luego sólo pueden ser, ante un incumplimiento, reclamadas por la parte vinculada con un interés comercial menoscabado.

entienden estas consideraciones por el tamaño de su mercado y su participación mayoritaria en el comercio mundial.

La reciprocidad, como se verá *infra*, es el motor de los intercambios de política comercial entre los gobiernos. Sin embargo, hay problemas intrínsecos al funcionamiento del sistema multilateral ante los cuales el mecanismo de la reciprocidad se ha mostrado ineficiente o impropio. Tal es el problema de la pobreza²², concentrada en los territorios de muchos *actores* del sistema comercial –gobiernos– para los cuales, no obstante, la reciprocidad resulta impracticable.

El Derecho Internacional ha elaborado otros conceptos para explicar tales fenómenos de cooperación, que no siempre son resueltos por el consentimiento estatal; en palabras de KRISCH:

“El Derecho Internacional nunca ha estado basado en el consentimiento en una forma pura. Ha estado largamente influenciado por ideas de derecho natural; ha incorporado el razonamiento moral, más prominentemente en el derecho internacional humanitario y posiblemente en la doctrina del *ius cogens*; y algunos de sus pilares tradicionales, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, no pueden ser plenamente explicados sobre la base del consentimiento estatal”²³.

Esta estructura diversa a la bilateralidad se fundamenta en intereses colectivos con miras a la solución de problemas globales para cuyo efecto la estructura consensualista del Derecho Internacional adolece de ciertos defectos²⁴. La tendencia hacia esa estructura diversa no es nueva; ya hacia

²² La reducción de la pobreza, en particular la extrema, es un problema global que requiere acción colectiva. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NU. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (25 de septiembre de 2015), A/RES/70/1, párrafo 2.

²³ KRISCH, *op. cit.*, pp. 2-3.

²⁴ Como bien señala el mismo autor, la tendencia hacia el *no-consensualismo* puede tener varias formas: dentro del Derecho Internacional mismo, instituciones que no requieran unanimidad para

comienzos de la década de 1950 es posible ver estas tensiones en la Corte Internacional de Justicia, no sólo en el caso sobre las *Reservas a la Convención sobre el Genocidio*, sino también en el caso del *Estatus Internacional del Sudoeste Africano* (1950); en él, en Opinión Disidente, el juez ÁLVAREZ señaló:

“Los propósitos del nuevo derecho internacional, basado en la interdependencia social, difieren de aquellos del derecho internacional clásico: ellos están para armonizar los derechos de los Estados, para promover la cooperación entre ellos y para dar amplio espacio a los intereses comunes; su propósito es también favorecer el progreso cultural y social. En breve, su propósito es realizar lo que podría llamarse *justicia social internacional*.

Para lograr estos propósitos este derecho debe poner énfasis en la noción de *obligación* de los Estados, no sólo entre ellos, sino también hacia la comunidad internacional. Debe limitar la soberanía internacional absoluta de los Estados de acuerdo a los nuevos requerimientos de la vida de las personas, y debe ceder a las cambiantes necesidades de esa vida”²⁵.

Más adelante se expondrá de qué forma podría argumentarse un espacio a un interés colectivo en una matriz de naturaleza eminentemente *contractual* como es la OMC; de qué forma los costos de ajuste son un problema intrínseco al funcionamiento del Sistema Comercial, y cómo puede ello conjugarse con razones *distributivas*, añadiendo el argumento económico de los *bienes públicos globales*.

la creación y ejecución de reglas, y fuera de él, políticas unilaterales –especialmente de Estados influyentes- y la informalidad, *ibíd.*, p. 8.

²⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *International Status of South-West Africa, Advisory Opinion: Dissenting Opinion of Mr. Álvarez*. ICJ Reports 1950, p. 176 (énfasis original).

II. La ventaja comparativa

Como señala HELPMAN, las teorías y paradigmas del comercio internacional nacieron “en el contexto de un tiempo... En cada caso las causas subyacentes del comercio estaban diseñadas para enfrentar problemas específicos”²⁶. Es necesario estar conscientes de las limitaciones intrínsecas de modelos y teorías, y de su falta de valor absoluto.

Sin duda la idea económica de ventaja comparativa es la que más influencia ha tenido en el campo de las ideas en las relaciones económicas internacionales. Su sencillez y su capacidad explicativa de los flujos comerciales y los patrones de especialización de la producción en los diversos países del planeta han hecho que hasta hoy continúe siendo la mejor idea al respecto; de allí el valor de examinar más de cerca en qué consiste y cuáles son sus implicancias.

²⁶ HELPMAN, Elhanan. *El Comercio Internacional*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 27.

Para HELPMAN hay dos vertientes teóricas para explicar la ventaja comparativa: (a) la vertiente tecnológica²⁷ y (b) la vertiente de los factores de producción.

a. Tecnología

La vertiente tecnológica fue desarrollada por David Ricardo en el primer cuarto del s. XIX. Una de sus premisas es la diferencia entre los precios de los diversos factores de producción –v. gr., los bienes y servicios necesarios para producir una mercancía- entre países. Ello se explica porque las personas y el capital²⁸ no pueden moverse con rapidez de un país a otro, cómo sí ocurre en cambio entre las regiones de un mismo país. Dicho de otra manera, ciertas condiciones que afectan la movilidad de los factores de producción –piénsese, p. ej., en vínculos legales y sociales- disminuyen su influencia dentro de un mismo país, lo que hace que las actividades tiendan a organizarse más fácilmente respondiendo a los precios. Suponiendo, p. ej., que la tasa de renta de un capital fuese notoriamente más alta en el Norte de

²⁷ HELPMAN la llama de esta manera porque Ricardo asume que la productividad de los trabajadores no está dada por su nacionalidad, sino que las diferencias están más bien dadas por diferencias en la tecnología disponible.

²⁸ Ricardo utiliza sólo estos dos factores para ejemplificar su teoría. Ello se explica por la estructura económica de Inglaterra en tal época. Con una estructura agraria básica y una revolución industrial en marcha, es dable pensar que Ricardo incluyera dentro de su noción de *capital* tanto el físico –suelo, edificios, maquinarias- como el financiero.

Chile, y que los salarios fuesen igualmente más altos que en el resto del país, ambos factores se movilizarían con relativa rapidez hacia ese lugar. Ello no podría ocurrir si se tratara de países distintos, limítrofes o no. Esta premisa sirve como base para su noción de ventaja comparativa.

Ahora bien, los precios relativos de un producto o mercancía dentro de un país están determinados por muchos factores, pero para la explicación de Ricardo, bastan dos productos y dos factores de producción.

Suponiendo que un producto A (telas) requiere para su producción el trabajo de 100 hombres en un país determinado, mientras que en el mismo país la producción de un producto B (vinos) requiere de 120, este país tenderá a producir telas, exportarlas, y a importar vinos.

En el caso de un país diverso, puede ocurrir que producir el mismo producto B (vinos) requiera del trabajo de 80 hombres, mientras que producir el producto A (telas) le requiera el trabajo de 90. Este país tenderá a concentrar su producción en el producto B, y tenderá a importar el otro producto. Esto, pese a que puede producir este mismo producto A con menos trabajo que el primer país, por la sencilla razón de que su factor de producción –trabajo- le es más eficiente produciendo vino. Así, obtendrá

más telas a cambio de los vinos que produce que si desviara parte de su factor de producción a elaborar telas. Es decir, pese a que este segundo país tiene la ventaja *absoluta* en la producción de las dos mercancías, los factores de producción –en este caso el trabajo- no pueden trasladarse con facilidad para realizar esta eficiencia. Dado ello, cada país tenderá a producir la mercancía en que puede más eficientemente ocupar sus factores de producción; en el caso, la tasa de trabajo del primer país en la producción de telas es de $100/120 (=0,8)$, mientras que en el segundo es de $90/80 (=1,1)$. Lo mismo ocurre, a la inversa, en el producto B: el segundo país requiere una tasa de trabajo de 0,8, mientras que el primero requiere una de 1,2²⁹.

Así, y de manera general, los patrones de especialización y el comercio entre dos o más países no están determinados por las ventajas absolutas, sino por las ventajas *comparativas*³⁰.

Al decir de HELPMAN:

“el comercio exterior conduce a la especialización; cada país se especializa en un subconjunto de productos y depende de otros países para la oferta de

²⁹ Lo que está en el fondo del análisis es la comparación entre las razones o proporciones de los costos; por ello, VINER encuentra más acertada la denominación de “doctrina de los costos comparativos”. VINER, Jacob. *Studies in the Theory of International Trade*. London, George Allen & Unwin Ltd., 1960, pp. 437 y ss.

³⁰ HELPMAN, *op. cit.*, pp. 36-8.

los bienes y servicios que no produce... El comercio llevará a la especialización y a la interdependencia. La interdependencia mutua implica que los eventos de un país afectarán a sus socios comerciales”³¹.

Es de notar que, naturalmente, los cambios en las ventajas comparativas, p. ej., en los salarios, conllevará un cambio paulatino en la especialización. Por ejemplo, en el caso propuesto, si el país que tiene la ventaja comparativa en la producción de telas tuviera un eventual aumento de su fuerza de trabajo –p. ej., por una fuerte inmigración-, es posible que los salarios relativos bajen en ese país de tal forma que lleguen a ser menores que los del segundo país. De ello, se seguiría que en el primer país costaría lo mismo contratar 100 trabajadores que en el segundo sólo 80. De tal manera –y sólo considerando este factor de producción-, será más barato producir ambos productos en el primer país, y eventualmente ello podría producir el traslado paulatino de la producción hacia ese país.

El aumento *relativo* de los salarios en el segundo país producto de lo anterior, hará aumentar el precio de sus exportables, lo que le implicaría una mejora en sus *términos de intercambio* con el primer país: por cada unidad de productos exportables podrá pagar más productos importables³².

³¹ *Ibid.*, pp. 46-7.

³² HELPMAN, *op. cit.*, p. 49.

b. Factores de producción

La teoría de Ricardo, basada en el valor del trabajo como determinante principal de la especialización, tenía serias limitaciones, las que se hicieron evidentes con el paso de las décadas y los cambios tecnológicos. Frente a ello, dos economistas suecos, Eli Heckscher y Bertil Ohlin, en el primer cuarto del s. XX, reelaboraron las nociones de Ricardo, ajustándolas a la teoría de los precios y considerando explícitamente a la mano de obra junto con otros factores, como el capital y la tierra.

Bajo este enfoque, las proporciones de estos factores, o la dotación que de ellos tiene un país, juegan un papel central, y serán estas diferencias en la disponibilidad relativa de los factores las que explicarán mejor los patrones de especialización e intercambio³³.

Para el así llamado “modelo Heckscher-Ohlin”³⁴, el precio de los bienes no varía entre países por los diferentes requerimientos de mano de obra –*v. gr.*, un país exportará o se especializará en el producto para el que

³³ *Ibíd.*, p. 55. Dicho de otra forma, las diferencias en los precios que hacen posible el intercambio exterior, se explican por la abundancia de factores específicos en los distintos países.

³⁴ Otros añaden, dadas sus contribuciones posteriores al modelo, a Paul Samuelson (Heckscher-Ohlin-Samuelson); así, SHEPPARD, Eric. “Trade, globalization and uneven development: Entanglements of geographical political economy”, en *Progress in Human Geography*, Vol. 36 (1) (2012), pp. 44-71.

tenga menores requerimientos de mano de obra-, debido a que suponen que los precios de los factores son iguales para todos los productos, por lo que ningún país puede tener ventajas a este respecto.

En cambio, señalan, lo que determina el intercambio son dos causas copulativas: (i) una diferencia en la escasez relativa de los factores de producción, y (ii) que las proporciones en que se combinan los factores de producción no sean iguales en un producto y otro.

Contrario sensu, si no hubiera diferencias en la escasez relativa de los factores, no habría necesidad de intercambio, y si no fueran distintas las proporciones de los factores necesarios para producir una mercancía, el precio de esa mercancía relativo al de otra será el mismo en todos los países, por lo que no habría ventaja ninguna³⁵.

Para HELPMAN, “[e]ste análisis muestra que el país con el costo de capital relativamente más bajo se especializa en productos que emplean intensivamente el capital, y el país con el costo de mano de obra relativamente más bajo se especializa en productos que emplean más intensivamente la mano de obra (o productos que usan menos

³⁵ HELPMAN, *op. cit.*, p. 58.

intensivamente el capital)”³⁶. O, en palabras de Ohlin –y es lo que se conoce como el teorema Heckscher-Ohlin-:

“En síntesis, las mercancías que incorporan grandes cantidades de factores particularmente escasos son importadas, y las mercancías que incorporan intensivamente factores relativamente abundantes se exportan”³⁷.

Si bien este teorema ha sido profundizado e intentada su comprobación durante todo el resto del s. XX y parte de este siglo, HELPMAN señala que, salvo ciertos detalles salvados por algunas investigaciones³⁸, la teoría “ayuda a explicar los datos razonablemente bien”³⁹.

Dentro de esas investigaciones es de interés para este trabajo la de Leamer, que relaciona las dotaciones de factores con la exportación de diversos productos. Así, señala que la dotación de capital tiene un efecto positivo sobre las exportaciones de manufacturas, maquinarias y químicos, y tiene un impacto negativo en la exportación de materias primas –petróleo,

³⁶ *Ibid.*, p. 61.

³⁷ Citado por HELPMAN, *op. cit.*, p. 62.

³⁸ En particular, durante el s. XX diversas investigaciones llamaron la atención sobre las diferencias tecnológicas, ciertas diferencias en la productividad –entre países desarrollados y entre éstos y los en desarrollo-, el efecto de los precios de los factores sobre los coeficientes insumo-producto, los insumos intermedios y los bienes que no son objeto de comercio exterior, sino que de consumo interno. Véase *ibid.*, pp. 63 y ss.

³⁹ HELPMAN, *op. cit.*, p. 85.

minerales y agrícolas-. Los países con mayores dotaciones de petróleo exportan menos manufacturas y más materias primas y productos agrícolas, al igual que los países con grandes existencias de minerales⁴⁰.

Esta teoría del comercio internacional debió adaptarse, sin embargo, a los diversos cambios ocurridos en el seno de la producción y los intercambios internacionales a partir de la década de 1970; ello lo hizo a través de dos pasos: (a) la introducción del concepto de *economías de escala* y (b) el análisis de los beneficios de la *competencia monopólica*.

El análisis de las (a) *economías de escala* nació a partir de la observación de que en la gran mayoría de las economías desarrolladas la mayor parte del comercio ocurría dentro de una misma industria, en vez de ser entre sectores. Así, p.ej., territorios con patrones de desarrollo similar, como Estados Unidos y Europa occidental, intercambiaban maquinaria eléctrica y productos similares, que la teoría clásica estimaba como idénticos y por tanto sustituibles; si los países tendían a exportar e importar a la vez el mismo producto –en el caso reseñado *supra*, vino o telas-, ¿qué respuesta daba la teoría? Además, ese comercio entre países y entre sectores

⁴⁰ Citado por HELPMAN, *ibíd.*, pp. 66-7.

muy similares era muy superior al comercio intersectorial⁴¹ y entre países distintos –v. gr., entre países productores primarios y países exportadores de capital-. Ello llevó a concluir que existían *otras* causas que explicaban los flujos comerciales distintos a lo que predecía la teoría clásica.

Un proceso de producción puede tener rendimientos constantes cuando al agregar una unidad de los factores de producción, aumenta en una unidad el producto. Si aumenta en menos de una unidad, tendrá rendimientos decrecientes, mientras que si el producto aumenta en más de una unidad –más que proporcionalmente-, hay un rendimiento o economía de escala. Ya Ohlin había señalado que este mecanismo es una fuente independiente de especialización y de ventaja comparativa, y por tanto podía afectar la estructura del comercio exterior⁴². Al decir de HELPMAN, “los países que pueden establecer actividades de gran escala en los sectores

⁴¹ “Al igual que en el mundo que imaginan Heckscher y Ohlin, en el que las diferencias en la composición de los factores en los países propició el comercio exterior, esperamos que los volúmenes de comercio sean mayores en[tre] todos los países que tengan grandes diferencias en la composición de sus factores y pequeños en[tre] los países que tengan pequeñas diferencias en su composición de los factores. Sin embargo, los datos no respaldan esta idea. Como ya se ejemplificó, los mayores flujos comerciales se presentan entre los países industriales, que tienen composiciones de factores similares, y es poco el comercio que se da entre los países industriales y los menos desarrollados, cuya composición de factores es muy diferente. Esto no quiere decir que las diferencias en la composición de los factores no influyan en los flujos comerciales –sí influyen-, sino más bien que para entender el comercio es necesario entender determinantes adicionales de los flujos comerciales”, HELPMAN, *op. cit.*, pp. 145-6.

⁴² *Ibid.*, p. 129.

con rendimientos crecientes obtienen ventajas de costo en estas industrias y exportan sus productos”⁴³.

Otra fuente potencial de ventaja comparativa emana de la (b) *competencia monopólica*. Un vacío adicional de la teoría clásica es que no considera las diferencias existentes entre una misma mercancía producida en distintos países, lo que es uno de los caracteres fundamentales del comercio actual (especialización intraindustrial). Por ejemplo, dos países pueden producir vino, pero uno puede ser añejo y el otro blanco, o bien un país puede producir celulares, pero otro los produce con una marca determinada que ha logrado posicionarse en el mercado, lo que le da una ventaja relativa. Las empresas pueden obtener cierto poder de mercado si comercian algún producto específico que los diferencia del resto –protegido por alguna patente- o bien una marca que han logrado posicionarse en el mercado –igualmente protegida legalmente-.

⁴³ HELPMAN, *op. cit.*, p. 137.

Como sugiere HELPMAN, “el comercio lleva a la diferenciación de productos competitivos en todo el mundo y no sólo dentro de los países”⁴⁴. Ahora bien, este desarrollo no considera la creciente integración de la producción global, que es posible que gradualmente lleve a la disminución de las marcas al participar más países en la producción al alero de una sola. Las consecuencias de este desarrollo –llamado Cadenas Globales de Valor– se señalarán en el Capítulo Cuarto.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 144. Una razón adicional para el comportamiento de los flujos comerciales en las últimas décadas se ha encontrado en el efecto del mercado interno: “[c]omo los países ricos tienen relativamente más personas ricas, y éstas tienden a consumir más productos de alta calidad que las personas pobres, el efecto del mercado interior induce a los países ricos a exportar productos de mayor calidad. Esto es, el efecto del mercado interior proporciona una explicación de las razones por las que los países ricos pueden tener una ventaja comparativa en los productos de alta calidad incluso cuando no tienen ninguna ventaja tecnológica en la manufactura de estos bienes”, *ibíd.*, p. 155.

III. Costos de ajuste y distribución

a. Autarquía y comercio

Para ejemplificar los beneficios de una situación de intercambio exterior, supóngase una situación inicial de autarquía. En el ejemplo ya elaborado, el primer país produce un producto A (telas) y otro producto B (vinos). Supóngase que en este país 100 hombres son necesarios para producir 100 cantidades de tela en un año, mientras que son necesarios 120 para producir 120 cantidades de vino en el mismo tiempo. En estas condiciones, este país puede convertir una unidad de tela en una unidad de vino trasladando un trabajador –el factor de producción aquí considerado– durante un año de la producción de tela hacia la producción de vino. Considerando sólo este factor, el precio del vino y del paño son iguales en el primer país.

El segundo país, que resultaba más eficiente en la utilización de su mano de obra, sólo requiere 90 hombres para producir 100 cantidades de tela, y 80 para producir 120 cantidades de vino. En este país, como se vio, la producción de vino es más eficiente, por ende el precio del vino – considerando el valor de su producción– tenderá a ser más bajo que el

precio de la tela. Ello porque un trabajador puede producir 1,1 cantidades de paño en un año (100/90) y 1,5 de vino en el mismo tiempo (120/80). Ello significará que el precio de la tela es mayor en este segundo país en al menos un 37,5%, que es la razón de la diferencia entre 1,5 y 1,1.

Ahora bien, en una situación de intercambio comercial, el primer país *puede* especializarse en la producción de tela, y comprar al segundo país todo su consumo de vino. Dado que la tela en el segundo país es al menos un 37,5% más cara que el vino, el primer país obtendrá en el intercambio 1,375 veces más vino del que producían sus trabajadores por cada unidad de tela que intercambia. En esta situación, los habitantes del primer país disfrutaban de la misma cantidad de tela antes del comercio, mientras que adquieren más vino para su consumo.

En la misma situación, el segundo país podrá especializarse en la producción de vino, ya que desviando sus factores de producción hacia la industria de vino obtendrá, al comerciar con el primer país, más tela por

unidad de vino que intercambie, que la que producían sus trabajadores en situación de autarquía⁴⁵.

Así, en ambos países la situación de comercio resulta más beneficiosa, al ampliar la canasta de consumo de sus habitantes. Al decir de HELPMAN:

“Más generalmente el comercio exterior le permite a un país transformar un conjunto de bienes en otro conjunto, en forma análoga a un proceso de producción... Por esta razón, puede pensarse en el comercio internacional como la expansión de las posibilidades de producción, en que los precios internacionales determinan las tasas en que varios bienes pueden ser transformados en otros bienes”⁴⁶.

El primer país puede trasladar sus factores de producción hacia la industria de telas, en que es más eficiente relativamente al segundo país, mientras que a este último le es más eficiente trasladar sus factores de producción hacia la industria del vino. Con los precios obtenidos, es posible que obtengan más bienes que no producen que los que producían en autarquía.

⁴⁵ La situación de autarquía es a primera vista meramente teórica; sin embargo, HELPMAN cita dos casos que se acercaron mucho a este extremo: uno es el embargo sobre el comercio exterior que impuso Estados Unidos en 1807, y otro la situación forzada de autarquía impuesta en el Japón previo a 1868. Ver HELPMAN, *op. cit.*, pp. 95 y ss. No obstante estos dos casos extremos, el argumento se sigue aplicando en la actualidad para sectores altamente protegidos y otros fuera del régimen de libre comercio.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 93-4.

En la dinámica del intercambio internacional, “los beneficios provenientes del comercio... emanan de la capacidad de las economías abiertas para exportar a precios más altos e importar a precios más bajos que en una autarquía”. Así, es esperable “que los países compren productos cuya producción es cara en una autarquía en comparación con sus precios con el comercio exterior, y que exporten productos cuya producción es barata en autarquía en comparación con sus precios en el comercio exterior”⁴⁷. Ello también explica que los países tiendan en el tiempo a importar productos cuyos precios tienden a disminuir y exportar productos cuyos precios tienden a aumentar⁴⁸.

b. Costos de ajuste

No obstante, la dinámica del comercio genera ganadores y perdedores. En primer lugar, los genera al interior de un país, entre las industrias. En segundo lugar, los genera en las diversas industrias de distintos países.

⁴⁷ HELPMAN, *op. cit.*, pp. 99-100.

⁴⁸ Como acota SYKES: “Cualquier diferencia en las tasas de precios en la autarquía a través de naciones para dos bienes y países cualesquiera implica una oportunidad comercial redituable, con un flujo comercial potencial en la dirección predicha arriba”. SYKES, Alan, “Comparative Advantage and the Normative Economics of International Trade Policy”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 1 (1998), p. 53.

Como indica HELPMAN, “[l]a conclusión de que todos se benefician por el comercio exterior sin ninguna intervención gubernamental se fundamenta esencialmente en el supuesto de que todos los individuos son iguales. Como se verá, cuando los individuos difieren entre sí, el comercio internacional puede ser perjudicial para algunos”⁴⁹. O como lo plantea SYKES:

“Si el comercio mejora las oportunidades de consumo de cada país en relación a la autarquía, se sigue que el comercio hace que *cada* individuo esté mejor que en la autarquía? La respuesta, en general, es no”⁵⁰.

En particular, el modelo neoclásico de la ventaja comparativa ha seguido asumiendo que los individuos son iguales, es decir, que son perfectamente sustituibles entre industrias y que tienen las mismas preferencias de consumo. Dado que el mundo es más complejo, se generan conflictos en la dinámica supuesta por la ventaja comparativa, vale decir, en la especialización a que tienden los países a producir los bienes en que son más eficientes. Ese proceso tiende a crear beneficios –para quienes resultan beneficiados por la ventaja comparativa- y perjuicios –para quienes se transforman en competencia de importaciones más eficientes-. Por esta

⁴⁹ HELPMAN, *op. cit.*, p. 94.

⁵⁰ SYKES, *op. cit.*, p. 61 (énfasis añadido).

razón, los beneficios del comercio, que en teoría benefician a todos los habitantes, en realidad benefician primariamente a un sector, creando un conflicto por la distribución de esos beneficios y, en paralelo, costos de ajuste económicos para los perdedores.

Para ejemplificar ello, supóngase que los trabajadores de telas son especialistas en ese producto, y lo mismo para el vino. La tasa de salarios – que considerando sólo este factor de producción, determina el precio- está dada por el valor de la producción de telas/vino por trabajador.

En el primer país, en el ejemplo ya citado, supóngase que por razones tecnológicas la productividad en la industria de la tela aumenta, encareciendo relativamente al vino en un 50%. En el segundo país, como ya se vio, la tela es un 37,5% más cara que el vino. Al comerciar ambos países, ambos países tenderán a importar la mercancía cuya producción es más onerosa; con ello, los especialistas en la producción de ese producto perderán.

De acuerdo a HELPMAN, “[l]a apertura al comercio internacional aumenta el precio relativo de los bienes de exportación y reduce los precios relativos de los productos que compiten con las importaciones. Estos

cambios en los precios se traducen en cambios en las recompensas de los factores que benefician a los insumos del sector exportaciones y perjudican a los insumos del sector de importaciones”⁵¹.

Ello se produce por lo siguiente: al iniciarse la dinámica del comercio entre los dos países, el precio de la tela tiende a aumentar, y lo mismo el precio del vino. Por ello, en el primer país, mientras los especialistas en tela pueden comprar más cantidad de bienes que en la autarquía –suponiendo que el aumento del precio aumenta directamente la retribución al factor de producción-, por otro lado, los especialistas en la producción de vino ven limitado su consumo al aumentar el precio de la tela, en comparación con el régimen de autarquía –el aumento del precio de la tela implica que pueden comprar menos tela, al no llegar a ellos la retribución por el mayor precio-.

Lo mismo ocurre en el segundo país: al aumentar el precio del vino en dirección a los precios del primer país, los productores de tela verán limitado su consumo de vino, al no recibir la retribución del precio que sí recibirán los especialistas en vino de este segundo país.

⁵¹ HELPMAN, *op. cit.*, p. 105.

Lo anterior lleva a la conclusión más general de que los insumos específicos que están asociados al sector exportador se benefician, mientras que los que están asociados al sector que se vuelve competencia de las importaciones pierde⁵².

Ahora bien, el mecanismo de transmisión del movimiento de los precios relativos hacia las recompensas de los factores de producción (p. ej., salarios) puede generalizarse hacia una economía con muchos productos y muchos factores, en que ante un aumento en el precio de un producto –el exportable– “crece proporcionalmente más la recompensa de por lo menos un factor y reduce por lo menos la recompensa de un factor”⁵³.

Ante ello, es decir, la evidencia de que las mejores oportunidades de consumo para un país que exporta no benefician por igual a todos sus

⁵² *Ibid.*, pp. 106-7.

⁵³ HELPMAN, *op. cit.*, p. 110. La explicación que dan JONES y SCHEINKMAN es que al ser -en teoría- en una economía competitiva, el precio de un producto igual a su costo unitario, un aumento en tal precio significa que por lo menos el precio de uno de los factores o insumos aumentó. Al aumentar la retribución de un factor, debe haber otros cuya recompensa disminuya; ello porque el promedio ponderado de las retribuciones de todos los factores tiene que ser igual al aumento en el precio del producto (citado por HELPMAN, *in loc. cit.*). SYKES indica que tal efecto obedece al teorema Stolper-Samuelson, que se explica porque “un aumento en el precio de un bien causado por el comercio tenderá a incrementar los precios de los factores de producción usados intensivamente en la producción de ese bien, mientras que una disminución en el precio de un bien tenderá a reducir los precios de los factores de producción usados intensivamente en la producción de ese bien”, por lo que las retribuciones de los factores ligados a la industria en competencia con las importaciones tenderán a disminuir por la caída del precio, SYKES, *op. cit.*, p. 69.

habitantes, los gobiernos *pueden* intervenir para distribuir esos beneficios, desde el sector exportador hacia el sector perjudicado, en particular el sector que compite con las importaciones. En teoría, “por el hecho de que los precios de los bienes de consumo en condiciones de autarquía son diferentes de los precios relativos en el equilibrio con comercio exterior, de esto se concluye que al pasar de la autarquía al régimen de libre comercio todo individuo puede reconfigurar sus patrones de gasto en su beneficio de modo que incremente el consumo de los bienes más baratos en el régimen de comercio exterior y reduzca el consumo de los bienes más caros”⁵⁴; pero, dado el efecto perjudicial hacia el factor de producción que no exporta, el papel del gobierno se reduce a restablecer el poder de consumo de quienes se ven afectados directamente por la menor retribución al factor de producción.

Ahora bien, el aspecto normativo nace de la premisa económica de que la intervención de los gobiernos en los flujos comerciales libres genera ineficiencias, lo que disminuye el bienestar creado por el comercio⁵⁵.

La intervención se puede fundamentar en varias razones. El comercio puede dañar a trabajadores y empresas cuando los factores son específicos

⁵⁴ HELPMAN, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁵ SYKES, *op. cit.*, p. 57.

al producto (p. ej., mano de obra calificada, maquinaria especial) y ese producto entra en competencia con los bienes importados: el aumento de la oferta del bien en el mercado hace caer los precios.

El comercio puede además dañar a ciertos consumidores, al subir los precios de los bienes que pasan a ser exportables. Si bien para muchos consumidores este cambio se compensa por la caída de los precios de los bienes importados, en muchos casos, dadas las preferencias de consumo, ello no será así⁵⁶.

Como SYKES señala, los aranceles y las cuotas –o restricciones cuantitativas- no son el medio indicado para la distribución, como sí en cambio pueden serlo los impuestos y otras medidas internas. Ello por dos razones estrechamente relacionadas: la protección comercial beneficia a pocos individuos –generalmente los dueños de las industrias- y afecta a muchos consumidores; segundo, si bien los impuestos crean ciertas ineficiencias, con un efecto adverso sobre los incentivos al empleo, la protección comercial, además de esto, crea ineficiencias adicionales, como la expulsión de consumidores –al subir el precio del producto- y generar

⁵⁶ *Ibid.*, p. 62.

una renta al gobierno o a otras entidades –como ocurre con las cuotas- que no significan necesariamente una retribución eficiente a los perdedores⁵⁷.

Respecto a los costos de ajuste internacionales, ocasionados en los países desarrollados por la competencia de los países en desarrollo, SYKES acota:

“Los bajos salarios en los países en desarrollo no deberían ser vistos como una amenaza a las naciones desarrolladas, sino más bien como una fuente de ventaja comparativa para las naciones en desarrollo que pueden ser útilmente explotadas a través del comercio”⁵⁸.

c. Distribución

Como señalara TRACHTMAN, citando las perspectivas del liberalismo internacional elaboradas por Karl Polanyi y John Ruggie, “si el alcance del mercado es en alguna medida global, entonces parecería apropiado que el alcance de la intervención regulatoria en el mercado necesitaría ser más o menos proporcionalmente global”⁵⁹.

Los problemas y conflictos suscitados en el sistema comercial desde la celebración del GATT en 1947, pueden ser explicados por los costos de

⁵⁷ SYKES, *op. cit.*, pp. 62-3.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 69.

⁵⁹ TRACHTMAN, Joel. “Legal Aspects of a Poverty Agenda at the WTO: Trade Law and ‘Global Apartheid’”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 6 (1) (2003), p. 8.

ajuste, vale decir, por los costos que genera en los mercados la aparición y consolidación de productores más competitivos, cambiando los patrones comerciales globales. Ello ha ocurrido particularmente en el último tiempo al desplazarse la producción intensiva en mano de obra hacia el mundo en desarrollo, dejando vastos sectores desempleados en los países desarrollados –que han pasado a una así llamada sociedad posindustrial-.

Para enfrentar y mitigar ese costo, los países utilizan diversas medidas, algunas reguladas específicamente por el sistema comercial – como las salvaguardias y los subsidios- y otras no –como ocurre con muchas barreras no arancelarias-. Para TRACHTMAN:

“mientras es difícil reducir esas barreras por el daño que la liberalización haría en los países ricos, debemos también reconocer que las barreras comerciales no son el medio más eficiente para ayudar a los pobres en los países ricos. Ha sido largamente entendido que sería más eficiente globalmente proveer asistencia para el ajuste a los pobres en los países ricos”⁶⁰.

La liberalización no sólo genera los clásicos efectos domésticos de ajuste en la economía, de transición de los factores de producción hacia los sectores exportadores más eficientes, sino también los genera a nivel global.

Como ha señalado TRACHTMAN:

⁶⁰ TRACHTMAN, *op. cit.*, p. 13. Agrega más adelante que: “En orden a abrir los mercados a los productos de los países pobres, podría ser necesario dar bonos a aquellos perjudicados tanto en los países ricos como en los pobres”, *ibíd.*, p. 14.

“Viendo más allá de la preocupación comercial tradicional de mercados disputables, el mandato del derecho comercial todavía no ha avanzado de ninguna forma significativa hacia una gobernanza *fuera del mercado* en el sentido de la reducción de la pobreza: hacia la redistribución. De hecho, el sistema del Derecho Internacional general tiene escasa capacidad redistributiva”⁶¹.

El problema de la *distribución*, de cómo responder a los costos de ajuste a nivel global, es un problema intrínseco al sistema comercial, y es debido a los cambios en los patrones de producción que hacen a ciertas industrias, en ciertos países, más competitivas, dejando a grandes masas desocupadas de población en otros. Los costos de ajuste generados por los cambios globales en las ventajas comparativas no siempre pueden ser asumidos íntegramente por los propios países, sobre todo en las naciones en desarrollo, ni pueden ser –especialmente en éstas- contrarrestados por las medidas de defensa comercial reguladas en el marco de la OMC, y por ello es importante que el sistema contemple mecanismos de distribución que no obedezcan principalmente a la reciprocidad, sino que obedezcan a una lógica más bien integral –ver *supra*-. En la actualidad, ello ha sido atendido principalmente a través de la *Ayuda Para el Comercio* y de la formación de una política distributiva exclusiva para los Países Menos Adelantados (ver Capítulo siguiente).

⁶¹ *Ibid.*, p. 4 (énfasis original).

La *Ayuda Para el Comercio* es la asistencia –generalmente financiera o en forma de IED- dirigida específicamente a ayudar a los países en desarrollo a explotar los beneficios del comercio y/o a ayudarlos a integrarse al Sistema Multilateral de Comercio. Su enfoque puede incluir asistencia en la formulación de la política comercial y las regulaciones asociadas; el desarrollo comercial; la infraestructura relacionada al comercio (puertos, carreteras, pasos fronterizos, comunicaciones, etc.); construcción de capacidad productiva; costos de ajuste relacionados al comercio internacional, y en general otras necesidades que emanen de los intercambios internacionales⁶².

Ahora bien, puede argumentarse que la *Ayuda Para el Comercio* está en el interés colectivo de los Miembros del Sistema Comercial toda vez que permite proveer bienes públicos. Desde un punto de vista económico, un autor explica:

“Es bien sabido que la provisión privada de un bien público es insuficiente debido al problema de los *free-riders*. Es muy probable que la provisión bilateral de [Ayuda Para el Comercio] no pueda también ser óptima socialmente”⁶³.

⁶² WANG, Chun-Chieh. “Aid for trade as a public good”, en *The Journal of International Trade & Economic Development*, Vol. 20 (6) (2011), p. 712.

⁶³ *Ibid.*, p. 713.

En un modelo ricardiano de dos países y dos productos, suponiendo un país A donante y un país B receptor de Ayuda Para el Comercio, WANG ha señalado que la transferencia de una unidad de factor de producción – trabajo o capital- en forma de ayuda hacia el país receptor disminuye los costos de importación y/o de exportación. Ahora bien, luego de entregar una cantidad determinada de ayuda, el factor de producción en el país A disminuye -aunque sea en términos marginales-, con lo que disminuirá tanto su producción del bien que exporta como la demanda del bien que importa de B. Ello mejorará sus términos de intercambio respecto de B, lo que explica los incentivos para A para ser donante, al menos en el corto plazo⁶⁴. En tanto la ayuda otorgada haya sido efectivamente traducida en una disminución de los costos de transacción –p. ej., transporte-, ambos países se beneficiarán.

Para un caso de tres países, el mismo autor señala que debido a la dinámica del comercio, uno de los países donantes tenderá a beneficiarse, mientras que el que tiene una menor dotación relativa del factor

⁶⁴ WANG, *op. cit.*, pp. 713-6.

considerado en la ayuda tenderá a disminuir su parte de ayuda y a volverlo un *free-rider*; ello, dado que la disminución en los costos de transacción del país receptor beneficia a *todos* sus socios comerciales. Por ello, el problema en la práctica, en que existen muchos países y varios donantes, es que éstos tenderán a limitar su ayuda –bilateral- en tanto el beneficio en los términos de intercambio con el país en desarrollo receptor sea menor al beneficio que obtienen terceros países con la disminución en los costos de importación y exportación en el país receptor⁶⁵. Una forma de encontrar un punto de ayuda óptimo, por ello, es el enfoque multilateral; como indica WANG:

“Las organizaciones internacionales pueden funcionar como lugares donde los países donantes consultan entre ellos para decidir el monto total de [Ayuda Para el Comercio] a ser contribuida para un país beneficiario específico bajo una regla diseñada para compartir el costo... [L]a provisión de bienes públicos es socialmente óptima *en tanto el costo es compartido en proporción a los beneficios disfrutados*”⁶⁶.

Ello es análogo a decir que la parte del costo de cada donante sea proporcional a su participación en el comercio del receptor, lo que puede generalizarse al comercio global. Esto tiene antecedentes en la propia

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 718-22.

⁶⁶ WANG, *op. cit.*, p. 722 (énfasis añadido). El autor propone que el costo sea distribuido en atención al tamaño de la economía del donante o su dotación del factor de producción considerado, *ibid.*, p. 723.

OMC: “la cuota anual de cada miembro a la OMC es cobrada de acuerdo a la participación comercial de cada miembro toda vez que la participación comercial puede ser una representación del beneficio de cada miembro protegido por la OMC”^{67 68}.

⁶⁷ WANG, *op. cit.*, p. 724. Es necesario notar además que la multilateralización de la ayuda para el comercio permite disminuir en alguna medida la tendencia a usar la ayuda con fines de presión política.

⁶⁸ HOEKMAN y PROWSE adoptan otra perspectiva; las razones que fundamentarían la *Ayuda Para el Comercio* serían consecuencia de los defectos de la política de preferencias arancelarias unilaterales –en particular, la progresiva *erosión* de tales preferencias-. Así, (i) dado que el objetivo de las preferencias es promover las exportaciones de los países en desarrollo beneficiarios, si esa política falla o es removida, otro instrumento debe ser establecido; (ii) toda vez que los programas preferenciales han inducido la inversión en actividades en que no existe una ventaja comparativa, y el ajuste hacia una situación de equilibrio es costoso, hay un argumento de equidad para asistir a esos países beneficiarios, y (iii) un Sistema Comercial no discriminatorio es un bien público global, por lo que asistir a los países en desarrollo que pierden ayuda a lograr ese bien. HOEKMAN, Bernard y PROWSE, Susan. *Economic Policy Responses to Preference Erosion: From Trade as Aid to Aid for Trade*, 2008, en <http://bit.ly/2mMTDI6> (consultado el 21 de septiembre), p. 3.

IV. La reciprocidad

La reciprocidad es un buen concepto para ponderar los conflictos actuales en el Sistema Internacional de Comercio, por cuanto ha sido hasta ahora la base del sistema multilateral, y provee analíticamente fundamentos para el compromiso y la cooperación en un ambiente egoísta y anárquico⁶⁹, o al menos más segregado como parece ser el actual.

Conceptualmente, la reciprocidad involucra dos aspectos: (i) la *contingencia*, vale decir, la acción condicionada a una reacción real o esperada de la o las contrapartes, y (ii) la *equivalencia*, esto es, que los intercambios sean mutuamente valorados –no implicando necesariamente una igualdad estricta-⁷⁰. Así, KEOHANE la define en términos generales:

“La reciprocidad se refiere a intercambios de valores aproximadamente equivalentes, en los que las acciones de cada parte son contingentes respecto de acciones previas de los otros de tal manera que el bien es devuelto con el bien, y el mal con el mal”⁷¹.

⁶⁹ Según KEOHANE, la reciprocidad “parece ser la estrategia más efectiva para mantener la cooperación entre egoístas”. KEOHANE, Robert. “Reciprocity in international relations”, en *International Organization*, vol. 40 (1) (1986), p. 2.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁷¹ Y agrega: “Estos intercambios son frecuentemente, pero no necesariamente, mutuamente beneficiosos; ellos pueden estar basados en el propio interés tanto como en conceptos compartidos sobre derechos y obligaciones; y el valor de lo que se intercambia puede o no ser comparable”, KEOHANE, *op. cit.*, p. 8.

La reciprocidad en materia comercial ha sido definida como la “equivalencia de las concesiones”, aunque en términos más estrictos se ha definido como la reducción simultánea de aranceles –y/o de barreras no arancelarias, cabe agregar- por el monto requerido para producir un incremento balanceado en las exportaciones, a unas tasas de cambio dadas. También, en términos más sencillos, como la que resulta en un incremento en las exportaciones igual al aumento en las importaciones⁷².

Es bueno distinguir además, a este efecto, dos tipos de reciprocidad. La reciprocidad *específica* hace referencia a un intercambio concreto en términos de contrapartes y de bienes intercambiados, en una secuencia estrictamente delimitada, y en que las obligaciones y derechos están claramente especificados. Es lo que ocurre por lo general en los acuerdos comerciales bilaterales. La reciprocidad *difusa*, en cambio, ocurre en grupos más amplios, en que la definición de equivalencia es menos precisa, la especificidad de las contrapartes pierde algo de relevancia, y se comparten

⁷² *Ibid.*, p. 7.

estándares generales de conducta. Es lo que ocurre, de acuerdo a KEOHANE, con la cláusula de la Nación Más Favorecida en su forma incondicional⁷³.

La importancia de la distinción radica en su capacidad para apreciar fenómenos actuales en el comercio internacional. De hecho, cierta decadencia del multilateralismo⁷⁴, especialmente a partir de la década pasada, principiando paradójicamente con la Ronda Doha, es asociable con la creciente excepcionalidad de la cláusula de la Nación Más Favorecida⁷⁵ y la celebración de acuerdos comerciales de alcance variable no sujetos al principio de no discriminación, vale decir, la vuelta hacia una reciprocidad más específica.

⁷³ KEOHANE, *op. cit.*, p. 4. Esto merece alguna explicación. Bajo una cláusula NMF incondicional, si A y B tienen un acuerdo comercial recíproco y A hace una concesión a un tercer país C, esa concesión es automáticamente aplicable a B (como prescribe el Artículo I.1 del GATT). Bajo una cláusula NMF condicional, esa concesión sólo sería extensible a B si éste provee una compensación equivalente a A, *ibíd.*, p. 16. En el mismo sentido señala: “[e]l trato NMF incondicional constituye reciprocidad difusa. Las terceras partes ya no demandan reciprocidad por las concesiones dadas a otros: éstas son extendidas automáticamente. La demanda por concesiones contingentes equivalentes es abandonada *con tal que cada parte permanezca suficientemente leal a las normas del régimen*”, *ibíd.*, p. 23 (énfasis añadido).

⁷⁴ No sólo en materia comercial, sino que en múltiples áreas en que existen instituciones multilaterales. El mismo KEOHANE ha identificado como *contra-multilateralismo* algunos efectos de esta tendencia en diversos regímenes: MORSE, Julia y KEOHANE, Robert. *Counter-Multilateralism and Regime Complexes*, disponible en https://www.princeton.edu/politics/about/file-repository/public/Counter-Multilateralism_Nov2013.pdf (consultado el 20 de noviembre).

⁷⁵ Es lo que recoge el *Informe Sutherland*: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *El Futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio* (Informe del Consejo Consultivo al Director General Supachai Panitchpakdi). Ginebra, 2004, p. 21.

Como señala KEOHANE, los procedimientos de la reciprocidad específica “son a menudo inadecuados para promover una cooperación mutuamente beneficiosa. Para expandir el rango de cooperación en la política mundial, puede ser necesario ir más allá de la práctica de la reciprocidad específica y entrar en la reciprocidad difusa: esto es, para aportar con la parte propia, o actuar bien hacia otros, no por las recompensas consiguientes de actores específicos, sino en los intereses de los resultados totales continuamente satisfactorios para el grupo del cual uno es parte, como un todo”⁷⁶.

A largo plazo, la reciprocidad basada en el propio interés puede generar confianza en los actores como resultado de la experiencia mutua de intercambios, que tiende a generar procesos de intercambio social de “carácter recurrente y gradualmente expansivo”; así, “al participar exitosamente en la reciprocidad específica durante un período de tiempo, los gobiernos pueden crear condiciones propicias para la operación de la reciprocidad difusa”⁷⁷.

⁷⁶ KEOHANE, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 21. Posteriormente indica: “la consecución exitosa de la reciprocidad específica puede llevar al desarrollo de la reciprocidad difusa. En otras palabras, el continuo pago de deudas políticas

Como se analizó en la primera sección de este Capítulo, las obligaciones entre los Miembros de la OMC son de naturaleza bilateral y obedecen a un enfoque de reciprocidad. Desde luego, existe una íntima conexión entre ambos predicados, y ello es particularmente importante a la hora de diseñar instituciones como las que rijan los *intercambios comerciales*. Cuáles son los fines y los límites de la reciprocidad específica y cuáles los de la difusa? Como señala KEOHANE:

“Patrones estables de reciprocidad específica son a menudo lo más que uno puede esperar en la política mundial: una genuina reciprocidad difusa es rara. Esta última sólo ocurre dentro de regímenes internacionales cooperativos que unen a países con extensos intereses compartidos, y nunca de forma tan solidaria como los lazos familiares o de grupos pequeños. Tal vez las más cercanas aproximaciones a la reciprocidad difusa en un nivel global pueden encontrarse en los procesos de integración internacional... La experiencia de la integración europea muestra que la reciprocidad difusa puede ser transformada en reciprocidad específica tanto como viceversa”⁷⁸.

Ahora bien, en un sistema como el comercial actual, cuya multilateralidad está basada en medida principal en la cláusula NMF engranada en los 3 acuerdos multilaterales del *Acuerdo de Marrakesh*, se presenta el problema de aquellas partes que deciden otorgar nada a cambio

y económicas en un contexto estrictamente bilateral puede incrementar la confianza, permitiendo a los actores tomar una visión más amplia de sus intereses comunes. De manera inversa, el decaimiento de la reciprocidad difusa puede llevar a los actores a revertir a los intercambios condicionales sobre una base *quid pro quo*. Así, la reciprocidad específica y difusa están estrechamente interrelacionadas. Ellas pueden ser situadas en un continuo, aunque las relaciones entre ellas son tan dialécticas como lineales”, *ibíd.*, p. 25.

⁷⁸ KEOHANE, *op. cit.*, p. 23.

de su participación. Este problema se conoce como *free-riding*, y se genera cuando por la gran cantidad de partes involucradas no es posible entrar en exigencias de reciprocidad específica con todos⁷⁹. KEOHANE señala:

“La reciprocidad difusa, en ausencia de fuertes normas de obligación, expone a sus practicantes a la amenaza de la explotación. En ausencia de fuertes normas de obligación, la reciprocidad específica puede proveer un antídoto para el abuso de la reciprocidad difusa”.

Sin embargo, ello no siempre es posible. Por ello, más adelante agrega:

“la simple adopción de cláusulas NMF incondicionales puede crear serios problemas [de *free-riding*]. Para precaver estos problemas, el GATT... adoptó la ‘regla del proveedor principal’ como suplemento de las cláusulas NMF. Esta regla [provee] que la compensación para las concesiones sobre un determinado producto fuera demandada por todos los países que abastecieran al menos una cierta proporción del mercado. Así sólo los pequeños productores... podían ser *free-riders*”⁸⁰.

En cierta medida, la posibilidad del *free-riding* es una forma de *distribución* de beneficios comerciales de costo marginal para los grandes actores comerciales. Ello se relaciona directamente con el sentido del multilateralismo y lo que de él puede esperarse, como se verá *infra*.

⁷⁹ “[E]l trato NMF incondicional puede hacer a los países que continúan haciendo concesiones comerciales vulnerables a la explotación por otros”, *ibíd.*, p. 24.

⁸⁰ KEOHANE, *op. cit.*, pp. 25-6 (énfasis añadido). Además, para este autor, parte del éxito del GATT se debió a que las “[n]egociaciones conducidas sobre la base de la reciprocidad específica simultánea estaban engranadas en un patrón más amplio de negociaciones comerciales secuenciales. Estas negociaciones estaban incorporadas, a su vez, en un set de normas y reglas que enfatizaban la reciprocidad difusa (trato NMF incondicional). El efecto fue incentivar el acuerdo al evitar las perversidades de la reciprocidad específica secuencial, y aún así limitando las oportunidades para la explotación”, *ibíd.*, p. 27.

La reciprocidad también es útil para analizar el comportamiento de actores privados y otros distintos a los Estados. Ello porque la reciprocidad suele ser el comportamiento de los privados en sus intercambios mutuos, y en general en las relaciones donde prima la horizontalidad.

De acuerdo a RHODES, “el GATT es un reflejo tangible de las expectativas normativas de cooperación de sus participantes más importantes”⁸¹. Ahora bien, en la concepción misma del GATT⁸² conviven dos principios en apariencia contradictorios, pero que se justifican por la dinámica de la reciprocidad; ellos son el principio de trato incondicional de la Nación Más Favorecida y el principio de trato balanceado. Como indica RHODES, aunque este último “asegura concesiones mutuas y aproximadamente equivalentes como la base para la negociación arancelaria, también da a los miembros el derecho a retaliar cuando esas concesiones son retiradas o cuando actos injustos son cometidos... Toda vez que las reglas del GATT incorporan estos dos principios, la reciprocidad es frecuentemente una condición de los acuerdos comerciales

⁸¹ RHODES, Carolyn. “Reciprocity in trade: the utility of a bargaining strategy”, en *International Organization*, Vol. 43 (2) (1989), p. 275.

⁸² Como señala RHODES, ellos emanan de la práctica comercial previa de los Estados Unidos, *ibíd.*, p. 276.

entre los miembros del GATT incluso aunque contradiga la no discriminación”⁸³.

Como ha indicado BALDWIN, “[a]ntes del GATT, los exportadores tenían sólo un interés muy indirecto en los aranceles de importación de su nación. Pero bajo el principio de reciprocidad del GATT, los niveles de los aranceles extranjeros se volvieron ligados a los niveles de los aranceles domésticos”⁸⁴. Si consideramos la naturaleza de las obligaciones administradas por la OMC, tendremos que la reciprocidad es –fuera de los esfuerzos de la Secretaría y del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales- controlada por los propios interesados. Ello se hace a través de los caracteres propios de la reciprocidad –condicionalidad y contingencia- y de la posibilidad expedita de retaliar en el sistema. Así:

“[c]onsecuentemente, debido a que la reciprocidad y la retaliación proveen la ‘zanahoria y’ el ‘palo’ para la cooperación NMF entre los miembros del GATT, ellos son mecanismos vitales de cumplimiento”⁸⁵.

Para RHODES, en las relaciones comerciales internacionales es posible distinguir dos tipos de comportamiento: uno (a) cooperativo y otro

⁸³ RHODES, *op. cit.*, p. 276.

⁸⁴ BALDWIN, Richard. “The World Trade Organization and the Future of Multilateralism”, en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 30 (1) (2016), p. 101. Así, la reciprocidad cambia la dinámica de la economía política de la liberalización, al otorgar fuertes incentivos a los exportadores.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 276.

(b) no cooperativo, cada cual puede a su vez ser recíproco o no recíproco. Un comportamiento (b) no cooperativo incluye acciones no recíprocas como el proteccionismo y acciones coercivas hacia un socio comercial para inducirlo a otorgar una concesión. La forma recíproca de un comportamiento no cooperativo típico es la retaliación, que es tomada “como castigo contra o compensación por alguna acción previa no cooperativa de un socio comercial”⁸⁶.

El comportamiento (a) cooperativo, en cambio, incluye acciones no recíprocas como la apertura unilateral -que tiene resultados cooperativos-. Un comportamiento cooperativo recíproco incluiría acciones como los acuerdos que restringen las importaciones⁸⁷, y desde luego los típicos acuerdos comerciales preferenciales. Como finaliza la misma autora:

“Generalmente, el estudio de casos confirma que las tácticas coercivas, sean parte de una estrategia recíproca o no, tienen el efecto de inducir una respuesta cooperativa de un socio comercial”⁸⁸.

⁸⁶ RHODES, *op. cit.*, pp. 281-2.

⁸⁷ O *voluntary export restraints* (VERs). Se trata de una especie de acuerdo colusorio por el que la nación importadora acuerda con la exportadora una restricción cuantitativa en un mercado o sector determinado. Tradicionalmente se ha señalado que están en un área gris, aunque es fácil establecer su ilegalidad a la luz de las reglas del GATT. No obstante ello, este acuerdo beneficia a ambas naciones: la nación importadora protege a sus productores y responde así a las presiones domésticas, y la nación exportadora se beneficia de las rentas derivadas de la restricción a la oferta, además de mantener un mercado asegurado.

⁸⁸ RHODES, *op. cit.*, p. 282.

V. Comercio y Desarrollo

Dentro del ámbito de relaciones comerciales entre los países desarrollados y los países en desarrollo, un aspecto central ha sido desde luego la relación conceptual entre el comercio y el desarrollo (con todos los matices con que este concepto se ha ido entendiendo en el tiempo).

Si bien los aspectos históricos de esa relación se verán en la evolución reseñada en el Capítulo siguiente, es necesario considerar aspectos conceptuales previamente. La relación entre el comercio y el desarrollo ha generado un debate conceptual muy propio, con ideas bastante definidas; sin embargo, es necesario precisar y ubicar correctamente esa relación, antes de entrar a teorizar sobre la función de países desarrollados y en desarrollo en un sistema multilateral.

a. Desarrollo y comercio: la visión clásica, sus modulaciones y críticas

Si bien el comercio ha sido tradicionalmente vinculado con el desarrollo económico y más recientemente con el crecimiento, hoy tiende a haber consenso en que los países más integrados a los mercados mundiales

—es decir, que tanto exportan como importan parte importante de su economía— tienden a tener mejores indicadores de desarrollo.

Como han señalado muchos autores, los distintos indicadores deben conjugarse para permitir el desarrollo de un país: en un país pobre, es imposible reducir la pobreza sin el crecimiento económico, en tanto hay muy poco ingreso que redistribuir. El ingreso debe aumentar en orden a permitir llegar a estándares de vida decentes. El crecimiento desde luego también permite mayor gasto público y privado, p. ej., en salud y educación, lo que influye a su vez en que la población pueda evolucionar hacia actividades más redituables⁸⁹. Pero, ¿qué puede hacer el comercio internacional por el crecimiento y, más en general, por el desarrollo?

Si bien ha existido un arduo debate en este milenio en torno a la incidencia del crecimiento en el desarrollo y a si es una causa suficiente y sostenible⁹⁰, los autores han tendido a coincidir en que la apertura

⁸⁹ PRIYADARSHI, Shishir y BISWAS, Trineesh. *The Role of Trade-Led Economic Growth in Fostering Development: Lessons for the Post-2015 Development Agenda*. World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, 2014, p. 5.

⁹⁰ El crecimiento, en ese debate, ha sido generalmente opuesto a la equidad en la distribución. Ello se ha debido a la correlación encontrada entre altas tasas de crecimiento y el aumento de la desigualdad, en los países y entre ellos, *ibíd.*, pp. 6-7. El argumento más reciente en este sentido está en PIKETTY, Thomas. *Capital in the twenty-first century*. Cambridge, Harvard University Press, 2014.

económica está relacionada positivamente con el crecimiento y otros indicadores de desarrollo⁹¹. La diversificación de las exportaciones está relacionada también con un crecimiento más rápido e ingresos más estables⁹².

Para la teoría clásica y neo-clásica del comercio internacional –que representó el GATT y hoy la OMC-, la relación fundamental entre el comercio internacional y el crecimiento está dada por la ventaja comparativa y sus efectos asociados:

“la liberalización del comercio incrementa el PIB debido a que mejora la asignación de recursos al hacer posible la especialización en función de la ventaja comparativa y la explotación de las economías de escala. Por otro lado, las economías abiertas tienden también a crecer más rápidamente debido a que el comercio sostiene las inversiones y la innovación, fomenta la difusión tecnológica internacional y puede activar las reformas institucionales”⁹³.

⁹¹ HOEKMAN, Bernard y KOSTECKI, Michel. *The political economy of the world trading system: the WTO and beyond*. New York, Oxford University Press, 2009, pp. 16-9, y PRIYADARSHI y BISWAS, *op. cit.*, pp. 7 y ss. Los autores reseñan la labor de la Comisión sobre Crecimiento y Desarrollo –un grupo independiente auspiciado por el Banco Mundial-, que concluyó que entre los 13 países que habían logrado mantener un ritmo de crecimiento sobre 7% en las últimas décadas, uno de los puntos comunes fue su apertura a la economía global. También el *Informe sobre Desarrollo Humano* de las Naciones Unidas, de 2013, señaló una correlación entre un aumento en el Índice de Desarrollo Humano y altas o crecientes tasas de participación del comercio internacional en la economía, *in loc. cit.*

⁹² *Ibid.*, p. 10. La estabilidad también se relaciona con la diversificación geográfica de las exportaciones. WORLD TRADE ORGANIZATION AND WORLD BANK GROUP. *The Role of Trade in Ending Poverty*. Geneva, World Trade Organization, 2015, p. 21.

⁹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Informe sobre el Comercio Mundial 2014. Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC*. Ginebra, Organización Mundial de Comercio, 2014, p. 63.

Es clara la incidencia positiva del comercio en la salida de millones de personas de la pobreza como consecuencia del ascenso de muchos países en desarrollo en las últimas décadas. Como señalan PRIYADARSHI y BISWAS:

“La participación exitosa en el comercio mundial ha probado ser una de las maneras más seguras de erradicar la pobreza y ayudar a lograr los objetivos internacionales de desarrollo”⁹⁴.

Institucionalmente, mucho se ha debatido, desde las discusiones en torno a la creación de la OIC, sobre qué formas puede adoptar el comercio multilateral para promover el desarrollo. Uno de los primeros autores en tratar el asunto fuera de los manuales de economía internacional, y ante el debate en la década de los 60' con la creación de la UNCTAD, fue FRANK, señalando las que serían las cuatro relaciones clásicas entre el comercio y el desarrollo:

i) Las exportaciones como fuente de divisas: las exportaciones, en términos agregados, son fuente de moneda extranjera que permite a su vez comprar bienes de consumo, de capital y tecnología. La entrada de importaciones permite desde luego ampliar la canasta de consumo de los

⁹⁴ PRIYADARSHI y BISWAS, *op. cit.*, p. 13.

habitantes, generalmente reduciendo los precios (*supra*). Además, permite la difusión de tecnología, sea directa, sea indirectamente a través, p. ej., de la ingeniería inversa. Las importaciones también inducen a una mayor competencia a la producción nacional, promoviendo la eficiencia y la mejora en la calidad de los productos. Para FRANK existe un beneficio adicional consistente en el empleo de recursos ociosos, sea mano de obra o capital, situación frecuente en los países en desarrollo⁹⁵.

ii) Foco de atracción para la inversión extranjera: la relación entre la inversión y el comercio es desde antigua data muy estrecha. Es frecuente que la inversión extranjera tenga por foco los sectores exportadores -p. ej., de materias primas- y los sectores relacionados. Con el tiempo, sin embargo, la inversión ha tendido a entrar a sectores manufactureros y de servicios dirigidos en gran parte al mercado interno de los países receptores (hoy, las grandes inversiones están dirigidas a la producción internacional, en que los países buscan situar dentro de sus

⁹⁵ FRANK, Isaiah. "The Role of Trade in Economic Development", en *International Organization*, Vol. 22 (1) (1968), pp. 48-50. Es de notar que para FRANK el ingreso de divisas era la gran necesidad a partir de la cual nacían todos los demás problemas de los países en desarrollo, al menos durante esas décadas: (i) expandir las exportaciones de productos primarios, (ii) producir domésticamente manufacturas, no sólo para el mercado local sino para la exportación, (iii) la estabilización de los precios de los productos primarios mediante acuerdos internacionales, (iv) el incremento de la ayuda y la inversión extranjeras, y (v) la diversificación de las exportaciones: el ingreso de divisas era la fuente para implementar los programas de desarrollo, *ibíd.*, pp. 60 y ss.

fronteras una parte del proceso de producción; *ver* Capítulo Cuarto). FRANK señala que “[l]a contribución del capital extranjero al desarrollo depende, con todo, no sólo del efecto automático de derrame de la inversión en la estimulación de otros sectores de la economía. Depende también de la parte del incremento en el ingreso real que resulta de la inversión [y] que queda en la economía local, y la forma en que este incremento es movilizadado para propósitos más amplios de desarrollo”⁹⁶.

iii) Vía de escape a las limitaciones del mercado doméstico: fuera de los grandes países en desarrollo, con centenares de millones de habitantes, como India, China, Indonesia, Brasil o incluso México, muchos países en desarrollo han enfrentado tradicionalmente limitaciones a la hora de promover el desarrollo de industrias manufactureras, por la falta de un mercado interno suficiente para su evolución. No obstante, como notó FRANK, “[e]s raro... encontrar inversiones en manufactura inicialmente motivadas primariamente para el mercado de exportación... el patrón típico es primero establecer una base en el mercado doméstico a través de una

⁹⁶ FRANK, *op. cit.*, p. 52. La inversión extranjera tiene desde luego sus propios beneficios; uno de ellos es que difunde conocimientos y tecnología a través de la formación en el empleo. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *op. cit.*, p. 65.

política de protección contra la competencia importadora”⁹⁷. El problema, ante la posibilidad cierta de que la industria en formación no resultara eficiente a causa de la protección –el conocido tópico normativo de la *infant industry protection*–, era el tránsito desde la sustitución de las importaciones a la promoción de las exportaciones. Una solución de particular importancia fue la integración regional, especialmente en América Latina. Fuera de –y posteriormente ante su fracaso– de las iniciativas de integración regional, los países en desarrollo han buscado preferencias arancelarias para sus manufacturas en los países desarrollados⁹⁸ (los problemas de esta política se verán en el Capítulo siguiente).

iv) Estimulación de la actividad económica: es posible transformar a las exportaciones en un sector de liderazgo, en un motor de

⁹⁷ FRANK, *op. cit.*, p. 53.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 53-4. Como indica FRANK: “El enfoque temprano del GATT hacia el desarrollo económico era un reflejo de la tendencia hasta alrededor de mediados de los 1950’ de pensar el desarrollo largamente en términos de una economía cerrada. Bajo el impacto de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) la sustitución de importaciones fue ampliamente considerada como el camino principal a la industrialización, y comparativamente poca atención fue dada a la necesidad de estimular las exportaciones. Como resultado el foco de interés del GATT en el desarrollo era asegurar que las obligaciones de las Partes Contratantes de reducir las barreras comerciales o limitar su uso no impidiera la libertad de los países de bajos ingresos de proteger a sus industrias en formación. Esta era la razón del Artículo 18 original del GATT y de la subsecuente revisión adoptada en 1955 que aflojó aún más las restricciones sobre los países en desarrollo contra la imposición de restricciones a la importación consideradas necesarias para promover su crecimiento”, *ibid.*, pp. 69-70.

crecimiento para el resto de la economía; p. ej., puede estimular la innovación tecnológica, cuyos efectos pueden generalizarse a la economía.

El paso de las décadas y diversas experiencias de desarrollo han permitido enriquecer teóricamente esta relación, añadiendo algunos puntos de importancia:

v) Mejora en el rendimiento de la acumulación de capital: tradicionalmente, la teoría del crecimiento ha sostenido que una economía no puede basarse exclusivamente en la acumulación de capital (principalmente las inversiones en capital físico y humano), debido a que en el tiempo los rendimientos del capital decrecen. Sin embargo, en una economía abierta, particularmente las pequeñas, los rendimientos de las inversiones pueden mantenerse por largo tiempo.

vi) Mejora en el marco institucional: lo más frecuente es que los países fundamenten la liberalización de su comercio en un compromiso externo, generalmente en un contexto multilateral. Además, “los países que suscriben un acuerdo comercial no sólo se comprometen a reducir sus aranceles, sino que también adoptan cierto marco institucional. Por ejemplo, para ser Miembros de la OMC, los países deben cumplir determinadas

normas sobre transparencia de la política comercial y respecto de sus medidas internas, tales como reglamentos técnicos, subvenciones o derechos de propiedad”⁹⁹.

vii) Comercio y pobreza: la reducción de la pobreza, particularmente la pobreza extrema, ha sido uno de los objetivos globales de desarrollo con mayor énfasis desde los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000)¹⁰⁰, y hoy con la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (infra)*. Para la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO y el BANCO MUNDIAL la relación entre el comercio y el objetivo específico de reducción de la pobreza es uno complejo, en que destacan el crecimiento económico y la estabilidad macroeconómica, el impacto en los hogares y mercados a través de los precios, cambios en los empleos y los salarios –eventualmente por los costos de ajuste, *supra-*, y el impacto de los aranceles en los ingresos fiscales¹⁰¹.

Sin embargo, se puede señalar que en un nivel conceptual la relación más estrecha está en la posibilidad de las ventajas comparativas de

⁹⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *op. cit.*, *in loc cit.*

¹⁰⁰ Ver UNITED NATIONS. *The Millennium Development Goals Report 2015*. New York, 2015, pp. 14 y ss., que muestra el éxito que tuvo el objetivo de reducción de la pobreza extrema.

¹⁰¹ WORLD TRADE ORGANIZATION and WORLD BANK GROUP, *op. cit.*, pp. 19-25.

los países y sectores pobres y su participación en el comercio global: la caracterización de los grupos pobres como mano de obra de baja calificación por antonomasia y su estrecha ligazón con el sector agrícola hacen que tanto su inserción en procesos productivos intensivos en mano de obra –en el marco de Cadenas Globales de Valor- como la facilitación y liberalización del comercio agrícola sean los principales caminos en que las instituciones comerciales multilaterales pueden ayudar a la reducción de la pobreza extrema¹⁰².

* * *

La relación entre el comercio internacional y el desarrollo está estrechamente ligada a la teoría del crecimiento. Las grandes visiones sobre el crecimiento fueron elaboradas principalmente por KUZNETS y ROSTOW¹⁰³

¹⁰² *Ibid.*, pp. 27 y ss.

¹⁰³ KUZNETS, Simon. *Six Lectures on Economic Growth*. Glencoe, Free Press, 1959, y ROSTOW, Walt. *The Stages of Economic Growth: A Non-Communist Manifesto*. Cambridge, Cambridge University Press, 1960. También LEWIS, Arthur. *The Theory of Economic Growth*. Homewood, Richard D. Irwin, 1955, y más recientemente SACHS, Jeffrey. *The End of Poverty: Economic Possibilities for Our Time*. New York, Penguin Press, 2005. Esta perspectiva persiste en lo esencial a la hora de definir las políticas multilaterales de desarrollo; ver, p. ej., WORLD BANK. *World Development Report 2017: Governance and the Law*. Washington, DC, World Bank, 2017, pp. 40 y ss. y 137 y ss. Para el sentido de los nuevos desarrollos conceptuales a partir de esta teoría, ver KREVER, Tor. "The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank's Development Model", en *Harvard International Law Journal*, Vol. 52 (1) (2011), pp. 287-319. La influencia del sistema jurídico en el desarrollo ha venido siendo estudiada en particular en la última década; respecto al comercio, existen antecedentes empíricos de que la eficiencia del sistema jurídico –en particular en la

a finales de los 50', y han servido de norma para la elaboración de las políticas multilaterales de desarrollo hasta hoy, especialmente en el comercio. La teoría sitúa a grandes rasgos teleológicamente a los países desarrollados como el lugar al que deben llegar los países en desarrollo, para lo cual es necesaria la liberalización progresiva de su comercio. Esta proposición ha sido objeto de críticas.

Como señala SHEPPARD, la doctrina del libre comercio, esto es, la proposición de que el comercio internacional libre de restricciones es beneficioso para todos, ha estado sujeta a constante crítica desde que Smith la promoviera en oposición a las políticas mercantilistas de Inglaterra en el s. XVIII:

“Las teorías que justifican la doctrina del libre comercio han estado sujetas a casi dos siglos de criticismo, dentro y fuera de la economía, criticismo que es absorbido como fábulas, excepciones que prueban la regla, sin socavar el consenso que rodea a la doctrina”¹⁰⁴.

Las críticas en torno a esta doctrina, o a las teorías que se han elaborado para justificarla –principalmente la de la ventaja comparativa, *supra*-, tienen que ver con dos aspectos, uno (i) interno y otro (ii) externo.

ejecución de los contratos- tiene mayores efectos que otros factores considerados, HELPMAN, *op. cit.*, pp. 160-1.

¹⁰⁴ SHEPPARD, *op. cit.*, p. 47.

Las críticas en torno al aspecto (i) interno se centran en la capacidad explicativa de la teoría y sus limitaciones conceptuales. En primer lugar, las teorizaciones en torno al libre comercio han sido criticadas por irreales, por tomar supuestos irrealizables en la práctica: dos países de igual tamaño e influencia, competencia perfecta entre firmas, agentes económicos con información completa, una economía internacional en equilibrio y costos de transporte inexistentes¹⁰⁵. En segundo lugar, los análisis empíricos han mostrado la debilidad de las teorías; en particular, los estudios de Leontief en los años 50' mostraron lo contrario de lo que la teoría predecía: los Estados Unidos, después de la Segunda Guerra Mundial, exportaban mercancías más intensivas en mano de obra que sus importaciones¹⁰⁶. En tercer lugar, la falta de igualación de los precios de los factores en el tiempo es otra muestra de la carencia explicativa de las teorías. Por último, la confirmación empírica de la tesis Prebisch-Singer (*ver* Capítulo siguiente), de que los términos de intercambio entre los países exportadores de productos primarios y los países manufactureros han tendido históricamente

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 50.

¹⁰⁶ *In loc. cit.* Era esperable que, dado que después de la Guerra Estados Unidos era el país con la mayor relación capital-mano de obra en el planeta, exportara productos más intensivos en el uso del capital respecto a sus importaciones. *Ver* también HELPMAN, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

a decaer en perjuicio de los primeros, refuta la predicción de que el comercio libre es beneficioso para todos¹⁰⁷.

SHEPPARD indica cinco limitaciones de las teorías que buscan justificar la doctrina del libre comercio: la primera es la exclusividad del aspecto económico en un fenómeno que comprende procesos no sólo económicos; la segunda es lo que llama “territorialismo metodológico”, lo que “elimina la relacionalidad y las relaciones desiguales de poder, conceptualizando a los países como sujetos a idénticas leyes, condicionados a diferencias contextuales..., alineándolos en una trayectoria de desarrollo capitalista teleológica”¹⁰⁸; la tercera es que la geografía es una determinante exógena, si es considerada¹⁰⁹; la cuarta es que se considera un mundo “plano”, en que cada país está igualmente posicionado dentro del sistema global, sin centros ni periferias; y la quinta es la temporalidad limitada de

¹⁰⁷ SHEPPARD, *op. cit.*, pp. 50-1.

¹⁰⁸ “El mundo no es plano. Las naciones estado no están ni igualmente empoderadas, ni son unidades territoriales soberanas homogéneas, con intereses y metas bien definidos. No obstante, la inclinación en la economía internacional, como [en el realismo] en las relaciones internacionales, es reducir la territorialidad a sólo esas unidades, una trampa territorial que Brenner llama nacionalismo metodológico... Al tratar a las naciones estado como unidades separadas de análisis, el nacionalismo metodológico también tiene el efecto de alinearlas en una única trayectoria teleológica de desarrollo a lo largo de la cual el libre comercio levanta todos los botes”, *ibid.*, p. 58.

¹⁰⁹ Ello se refiere, p. ej., a considerar agrupar a países como “países sin litoral”, “países tropicales”, “países isleños”, etc. SHEPPARD indica que la posición socioespacial “es relacional, recordándonos que la (des)ventaja posicional no puede ser reducida a una geografía exógena –p. ej., tropicalidad o falta de litoral- llena de determinismo ambiental... Las diferencias en la posicionalidad forman la base para intereses, perspectivas, identidades y estrategias distintas”, *op. cit.*, p. 58.

que hacen uso estas teorías, asumiendo que la economía se autorregula y que los hechos carecen de historicidad”¹¹⁰. Como señala el mismo autor:

“Las teorías comerciales que no toman esto en cuenta cometen el mismo error que las teorías microeconómicas en las que todos los agentes económicos se presumen iguales... Ello crea una conveniente ficción –una ontología plana que permite que las preguntas sobre la desigualdad sean puestas de lado”¹¹¹.

Las críticas relativas al aspecto (ii) externo se refieren más bien a la capacidad del libre comercio de promover efectivamente el desarrollo, o bien al supuesto desarrollo desigual que genera. En este punto han hecho las mayores contribuciones la tradición económica marxista y la keynesiana. La tradición marxista –abarcando autores como Arghiri Emmanuel, Anwar Shaikh, Samir Amin, André Gunder Frank e Immanuel Wallerstein, - elaboró durante la segunda mitad del s. XX conceptos como el *intercambio desigual* y la teoría de la *dependencia*. La noción de *intercambio desigual* se basaba en la conclusión marxista de la diferencia entre el valor del trabajo y el valor de intercambio de una mercancía. Un país que exporta mercancías producidas con salarios relativamente más bajos transfiere valor

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 52-3.

¹¹¹ SHEPPARD, *op. cit.*, p. 58. VINER de alguna manera asume esta consecuencia al señalar que la teoría clásica del comercio, con sus asunciones subyacentes, su carácter estático y su énfasis en los intereses de los países industriales avanzados, no es adecuada para analizar los problemas de los países en desarrollo. VINER, Jacob. *International Trade and Economic Development*. Glencoe, Free Press, 1952.

a su socio comercial, promoviendo la acumulación de capital en este último; así, los salarios más bajos en la periferia global provocarían la acumulación de capital en el centro –los países desarrollados-. El patrón de intercambio desigual creaba una división global del trabajo entre un centro industrializado y una periferia exportadora de productos básicos, en que los sindicatos presionaban por salarios cada vez mayores en el centro, a expensas de los bajos salarios en los países de la periferia; esos bajos salarios impedían la formación de mercados domésticos en la periferia, lo que prevenía el ahorro y la industrialización, generando una relación de continua y empobrecedora *dependencia*¹¹².

La tradición keynesiana, en que es posible encontrar a autores como Piero Sraffa, Kar-yiu Wong y en cierta medida a Raúl Prebisch (en el sentido de otorgarle importancia a las diferencias de productividad), mostró que no hay una equivalencia necesaria entre la abundancia de un factor y la intensidad de su uso en las exportaciones; además, dedujo que los bienes de capital son producidos usando otras mercancías o productos, por lo que todos los factores de producción son en cierta medida mercancías. Ello

¹¹² SHEPPARD, *op. cit.*, pp. 53-5.

hacía posible el recambio en la especialización, por lo que era posible que un país exportador de mercancías con abundante uso de mano de obra pasara a especializarse en la exportación de productos abundantes en el uso de capital¹¹³. Esta crítica, al minar la predicción del teorema Heckscher-Ohlin (*supra*), contribuyó a relativizar la validez absoluta de la doctrina del libre comercio, y con ello, la conclusión de que *todos* los países obtienen beneficios con su aplicación.

Ambas tradiciones influyeron de forma importante en la formulación de políticas multilaterales en el ámbito comercial, especialmente en la formación del Trato Especial y Diferenciado (*ver* Capítulo siguiente).

¹¹³ *Ibid.*, pp. 55-7. Ello se ha visto ratificado en la práctica, particularmente por la experiencia de los países del sudeste asiático –Corea del Sur, Singapur, Taiwán-, que lograron reorientar su estructura productiva desde una matriz agrícola hacia una manufacturera. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *op. cit.*, *in loc. cit.*

b. El derecho al desarrollo

La *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* considera de manera especial el derecho al desarrollo. En su párrafo 10 señala: “[l]a nueva Agenda se inspira en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, incluido el pleno respeto del derecho internacional... Se basa asimismo en otros instrumentos, como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo”¹¹⁴. También más adelante lo destaca: “[l]a nueva Agenda reconoce la necesidad de construir sociedades pacíficas e inclusivas que proporcionen igualdad de acceso a la justicia y se basen en el respeto de los derechos humanos (incluido el derecho al desarrollo)”¹¹⁵.

Las NACIONES UNIDAS, a través de su CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, refiriéndose a las negociaciones comerciales en la Ronda Doha ha señalado que “[l]a idea del derecho al desarrollo, al vincular el desarrollo con todo el marco de derechos humanos, con su sólida legitimidad mundial, indica la posibilidad de reorientar el proyecto de la OMC, de manera que pueda volver a recuperar una unidad normativa, como la tuvo en la época en

¹¹⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NU. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, op. cit., párrafo 10.

¹¹⁵ *Ibid.*, párrafo 35.

que concluyó la Ronda de Uruguay gracias a la ideología neoliberal de globalización, desarrollo y crecimiento, que en aquel momento prevalecía, pero que desde luego hoy no es una base para el consenso, sino todo lo contrario”¹¹⁶.

La definición contenida en la *Declaración sobre el derecho al desarrollo* (1986), y que permite entender la aserción anterior, define este derecho de la siguiente forma:

“El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual *todo ser humano y todos los pueblos* están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”¹¹⁷.

Sin entrar a discutir los efectos confusos que pueda tener radicar un derecho en titulares diversos –individuo y colectividad- y a la vez

¹¹⁶ Citado por GARCÍA, Laura y ARÉVALO, Walter. “El trato especial y diferenciado en el sistema de solución de diferencias de la OMC como oportunidad para el ejercicio del derecho al desarrollo”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral), Vol. XXVII (1) (2014), p. 128.

¹¹⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NU. *Declaración sobre el derecho al desarrollo* (4 de diciembre de 1986), A/RES/41/128 (Anexo), Artículo 1.1 (énfasis añadido). Su Artículo 2 añade: “1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo. 2. Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la *responsabilidad* del desarrollo” (énfasis añadido), *ibíd.* Los autores GARCÍA y ARÉVALO comenten un error técnico al definir el mismo derecho como la “capacidad”, aunque su definición da luces sobre cómo podría entenderse este derecho: “[l]a capacidad con la que cuentan individuos, colectividades y Estados de participar de forma equitativa y justa de los beneficios económicos producidos por la comunidad a la que pertenecen (local, nacional o mundial), respetando su medio social y cultural y garantizando la protección de todos los derechos humanos, incluido el ambiente sano”, *op. cit.*, pp. 130-1.

identificarlo con una responsabilidad, lo cierto es que la casi totalidad de la *Declaración* identifica como sujeto pasivo de este derecho al Estado¹¹⁸; es en este sentido en que este derecho podría engranar en la estructura normativa del comercio multilateral, al abundar en cierta dirección la acción estatal en el plano interno. Ir más allá y radicar la titularidad de un derecho al desarrollo en los individuos, exigible a los Estados, va contra la lógica del sistema comercial actual: los acuerdos comerciales tradicionales suelen incluir cláusulas que limitan –si no prohíben– la invocación de los mismos en los sistemas legales domésticos; incluso acuerdos de última generación, en países de marcada tradición individualista (*supra*), como el *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (2017) entre Canadá y la Unión Europea, impiden esa posibilidad¹¹⁹.

¹¹⁸ Si bien es cierto que este derecho adolece de las mismas falencias técnicas que los derechos sociales; ver ATRIA, Fernando. “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones*, Vol. 4 (2004), pp. 15-59, y LANDAU, David. “The Reality of Social Rights Enforcement”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 53 (1) (2012), pp. 189-247. La cercanía del derecho al desarrollo con la tradición de los derechos sociales hace que sus perspectivas de eficacia jurídica sean muy vagas.

¹¹⁹ Así, el Artículo 30.6 del Acuerdo dispone: “1. Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que conceda derechos o imponga obligaciones a personas distintos de los creados entre las Partes en virtud del Derecho internacional público, ni en el sentido de que el presente Acuerdo pueda invocarse directamente en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes; 2. Ninguna de las Partes podrá prever un derecho de recurso con arreglo a su Derecho interno contra la otra Parte aduciendo que una medida de la otra Parte es incompatible con el presente Acuerdo”.

En adición, la relación del derecho al desarrollo con la especificidad del Trato Especial y Diferenciado –que es la principal política de desarrollo en el comercio multilateral- es muy vaga, sin considerar otros aspectos más específicos. Ello podría deberse a que se trata de tradiciones distintas dentro del Derecho Internacional y a la especificidad propia del sistema comercial multilateral, que ha ido diseñando y configurando respuestas propias a los desafíos del desarrollo a lo largo de las décadas, de forma coherente con *su propia lógica interna*¹²⁰. Ello lleva a los autores GARCÍA y ARÉVALO a concluir que el uso de las disposiciones TED en el marco del Órgano de Solución de Disputas de la OMC es casi nulo, y a terminar exhortando a los países en desarrollo a utilizarlas para hacer valer su “derecho al desarrollo”¹²¹.

¹²⁰ “El GATT administró exitosamente un relativo aislamiento del mundo ‘exterior’ de relaciones internacionales y estableció entre sus practicantes un ambiente muy unido girando en torno a un cierto set de valores normativos (de libre comercio) y ambiciones institucionales (y personales)”, Weiler, citado por HOWSE, Robert. “The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 27 (1) (2016), p. 15.

¹²¹ GARCÍA y ARÉVALO, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

c. El desarrollo sostenible

La evolución reciente del concepto de *desarrollo sostenible* ha planteado otra vía en cuanto a las relaciones entre el desarrollo y el comercio internacional. De acuerdo a BARRETT, actualmente el desarrollo sostenible está compuesto de tres pilares: “desarrollo económico (a menudo asociado con la liberalización comercial en un contexto OMC), conservación ambiental, y bienestar social”¹²².

Existen dos definiciones en Derecho Internacional bastante asentadas: una es la contenida en el *Reporte Brundtland* (1987) que la define como “satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades”, y la otra la contenida en el *Plan de Implementación* de la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo (2002), que trata “la integración de los tres componentes del desarrollo sostenible –el crecimiento económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente-, pilares interdependientes que se refuerzan mutuamente”. Ambas definiciones

¹²² BARRETT, Emily. “Sustainable development in the WTO: from mutual supportiveness to balancing”, en *World Trade Review*, Vol. 11 (4) (2012), p. 622.

fueron reconocidas por Pascal LAMY en su calidad de Director General de la OMC¹²³.

En el debate internacional es común encontrar dos posturas: la que sostiene que los objetivos de la liberalización comercial y los del desarrollo sostenible se apoyan mutuamente, en el sentido de que la liberalización comercial lleva a una mayor prosperidad¹²⁴, lo que genera más recursos para mejores políticas sociales y ambientales¹²⁵; y la postura que sostiene que la liberalización comercial crea una carrera hacia los mínimos, en el sentido de promover la explotación de los recursos y una competencia entre los gobiernos para crear ventajas comparativas regulatorias¹²⁶.

¹²³ *Ibid.*, pp. 627-8.

¹²⁴ El *Acuerdo de Marrakesh* en su Preámbulo incorpora el concepto –algo que el GATT 1947 no hacía– de la siguiente forma: “Las Partes en el presente Acuerdo... permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un *desarrollo sostenible* y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico” (énfasis añadido).

¹²⁵ El documento final de la Cumbre Río+20 señala en este sentido: “Reafirmamos que el comercio internacional es un motor del desarrollo y el crecimiento económico sostenido, y reafirmamos también el papel fundamental que pueden desempeñar un sistema comercial multilateral universal, basado en normas, abierto, no discriminatorio y equitativo, así como una liberalización real del comercio, para estimular el crecimiento económico y el desarrollo en todo el mundo, lo cual beneficia a todos los países, independientemente de las etapas de desarrollo en que se encuentren, a medida que avanzan hacia el desarrollo sostenible”. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NU, *El futuro que queremos* (25 de septiembre de 2015) (Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible), A/RES/66/288, párrafo 281.

¹²⁶ BARRETT, *op. cit.*, *in loc. cit.* También ha señalado que “[p]or definición, el desarrollo sostenible llama a la consideración de valores fundamentales diversos de aquellos de apertura al mercado para incluir, por ejemplo, la protección del ambiente, los derechos humanos y otros valores

La incorporación del concepto en la regulación comercial internacional es debatible, tanto por el contenido del concepto como por su estatus y sus efectos precisos. Para algunos autores, la integración del concepto de *desarrollo sostenible* como principio de la OMC puede proveer una amplia justificación a los gobiernos nacionales para implementar regulaciones restrictivas del comercio; así:

“[l]a cuestión es: cuando las regulaciones nacionales son restrictivas del comercio, cómo puede ser bosquejado el balance entre el derecho de un Miembro a establecer regulaciones para lograr sus propios objetivos domésticos, y su obligación ante la OMC de liberalizar el comercio? El desarrollo sostenible así hace eco o amplifica algunos de los desafíos más controversiales que enfrenta la OMC como institución”¹²⁷.

El estatus del concepto de *desarrollo sostenible* en la OMC no está, fuera del debate en torno a su contenido mismo, plenamente definido. A más de su incorporación en el Preámbulo del *Acuerdo de la OMC*, fue utilizado como justificación para la creación del Comité de Comercio y Medio Ambiente en 1995, uno de cuyos objetivos es “identificar la relación

sociales”. LAMY, Pascal. *Towards global governance?* Master of Public Affairs inaugural lecture at the Institut d'Etudes Politiques de Paris, 2005, en https://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl12_e.htm (consultado el 10 de diciembre).

¹²⁷ *Ibid.*, p. 622. Para una autora, p. ej., “[u]n análisis de las disputas que traían argumentos relativos al desarrollo sostenible en el OSD demuestra que la gran parte de los casos era, en realidad, una forma disfrazada de obstaculizar el libre comercio: proteccionismo con una máscara de sustentabilidad. En otras palabras, el desarrollo sostenible es mencionado más como obstáculo a la liberalización comercial, y no como la búsqueda por una mejor calidad de vida para las generaciones presentes y futuras”. COSTA, Ligia. “Desarrollo sostenible y la OMC: de las contradicciones al equilibrio”, en *Puentes*, Vol. 18 (7) (2017), p. 28.

entre las medidas comerciales y las medidas ambientales, en orden a promover el desarrollo sostenible”¹²⁸.

En la *Declaración Ministerial de Doha* se señala por su parte: “[r]eafirmamos decididamente nuestro compromiso con el objetivo del desarrollo sostenible, enunciado en el preámbulo del Acuerdo de Marrakesh. Estamos convencidos de que los objetivos de respaldar y salvaguardar un sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio y de actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente”. Más adelante, se mandata a los Comités de Comercio y Desarrollo y de Comercio y Medio Ambiente a “identificar y debatir los aspectos de las negociaciones relacionados con el desarrollo y el medio ambiente, a fin de contribuir al logro del objetivo de hacer que en las negociaciones se refleje de manera adecuada el desarrollo sostenible”¹²⁹.

Las menciones del concepto en los instrumentos jurídicos administrados por la OMC denotan su carencia de valor legal. Su falta de

¹²⁸ Citado por BARRETT, *op. cit.*, p. 623.

¹²⁹ *Declaración Ministerial. Programa de Doha para el Desarrollo* (14 de noviembre de 2001), WT/MIN(01)/DEC/1, párrafos 6 y 51.

mención en el Artículo XX del GATT (Excepciones generales) no le otorga la misma función que los conceptos allí enunciados, y que pueden ser invocados por los Miembros como excepción a los principios fundamentales del mismo. El concepto de *desarrollo sostenible* opera más bien como un principio general, de objetivo o guía más que de regla particular. Ello la asocia con el concepto más amplio de desarrollo y la historia de su incorporación gradual en el sistema comercial multilateral (*ver* Capítulo siguiente), aunque haya nacido más bien a partir del objetivo particular de preservación de los recursos naturales; esto lo expresa claramente el Órgano de Apelación en el caso *US – Shrimps*:

“Notamos una vez más que este lenguaje demuestra un reconocimiento por los negociadores de la OMC de que el óptimo uso de los recursos mundiales debería ser hecho de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible. En tanto este lenguaje preambular refleja las intenciones de los negociadores del *Acuerdo de la OMC*, creemos que debe añadir color, textura y relieve a nuestra interpretación de los acuerdos anexados al *Acuerdo de la OMC*, en este caso, el GATT 1994. Ya hemos observado que el Artículo XX(g) del GATT 1994 es leído apropiadamente con la perspectiva incorporada en el preámbulo anterior”,¹³⁰.

Para BARRETT, las razones de por qué esto sea así son las siguientes:
el temor de los países en desarrollo a que los países desarrollados utilizaran

¹³⁰ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products: Report of the Appellate Body* (12 de octubre de 1998), WT/DS58/AB/R, p. 58. Desde luego, como indica BARRETT, ello deja abiertas cuestiones como si las políticas de bienestar social son integrales al concepto, *op. cit.*, p. 626.

esta justificación para imponer regulaciones nacionales que actuarían como barreras incontestables; la preocupación de los países en desarrollo a que el énfasis del concepto en la equidad intergeneracional desviara el foco en los problemas actuales de equidad, y, al igual que en materia ambiental, se les obligara a hacer sacrificios por problemas que no crearon, y, finalmente, se ha argumentado que el desarrollo sostenible está fuera del mandato de la OMC, que está concebida como una organización comercial¹³¹.

Ahora bien, la *Declaración Ministerial* de Doha señaló que “[e]s el potencial impacto del crecimiento económico y el alivio de la pobreza lo que hace al comercio un poderoso aliado del desarrollo sostenible”¹³².

Esta visión, de mutuo apoyo entre el comercio y el desarrollo sostenible, contrasta con aquella que, pragmáticamente, encuentra contradicciones en la aplicación de los objetivos de desarrollo sostenible y el cumplimiento de sus obligaciones ante la OMC por parte de los gobiernos nacionales. Ello lleva a una autora a señalar que es más propio hablar de “balance” entre tales conceptos antes que de “apoyo mutuo”. La

¹³¹ *Ibid.*, p. 624.

¹³² *Declaración Ministerial. Programa de Doha para el Desarrollo* (14 de noviembre de 2001), WT/MIN(01)/DEC/1, párrafo 6.

efectividad del concepto de *desarrollo sostenible* se define en la práctica en su aplicación por los gobiernos nacionales, actividad regulatoria que está regida en gran medida por los acuerdos multilaterales comerciales:

“las regulaciones para lograr el desarrollo sostenible pueden de hecho tener impactos negativos en la liberalización comercial, al restringir el acceso a mercados de otros Miembros de la OMC... En tal situación, sobrevendría la necesidad de balancear la autonomía regulatoria de los Estados Miembros para lograr objetivos no-comerciales y sus obligaciones comerciales bajo el derecho de la OMC. Así, el balance es un enfoque más pragmático y conceptualmente coherente al desarrollo sostenible”¹³³.

Más adelante la misma autora señala que “[c]omo organización comercial, su [responsabilidad] no es implementar políticas positivas para lograr el desarrollo sostenible. En cambio, su enfoque está basado en identificar áreas de traslape entre el comercio y el desarrollo sostenible”¹³⁴.

Así, BARRETT concluye:

“[E]l desarrollo sostenible provee una herramienta conceptual para resolver un conflicto potencial; a saber, tratar de identificar un rol para el ambiente sin comprometer el desarrollo económico... La vaguedad del desarrollo sostenible refleja la profundidad y complejidad de su deber: una construcción positiva de tensiones entre los objetivos ambientales, de desarrollo y económicos”¹³⁵.

¹³³ BARRETT, *op. cit.*, p. 632, agregando más adelante: “[u]na interpretación más robusta debe reconocer que los objetivos representados por la liberalización comercial, por una parte; y la regulación ambiental y de bienestar social, por la otra, algunas veces chocan, necesitando que la validez de las normas representadas por cada cual sea comparada, y sea hecha una determinación acerca de cuál prevalecerá”, *ibid.*, p. 637.

¹³⁴ BARRETT, *op. cit.*, p. 623. Técnicamente, la cuestión puede ser reconducida al tópico de la *deferencia*; ver Capítulo anterior.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 633.

La conclusión en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 2015, de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* ha dado nuevo énfasis al concepto.

Los objetivos de desarrollo sostenible aprobados en 2015 habían venido siendo trabajados y coordinados desde la Conferencia Río+20, a fines de 2012. La agenda de desarrollo previa, contenida en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, había venido siendo objeto de ataques relativos a su falta de énfasis en el crecimiento y en la mejora de las capacidades productivas de los países, lo que haría insostenible el mantenimiento de otros indicadores sociales¹³⁶. Parte de la nueva Agenda pone énfasis en el crecimiento, lo que demuestra un grado de equilibrio en relación con los objetivos anteriores. Con todo, es claro el contraste entre la nueva *Agenda* de desarrollo y las estrategias de desarrollo anteriores, los *Decenios*, especialmente en cuanto al énfasis en el aspecto económico y comercial¹³⁷.

¹³⁶ PRIYADARSHI y BISWAS, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁷ Ver, p. ej., ASAMBLEA GENERAL DE LAS NU. *Estrategia Internacional de Desarrollo para el Cuarto Decenio de la Naciones Unidas para el Desarrollo* (21 de diciembre de 1990), A/RES/45/199 (Anexo), párrafos 13 y ss.

En específico, la *Agenda* se refiere al comercio en el *Objetivo 2* (Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible), en que llama a eliminar las distorsiones en los mercados agrícolas; en el *Objetivo 8* (Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos), en que solicita apoyar la iniciativa de la Ayuda Para el Comercio, incluso mediante el Marco Integrado Mejorado (*ver* Capítulo siguiente); en el *Objetivo 10* (Reducir la desigualdad en los países y entre ellos), en que llama a “[a]plicar el principio del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, de conformidad con los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio”; en el *Objetivo 14* (Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible), llamando a prohibir ciertas formas de subvenciones a la pesca que contribuyen a la pesca excesiva y a la pesca ilegal, llamando además a que las negociaciones en el seno de la OMC incluyan al respecto el Trato Especial y Diferenciado; y por último en el *Objetivo 17* (Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la

Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible), que dedica un apartado al comercio en el que llama a promover “un sistema de comercio multilateral universal, basado en normas, abierto, no discriminatorio y equitativo” en el marco de la OMC, además de llamar a aumentar significativamente las exportaciones de los países en desarrollo y a lograr la consecución del acceso libre de aranceles y cuotas a los países menos adelantados (*duty free quota free*)¹³⁸. Por último, el párrafo 68 declara decididamente: “[e]l comercio internacional impulsa el crecimiento económico inclusivo y la reducción de la pobreza y contribuye a fomentar el desarrollo sostenible. Seguiremos promoviendo... una verdadera liberalización del comercio”.

¹³⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NU, *El futuro que queremos*, op. cit., pp. 18, 23, 24, 27, 31 y 33.

VI. Reconfiguración y multilateralismo

a. Reconfiguración

Es notorio que el mundo está en una encrucijada. Los poderes y las instituciones que han desarrollado la gobernanza internacional han sido crecientemente desafiados en la última década. Estados Unidos y Europa han visto declinar paulatinamente su hegemonía a favor de nuevos gigantes como China, y en menor medida India, Rusia y Brasil. Este nuevo panorama se ha plasmado en el Derecho Internacional general y en el sistema comercial, con implicancias concretas. Esta reacción se presenta ante un panorama anterior que un autor describe así:

“Estados Unidos y Europa, independiente y colectivamente, han tenido una extraordinaria influencia tanto en el proceso como en la sustancia del derecho internacional por los últimos sesenta años. Durante este momento trasatlántico único, aunque no siempre han estado de acuerdo entre ellos, frecuentemente han podido guiar colectivamente la creación, interpretación, y ejecución de las reglas legales internacionales. Haciéndolo así, han incorporado sus particulares preferencias a la sustancia del derecho internacional”¹³⁹.

El ascenso de los nuevos actores y el declive de los antiguos, han ido produciendo un sistema desconcentrado, en que un número creciente de Estados juega roles de liderazgo en múltiples temas específicos, en un

¹³⁹ BURKE-WHITE, William. “Power Shifts in International Law: Structural Realignment and Substantive Pluralism”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 56 (1) (2015), pp. 4-5. Fruto de ese momento (o consenso) transatlántico son tanto el GATT como la OMC.

sistema flexible y fluido¹⁴⁰. Para BURKE-WHITE, este nuevo orden tiene dos implicancias estructurales para el Derecho Internacional: primero, promueve el pluralismo legal, al avanzar nuevas alternativas –reglas e interpretaciones- dentro de variados subsistemas, y segundo, tiende a alejar los procesos legales internacionales desde el nivel global hacia un nivel subsistémico, lo que ha vuelto crecientemente difícil la conclusión de un proceso legal internacional verdaderamente global en su alcance en los últimos años¹⁴¹.

El autor señala que es posible identificar tres puntos de tensión en el sistema legal internacional actual, en que las nuevas visiones se enfrentan a las que subyacen a las normas promovidas principalmente por Estados Unidos y Europa:

“Primero, la *soberanía*: para Rusia y China, la soberanía es un concepto más absoluto que la visión más permeable de soberanía que había sido impulsada durante el momento trasatlántico. Segundo, la *legitimidad*: Brasil e India evalúan la legitimidad basándose en la participación y el proceso, en contraste con un enfoque de E.U. que prioriza la efectividad. Tercero, el *rol del Estado en el desarrollo económico*:

¹⁴⁰ BURKE-WHITE decide denominar a este sistema como “multi-eje” [*multi-hub*], diferenciándolo de un sistema multipolar como el de la época del llamado “concierto europeo”, *ibíd.*, pp. 6-7. En particular, indica tres diferencias claras: una es la cantidad de estados que tienen poder –mucho mayor en el sistema actual-, otra es que los polos de influencia son geográficamente fijos en un sistema multipolar y variables en el sistema actual, y una última es que en un sistema multipolar las esferas de influencia están fijas y son comprehensivas, algo que no ocurre en la actualidad, en que hay influencias temáticas, *op. cit.*, pp. 24-5.

¹⁴¹ *In loc. cit.*

Brasil, India y China todos tienen un enfoque mucho más Estado-céntrico hacia el desarrollo económico que la agenda de desarrollo liberal promovida por los Estados Unidos y Europa e inserta en muchas reglas de Derecho Internacional Económico”¹⁴².

BURKE-WHITE identifica 3 aspectos del poder de que puede hacer uso un Estado en el plano internacional: (i) el poder militar, (ii), el poder económico y (iii) el *soft power* –de carácter cultural-. Y señala:

“A diferencia del poder militar, el uso del poder económico –que va desde la compra de votos a la ayuda extranjera, de las preferencias comerciales a las sanciones económicas- es generalmente consistente con las normas del sistema legal internacional, y mucho menos costosas para el Estado que las impone”¹⁴³.

Si bien algunos sugieren que en líneas generales el mundo ha transitado de un “momento unipolar” a otro multipolar, hay quienes indican que el particular ascenso de China está llevando más bien a un nuevo orden bipolar, mientras otros sugieren que se está en tránsito hacia un “mundo de nadie” o un orden sin un centro de gravedad o liderazgo global definido¹⁴⁴.

Por ejemplo, el mismo autor del término “BRICS” para Goldman Sachs a

¹⁴² BURKE-WHITE, *op. cit.*, p. 7 (énfasis añadido). Ha habido discusión acerca del sentido ideológico de las confrontaciones. HOEKMAN señala al respecto: “[m]ás que una reacción contra el neoliberalismo en la política comercial, una narrativa alternativa para explicar la falta de progreso en la creación de reglas fue la integración más profunda de los países en desarrollo en el sistema comercial, la rápida expansión de sus cuotas de mercado y la persecución más activa de sus intereses en la OMC”. HOEKMAN, Bernard. “The World Trade Order: Global Governance by Judiciary?”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 27 (4) (2016), p. 1088.

¹⁴³ BURKE-WHITE, *op. cit.*, pp. 6-7.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 15. Para el autor, “las diferencias entre estas predicciones se basan en diferentes interpretaciones de los cambios en el crecimiento económico durante la década pasada, proyecciones acerca de cómo los patrones de crecimiento de los distintos estados evolucionarán en los próximos años, y asunciones sobre la habilidad del orden internacional existente para acomodar a los poderes emergentes”, *in loc. cit.*

comienzos de este siglo, ha hecho una estimación reciente de países con potencial de rápido crecimiento en los próximos años, basándose en tendencias demográficas y de productividad; entre ellos están México, Turquía, Indonesia, Corea del Sur, Bangladesh, Filipinas y Pakistán¹⁴⁵.

La desconcentración del poder permite la formación de múltiples centros o ejes de actividad legal internacional fuera del nivel multilateral, lo que sumado a la pérdida de influencia legal del poder militar tradicional, permite a los nuevos poderes emergentes beneficiarse:

“[d]ada la efectividad diferenciada de la conversión de los diferentes tipos de poder en influencia legal, la desagregación del poder permite a un amplio rango de estados beneficiarse de asimetrías de poder en temas específicos”¹⁴⁶.

La difusión del poder ha hecho mucho más problemática la coordinación de los Estados a nivel global, haciendo que éstos se vuelquen hacia sistemas más acotados:

“los costos de procesos legales verdaderamente globales se han incrementado más que los beneficios, volviendo los procesos legales hacia subsistemas separados. El fracaso de la ronda Doha de negociaciones comerciales internacionales y la rápida expansión de los acuerdos comerciales regionales son ilustrativos... Mientras podía haber mejores beneficios de un acuerdo global, los costos marginales de alcanzar tal acuerdo han probado ser muy altos, resultando en el estancamiento de la negociación

¹⁴⁵ BURKE-WHITE, *op. cit.*, p. 19 (la lista completa incluye a Egipto, Irán, Nigeria y Vietnam).

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 23.

comercial a nivel global y en un pronunciado giro hacia la negociación comercial subsistémica”¹⁴⁷.

Ahora bien, es necesario comprender que esto no significa una ruptura del sistema internacional, sino un reacomodo más bien preciso; como señala BURKE-WHITE:

“los poderes emergentes *no* están desafiando o rechazando el Derecho Internacional como tal. En cambio... uno o más poderes emergentes se están volviendo un nuevo eje dentro del sistema, articulando distintas preferencias que están, en grado variable, en tensión con aquellas integradas al Derecho Internacional durante el momento trasatlántico”¹⁴⁸.

En cuanto al punto de tensión relativo a la legitimidad, se ha esbozado visiones diferentes en torno a la importancia de los procesos en las instituciones internacionales. Según BURKE-WHITE, “[p]ara los Estados Unidos, las decisiones sobre si acaso utilizar un proceso o institución legal están frecuentemente basadas en la habilidad de ese proceso o institución para entregar resultados. La participación y el proceso son preocupaciones secundarias”¹⁴⁹. Esta visión, mantenida por Estados Unidos, y en menor medida por Europa, en los procesos legales internacionales, ha venido

¹⁴⁷ BURKE-WHITE, *op. cit.*, pp. 40-1.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 47 (énfasis añadido). En el mismo sentido, respecto de China, LIM y WANG señalan: “el objetivo actual de la política China de conseguir un ascenso pacífico al poder significa que ‘China ha determinado que en la mayoría de las circunstancias –y al menos por ahora- sus necesidades son mejor satisfechas buscando dar forma al sistema global actual desde dentro’... China no se alineará con cualquier desafío radical al orden internacional económico”. LIM, Chin Leng y WANG, JiangYu. “China and the Doha Development Agenda”, *Journal of World Trade*, Vol. 44 (6) (2010), p. 1326.

¹⁴⁹ BURKE-WHITE, *op. cit.*, p. 58.

siendo crecientemente desafiada por los poderes emergentes, quienes enfocan la legitimidad desde los *inputs* y los procesos.

Desde luego, esta tensión tiene consecuencias reales en el sistema legal internacional: ello se plasma en el diseño y membresía de organizaciones internacionales como la OMC (como se explicó en el Capítulo anterior), y en la emergencia de una “arquitectura alternativa ‘sur-sur’ para los acuerdos legales internacionales”¹⁵⁰.

Por último, en cuanto al rol del Estado en el desarrollo, tanto por razones históricas como por los procesos políticos contemporáneos que han vivido, así como por razones estructurales –como la enorme cantidad de pobreza¹⁵¹–, países emergentes como China, India y Brasil han tendido a poner de relieve el rol del Estado¹⁵² en diversos regímenes, particularmente en el régimen de inversiones y en el comercio internacional.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 59.

¹⁵¹ WORLD BANK GROUP and WORLD TRADE ORGANIZATION, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵² Como nota BURKE-WHITE, los poderes emergentes “ven al Estado como un actor más central en el desarrollo económico y priorizan la reducción de la pobreza a través del crecimiento inclusivo, aun cuando la intervención del mercado es requerida. Algunos observadores han llamado a este enfoque una estrategia de desarrollo neo-estatista, distinto tanto del Consenso de Washington como del estatismo histórico”, *op. cit.*, p. 67. Un ejemplo práctico es la importancia de las empresas estatales de estos países en la economía global; de las 25 empresas estatales más importantes en el ámbito financiero en el mundo al 2015, 14 provienen de los BRICS (más dos de Corea del Sur y una

Por ejemplo, en materia de inversión extranjera, la época del modelo de tratados bilaterales de inversión creado principalmente por Estados Unidos, basado en un modelo económico “norte-sur”, ha dado paso a la creación y negociación de modelos propios creados por China, India, Rusia, Sudáfrica, Turquía y Corea del Sur, particularmente para su relación con países en desarrollo. Estos modelos han aumentado las excepciones al trato nacional, impuesto restricciones a la repatriación de capitales, otorgado derechos a los Estados para regular con objetivos de desarrollo, e incluso reducido el objeto del arbitraje¹⁵³.

India y Brasil se han transformado en ejes respecto a ciertas interpretaciones de las reglas comerciales internacionales, que favorecen los proyectos de desarrollo¹⁵⁴. En particular, en lo relativo al TRIPS y a las limitaciones que éste impone al acceso a medicamentos de última generación por la población, pero patentados por grandes corporaciones. Casos recientes son los de Bayer (2012) y Novartis (2013) en India, en que las cortes domésticas autorizaron el licenciamiento obligatorio de

de Qatar). UNCTAD. *World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy*. Geneva, United Nations, 2017, p. 34.

¹⁵³ Además, mientras India y Brasil no son parte del CIADI, Rusia no ha ratificado su instrumento de adhesión, *ibid.*, pp. 28 y 70 y ss.

¹⁵⁴ India tiene una larga tradición a este respecto; ver Capítulo siguiente.

medicamentos contra el cáncer, e interpretaron ampliamente la legislación que implementó el TRIPS, de forma de permitir la posibilidad de tales licenciamientos por el Ejecutivo, y limitado la posibilidad de extender la duración de la protección para los titulares de los derechos, todo ello en vista de los objetivos de salud pública. Casos similares han ocurrido en Brasil y Sudáfrica^{155 156}.

Denotando el éxito de estas interpretaciones, un Artículo 31*bis* fue recientemente añadido al TRIPS para regular en específico esa situación, contemplando una remuneración al Miembro exportador, y una valiosa excepción para los países en desarrollo¹⁵⁷.

¹⁵⁵ BURKE-WHITE, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

¹⁵⁶ Es de notar otras implicaciones que estas tendencias podrían tener: “[e]sta reafirmación de la centralidad del Estado conflictúa con la individualización del Derecho Internacional, un sello del período del liderazgo de E.U. Para las reglas legales y los regímenes que buscan profundizar esta individualización o tomar su efectividad de él –Derecho de los derechos humanos, el Derecho de la protección de inversiones, y el Derecho de la intervención humanitaria, por ejemplo- el regreso del Estado probablemente tendrá pronunciadas consecuencias negativas”, *ibíd.*, p. 77. Sobre la misma tendencia, ver COGAN, Jacob. “The Regulatory Turn in International Law”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 52 (2) (2011), pp. 321-72.

¹⁵⁷ La modificación fue negociada en el marco de la Conferencia Ministerial de Hong-Kong (2005), pero sólo entró en vigor en enero de 2017. La disposición relativa a los países en desarrollo señala: “3. Con miras a aprovechar las economías de escala para aumentar el poder de compra de productos farmacéuticos y facilitar la producción local de los mismos: cuando un país en desarrollo o menos adelantado Miembro de la OMC sea parte en un acuerdo comercial regional, en el sentido del artículo XXIV del GATT de 1994 y la Decisión de 28 de noviembre de 1979 sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo (L/4903), en el cual la mitad como mínimo de las actuales partes sean países que figuran actualmente en la Lista de países menos adelantados de las Naciones Unidas, la obligación que

Es claro que el ascenso de los grandes países en desarrollo coincidió con el “súper ciclo” de los recursos naturales en la década del 2000¹⁵⁸. Este ascenso, si bien fue conflictivo –lo que es apreciable en el fracaso de la Ronda Doha- también demostró ser cooperativo, particularmente al enfrentar la Gran Recesión y salir de ella en forma coordinada en 2009¹⁵⁹. Sin embargo, como señala ZOELLICK, “[e]l peligro ahora es que en tanto el miedo de la crisis retroceda, la voluntad de cooperar también lo haga. Ya sentimos fuerzas gravitacionales tirando a un mundo de naciones-estado de vuelta hacia la consecución de intereses más estrechos”¹⁶⁰.

Esta reconfiguración también significa que ya no es posible aplicar la perspectiva *one-size-fits-all* a la hora de crear reglas internacionales. Pero

corresponde a ese Miembro en virtud del apartado f) del artículo 31 [obligación de destinar el uso no autorizado por el titular sólo para abastecer el mercado interno] no será aplicable en la medida necesaria para que un producto farmacéutico producido o importado al amparo de una licencia obligatoria en ese Miembro pueda exportarse a los mercados de aquellos otros países en desarrollo o menos adelantados partes en el acuerdo comercial regional que compartan el problema de salud en cuestión. Se entiende que ello será sin perjuicio del carácter territorial de los derechos de patente en cuestión”. Para HOWSE el hecho de que se haya optado por aprobar esta reforma se debió al temor de los lobbies farmacéuticos de que en una vía alternativa de litigación contra los países en desarrollo el Órgano de Apelación hubiera encontrado mayores vacíos y flexibilidades en el *TRIPS*, dada la jurisprudencia que había sentando en el caso *US - Havana Club* en el sentido de limitar el alcance de este acuerdo, *op. cit.*, pp. 60-1.

¹⁵⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Informe sobre el Comercio Mundial 2014. Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC*, pp. 144 y ss.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 196 y ss.; ver también ASAMBLEA GENERAL DE LAS NU, *Documento final de la Conferencia sobre la crisis financiera y económica mundial y sus efectos en el desarrollo* (13 de julio de 2009), A/RES/63/303, *passim*.

¹⁶⁰ ZOELLICK, Robert. *The End of the Third World? Modernizing Multilateralism for a Multipolar World*. Woodrow Wilson Center for International Scholars, 2010, p. 2.

una nueva perspectiva está alejada tanto de los acuerdos de la Ronda Uruguay –y su compromiso único- como de la gruesa división países desarrollados-países en desarrollo. El reconocimiento de las diferencias parece necesario, y esa es la dirección en que ha avanzado el *Acuerdo de Bali* (ver Capítulo siguiente).

b. Multilateralismo

Como indica BURKE-WHITE, la difusión del poder ha vuelto difícil la coordinación de los Estados cuya participación en un proceso legal internacional *es necesaria para su efectividad*¹⁶¹.

El multilateralismo es en gran medida un compromiso entre los grandes actores –entre ellos y con el resto del mundo-. Gran parte de ese nuevo compromiso, o nuevo multilateralismo, ha enfrentado grandes obstáculos que han hecho que los esfuerzos se hayan dirigido hacia subsistemas como los acuerdos preferenciales y los grandes acuerdos regionales (ver Capítulo Cuarto). Otro tanto ha derivado de una completa reestructuración de poder –ver *supra*- y una reestructuración económica, haciendo el panorama económico completamente distinto de aquel

¹⁶¹ BURKE-WHITE, *op. cit.*, p. 38.

imperante durante el último gran acuerdo del multilateralismo comercial, el *Acuerdo de Marrakesh*. Las Cadenas Globales de Valor –como se ha llamado a la nueva estructura de producción internacional- han significado cambios que afectan la forma y sustancia de cualquier nuevo acuerdo:

“la economía política cambió de ‘mi mercado a cambio del tuyo’ a ‘mis fábricas a cambio de tu reforma’ –esto es, liberalización comercial y reformas pro-negocios de las naciones en desarrollo a cambio de instalaciones productivas de las naciones desarrolladas”¹⁶².

Pero fuera de ello hay otras razones para la crisis del multilateralismo comercial actual; como lo pone con sagacidad BALDWIN:

“El principio de la Nación Más Favorecida del GATT significaba que las rebajas arancelarias acordadas entre las naciones desarrolladas eran automáticamente extendidas a los exportadores de las naciones en desarrollo. Ellos eran *free riders* que les gustaba el beneficio [*free riders who liked the ride*]. Los países desarrollados estaban mayormente felices de permitir este *free riding* debido a que los mercados de las naciones en desarrollo eran, en ese tiempo, más bien insignificantes”¹⁶³.

Otra de las razones de por qué el multilateralismo ha fallado es debido a las políticas unilaterales de apertura llevadas a cabo por varios países. Como lo pone BALDWIN: “por qué pelear contra los proteccionistas domésticos en casa cuando los extranjeros están bajando sus aranceles

¹⁶² BALDWIN, *op. cit.*, p. 111.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 103.

unilateralmente?”¹⁶⁴. En efecto, las aperturas unilaterales han quitado gran parte de las razones de economía política de los exportadores para presionar a sus gobiernos a negociar rebajas de sus socios comerciales. Sobre todo en los países en desarrollo, ha existido una fuerte competencia por atraer inversión extranjera y convertirse en exportadores insertos en las Cadenas Globales de Valor, por lo que las restricciones y regulaciones han tendido a disminuir sin necesidad de acuerdos vinculantes.

En adición, la reconfiguración ha significado una notoria ampliación de las naciones que deben ser consideradas –como indica BURKE-WHITE– para la efectividad del sistema:

“Las negociaciones multilaterales del GATT involucraban a los QUADs (los Estados Unidos, la Unión Europea, Japón y Canadá) negociando entre ellos sobre las rebajas arancelarias sobre las que permitían el *free ride* de las naciones Miembros en desarrollo. Las negociaciones en la OMC, por contraste, requieren rebajas arancelarias vinculantes y otros compromisos de política de todos menos de los miembros más pobres [los PMA]”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ BALDWIN, *op. cit.*, p. 108.

¹⁶⁵ *In loc. cit.* Como señala ZOELLICK: “El viejo mundo de charlas junto al fuego entre los líderes del G-7 se fue. La discusión de hoy requiere una mesa grande para acomodar a los participantes clave, y los países en desarrollo deben tener un lugar ahí”, *op. cit.*, p. 4. Si bien ello es cierto, los problemas globales han seguido exigiendo una cooperación efectiva; ello implica el compromiso de los actores cuya participación es necesaria para la efectividad del multilateralismo –y en el sistema comercial, ello viene dado primordialmente por su poder de mercado–. KRISCH resiente de esta noción que socava el consensualismo: “El núcleo que toma las decisiones es similar en la mayoría de estas instituciones (y otras) –típicamente el G-7 más los países BRICS. Su influencia de facto se traduce en estructuras institucionales formales o informales que establecen efectivamente jerarquías, aunque usualmente sin crear hegemonías ‘legalizadas’ en un sentido formal... el no-consensualismo, sea en

Ahora bien, un orden multilateral, específicamente en materia comercial, necesita contar con dos tipos de elementos: uno estructural y otro sustantivo. El primero:

“consiste en lo que podríamos denominar ‘multilateralidad efectiva’. El marco institucional de la economía mundial se compone de acuerdos entre un número relativamente pequeño o núcleo de economías desarrolladas. Si estos acuerdos se encuentran abiertos a todos los demás, sin discriminaciones, se ha establecido la base necesaria para un orden internacional”¹⁶⁶.

El segundo elemento se refiere a lo que esos acuerdos deben considerar para un funcionamiento sostenible de un sistema comercial; así, esos acuerdos deben consistir:

“en dos conjuntos de reglas que, unidos, [creen] un sistema multilateral de comercio y pagos. El propósito central de las reglas que rigen los pagos internacionales es asegurar la convertibilidad de la moneda; el de las reglas de comercio es asegurar que no exista discriminación, limitando la protección a aranceles estables, sin permitir aumentos imprevistos en ellas... Cuando la convertibilidad cambiaria coexiste con estabilidad en el nivel de precios de, al menos, algunos países centrales, y cuando todos los exportadores extranjeros gozan de igual acceso a, al menos, algunos de los más grandes mercados nacionales, entonces existe un mercado internacional y un sistema de precios que transmite información precisa”¹⁶⁷.

su aspecto formal o informal, crea estructuras de toma de decisiones más exclusivas que reducen el número de participantes [*decision makers*] –y típicamente no de una manera igualitaria sino de una forma que implica una pérdida de control para todos menos para los jugadores más poderosos. Como resultado, la mayoría de las formas de no-consensualismo que hemos observado eliminan el consentimiento (y a menudo incluso la participación) sólo para los muchos, no para los pocos”, KRISCH, *op. cit.*, pp. 30-1.

¹⁶⁶ TUMLIR, Jan. “Evolución del Concepto de Orden Económico Internacional: 1914-1980”, en *Estudios Públicos*, N° 3 (1981), p. 98.

¹⁶⁷ *In loc. cit.*

En fin, como indica ZOELICK, “[l]os países en desarrollo necesitan reconocer que ellos ahora son parte de la arquitectura global. Ellos tienen un interés en sistemas internacionales saludables, dinámicos, flexibles para las finanzas, el comercio, el movimiento de ideas y personas, el ambiente –e instituciones multilaterales fuertes”¹⁶⁸.

De esta forma, sería posible transitar hacia una nueva forma de multilateralismo; como señala el mismo autor, “[e]l multilateralismo moderno necesita incorporar nuevos jugadores, construir cooperación entre actores viejos y nuevos, y utilizar instituciones globales y regionales para ayudar a manejar las amenazas y aprovechar las oportunidades que sobrepasan las capacidades de los estados individuales”:

“El multilateralismo moderno no será un club restringido con más dejados fuera de la sala que sentados dentro. Se verá más como la extensión global del Internet, interconectando más y más países, compañías, individuos, y ONGs a través de una red flexible. Instituciones multilaterales legítimas y efectivas, apoyadas por recursos y capaces de entregar resultados, pueden formar un tejido interconectado, extendiéndose a través de la arquitectura esquelética de este sistema multipolar, dinámico”¹⁶⁹.

En consecuencia, la gran diferencia con la época de nacimiento del Trato Especial y Diferenciado –finales de los 50’ y principios de los 60’- es

¹⁶⁸ ZOELICK, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 11-2.

el reconocimiento de la reciprocidad en un nuevo escenario, en un nuevo mundo: “[e]scuchar la perspectiva de los países en desarrollo ya no es sólo un asunto de caridad o solidaridad: está en el propio interés. Estos países en desarrollo son ahora fuentes de crecimiento e importadores de bienes de capital y servicios de los países desarrollados... [e]s un nuevo mundo donde no son sólo receptores sino que proveedores de ayuda y *expertise*”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ ZOELLICK, *op. cit.*, pp. 7-8.

CAPÍTULO TERCERO

“If you want a free lunch, you do not get to eat at the Lord Mayor’s banquet”¹.

SUMARIO: Primera Parte: I. Las negociaciones preparatorias de la OIC y del GATT 1947; II. La Sesión de Revisión del GATT (1954-5); III. El *Reporte Haberler*; IV. La introducción de la *Parte IV* al GATT; V. El Sistema Generalizado de Preferencias (GSP); VI. La Cláusula de Habilitación (1979); VII. La Ronda Uruguay; VIII. El lanzamiento de la Ronda Doha (2001); IX. El Caso *EC – Preferences*; X. La Conferencia Ministerial de Hong Kong (2005); XI. El *Acuerdo de Bali* y los nuevos desarrollos.

Segunda Parte: I. Concepto de Trato Especial y Diferenciado;
II. Normas de Trato Especial y Diferenciado.

PRIMERA PARTE

Desde la firma del GATT en 1947 las nociones en el pensamiento económico internacional en torno al *desarrollo* han tenido diversos énfasis; en perspectiva, es posible señalar tres etapas –cada una con sus propios matices-: una primera en que el énfasis estaba puesto en el desarrollo

¹ BHAGWATI, Jagdish. *Trading for Development: Poor Countries Caveat Emptor*, p. 5, disponible en http://www.columbia.edu/~jb38/papers/pdf/Economist_June_10_Revised_Final.pdf (consultado el 17 de julio).

económico, con distintas estrategias pero con una dirección clara cual era la industrialización –al menos hasta la década de los 80’-, y en que la política comercial en torno al desarrollo estaba marcada por las herramientas otorgadas para permitir tal industrialización (*infant industry protection*) y posteriormente por las facilidades (no recíprocas) otorgadas a los países en desarrollo como las preferencias arancelarias (Sistema Generalizado de Preferencias). Una segunda etapa está marcada por un énfasis en el crecimiento, y en que la política comercial al respecto toma una dirección distinta, hacia la liberalización y la promoción de las exportaciones, con mayor conciencia de la reciprocidad aunque con la mantención y expansión del Trato Especial y Diferenciado (períodos de transición y asistencia técnica), plasmados en el *Acuerdo de Marrakesh*. Si bien es posible identificar síntomas a este respecto en la década de los 80’, esta segunda etapa coincide mejor con el llamado “consenso de Washington”.

Una tercera etapa está marcada por una profunda revisión de los énfasis anteriores, por el ascenso de los países en desarrollo y por una fuerte exigencia de renovación de las instituciones internacionales. La política comercial en esta etapa en torno al desarrollo ha estado marcada por el

ejercicio de la reciprocidad entre los países en desarrollo y el mundo desarrollado (regionalismo, falta de consenso y el *Acuerdo de Bali*), y por la creación de regímenes distributivos para los más pobres entre los países en desarrollo: los Países Menos Adelantados (Ayuda para el Comercio). En esta etapa han emergido con fuerza nociones más integrales de desarrollo - incluyendo al desarrollo sostenible-, considerando a lo económico como un aspecto, aunque manteniendo un papel preponderante para el crecimiento. Es posible identificar esta etapa con el comienzo del nuevo siglo, y más precisamente con el lanzamiento de la Ronda Doha.

I. Las negociaciones preparatorias de la OIC y del GATT 1947

En un principio, los 11 países en desarrollo firmantes del GATT² participaron en pie de igualdad con las partes industrializadas, celebrando sucesivas rondas de negociación bilaterales con miras a lograr una

² Brasil, Burma (hoy Myanmar), Ceilán (hoy Sri Lanka), Chile, China, Cuba, India, Líbano, Pakistán, Rhodesia del Sur (hoy Zimbawe) y Siria.

reducción progresiva de los niveles arancelarios mundiales, según la práctica de los primeros años³.

El espíritu tras el fin de la Segunda Guerra era instaurar un orden jurídico universal, que tuviera por objeto la prevención de la guerra y sus terribles consecuencias. Si pudiésemos enumerar los pilares fundamentales de este orden, ellos serían cuatro: uno es el respeto absoluto por los derechos humanos; otro, la solución pacífica de las controversias y la cooperación entre Estados a través de mecanismos jurídicos que gocen de legitimidad internacional (siendo el principal el procedimiento seguido ante la CIJ); otro, el resguardo del orden internacional por un grupo de países con posibilidad de veto mutuo (Consejo de Seguridad), y un cuarto pilar la configuración de un orden de normas regulador del intercambio económico internacional, en cuyo seno fue encontrado el origen del recurrente conflicto europeo.

En ese orden económico internacional impulsado por las Conferencias para la última posguerra, hay un conjunto de ideas que le

³ Los países en desarrollo fueron activos participantes de las negociaciones bilaterales en las primeras Rondas del GATT. Ver *GATT bilateral negotiating material by Round*, disponible en https://www.wto.org/english/docs_e/gattbilaterals_e/indexbyround_e.htm (consultado el 22 de julio).

sirven de sustento, y que son principalmente de inspiración liberal. Respecto del comercio multilateral, la visión de Estados Unidos – hegemónica- era “restaurar el rol de la empresa privada en el comercio internacional”⁴. De manera explícita, una de las negociadoras estadounidenses en las conferencias preparatorias señaló que el propósito de la OIC no sería asumir el poder de regular el comercio internacional, sino más bien:

“utilizar tal agencia como un medio de liberar al comercio de las formas de regimentación que le imponen los gobiernos nacionales”⁵.

Tal esquema debía basarse en un mecanismo en que fueran los agentes privados los que tuvieran un mayor protagonismo, frente a los instrumentos de que disponían los Estados para llevar a cabo sus programas. Ello explica la preferencia de Estados Unidos por instrumentos que privilegiaran ese protagonismo: los *aranceles* son un instrumento basado en el *precio* de los bienes y no en el volumen o cantidad de ellos. Estados Unidos y el Reino Unido fueron explícitos en rechazar la inclusión de las *restricciones cuantitativas* (uno de los instrumentos más directos de una

⁴ LAMP, Nicolas. “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 18 (4) (2015), p. 745.

⁵ Citada por LAMP, *in loc. cit.*

política proteccionista) como instrumento para regular las importaciones por los Estados.

Sin embargo, tal visión, compartida en lo medular por las principales potencias occidentales, no satisfacía los intereses de los países en desarrollo, los que vieron en la creación del nuevo régimen la oportunidad de presionar por cambios en la distribución internacional de la producción, cuyos patrones seguían siendo coloniales.

En dos trabajos recientes, LAMP ha demostrado que en las conferencias preparatorias de la fallida OIC, y en las negociaciones preparatorias del GATT en los años 1946 y 1947, los países en desarrollo elaboraron argumentaciones hasta ahora poco consideradas, pero que indican una posición alternativa, y que muestran los orígenes del conflicto en torno al desarrollo en el comercio multilateral.

El primero de los conflictos se refiere a la concepción misma del sistema, en el seno de las conferencias de las que iba a surgir la OIC, mientras que el segundo de los conflictos se refiere a, ya en las negociaciones del GATT, la legalidad de las herramientas de política comercial.

Al iniciar las conferencias tendientes a la creación del pilar comercial del orden económico internacional, los Estados Unidos manifestaron claramente su intención de que el objetivo de tal pilar debía ser la no discriminación y la liberalización progresiva, por contraste con la pasada década de los 30' en que la escalada de proteccionismo llevó a la guerra. El sentido y letra de sus *Propuestas para la Expansión del Comercio Mundial y el Empleo* (1945) era la liberación de las restricciones impuestas por los gobiernos y los monopolios privados, y la regularización del desorden existente en los mercados de capitales, en la producción y el empleo; ambas se obtendrían a través de la adopción de reglas vinculantes, con provisiones destinadas a la liberalización recíproca y progresiva de las barreras comerciales⁶.

Para los países en desarrollo de la época, en cambio, la propuesta de los Estados Unidos y los demás países industrializados, que intentaban plasmarse en la *Carta* de la OIC, iba a tener como resultado el congelamiento de los patrones comerciales coloniales y la división

⁶ LAMP, Nicolas. "The 'Development' Discourse in Multilateral Trade Lawmaking", en *World Trade Review*, Vol. 16 (3) (2017), p. 477.

internacional del trabajo; como señaló con claridad el representante de China:

“la Carta en su presente borrador busca meramente conseguir y mantener para las naciones avanzadas una serie de mercados[,] los cuales o no tienen intención alguna de desarrollar o parecen incluso ansiosos por prevenir que se desarrollen”⁷.

Esta mantención o congelamiento del status quo se hizo evidente al momento de acordar los objetivos de la Organización, en particular cuando Gran Bretaña instó por la inclusión del logro del *pleno empleo* en la *Carta* de la OIC. Ante ello, el Departamento de Estado de Estados Unidos acotó que para la realización del nuevo orden, “los programas domésticos para la expansión del empleo deben ser consistentes con la realización de los propósitos de los acuerdos internacionales” y que no deben incluir medidas “que crearían desempleo en otros países o que son incompatibles con los compromisos diseñados para promover un volumen expansivo del comercio y la inversión internacionales de acuerdo a las eficiencias comparativas de la producción”⁸.

⁷ Ver también las afirmaciones de los representantes de Brasil, Líbano, Cuba y Bélgica, citados por LAMP, *ibid.*, pp. 483-7.

⁸ Citado por LAMP, “The ‘Development’ Discourse in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, pp. 487-8.

Pronto se hizo evidente que ambos objetivos, el logro del pleno empleo *en las grandes naciones industriales*⁹ y el estándar de eficiencia comparativa, entraban en directo conflicto con los intereses de los países en desarrollo¹⁰.

De manera lógica, el desarrollo de nuevas industrias en el mundo en desarrollo significaría una competencia directa a los productores ya establecidos, y era muy difícil esperar que las naciones industriales accedieran a asumir enormes costos de ajuste por permitir facilidades gratuitas para el desarrollo de industrias nacientes. Pero por otro lado, era claro lo que la legalización de esa realidad significaba para los países en desarrollo: asumir el compromiso de refrenarse de tomar medidas que “posiblemente crearán desempleo en otros países... congelaría el patrón de

⁹ “En el contexto de las provisiones de empleo de las *Propuestas*, era solo la ‘obtención de aproximadamente el pleno empleo *por las grandes naciones industriales y comerciales*’ el que era considerado clave para la realización de los objetivos de la OIC en la arena económica internacional”, LAMP, *ibíd.*, p. 488 (citando el documento de las *Propuestas*).

¹⁰ Es necesario acotar que el Preámbulo del GATT no incluyó referencia alguna al “desarrollo”, sino sólo a “elevar los estándares de vida, asegurar el pleno empleo y un volumen grande y constantemente creciente del ingreso real y la demanda efectiva, desarrollando el pleno uso de los recursos del mundo y expandiendo la producción e intercambio de bienes”. La *Carta* de la fallida OIC, por el contrario, incluyó –debido a la presión de los países en desarrollo– amplias referencias al desarrollo, desde sus Propósitos y Objetivos, hasta todo un capítulo (el Capítulo III); así, su Artículo 1 señala como objetivos de la organización: “Promover y ayudar al desarrollo industrial y económico en general, particularmente de aquellos países que aún están en etapas tempranas de desarrollo industrial...” y “Fomentar el goce por todos los países, en iguales términos, del acceso a los mercados, productos e instalaciones productivas que son necesarias para su prosperidad económica y su desarrollo”.

producción existente, impidiendo cambios en la estructura económica de los países atrasados”¹¹.

Desde luego, el congelamiento de la división internacional de la producción podía justificarse bajo la norma de la ventaja comparativa, considerando la eficiencia que habían alcanzado las industrias del mundo desarrollado en las décadas anteriores, eficiencia que necesariamente era un proceso de años y de acomodo de mercados. Así, como señala LAMP:

“Desde la perspectiva de los países en desarrollo, era claro que el establecimiento de nuevas industrias necesariamente conllevaba al menos una temporaria desviación del principio de ventaja comparativa”¹².

El segundo de los conflictos se refería a las herramientas mismas de política comercial. De acuerdo a la visión de los países en desarrollo, en particular la naciente India, eran las restricciones cuantitativas las que mejor satisfacían sus necesidades comerciales, pues:

“Sería obviamente imposible llevar a cabo tales planes [de desarrollo] si las exportaciones e importaciones fueren dejadas a la discreción del comerciante

¹¹ LAMP, “The ‘Development’ Discourse in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 490, citando las declaraciones del representante de la India en las negociaciones de la OIC.

¹² *In loc. cit.*

individual, sujeto a un único control indirecto como es el ejercido a través de aranceles”¹³.

Apoyaban a la India argumentos objetivos: “no hay duda –señala un documento informal sobre la *Carta* de la OIC- de que la regulación cuantitativa es a menudo el dispositivo más efectivo para la protección de una nueva industria –más efectivo que un arancel alto, por ejemplo... un arancel alto penalizará al consumidor doméstico del producto... y arrojará una carga sobre la comunidad entera en aras de proteger una industria”¹⁴.

La oposición de la India llevó a la inclusión de las restricciones cuantitativas en el articulado de la *Carta* de la OIC, pero no como un instrumento a ser utilizado de la misma manera que los aranceles, sino como una de las excepciones invocables por los Estados, “que sólo podría ser aplicada bajo ciertas circunstancias y con la previa aprobación de la organización”¹⁵. Esta disposición pasó al GATT, bajo el Artículo XVIII, relativo a la imposición de medidas restrictivas excepcionales para el propósito de proteger a la industria en vías de formación.

¹³ LAMP, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 747. “India así estimaba los aranceles como ineficientes e inútiles, y planeaba usarlas sólo en contados casos”, *in loc. cit.*

¹⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT. *An Informal Summary of the ITO Charter* (21 de noviembre de 1947), E/CONF.2/INF.8, p. 4.

¹⁵ LAMP, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 748.

La cuestión no se trataba en tal punto de si procedía otorgar protección o no, sino *cómo* procedía excepcionalmente otorgarla. Al decir de JACKSON: “[l]a controversia parecía ser sobre *cuál* restricción al comercio sería sujeta a un mayor control internacional y cuál no”¹⁶. Desde luego, es sabido que los *aranceles* fueron el instrumento fundamental a ser escogido como legítimo -pero regulado-, deslegitimando en principio cualesquiera otro.

Para LAMP, la discusión en torno a la elección del medio más apropiado, entre los aranceles, los subsidios, las restricciones cuantitativas o el comercio estatal, era esencialmente una discusión en torno al rol apropiado del Estado en el comercio internacional, sin correlacionarse las visiones necesariamente con una orientación más o menos proteccionista¹⁷.

Esta discusión preparatoria del GATT y de la fallida OIC, no adoptó, entonces, la forma de una petición de los países en desarrollo a los países desarrollados para que les fuera otorgado un trato *especial*. La India, por ejemplo, “no buscaba ‘excepciones’ a las reglas; más bien, trató de dar forma a las reglas mismas, y corregir lo que veía como una arbitraria falta

¹⁶ Citado por LAMP, *in loc. cit.* (énfasis en el original).

¹⁷ *Ibid.*, p. 750.

de imparcialidad en un borrador profundamente formado por las preferencias y perspectivas de Estados Unidos y Gran Bretaña”¹⁸. Esta forma de crear reglas respetaba las líneas ideológicas fundamentales del proyecto de orden económico internacional posguerra, aunque creaba un precedente altamente problemático para el futuro. Así, al decir de LAMP:

“[E]n vez de permitir que el desacuerdo en una política sea reflejado en el diseño legal del GATT/OIC... emplearon un dispositivo legal (regla/excepción) que tuvo el efecto de marginalizar a los países en desarrollo y sus intereses (de todas maneras mal comprendidos) en el sistema de comercio”¹⁹.

Así, pese a que las expectativas de los países en desarrollo fueron atendidas, lo fueron en una forma muy deficiente y marginal, a través del uso de *excepciones*; en particular, la excepción relativa a las restricciones cuantitativas fue rodeada de un conjunto de requisitos que hicieron su utilización muy dificultosa. En vez de ello, los países en desarrollo

¹⁸ *In loc. cit.*

¹⁹ LAMP, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 750. La opinión de LAMP es que la “arquitectura de las distinciones” (concepto de LUHMANN) del GATT fue establecida en base a una definición de lo *normal* por parte de los países entonces industrializados, que podían beneficiarse mayoritariamente del sistema de reglas establecido: “el otorgamiento de exenciones y trato ‘especial’ a los países en desarrollo fue una herramienta para que los países desarrollados preservaran su diseño preferido del régimen de comercio, y para mantenerse apegados a su favorecido método de creación de reglas comerciales [*making trade law*]”, *ibíd.*, p. 744. La búsqueda de excepciones, sin embargo, no fue una estrategia perseguida por los países en desarrollo durante los primeros años del GATT: ellos no perseguían exenciones o excepciones, sino reglas distintas. De la misma manera, a diferencia de un enfoque de reciprocidad neta, los países en desarrollo buscaron un enfoque cooperativo en la reducción de las barreras comerciales que eran de su interés.

utilizaron con posterioridad la excepción relativa a la balanza de pagos (Artículo XVIII.12, modificado en 1954-5), sujeta a consultas entre los miembros: tales consultas, como era de esperar, se convirtieron en una “penosa rutina” que adquirió un carácter inquisitorial y tendencioso²⁰.

La forma de las *excepciones* se volvería en los años siguientes la manera preferida de los países industrializados para lidiar con las demandas de los países en desarrollo al sistema²¹.

II. La Sesión de Revisión del GATT (1954-5)

Los países en desarrollo empezaron a pedir un trato diferente luego de los primeros análisis de la dinámica del comercio mundial y su efecto en el mundo en desarrollo a inicios de los años 50’; análisis que señalaban un continuo “deterioro en los términos de intercambio” bajo el régimen

²⁰ Entre 1960 y 2005 los países en desarrollo debieron suscribir un total de 220 revisiones de sus restricciones por causa de balanza de pagos, promediando más de 5 por año. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *Informe sobre el Comercio Mundial 2014*, p. 217. La excepción relativa a problemas de balanza de pagos estaba estructuralmente justificada para los países en desarrollo por la inestabilidad de los precios de los productos básicos y la ingente importación de bienes manufacturados de precios crecientes, por lo que es dable pensar que en una gran cantidad de casos fue utilizada por ésta razón y no por proteger indirectamente a industrias nacientes.

²¹ LAMP, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 751.

vigente²². Un primer logro se obtuvo en la Sesión de Revisión del GATT de 1954-5, donde se modificó el Artículo XVIII (*Ayuda del Estado para favorecer el desarrollo económico*²³). Otros cambios se hicieron, bajo el mismo sentido, a los Artículos XVI (*Subvenciones*) y XXVIIIbis (*Negociaciones arancelarias*).

Durante la revisión del GATT en 1955, las Partes añadieron el Artículo XXVIIIbis (*Negociaciones arancelarias*), que señala:

“3. Las negociaciones serán efectuadas sobre una base que brinde oportunidades adecuadas para tener en cuenta:

b) la necesidad de los países poco desarrollados de recurrir con más flexibilidad a la protección arancelaria para facilitar su desarrollo económico, y las necesidades especiales de estos países de mantener derechos con fines fiscales;

c) cualesquiera otras circunstancias que pueda ser necesario tomar en consideración, incluidas las necesidades de las partes contratantes interesadas en materia fiscal y de desarrollo económico, así como sus necesidades estratégicas, etc.”

²² Desde luego, uno de los pioneros en el debate fue Raúl PREBISCH, que posteriormente abogó por la creación del Sistema Generalizado de Preferencias como primer Secretario General de la UNCTAD. Su primer trabajo fue ampliamente difundido y sirvió para dar sustento intelectual a las futuras demandas de los países en desarrollo: *The Economic Development of Latin America and its Principal Problems*. United Nations, Economic Commission for Latin America, Department of Economic Affairs. New York, Lake Success, 1950. Este trabajo junto con el contemporáneo de Hans SINGER ("The Distribution of Gains between Investing and Borrowing Countries", en *The American Economic Review*, Vol. 40 (2) (1950), pp. 473-85) fundaron lo que posteriormente dio en llamarse la "tesis Prebisch-Singer" sobre la dinámica del comercio internacional.

²³ Originalmente el Artículo XVIII se titulaba *Ajustes en Conexión con el Desarrollo Económico*, y tenía 7 apartados. La modificación dejó al Artículo con 23 apartados.

El Artículo XVIII, por su parte, modificada su redacción, se hizo aplicable sólo a los países en desarrollo.

Algunos autores señalan que este es uno de los momentos decisivos en el desarrollo del régimen de Trato Especial y Diferenciado, al hacer al Artículo XVIII aplicable *sólo* a los países en desarrollo²⁴. También se ha señalado que “el trato especial y diferenciado como principio en el GATT puede ser rastreado” hasta este momento²⁵.

Las modificaciones permitieron derogaciones temporales que permitían el uso de medidas proteccionistas dirigidas a las importaciones, ello en orden a permitir el desarrollo de programas de desarrollo económico, especialmente la protección de industrias nacientes (*infant industry*). Así, el Artículo XVIII.2 modificado señalaba como dos los medios mediante los cuales el sistema multilateral de comercio podía facilitar la aplicación de políticas de desarrollo económico por las partes en desarrollo:

²⁴ ANSONG, Alex. *Special and Differential Treatment of Developing Countries in GATT/WTO: Past, Present, Future*. Sin pie de imprenta, noviembre de 2012, p. 25.

²⁵ ANSONG, Alex. “The Adequacy of Special and Differential Treatment Provisions for Developing Countries in the WTO”, en *GIMPA Law Review*, Vol. 2 (2016), p. 101.

“a) mantener en la estructura de sus aranceles aduaneros una flexibilidad suficiente para que puedan conceder la protección arancelaria que requiera la creación de una determinada rama de producción, y b) establecer restricciones cuantitativas por motivo de balanza de pagos de manera que se tenga plenamente en cuenta el nivel elevado y estable de la demanda de importaciones que puede originar la ejecución de sus programas de desarrollo económico”.

Es de notar que mientras la Sección B ha sido la más utilizada por los países en desarrollo, la Sección C (que permite adoptar otro tipo de medidas en protección a una industria naciente) ha sido utilizada en menos de 20 oportunidades, mientras que las secciones A y D (que permite ese tipo de medidas a países que estén en un proceso de desarrollo pero que no están en etapas tempranas de desarrollo) no han sido utilizadas²⁶.

III. El *Reporte Haberler*

A fines de la década del 50', junto con el auge de las demandas del mundo recientemente descolonializado, dentro del GATT se había hecho evidente que los beneficios de la liberalización del comercio no habían sido distribuidos equitativamente entre sus miembros. Fue por ello que a fines de

²⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC*, WT/COMTD/W/196, pp. 7 ss.

la década las Partes Contratantes comisionaron a un grupo de expertos para el examen de las tendencias en el comercio internacional²⁷.

Bajo la impresión del reporte emitido en cumplimiento de tal encargo -conocido como *Reporte Haberler*²⁸ - las Partes Contratantes del GATT llevaron a cabo un *Programa de Acción* de tres aristas, cada una bajo la dirección de un Comité: una relativa a la iniciación de una nueva ronda de negociaciones, otra relativa al proteccionismo en la agricultura y otra relativa a la remoción de obstáculos para la expansión del comercio de los países en desarrollo.

Dos fueron los principales hallazgos del *Reporte*: primero, en los últimos años había habido una declinación constante en los precios de los productos primarios y por contraste un aumento constante en los precios de los bienes manufacturados (que atribuía a hechos puntuales), y segundo, los gobiernos de las potencias industrializadas presentaban un uso de sus herramientas internas con un sesgo proteccionista hacia los productos primarios.

²⁷ *Trends in International Trade. Appointment of Panel of Experts*, L/782.

²⁸ GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *Trends in International Trade. A Report by a Panel of Experts* (1958). Junto a Gottfried Haberler formaron parte del Panel Jan Tinbergen, Roberto de Oliveria Campos y James Meade. *Appointment of Panel of Experts to Study Trade Problems announced by Executive Secretary of GATT: Press Release*, GATT/387.

A grandes rasgos, el *Reporte* identificó los principales problemas que enfrentaba el comercio internacional por grupos de países. Para los países industrializados identificó los siguientes: (i) el proteccionismo en la agricultura, (ii) la elevada imposición que enfrentaban los productos primarios, (iii) medidas proteccionistas relativas a productos primarios no agrícolas –en particular minerales-, y (iv) las medidas distorsionadoras del comercio tomadas por la Comunidad Económica Europea. Para los países en desarrollo, por su parte, identificó como problema principal el excesivo uso de herramientas de protección²⁹.

Es interesante notar lo que el *Reporte* indicó como las causas del “malestar” de los países en desarrollo respecto del comercio internacional:

“Muchos de los países productores primarios son de la opinión de que las reglas y convenciones que son en el presente aplicadas a la política comercial y al comercio internacional muestran una falta de balance desfavorable para su interés. El principal desarrollo que ha traído esta sensación a la cabeza es la continua aplicación de restricciones cuantitativas contra las importaciones de productos agrícolas por varios países altamente industrializados, que ya no están en dificultades de balanza de pagos”³⁰.

²⁹ “Trends in International Trade”. *The Report by a Panel of Experts Established by the Contracting Parties to GATT: Press Release* (8 de octubre de 1958), GATT/394, pp. 9 y ss.

³⁰ *Ibid.*, p. 13.

Y continuaba:

“Combinado con esto está la sensación de que los subsidios a la producción son de hecho mucho más fácilmente utilizados por los países ricos para promover su agricultura y minería, que por los países pobres para promover su industria (...). De forma similar, los impuestos domésticos son un obstáculo mucho más importante para la expansión en la venta de algunos productos agrícolas (...) en los países industrializados que lo que son para la expansión del mercado para los productos industriales en los países productores primarios; y las dificultades para llevar los impuestos a las negociaciones arancelarias actúa así como una limitación especial en la expansión de los mercados de exportación para los países productores primarios”³¹.

El *Reporte* terminaba advirtiendo de los peligros de no considerar seriamente los problemas que había identificado, indicando lo que resultaría una predicción para la evolución en las negociaciones multilaterales:

“[C]reemos que hay substancia detrás de esta sensación de desasosiego de parte de los exportadores de productos primarios. Si no es atendida en la negociación por los importadores de productos primarios, el sistema general de despejar los canales del comercio por medio de una reducción general negociada de las barreras comerciales (sistema que es tipificado por el GATT) podría sufrir un serio revés”³².

Para LAMP, el *Reporte* significó un cambio notable en la forma como fue concebida la creación de normas en el GATT: primero, porque tuvo un

³¹ *In loc. cit.* El Reporte todavía agrega: “[M]uchos países productores primarios sienten que en las negociaciones arancelarias una atención insuficiente es prestada al hecho de que la reducción de una carga en la importación hacia un país productor primario de productos manufacturados para los cuales la demanda es sensible a una caída en el precio[,] puede tener un efecto considerablemente mayor sobre el comercio que una reducción igual de la carga en la importación hacia un país industrializado de un producto primario para el cual la demanda no es muy sensible a una reducción del precio”. *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 14. Poco tiempo después, en efecto, la reciprocidad entre partes desarrolladas y partes en desarrollo en las negociaciones decayó abruptamente.

componente sistémico (consideró un balance total de los beneficios otorgados por el sistema de comercio, buscando una compensación fuera del contexto de las concesiones arancelarias recíprocas); segundo, en cuanto implicó la necesidad de nuevas formas de creación de reglas (más que la negociación de concesiones recíprocas, se trataba de buscar un objetivo *común* a las Partes a través del análisis, discusión y persuasión), y tercero, vino a *constituir* –o contribuyó a constituir- el fondo sobre el que se definió la relación entre países en desarrollo y países industrializados (en el GATT fue la primera vez que las Partes destinaron atención sistemática a los problemas de los países en desarrollo³³)³⁴. Desde luego, el tránsito de un sistema esencialmente recíproco a otro de naturaleza diversa –como fue

³³ Es también sintomático que éstos hayan enviado, en 1959, su primera nota conjunta a las demás Partes Contratantes. Posteriormente siguió un proceso de organización progresiva de sus intereses comunes (ver *infra*).

³⁴ LAMP, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 753. Si bien tendencialmente y en suma con otros elementos, es posible señalar que es identificable un enfoque cooperativo, a la verdad el *Reporte* concluye apelando a la reciprocidad como solución a los problemas que identifica: “La única posibilidad de un resultado exitoso es un *acuerdo negociado* que involucre un alejamiento progresivo de políticas indeseables *en ambos lados* [países industrializados y productores primarios]. Esto es sin duda alguna para la ventaja a largo plazo de ambas; pero requiere *en ambos lados* una aproximación de miras amplias en cuanto a los elementos de sus políticas económicas y financieras globales que estarían dispuestos a hacer objeto de discusión y negociación internacional” (énfasis añadido), “*Trends in International Trade*”. *The Report by a Panel of Experts Established by the Contracting Parties to GATT: Press Release*, p. 14.

reseñado en el Capítulo anterior- no tuvo éxito, y la forma que adoptó ese conflicto pudo verse en los años siguientes.

Fruto de la evolución del comercio internacional en los tres lustros siguientes al GATT, para comienzos de los 60', de acuerdo al mismo Secretariado del GATT, se había creado una situación paradójica:

“donde los países industrializados, por un lado, extendían una masiva asistencia financiera a los países menos desarrollados para facilitar su desarrollo económico y, por la otra, impedían el acceso a sus mercados para las exportaciones que resultaban de su desarrollo”³⁵.

El Comité encargado de la remoción de obstáculos al comercio de los países en desarrollo –Comité III- elaboró por ello un programa de trabajo que contempló lo siguiente: la provisión, por parte de los países en desarrollo, de una lista de productos en los que tenían interés actual o potencial³⁶; la identificación de los principales obstáculos para el comercio

³⁵ *The Activities of GATT 1961/1962*, citado por LAMP, *ibíd.*, p. 753. El mismo *Reporte* recomendaba un aumento de la ayuda económica, aunque junto con otras medidas a adoptar por los países industrializados, como la provisión de mayor liquidez internacional, la reducción de cargas a los productos primarios y la moderación del proteccionismo agrícola en Europa y Norteamérica. “*Trends in International Trade*”. *The Report by a Panel of Experts Established by the Contracting Parties to GATT: Press Release*, p. 12.

³⁶ Algunos de los productos que las Partes Contratantes en desarrollo manifestaron ser de especial interés para ellas fueron: café, cacao, aceites vegetales, tabaco, cobre, madera, algodón y textiles de algodón, bicicletas, máquinas de coser, motores diesel y eléctricos, cuero y aluminio, *ibíd.*

de esa lista³⁷, y por último, la revisión de las acciones tomadas por las Partes para la expansión de las ganancias por exportación de las Partes en desarrollo.

La diferencia en el enfoque es clara: en un proceso de negociación con concesiones recíprocas las partes comienzan elaborando una lista de concesiones y ofertas a partir de la información que tengan del mercado de la otra; luego, se intenta conciliar las demandas y las ofertas, lo cual descansa notablemente en el poder negociador de cada parte. Además, las negociaciones tienden a ser organizadas en torno a una medida común de cambio, como son los aranceles. Sin embargo, como notó el Comité III:

“tanto por razones fiscales como de desarrollo, los países menos desarrollados no pueden basarse solamente en los métodos tradicionales de negociación de aranceles, que involucran intercambio de concesiones”³⁸.

Bajo un enfoque cooperativo, por el contrario, lo primero es establecer un entendimiento común del problema -en este caso, qué impedía

³⁷ Y junto con ello la identificación de las *ventajas comparativas* de los países en desarrollo y su potencial para mejorar su producción y sus técnicas de marketing. Es importante notar que el enfoque estaba en “[e]studiar la posibilidad de canalizar la expansión de las industrias existentes o comenzar nuevas industrias por los países en desarrollo en direcciones donde esos países serán productores económicamente eficientes –p. ej., respecto a un grupo reducido de industrias seleccionadas sobre la base de la disponibilidad de materia prima, *factibilidad de técnicas intensivas en trabajo antes que intensivas en capital*, etc.- evitando así el uso relativamente ineficiente de capital” (énfasis añadido), LAMP, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 754.

³⁸ *Second Report of Committee III on Expansion of Trade* (12 de octubre de 1959), L/1063, p. 4.

aumentar las ganancias por exportaciones de los países en desarrollo-, con información aportada por todas las partes; luego, el poder negociador individual es superado por la presión común o colectiva por lograr el objetivo común. Por último, el punto de inicio es un producto o sector específico y el conjunto de medidas y problemas que afectan su comercio internacional (lo que implica considerar el conjunto de medidas, entre ellas los aranceles)³⁹.

Parte de los resultados del trabajo del Comité se tradujeron en una *Declaración sobre la Promoción del Comercio de los Países en Desarrollo* (L/1657), que aparte de reconocer la necesidad por un esfuerzo consciente en aumentar las ganancias por exportación de las Partes en desarrollo y reconocer la “particular responsabilidad” de las Partes industrializadas en reducir a un mínimo las restricciones a las exportaciones de las Partes en desarrollo, listó en detalle tales restricciones que enfrentaban las Partes en desarrollo.

El Programa y el enfoque innovador que adoptó el Comité no fueron totalmente infructuosos, pero sí el resultado distaba una enormidad de las

³⁹ LAMP, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, pp. 755-6.

ambiciones iniciales. Por lo pronto, el enfoque adoptado por el Comité significaba un cambio estructural a las ideas fundamentales del GATT, entre ellas la reciprocidad; por ello, el mismo Comité recomendó evaluar la factibilidad de reducir las barreras a través de la acción unilateral –idea rechazada por las potencia industriales por las mismas razones-. Como señala LAMP:

“la falta de voluntad de los países desarrollados para bajar sus barreras a las exportaciones de los países en desarrollo fuera del contexto de concesiones recíprocas condenó al programa al fracaso, y forzó a los países en desarrollo a buscar acomodo con el principio de reciprocidad, abogando por un principio de ‘trato especial y diferenciado’”⁴⁰.

La tesis de que los países en desarrollo se acomodaron inicialmente a la idea de *reciprocidad* es totalmente válida, e incluso bregaron por ella:

“Los países menos desarrollados urgieron al Comité a recomendar a las PARTES CONTRATANTES que los impuestos y las cargas fiscales internas impuestas en productos en los que no hay una producción doméstica substancial, sean reconocidos como negociables en las reglas y procedimientos para las negociaciones arancelarias venideras (...). Estos impuestos no fueron menos efectivos que los derechos de aduana en restringir las importaciones y deberían consecuentemente *estar sujetos a los mismos*

⁴⁰ *Ibid.*, p. 754. Hay que tener en cuenta además que “los países desarrollados eran reacios a reducir cualquier derecho de aduanas excepto en el contexto de la Ronda Kennedy por miedo a perder crédito para sus concesiones en el balance final de compromisos”, *ibid.*, p. 758. También los dos mayores actores del GATT, Estados Unidos y las Comunidades Económicas Europeas, contribuyeron a tal resultado: los negociadores estadounidenses se quejaban de que el poder para otorgar concesiones no recíprocas contenido en la Ley de Expansión del Comercio de 1962, condicionaba las acciones a otras acciones iguales tomadas por las CEE. Las CEE, por su parte, no estaban dispuestas a realizar acciones unilaterales en ese sentido, en tanto deseaban proteger los márgenes de preferencias que sus países asociados -antiguas colonias- disfrutaban en su mercado, *in loc cit.*

procedimientos de negociación, como era la práctica antes de las reglas de negociación de 1956”⁴¹.

Sin embargo, dada la oposición de los países industrializados⁴², fue abriéndose espacio, respecto de los problemas puntuales identificados, la recomendación del Comité de que los problemas de los países en desarrollo fueran atendidos gradualmente mediante acciones unilaterales de los países industrializados⁴³, comenzando un paradigma distinto a la reciprocidad, un “acomodo”, que puede ser interpretado como una tendencia *distributiva*.

Ello eventualmente se tradujo, a la par con los desarrollos en áreas paralelas del Derecho Internacional –UNCTAD-, en la introducción de la Parte IV, sobre *Comercio y Desarrollo*, en el GATT en 1964, sucediendo al Comité III en su trabajo el Comité sobre Comercio y Desarrollo.

⁴¹ *In loc. cit.* (énfasis añadido).

⁴² El Comité consideró las solicitudes hechas por los países en desarrollo en orden a que en las negociaciones comerciales fueran considerados los impuestos y otras cargas internas hechas a sus productos de exportación, en particular en las economías europeas. Ello, sin embargo, fue rechazado por los representantes de estas economías, y el Comité no llegó a una conclusión clara sobre el asunto: “Los países menos desarrollados remarcaron su convicción de que el nivel total de taxación sobre ciertos importantes productos primarios, como el café y el té, los que estaban sujetos a altos impuestos en ciertos países de Europa Occidental, era tal que actuaba como una restricción mayor en la demanda de consumo e importación, representando así un obstáculo para el desarrollo de las ganancias de exportación de los países menos desarrollados”. *Second Report of Committee III on Expansion of Trade* (12 de octubre de 1959), L/1063, p. 5.

⁴³ “El Comité recomienda que las partes contratantes, particularmente los países industrializados, deberían examinar este problema y considerar la factibilidad de dar alivio a través de la acción unilateral, independientemente de la próxima ronda de negociaciones arancelarias multilaterales”, *ibíd.*, p. 4.

IV. La introducción de la *Parte IV* al GATT

El debate continuó, y siguiendo a la creación de la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* (UNCTAD, por sus siglas en inglés), se incorporó una *Parte IV* al GATT⁴⁴, durante las negociaciones de la Ronda Kennedy en 1964⁴⁵.

El fracaso del trabajo del Comité III puso en claro las limitaciones del patrón ortodoxo de creación de reglas –el regateo recíproco (*ver* Capítulo anterior)- en lo relativo a la solución de los problemas de los países en desarrollo.

Muchas de las barreras más importantes, no consistentes en aranceles, se mantuvieron fuera de las negociaciones. Por lo demás, la capacidad negociadora de los países en desarrollo –reducciones de aranceles que

⁴⁴ *Draft Protocol Amending the General Agreement on Tariffs and Trade to Introduce a Part IV on Trade and Development* (20 de noviembre de 1964), INT(64)599.

⁴⁵ Al decir de ANSONG: “La fundación de la UNCTAD precipitó la adopción de la Parte IV en el GATT en 1964”, *Special and Differential Treatment of Developing Countries in GATT/WTO: Past, Present, Future, op. cit.*, p. 28. Para THOMAS, la “UNCTAD sirvió como un foro en el que [los países en desarrollo] pudieron plenamente expresar sus quejas con respecto a la estructura económica internacional prevaleciente. Más aun, [los países en desarrollo] emplearon su ventaja numérica para establecer principios y programas destinados a transformar esa estructura hacia lo que ellos percibían como un orden mundial más equitativo”, p. 1719, señalando después que “[los países en desarrollo] usaron la UNCTAD para establecer principios que estaban destinados a competir con (o al menos dar la impresión de competir con) aquellos del GATT”, p. 1727. THOMAS, Chantal. “Developing Countries and Multilateral Trade Agreements: Law and the Promise of Development”, en *Harvard Law Review*, Vol. 108 (7) (1995), pp. 1715-32.

ofrecer- era bastante reducida, toda vez que los ingresos aduaneros eran utilizados para fines de desarrollo (dentro de un presupuesto fiscal esencialmente escaso), y los aranceles sobre bienes de capital –de interés de los países industrializados- eran ya bastante reducidos, sin contar con que el ingreso de tales bienes era en la mayoría de los casos necesario para sustentar proyectos de desarrollo (el grueso de la canasta importadora de los países en desarrollo eran bienes de capital). Por último, los países en desarrollo, al no ser los productores principales o al menos importantes de los productos cuya exportación estaban interesados en promover, carecían de legitimación para negociar sobre ellos (dada la *regla del proveedor principal*)⁴⁶. Las Partes en desarrollo debieron buscar un difícil acomodo, por ello, en el ortodoxo principio de reciprocidad.

Ya durante las negociaciones de la OIC el Comité Conjunto sobre Desarrollo Industrial recomendó que el estado desigual del desarrollo

⁴⁶ Al decir de LAMP: “los países en desarrollo enfrentaban tres problemas en las negociaciones: lo que necesitaban comprar no estaba a la venta en su mayor parte, tenían en cualquier caso pocos medios para pagar, e, incluso si estaba a la venta, no estaban necesariamente legitimados para comprarlo”, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 760.

comparativo de los Miembros *debería* ser considerado en cualquier negociación de aranceles⁴⁷.

Este reconocimiento comenzó a cristalizar a comienzos de los años 60' en un cierto principio: los países desarrollados no esperarían reciprocidad total de los países en desarrollo⁴⁸. Sin embargo, no se trataba de una reciprocidad (o falta de ella) referida a negociaciones y concesiones arancelarias llevadas a cabo entre países industrializados y países en desarrollo, sino que más bien “las concesiones por las que los países desarrollados no demandarían ‘reciprocidad total’ de los países en desarrollo eran concesiones que los países desarrollados se otorgaban *entre sí* y que eran extendidas a los países en desarrollo a través de la regla NMF y de tal forma *incidentalmente* beneficiaban a los países en desarrollo”⁴⁹.

Como señala LAMP, “[l]os países en desarrollo estaban reducidos a esperar que los productos de su interés serían objeto de negociaciones entre

⁴⁷ *Ibid.*, p. 761.

⁴⁸ *In loc. cit.*

⁴⁹ *Ídem*. Se refiere al *free-riding* visto en el Capítulo anterior.

los países desarrollados”⁵⁰, jugando más que un papel de actores del sistema, un papel de “beneficiarios pasivos”⁵¹.

Una nota interpretativa al Artículo XXXVI.8, relativo a la no reciprocidad en las concesiones hechas en el marco de las negociaciones, señala así que “no habrá balance de concesiones otorgado sobre productos de interés para los países en desarrollo por los participantes desarrollados por un lado y la contribución que los participantes en desarrollo pudieran hacer al objetivo de liberalización del comercio por otro lado”⁵².

Junto a la no-reciprocidad, los países en desarrollo a través de la UNCTAD buscaron legitimar la flexibilidad en el uso de medidas proteccionistas en base al paradigma de desarrollo que estaba siendo ampliamente aceptado. El argumento desde la UNCTAD “en favor de usar políticas proteccionistas para los países en desarrollo para propósitos de desarrollo e industrialización se basaba en la por entonces ampliamente

⁵⁰ LAMP, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 762.

⁵¹ *Ibid.*, p. 764.

⁵² *The Trade Negotiations and the Developing Countries: Report by the Chairman of the Sub-Committee on the Participation of Less-Developed Countries* (6 de enero de 1967), COM.TD/W/37, p. 3.

aceptada opinión de que la apertura al comercio internacional tendría un efecto perjudicial en las pequeñas industrias de los países en desarrollo”⁵³.

Sin embargo, la inclusión de la *Parte IV* (Artículos XXXVI a XXXVIII) al GATT nada añadió a las reglas sustantivas de este Acuerdo. Ejemplos de este lenguaje político, de buenas intenciones, pero de escasos y nulos efectos jurídicos, son los párrafos 3 del Artículo XXXVI, 3(b) del Artículo XXXVII y 2(d) del Artículo XXXVIII:

Artículo XXXVI.3: Es necesario realizar esfuerzos positivos para que las partes contratantes poco desarrolladas obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico.

Artículo XXXVII.3(b): Las partes contratantes desarrolladas deberán: considerar activamente la adopción de otras medidas cuya finalidad sea ampliar las posibilidades de incremento de las importaciones procedentes de partes contratantes poco desarrolladas, y colaborar con este fin en una acción internacional apropiada.

Artículo XXXVIII.2(d): Especialmente, las partes contratantes deberán: vigilar en forma permanente la evolución del comercio mundial, especialmente desde el punto de vista de la tasa de expansión del comercio de las partes contratantes poco desarrolladas, y formular a las partes contratantes las recomendaciones que parezcan apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias.

Ha sido ampliamente reconocido que sus cuatro artículos tienen un sentido más bien político motivado por la presión generada en la UNCTAD. Para un efecto más preciso, habría que esperar aún a la segunda sesión de la UNCTAD en 1968.

⁵³ ANSONG, *Special and Differential Treatment of Developing Countries in GATT/WTO: Past, Present, Future*, op. cit., p. 18.

V. El Sistema Generalizado de Preferencias (SGP)

Durante 1968, en el seno de la UNCTAD se acordó la necesidad de un trato arancelario preferente para los países en desarrollo, a través de sistemas generalizados de preferencias arancelarias, que habrían de ser otorgados por los países industrializados. Este acuerdo decantaría en la *Decisión* de 1971 en el seno del GATT⁵⁴.

El hito que marca la *Decisión* de 1971 es que da inicio a una forma jurídica particular de entender la relación entre países desarrollados y en desarrollo, simbolizando el fin de una época de reciprocidad y el comienzo de una forma de distribución que se uniría a los beneficios ya obtenidos por el *free-riding*.

La *Decisión* de 1971 estaba basada legalmente en el Artículo XXV del GATT, cuyo apartado 5 prescribe:

“5. En circunstancias excepcionales distintas de las previstas en otros artículos del presente Acuerdo, las PARTES CONTRATANTES podrán eximir a una parte contratante de alguna de las obligaciones impuestas por el presente Acuerdo, pero a condición de que sancione esta decisión una mayoría compuesta de los dos tercios de

⁵⁴ GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *Generalized System of Preferences. Decision of 25 June 1971*, L/3545. Como señala la misma decisión, en la Segunda UNCTAD (1968) se acordaron los principios del sistema generalizado de preferencias, de manera que fuera no recíproco y no discriminatorio.

los votos emitidos y de que esta mayoría represente más de la mitad de las partes contratantes”.

El Sistema Generalizado de Preferencias debió su entusiasta nombre a la intención de los países en desarrollo de que se creara un esquema objetivo de preferencias arancelarias, que abarcara los productos de su interés, y que fuera aplicado en forma general por los países industrializados a la totalidad de los países en desarrollo. Jurídicamente, tal esquema estaría fundado en la no-reciprocidad (es decir, sin alguna concesión a cambio) y la no-discriminación (es decir, sin distinguir entre productos ni entre países)⁵⁵.

Otra de las razones para la creación del Sistema Generalizado de Preferencias -que no ha sido tan enfatizado- fue la necesidad de crear un sistema uniforme y no discriminatorio de preferencias frente a los sistemas preferenciales coloniales que existían a la época⁵⁶.

⁵⁵ Como señaló el Panel en el caso *EC – Preferences*, “[b]asado en el contexto y en el trabajo preparatorio de la Cláusula de Habilitación, el término ‘generalizado’ en la nota al pie 3 [referida a la *Decisión* de 1971] tiene dos significados: (i) proveer SGP a *todos* los países en desarrollo; y (ii) asegurar una cobertura suficientemente amplia de productos en el SGP” (énfasis original). *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries: Report of the Panel* (1 de diciembre de 2003), WT/DS246/R, párrafo 1.175.

⁵⁶ ANSONG, *Special and Differential Treatment of Developing Countries in GATT/WTO: Past, Present, Future*, *op. cit.*, p. 30. Estos sistemas tenían temprana justificación en el Artículo I.2, letra b).

La permisión de los sistemas generalizados de preferencias arancelarias se basó, al menos en el marco del GATT, en dos premisas: (i) las economías de los países en desarrollo presentaban condiciones que no les permitían participar en igualdad de condiciones en el comercio internacional, y (ii) el aprovechamiento de sus ventajas comparativas a través de las preferencias arancelarias les permitiría en un plazo determinado participar en igualdad de condiciones con los países industrializados. Lo primero llevaba a plantear un sistema de preferencias arancelarias excepcionales respecto del trato NMF, y lo segundo llevaba a plantear que ese trato sería en principio temporal –es decir, habría una “graduación” del sistema-. Así, ANSONG indica:

“El principio de graduación fue introducido por el SGP estableciendo que los estados implementaran un sistema de eliminación gradual de las preferencias acordadas a los países en desarrollo que alcanzaran avances en su desarrollo económico y de tal manera pudieran adherir a las reglas comerciales multilaterales”⁵⁷.

Es de notar que la forma jurídica de la *Decisión* de 1971 –excepción o *waiver* temporal- permite concluir que ella estaba plenamente enmarcada en el sistema del GATT, y no representó una desviación de sus principios fundamentales:

“el SGP posiblemente no pretende desvirtuar, sino más bien realizar la visión del libre comercio global”⁵⁸.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 34.

⁵⁸ THOMAS, *op. cit.*, p. 1724. “Las preferencias maximizan las ventajas comparativas de [los países en desarrollo] y de esa forma aceleran su crecimiento económico, acercando cada vez más un

Sin embargo, la forma de la excepción no se condice necesariamente con el carácter no vinculante que adoptaron las preferencias; es decir, las muchas excepciones a las disciplinas del GATT tienen una forma bastante legalizada –piénsese en las salvaguardias, las subvenciones y también los acuerdos comerciales preferenciales-, sin por ello dejar de ser excepciones vinculantes.

Esta discusión tuvo lugar tanto en el foro de la UNCTAD⁵⁹ como del GATT, adoptándose definitivamente en este último la opción por el carácter no vinculante de las preferencias, dejándose en claro en la *Decisión* de 1971 la postura de los países desarrollados de que:

“el otorgamiento de preferencias arancelarias *no constituye un compromiso obligatorio* y de que ellas son temporales en naturaleza”⁶⁰.

Estos puntos son confirmados por lo que podría llamarse el “documento fundante” de la UNCTAD -más que su carta constitutiva-, que fue el verdadero programa elaborado por su primer Secretario General, Raúl PREBISCH, y en el que se basó en gran parte el debate en los años siguientes

ambiente comercial mutuamente próspero... El requisito de ‘graduación’ del SGP, que requiere a [los países en desarrollo] renunciar a las preferencias en tanto progresen económicamente, confirma este entendimiento”, *ídem*.

⁵⁹ Las posturas encontradas de los representantes en la Segunda UNCTAD pueden verse en *Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development, Second Session, Volume I (Report and Annexes)*, TD/97, Vol. I. UNITED NATIONS, New York, 1968.

⁶⁰ *Generalized System of Preferences, cit.* (énfasis añadido).

en torno a las medidas a adoptar en el seno del régimen del comercio internacional. En este programa, su autor claramente señala:

“Los países en desarrollo necesitan exportar más en orden a estar habilitados a importar más y así ayudar a prevenir o rectificar el desequilibrio estructural de su comercio. Este es realmente el objetivo último de las preferencias. En tanto ese objetivo se aproxime, las preferencias tendrán que gradualmente desaparecer. *Tendrá que venir entonces el tiempo para la restauración gradual del sistema de reciprocidad convencional*”⁶¹.

Las preferencias arancelarias, tal como comenzaron a ser otorgadas a comienzos de los años 70’, presentaron una serie de problemas para los países beneficiarios: (i) en primer lugar, su forma jurídica: la decisión de extender preferencias bajo el SGP era unilateral y no vinculante; (ii) el carácter discrecional de las preferencias se extendió a determinar qué países eran beneficiarios, qué productos y en qué cantidad serían beneficiados; (iii) dado lo anterior, los países desarrollados limitaron la concesión de preferencias a las áreas en las que no habría competencia con sus industrias domésticas o en las que los países en desarrollo no tenían ventajas comparativas; (iv) los países desarrollados introdujeron complejas normas de origen y cuotas para limitar el rango de productos beneficiados; (v) las preferencias debían ser renovadas periódicamente; (vi) el fenómeno de

⁶¹ UNITED NATIONS. *Towards a New Trade Policy for Development. Report by the Secretary-General of the United Nations Conference on Trade and Development*. New York, 1964, p. 35.

erosión de las preferencias debido a la constante baja de los aranceles NMF⁶², y (vii) algunos países, especialmente Estados Unidos, condicionaron el otorgamiento de preferencias a requisitos políticos⁶³. Esto último representó la más realista exigencia de reciprocidad en un sistema que estaba diseñado para ser distributivo.

Así, los países en desarrollo vieron enormemente limitado el potencial de su canasta exportadora, tanto porque la selectividad de productos desvió naturalmente los factores internos hacia esos sectores – esencialmente primarios-, como porque la precariedad jurídica de las preferencias impedía el desarrollo de un mercado estable para esos productos y de una industria competitiva, carente de los incentivos necesarios para el funcionamiento de un mercado financiero sólido.

⁶² La erosión de las preferencias ocurre cuando los compromisos arancelarios de los grandes mercados bajo la cláusula de la Nación Más Favorecida, se reduce de tal forma que minimiza las preferencias arancelarias otorgadas a los países en desarrollo beneficiarios.

⁶³ THOMAS, *op. cit.*, p. 1725, y HOEKMAN y KOSTECKI, *The political economy of the world trading system: the WTO and beyond*. New York, Oxford University Press, 2009, pp. 556-9. Como se verá *infra*, también la Unión Europea ha condicionado el otorgamiento a la adhesión a ciertos instrumentos internacionales.

VI. La Cláusula de Habilitación (1979)

La *Cláusula de Habilitación* supuso una carta de ciudadanía en el marco del GATT a los sistemas generalizados de preferencias; en efecto, su principal propósito fue extender sin límite temporal la exención otorgada en 1971 a los países desarrollados, y ampliarla para permitir acuerdos preferenciales entre los propios países en desarrollo.

La Cláusula de Habilitación abarca 4 áreas: (i) acceso preferencial a mercados, (ii) trato más favorable en materia de barreras no arancelarias, (iii) el fomento de mecanismos de cooperación sur-sur y (iv) el trato especial a los países menos adelantados^{64 65}.

Los años 70⁷ fueron complejos para el multilateralismo económico, principalmente por la adquisición de un gran poder por parte del mundo en desarrollo, que se plasmó en el ejercicio efectivo de poder de mercado –

⁶⁴ Es de notar que este instrumento se anticipa a otorgar vigencia efectiva a la por entonces nueva (sub)categoría de “países menos adelantados”, que sólo vino a tener mayor aceptación multilateral después de 1981.

⁶⁵ Para un total de 282 acuerdos preferenciales en vigor que han sido notificados a la OMC, un total de 39 fueron celebrados con base en la Cláusula de Habilitación; ejemplos: el Acuerdo de la Comunidad Andina de Naciones (1988), el Sistema Global de Preferencias Comerciales entre Países en Desarrollo (1989; actualmente incluye a 42 países, entre ellos Chile), el MERCOSUR (1991), el Acuerdo ASEAN (1992), la Comunidad Económica de los Estados Africanos Occidentales (1993), el Acuerdo ASEAN-China (2005), el Acuerdo India-Chile (2007), el Acuerdo MERCOSUR-India (2009) y el Acuerdo ASEAN-India (2010). Ver <http://rtais.wto.org/UI/PublicAllRTAList.aspx> (consultado el 2 de agosto).

como fue el caso de la OPEP, subiendo dramáticamente los precios de la energía para los países industrializados- y en la pujanza por una concepción alternativa a las instituciones hegemónicas, plasmada en la aprobación en el marco de las Naciones Unidas de la *Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional* y la *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*, ambas en 1974.

En las negociaciones del GATT, la falta de acuerdo en una serie de temas se tradujo en la estrategia de acuerdos plurilaterales entre las potencias industriales –los “códigos” de la Ronda Tokyo-, en la reiterada negativa a hacer concesiones sin reciprocidad y en la extensión de la exención otorgada en 1971 a los esquemas preferenciales generalizados. No obstante, poco después de la aprobación de la *Cláusula de Habilitación* al final de la Ronda Tokyo, hacia mediados de los años 80’ comenzó a haber cierto consenso en que las escasas provisiones de Trato Especial y Diferenciado del sistema no estaban logrando su objetivo.

La política asociada a las provisiones de flexibilidad a los países en desarrollo era principalmente la industrialización guiada, para lo cual era necesaria una política de sustitución de importaciones a efectos de crear

mercado interno y aprendizaje, bajo el amparo de fuertes políticas proteccionistas. Estas políticas fueron severamente atacadas y objetivamente desmentidas, lo que derivó en la necesidad de un enfoque diferente.

Las concesiones preferenciales comenzaron también a perder su valor (*preference erosion*) en la medida que el nivel de los aranceles MFN bajaba⁶⁶ y aumentaban los acuerdos regionales preferenciales, celebrados bajo la autorización del Artículo XXIV.

Tampoco nunca se logró que los países industrializados otorgaran preferencias en aquellas áreas de interés para los países en desarrollo, que eran objetivamente aquellas en que éstos poseían una ventaja comparativa; tal era el caso de los productos agrícolas y textiles, y demás intensivos en el uso de mano de obra no calificada.

Esta renuencia a otorgar preferencias de valor real y significativo se debió precisamente a la falta de reciprocidad en las concesiones. Si la

⁶⁶ Se refiere al nivel general de los aranceles comprometidos –consolidados– por las Partes, aplicables a todas las demás por aplicación de la cláusula de la Nación Más Favorecida (Artículos I y II del GATT).

continuidad del sistema de preferencias ha sido vista con escepticismo⁶⁷, lo cierto es que las precarias características del mismo continuaron en los años siguientes. Como ha señalado ANSONG:

“A pesar del estatus legal permanente acordado al SGP, la Cláusula de Habilitación no creó norma obligatoria alguna para los países desarrollados en su implementación del SGP. Consecuentemente, el SGP continuó siendo implementado sobre una base voluntaria para los países desarrollados”⁶⁸.

Uno de los resultados “estructurales” -si se quiere- de esta política comercial hacia los países en desarrollo, ha sido la mantención, hasta el día de hoy, de sesgos arancelarios; ellos consisten principalmente en las altas barreras que encuentran los productos originados en países en desarrollo en los mercados de los países industriales tradicionales –fruto de la negativa de éstos a hacer concesiones fuera de la reciprocidad- y en contraste los niveles notoriamente bajos para las exportaciones de estos países industriales en los mercados de los países en desarrollo⁶⁹.

⁶⁷ “Comenzando en los 1970’s, los países desarrollados siguieron reforzando la idea que ‘menos que reciprocidad total’ no era más que una desviación temporal por medio de la introducción del concepto de ‘graduación’, de acuerdo al cual los países en desarrollo ‘aceptarían gradualmente las mismas obligaciones de reciprocidad mientras progresan hacia niveles más altos de desarrollo’”, LAMP, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 764, citando una declaración hecha por la Delegación de Estados Unidos en uno de los grupos de negociaciones multilaterales, el 15 de octubre de 1975 (MTN/TAR/W/10).

⁶⁸ ANSONG, *Special and Differential Treatment of Developing Countries in GATT/WTO: Past, Present, Future*, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁹ Ese sesgo arancelario se mantuvo alto para regiones como América Latina y el Este Asiático. HOEKMAN, Bernard. *Supply Chains, Mega-Regionals and Multilateralism: A Road Map for the WTO*. London, Centre for Economic Policy Research Press, 2014, p. 26.

VII. La Ronda Uruguay

Los 80' vieron un cambio de paradigma en la relación entre el comercio internacional y el desarrollo económico; decantó un consenso distinto relativo a las formas y medios para el logro de este último, en línea con las frustrantes experiencias vividas por ciertas regiones especialmente rigurosas en la aplicación del paradigma de industrialización –como América Latina-. Este consenso fue siendo paulatinamente elaborado por las 3 grandes instituciones económicas internacionales bajo el liderazgo del Banco Mundial, y tendió a otorgar prioridad y publicidad a las políticas de apertura al exterior junto con un crecimiento guiado por las exportaciones⁷⁰

⁷⁰ En el marco del GATT, el Director-General de la época, Arthur Dunkel, encomendó la elaboración de un informe, que pasó a llamarse el “Reporte Leutwiler” (en honor al líder del grupo de expertos, Fritz Leutwiler), en que se recomienda la adopción de políticas aperturistas como medio para el desarrollo: COUNCIL – *Trade Policies for a Better Future – Report by an Independent Study Group* (19 de abril de 1985), C/133. Desde luego, los compromisos de la Ronda Uruguay permitían asegurar las políticas adoptadas por los gobiernos frente a los grupos domésticos: “Aquellos que han tenido la visión de tomar el desafío de la reforma política y económica ahora necesitan, y deberían esperar, el apoyo de aquellos que ya disfrutaban de estándares de vida comparativamente altos, ganados por las últimas cuatro décadas, a través de la operación de políticas basadas en el mercado”, DUNKEL, Arthur, *Many Countries Now Look to Uruguay Round to Reinforce their Efforts at Economic Reform: Press Release* (29 de agosto de 1990), GATT/1489, p. 2. Las discusiones en el seno de la teoría del crecimiento están reseñadas en KREVER, Tor. “The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank’s Development Model”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 52 (1) (2011), pp. 287-319.

⁷¹, sirviendo como argumento el patente ejemplo de los “tigres asiáticos” hacia fines de la década.

Habiendo transcurrido algo más de cinco lustros, el principio de Trato Especial y Diferenciado no había satisfecho las aspiraciones de los países en desarrollo –que prometían las elaboraciones teóricas del estructuralismo–, pero tampoco las de los países desarrollados: aquéllos esperaban que el principio decantara en derechos precisos basados en la no reciprocidad (algo no totalmente infundado); éstos, que los países en desarrollo fueran paulatinamente graduándose de su condición y participaran como iguales en el sistema.

De acuerdo a NOTTAGE, debido a las deficiencias mostradas en la práctica del Trato Especial y Diferenciado, los países en desarrollo “entraron a las negociaciones de la Ronda Uruguay abogando por menos énfasis en la no-reciprocidad con el objetivo en la negociación de aceptar

⁷¹ Desde luego, uno de los pioneros en la apertura unilateral fue Chile, a partir de 1974; sobre ello ver CORBO, Vittorio. “Problemas, teoría del desarrollo y estrategias en América Latina”, en *Estudios Públicos*, N° 32 (1988), pp. 30 y ss. Hay discusión sobre la experiencia asiática en esta época: si bien es cierto que el énfasis de las instituciones multilaterales fue puesto en la estrategia exportadora y la apertura al exterior de esos países, el rol del Estado en la política industrial fue fundamental en Japón y en los países que siguieron su ejemplo; sobre ello ver KREVER, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

una dilución del TED a cambio de un mejor acceso a mercados y reglas más fuertes”⁷². Según ANSONG:

“Este cambio de paradigma tuvo una influencia importante en los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales, en tanto un amplio, especial y diferenciado trato a los países en desarrollo *no tomó la forma de derogación de las reglas multilaterales*”⁷³.

En parte fruto de tal cambio, el enfoque de las normas sobre Trato Especial y Diferenciado en la Ronda Uruguay fue bastante distinto y se tradujo en dos aspectos: (a) los períodos de transición y (b) los compromisos de asistencia técnica, con miras a una equiparación de los compromisos y el término de las exenciones indefinidas⁷⁴.

Era claro que las experiencias de crecimiento de la mayor parte del mundo en desarrollo al iniciar la Ronda Uruguay habían sido traumáticas⁷⁵,

⁷² NOTTAGE, Hunter. “Trade and Development”, en BETHLEHEM, MCRAE, NEUFELD y VAN DAMME (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 488.

⁷³ ANSONG, *Special and Differential Treatment of Developing Countries in GATT/WTO: Past, Present, Future*, *op. cit.*, p. 35 (énfasis añadido).

⁷⁴ Por contraposición, el Trato Especial y Diferenciado en la época del GATT —esto es, previo a 1995— se caracterizó por tres aspectos: la no-reciprocidad, el acceso preferencial a mercados y la flexibilidad en el uso de políticas restrictivas. *Ibid.*, pp. 16 y 34. Como señala AGOSIN: el concepto de Trato Especial y Diferenciado “sufrió una erosión considerable durante la Ronda. Con excepciones menores, él ha sido relegado al otorgamiento de plazos más largos para que los PED se ajusten a normas internacionales de conducta comercial”, AGOSIN, Manuel. “Los países en desarrollo en la Ronda Uruguay”, en *Estudios Públicos*, N° 58 (1995), p. 389.

⁷⁵ Los países del sudeste asiático, como Corea y Taiwán, tuvieron experiencias notablemente exitosas. Pero era claro lo que la década de los 80’ había significado para el mundo en desarrollo: “Para muchos países en desarrollo, el decenio de 1980 fue un decenio perdido en lo que a desarrollo se refiere. En África y América Latina y el Caribe, y en partes de Asia, empeoraron las

por lo que en general, junto con entrar con un paradigma diferente a la Ronda –liberalizador-, tenían un poder de negociación disminuido; ello derivó en compromisos más bien perjudiciales, no sólo en cuanto acceso a mercados, sino también en casi todas las demás disciplinas acordadas⁷⁶.

Las disciplinas integradas en los diversos Acuerdos negociados durante la Ronda Uruguay tenían un objetivo más profundo que el mantenimiento del principio de no-discriminación, hacia una agenda que ha sido llamada “post-discriminación”, y que buscaba una integración profunda en línea con el consenso neo-liberal de comienzos de los 90’. Como ha sido relatado por HOWSE: “[l]o que era requerido para un mayor acceso a mercados se pensaba, en la ideología económica preponderante representada por el consenso de Washington, era también buena gobernanza económica doméstica: protección expansiva a la propiedad intelectual para estimular la innovación; desmonopolización y desregulación de industrias

condiciones de vida y se deterioró la infraestructura económica y social (...). La posición de los países en desarrollo en el comercio y las finanzas internacionales se debilitó considerablemente... La prolongada tendencia a la baja de los precios de los productos básicos tuvo efectos devastadores en los países en desarrollo que dependen de esos productos (...). Como resultado de ello, se registró una considerable transferencia neta de recursos de los países en desarrollo a los países desarrollados”, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NU, *Declaración sobre la cooperación económica internacional y, en particular, la reactivación del crecimiento económico y el desarrollo de los países en desarrollo* (1° de mayo de 1990), S-18/3, párrafos 7 y ss.

⁷⁶ En este sentido, AGOSIN, *op. cit., passim*.

de servicios... como las telecomunicaciones y las finanzas y la reducción de la regulación gubernamental de salud[, de] seguridad y ambiental a lo que podía ser estrictamente justificado por el análisis costo/beneficio”⁷⁷. Es claro que instrumentos como el *Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* o el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* “fueron claramente vistos por sus arquitectos como yendo mucho más allá de las normas básicas de no-discriminación del GATT –trato nacional y NMF- hacia la estimulación de reformas regulatorias favorables al mercado o la desregulación así como la armonización regulatoria global a través del uso de estándares internacionales”⁷⁸.

Estos aspectos de los resultados normativos de la Ronda Uruguay serían ampliamente criticados en los años siguientes, a lo que sería sumada una configuración crecientemente diversa de los poderes económicos globales.

⁷⁷ HOWSE, Robert. “The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 27 (1) (2016), p. 17.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 54.

VIII. El lanzamiento de la Ronda Doha (2001)

Una de las razones para la iniciación de una nueva ronda de negociaciones, y que en particular se le haya llamado “ronda del desarrollo”⁷⁹, es que en los años que siguieron a la entrada en vigor del *Acuerdo de la OMC*, muchos países en desarrollo se dieron cuenta de que la inversión de sus escasos recursos en la implementación de los Acuerdos multilaterales –incluyendo muchas reformas legislativas y creación y especialización de organismos- no estaba en línea con sus intereses de desarrollo, y en algunos casos les resultaba claramente perjudicial (p. ej., en el caso del TRIPS).

En este sentido, dos tipos de problemas fueron los que enfrentaron los países en desarrollo, considerando el “compromiso único”⁸⁰: (i) había acuerdos que claramente no estaban en su interés –o les eran manifiestamente perjudiciales-, como el TRIPS, y (ii) había acuerdos cuya

⁷⁹ Desde luego, dos eventos de enorme importancia explican también su denominación: primero, la Cumbre del Milenio celebrada en septiembre de 2000 y de la que nacieron los *Objetivos de Desarrollo del Milenio* –antecedente de los actuales *Objetivos de Desarrollo Sostenible*-, y segundo, los atentados en Nueva York al año siguiente, que explican que la Conferencia Ministerial se haya celebrado en un país árabe, simbolizando que el desarrollo –a través del comercio- incidiría en la disminución de las motivantes del terrorismo.

⁸⁰ El compromiso único fue adoptado desde el comienzo de las negociaciones: *Ministerial Declaration on the Uruguay Round: Press Release* (25 de septiembre de 1986), GATT/1396, p. 4.

implementación demandaba costos que les resultaban excesivos –o bien cuyos costos no resultarían compensados por los beneficios de la implementación-.

Esto fue tempranamente notado por algunos observadores, que pusieron en evidencia la inutilidad de los períodos de transición que contemplaban los Acuerdos de la Ronda Uruguay si no había incentivos económicos para su aplicación en los países en desarrollo y no había recursos para la implementación. Era claro que el proceso de formación de los grandes Acuerdos fue con escasa participación de los países en desarrollo⁸¹, quienes más por motivos diplomáticos aceptaron en ese entonces obligaciones y estándares que beneficiaban casi netamente a los países desarrollados. Como señala FINGER:

“El contenido de las propuestas de los países industriales sobre valoración en aduana, derechos de propiedad intelectual, y medidas sanitarias y fitosanitarias estaba bastante modelado en sus propios sistemas e instituciones, *las que ya estaban en funcionamiento*”⁸².

⁸¹ La Ronda Uruguay fue fundamentalmente guiada por los llamados “QUADs” (Estados Unidos, Europa, Japón y Canadá), los principales mercados de la época. BALDWIN, Richard. “The World Trade Organization and the Future of Multilateralism”, en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 30 (1) (2016), p. 106.

⁸² FINGER, Michael. “The WTO’s Special Burden on Less Developed Countries”, en *Cato Journal*, Vol. 19 (3) (2000), p. 433 (énfasis añadido).

Por ello, ya en la Conferencia Ministerial de Seattle (1999) se plantearon estos problemas de implementación, que se unieron a críticas generalizadas a la gobernanza económica multilateral y que se plasmaron en una serie de protestas anti-globalización en la época. En los años siguientes se tomó razón del problema, y se comenzó a trabajar en la agenda de lo que sería una nueva ronda de negociaciones que pusiera esos problemas y otros de interés de los países en desarrollo en el foco de las negociaciones. Como señala la *Declaración Ministerial* de 2001:

“La mayoría de los Miembros de la OMC son países en desarrollo. *Pretendemos poner sus necesidades e intereses en el centro* del Programa de Trabajo adoptado en la presente Declaración”⁸³.

Uno de los principales aspectos que los países en desarrollo han perseguido en este sentido durante las negociaciones es pasar de un lenguaje político y de ‘buenas intenciones’ propio de las disposiciones de

⁸³ *Declaración Ministerial. Programa de Doha para el Desarrollo* (14 de noviembre de 2001), WT/MIN(01)/ DEC/1, párrafo 2 (énfasis añadido). Para HowSE hay una narrativa alternativa para el origen de la nueva Ronda que es útil señalar: “mientras los ataques al neo-liberalismo se multiplicaban y ampliaban, la élite de la política comercial liderada por los países desarrollados, animada por el éxito de la Ronda Uruguay pero impaciente por moverse más hacia la utopía neo-liberal que fuera permitida en la Ronda Uruguay... concibió casi inmediatamente una agenda para nuevas negociaciones para avanzar donde la agenda neo-liberal había retrocedido durante la Ronda Uruguay”. HowSE, *op. cit.*, p. 21.

TED, hacia provisiones vinculantes y ejecutables⁸⁴, uno de los grandes intereses de los países en desarrollo desde las discusiones en el seno de la UNCTAD a fines de los 60'. Sin embargo, y pese al trabajo regular del Comité de Comercio y Desarrollo sobre el tema, la progresiva legalización de las disposiciones TED ha tenido escasa acogida en los países desarrollados. Como señala HOEKMAN, los países en desarrollo yerran el camino seguido después de la Ronda Doha debido a un cambio en la estructura de la producción y el comercio:

“Elementos clave de la estrategia TED perseguida por muchos países en desarrollo –especialmente aquellos que buscan limitar el alcance de las propias concesiones de política comercial- están posiblemente mal entendidos porque hacen poco por atender los factores clave que importan para la competitividad y que podrían de esa forma ayudar a mejorar el desempeño comercial”⁸⁵.

Uno de los países que ha evolucionado notablemente en su desarrollo desde el inicio de la Ronda es China, hasta el punto –junto el resto de las potencias emergentes, en particular los BRICS- de incidir enormemente en el estancamiento de las negociaciones. Sin embargo, antes que asumir un rol preponderante, como lo demandaría el poder de su economía, ha sido

⁸⁴ HOEKMAN, Bernard. *Re-Thinking Economic Development in the WTO*, European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, RSCAS Policy Paper 2013/09, p. 2.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 3. El autor, como se verá en el Capítulo Cuarto, se refiere a las Cadenas Globales de Valor y la necesidad de los países de insertarse en ellas exitosamente.

criticada por su falta de liderazgo en la Ronda, alineándose con las demandas de los países en desarrollo y centrándose en particular en el aumento de las flexibilidades⁸⁶. Sin embargo, su vertiginoso crecimiento la ha puesto paulatinamente en una posición cada vez más incómoda. Como observan dos autores: “[c]omo uno de los exportadores e importadores más importantes del mundo, China es muy diferente de casi todos los otros países en desarrollo. Sus intereses económicos frecuentemente se alinean con los de los países desarrollados. También está enfrentado con la realidad de que los grandes poderes comerciales nunca tendrán la voluntad política de tratar a China como una nación en desarrollo para los propósitos del trato E&D. Este reconocimiento mina el entusiasmo de China en abogar por el trato E&D para los países en desarrollo miembros”⁸⁷. Con todo, es probable que China continúe apoyando estas demandas genéricas, aunque crecientemente presionado por sus propios intereses exportadores e importadores, por lo que “se verá impedido de apoyar las solicitudes de algunos países en desarrollo por un trato especial y diferenciado extensivo.

⁸⁶ Desde el inicio de la Ronda Doha, China ha sido especialmente crítica de abrir espacio a mayores compromisos, aunque por una razón particular: su *Protocolo de Acceso* fue enormemente exigente, por lo que en su estatus de “Miembro Recientemente Accedido” ya había hecho compromisos más liberalizadores que el resto.

⁸⁷ LIM, Chin Leng y WANG, JiangYu. “China and the Doha Development Agenda”, *Journal of World Trade*, Vol. 44 (6) (2010), pp. 1314-5.

Para compensar por esto, China ha otorgado unilateralmente su propio trato especial y diferenciado a los países en desarrollo pobres”⁸⁸.

El mundo desarrollado, en cambio, se ha enfocado en dos áreas de avance -aunque esencialmente en un marco distributivo, como se verá-: (i) la Ayuda para el Comercio, lo que ha significado un cambio de enfoque sustantivo, y (ii) los países menos adelantados.

La (i) Ayuda Para el Comercio tiene por objetivo proporcionar una ayuda directa a los países en desarrollo para incentivar sus capacidades exportadoras, mediante el aporte eficiente de recursos a la oferta. La política respecto de (ii) los países menos adelantados, por su parte, fue decantando progresivamente hasta hacerse casi unánime en el sentido de que las condiciones particulares de estos cerca de 50 países importaban acordar condiciones especiales y gratuitas, no recíprocas, para promover sus economías –claramente, porque no representan una amenaza para ningún

⁸⁸ *Ibid.*, p. 1326. “Parece haber pocas dudas de que China continuará otorgando su apoyo al mundo en desarrollo por razones tanto ideológicas como estratégicas. Ideológicamente, China se ha identificado consistentemente con el mundo en desarrollo desde el establecimiento de la República Popular de China. Es poco probable que esto cambie en un futuro previsible dada la receptividad doméstica de esta propia imagen. Estratégicamente, China descansa sobre el soporte político de los países en desarrollo en otros foros (como el de Naciones Unidas)”, *in loc. cit.*

mercado-. Ambos avances fueron el foco de la Conferencia Ministerial de Hong Kong (*infra*).

Por otro lado, en términos generales, la Ronda no significa un gran avance en términos de reducciones arancelarias, por cuanto el arancel promedio *efectivamente aplicado* es ya bastante bajo: 3,7% como promedio, considerando un promedio de 2,5% para los países desarrollados y un 6,9% para los países en desarrollo (excluyendo los menos adelantados)⁸⁹. Ello ha llevado a algunos autores a afirmar que lo que está siendo negociado en la Ronda no es mejor que la alternativa al acuerdo negociado.

En general, las propuestas en las áreas más importantes consideran un trato especial y distinto a los países en desarrollo y aún más beneficioso para los países menos adelantados. Por ejemplo, fuera del trato arancelario⁹⁰, en materia de apoyo a la industria agrícola los límites son más intensos para países desarrollados que para países en desarrollo⁹¹, algo de

⁸⁹ MARTIN, Will y MATTOO, Aaditya. "The Doha Development Agenda: What's on the table?", en *The Journal of International Trade & Economic Development*, Vol. 19 (1) (2010), p. 83.

⁹⁰ Las reducciones arancelarias son proporcionalmente menores para los países en desarrollo tanto para productos agrícolas como no agrícolas, permitiéndoles además mayores flexibilidades al momento de escoger productos "sensibles" –v. gr., aquellos importantes para sus economías o grupos de poder domésticos–, *ibíd.*, pp. 99 y ss.

⁹¹ El apoyo permitido, p. ej., se limitaría a 2,5% de la producción total en los países desarrollados, pero a 5% en los países en desarrollo, MARTIN y MATTOO, *op. cit.*, p. 87.

especial interés para estos últimos, toda vez que se trata de productos primarios –su canasta exportadora fundamental- y los países que por antonomasia han protegido a su industria agrícola han sido los desarrollados.

En cuanto al comercio de servicios, las negociaciones se han basado en ofertas hechas por los Miembros sobre acceso a mercados en sectores específicos. La liberalización de los servicios es compleja, no sólo porque se trata de sectores sensibles de las economías –construcción, finanzas, telecomunicaciones, servicios profesionales y migración-, sino porque las regulaciones sobre los servicios, tal como ocurre con las barreras no arancelarias en el caso de los bienes, se confunden muchas veces con medidas legítimas cuyo fin no es la protección de un sector. Fuera de ello, las ofertas hechas en la Ronda han sido enormemente parcas, y los mayores avances se han hecho en el marco de los ACPs⁹² (*ver* Capítulo Cuarto).

Respecto a los países menos adelantados, se ha señalado que ésta es una Ronda gratuita para ellos, en tanto sólo se les requiere disminuir sus aranceles *consolidados* –y sólo en ciertos sectores-, pero no los

⁹² *Ibíd.*, pp. 101 y ss., y Roy, Martin. *Services Commitments in Preferential Trade Agreements: An Expanded Dataset*. World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, 2011, *passim*.

efectivamente aplicados⁹³. Por lo demás, luego de la Conferencia Ministerial de 2005, la iniciativa *duty free - quota free* ha liberado progresivamente las exportaciones de estos países de toda carga arancelaria –casi en un 100% en la Unión Europea y algo menos en Estados Unidos-. El único problema sigue siendo, al igual que en el resto de las provisiones TED, la falta de un compromiso vinculante en los mercados desarrollados, en el sentido de entregar una lista obligatoria y permanente de productos libres de derechos para los PMAs, lo que desalienta la inversión en estos países; así:

“si... los productos pueden ser borrados en tanto los PMAs desarrollan la habilidad de competir, esta ventaja podría ser reducida, erosionando enormemente el valor de la propuesta [*duty free - quota free*] toda vez que la mayoría de los países en desarrollo, tienden a especializarse en un set relativamente pequeño de productos”⁹⁴.

El problema del carácter de las disposiciones TED –que en el fondo representa en conflicto entre una visión recíproca y otra distributiva entre países desarrollados y en desarrollo- volvería a estar en el foco de la agenda comercial en los años siguientes⁹⁵.

⁹³ MARTIN y MATOO, *op. cit.*, p. 91.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 93-4.

⁹⁵ La *Declaración Ministerial* señala en su parágrafo 44: “convenimos en que se examinarán todas las disposiciones sobre trato especial y diferenciado con miras a reforzarlas y hacerlas más precisas, eficaces y operativas”, *op. cit.* No es descartable que la disputa que se reseñará haya sido parte de la estrategia negociadora de los países en desarrollo.

IX. El Caso *EC - Preferences*

A comienzos de 2002, recién iniciada la nueva Ronda de negociaciones, India inició consultas con las Comunidades Europeas, de acuerdo al procedimiento señalado en el *DSU*, en relación con la aplicación por parte de estas últimas de sus esquemas de preferencias generalizadas, al considerar India que la aplicación particular de esas preferencias le causaba perjuicio y se oponía a lo dispuesto en los apartados 2(a), 3(a) y 3(c) de la *Cláusula de Habilitación*. En específico, los apartados 3(a) y 3(c) de la *Cláusula* señalan:

“3. Todo trato diferenciado y más favorable otorgado de conformidad con la presente cláusula:

a) estará destinado a facilitar y fomentar el comercio de los países en desarrollo y no a poner obstáculos o a crear dificultades indebidas al comercio de otras partes contratantes...

c) deberá, cuando dicho trato sea concedido por partes contratantes desarrolladas a países en desarrollo, estar concebido y, si es necesario, ser modificado de modo que responda positivamente a las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo”.

A comienzos del año siguiente el Órgano de Solución de Disputas estableció el Panel respectivo, reservando sus derechos como terceras partes (Artículo 10 *DSU*) diversos países en desarrollo -entre otros, Brasil, Colombia, Venezuela y Perú-, además de Estados Unidos como potencia

otorgante de preferencias. El Panel emitió su Reporte a fines del 2003, las Comunidades Europeas apelaron, y el Órgano de Apelación emitió finalmente su Reporte a comienzos de abril de 2004.

La esencia del conflicto es expuesta por el propio Órgano de Apelación en los siguientes términos:

“las acepciones comunes de ‘discriminar’ apuntan en direcciones conflictivas en lo que se refiere a la adecuación de conceder un trato diferenciado. Bajo la lectura de la India, cualquier trato diferenciado de beneficiarios del SGP estaría prohibido, porque un trato tal necesariamente haría una distinción entre beneficiarios. En contraste, con arreglo a la lectura de las Comunidades Europeas, el trato diferenciado a beneficiarios del SGP no estaría prohibido *per se*. Más bien, las distinciones no serían permitidas sólo cuando la base para esas distinciones fuera inadecuada”⁹⁶.

El Panel dio en primera instancia la razón a la India en el sentido de que la condicionalidad en el otorgamiento de las preferencias arancelarias era incompatible con el principio de no discriminación incorporado en la *Cláusula de Habilitación*⁹⁷. En particular, consideró que “la intención de los negociadores fue proveer SGP igualmente a todos los países en desarrollo y eliminar toda diferenciación en el trato preferencial a los países en desarrollo, con la excepción de la implementación de limitaciones a

⁹⁶ *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries: Report of the Appellate Body* (7 de abril de 2004), WT/DS246/AB/R, párrafo 152.

⁹⁷ *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries: Report of the Panel, op. cit.*, párrafos 8.1 y ss.

priori... que pueden ser usadas para establecer límites de importaciones en orden a excluir ciertas importaciones originadas en países en desarrollo particulares donde los productos en cuestión alcancen un cierto nivel competitivo en el mercado del país que otorga la preferencia”⁹⁸. Así, fuera de esas limitaciones *a priori* y de la diferenciación respecto de los Países Menos Adelantados, permitida por el apartado 2(d) de la *Cláusula de Habilitación*, el Panel indicó que toda otra diferenciación no estaba permitida.

El Órgano de Apelación, sin embargo, razonó posteriormente de la siguiente manera:

“El párrafo 2(a), por su parte, *no autoriza ni prohíbe* explícitamente el otorgamiento de preferencias arancelarias diferentes a diferentes beneficiarios del SGP. Es claro de los significados comunes de ‘no-discriminatorio’, no obstante, que los países que otorgan preferencias deben hacer accesibles preferencias arancelarias idénticas a todos los beneficiarios *que se hallen en una situación similar*”⁹⁹.

Añadiendo posteriormente que:

“Atender a ‘las necesidades de los países en desarrollo’ puede así conllevar *tratar a diferentes países en desarrollo beneficiarios de forma diferente*”¹⁰⁰.

⁹⁸ *Ibíd.*, párrafos 7.170 y 7.171.

⁹⁹ *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries: Report of the Appellate Body, op. cit.*, párrafo 154 (énfasis añadido).

¹⁰⁰ *Ibíd.*, párrafo 162 (énfasis añadido).

La consecuencia lógica de este razonamiento fue que *cierta* forma de distinción estaba justificada, siempre cuando ella estuviera basada en estándares objetivos:

“[L]a existencia de una ‘necesidad de desarrollo, financiera [o] comercial’ debe ser juzgada de acuerdo a un estándar *objetivo*. El reconocimiento amplio de una necesidad particular, establecida en el *Acuerdo de la OMC* o en instrumentos multilaterales adoptados por organizaciones internacionales, puede servir como un estándar tal”¹⁰¹.

El Órgano de Apelación incluyó así, una disciplina sustantiva al permitir diferenciar: la condicionalidad elaborada por el país otorgante debía, siguiendo lo dispuesto por el apartado 3(c) de la *Cláusula*, hacer una contribución al desarrollo del país beneficiario. Sin embargo, no definió, fuera de lo señalado, criterios para medir esa contribución, ni aportó de otra manera a la definición de los términos *desarrollo* o *necesidades de desarrollo*.

De esta manera, aunque mantuvo la decisión del Panel de que las Comunidades Europeas incumplían la *Cláusula de Habilitación*, el Reporte pavimentó el camino para cierto tipo de discriminación en el acto de otorgamiento de las preferencias.

¹⁰¹ *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries: Report of the Appellate Body, op. cit.*, parágrafo 163 (énfasis original).

X. La Conferencia Ministerial de Hong Kong (2005)

El otorgamiento de preferencias, como se vio, es un acto esencialmente gratuito, y que en el marco de la OMC no genera obligaciones para el país otorgante.

Por ello, las preferencias pueden en principio ser asimiladas a la ayuda que los países industrializados han venido otorgando al mundo en desarrollo en las últimas décadas bajo distintas formas. Históricamente, sin embargo, ha habido escasa comunicación entre esta forma de relación en el marco del GATT y el amplio mundo de donantes y ONGs vinculadas a la ayuda internacional; esto por cuanto la función del GATT era otra, y en el diseño de la OMC tampoco se encuentra esta función.

Sin embargo, según HOEKMAN, en general “comenzando en los tempranos 2000s, hubo un creciente reconocimiento de que un mejor acceso a mercados [a través de preferencias arancelarias] no es suficiente. Para ser capaz de beneficiarse de un acceso a mercados mejorado las empresas en los países en desarrollo necesitan ser competitivas –es decir, operar en un ambiente de negocios que les permita competir con empresas en otros

mercados”¹⁰². El impacto de las reglas multilaterales es claramente distinto para los países:

“los países pobres pueden no ser capaces de aprovechar plenamente las oportunidades de mercado debido a una falta de competitividad y *la inhabilidad para hacerse cargo de costos de ajuste*”¹⁰³.

La principal respuesta de política en el marco de la OMC a este problema ha sido la *Ayuda Para el Comercio* (ver Capítulo Segundo para una fundamentación teórica).

Uno de los antecedentes más directos de la Ayuda para el Comercio en el seno de la OMC fue el Marco Integrado (IF, por sus siglas en inglés) para la asistencia técnica relacionada con el comercio, una iniciativa aprobada en la Conferencia Ministerial de Singapur (1996), y que coordinaba a la OMC con otras cinco agencias relacionadas (el Banco Mundial, el FMI, la UNCTAD, el Centro de Comercio Internacional y el

¹⁰² HOEKMAN, Bernard. *Aid for Trade: Why, What, and Where Are We?*, World Bank, 2010, en http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/239054-1273092281133/Bernard_Hoekman_Aid_For_Trade.pdf, p. 2 (énfasis añadido) (consultado el 23 de septiembre).

¹⁰³ *Ibid.*, p. 1. Por ello, “[s]in acción para mejorar la capacidad de la oferta, reducir los costos de transporte desde áreas remotas, facilitar el movimiento de bienes a través de las fronteras, conectar a los agricultores con los mercados, etc., las oportunidades comerciales no pueden ser plenamente explotadas y las ganancias potenciales del comercio no serán maximizadas”, *ibid.*, p. 8. En el mismo sentido la idea es recogida por la Conferencia Ministerial: “La Ayuda Para el Comercio deberá tener el objetivo de ayudar a los países en desarrollo, en particular a los PMA, a crear la capacidad de oferta y la infraestructura relacionada con el comercio que necesitan para poder aplicar los Acuerdos de la OMC y beneficiarse de ellos y, más en general, para aumentar su comercio”, *Declaración Ministerial* (18 de diciembre de 2005), WT/MIN(05)/DEC, párrafo 57.

PNUD). Si bien en un principio tuvo un bajo perfil debido a la falta de asignación de fondos¹⁰⁴, la iniciativa sirvió para acercar a las comunidades del comercio y de la ayuda internacional en los años siguientes¹⁰⁵, de acuerdo al mandato de coherencia en la formulación de las políticas económicas internacionales existente en la *Carta* de la OMC (Artículo III)¹⁰⁶.

Otra de las razones detrás de la Ayuda para el Comercio fue la resistencia del mundo en desarrollo a aceptar nuevas disciplinas en el marco de las negociaciones de la Ronda Doha, sin antes atender a las dificultades en la implementación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay (*ver supra*).

Claramente, la Ayuda para el Comercio importa un rol más activo de la comunidad internacional en el desarrollo de las capacidades comerciales de los Miembros más pobres, a diferencia de enfoques anteriores –incluido

¹⁰⁴ En los años posteriores, el Marco Integrado se transformaría en el Marco Integrado Mejorado (EIF, por sus siglas en inglés), actualmente en funcionamiento y con buenos resultados.

¹⁰⁵ HOEKMAN, *Aid for Trade: Why, What, and Where Are We?*, *op. cit.*, p. 5. Este acercamiento ha sido para el mismo autor la principal novedad del enfoque, permitiendo la alocaión eficiente de los recursos en áreas específicamente relacionadas al comercio internacional, *ibid.*, p. 20.

¹⁰⁶ El Banco Mundial es, en efecto, la principal institución que coordina la entrega de ayuda y formula políticas globales al respecto. El *Reporte Sutherland* se refiere precisamente a esto: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *El Futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio* (Informe del Consejo Consultivo al Director General Supachai Panitchpakdi), Ginebra, 2004, pp. 95-6.

el de la Ronda Uruguay-, en que el grado de deferencia a los gobiernos nacionales era mucho mayor a la hora de definir sus políticas y la inversión de los recursos otorgados.

Para HOEKMAN, con la creación de la Ayuda Para el Comercio (AFT, por sus siglas en inglés) y el Marco Integrado Mejorado (EIF), se dio atención a algunas de las cuestiones de mayor preocupación que los países en desarrollo tenían a fines de los 90' y que gatillaron el lanzamiento de la Ronda Doha¹⁰⁷.

En este sentido, este autor ha señalado que una mejor integración en los flujos comerciales internacionales sólo puede lograrse atacando los problemas reales que enfrentan los productores en los países en desarrollo, señalando la mayor efectividad de esta iniciativa: “reducir los costos comerciales reales tendrá un mayor impacto en los flujos comerciales que una reducción en los aranceles aplicadas”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ HOEKMAN, *Re-Thinking Economic Development in the WTO*, *op. cit.*, pp. 2-3.

¹⁰⁸ HOEKMAN, *Aid for Trade: Why, What, and Where Are We?*, *op. cit.*, p. 9-10 (incluye datos), señalando también que “[e]l efecto impeditivo del comercio de estos costos es frecuentemente mayor que el impacto restrictivo de las barreras fronterizas tradicionales como los aranceles de importación”, *in loc. cit.*

Es necesario añadir que los niveles arancelarios que enfrentan las exportaciones de los países menos adelantados es más baja que las respectivas tanto de los países desarrollados como en desarrollo: mientras para éstos los promedios aplicados son de 3,6% y 3,9%, actualmente los países menos adelantados enfrentan aranceles efectivos de en promedio menos de 3,3%¹⁰⁹, considerando las preferencias arancelarias y la iniciativa *duty free - quota free*, por lo que en general el espacio para avanzar está fuera de la tradicional reducción de aranceles. Ello ha sido percibido por la comunidad comercial y desde su inicio los fondos para la *Ayuda para el Comercio* se han más que duplicado, totalizando para 2015 casi US\$54 billones¹¹⁰.

En la práctica reciente, la *Ayuda Para el Comercio* se ha centrado en el financiamiento de infraestructura relacionada al comercio, como vías de transporte, energía y el sector bancario, conllevando en general un impacto positivo en las manufacturas de exportación. Para los exportadores de países especialmente vulnerables como los PMAs, el factor más decisivo para sus costos de exportación es la geografía: el 80% de los costos de

¹⁰⁹ MARTIN y MATTO, *op. cit.*, p. 86.

¹¹⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Statistical Review 2017*. Geneva, World Trade Organization, 2017, p. 71. La región que más ayuda concentra es Asia, seguida de África.

exportación a nivel global son atribuibles al transporte marítimo, por lo que el diseño de políticas multilaterales –especialmente de competencia, *infra-*orientadas a la reducción de costos para los usuarios deviene necesario¹¹¹. Para ciertos países, especialmente los del África sub-sahariana y ciertos países de Europa Central, el transporte terrestre deviene más importante, estimándose que una reducción del 10% en sus costos de transporte significaría un aumento de hasta un 30% en su comercio¹¹².

El foco de la ayuda también se ha centrado en la promoción de exportaciones. En tal sentido, las acciones se han dirigido a apoyar asesorías a los exportadores, en acercar la oferta y la demanda y en la coordinación de actores públicos y privados. En esta área los resultados han sido en general positivos¹¹³.

¹¹¹ CADOT, Olivier *et al.* *Evaluating Aid for Trade: A Survey of Recent Studies*. World Bank, Policy Research Working Paper 6742, 2014, p. 13. Algunas estimaciones para el mercado estadounidense han indicado que los carteles marítimos han aumentado en un tercio en promedio el costo del transporte, *ídem*.

¹¹² *Ibid.*, p. 10.

¹¹³ Para el caso de Chile, p. ej., ha habido un aumento en el número de mercados de destino, pero no en el número de productos exportados, CADOT *et al.*, *op. cit.*, p. 19.

XI. El Acuerdo de Bali (2013) y los nuevos desarrollos

La Gran Recesión de los años 2008 y 2009 tuvo efectos en todas las economías del orbe, pero las consecuencias más desastrosas ocurrieron en los países industriales tradicionales, vale decir, Estados Unidos y la Unión Europea. Notablemente, para los grandes países en desarrollo, la crisis fue una oportunidad para mostrar la envergadura de su economía, y ya en 2010 países como India, Brasil, Indonesia y China se recuperaban a un ritmo muy superior al de las potencias occidentales¹¹⁴, aumentaron aún más su participación en el comercio mundial¹¹⁵, y en general sirvieron como un motor para la recuperación mundial.

La tendencia hacia cada vez un mayor protagonismo de los grandes países en desarrollo en las relaciones económicas internacionales desde el año 2000, se ha acentuado, por ello, con posterioridad a la crisis, y ello ha llevado al fenómeno actual de reconfiguración de poderes, explicado en el

¹¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *Informe sobre el Comercio Mundial 2014*, p. 196.

¹¹⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio* (21 de octubre de 2011), WT/COMTD/W/181, p. 8 y s. En India, por ejemplo, en plena crisis, sus exportaciones de servicios de tecnología de la información aumentaron un 8% en 2009-2010, *ibíd.*, p. 37.

Capítulo anterior. Lo que ello ha significado en particular para el régimen de Comercio y Desarrollo se analizará en los siguientes párrafos.

Es posible señalar que la evolución reciente en el régimen del desarrollo en el comercio internacional es simétrica al desarrollo del mismo tratamiento en otro gran ámbito de las relaciones económicas internacionales actuales: el ambiente.

PAUWELYN señala que existen notorios paralelos en la evolución de ambos regímenes: (a) ambos han pasado a través de períodos similares: (i) comenzaron con acuerdos estableciendo paridad de compromisos entre ambos grupos de países -desarrollados y en desarrollo-; (ii) a partir de los 70's, en ambos regímenes los países en desarrollo obtienen provisiones especiales y exenciones más o menos amplias, y (iii) hoy en ambos regímenes se está volviendo a alguna forma de simetría o reciprocidad, aunque con mayor diferenciación atendiendo individualmente a las condiciones de cada país miembro del acuerdo¹¹⁶. Además, (b) en ambos

¹¹⁶ PAUWELYN, Joost. "The End of Differential Treatment for Developing Countries? Lessons from the Trade and Climate Change Regimes", en *Review of European Community & International Environmental Law*, N° 22 (2013), pp. 34-5. En materia ambiental, los instrumentos fundamentales que marcan la evolución son los siguientes: la Declaración de Estocolmo sobre Ambiente Humano (1972) (Principio 24), la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo (1992) (Principios 6 y 7), el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1997)

regímenes el estancamiento del progreso se ha debido de manera principal al rol evolutivo y a las demandas de los países en desarrollo -notoriamente los BRICS-.

Cuatro factores pueden ser identificados como responsables del bloqueo del progreso en la actualidad: (i) el poder de veto que tienen *de facto* los grandes países en desarrollo (en materia comercial, por el tamaño de su mercado), (ii) la presión de los BRICS por seguir formando parte indisoluble del grupo de los países en desarrollo, (iii) la negativa de los países desarrollados a hacer mayores concesiones si no es con la reciprocidad de los BRICS, y (iv) la negativa de los pequeños países en desarrollo a quebrar el grupo, sea por el temor a perder poder negociador, sea por la presión política de los grandes países en desarrollo¹¹⁷.

La tendencia hacia una mayor diferenciación que es posible observar actualmente fue “bautizada” por el Reporte del Órgano de Apelación en el caso *EC – Preferences* (ver *supra*): fue este Reporte el que pavimentó el

(los compromisos son diversos dependiendo de si se pertenece al Anexo I o al Anexo II), los débiles resultados de las Cumbres de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible (2002) y de Copenhague sobre Cambio Climático (2009), y el reciente Acuerdo de París sobre Cambio Climático (2015) (principalmente Artículo 9), que confirma la evolución reseñada.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 35.

camino para la nueva evolución en la relación jurídica entre los países desarrollados y países en desarrollo: la progresiva diferenciación.

No obstante lo anterior, la necesidad de la diferenciación habría comenzado con la adhesión de China a la OMC en 2001. En su Protocolo de Adhesión, China tuvo que aceptar compromisos aún más liberalizadores que los países desarrollados (“WTO-plus”¹¹⁸).

El enfoque diferenciado a la hora de enfrentar las políticas comerciales de los países en desarrollo venía prescrita desde hace un tiempo, aunque por razones más bien técnicas que políticas –que son algo más actuales-:

“La reforma comercial es algo que debe ser adaptado a las circunstancias de un país, tomando en cuenta su ventaja geográfica, sus necesidades institucionales, sus relaciones con sus principales socios comerciales”¹¹⁹.

La evolución reciente del *Acuerdo de Compras Públicas* es también patente en lo relativo a esta evolución. El *Acuerdo* original de 1994 tenía un Artículo V titulado “Trato Especial y Diferenciado para los Países en Desarrollo”, que era en general expresión de ese estadio en la evolución del

¹¹⁸ Por ejemplo, la eliminación de impuestos y demás cargas a la mayoría de sus exportaciones: *Protocol on the Accession of the People’s Republic of China* (WT/L/432), parágrafo 11.3.

¹¹⁹ Dani RODRIK, citado por TRACHTMAN, Joel. “Legal Aspects of a Poverty Agenda at the WTO: Trade Law and ‘Global Apartheid’”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 6 (1) (2003), p. 19.

régimen –la Ronda Uruguay-. El *Acuerdo Revisado sobre Contratación Pública* (2012), en cambio, tituló a su Artículo V sencillamente “Países en Desarrollo”, y cambiando notoriamente el enfoque; así, el Artículo V.1 señala que:

“las Partes prestarán una atención especial a las circunstancias y necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo y de los países menos adelantados (...), *reconociendo que dichas circunstancias y necesidades pueden variar significativamente de un país a otro*”¹²⁰ (énfasis añadido).

Finalmente, el *Acuerdo de Bali*¹²¹ (2013) claramente marca la tendencia hacia la diferenciación progresiva y mayor reciprocidad en los compromisos. El Artículo 13 del *Acuerdo* es claro:

“2. (...) El alcance de las disposiciones del presente Acuerdo y el momento de aplicarlas *guardarán relación con las capacidades de aplicación de los países en desarrollo y menos adelantados Miembros*. Cuando un país en desarrollo o menos adelantado Miembro continúe careciendo de la capacidad de aplicación necesaria, no se exigirá la aplicación de la disposición o las disposiciones de que se trate hasta que se haya adquirido la capacidad de aplicación” (énfasis añadido).

El *Acuerdo de Bali* presenta dos grandes innovaciones que significan cambios de enfoque sustantivos. El primero es la nueva y efectiva condicionalidad que implica –más cercana a la reciprocidad-, y el segundo

¹²⁰ También en su apartado 3, el Artículo V pone énfasis en las circunstancias y necesidades específicas del país: “*Sobre la base de sus necesidades de desarrollo...*”.

¹²¹ El “Acuerdo” de Bali por antonomasia es el *Acuerdo sobre Facilitación del Comercio*.

el cambio de enfoque en lo relativo a la solución de problemas multilaterales.

La primera innovación es que condiciona la aplicación de los compromisos que establece a la asistencia que los países desarrollados entregarán a los países en desarrollo para la creación de la capacidad necesaria para la implementación. Diferencia, así, entre tres categorías de disposiciones (Artículo 14.1): (i) disposiciones que se aplicarán al momento de entrar en vigor el *Acuerdo*, (ii) disposiciones que serán aplicadas luego de un período de transición, y (iii) disposiciones que serán aplicadas luego de un período de transición y que además requieren la prestación de asistencia y apoyo para la creación de capacidad. El *Acuerdo* señala que será cada país en desarrollo, *individualmente*, el que señalará las disposiciones que incluirá en cada categoría (Artículo 14.2).

Pascal LAMY, Director General de la OMC en el momento en que el *Acuerdo de Bali* fue negociado, señaló:

“[P]or primera vez, tenemos la estructura de un acuerdo que estará basado no en exenciones para los países en desarrollo sino más bien en ayudarlos a construir la capacidad de adoptar las mismas medidas que incluso el miembro más desarrollado adoptaría. Esto es un importante, y según algunos, sísmico cambio en cómo los países se están aproximando a las negociaciones”¹²².

¹²² LAMY, Pascal. “Emerging Economies have Shifted the Balance of Power in World Trade”, Richard Snape Lecture, Melbourne, Australia (26 de noviembre de 2012), citado por PAUWELYN, *op. cit.*, p. 37.

Para HOEKMAN, pese a los beneficios que pueden traer las preferencias -en un enfoque de reciprocidad dinámica-, los países en desarrollo debieran pasar de una posición centrada en las excepciones y exenciones (que llama “negativa” o “defensiva”), a una “positiva” consistente en “un compromiso constructivo sobre la sustancia de las restricciones al comercio que prevalecen en los países en desarrollo”¹²³, movilizándolo además el apoyo necesario “para ayudar a los gobiernos a poner en marcha mejores marcos de política y lograr los objetivos de desarrollo nacional”¹²⁴.

El movimiento hacia una mayor reciprocidad puede también verse en el cambio de enfoque en la política de ayuda de la Unión Europea, desde las preferencias unilaterales propias de los *Convenios de Lomé* (1975-1989), hacia el *Acuerdo de Cotonou* (2000) y los sucesivos acuerdos comerciales bilaterales con los antiguos países beneficiarios de sus esquemas preferenciales de África, El Caribe y el Pacífico¹²⁵.

¹²³ HOEKMAN, *Re-Thinking Economic Development in the WTO*, op. cit., p. 3.

¹²⁴ *In loc. cit.*

¹²⁵ El *Acuerdo de Cotonou* marca un cambio político hacia una mayor exigencia de reciprocidad en la política de la Unión Europea a los países en desarrollo; sintomática es la explosiva celebración de acuerdos bilaterales en los años posteriores: Marruecos (2000), Chile (2003), Líbano (2003), Egipto (2004), Argelia (2005), CARIFORUM (2008), Costa de Marfil (2009), Perú y Colombia (2013), etc.

Esta tendencia hacia una mayor diferenciación con miras hacia una mayor reciprocidad tiene desde luego sus riesgos y desventajas. Primero, implica efectivamente una pérdida de poder negociador de los países en desarrollo. Una solución para ello sería una organización eficiente en grupos negociadores en torno a temas y necesidades específicas. Ello ya ocurre hoy, y es posible observar gran variedad de grupos unidos en las negociaciones, sea por afinidad geográfica o temática¹²⁶: grupos como el de ACP (países de África, El Caribe y el Pacífico), Cotton-4 (países africanos especialmente interesados en las políticas respecto del algodón), NAMA-11 (países emergentes con especial interés en los productos industriales) y el grupo de Cairns (que puja por la liberalización agrícola). Además, hay otros de afinidad natural por poseer vínculos comerciales protegidos por acuerdos, tales como ASEAN (países del sudeste asiático) y el MERCOSUR, o bien por tener las mismas limitantes económicas, como el grupo de Economías Pequeñas y Vulnerables y el grupo de los PMAs.

Parte de ello se explica por el desafío a su política de SGP por parte de países emergentes como Brasil en 1998 (DS154, aún en consultas) y posteriormente Tailandia (2001, DS242, *idem*) e India (DS246, ver *supra*).

¹²⁶ Lo siguiente se basa en “Grupos en el marco de las negociaciones”, página temática de la OMC: [https:// www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/negotiating_groups_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/negotiating_groups_s.htm) (consultado el 12 de septiembre).

Un segundo riesgo es que los compromisos carezcan de ambición, se estanque el progreso y tienda sólo a acodarse el “mínimo común denominador”. Y un tercer riesgo es que desaparezca la certeza y haya desacuerdo en los criterios para la identificación de los beneficiarios; en palabras de PAUWELYN:

“Si una regla de la OMC establece la diferenciación, por ejemplo, con referencia a ‘necesidades de desarrollo, financieras o de comercio’, sin clasificar explícitamente a los países de acuerdo a esas necesidades, es difícil predecir cuál y en qué medida países específicos pueden beneficiarse”¹²⁷.

Este último riesgo puede ser controlado acordando criterios objetivos controlados y asegurados multilateralmente, aunque ciertamente ello es más complejo que una calificación voluntaria –como ocurre hoy-, y es probable que surjan interpretaciones diversas tanto en los BRICS como en Estados Unidos y Europa (como se reseñó en el Capítulo anterior).

En cuanto a la segunda gran innovación, el *Acuerdo* sin duda implica un nuevo enfoque, parcialmente cooperativo, en la solución de los problemas del mundo en desarrollo. El Artículo 21 del *Acuerdo*, por ejemplo, regula la entrega de ayuda, la que podrá ser “en condiciones

¹²⁷ PAUWELYN, *op. cit.*, p. 40.

mutuamente convenidas, bilateralmente o por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas”¹²⁸. Para LAMP:

“El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio puede así ser visto como un ejemplo del enfoque cooperativo a la creación de normas, en el que todas las partes contribuyen hacia un objetivo común: los países desarrollados aportan recursos y *expertise*, mientras que los países en desarrollo asumen un compromiso de implementar obligaciones legales”¹²⁹.

Es posible señalar que desde la aplicación de los resultados de la Ronda Uruguay, su evolución en la Conferencia Ministerial de Hong Kong (2005) y el *Acuerdo de Bali* (2013), el sentido en la formación del régimen de Trato Especial y Diferenciado ha sido centrarse en la ayuda directa a los países beneficiarios con miras a lograr una paridad de obligaciones, que permita una participación plena en un sistema multilateral cuyo principio fundamental es la reciprocidad. Por ello, y como se vio en el Capítulo anterior, la condicionalidad de los compromisos asumidos por cada lado en

¹²⁸ Para LAMP: “En vez de sencillamente permitir a los países en desarrollo a desistir de los compromisos, el acuerdo establece un vínculo entre las obligaciones de los países en desarrollo por un lado y su capacidad de implementación por la otra, haciendo efectivamente la provisión de asistencia técnica de los países desarrollados una pre-condición para que las respectivas obligaciones de los países en desarrollo tengan efecto”, “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, *op. cit.*, p. 768.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 768. “[L]as provisiones de la Sección II reflejan un esfuerzo colectivo para poner a los países en desarrollo en la posición de implementar esas obligaciones (...). En la medida que el acuerdo de facilitación del comercio [sic] representa un esfuerzo por los países en desarrollo y desarrollados para trabajar juntos y cada cual hacer lo que es necesario para el logro de un objetivo común –i.e. reducir los costos de transacción del comercio– ello podría significar el resurgimiento del enfoque cooperativo en la creación de reglas comerciales [*trade lawmaking*]”, *ibid.*, p. 771.

el *Acuerdo* de 2013 corresponde conceptualmente más bien a la reciprocidad –particularmente aquella con un resultado cooperativo-, dejando el aspecto distributivo del sistema en la Ayuda Para el Comercio y en los Sistemas Generalizados de Preferencias que aún se aplican.

SEGUNDA PARTE

I. Concepto de Trato Especial y Diferenciado

El TED es la principal forma que toma la relación entre los países desarrollados y los países en desarrollo en el comercio internacional.

Las relaciones entre lo que ha venido significando el desarrollo en la posguerra y en la actualidad, y el comercio internacional, sí pueden ser reunidas en el concepto de TED, por cuanto éste ha sido modelado por, y a su vez ha modelado, esa cambiante relación. Para ANSONG:

“El principio de trato especial y diferenciado aboga por un paradigma de desarrollo en el comercio internacional que pone las necesidades de desarrollo de los países en desarrollo en el centro del régimen comercial internacional”¹³⁰.

¹³⁰ ANSONG, *Special and Differential Treatment of Developing Countries in GATT/WTO: Past, Present, Future, op. cit.*, p. 6.

El Trato Especial y Diferenciado es un conjunto de principios y normas cuyo objeto es favorecer la integración comercial de los países en desarrollo, desviándose del principio fundamental de la reciprocidad en el comercio multilateral.

Este conjunto de normas y principios, pese a tener caracteres distintos debido a las distintas épocas en que, y concepciones a través de las que, ha sido implementado –ver *supra*–, posee cuatro rasgos principales que lo caracterizan en su esencia; ellos son: (a) la no reciprocidad, (b) su aspecto distributivo, (c) su falta de legalización y (d) su temporalidad.

a. No reciprocidad

Como se ha señalado a lo largo de esta Memoria, la reciprocidad es un comportamiento entre Estados caracterizada por la contingencia y la equivalencia –ver Capítulo anterior-. El Sistema Internacional de Comercio está esencialmente fundado en ese comportamiento, que fue institucionalizado por el GATT en 1947 y reafirmado por la OMC en 1995. Ahora bien, el TED desde su origen –rastreado hasta mediados de los 50’- ha implicado que una de las partes de la relación comercial tenga ciertas ventajas: tiene derechos exclusivos, se ve exenta de obligaciones o de otra

manera tiene un tratamiento preferente, sin que la contraparte reciba algo a cambio.

Algunos han argumentado, desde un punto de vista estructural, que el trato diferente se justifica como contrapeso a las injustas condiciones del comercio internacional que llevan a un deterioro secular de los términos de intercambio de las partes en desarrollo. Otro punto de vista afirma que es una excepción temporal debida al ineficiente desarrollo de ciertos países, que con los estímulos adecuados podrían participar en plenitud en el intercambio comercial.

En los últimos años, dado el vertiginoso crecimiento de grandes naciones en desarrollo, la no reciprocidad –siempre ligada a una noción de distribución- ha dado paso paulatinamente a una relación diversa, más bien recíproca, entre el mundo desarrollado y los países en desarrollo. Este avance hacia la reciprocidad ha corrido paralelo con el afianzamiento de un régimen particular para los Países Menos Adelantados, fundado en la idea contraria de la no reciprocidad. El perfilamiento de regímenes distintos ha implicado una evolución notable en el TED, marcada precisamente por dos extremos: el *Acuerdo de Bali* y la *Ayuda Para el Comercio*.

b. Distribución

De acuerdo a lo estudiado en el Capítulo Segundo, los costos de ajuste se generan por la dinámica de los intercambios comerciales en distintos países alrededor del mundo, y deben ser un tema central de atención –aunque sí cabe señalar que ellos son de atención primaria del gobierno del propio país que los sufre, que debe distribuir los beneficios desde los exportadores exitosos a los perdedores a través de herramientas como los impuestos-. Como señalara TRACHTMAN, “[t]oda sociedad necesita un mecanismo por el cual expresar solidaridad con aquellos que están necesitados, especialmente aquellos *cuyas necesidades resultan de la estructura misma de la sociedad*”¹³¹. Ello significa que el sistema internacional debe comprender en su estructura esta responsabilidad, lo que de alguna manera implica que los países comercialmente exitosos tengan una cuota en la reparación de los países perdedores.

En cierta medida, el Trato Especial y Diferenciado responde a esta lógica. También la cláusula de la Nación Más Favorecida. Ambas son beneficios que los grandes actores comerciales otorgan a los países más

¹³¹ TRACHTMAN, Joel. “The Constitutions of the WTO”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 17 (3) (2006), p. 642.

pobres fuera de la lógica de la reciprocidad, asumiendo los costos del *free-riding*.

En la actualidad, es posible señalar que esta función se cumple plenamente respecto de ese grupo particularmente rezagado como es el de los Países Menos Adelantados. Respecto del resto de los países en desarrollo, las tendencias estructurales muestran una progresiva vuelta a la reciprocidad, lo que obedece plenamente a la lógica del sistema de intercambios comerciales y también al dato de la reconfiguración internacional de poderes.

c. Falta de legalización

Es talvez la principal crítica que se hace al TED. La falta de compromisos vinculantes asumidos por parte de los países desarrollados en el marco del GATT ha decantado en que cualquiera sea la acción tomada por éstos –p. ej., un trato arancelario preferente- ella no sea ejecutable y sea esencialmente revocable –como en Derecho ocurre en general con los actos unilaterales-.

Los instrumentos carentes de legalización son precisamente aquellos escritos en términos más bien genéricos, en un lenguaje político y de buenas intenciones; poco precisos, y sin posibilidad de ejecución o control por un tercero (síntoma epitomizado por la *Parte IV* del GATT en el régimen comercial multilateral). El único caso en el sistema en que el TED fue desafiado en este sentido –el caso *EC – Preferences, supra*- fue para reafirmar que dentro del acto discriminatorio –en el sentido de excepción al trato NMF- los países otorgantes *podían* discriminar.

Es propio del sistema internacional que los actos no recíprocos, más bien de carácter distributivo, tengan estas características, por lo que no es casualidad que el TED comparta estos caracteres con la ayuda extranjera, y que su nueva forma, la *Ayuda Para el Comercio*, esté más cerca de esta última que del sistema comercial.

d. Temporalidad y “graduación”

Como se ha visto a lo largo de este Capítulo, el requisito de la graduación apareció en la concepción temprana del trato arancelario preferente en la misma UNCTAD, desde su fundación. Este requisito implica que el tratamiento excepcional dado a un país en desarrollo

beneficiario es necesariamente temporal, mientras éste adquiere las capacidades económicas que le permitan competir y participar plenamente en el sistema de reciprocidad. Una vez adquirida esa capacidad, ese país se “graduara” del trato preferencial y entrara a gozar de los mismos derechos y obligaciones que los demás Miembros –vale decir, que los Miembros desarrollados-. No obstante esta idea, hasta la fecha, ningun país se ha “graduado” formalmente, lo que hace que en un mismo grupo de países en desarrollo sea posible encontrar realidades tan enormemente dispares como la de Corea del Sur o los Emiratos Árabes Unidos y la de países como Rwanda o Afganistán.

* * *

Existen claras diferencias entre un sistema de intercambios comerciales guiado por la norma de *reciprocidad*, y que es encarnado por las reglas fundamentales de los principales acuerdos administrados por la OMC, y un sistema que se haga cargo de quienes no pueden participar plenamente de tales intercambios comerciales, que aquí se ha llamado *distributivo*, y que está encarnado en el régimen del Trato Especial y Diferenciado.

El futuro de un régimen ajeno a la reciprocidad, como es actualmente el del Trato Especial y Diferenciado, y en particular las iniciativas de la *Ayuda Para el Comercio* y *duty free - quota free*, está claramente alejado de fenómenos como la bilateralidad y la retaliación; por ello, siempre se han planteado problemas por la precariedad jurídica que presenta el mismo y los problemas subsecuentes que acarrea (*supra*).

No obstante ello, el nivel de cumplimiento de estas últimas dos iniciativas en particular ha sido notable, lo que vuelve innecesario insistir sobre su legalización¹³². El cumplimiento del aspecto *distributivo* del sistema comercial internacional obedece a otro tipo de razones, y su forma jurídica responde a una matriz distinta de la reciprocidad, más cercana a una forma integral o colectiva (*ver* Capítulo anterior). En ausencia, sin embargo, de una expresa opción global por esas últimas formas, su cumplimiento está más bien ligado al proceso de formación del régimen, y la participación y

¹³² HAWTHORNE ha argumentado extensamente sobre la formación y existencia de una *norma* de trato especial y diferenciado, en particular hacia los Países Menos Adelantados. HAWTHORNE, Hellen. *The Least Developed Countries, The World Trade Organisation and the Norm of Special Treatment* (Tesis doctoral). London, City University London, 2011, pp. 34-119.

legitimidad con que ha ido siendo construido¹³³; ello lo hace más cercano a las nuevas formas de cooperación que se verá en el Capítulo siguiente.

II. Normas de Trato Especial y Diferenciado

Existe un total de 145 provisiones que se enmarcan dentro del Trato Especial y Diferenciado, repartidas a través de los Acuerdos y otros instrumentos jurídicos de la OMC¹³⁴. Existen asimismo distintas clasificaciones hechas de tales provisiones; una de las principales es la hecha por la Secretaría de la OMC en 2001, que clasifica las provisiones TED en seis grupos: (i) Provisiones destinadas a incrementar las oportunidades comerciales de los países en desarrollo Miembros, (ii) Provisiones bajo las cuales los Miembros de la OMC deben salvaguardar los intereses de los países en desarrollo Miembros, (iii) Flexibilidad de los compromisos, de acción y uso de instrumentos de política, (iv) Períodos de transición, (v) Asistencia técnica y (vi) Disposiciones relativas a los países menos adelantados Miembros¹³⁵.

¹³³ La idea del *proceso legal transnacional* de KOH, que se centra en la obediencia voluntaria, se ajusta bien a este fenómeno. KOH, Harold Hongju. "Why Do Nations Obey International Law?", en *The Yale Law Journal*, Vol. 106 (1997), pp. 2645 y ss. Ver también ORREGO, Francisco. "Creación del derecho en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?", en *Estudios Internacionales*, N° 146 (2004), p. 94. Es indudable que ello enlaza con nuevas formas de entender el Derecho Internacional: ver Capítulo siguiente.

¹³⁴ COMMITTEE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Special and Differential Treatment Provisions in WTO Agreements and Decisions* (21 de septiembre de 2016), WT/COMTD/W/219, p. 5. Nos remitimos a este documento. Aquí se dará cuenta de las disposiciones estructuralmente más importantes.

¹³⁵ *Ídem*.

La otra clasificación de relevancia, más sencilla y general, es la que utilizamos aquí¹³⁶:

<p>a) Disposiciones de aplicación general, de interés especial para los países en desarrollo</p>	<p>i) Artículo XX GATT, letras b) y g): permiten adoptar medidas encaminadas a promover un desarrollo sostenible; p. ej., permiten adoptar medidas para proteger la vida y salud de las personas, la protección de la flora y fauna y la conservación de los recursos naturales. Los artículos 2 y 5 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), y 2, 3 y 4 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) detallan la forma en que ello puede hacerse.</p> <p>ii) Artículo XI GATT, párrafo 2: permite a los miembros adoptar restricciones a la exportación para prevenir o remediar escasez de alimentos y/o productos esenciales.</p>
<p>b) Disposiciones específicas para los países en desarrollo relativas a limitaciones en materia de recursos</p>	<p>i) Períodos de transición: la mayoría de los acuerdos de la Ronda Uruguay adoptó el enfoque de los períodos de transición; p. ej., el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Artículo 27) y el Acuerdo ADPIC (Artículo 65) permiten un período tal para la entrada en vigencia de ciertas obligaciones. También los Acuerdos MSF (Artículo 10) y OTC (Artículo 12) permiten a los países en desarrollo este recurso.</p> <p>ii) Asistencia técnica: p. ej., el Artículo 27.2 del ESD señala que la Secretaría de la OMC deberá prestar apoyo especial a los países en desarrollo Miembros. También el Artículo 9 del Acuerdo MSF señala que los Miembros facilitarán la prestación de asistencia técnica, especialmente a los países en desarrollo Miembros.</p>
<p>c) Flexibilidades destinadas a restringir importaciones y promover exportaciones</p>	<p>i) Exenciones para los países en desarrollo: el Artículo XVIII GATT es el más amplio en este sentido. Permite a los Miembros en desarrollo modificar o retirar alguna concesión arancelaria, adoptar restricciones cuantitativas de importaciones y adoptar en general otra medida estatal que afecte las importaciones.</p>

¹³⁶ La clasificación es la hecha en el *Informe sobre el Comercio Mundial 2014*, pp. 215 y ss. Al ser más general, permite apreciar mejor su relación con las ideas subyacentes, analizadas en el Capítulo anterior.

	<p>El Artículo XII GATT, por su parte, permite adoptar restricciones cuantitativas por el motivo específico de problemas en la balanza de pagos.</p> <p>El Artículo 9 del Acuerdo sobre Salvaguardias permite a los países en desarrollo prorrogar el tiempo de aplicación de una medida de salvaguardia, totalizando un máximo de 10 años (sea a efectos de proteger una industria o de adoptar medidas de ajuste).</p> <p>El Artículo 27 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas compensatorias permite un período de ocho años para eliminar gradualmente sus subvenciones a un producto desde que el país en desarrollo haya alcanzado una situación de competitividad en el mismo.</p> <p>Por su parte, el Artículo 6 del Acuerdo sobre Agricultura exime a los países en desarrollo de reducir ciertos tipos de ayuda interna a su sector agrícola.</p> <p>ii) Flexibilidades especiales de los acuerdos comerciales preferenciales: Cláusula de Habilitación, párrafo 2, letra c): permite a los países en desarrollo celebrar acuerdos preferenciales <i>inter alia</i>, eximidos por tanto de la obligación NMF.</p>
<p>d) Trato especial relativo al acceso a los mercados</p>	<p>i) Principio de no reciprocidad plena en las negociaciones arancelarias: el Artículo XXVIIIbis GATT indica que las negociaciones arancelarias deberán tomar en cuenta las necesidades de los países en desarrollo, en el sentido de otorgarles mayores flexibilidades.</p> <p>El Artículo XXXVI GATT por su parte, en su apartado 8, señala que las partes desarrolladas no esperarán reciprocidad de las partes en desarrollo en las negociaciones comerciales tendientes a remover barreras arancelarias y no arancelarias.</p> <p>También la <i>Cláusula de Habilitación</i>, en sus apartados 5 y 6, limita la reciprocidad en las negociaciones comerciales.</p> <p>ii) Acceso preferencial no recíproco a los mercados para países en desarrollo y países menos adelantados: se encuentra en los apartados 1 y 2 de la <i>Cláusula de Habilitación</i>.</p>

CUADRO 6. Clasificación de las provisiones TED.

CAPÍTULO CUARTO

SUMARIO: I. Multilateralismo y acuerdos preferenciales;
II. Cadenas Globales de Valor; III. Barreras no arancelarias;
IV. Convergencia entre la inversión y el comercio;
V. Competencia y ambiente; VI. Coherencia regulatoria;
VII. Estándares, principios y Derecho Internacional Informal.

Los nuevos desarrollos en el comercio internacional, especialmente en las últimas dos décadas, han cambiado profundamente formas tradicionales de entender tanto la lógica de la distribución de la producción y los intercambios como las razones detrás de las reglas que intentan disciplinar tales intercambios internacionales.

En este sentido, en el marco de reconfiguración económica global, desarrollos recientes como la tendencia a la creación de bloques mega-regionales se desenvuelve con tendencias de más largo aliento como la progresiva *desarancelización* de la política comercial. Esto último, si bien

ha llevado a la creciente adopción de múltiples sistemas regulatorios nacionales, desemboca hoy en la preocupación por armonizar esas diferencias a través de acuerdos comerciales preferenciales, especialmente regionales. Idéntica tendencia, aunque por razones diversas, ocurre en el régimen de inversiones, y su necesidad de armonizarlo con las disciplinas fundamentales del comercio multilateral.

De la misma manera, un desarrollo reciente, pero que se relaciona a razones más estructurales, es la relativa decadencia de las formas tradicionales del Derecho Internacional. Ello se ha asociado, por ejemplo, con la política internacional en torno al ambiente mediante la creación y efectivo cumplimiento de una forma jurídica particular como son los estándares. Esas nuevas formas de creación de reglas han modelado también temas recientes como la competencia, de especial incidencia para los intercambios internacionales.

I. Multilateralismo y acuerdos preferenciales

I.1. Coherencia o desafío

De acuerdo al *Informe sobre el Comercio Mundial 2011*, a tal año existían más de 300 acuerdos comerciales preferenciales, siendo cada Miembro de la OMC, en promedio, parte de una media de 13 de tales acuerdos¹, cifra que no ha cesado de aumentar. Hoy es una preocupación declarada de la OMC la explosión de acuerdos preferenciales desde la firma del GATT; sin embargo, conviene analizar en qué sentido podría argumentarse que ello está dentro de la coherencia o racionalidad del GATT, para luego reseñar los argumentos actuales sobre la convivencia del multilateralismo y el regionalismo.

En perspectiva, desde la firma del GATT en 1947 ha habido tres “olas” de regionalización, cada una de las cuales ha presentado desafíos para el multilateralismo comercial. Una primera ola ocurrió con el impulso

¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Informe sobre el Comercio Mundial 2011. La OMC y los acuerdos comerciales preferenciales: de la coexistencia a la coherencia*. Ginebra, Organización Mundial de Comercio, 2011, pp. 54 y ss. Una estudiosa del fenómeno señala: “[d]esde el nacimiento del GATT alrededor de 550 acuerdos comerciales otorgando preferencias selectivas a algunos socios se han hecho; algo de 330 de estos están actualmente en vigor, de los cuales dos tercios han sido notificados a la OMC por los miembros”. CARPENTER, Theresa. “A historical perspective on regionalism”, en BALDWIN, Richard y LOW, Patrick (eds.). *Multilateralizing Regionalism: Challenges for the Global Trading System*. Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 16.

integrador europeo en la década de 1950 y sus diversas consecuencias. En los años siguientes algo menos de 60 acuerdos preferenciales fueron signados principalmente por países en desarrollo, destacando el ASEAN y ejemplos de integración latinoamericana como la ALALC y el Pacto Andino. Una segunda ola de regionalismo comprendió el nuevo impulso en la integración europea con la adhesión de España y Portugal (1986), las negociaciones entre Estados Unidos, Canadá y México que concluyeron en la firma del NAFTA (1992) y la creación de un nuevo actor comercial en Sudamérica, el MERCOSUR (1991). Por último, la presente ola de regionalización ha comprendido un período de alrededor de 20 años posteriores a la Ronda Uruguay², y en que se ha evolucionado desde una explosión de acuerdos comerciales bilaterales hacia una clara tendencia a la agregación, con la negociación actual de acuerdos que pretenden regular porciones importantes de la economía global.

Los temores a la regionalización del comercio por parte de muchos actores no fueron según se previó, es decir, no tuvieron consecuencias notorias para el Sistema Multilateral de Comercio. Como ha notado

² *Ibíd.*, pp. 17-23.

CARPENTER respecto de la segunda ola de regionalización: “[l]a Ronda Uruguay fue concluida, a pesar del NAFTA y del mercado único europeo”³. Es necesario ponderar estos temores en la escena comercial actual.

a. Coherencia

Como señala BALDWIN, “[l]os acuerdos regionales siempre han sido parte del paisaje de la gobernanza comercial”⁴. El antecedente contemporáneo del Sistema Multilateral de Comercio está en los tratados bilaterales de libre comercio promovidos por Francia en el s. XIX, que incluían la cláusula de la Nación Más Favorecida. Una de las razones de tal cláusula es ahorrar costos en la negociación de múltiples acuerdos comerciales, y otra es que la negociación de concesiones se daba entre los grandes actores comerciales, cubriendo la mayor parte del mercado, lo que relativizaba los costos de la invocación de la cláusula por países sin mayor participación en la exportación de los productos. De cualquier forma, uno de los supuestos del sistema es que la cláusula de la Nación Más Favorecida era aplicable entre los participantes de la red de acuerdos, no invocable por

³ CARPENTER, *op. cit.*, p. 23.

⁴ BALDWIN, Richard. “The World Trade Organization and the Future of Multilateralism”, en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 30 (1) (2016), p. 107.

free-riders. Ello continuó ocurriendo en el orden de la última posguerra, en que los países que no eran signatarios del GATT, no podían desde luego invocar la cláusula NMF respecto de concesiones hechas en el marco de ese instrumento (Artículo I.1 GATT).

Desde un punto de vista, la función del GATT –su función institucional- es proveer un marco para la negociación de acuerdos comerciales. Tales acuerdos se logran luego de un proceso de negociación con concesiones recíprocas, principalmente en cuanto a la rebaja de aranceles para productos seleccionados que están sobre la mesa de negociación (Artículo XXVIII*bis* GATT). Siendo así, es gracias a los acuerdos comerciales –primariamente bilaterales- y al efecto de la cláusula NMF que la liberalización va lográndose gradualmente: no es debido a compromisos inmediatamente multilaterales, o a rebajas unilaterales, que se cumple el objetivo de la liberalización progresiva del comercio, sino gracias a acuerdos entre las partes en base a la reciprocidad de concesiones: estos acuerdos no multilaterales son parte de la racionalidad del sistema.

Es necesario considerar que el GATT de 1947 estaba abierto no sólo a Estados, sino también a territorios aduaneros⁵, y que al poco andar se constituyó la Comunidad Económica Europea (1957), germen del más grande y profundo acuerdo regional hasta nuestros días. Ambos datos ayudan a explicar el origen y la relevancia del Artículo XXIV GATT⁶, que explícitamente permite acuerdos preferenciales recíprocos entre las Partes haciendo excepción al principio de no discriminación. Según MCRAE, “[a]l permitir expresamente tales acuerdos, los acuerdos de la OMC al menos implícitamente están afirmando su prioridad sobre los acuerdos de integración económica regional”⁷.

Actualmente, el panorama de los acuerdos preferenciales y su impacto en el Sistema Multilateral de Comercio permite hacer varias observaciones. Por lo pronto, el estancamiento de la Ronda Doha ha estado

⁵ Ver Artículo XXIV del GATT 1947 original: E/PC/T/241/Add.1.Rev.1.

⁶ Suele señalarse que este Artículo tuvo su origen en la intención de Estados Unidos y Canadá de celebrar un acuerdo de integración en un futuro próximo; la intención no se concretó y los principales desafíos a la sustancia del Artículo nacieron con el proceso de integración europeo: “[e]l Tratado de Roma claramente no cumplía con el espíritu del Artículo XXIV, desde que excluía a un sector completo –la agricultura. A pesar de esta obvia imperfección, al acuerdo EC se le permitió pasar en el GATT debido al interés de Estados Unidos en tener una Europa Occidental fuerte, pacífica en la era post-guerra”, CARPENTER, *op. cit.*, p. 17.

⁷ MCRAE, Donald. “The place of the WTO in the International System”, en BETHLEHEM, MCRAE, NEUFELD y VAN DAMME (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 64.

lejos de significar el estancamiento de la liberalización; entre 2001 y 2012, a través de diversos mecanismos –bilaterales o regionales- el promedio de aranceles efectivamente aplicados ha caído un 30%⁸.

De acuerdo a la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, sólo una pequeña porción (alrededor de un 5%) del comercio mundial está beneficiada por márgenes de preferencia –respecto de los promedios NMF- superiores a cinco puntos porcentuales, lo que se explica por el ya bajo nivel NMF, más bien tendiente a cero⁹. En este sentido, una autora explica – para datos del 2007- que un 46% de las exportaciones mundiales estaba sujeta a aranceles NMF consolidados ante la OMC, mientras que un 25% comprendía el comercio preferencial intra-europeo, un 8% el comercio dentro de la región del NAFTA y un 7% entre la Unión Europea y sus socios comerciales preferenciales¹⁰. Además, un 60% de las exportaciones estadounidenses estaban sujetas a aranceles NMF, mientras que para la

⁸ BALDWIN, *op. cit.*, pp. 96 y 111.

⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰ CARPENTER, *op. cit.*, p. 25.

Unión Europea la proporción era de 70% y para China 90%¹¹. Ello es una clara muestra de la predominancia y beneficios del Sistema Multilateral:

“El alza de los aranceles preferenciales dentro de los acuerdos bilaterales y regionales no ha bloqueado el camino hacia la rebaja global de aranceles. Virtualmente todos los miembros en desarrollo de la OMC que comprometieron una liberalización discriminatoria bilateral simultáneamente se han comprometido en una liberalización unilateral no discriminatoria”¹².

Los acuerdos regionales tampoco han tendido a afectar los aranceles de los “productos sensibles”, como los agrícolas. Lo que han hecho los acuerdos preferenciales es más bien avanzar la agenda liberalizadora hacia áreas que están fuera de la agenda multilateral y que afectan principalmente aspectos dentro de las fronteras, vale decir, la capacidad regulatoria de los gobiernos¹³.

Además, como señala BALDWIN, “muchas de las provisiones de los acuerdos comerciales regionales profundos se refieren a materias donde la discriminación es impráctica. Tales disciplinas afectan a corporaciones, servicios, capital, y propiedad intelectual, y en estas áreas es difícil escribir

¹¹ *Ibíd.*, p. 24. Estas tendencias se han mantenido en lo fundamental, aunque incorporando la participación creciente de China y el ASEAN; p. ej., para datos del 2016 la participación por región en el comercio mundial se dividía así: Unión Europea 34,2%, NAFTA 16,9%, ASEAN 7,1% y MERCOSUR 1,6%. WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Statistical Review 2017*. Geneva, World Trade Organization, 2017, p. 51.

¹² BALDWIN, *op. cit.*, p. 113.

¹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

reglas que identifiquen la nacionalidad de tales cosas de una manera que abogados listos no puedan resolver”¹⁴. Sólo con detalladas reglas de origen tendrían valor preferencial tales provisiones, pero el país que las adopte, sobre todo si es en desarrollo, tendrá grandes costos de oportunidad al cerrarse a otros socios comerciales.

Como concluye CARPENTER:

“Si hay algo que aprender, es que un crecimiento en el regionalismo va al parecer de la mano con desarrollos en el multilateralismo”¹⁵.

b. Desafío

Dos grandes tendencias es posible observar en el comercio internacional actual: (i) dada la exitosa liberalización de los aranceles en las últimas décadas, las políticas comerciales se han enfocado en el uso de medidas regulatorias, y (ii) dado el estancamiento en las negociaciones en el foro multilateral comercial –la OMC- por una profunda reconfiguración de poder, ha habido un aumento notable en la firma de acuerdos comerciales preferenciales, que han asumido la función de regular los nuevos escenarios comerciales.

¹⁴ *In loc. cit.*

¹⁵ CARPENTER, *op. cit.*, p. 26.

HOEKMAN señala que existen dos grandes razones por las que los países en desarrollo se han involucrado activamente en la negociación y firma de ACPs: (i) la creciente heterogeneidad entre países en desarrollo, con economías bastante diversas, y (ii) la necesidad percibida de que externalidades crecientemente importantes no están en las negociaciones de la Ronda Doha¹⁶. Otra razón ha sido la política de preferencias arancelarias en el marco del TED:

“Las preferencias distorsionan el comercio y han sido un factor que ha generado la propagación de los acuerdos comerciales regionales en tanto los países excluidos (menos preferidos) están motivados a negociar un acceso equivalente sobre una base recíproca con los grandes países otorgantes de preferencias”¹⁷.

Ahora bien, es importante indicar que hay algo común tanto en el enfoque multilateral como el propio de marcos preferenciales y regionales, que es la importancia que los actores dan a las normas para la creación de previsibilidad en los flujos comerciales¹⁸. Sin embargo, el crecimiento exponencial en los acuerdos preferenciales, primero bilaterales y luego

¹⁶ HOEKMAN, Bernard. *Supply Chains, Mega-Regionals and Multilateralism: A Road Map for the WTO*. London, Centre for Economic Policy Research Press, 2014, p. 30.

¹⁷ HOEKMAN, Bernard y PROWSE, Susan. *Economic Policy Responses to Preference Erosion: From Trade as Aid to Aid for Trade*, 2008, en <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.524.844&rep=rep1&type=pdf>, p. 3 (consultado el 23 de septiembre).

¹⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Informe sobre el Comercio Mundial 2014. Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC*. Ginebra, Organización Mundial de Comercio, 2014, p. 210. Ello denota la convicción de los beneficios de un sistema basado en reglas, como se señaló en el Capítulo Primero.

regionales, ha levantado el problema práctico de lo que ha dado en llamarse el “spaghetti bowl”, es decir, la creciente confusión en torno a qué normas se debe aplicar en un caso concreto, cuando los flujos comerciales están potencialmente regulados tanto por el marco multilateral como por dos o incluso más acuerdos preferenciales.

Además, un autor señala que “[s]i los riesgos de los acuerdos megarregionales para terceros países no se abordan a tiempo, las percepciones de la bilateralidad en la competencia podrían extenderse aún más y la creación de bloques comerciales competitivos se acelerará”¹⁹. Estructuralmente, la creación de bloques regionales afecta las ideas que están detrás del multilateralismo, en el sentido de promover la competencia entre bloques de países estratégicamente cercanos, utilizando en el nivel regional formas de protección que impiden una alocaión eficiente y neutral de los recursos. Ello es confirmado en los hechos: los grandes acuerdos regionales actuales tienden a concentrar su comercio en el comercio intra-regional; así, en el caso de la Unión Europea, el 70% de su comercio es

¹⁹ BOHNENBERGER, Fabian. “Acuerdos megarregionales y gobernanza del comercio mundial: ¿apertura e inclusión?”, en *Puentes*, Vol. 17 (5) (2016), p. 30.

intra-regional, al igual que en el ASEAN, mientras que en el NAFTA un 50% es explicado por estos flujos exclusivamente interiores²⁰.

Los países de alguna manera están al tanto de estos peligros, y dentro de estos acuerdos se han negociado cláusulas que impidan esa tendencia hacia el aislamiento regional, principalmente considerando la posición de terceros países. No obstante, esta tendencia es reciente, y los problemas de superposición de reglas se han incrementado proporcionalmente. Este desafío de aplicación es esencialmente jurídico, y al respecto se han planteado dos ideas -entre otras- para intentar mantener una “sana convivencia” entre el sistema multilateral y el preferencial.

De acuerdo a COTTIER, (a) las medidas *regulatorias* acordadas por los miembros en el marco de un acuerdo comercial preferencial caen dentro del Artículo III del GATT, al tratarse de regulaciones domésticas que afectan el comercio de bienes foráneos, por lo que se aplicarían sobre una base no discriminatoria, multilateralizándose²¹. Por ello, señala:

“Con el tiempo, los gobiernos de la mayoría de los países se darán cuenta así de que negociar los temas de detrás de la frontera en los proliferantes acuerdos

²⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION, *op. cit.*, p. 52.

²¹ COTTIER, Thomas. “International Economic Law in Transition from Trade Liberalization to Trade Regulation”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 17 (3) (2014), p. 675.

comerciales preferenciales no es la vía más adecuada para enfrentar los temas de detrás de la frontera, regulatorios. Ellos se darán cuenta de que estas materias son mejor tratadas en la OMC o en otros foros multilaterales, instando por un estándar único y uniforme aplicable a todos los Miembros por igual”²².

En el mismo sentido, (b) otro autor ha señalado, frente a la inoperatividad del Artículo XXIV GATT²³, que es posible explorar otras vías de convivencia entre los dos sistemas: (i) integrando las disciplinas de los ACPs por ejemplo en la interpretación por el Panel o el Órgano de Apelación en alguna disputa en que las partes sean signatarias a la vez de tales ACPs²⁴, y (ii) que los negociadores de los ACPs regulen con precaución y detalle las interacciones del acuerdo con el Sistema Multilateral de manera de preservar la integridad de ambos sistemas (p. ej., regulando la superposición de normas en áreas relevantes como las

²² *Ibid.*, p. 675. En el mismo sentido, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Informe sobre el Comercio Mundial 2014*, op. cit., p. 210.

²³ Como recuerda HOWSE, la intención original del GATT era que la función del sistema multilateral respecto de los ACPs fuera similar a la de un supervisor de fusiones, de chequear, de dar el visto bueno, principalmente velando por el cumplimiento de los requisitos del Artículo XXIV, por parte del Comité de Acuerdos Regionales. Ello fue un fracaso. HOWSE, Robert. “The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 27 (1) (2016), p. 35.

²⁴ Así, señala, “[u]na manera específica de mejorar la integración entre la OMC y los acuerdos regionales sería expandir explícitamente el ‘derecho relevante’ o ‘aplicable’ ante tanto los panels de la OMC como del ACP a todo el derecho internacional relevante al que las partes en la disputa han consentido. Esto no significa que los panels de la OMC deban hacer cumplir concesiones OMC-plus. Sólo significa que las disputas de la OMC deben ser leídas y aplicadas en el contexto de lo que las partes mismas (y sólo esas partes) han acordado en otra parte”. PAUWELYN, Joost. “Legal avenues to ‘multilateralizing regionalism’: beyond Article XXIV”, en BALDWIN, Richard y LOW, Patrick (eds.). *Multilateralizing Regionalism: Challenges for the Global Trading System*. Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 396. Esta visión parece haber sido desestimada por el Órgano de Apelación; ver *infra* DS457.

salvaguardias, la solución de disputas y la protección a la propiedad intelectual)²⁵.

Haciendo, así, un balance de futuro, COTTIER opina que:

“La coexistencia y relación mutua de las reglas multilaterales y el comercio preferencial así es probable que se mantenga en una nueva constelación. Las primeras tratarán cada vez más sobre medidas detrás de la frontera modelando la regulación doméstica sobre una base NMF. Las últimas se enfocarán en definir derechos diferenciados de acceso a mercados”²⁶.

El Órgano de Solución de Disputas de la OMC ha evitado establecer una posición perentoria en la relación entre el régimen multilateral y los acuerdos preferenciales, regionales o no. Frente a la exigencia de los actores de que haya un pronunciamiento claro al respecto, HOWSE señala que el Órgano de Apelación ha promovido más bien un “aislamiento clínico” respecto del conjunto de acuerdos comerciales preferenciales²⁷.

Al respecto, es útil reseñar tres casos. Un primer caso, del período temprano del Órgano de Apelación, se trató de si era lícito a Turquía imponer a India una restricción que consideraba necesaria para dar cumplimiento a su acuerdo de integración comercial con las Comunidades Europeas. El Órgano de Apelación sentenció que su competencia se

²⁵ *Ibid.*, pp. 370 y ss.

²⁶ COTTIER, *op. cit.*, p. 676.

²⁷ HOWSE, *op. cit.*, p. 73.

extendía a la revisión *total* del acuerdo en orden a la comprobación del cumplimiento de los requisitos del Artículo XXIV, y no sólo a controlar una medida particular²⁸.

El segundo caso se refirió a una reclamación interpuesta por Estados Unidos contra México, su socio comercial en el NAFTA. México había interpuesto sanciones a Estados Unidos en respuesta a un supuesto incumplimiento de éste con el NAFTA; reclamando Estados Unidos ante la OMC, México señaló que su actuación estaba cubierta por el Artículo XX(d) GATT, es decir, que se podía excepcionar de las disciplinas de la OMC debido a que se trataba de medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes o regulaciones no inconsistentes con el GATT (incluyendo “leyes y reglamentos relativos a la aplicación de medidas aduaneras”). El Órgano de Apelación señaló que las medidas que México había adoptado buscaban asegurar el cumplimiento de obligaciones *internacionales* que estaban fuera de la cobertura del Artículo XX(d):

“Esto es porque ‘leyes o regulaciones’ dentro del significado del Artículo XX(d) se refiere a las reglas que forman parte del orden legal doméstico del Miembro de

²⁸ *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products: Report of the Appellate Body* (22 de octubre de 1999), WT/DS34/AB/R, párrafos 58 y ss.

la OMC que invoca la provisión y no incluyen las obligaciones internacionales de *otro* Miembro de la OMC”²⁹.

Así, el Órgano de Apelación concluyó haciendo una advertencia:

“La interpretación de México implicaría que, en orden a resolver el caso, los panels de la OMC y el Órgano de Apelación tendrían que asumir que hay una violación del acuerdo internacional relevante (como el NAFTA) por la parte reclamante, o tendrían que determinar si el acuerdo internacional relevante ha sido violado. Los panels de la OMC y el Órgano de Apelación se volverían así adjudicadores de disputas no-OMC. Como notamos antes, esta no es la función de los panels y el Órgano de Apelación según lo previsto por el DSU”³⁰.

Un último caso fue la reciente disputa entre Perú y Guatemala relativa a la imposición por parte del primero de cargas adicionales a sus importaciones agrícolas. Perú alegó que por vía de interpretación, de acuerdo a los Artículos 3.2 *DSU* y 31 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, la relación entre Perú y Guatemala debía ser analizada a la luz del acuerdo preferencial que habían firmado. Así, Perú alegaba que por vía del ACP habían modificado sus obligaciones con

²⁹ *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages: Report of the Appellate Body* (6 de marzo de 2006), WT/DS308/AB/R, párrafo 75 (énfasis original). La argumentación de México – esto es, considerar dentro de los términos ‘leyes y regulaciones’ a obligaciones internacionales de otros- llevaría a que se desconociera que tanto el GATT como el *DSU* especifican las acciones que un Miembro puede tomar si considera que otro Miembro ha actuado de forma inconsistente con sus obligaciones –internacionales- ante la OMC, *ibíd.*, párrafo 77.

³⁰ *Ibid.*, párrafo 78. Al efecto, como se indicó en el Capítulo Primero, el Órgano de Apelación señaló que el Artículo 3.2 del *DSU* impide que el Órgano de Solución de Disputas pueda adjudicar derechos y obligaciones fuera de los acuerdos cubiertos. *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages: Report of the Appellate Body* (6 de marzo de 2006), WT/DS308/AB/R, párrafos 56 y 78.

Guatemala bajo la OMC. El Órgano de Apelación manifestó implícitamente su rechazo a esa posibilidad:

“expresamos reservas a si las provisiones del ACP..., que difícilmente podrían ser entendidas como permitiendo a Perú mantener [su medida] en sus relaciones bilaterales con Guatemala, pueden ser usadas bajo el Artículo 31(3) de la Convención de Viena para establecer la intención *común* de los Miembros de la OMC que subyace a las provisiones... del Acuerdo sobre Agricultura y el Artículo II:1(b) del GATT 1994. En nuestra perspectiva, un enfoque tal sugeriría que las provisiones de la OMC pueden ser interpretadas de forma diferente, dependiendo de los Miembros a los que se aplique y de los derechos y obligaciones bajo el ACP del que son partes”³¹.

Y finalizó indicando que:

“A la luz de lo señalado, consideramos que las vías apropiadas para determinar si una provisión en un ACP que pueda desviarse de ciertas reglas de la OMC es no obstante consistente con los acuerdos cubiertos, son las provisiones de la OMC que permiten la formación de acuerdos comerciales regionales –a saber: el Artículo XXIV del GATT 1994, o la Cláusula de Habilitación... y el Artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios”³².

³¹ *Peru – Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products: Report of the Appellate Body* (20 de julio de 2015), WT/DS457/AB/R, párrafo 5.106. El OA además mencionó jurisprudencia anterior en que había señalado que los acuerdos que se refieren a la interpretación de un tratado o a la aplicación de sus provisiones, de acuerdo al Artículo 31(3) de la Convención de Viena, eran acuerdos que *específicamente* versaran sobre la interpretación de un acuerdo. El fallo referido señaló: “Notamos además que, en su comentario al Borrador de Artículos sobre Derecho de los Tratados, la Comisión de Derecho Internacional (la ‘CDI’) describe un acuerdo subsecuente dentro del significado del Artículo 31(3)(a) de la *Convención de Viena* ‘como otro *elemento auténtico de interpretación* a ser tomado en cuenta junto con el contexto’. En nuestra perspectiva, al referirse a ‘interpretación auténtica’, la CDI lee el Artículo 31(3)(a) como refiriéndose a acuerdos que específicamente guardan relación con la interpretación de un tratado. En el contexto de la OMC, las interpretaciones multilaterales adoptadas de acuerdo al Artículo IX:2 del *Acuerdo de la OMC* son lo más parecido a acuerdos subsecuentes dentro del significado del Artículo 31(3)(a) de la *Convención de Viena*, pero no los *waivers* adoptados de acuerdo a los Artículos IX:3 y 4 del *Acuerdo de la OMC*”. *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador (AB-2008-8)* y *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States (AB-2008-9): Report of the Appellate Body* (26 de noviembre de 2008), WT/DS27/AB/RW2/ECU y WT/DS27/AB/RW/USA, párrafo 390.

³² *Peru – Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products: Report of the Appellate Body*, *op. cit.*, párrafo 5.113.

I.2. *Mega-Regionals*

La tercera “ola” de regionalización se ha expresado en estos últimos años en la tendencia a negociar grandes bloques preferenciales que exceden el alcance de una región geográfica determinada. Para algunos comentaristas, el sentido de estos nuevos grandes regionalismos, en términos de la OMC, es la respuesta de Estados Unidos frente al empoderamiento que los grandes países en desarrollo han tenido en los últimos tres lustros. Es claro que utilizando las mismas reglas de la OMC, países como Brasil, India y China han logrado fallos del OSD que han resultado notablemente perjudiciales a los intereses norteamericanos, planteando cuestionamientos serios a sus políticas comerciales, particularmente las agrícolas. El último ejemplo fue el fallo en la disputa relativa al algodón que mantenía con Brasil³³.

³³ *United States – Subsidies on Upland Cotton (DS267)*, caso en que las partes acordaron un memorándum de entendimiento definitivo sobre la implementación en 2014. Un caso adicional fue *United States – Anti-Dumping Administrative Reviews and Other Measures Related to Imports of Certain Orange Juice from Brazil (DS382)*, en que las partes llegaron en 2013 a un acuerdo poniendo fin a la disputa por la implementación de las recomendaciones del Panel por parte de Estados Unidos.

Ahora bien, los principales esquemas mega-regionales que se esbozan en la actualidad son 4: la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (*TTIP*), el Acuerdo de Asociación Transpacífico (*TPP*), la Asociación Regional Económica Comprehensiva (*RCEP*) y el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (*TISA*). Ninguno de ellos ha entrado en vigor.

El *TPP* es el “acuerdo comercial más comprehensivo jamás negociado entre países desarrollados y en desarrollo”³⁴, e incluye actualmente a Japón, Canadá, Australia, México, Malaysia, Singapur, Chile, Perú, Nueva Zelanda, Vietnam y Brunei. En este sentido, es relevante señalar algunas de las disciplinas que considera, especialmente en cuanto toma en cuenta el impacto de las Cadenas Globales de Valor. El *TPP*, por ejemplo, con sus disciplinas sobre las normas de origen, incentiva a sus miembros a abastecerse desde dentro del mismo bloque (dada la *regla de*

³⁴ SCHOTT, Jeffrey, CIMINO-ISAACS, Cathleen y JUNG, Eujin. *Implications of the Trans-Pacific Partnership for the World Trading System*. Peterson Institute for International Economics, Policy Brief 16-3, 2016, p. 1. Actualmente, ante la negativa de la Casa Blanca a firmar este acuerdo, los demás miembros han seguido negociando lo que ha dado en llamarse el TPP-11, manteniendo intactas las disciplinas. Las iniciativas mega-regionales, desde luego, tienen valor por lo que significan; “aunque ningún acuerdo mega-regional haya tenido éxito, sus objetivos de negociación y en definitiva sus escollos modelarán el futuro de la OMC”. HUFBAUER, Gary y CIMINO-ISAACS, Cathleen. “How will the TPP and TTIP Change the WTO System”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 18 (3) (2015), p. 679.

acumulación respecto del comercio de productos semi-procesados y partes)³⁵; considerando que las reglas de origen tienen por finalidad que sólo los participantes del acuerdo se beneficien de los derechos que éste concede, hay un sector que tiene una restricción notable como es el sector textil³⁶. El *TPP*, sin embargo, considera listas arancelarias diferenciadas para sus socios, lo que hace al proceso menos transparente y más complejo.

El *RCEP*, por su parte, contempla negociaciones entre los países del ASEAN y un set de países con los que este grupo tiene acuerdos preferenciales³⁷. El grupo reúne el 31% del producto mundial y el 28% del comercio global de mercancías³⁸. Comparativamente con el *TPP*, las diferencias entre los potenciales signatarios son más marcadas, tanto política como económicamente, lo que ha hecho más dificultosa la negociación.

³⁵ SCHOTT, CIMINO-ISAACS y JUNG, *op. cit.*, pp. 4-5.

³⁶ Los autores señalan que sectores intensivos en el uso de mano de obra tienen reglas más restrictivas a este respecto por iniciativa de Estados Unidos, SCHOTT, CIMINO-ISAACS y JUNG, *op. cit.*, p. 8.

³⁷ El ASEAN (*Association of Southeast Asian Nations*) actualmente está compuesto por sus países fundadores Indonesia, Tailandia, Filipinas, Singapur y Malasia, más Brunei, Camboya, Laos, Myanmar y Vietnam. El RCEP uniría a este grupo de países con China, India, Australia, Nueva Zelanda, Japón y Corea.

³⁸ “El RCEP y el TPP son percibidos como iniciativas competitivas entre Estados Unidos y China, pero los pactos son esencialmente complementarios y mutuamente reforzantes”, SCHOTT, CIMINO-ISAACS y JUNG, *op. cit.*, p. 7. Es importante notar que en el marco de la APEC —en que participan ambas potencias— se ha comenzado a estudiar la posibilidad de implementar gradualmente un gran acuerdo comercial preferencial, *in loc. cit.*

Tanto el *TPP* como el *TTIP*³⁹ tienen, dado el avance liberalizador que importan sus compromisos, el potencial de sentar los precedentes para la política comercial en los próximos años. Cabe destacar en este sentido algunas áreas: (i) comercio electrónico: el *TPP* busca promover un mercado abierto para el comercio digital al prohibir la imposición de cargas sobre bienes digitales y al permitir el flujo libre de datos a través de las fronteras; asimismo, los miembros se comprometen a establecer leyes para la protección de los consumidores frente a los fraudes y el correo no deseado, además de promover una mayor protección de la privacidad. En cuanto a (ii) las empresas del Estado, el principal objetivo de estos acuerdos es aumentar la transparencia, aunque sí impone algunas restricciones con respecto a su financiamiento –aunque afectando sólo a los organismos centrales y permitiendo excepcionar a ciertas empresas y a los fondos soberanos⁴⁰-. Quizás los mayores avances están en (iii) la inversión y (iv)

³⁹ El *Transatlantic Trade and Investment Partnership* reúne a Estados Unidos y la Unión Europea, cuyas economías combinadas se acercan al 50% del producto mundial, fuera de tener participación mayoritaria tanto en el comercio de mercancías como el de servicios.

⁴⁰ “Es más probable que el TTIP aumente el alcance de las compras públicas abiertas a la competencia de firmas de países socios que el TPP. En el CETA Canadá-UE, las compras provinciales y municipales fueron abiertas en Canadá, con algunas excepciones, junto con las compras centrales y sub-centrales en Europa. Ambas partes consideraron los términos acordados como sus más ambiciosas concesiones a la fecha. La Unión Europea pone una alta prioridad en logros paralelos en el TTIP”. HUFBAUER y CIMINO-ISAACS, *op. cit.*, p. 688.

los estándares laborales y ambientales. En cuanto a (iii) las inversiones, el Acuerdo Transpacífico impone grandes restricciones a los requerimientos de contenido nacional y amplía el trato nacional y el trato NMF a todas las fases de la inversión, incluyendo las etapas pre y post establecimiento; en cuanto a (iv) el Acuerdo hace obligatorio el cumplimiento de ciertos estándares esenciales de la Organización Internacional del Trabajo y de ciertas condiciones mínimas de trabajo, y en cuanto al ambiente, reprime el uso de subsidios a la pesca y procura la protección de ciertas especies en peligro de extinción⁴¹.

Por último, el *TISA* es un acuerdo cuyas negociaciones se lanzaron en 2012 por 23 Miembros de la OMC al alero del Artículo V del GATS. Se han hecho estimaciones de que la protección en el área de los servicios alcanza a un 40% o más en una tasa equivalente a la protección arancelaria⁴²; por ello, lograr acordar disciplinas para reducir gradualmente ese porcentaje tiene beneficios potenciales considerables. Lo notable del *TISA* es que considera un enfoque de “masa crítica”, es decir, que cuando

⁴¹ SCHOTT, CIMINO-ISAACS y JUNG, *op. cit.*, pp. 11-2.

⁴² HUFBAUER y CIMINO-ISAACS, *op. cit.*, p. 689. Los países que actualmente están en la negociación son: Australia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Estados Unidos, Hong Kong, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Mauricio, México, Nueva Zelanda, Noruega, Pakistán, Panamá, Perú, Suiza, Taiwán, Turquía y la Unión Europea.

las obligaciones (adicionales al GATS, en los sectores que considera el Acuerdo) son aceptadas por una cantidad de países que reúnan una parte mayoritaria o considerable del sector comercial de que se trate, los derechos serían extendidos sobre una base NMF al resto de la Membresía de la OMC⁴³. Ello recuerda una de las formas de construcción del multilateralismo cual era la *regla del proveedor principal* en el comercio de bienes –ver Capítulo Segundo-.

Desde una perspectiva, estos nuevos acuerdos pueden inducir a una “liberalización competitiva”, es decir, promover reformas domésticas en sus signatarios e inducir a los países no signatarios a reducir sus barreras comerciales unilateralmente o mediante otros acuerdos preferenciales.

Un autor ha señalado que “[l]os países en desarrollo son especialmente propensos a verse afectados negativamente por la creciente regionalización de las relaciones comerciales y la liberalización del mercado fuera de la OMC”⁴⁴. Ello podría ocurrir de tres formas: (i) la erosión de las preferencias de que gozan, frente a las ventajas concedidas a socios comerciales dentro del esquema regional; (ii) dificultades para

⁴³ *In loc. cit.*

⁴⁴ BOHNENBERGER, *op. cit.*, p. 26.

acceder a capital y tecnología debido a la redirección de los flujos comerciales en el sentido del área regional, y (iii) pérdida de influencia en las relaciones comerciales, al quedar excluidos en la creación de disciplinas y quedar en una posición negociadora asimétrica⁴⁵. Una opción para los países en desarrollo excluidos es que se establezcan umbrales relativamente bajos respecto de las normas de origen en el esquema regional, que permitan a estos países entrar a las Cadenas de Valor formadas dentro de esas mega-regiones.

Para HOEKMAN:

“Dado que para muchos países no será posible unirse al TPP, TTIP o al RCEP dada la naturaleza regional de estos ACPs, otra posible respuesta es que Brasil, China, India, y otras grandes economías en desarrollo como Indonesia busquen ACPs a su vez. Esto generaría más comercio con países que probablemente seguirán creciendo más rápidamente que la UE y EU, y en los que las barreras tradicionales al comercio son sustancialmente mayores. Si tales ACPs resultan en una liberalización preferencial considerable, la diversión del comercio asociada podría volverse un incentivo para un renovado esfuerzo para concluir un acuerdo multilateral en la OMC”⁴⁶.

⁴⁵ HOEKMAN indica que “[l]os países en desarrollo están participando en las negociaciones del RCEP, TPP y TISA, pero los dos primeros son acuerdos regionales y por ende por diseño excluyen a la mayoría de los países en desarrollo. El TISA está limitado a un grupo de ‘realmente buenos amigos de los servicios’ lo que de nuevo no incluye a la mayoría de las naciones en desarrollo, aunque China ha dejado en claro que quiere ser parte de esas negociaciones”, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 33.

El impacto de la tendencia a la mega-regionalización de las políticas comerciales –i. e., la inclinación a acordar disciplinas relacionadas al comercio en el marco de este tipo de acuerdos- no es por lo pronto un signo positivo para el grueso de los países en desarrollo. La política comercial multilateral contempla notorios beneficios a los países de menores ingresos, tanto en términos de acceso a mercados –cláusula NMF y preferencias unilaterales- como en términos de participación en la creación –por la práctica del consenso- y gestión de las reglas –Sistema de Resolución de Disputas-. Pese a que los nuevos acuerdos regionales contemplan capítulos con normas relativas a los países en desarrollo, su falta de participación en las negociaciones no permite interpretar que esas disciplinas estén en su interés. La segregación de los países en desarrollo de esta tendencia es un elemento que puede llevar, en conjunción con otros, a la creciente disolución de la política multilateral en torno al desarrollo.

II. Cadenas Globales de Valor

De manera notoria, en los últimos 25 años la estructura de la economía internacional se ha modificado profundamente; parte de la explicación viene dada por: (i) la progresiva reducción de las barreras comerciales, notablemente los aranceles, (ii) el aumento y liberación en los flujos internacionales de capital -liberalización del mercado financiero internacional-, (iii) el desarrollo progresivo de las actividades de las multinacionales, (iv) el desarrollo tecnológico en el transporte y las telecomunicaciones y (v) la menor relevancia de las barreras políticas e ideológicas en las relaciones comerciales -fenómeno epitomizado por la desaparición de la Unión Soviética-.

La reducción progresiva de las barreras estatales y la comunicación expedita entre los actores económicos alrededor del Mundo permitió superar el paradigma clásico del comercio internacional, con naciones que comerciaban entre ellas en base a sus ventajas relativas en la producción de determinadas mercancías. La enorme cantidad de barreras que cada país disponía –y en parte sigue disponiendo- para sus actividades económicas, hacía que en un país determinado se produjera de principio a fin un

producto y éste después fuera exportado a otros países, recibiendo a cambio importaciones finales (*made it here, sold it there*), paradigma en base al cual los aranceles aduaneros eran la moneda de cambio fundamental, y su reducción el objetivo principal, en las negociaciones comerciales internacionales. El sentido fundamental del GATT de 1947, al menos hasta la creación de la OMC, es explicado por ese paradigma.

En términos generales, la pérdida de relevancia de las barreras tradicionales permitió una mejor toma de decisiones económicas, localizando la producción allí donde fuera más eficiente, y consecuentemente desagregando la producción a lo largo de diversos países. Como señalan la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO y el BANCO MUNDIAL, “[d]ebido a que la distribución de la producción a través de diferentes lugares es una estrategia de negocios, son las decisiones tomadas por las empresas en la posición de liderazgo en las CGVs lo que determina su estructura”⁴⁷. Como resume HOEKMAN el proceso:

“Costos de comercio, información y telecomunicaciones constantemente decrecientes han permitido a las firmas dividir sus ‘líneas de producción’, diseñando cadenas de suministro internacionales que distribuyen diferentes partes del proceso de

⁴⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION AND WORLD BANK GROUP. *The Role of Trade in Ending Poverty*. Geneva, World Trade Organization, 2015, p. 24.

producción a firmas en diferentes países. Las cadenas de suministro internacionales y las redes de producción son los mecanismos a través de los cuales este proceso de especialización es organizado, con bienes siendo procesados –y valor siendo agregado– en múltiples países que son parte de la cadena. Al localizar... las actividades y tareas en diferentes países *como una función de sus ventajas comparativas*, los costos totales de producción pueden ser reducidos”⁴⁸.

En los últimos 5 años, más del 50% del comercio de bienes y servicios se ha realizado dentro de Cadenas Globales de Valor⁴⁹. Los países han tendido a buscar una especialización dentro de alguna Cadena Global de Valor, sea en la producción de una mercancía particular o en el desarrollo de servicios anexos (*especialización vertical*), lo que es especialmente acertado para las pequeñas economías⁵⁰.

La influencia de las Cadenas Globales de Valor en el desarrollo puede sintetizarse en cuatro aspectos: (i) al instalarse en una región o país determinado, requieren servicios de proveedores locales, impulsándolos a adoptar prácticas más eficientes y mejor tecnología; (ii) pueden fomentar la competencia en la economía receptora a través de la competencia con las firmas locales y la difusión de conocimiento y tecnología; (iii) pueden

⁴⁸ HOEKMAN, *op. cit.*, pp. 15-6 (énfasis añadido).

⁴⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *International Trade Statistics 2015*. Geneva, World Trade Organization, 2015, p. 18. La parte inferior de la cadena está compuesta por los proveedores de las materias primas, de los cuales predicar una “especialización” resulta, no obstante, dificultoso: petróleo, cobre, litio, etc.

⁵⁰ *In loc. cit.*

activar las inversiones en infraestructura por parte de los gobiernos, lo que beneficia a los demás sectores de la economía, y (iv) pueden incrementar la productividad al exigir empleos y la formación de empleos calificados⁵¹.

Considerando esta estructura actual, la imposición de barreras a las importaciones pierde muchas de las razones que las justificaban: participar de una Cadena Global de Valor significa participar de una cadena de importaciones y exportaciones: importaciones recibidas de partes más bajas de la cadena para agregarles valor, y exportaciones a partes superiores de la cadena. Así, en términos generales, si un país restringe sus importaciones, afectará inmediatamente sus exportaciones en tanto parte de esa cadena. Ello varía notablemente las razones tradicionales para liberalizar los flujos de importaciones (entre ellas: mayor acceso a mercados externos a cambio de la liberalización, aumento de la competitividad de las firmas locales y disminución de los precios y por ende beneficio a los consumidores)⁵².

⁵¹ *Ídem*.

⁵² Como indica HOEKMAN: “Una insistencia en no participar plenamente en los compromisos de reducción arancelaria implica que los países en desarrollo incurren en un costo de oportunidad significativo ya que los aranceles pueden tener el resultado de dejar a un país fuera de una red de producción o cadena de valor. Es cada vez más el caso de que en orden a exportar, y así atraer inversión en exportables, las empresas necesitan ser capaces de importar (comprar) bienes y servicios a precios de mercado mundial”. HOEKMAN, Bernard. *Re-Thinking Economic Development in the WTO*, European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, RSCAS Policy Paper 2013/09, p. 4.

También afecta la adopción de mecanismos retaliatorios, pues al afectar a un sector pueden verse afectados capitales nacionales en el exterior:

“Hoy... la línea entre ‘nosotros’ y ‘ellos’ es borrosa. ‘Nosotros’ ahora también incluye a compañías extranjeras (incluyendo compañías chinas) que están emplazadas en Europa. De forma similar, ‘ellos’ ya no son simplemente los chinos; también incluye a compañías textiles europeas que transfirieron su producción desde Europa a China”⁵³.

Otra variación de la economía política en torno al comercio -que ha significado la evolución hacia las Cadenas de Valor, en particular dada la creciente especialización vertical- es que los países han pasado a competir haciendo mayor uso de políticas cercanas a los subsidios; p. ej., restringiendo la exportación de materias primas hacia partes superiores de la cadena, haciendo más competitivos a los productores locales y las cadenas con las que se conectan, y en general beneficiando en distintas medidas a las firmas situadas en su jurisdicción⁵⁴.

Para el mundo en desarrollo, en cierto sentido, la posibilidad de las Cadenas Globales de Valor permitiría una división global de la producción más igualitaria, en el sentido de permitir a cualquier país involucrarse en

⁵³ PAUWELYN, Joost. “New Trade Politics for the 21st Century”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 11 (3) (2008), p. 567, señalando que consecuentemente el número de acciones anti-dumping había ido bajando tendencialmente desde el 2002, *in loc. cit.* (nota al pie).

⁵⁴ HOEKMAN, *Supply Chains, Mega-Regionals and Multilateralism: A Road Map for the WTO*, *op. cit.*, p. 29.

cualquier etapa de la producción. Dos antecedentes de los países en desarrollo, en especial de los PMAs, es necesario considerar al respecto. Primero, la comparativamente baja calificación del grueso de su población laboral, lo que les permite tener una ventaja relativa en la producción de bienes intensivos en el uso de ese tipo de recurso; y segundo, la proporción del sector agrícola en su economía, que hace necesario diseñar políticas para agregar valor enfocadas en ese sector⁵⁵.

III. Barreras no arancelarias (BNAs)

Desde la firma del GATT en 1947, la existencia de barreras al comercio internacional distintas de los aranceles era conocida⁵⁶; no obstante, al ser los aranceles las medidas más significativas y de mayor entidad, los primeros años del GATT tuvieron por objetivo primordial su reducción progresiva. Sin embargo, luego de 25 años de vigencia del *Acuerdo General*, se hacía claro que la protección que los países otorgaban

⁵⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION AND WORLD BANK GROUP, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

⁵⁶ El Preámbulo del GATT señala: “Deseosos de contribuir al logro de estos objetivos, mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, a base de reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción substancial de los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales, así como la eliminación del trato discriminatorio en materia de comercio internacional...” (énfasis añadido).

a sus industrias nacionales se había ido desplazando hacia formas no arancelarias, por lo que el foco de la Ronda Tokyo (1973-9) fue precisamente el desarrollo de disciplinas relativas a tales formas de protección. Hoy, con una tasa arancelaria que promedia menos de 4% en el Mundo, los instrumentos de protección disponibles son una serie de medidas no arancelarias⁵⁷.

El principal problema relativo a las BNAs es su identificación, que se refiere a lograr un entendimiento común de qué medida tomada por un gobierno califica como restricción comercial, vale decir, tiene como efecto “deseado” o “buscado” distorsionar el comercio internacional. En palabras de HOEKMAN:

“la interfaz entre la política comercial y la política económica más generalmente definida se ha vuelto crecientemente borrosa. Ponerse de acuerdo en la eliminación o reducción de BNAs es más difícil que negociar hacia abajo los niveles de los aranceles. Una razón para esto es que es mucho menos obvio que BNAs específicas sean perjudiciales para la prosperidad de un país”⁵⁸.

⁵⁷ Como ha señalado un autor: “Los obstáculos no arancelarios han ido aumentando en variedad y en cantidad paralelamente a la pérdida de capacidad proteccionista de los derechos de aduana, debido a la disminución de su valor, que ha pasado para los productos industriales de los países industrializados de un 40 por 100 en 1947 al 3,8 por 100 en la actualidad, como consecuencia de las sucesivas reducciones acordadas en las rondas de negociaciones comerciales multilaterales. Por tanto, el proteccionismo comercial es ejercido hoy día por los Estados principalmente a través de obstáculos no arancelarios, cuya identificación resulta difícil y cuyo impacto negativo sobre las importaciones no se puede cuantificar con exactitud”. LIÑÁN, Diego. “El Derecho Internacional Económico (II): El Comercio Internacional”, en DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos, 2013, p. 759.

⁵⁸ HOEKMAN, Bernard y KOSTECKI, Michel. *The political economy of the world trading system: the WTO and beyond*. New York, Oxford University Press, 2009, p. 53. El problema es y será más

En este sentido, este tipo de barreras tiende a descansar en otras fundamentaciones, propias de políticas públicas y regulaciones relativas a la salud, la seguridad, el ambiente y la protección de los consumidores; así, se ha indicado que “[c]recientemente, las BNAs están asociadas con objetivos de política pública y plantean problemas de mucha mayor complejidad que los aranceles... Donde la política pública informa a las BNAs, *ya no pensamos en la reducción o eliminación como el objetivo*, como con los aranceles. Las motivaciones de política pública para intervenir se han vuelto un lugar más común en temas como la salud, la seguridad y la calidad ambiental. La persecución de estos objetivos crece mientras el mundo se vuelve más interdependiente, y los ingresos crecientes también incrementan las preocupaciones de esta naturaleza. Las tecnologías de la información y las comunicaciones han ayudado a levantar conciencia y a empoderar a los consumidores”⁵⁹.

recurrente en el tiempo; la evolución hacia la “regulación de lo regulatorio”, como señala COTTIER, seguirá a diversas áreas antes entregadas a la autonomía de los Estados, como la regulación de la competencia: reglas antimonopolios, competencia desleal, estándares laborales y responsabilidad social corporativa. COTTIER, *op. cit.*, p. 672.

⁵⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *The Future of Trade: The Challenges of Convergence. Report of the Panel on Defining the Future of Trade convened by WTO Director-General Pascal Lamy*. Geneva, World Trade Organization, 2013, p. 25 (énfasis añadido).

Existen tres fuentes principales para la clasificación y medición de las barreras no arancelarias a nivel internacional: una es la que maneja la propia OMC y que utiliza en su Mecanismo de Revisión de las Políticas Comerciales de sus Miembros; otra es la que lleva la UNCTAD y el *International Trade Center* (ITC) y una última es la que lleva el mismo ITC respecto de los obstáculos de procedimiento. Una tipología consolidada tentativa de las BNAs da cuenta de la cantidad y versatilidad de este tipo de medidas⁶⁰:

Clasificación	Barrera no arancelaria	Descripción
Medidas que afectan a las importaciones	<i>Formalidades aduaneras</i> ⁶¹	Diferentes operaciones de naturaleza aduanera a las que pueden ser sometidas las mercancías en el momento de ingresar al país, incluyendo la valoración en aduana y las inspecciones previas a la entrega
	<i>Restricciones cuantitativas o contingentes</i>	Limitación de la cantidad de productos que pueden ser importados en el territorio de un Estado

⁶⁰ Basado en LIÑÁN, *op. cit.*, pp. 759-63 y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Informe sobre el Comercio Mundial 2012. Comercio y políticas públicas: análisis de las medidas no arancelarias en el siglo XXI*. Ginebra, Organización Mundial de Comercio, 2012, pp. 99 y ss.

⁶¹ Dentro de las formalidades aduaneras se consideran todos los obstáculos derivados de los procedimientos aduaneros: cargas administrativas, requerimientos de información, conducta discriminatoria de los funcionarios, limitaciones de tiempo, pagos, problemas de infraestructura, seguridad y limitaciones jurídicas, *ibid.*, p. 102.

<i>Restricciones voluntarias a las exportaciones o importaciones</i>	Acuerdos internacionales cuyo objeto es que un país limite sus exportaciones o importaciones en un producto o sector determinado
<i>Licencias de importación</i>	Procedimiento administrativo que requiere la presentación de una solicitud u otra documentación al órgano administrativo correspondiente, como condición previa a la importación de las mercancías
<i>Normas de origen</i>	Criterios aplicados para determinar dónde se ha fabricado un producto
<i>Obstáculos técnicos</i>	Divergencias entre las reglamentaciones nacionales de los Estados relativas a la producción y comercialización de mercancías (ver <i>infra</i> DS406). Se incluyen medidas como estándares obligatorios para los productos o servicios. Incluye la <i>evaluación de conformidad</i> respecto de reglamentaciones y estándares
<i>Medidas de defensa comercial</i>	Medidas adoptadas por el Estado (en general por la rama ejecutiva) en uso de sus facultades, para defenderse de importaciones desleales o bien de importaciones lícitas, pero que causan daño en la industria local: salvaguardias, derechos antidumping y contramedidas
<i>Tributos internos discriminatorios</i>	Cargas pecuniarias de naturaleza fiscal que gravan en mayor medida a las mercancías importadas que a los productos nacionales similares
<i>Pagos corrientes</i>	Transferencias monetarias internacionales vinculadas a operaciones comerciales subyacentes

Medidas que afectan a las exportaciones	<i>Formalidades aduaneras</i>	<i>Ídem supra</i> , incluyendo valoración e inspecciones previas a la expedición
	<i>Impuestos a la exportación</i>	Cargas pecuniarias que establece el Estado sobre cantidades y/o valores a exportar
	<i>Restricciones voluntarias a las exportaciones o importaciones</i>	Acuerdos internacionales cuyo objeto es que un país limite sus exportaciones o importaciones en un producto o sector determinado
	<i>Zonas económicas especiales</i>	Las zonas francas pueden limitar el comercio de las importaciones al circunscribirlas geográficamente
	<i>Ayuda estatal</i>	Adopta principalmente las formas de los subsidios y de las actividades de promoción de las exportaciones
Otras medidas ⁶²	<i>Empresas comerciales del Estado</i>	Generan un obstáculo al comercio en tanto discriminan las importaciones y dan preferencia a los productos nacionales en las actividades de comercialización que realizan
	<i>Contratación pública</i>	Los órganos, agencias y servicios del Estado pueden incurrir en prácticas que afecten a los importadores y también a los proveedores de servicios, especialmente al incurrir en prácticas discriminatorias
	<i>Control de precios</i>	Medidas internas adoptadas por un Estado destinadas a regular el precio de los productos comercializados domésticamente. Debe incluirse aquí las prácticas relativas a los <i>tipos de cambio</i>
	<i>Aspectos de propiedad intelectual relativos al comercio</i>	La regulación doméstica de la propiedad intelectual puede presentar dificultades y perjuicios para los actores económicos,

⁶² Estas medidas pueden afectar especialmente al comercio de servicios.

		especialmente por la ineficiencia del sistema judicial
	<i>Otras regulaciones económicas</i>	Incluye la regulación doméstica de la competencia, que puede afectar tanto las importaciones como las exportaciones (<i>infra</i>), la regulación de las inversiones y ciertas restricciones a la distribución

CUADRO 7. Clasificación de las barreras no arancelarias.

Para datos de 2011, ya los aranceles representaban tan sólo un 13% de la composición global de las medidas restrictivas del comercio. Del resto, la ayuda estatal –p. ej., subsidios- representaba el mayor obstáculo (25%), seguido de las medidas de defensa comercial (22%) y las restricciones a la exportación (7%)⁶³.

Desglosando por sectores exportadores, en la agricultura las tres principales medidas no arancelarias eran la evaluación de conformidad (36%), las prescripciones técnicas (24%) y las medidas relacionadas a las exportaciones (23%). En las manufacturas, en cambio, los principales obstáculos eran la evaluación de conformidad (24%), las medidas relativas a las exportaciones (23%) y las normas de origen (14%)⁶⁴.

⁶³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Informe Sobre el Comercio Mundial 2012*, op. cit., p. 121.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 117. Ello se relaciona con la organización de la producción en torno a CGV.

Con todo, es necesario señalar que algunos máximos arancelarios para ciertos productos siguen afectando gravemente las exportaciones de los países en desarrollo. Como han señalado algunos expertos, “[I]as cadenas internacionales de valor para algunas manufacturas intensivas en trabajo y productos agrícolas, donde los países en desarrollo tienen ventaja comparativa, también se ven afectadas por aranceles que se intensifican con el grado de procesamiento. Esta intensificación puede reducir las oportunidades para que los países en desarrollo adquieran valor agregado adicional a lo largo de las cadenas internacionales de valor afectadas”⁶⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, en términos generales es claro que la protección arancelaria tiende a ser notoriamente mayor en los países en desarrollo, por razones históricas –como se analizó en el Capítulo anterior–, lo que les permite tener un margen mayor de acción al ser sus compromisos en la OMC más elevados (aranceles *consolidados*). Para los países desarrollados, en cambio, la protección está más bien dada por el uso de

⁶⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *The Future of Trade: The Challenges of Convergence*, op. cit., in loc. cit.

este tipo de medidas no arancelarias⁶⁶. En este sentido, el progresivo acercamiento a la deferencia a las políticas regulatorias de los Miembros, por parte del Órgano de Apelación –*ver* Capítulo Primero–, plantea serios desafíos para las exportaciones de los países en desarrollo.

IV. Convergencia entre la inversión y el comercio

El primer acercamiento entre los regímenes del comercio y la inversión ocurrió con la *Carta* de la OIC, que contenía un Capítulo V (Prácticas de Negocios Restrictivas) destinado a regular las prácticas de las corporaciones multinacionales de la época. Sólo en la Ronda Uruguay el tema volvió a estar en la agenda multilateral, aunque desde la perspectiva de liberalizar las restricciones a la inversión, aprobándose como resultado el *Acuerdo sobre las Medidas de Inversiones Relacionadas con el Comercio (TRIMS)*, cuya escasa invocación ante el Órgano de Solución de Disputas es indicativa de su relevancia.

⁶⁶ De forma indicativa, el uso de las medidas contempladas en los Acuerdos *OTC* y *MSF* es desproporcionadamente mayor en las economías desarrolladas. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Informe Sobre el Comercio Mundial 2012, op. cit.*, p. 115.

Los regímenes internacionales del comercio y la inversión tienen mucho en común; por lo pronto, jurídicamente se basan en un mismo principio, la no discriminación, que se manifiesta en el estándar de Trato Nacional presente en ambos. La aplicación de éste, empero, difiere mucho en un régimen y en otro, pues mientras en el régimen de la OMC el Trato Nacional se enfoca en la competencia en el mercado nacional de dos *productos* (uno extranjero, el otro nacional), en el régimen de inversiones se trata del *inversionista extranjero* individualmente considerado, en donde el daño actual y la reparación son más importantes que la competencia y la derogación de las medidas atentatorias⁶⁷.

La inversión es además una de las formas que toma el comercio (IED), por lo que en muchas situaciones ambos regímenes, con sus normas e instituciones propias, se traslapan, lo que afecta la seguridad jurídica de la inversión extranjera –y de otros actores en general, al permitir el *forum shopping*-. Esperar que tanto el Órgano de Solución de Disputas de la OMC como el tribunal arbitral del CIADI coincidan en un caso particular es incierto, y ante todo demoroso, afectando la alocación eficiente de los

⁶⁷ DIMASCIO, Nicholas y PAUWELYN, Joost. “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 102 (2008), pp. 70 y ss.

recursos. Considerando la evolución de las Cadenas Globales de Valor, es probable que ambos fenómenos –inversión y comercio- tiendan a coincidir cada vez más, por lo que cierta coordinación se hace inevitable.

El desafío para ambos regímenes, por lo pronto, es común: compatibilizar mediante estándares claros la vigencia del principio de no discriminación, expresado en el Trato Nacional, con el legítimo poder regulatorio de los Estados. PAUWELYN y DIMASCIO señalan que el futuro de esa compatibilidad o equilibrio es que:

“el trato nacional no debería prevenir solamente cualquier forma de trato diferente entre productos, servicios, o inversionistas, sino sólo la discriminación que pueda demostrarse estar *basada en la nacionalidad*”⁶⁸.

Ahora bien, el régimen internacional actual de inversiones está caracterizado por constar de más de 3.000 tratados bilaterales de inversión; ello ha tendido a generar una competencia hacia los mínimos entre países receptores netos de inversión extranjera directa, lo que desde luego ha impactado en sus potestades inherentes de regulación y en el bienestar de su población, lo que para ningún país resulta beneficioso. Como indican HOEKMAN y KOSTECKI, “[t]al competencia es cara e ineficiente desde el

⁶⁸ *Ibid.*, p. 89 (énfasis original).

punto de vista del bienestar global porque el monto total de IED no está influenciado por los incentivos impositivos [beneficios tributarios] –sólo su locación. El resultado final de la competencia por IED podría ser un nivel subóptimo de tributación del capital relativo a otros factores de producción. En la medida que los gobiernos están jugando un juego de suma cero, tienen un incentivo para acordar un desarme mutuo”⁶⁹.

Los mismos autores han reunido los cuatro grandes argumentos que se maneja, en este sentido, para incorporar la disciplina de las inversiones en el marco de la OMC: (i) externalidades negativas producidas por la competencia internacional por IED: ha habido discusión en torno a la verdadera efectividad de los incentivos fiscales para atraer IED *vis-à-vis* datos estructurales de una economía como su tamaño, la calidad de su capital humano, su estabilidad política, la protección de la propiedad privada y la ejecutabilidad de los contratos; si efectivamente existe un margen de influencia de los beneficios tributarios, entonces los países ganan al acordar reglas multilaterales como la cláusula NMF y la transparencia. En cuanto a la (ii) credibilidad política: existe consenso en que la

⁶⁹ HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, p. 588.

participación en un acuerdo multilateral mejora la credibilidad de las políticas en un país, tal como ocurre con la OMC respecto de la política comercial, además de permitir a los gobiernos superar las oposiciones domésticas a la inversión extranjera; (iii) completar la arquitectura sustantiva de la OMC: la inversión y el comercio son complementarios, es decir, son dos lados de una misma moneda: un productor puede decidir acceder a un mercado determinado bien sea exportando, bien sea mediante la inversión extranjera directa, vendiendo directamente su producto en ese mercado. Actualmente el GATS recoge esta distinción a través de sus *modos de suministro*, en particular sus modos 1 (comercio transfronterizo) y 3 (presencia comercial –IED–), y por ello se ha planteado la necesidad de establecer un marco de reglas para el comercio de bienes y servicios por un lado, y por otro para el movimiento de factores de producción. Por último, se ha planteado el argumento de (iv) los vínculos múltiples (*issue linkage*) en las negociaciones de incorporarse la inversión. Si bien hacia fines de los 90' el intento por establecer un Tratado Multilateral de Inversiones bajo el liderazgo de la OCDE falló, muchos han señalado que parte del fracaso se debió a la falta de incentivos para los interesados al no contemplar otras

políticas relacionadas; en este sentido, las políticas relativas a la inversión pueden actuar como moneda de cambio para concesiones en otras áreas, particularmente aquellas que afectan las decisiones de localización de las empresas –en el marco de Cadenas de Valor-⁷⁰.

Los flujos de inversión extranjera también han reflejado los cambios estructurales en la economía global: la inversión extranjera proveniente de países en desarrollo se ha elevado desde un 1% mundial en el 2000 a más de un 15% en la actualidad⁷¹. Esa mayor participación les otorga un interés diverso en acordar reglas multilaterales para la inversión, y desde luego es una base suficiente para la reciprocidad.

⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 589-94.

⁷¹ HOEKMAN, *Supply Chains, Mega-Regionals and Multilateralism: A Road Map for the WTO*, *op. cit.*, p. 19.

V. Competencia y ambiente

a. Competencia

Hay buenos elementos para definir el objeto de las reglas comerciales internacionales a partir de la competencia: las industrias buscan mercados para sus productos o servicios, pero esos mercados tienen diversas barreras de entrada y dificultades que impiden un flujo libre en los mismos, que tienen su origen en los poderes inherentes a países y territorios aduaneros. Los acuerdos internacionales en torno al comercio buscan la integración de los mercados, es decir, la eliminación o disminución de las políticas que impiden el libre flujo de productos y servicios⁷².

La competencia es la esencia de la teoría del libre comercio: los recursos se localizarán allí donde resulte más beneficioso después de un proceso de competencia entre diversos actores, distribuyéndose el trabajo o la producción mundial allí donde resulta más eficiente esa producción. Las empresas compiten por mercados, resultando ganadoras aquellas cuyos costos comparativos son menores.

⁷² En este sentido, las prácticas de dumping, subsidios y las medidas de defensa comercial previstas por la OMC, tienen por efecto –y muchas veces por objeto– afectar la competencia en los mercados mundiales.

La competencia también está en la justificación y el diseño de las normas fundamentales del sistema multilateral de comercio -y también en el régimen de inversiones-: tanto la cláusula de la Nación Más Favorecida como el Trato Nacional son los componentes del principio de no discriminación, y éste lo que busca es que productos similares *compitan* en mercados neutrales y libres de distorsiones como las medidas que diferencian en base a la nacionalidad.

Los productores de bienes y los proveedores de servicios han centrado su atención en la política de competencia de los países, precisamente en consideración a que en muchos casos las prácticas anticompetitivas, como los acuerdos colusorios o de M&A (fusión y adquisición) o el abuso de posición dominante, perjudican su capacidad de comerciar productos y servicios⁷³. Ello fuera de prácticas netamente dirigidas al comercio internacional como impuestos a la exportación y carteles de exportación⁷⁴.

⁷³ HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, pp. 594-5.

⁷⁴ Ambas prácticas lícitas bajo las actuales reglas del GATT, a diferencia de los subsidios a la exportación, las prohibiciones y las restricciones cuantitativas a las exportaciones, *ibíd.*, p. 598.

También la *Carta* de la fallida Organización Internacional del Comercio –reconociendo ya su importancia- contenía disposiciones relativas a las prácticas anticompetitivas. Con todo, los esfuerzos para multilateralizar esas disposiciones fallaron, y por décadas los estándares al respecto han estado dados por las legislaciones de Estados Unidos y Europa Occidental, que optaron por un enfoque extraterritorial en la aplicación de sus leyes antimonopolios⁷⁵ -una forma de unilateralismo-.

Sin embargo, el marco multilateral de la OMC presenta notorias debilidades para hacer frente a estos problemas: (i) las prácticas privadas que restringen el acceso a los mercados y en las que el gobierno no interviene no pueden ser atacadas bajo el GATT o el GATS; (ii) la OMC no requiere que los Miembros tengan un Derecho de la competencia en sus territorios, sin contar con las enormes diferencias en los existentes, y (iii) el

⁷⁵ Es decir, una jurisdicción basada en los *efectos* de los actos anticompetitivos. Para KRISCH, con ello, “[l]as compañías típicamente no pueden permitirse ignorar las regulaciones de los grandes mercados a los que buscan entrar, y no pueden eficientemente dividir sus operaciones y adaptarlas a los requerimientos regulatorios de jurisdicciones particulares; el resultado potencial es una carrera hacia la cima en que los estándares más estrictos prevalecen en el tiempo. Esta dinámica ha permitido a los Estados Unidos y a la UE actuar con relativa efectividad contra los carteles y el comportamiento anticompetitivo en un mercado global y regular fusiones a gran escala que tienen implicaciones en todo el mundo”, sin embargo, no permite “atacar el comportamiento anticompetitivo dirigido al exterior como los carteles de exportación... [ni] potenciales conflictos normativos como aquellos que involucran las políticas industriales de los países en desarrollo”. KRISCH, Nico. “The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 108 (2014), pp. 12-3.

alcance de la OMC se limita a medidas tomadas por los gobiernos que afectan las condiciones de competencia en su territorio⁷⁶.

Como señalan HOEKMAN y KOSTECKI:

“Para que funcione la dinámica de la OMC, debe empezarse de la presunción de que el derecho de la competencia ha sido o será capturado por los lobbies de los productores domésticos, y por lo tanto no se enfoca en la maximización del bienestar. Si es así, y este puede en efecto ser el caso en algunos países, entonces habría una razón para buscar disciplinas a la competencia internacional en la OMC”⁷⁷.

Los problemas que ha enfrentado la incorporación de disciplinas a la competencia en la OMC se han debido a que muchos países consideran que sus reglas de competencia son en gran medida beneficiosas para su interés. Especialmente en estrategias comerciales orientadas a la promoción de exportaciones, cierto grado de laxitud en la política interna de competencia –se ha señalado- permitiría una mayor competitividad exterior de las empresas nacionales⁷⁸.

Para los países en desarrollo, el acordar ciertas disciplinas sobre las prácticas anticompetitivas tiene un obvio beneficio: las prácticas colusorias

⁷⁶ HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, pp. 597-8.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 601.

⁷⁸ HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, p. 602. Desde la Conferencia Ministerial de Singapur (1996) se ha venido considerando esta incorporación. Sin embargo, luego de años de discusiones, ya en la Conferencia de Cancún (2003) apareció claro que no había consenso en torno a ello; el Consejo General al año siguiente aprobó que el tema fuera excluido de la Ronda Doha.

de empresas exportadoras de capitales de países de la OCDE afectan en una medida importante las canastas de consumo de su población, sin contar con que estas prácticas son comunes en las empresas de transporte internacional aéreo y marítimo, lo que afecta los costos de los exportadores –y de los consumidores-. Fuera de la regulación internacional en forma de estándares comunes o de ciertos mecanismos de transparencia sobre los sistemas de cumplimiento de las regulaciones anticompetencia domésticas, se ha propuesto la asistencia técnica para los países en desarrollo; sin embargo, se ha señalado que sería más eficiente a nivel global que los países desarrollados regularan con mayor efectividad las prácticas colusorias de sus firmas –muchas veces de propiedad estatal- que aumentan los precios en los países en desarrollo⁷⁹.

b. Ambiente

Las preocupaciones por el ambiente en el foro internacional comenzaron hacia fines de la década de 1960. En el GATT ello se cristalizó en el mandato para conformar un Grupo de Trabajo sobre Medidas

⁷⁹ *Ibid.*, p. 603.

Ambientales y Comercio Internacional en 1971⁸⁰, el cual sin embargo nunca sesionó. Sólo a comienzos de los 90', cuando las consideraciones ambientales adquirieron nuevo relieve, se volvió a considerar en las negociaciones en la Ronda Uruguay. Un Comité de Comercio y Ambiente fue establecido en 1995.

Los principales factores que han motivado una creciente presión por la inclusión de temas ambientales en la agenda comercial son los siguientes: primero, las externalidades globales que conlleva la producción de bienes y servicios, como la contaminación, implican que existe una base para acordar reglas multilaterales; en adición, la atracción del sistema comercial para los ambientalistas está dada principalmente por su efectividad. En este sentido, se ha buscado estandarizar el comportamiento ambiental y

⁸⁰ *Group on Environmental Measures and International Trade* (16 de noviembre de 1971), L/362. El Director-General del GATT de la época participó de la Conferencia de Estocolmo en 1972, donde señaló que: "Lo que es importante desde el punto de vista del GATT es que donde sean tomadas medidas en el campo ambiental –sea en el plano local, nacional, regional o internacional- habrá necesidad de asegurar que estas medidas no sean en efecto usadas con propósitos de protección. Este es un aspecto en el cual el GATT está directamente involucrado, toda vez que su propósito principal es asegurar, a través de la negociación, la reducción de las barreras comerciales y por las obligaciones de los gobiernos miembros del GATT en el campo de la política comercial bajo el Acuerdo General". *Protection of the Environment: Considerations Relating to International Trade. Statement by Mr. Olivier Long, Director-General of GATT, at the Conference on the Human Environment, Stockholm, 8 June 1972*, GATT/1109, p. 2.

ejecutarlo extraterritorialmente por medio del sistema comercial⁸¹. En segundo lugar, la percepción de que el comercio tiene efectos nocivos sobre el ambiente. Suele señalarse de que liberalizar el comercio lleva a la expansión de la producción y el transporte y con ello a mayores niveles de contaminación, y además que la liberalización facilita la relocalización de firmas en países con pobres niveles de protección ambiental⁸².

En tercer lugar, las políticas ambientales pueden ser, y han sido, utilizadas como herramienta para restringir el comercio. Se ha presentado al respecto –y en relación al primer punto- el problema de si el sistema comercial es el lugar apropiado para forzar el cumplimiento de estándares ambientales propios a socios comerciales. Si bien ha existido presión de grupos ambientalistas para ello, lo cierto es que en muchos casos, sobre todo tratándose de países en desarrollo, no es económicamente eficiente imponer estándares específicos originados en países desarrollados; tampoco resulta apropiado usar sanciones comerciales para forzar ese

⁸¹ También por razones de competitividad las empresas agrícolas de países desarrollados han buscado nivelar hacia arriba su competencia externa.

⁸² HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, p. 615. Como bien señalan estos autores, sin embargo, las reglas comerciales también pueden ayudar a disuadir conductas que contribuyen enormemente a la polución en la actualidad, como los programas de ayuda y subsidio a la agricultura, que utilizan métodos de producción altamente contaminantes, o los subsidios a la pesca, que han llevado a la depredación de la fauna marina.

cumplimiento⁸³. Como lo han puesto HOEKMAN y KOSTECKI, “[h]ay un gran peligro en acceder a la presión para barreras de importación que están ostensiblemente justificadas en el argumento de nivelar el terreno de juego. La perspectiva de protección puede inducir a las firmas que compiten con las importaciones a apoyar a los grupos ambientalistas en su búsqueda de regulación. Esto incrementa la probabilidad de que se escoja instrumentos ineficientes, en tanto estos generan mayores rentas”⁸⁴.

Como señalan los mismos autores, del trabajo regular del Comité de Comercio y Ambiente es posible extraer que existe un amplio consenso en que la política comercial tiene poco que hacer en la consecución de objetivos *ambientales*. Existe consenso en que la OMC no impide la utilización de políticas de protección ambiental a los Miembros -entre las más recientes, los impuestos verdes (*carbon taxes*) y los requisitos de etiquetado para medir la huella de carbono y más recientemente la huella hídrica-, y de que los instrumentos ambientales multilaterales son el lugar adecuado para enfrentar los problemas de polución globales⁸⁵. Sí es posible, en cambio, utilizar los instrumentos jurídicos de la OMC para eliminar

⁸³ *In loc. cit.*

⁸⁴ HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, pp. 617-8.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 619.

prácticas altamente negativas para el ambiente como los subsidios agrícolas, a la pesca y a la silvicultura. Otra vía en que el sistema multilateral sí puede aportar es reduciendo las barreras a la comercialización de bienes y servicios amigables con el ambiente, como aquellos energéticamente eficientes o bien tecnologías relativas al uso de energías renovables no convencionales.

Ello debe complementarse con políticas específicamente dirigidas a los países en desarrollo, especialmente en el ámbito de la asistencia técnica y en los destinos de inversión de la *Ayuda Para el Comercio*.

VI. Coherencia regulatoria

El tiempo que va desde la firma del GATT a fines de 1947 y la más reciente crisis económica global (2008-2009) fue escenario de la más importante reducción de cargas arancelarias en la historia moderna⁸⁶. Ello implicó la rebaja desde un promedio de tasas de al menos 40%, hasta un promedio actual inferior al 4%. El ciclo de liberalización *arancelaria*, en consecuencia, ha llegado a su fin, y las ganancias que es posible obtener de

⁸⁶ HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, p. 564.

nuevas rebajas en las tasas comprometidas, si importante –especialmente en agricultura-, es marginal respecto del panorama general. El cuadro siguiente muestra los promedios actuales, por grupos de países, de los aranceles aplicados:

	Aplicados (%)	Comprometidos (%)
General		
Todos	3,7	9,7
Países desarrollados	3,6	9,6
Países en desarrollo (no PMA)	3,9	10
PMA	3,3	14,5
Agricultura		
Todos	14,5	40,4
Países desarrollados	14,9	40,3
Países en desarrollo (no PMA)	14,2	39,8
PMA	7,4	56,8
Acceso a mercados fuera de la agricultura		
Todos	2,9	7,7
Países desarrollados	3	7,9
Países en desarrollo (no PMA)	2,9	7,2
PMA	2,8	8,9

CUADRO 8. Aranceles NMF aplicados y consolidados⁸⁷.

Los aranceles *aplicados* se refieren a los promedios de los aranceles efectivamente aplicados, mientras que los *comprometidos* se refieren al

⁸⁷ MARTIN, Will y MATTOO, Aaditya. “The Doha Development Agenda: What’s on the table?”, en *The Journal of International Trade & Economic Development*, Vol. 19 (1) (2010), p. 83.

“techo” (arancel consolidado) comprometido ante la OMC⁸⁸. Claramente, es en el sector de la agricultura en donde es posible obtener mayores ganancias de mayores liberalizaciones del tipo tradicional; sin embargo, es asimismo uno de los sectores más protegidos, especialmente en los países desarrollados, tanto por la influencia política de la industria como por otras razones, como la seguridad alimentaria. Ello ha hecho que incluso en las últimas negociaciones (*ver* Capítulo Primero) no se haya llegado a definiciones al respecto.

Con la reducción progresiva de los niveles de los aranceles, las políticas comerciales de los Estados han tendido hacia el uso de herramientas menos afectas a las regulaciones internacionales; este proceso, que lleva décadas, ha tendido a hacerse más complejo y a que las herramientas utilizadas tiendan a hacerse más tenues en su efecto de obstaculizar la liberalización del comercio (*supra*). Por ello, en consecuencia, “el énfasis ha cambiado de remover regulaciones a rediseñar,

⁸⁸ Chile, p. ej., tiene un techo promedio de 25,1% para todos los bienes, y una tasa efectivamente aplicada promedio de 6%, según las cifras oficiales: WORLD TRADE ORGANIZATION. *Trade Profiles 2015*. Geneva, World Trade Organization, 2015, p. 44.

armonizar o hacer converger regulaciones”⁸⁹. Con la proliferación de los ACPs, cada uno con su enfoque, sus áreas abarcadas y sus herramientas particulares, la tendencia se hace más clara.

Las medidas regulatorias que están siendo acordadas en los ACPs se aplican en principio sólo al comercio de los signatarios, de acuerdo a las normas que dan los Artículos XXIV GATT y V GATS. Sin embargo, algunos han señalado que, al caer dentro del tipo de *regulaciones domésticas* –dado que los acuerdos internacionales se implementan a través de medidas legislativas y administrativas-, se aplicarían en una base no discriminatoria por recibir aplicación el Artículo III GATT y 4 TRIPS⁹⁰. En este sentido, los nuevos enfoques regulatorios tendrían una natural tendencia multilateral. Ello es aún materia de discusión y el Órgano de Apelación no ha tenido ocasión de referirse a ello directamente.

Lo que sí es claro es la progresiva tendencia a la multiplicación de regulaciones, que actúan como obstáculos crecientemente complejos al

⁸⁹ COTTIER, *op. cit.*, p. 673. Desde otro punto de vista, la agenda liberalizadora ha terminado una etapa como era la integración “negativa” basada en no aplicar determinadas políticas (p. ej., subir aranceles), a otra “positiva” o de integración profunda, en que se busca perseguir políticas comunes o armonizar regulaciones. HOEKMAN y KOSTECKI, *op. cit.*, pp. 582-3.

⁹⁰ COTTIER, *op. cit.*, p. 675.

comercio⁹¹. En parte debido a la adopción de un enfoque más cercano a la autonomía o soberanía regulatoria de los Miembros por parte del Órgano de Apelación (*ver* Capítulo Primero), la tendencia hacia la diversidad regulatoria se ha hecho patente, y frente a ello se han planteado dos vías: la cooperación regulatoria y el énfasis en la estandarización –que se verá *infra*–.

Como lo ha explicado HOEKMAN, “[u]na consecuencia de las reducciones a gran escala de los promedios arancelarios de importación y la remoción de la mayoría de las restricciones cuantitativas y controles de capital es que las políticas que hoy restringen los flujos internacionales de bienes, servicios, conocimiento y profesionales *son crecientemente regulatorias en naturaleza*. Ejemplos de tales así llamadas medidas no arancelarias... son la regulación de productos (para lograr objetivos de salud, inocuidad o seguridad), requerimientos de licencia para los proveedores de servicios, y certificación y procedimientos de evaluación de

⁹¹ Como ha señalado el Órgano de Apelación, los Miembros pueden hacer uso de su poder inherente de regulación en consecución de sus objetivos de política, p. ej., haciendo uso de regulaciones técnicas, que son, como lo señala el *Acuerdo OTC*, documentos que establecen características del producto, sus procesos relacionados y/o métodos de producción, pudiendo incluir, o referirse exclusivamente a, requerimientos de terminología, símbolos, empaque, marcado o etiquetado. *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes: Report of the Appellate Body* (4 de abril de 2012), WT/DS406/AB/R, párrafos 95-8.

conformidad para bienes, servicios y procesos de producción. La organización de una creciente parte de la producción y el comercio en cadenas globales de valor significa que los productos finales son impactados por un número incluso mayor de jurisdicciones regulatorias”⁹².

Las distintas opciones regulatorias de los Miembros hacen que comerciar productos y servicios sea cada vez más costoso, al duplicarse requisitos y revisiones en las distintas jurisdicciones. Ello no es subsanado por acuerdos como el *MSF* o el *OTC* (y sus referencias a organismos internacionales de estandarización), cuyo objetivo es más bien asegurar que las opciones regulatorias tomadas por los Miembros sean *razonables* a través de un control de objetividad.

Como señala HOEKMAN, la cooperación con miras a una mayor coherencia sólo podría practicarse cuando hay un grado de equivalencia en las capacidades institucionales existentes y los objetivos regulatorios perseguidos⁹³ –lo que puede ocurrir en acuerdos como el *CETA* entre

⁹² HOEKMAN, Bernard. *Trade Agreements and International Regulatory Cooperation in a Supply Chain World*. European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, EUI Working Paper RSCAS 2015/04, p. 1 (énfasis añadido).

⁹³ *Ibíd.*, p. 2.

Canadá y la Unión Europea, pero no en el *TPP*, dada la heterogeneidad de sus signatarios-.

Los enfoques tradicionales han consistido en buscar bien la *armonización* regulatoria, bien el *mutuo reconocimiento* de los procedimientos. La armonización por sí sola no implica que cada país llevará a cabo su propio procedimiento de control, pero sí puede hacerlo menos costoso; por ello, la armonización debe conjugarse con el reconocimiento mutuo de procedimientos en orden a lograr un resultado efectivo. Frente a ello, HOEKMAN plantea un enfoque diverso que llama *equivalencia regulatoria*, que involucra tanto que los países acuerden que sus objetivos son equivalentes con una medida determinada, como la aceptación de los mecanismos de implementación del otro⁹⁴ en tanto efectivos en la consecución de ese objetivo⁹⁵. Ello se justifica por lo siguiente:

⁹⁴ HOEKMAN, *Trade Agreements and International Regulatory Cooperation in a Supply Chain World*, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁵ Ello ocurre en procesos de integración más profunda como el europeo, y puede llevar más tiempo al requerir evaluaciones de riesgo y evaluaciones mutuas del funcionamiento del sistema de control antes de llegar a acuerdo. En el *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (2017) entre Canadá y la Unión Europea, p. ej., se dispone que: “La Parte importadora aceptará que la medida MSF de la Parte exportadora es equivalente si la Parte exportadora demuestra objetivamente a la

“Una cooperación regulatoria efectiva requiere ir más allá de tratados legalmente vinculantes, y de esa manera ejecutables, entre Estados... La naturaleza de la regulación es a menudo muy técnica y dinámica, involucrando varios actores con diferentes grados de autonomía y descentralización, y responderá a diferencias en circunstancias locales y cambios en el conocimiento en el tiempo”⁹⁶.

Si bien existen actualmente en la OMC mecanismos de cooperación referidos a estándares en los Comités MSF y OTC, que permiten a los Miembros tener conocimiento del desarrollo de tales estándares e interactuar con más actores, el enfoque en la actualidad debe ser más amplio, involucrando sistemas y regímenes regulatorios antes que aspectos específicos a un producto o a una regulación técnica particular⁹⁷. HOEKMAN añade que “[e]l enfoque tomado por los gobiernos hacia la regulación difiere muy significativamente de cómo las empresas operan internacionalmente. Las empresas ‘piensan en cadenas de valor’, mientras que los gobiernos (y los legisladores/reguladores) tienden a enfocarse en

Parte importadora que su medida cumple el nivel apropiado de protección sanitaria y fitosanitaria de la Parte importadora” (Artículo 5.6). No hay un avance similar en el *TPP*.

⁹⁶ HOEKMAN, *Trade Agreements and International Regulatory Cooperation in a Supply Chain World*, *op. cit.*, p. 5. Esa dinámica hace inoperativos acuerdos que contengan condiciones estáticas; o en otras palabras: “mientras los aranceles o los subsidios pueden ser reducidos con relativa facilidad a través de reglas vinculantes de un tratado de una sola vez, los efectos restrictivos de las barreras no arancelarias tal vez pueden ser más apropiadamente abordadas a través de una cooperación continua en el contexto de lineamientos básicos que no pueden siempre ser grabados en piedra y necesitan adaptarse a nuevos desarrollos y especificidades sectoriales”. PAUWELYN, Joost. “Rule-Based Trade 2.0? The Rise of Informal Rules and International Standards and How they May Outcompete WTO Treaties”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 17 (4) (2014), p. 744.

⁹⁷ HOEKMAN, *Trade Agreements and International Regulatory Cooperation in a Supply Chain World*, *op. cit.*, p. 7.

objetivos de política específicos y los instrumentos específicos que son usados para su consecución”⁹⁸.

Esas diferencias, faltas de coordinación y también asimetrías de información, llevan a que los mercados se segmenten crecientemente, contra la tendencia liberalizadora que busca integrar mercados. Es necesario, como indica un autor, “[u]n enfoque transversal, para identificar prioridades... para las firmas que son parte de cadenas de valor y es una manera en que la cooperación regulatoria difiere de la agenda política comercial tradicional. Un foco clave de la cooperación regulatoria en el contexto de los acuerdos comerciales debería estar en los costos innecesarios en las cadenas de valor”⁹⁹. Una forma, como propone el mismo autor, es a través de la creación de “consejos de cadenas de valor” (de cadenas de valor económicamente significativas para el país), que tendrían como objetivo reunir a los interesados –privados, académicos y funcionarios de las agencias públicas competentes- en orden a cooperar para

⁹⁸ *In loc. cit.* Ello implica que, en la práctica, “es a menudo el caso de que hay redundancia en el sentido de que información muy similar pero ligeramente diferente debe ser reportada a entidades regulatorias diferentes, o que estándares muy similares son impuestos por agencias que no se comunican entre ellas”. HOEKMAN, *Trade Agreements and International Regulatory Cooperation in a Supply Chain World*, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 11.

determinar cómo las distintas áreas de política –aranceles, trámites aduaneros, acceso a transportes y distribución, servicios, estándares, agencias domésticas responsables de las regulaciones, etc.- impactan conjuntamente sobre la producción, la inversión y el comercio¹⁰⁰.

Uno de los beneficios de tales instancias de cooperación sería el continuo intercambio, que lleva gradualmente a la creación de prácticas o estándares comunes en el tiempo. Sin embargo, tales consejos o foros, en el marco de acuerdos preferenciales bilaterales o regionales, tocan un tema que tarde o temprano tendrá que multilateralizarse¹⁰¹, lo que lleva a pensar en formas más generales como el Derecho Internacional Informal.

¹⁰⁰ HOEKMAN, *Trade Agreements and International Regulatory Cooperation in a Supply Chain World*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰¹ Como señala el mismo autor, “[l]os esfuerzos para reducir los costos de las diferencias en los regímenes y sistemas regulatorios debería ser global en principio si sea sólo porque las cadenas de valor y la producción internacional son globales”, *ibíd.*, p. 17.

VII. Estándares, principios y Derecho Internacional Informal

Las presiones hacia la búsqueda de formas de cooperación menos sujetas a formalidades y restricciones en el plano internacional han impulsado una disminución importante en la firma de acuerdos multilaterales a la par que una búsqueda creciente por mecanismos de regulación en ámbitos de coordinación.

De acuerdo a PAUWELYN *et al.*, “hay una más bien amplia aceptación de que las formas tradicionales del multilateralismo están enfrentando una profunda crisis”¹⁰². La utilización de formas distintas a las tradicionales en el Derecho Internacional es notablemente creciente en las áreas más relevantes de la convivencia humana:

“Tópicos relativamente recientes como la internet, la competencia o las finanzas han sido regulados desde el principio a través de normas y redes informales, y en la mayoría de estas áreas la creación de tratados legalmente vinculantes u OI’s [organizaciones internacionales] tradicionales no es siquiera tema de discusión”¹⁰³.

La decadencia de las formas multilaterales se ha debido, de acuerdo a PAUWELYN *et al.*, a al menos tres factores: la saturación en la mayoría de

¹⁰² PAUWELYN, Joost, WESSEL, Ramses y WOUTERS, Jan. “When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 25 (3) (2014), p. 737. Esto debe leerse a la luz de lo explicado en el Capítulo Segundo.

¹⁰³ *Ibid.*, p 738.

las áreas y el cambio de política de los gobiernos –hacia formas más flexibles-, la emergencia de nuevos actores y procesos –formalmente fuera del Derecho Internacional-, y nuevos y crecientes productos o *outputs* distintos a los instrumentos jurídicos tradicionales¹⁰⁴. Respecto de este último punto, los mismos autores señalan:

“En términos de output, hay consenso general en que el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ no ofrece una lista exhaustiva de fuentes de Derecho Internacional, y tampoco que el Derecho Internacional requiera que un procedimiento particular sea seguido para crear normas internacionales o que el Derecho Internacional sólo puede emerger de foros u OI's determinados”¹⁰⁵.

El Derecho Internacional carece en general de una autoridad central que implemente y ejecute las normas que lo componen: su eficacia es *descentralizada*, y los incentivos para el cumplimiento deben buscarse no en la tradicional latencia del uso de la fuerza propia de los sistemas normativos domésticos, sino en otros factores, como la reciprocidad, la retaliación, la reputación y la legitimidad percibida¹⁰⁶. Estos factores responden igualmente bien a normas de menor nivel de legalización como a típicas normas de *hard law*. El proceso de legalización de las normas

¹⁰⁴ PAUWELYN, WESSEL y WOUTERS, *op. cit.*, pp. 738 y ss.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 745.

¹⁰⁶ PAUWELYN, “Rule-Based Trade 2.0? The Rise of Informal Rules and International Standards and How they May Outcompete WTO Treaties”, *op. cit.*, p. 745, y KOH, Harold Hongju. “Why Do Nations Obey International Law?”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 106 (1997), pp. 2599-659, analizando histórica e intelectualmente estos aspectos.

internacionales ha sido identificado, en este sentido, como un continuo, donde mayores o menores formas de legalización persiguen ciertos objetivos y conllevan ciertos beneficios¹⁰⁷.

El fenómeno, empero, es más amplio de lo que ha venido indicándose como *soft law* en décadas recientes; como ha indicado KRISCH, “[l]a presión por el cambio ha sido mayormente absorbida no a través de nuevas reglas vinculantes internacionales e instituciones formales, sino a través de medios alternativos de regulación –unos en que los elementos consensuales son débiles y las jerarquías son a menudo pronunciadas”¹⁰⁸. Al decir de PAUWELYN *et al.*:

“Esto va mucho más allá del fenómeno del soft law en tanto se refiere no sólo a un resultado informal sino a nuevos e informales actores y procesos”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ ABBOTT, Kenneth y SNIDAL, Duncan. “Hard and Soft Law in International Governance”, en *International Organization*, Vol. 54 (3) (2000), pp. 421-56.

¹⁰⁸ KRISCH, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁹ PAUWELYN, WESSEL y WOUTERS, *op. cit.*, p. 743. Y añaden: “[m]ás aún, incluso en términos de resultados, no hay nada ‘suave’, i.e., vago, aspiracional, o profundamente controvertido (en el sentido de las resoluciones de la AG NU de los 1970s) acerca de la mayoría de las normas de internet, dispositivos médicos, o financieras desarrolladas en años recientes. Si algo, el proceso de su desarrollo es altamente regulado y estricto, basado en el consenso, y la expectativa de cumplimiento de estas normas es extremadamente alta (más alta que respecto de muchos tratados internacionales)”, *in loc. cit.* Los autores discrepan en torno al lugar del consenso en los nuevos procesos de cooperación, habiendo autores como KRISCH que recalcan la importancia de las configuraciones actuales de poder, mientras otros como PAUWELYN *et al.* que insisten en la notable participación de los actores destinatarios de las “normas”.

Frente a esta situación, estos autores indican que se presentan dos opciones lógicas: (i) que el Derecho Internacional adapte y asuma esta nueva actividad, lo que requeriría que sufriera una transformación radical, o (ii) que se mantenga atado a sus formas tradicionales, asumiendo que será una forma u opción más de cooperación dentro de un “menú normativo” más amplio. Es más bien difícil que la primera opción sea aceptada por los Estados, toda vez que implica que acepten fuentes normativas “que están completamente fuera de su esfera de influencia”. Por otro lado, es cierto que el Derecho Internacional permite cambios orgánicos graduales para reflejar las transformaciones en la sociedad en que opera¹¹⁰.

Ahora bien, el de la OMC es un sistema de alta legalización, dentro de los marcos posibles del Derecho Internacional. Uno de los grandes promotores de la legalización progresiva del comercio internacional multilateral fue el profesor JACKSON, quien promovió la necesidad de un sistema basado en reglas frente a otro basado en el poder, señalando que el primero permitía mayor predictibilidad, evitaba desbalances injustos de

¹¹⁰ PAUWELYN, WESSEL y WOUTERS, *op. cit.*, p. 744.

poder y prevenía escaladas de tensión internacional¹¹¹. Las normas tradicionales del GATT y la OMC son más cercanas al *hard law*, con compromisos precisos que toman la forma de *acuerdos*, y cuyas obligaciones son ejecutadas de una forma particularmente efectiva en el Derecho Internacional.

Sin embargo, desde los acuerdos fruto de la Ronda Uruguay en 1994, pocas reglas han sido incorporadas al sistema de la OMC; los dos mayores casos son la enmienda de 2005 al TRIPS y el *Acuerdo sobre Facilitación del Comercio* alcanzado el 2013 en Bali, a lo que hay que añadir acuerdos menores fruto de la Conferencia Ministerial de Hong Kong (2005) y ciertos *waivers* para las economías en desarrollo (particularmente para las menos adelantadas). Ello da indicio, sin dejar de considerar la paralización de la Ronda Doha, de la falta de incorporación de reglas nuevas al sistema, lo que deriva en un desajuste y en la tendencia indicada de búsqueda de vías alternativas para la regulación del fenómeno.

Parte importante de la explicación está relacionada a los cambios en la configuración internacional en los últimos 15 años. En particular en

¹¹¹ JACKSON, John. "The Case of the World Trade Organization", en *International Affairs*, Vol. 84 (3) (2008), pp. 437-54.

materia económica, “los poderes emergentes, en particular China, han mostrado generalmente reluctancia *vis-à-vis* obligaciones internacionales vinculantes que podrían obstaculizar su potencial de crecimiento”¹¹². Como señala PAUWELYN, ello es parte de una escena mayor: con el cambio de milenio se ha visto un descenso notable en la celebración de tratados internacionales, particularmente los multilaterales¹¹³. En el caso del comercio internacional, dos razones explican el estancamiento: (i) la saturación y dificultad de llegar a acuerdo entre nuevos y viejos actores - reconfiguración- y (ii) la dificultad de regular políticas esencialmente no arancelarias mediante obligaciones estáticas¹¹⁴.

La necesidad de un enfoque distinto al tradicional se ha hecho así cada vez más evidente. El mismo autor explica las razones de por qué una aproximación no tradicional al Derecho Internacional es más apropiada dados los cambios estructurales actuales:

“Las negociaciones de tratados son, en muchos casos, altamente politizadas, juegos de suma cero entre representantes de Estados relativamente distanciados de los problemas a resolver. Toman mucho tiempo y no pueden adaptarse rápidamente a nuevos desarrollos (...). *Los actores* (autoridades del Estado central),

¹¹²PAUWELYN, WESSEL y WOUTERS, *op. cit.*, p. 741.

¹¹³ PAUWELYN, “Rule-Based Trade 2.0? The Rise of Informal Rules and International Standards and How they May Outcompete WTO Treaties”, *op. cit.*, pp. 740-2.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 744.

procesos (creación formal de Derecho en organizaciones internacionales), y *resultados* (tratados rígidos o decisiones de organizaciones internacionales) *reconocidos en la creación tradicional del Derecho Internacional ya no están adaptados*”¹¹⁵.

Un análisis reciente que se ha propuesto define estos nuevos procesos de cooperación como *Derecho Internacional Informal*. PAUWELYN *et al.* definen esta forma de regulación de la siguiente manera:

“Cooperación transfronteriza entre autoridades públicas, con o sin la participación de actores privados y/u organizaciones internacionales, en un foro diverso a una organización internacional tradicional (*informalidad procesal*), y/o entre actores diversos a los actores diplomáticos tradicionales (tal como reguladores o agencias) (*informalidad de actores*) y/o que no resulta en un tratado formal u otra fuente tradicional de Derecho Internacional (*informalidad del resultado*)”¹¹⁶.

El Derecho Internacional Informal se refiere así a tres aspectos: (a) se trata de actores no tradicionales, incluyendo a reguladores, agencias públicas, bancos centrales, grupos de expertos, académicos, ciudades, negocios y organizaciones no gubernamentales; (b) se trata de procesos no tradicionales, incluyendo interacciones muchas veces informales entre redes y grupos cuyo fin no es necesariamente la creación de una regla, y (c) se

¹¹⁵ PAUWELYN, “Rule-Based Trade 2.0? The Rise of Informal Rules and International Standards and How they May Outcompete WTO Treaties”, *op. cit.*, p. 745. “Nuevas formas de cooperación pueden ser más (antes que menos) controlables [accountable] o responsivas para una audiencia más amplia y mejor (antes que peor) adaptadas a las necesidades de la sociedad moderna”, *ibid.*, p. 749. En el mismo sentido, COTTIER señala que la forma de hacer Derecho en la OMC ya no se adapta a los nuevos temas y desafíos, *op. cit.*, p. 675.

¹¹⁶ PAUWELYN, JOOST, WESSEL, RAMSES Y WOUTERS, Jan. *Informal International Lawmaking*. Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 22.

trata de resultados no tradicionales, tales como estándares, directrices, principios o medidas¹¹⁷.

Desde luego, hay enormes ventajas en estas nuevas formas de cooperación que han adoptado los actores internacionales, que se relacionan directamente con la necesidad de regulaciones dinámicas –*supra*–, especialmente en el comercio internacional:

“la informalidad incrementa la flexibilidad y la adaptatividad... Una característica general importante es la posibilidad de corregir continuamente las reglas, tomando en cuenta nuevos desarrollos y aprendizaje”¹¹⁸.

Es necesario tomar en cuenta que muchas diferencias entre estas dimensiones formal e informal del Derecho Internacional pierden mucho sentido si se consideran criterios fundamentales como la obediencia a una regla y su efectividad. Tanto en términos de por qué los actores obedecen a normas internacionales (legitimidad procesal), como “[e]n términos de efectividad y predictibilidad, no hay... diferencias a priori entre reglas

¹¹⁷ PAUWELYN, “Rule-Based Trade 2.0? The Rise of Informal Rules and International Standards and How they May Outcompete WTO Treaties”, *op. cit.*, p. 742.

¹¹⁸ PAUWELYN, WESSEL y WOUTERS. “When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking”, *op. cit.*, p. 750. Desde luego, esta flexibilidad no es total, toda vez que “incluso donde un instrumento de derecho informal no es en tanto tal ‘Derecho Internacional’, todavía puede: (i) tener efectos legales, y/o (ii) estar sujeto a restricciones legales (o ser regulado por ley), sea bajo el Derecho Internacional, el Derecho doméstico, o las reglas internas al mecanismo en que el instrumento fue creado”, lo que hace que su estudio sea necesario, *ibíd.*, pp. 756-7.

formales... y reglas informales, mecanismos o estándares”¹¹⁹. De hecho, en la formación de prácticas, estándares y reglas informales, la participación de los actores es mucho más amplia, superando la visión estrecha y siempre incompleta que tienen los oficiales diplomáticos de los Estados. El Derecho Internacional Informal está marcado precisamente por la participación de los actores primordiales: privados, agencias reguladoras, organizaciones no gubernamentales^{120 121}. Por otro lado, en paralelo a estos desarrollos se ha señalado que “la idea... de que el Derecho Internacional tradicional es necesariamente legítimo y controlable democráticamente porque está basado en el consentimiento estatal, no puede ya ser aceptada ciegamente (si alguna vez pudo serlo)”¹²².

¹¹⁹ PAUWELYN, “Rule-Based Trade 2.0? The Rise of Informal Rules and International Standards and How they May Outcompete WTO Treaties”, *op. cit.*, p. 747.

¹²⁰ Estas mismas ideas fueron sugeridas por KOH al hablar de un proceso legal transnacional normativo, dinámico y constitutivo, poniendo énfasis en la continua interacción de los diversos actores involucrados, *op. cit.*, pp. 2465 y ss.

¹²¹ MATSUSHITA pone el ejemplo de los *Principios de Santiago* para la regulación de las prácticas de los Fondos Soberanos, y la *Red de Competencia Internacional (ICN*, por sus siglas en inglés) en la formación de la política de competencia. MATSUSHITA, Mitsuo. “A View on Future Roles of The WTO: Should There be More Soft Law in The WTO?”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 17 (3) (2014), pp. 711 y ss.

¹²² PAUWELYN, WESSEL y WOUTERS. “When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking”, *op. cit.*, p. 748. Sin embargo, posteriormente añaden: “para asegurar legitimidad democrática doméstica debe estar disponible un grado mínimo de vigilancia parlamentaria o congresional (no necesariamente consentimiento formal) de toda la cooperación internacional que afecta la adopción de políticas públicas o la libertad individual –tratado o no, formal o informal-”. Y después agregan que “la revisión judicial debe estar disponible ante los

Considerando esta evolución, el que un instrumento sea “legalmente vinculante” o no bajo el Derecho Internacional ya no es un criterio apropiado. Un criterio más apropiado es si las nuevas formas de cooperación afectan las políticas públicas y/o la libertad individual. En este sentido, estas nuevas formas de cooperación exigen un control de legitimidad¹²³: si bien las nuevas formas de cooperación han nacido primordialmente desde los propios interesados, en un entorno más bien horizontal ajeno a lenguajes jerárquicos y coercitivos, el caso es que muchas de estas formas de cooperación aún necesitan formas de consideración de todos los afectados por los nuevos estándares y principios. Un ejemplo patente es la exclusión de los países en desarrollo de la formación de estándares en el Consejo Internacional de Armonización de

tribunales domésticos para proteger los derechos fundamentales de los individuos y para asegurar los balances y contrapesos entre la legislatura, el ejecutivo, y las agencias administrativas”, *ibíd.*, pp. 751-2.

¹²³ PAUWELYN, WESSEL y WOUTERS. “When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking”, *op. cit.*, pp. 746-7. Inmediatamente agregan: “Proponemos un enfoque calibrado para el control dependiendo de la materia e impacto de la norma (no en si es formal o informal), trabajando sobre la base de diferentes fuentes de legitimidad y tipos de control (*ex ante*, continuo, y *ex post*), y en ambos niveles doméstico e institucional, hacia interesados tanto internos como externos”, *ibíd.*, p. 748.

los Requisitos Técnicos para los Fármacos de Uso Humano (ICH, por sus siglas en inglés), a pesar de ser presionados después para aceptarlos¹²⁴.

En el marco de la OMC, el Anexo 1.2 del *Acuerdo OTC* define un estándar de la siguiente forma:

“Documento aprobado por un cuerpo reconocido, que provee, por uso común y repetido, reglas, pautas o características para los productos o métodos de producción y procesos relacionados, respecto de los cuales el cumplimiento no es obligatorio. Puede también incluir o lidiar exclusivamente con requerimientos de terminología, símbolos, empaque, marca o etiquetado en tanto se aplican a un producto, proceso o método de producción”¹²⁵.

Esta definición contiene una nota explicativa:

“El término [estándar] como es definido en la Guía 2 ISO/IEC cubre productos, procesos y servicios. Este Acuerdo se refiere sólo a regulaciones técnicas, estándares y procedimientos de evaluaciones de conformidad relativos a productos o procesos y métodos de producción”.

Es importante notar a este respecto que PAUWELYN *et al.* proponen frente a estos problemas la formación, mediante el consenso gradual, de *meta-normas* en la formación de estándares, que atiendan a tres criterios principales: autoridad, procedimiento y sustancia.

¹²⁴PAUWELYN, WESSEL y WOUTERS. “When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking”, *op. cit.*, p. 753.

¹²⁵ Los *principios*, por su parte, aquí se identifican con las pautas y/o los códigos de buenas prácticas, no con la noción jurídica de principios, sea en el Derecho Internacional o en los ordenamientos domésticos.

En cuanto a la OMC, ésta ha considerado los estándares desarrollados por agencias especializadas al menos desde la Ronda Tokyo¹²⁶, aunque de forma acotada y específica: el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* se refiere precisamente al efecto de tales estándares desarrollados por tales agencias. Un Reporte reciente del Órgano de Apelación, a propósito de la aplicación del *Acuerdo OTC*, se refirió al alcance del término “estándar internacional” y definió –valga la redundancia- los estándares a los que deben sujetarse los estándares (o *meta-normas*); así, refiriéndose a una decisión del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio –que estimó como base para resolver- señala:

“la Decisión del Comité OTC clarifica el alcance temporal del requisito de que un cuerpo de estandarización internacional *esté abierto a todos los órganos relevantes de al menos todos los Miembros de la OMC*, y especifica que el cuerpo debería estar abierto en una base no discriminatoria.

(...)

Al mismo tiempo, otros elementos del *Acuerdo OTC*, de la misma manera que la Decisión del Comité OTC, reflejan la intención de los Miembros de la OMC de asegurar que el desarrollo de los estándares internacionales tenga lugar de forma transparente y con amplia participación”^{127 128}.

¹²⁶ *Agreement on Technical Barriers to Trade* (12 de abril de 1979), llamado “Standards Code”.

¹²⁷ *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products: Report of the Appellate Body* (16 de mayo de 2012), WT/DS381/AB/R, pp. 143-4 (énfasis añadido). Es de notar que este Reporte varió el punto de vista que el Órgano de Apelación había adoptado respecto a los estándares internacionales en 2002: *EC – Trade Description of Sardines: Report of the Appellate Body* (26 de septiembre de 2002), WT/DS231/AB/R, párrafos 225 y ss. En el particular, se refería al problema de si era exigible el consenso dentro de la organización

Para los países en desarrollo, esta evolución puede presentar grandes costos; como señalan la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO y el BANCO MUNDIAL, “el cumplimiento con los estándares puede también resultar en costos de producción más altos, y en nuevos requerimientos de inspección y certificación que minan la competitividad. También hay un riesgo de establecer estándares demasiado altos para ser cumplidos por pequeños granjeros, o a un nivel que los consumidores realmente no requieren o no pueden costear. En adición los estándares pueden ser manipulados para actuar como barreras comerciales”¹²⁹. Luego advierten que:

“Simplemente importar estándares de los países desarrollados a menudo no será apropiado, particularmente para productos no destinados a la exportación a países desarrollados. Incluso cuando se refiere a la seguridad alimentaria, los gobiernos deberían evaluar si hay vías equivalentes, menos costosas para asegurar que la comida es inofensiva”¹³⁰.

* * *

estandarizadora para la aprobación de un estándar internacional, optándose en ese fallo anterior por desligarse de ese control, al no requerirlo el *Acuerdo OTC*.

¹²⁸ La *Decisión* referida en el Reporte es: *Decision of the Committee on Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations With Relation to Articles 2, 5 and Annex of the Agreement*. La *Decisión* contiene 6 principios aplicables a los estándares: Transparencia, Apertura, Imparcialidad y Consenso, Efectividad y Relevancia, Coherencia y Trato Especial a los países en desarrollo. *Decisions and Recommendations Adopted by the WTO Committee on Technical Barriers to Trade Since 1 January 1995* (la versión es de 8 de septiembre de 2008), G/TBT/1/Rev.9, pp. 37 y ss.

¹²⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION AND WORLD BANK GROUP, *op. cit.*, p. 44.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 45. Ejemplos de estándares actuales hay muchos: compatibilidad electromagnética de productos, requerimientos de reciclaje, huella de carbono, huella hídrica, emisiones, etiquetados, etc.

El tránsito hacia nuevas formas de regulación de los problemas de alcance global ha puesto un creciente signo de relatividad sobre el Derecho Internacional de las últimas décadas. Si bien es cierto que las *formas* que contempla protegen valores tanto esenciales –p. ej., la igualdad soberana– como instrumentales –p. ej., la seriedad del consentimiento–, los actores, tanto públicos como privados, han ido migrando hacia nuevas formas de cooperación cuyo valor principal parece ser, por contraste, la eficacia en la solución de problemas globales acuciantes. Como ha expresado un autor:

“Independientemente, sin embargo, de si estamos considerando un cambio *dentro* del derecho o *desde* el derecho, el efecto combinado de una disminución en los tratados multilaterales nuevos y un aumento significativo en la regulación informal es ciertamente un alejamiento del derecho internacional formal, clásico”¹³¹.

Factores de evolución estructural en el comercio internacional, como la desarancelización, han llevado a que las regulaciones no específicamente aduaneras se hayan transformado en la herramienta principal de la economía política comercial. Tales regulaciones, a su vez, han sido presionadas por nuevos actores, en busca de eficiencia, aprendizaje y adaptación, lo que ha llevado a buscar formas que sin dejar de tener un significado jurídico respondan a la dinamicidad. Estas nuevas formas,

¹³¹ KRISCH, *op. cit.*, p. 36.

empero, enfrentan nuevos desafíos, como la legitimidad de su contenido, lo que ha puesto el énfasis en la consideración de *meta-normas* que cautelen, p. ej., que las asimetrías de poder, incluso en una etapa de gran reconfiguración, no impacten negativamente los intereses de los países en desarrollo.

Conclusiones

Primero. La Organización Mundial de Comercio ha desarrollado valores fundamentales no sólo para los intercambios comerciales, sino para el Derecho Internacional en general. Entre ellos está la progresiva orientación por reglas de las prácticas comerciales de los Estados, el desarrollo de un sistema de solución de disputas eficiente y la evolución de una jurisprudencia que ha tocado temas estructurales tales como la autonomía regulatoria de los Estados. Esos valores, ese *acervo*, continuarán y tendrán influencia en el sistema internacional cualquiera sea el destino de la OMC.

Un punto de especial importancia ha sido la delimitación de lo que el Órgano de Apelación ha llamado el “poder regulatorio inherente” de los Miembros. En 20 de años de evolución jurisprudencial, es posible ver una tendencia hacia una mayor deferencia a las políticas regulatorias de los Estados, tanto en cuanto a sus objetivos de política como en el grado de avance de esos objetivos. Esa delimitación que el propio Órgano de Apelación ha hecho de su poder de revisión sin duda beneficia la diversidad

de las preferencias colectivas de países que estuvieron desde un comienzo muy lejos de los objetivos de la Ronda Uruguay, como son la gran mayoría de los países en desarrollo.

Por otro lado, las formas posibles de adaptación de la OMC quizás obedezcan a un rol y a conceptos constitucionales, más amplios, que permitan tanto mayores rangos de interpretación y aplicación como la operación de normas y agentes dinámicos y adaptables en un entorno de creciente regulación, junto con un control eficiente ejercido a través de su Órgano de Solución de Disputas.

Segundo. La cooperación entre los actores internacionales, formales o informales, es un dato y una necesidad. Por ello, tiene sentido analizar teóricamente diversos ámbitos de interacción y los resultados esperables de los mismos.

En este sentido, el desafío a las instituciones diseñadas para la gobernanza multilateral que ha representando el ascenso de las nuevas potencias en desarrollo es probable que se asemeje progresivamente a un caso de “cooperación entre egoístas”. La búsqueda de los propios intereses en un entorno multipolar o incluso *apolar*, tiende a seguir el mecanismo de

la reciprocidad, y así ha ocurrido en los hechos en los últimos años, como lo ha mostrado este trabajo.

Considerando ello, la estructura de la OMC admite dos observaciones: su matriz eminentemente contractual permite el funcionamiento de la reciprocidad, incluso a través de la excepción prevista en el Artículo XXIV GATT; por otro lado, su estructura multilateral también obedece a valores compartidos, por lo que es lógico que puedan extraerse conclusiones derivadas de su naturaleza integral o colectiva. Así lo demuestra la operación de la cláusula de la Nación Más Favorecida, que a la vez que es una forma de obligación bilateral múltiple, considera a través de la *regla del proveedor principal* el beneficio de *free-riders*, *i. e.* países cuya participación en el mercado del producto o servicio en cuestión es marginal y que son beneficiados sin otorgar nada a cambio.

Tercero. La naturaleza bilateral de las obligaciones que emanan de los Acuerdos administrados por la OMC puede ser explicada por la naturaleza principalmente *bilateral* de los intercambios comerciales y la configuración del orden internacional de la posguerra en Estados nacionales

soberanos. Ello lleva a cálculos recíprocos en que la idea de ventaja comparativa sigue jugando un papel fundamental.

La OMC como un foro de intercambios de política comercial, es decir, de concesiones en las diversas áreas, comprendiendo tanto barreras arancelarias como no arancelarias, y en particular la multitud de regulaciones de que disponen en la actualidad los gobiernos, es una noción bastante útil y explicativa. Por ejemplo, un país A interesado en el mercado de B para exportar frutas, pero que tiene tasas arancelarias relativamente altas para ese producto, puede ofrecer a B, que es un exportador de servicios y asesorías, regulaciones más flexibles para los servicios de éste. Ahora bien, si la participación de A y B en los mercados de sus productos de exportación es sustancial, tiene sentido que se otorguen tales concesiones en el marco multilateral, aplicándose la cláusula de la Nación Más Favorecida; de lo contrario, tenderán a negociar un acuerdo comercial preferencial. En ambos casos, las obligaciones son esencialmente bilaterales y obedecen al mecanismo de la reciprocidad y a la noción de la ventaja comparativa.

Cuarto. La evolución gradual del Sistema Multilateral de Comercio hacia una orientación por reglas, de la mano de una legalización progresiva, ha traído consigo numerosos beneficios, sobre todo en consideración a las bases necesarias para una óptima operación del mercado internacional. Estos beneficios, sin embargo, no han alcanzado plenamente a los intereses de los países en desarrollo, en tanto la *legalización* de esos intereses ha sido esencialmente marginal, presentando una evolución paralela eminentemente política; diplomática antes que estrictamente jurídica.

Esta segregación constante, enfocada bajo aparatos teóricos diversos, se ha traducido en diversos mecanismos jurídicos a lo largo de la evolución del Sistema, desde un enfoque de reciprocidad neta en los primeros años del GATT -técnicamente fiel a lo que es el Sistema-, pasando por el mecanismo de los Sistemas Generalizados de Preferencias –un acto unilateral gratuito y discriminatorio-, hacia una franca reconfiguración del Sistema por la emergencia de grandes potencias en desarrollo en los últimos años, que tiende hacia relaciones de reciprocidad, lo que se ha visto en dos aspectos: la estructura de los nuevos acuerdos multilaterales, en especial el *Acuerdo sobre Facilitación del Comercio*, y los acuerdos comerciales preferenciales.

Quinto. La evolución del Trato Especial y Diferenciado ha estado muy ligada a la evolución de la teoría del desarrollo y a las concepciones en torno a la relación entre el desarrollo y el comercio internacional; ello se ha traducido en enfoques diversos y en herramientas distintas adoptadas en el seno del Sistema Multilateral.

Muchas de las críticas a la distribución internacional de la producción en la posguerra han abogado por flexibilidades respecto de las reglas comerciales multilaterales, las que se han ido reuniendo en lo que hoy constituye el Trato Especial y Diferenciado. Las razones detrás de ese conjunto de reglas y declaraciones que constituye el TED han cambiado sustancialmente, tanto por el enriquecimiento teórico producto de diversas experiencias de desarrollo, como por el ascenso de grandes países en desarrollo que por su participación en el mercado están en condiciones de participar en el mecanismo de reciprocidad.

Ahora bien, desde cierta perspectiva, todo acuerdo ha de contemplar ciertas flexibilidades que permitan su operación óptima y adaptación, especialmente cuando se trata de regímenes internacionales. La OMC no es una excepción, y sus principales acuerdos multilaterales contemplan

flexibilidades que permiten a los países adaptarse frente a determinadas circunstancias, como un aumento importante y brusco de sus importaciones. En este sentido, las flexibilidades otorgadas a los países en desarrollo difieren de las flexibilidades generales por una cuestión de grado, dada por la mayor propensión de estos países a verse enfrentados a circunstancias adversas.

Sin embargo, esa perspectiva ha sido constantemente criticada, y es posible señalar que los eventos precisos –con su trasfondo de antecedentes e ideas- que han dado lugar a la formación del Trato Especial y Diferenciado indican que las razones detrás de esas flexibilidades particulares han sido en buena medida diversas, y el continuo debate no ha hecho más que acentuar la diferenciación entre dos tendencias.

Sexto. Los fundamentos de la política *distributiva* en el Sistema Multilateral de Comercio pueden ser encontrados en la dinámica misma de la ventaja comparativa. El GATT de 1947 y sus concepciones liberales subyacentes han entregado principalmente a las políticas de bienestar de los gobiernos nacionales la función de hacerse cargo de los costos de ajuste que genera la competencia internacional (sin perjuicio de ciertas funciones al

respecto del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional). Ello, en la era de la OMC, parece insuficiente.

Esa insuficiencia ha movido a los Miembros a acordar mecanismos de ayuda directamente relacionados al comercio, como son la política *duty free – quota free* para los Países Menos Adelantados y la *Ayuda Para el Comercio* para los países en desarrollo en general. Se ha fundamentado que la *Ayuda Para el Comercio* constituye un *bien público global*, que por tanto escapa a la matriz bilateral propia del Sistema. Se ha señalado asimismo que la provisión de ese bien público debe ser distribuida *proporcionalmente* en forma multilateral, sirviendo como ejemplo las cuotas con que los Miembros financian la OMC, que es un índice de su participación comercial global.

Séptimo. La tendencia hacia la negociación de acuerdos preferenciales como excepción a las disciplinas de no discriminación propias del Sistema Multilateral ha sido clara, y ha desembocado, por la propia necesidad de coordinar el así generado “spaghetti bowl” de barreras arancelarias y no arancelarias –y los derechos contra esas barreras-, en la negociación de los actuales *mega-regionals*. Fuera de las conflagraciones de

poder económico que ellas denotan –considerando la emergencia de los BRICS-, ha aparecido claro también que la política multilateral hacia los países en desarrollo que no son parte de esos acuerdos es probable que se erosione.

La Ayuda Para el Comercio tiene entre sus funciones compensar por la pérdida de preferencias que sufren los países en desarrollo producto de la disminución de los aranceles NMF; ello empero, no ha ocurrido hasta ahora al haber fracasado la Ronda Doha a ese respecto. Por ello, evaluar su aplicación considerando estos desarrollos puede ser un camino probable. Desde otra perspectiva, se ha indicado que las políticas regulatorias discriminatorias -dada la dificultad de los gobiernos nacionales de promulgar actos jurídicos discriminatorios, sobre la base de la nacionalidad, en cumplimiento de esos acuerdos preferenciales- pueden ser sujetas a la disciplina multilateral del Trato Nacional, lo que aminoraría su impacto en el Sistema y en los países en desarrollo.

Octavo. Las Cadenas Globales de Valor han cambiado en importante medida las razones de economía política para el uso de la política comercial por los gobiernos. La deslocalización (*offshoring*) de la producción ha

implicado tanto que las empresas locales se vean beneficiadas al disminuir sus costos como grandes sectores de población desempleados – particularmente mano de obra calificada- y sin mecanismos eficientes para su compensación, especialmente en los últimos años en los países desarrollados. Ello ha llevado a procesos políticos reactivos al sentido de integración profunda de los acuerdos comerciales.

Si bien ello ha desembocado en nuevas exigencias de reciprocidad respecto de potencias emergentes como China, India, Brasil, México e Indonesia, también ha abierto enormes oportunidades para países en desarrollo más pequeños, al permitir su integración a cualquier etapa de la Cadena aprovechando su dotación de factores. Además, ha implicado que el valor agregado transfronterizo y los productos intermedios tengan cada vez más incidencia en la política comercial: un país participante en la Cadena necesita de la parte inferior de la Cadena y a la vez necesita conectarse con los países que continúan en la misma.

Noveno. La progresiva *desarancelización* de la política comercial en las últimas décadas ha movido a los gobiernos al uso de medidas cuya naturaleza es regulatoria. Esto ha implicado dos fenómenos: por un lado, la

atención creciente de la jurisprudencia en el deslinde de las legítimas potestades regulatorias de los Miembros y las obligaciones que emanan de los Acuerdos de la OMC, y por otro lado, la necesidad de coordinar, de dar coherencia a sistemas regulatorios diversos a la hora de comerciar.

La coherencia regulatoria es así un tema de aparición reciente en los acuerdos preferenciales, y toma las formas tanto de la *armonización regulatoria* como de los *acuerdos de mutuo reconocimiento* de procedimientos. Acuerdos comerciales de última generación como el *CETA* entre la Unión Europea y Canadá y el *TTIP* contemplan la creación de consejos o foros específicos dedicados a la cooperación continua en materia regulatoria.

Décimo. La evidencia de los desarrollos recientes parece mostrar que el Derecho Internacional es *una forma* de regulación de los problemas globales, y, si el más importante, ha devenido también el más oneroso y en muchos casos ineficiente ante la urgencia de los nuevos problemas globales a los que se enfrenta.

Las nuevas formas de interacción, sin embargo, plantean serios desafíos a actores menos empoderados como los países en desarrollo, en

particular cuando las redes y foros de las que emanan los nuevos estándares intensifican las asimetrías de poder existentes en el orden internacional, reflejando antes que una necesidad legítima de regulación, la urgencia de ver los propios intereses protegidos –lo que no es menos legítimo-. Ello ha llevado a la búsqueda de una forma de *meta-normas*, que cautelen, en estas nuevas formas de interacción, valores como la transparencia y participación -en especial, de los países en desarrollo-.

BIBLIOGRAFÍA

a) Textos, artículos, libros y capítulos de libros

ABBOTT, KENNETH, KEOHANE, ROBERT, MORAVCSIK, ANDREW, SLAUGHTER, ANNE-MARIE y SNIDAL, DUNCAN. “The Concept of Legalization”, en *International Organization*, Vol. 54 (3) (2000), pp. 401-19.

ABBOTT, KENNETH y SNIDAL, DUNCAN. “Hard and Soft Law in International Governance”, en *International Organization*, Vol. 54 (3) (2000), pp. 421-56.

AGOSIN, MANUEL. “Los países en desarrollo en la Ronda Uruguay”, en *Estudios Públicos*, N° 58 (1995), pp. 369-94.

ANSONG, ALEX. *Special and Differential Treatment of Developing Countries in GATT/WTO: Past, Present, Future*. Sin pie de imprenta, noviembre de 2012.

___, “The Adequacy of Special and Differential Treatment Provisions for Developing Countries in the WTO”, en *GIMPA Law Review*, Vol. 2 (2016), pp. 91-115.

ATRIA, FERNANDO. “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones*, Vol. 4 (2004), pp. 15-59.

BALDWIN, RICHARD. “The World Trade Organization and the Future of Multilateralism”, en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 30 (1) (2016), pp. 95-116.

BARRETT, EMILY. “Sustainable development in the WTO: from mutual supportiveness to balancing”, en *World Trade Review*, Vol. 11 (4) (2012), pp. 621-39.

BERGSTEN, FRED. *Toward a New International Economic Order: Selected Papers*. Lexington, Heath and Co., 1975.

BHAGWATI, JAGDISH. *Trading for Development: Poor Countries Caveat Emptor*. Sin pie de imprenta, 2002, disponible en http://www.columbia.edu/~jb38/papers/pdf/Economist_June_10_Revised_Final.pdf (consultado el 17 de julio).

BOHNENBERGER, FABIAN. “Acuerdos megarregionales y gobernanza del comercio mundial: ¿apertura e inclusión?”, en *Puentes*, Vol. 17 (5) (2016), pp. 26-30.

BRIDGES DAILY UPDATES. “Ante dificultades en las negociaciones, miembros de la OMC se enfocan en trabajo pos-Buenos Aires” (13 de diciembre de 2017), en <http://bit.ly/2E6LXog> (consultado el 21 de diciembre).

BRIDGES DAILY UPDATES. “Ministerial de la OMC: en un hito para las negociaciones, coaliciones definen planes para avanzar en nuevos temas” (14 de diciembre de 2017), en <http://bit.ly/2krgnGf> (consultado el 21 de diciembre).

BURKE-WHITE, WILLIAM. “Power Shifts in International Law: Structural Realignment and Substantive Pluralism”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 56 (1) (2015), pp. 1-79.

CADOT, OLIVIER, FERNANDES, ANA, GOURDON, JULIEN, MATOO, AADITYA y DE MELO, JAIME. *Evaluating Aid for Trade: A Survey of Recent Studies*. World Bank, Policy Research Working Paper 6742, 2014.

CARPENTER, THERESA. “A historical perspective on regionalism”, en BALDWIN, RICHARD y LOW, PATRICK (eds.). *Multilateralizing Regionalism: Challenges for the Global Trading System*. Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 13-27.

CHANDER, ANUPAM. “Globalization and Distrust”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 114 (2005), pp. 1193-236.

CLINE, WILLIAM (ed.). *Trade Policy in the 1980s*. Washington DC, Institute for International Economics, 1983.

COGAN, JACOB. “The Regulatory Turn in International Law”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 52 (2) (2011), pp. 321-72.

CORBO, VITTORIO. “Problemas, teoría del desarrollo y estrategias en América Latina”, en *Estudios Públicos*, N° 32 (1988), pp. 1-44.

COSTA, LIGIA. “Desarrollo sostenible y la OMC: de las contradicciones al equilibrio”, en *Puentes*, Vol. 18 (7) (2017), pp. 27-8.

COTTIER, THOMAS. “International Economic Law in Transition from Trade Liberalization to Trade Regulation”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 17 (3) (2014), pp. 671-7.

_____, “The Common Law of International Trade and the Future of the World Trade Organization”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 18 (1) (2015), pp. 3-20.

DIMASCIO, NICHOLAS y PAUWELYN, JOOST. “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 102 (2008), pp. 48-89.

ELSIG, MANFRED, HOEKMAN, BERNARD y PAUWELYN, JOOST. *Thinking about the performance of the World Trade Organization: A discussion across disciplines*. European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, EUI Working Paper RSCAS 2016/13.

EVANS, JOHN. “The General Agreement on Tariffs and Trade”, en *International Organization*, Vol. 22 (1) (1968), pp. 72-98.

FINGER, MICHAEL. “The WTO’s Special Burden on Less Developed

Countries”, en *Cato Journal*, Vol. 19 (3) (2000), pp. 425-37.

FRANK, ISAIAH. “The Role of Trade in Economic Development”, en *International Organization*, Vol. 22 (1) (1968), pp. 44-71.

GARCÍA, LAURA y ARÉVALO, WALTER. “El trato especial y diferenciado en el sistema de solución de diferencias de la OMC como oportunidad para el ejercicio del derecho al desarrollo”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral), Vol. XXVII (1) (2014), pp. 127-50.

GOODMAN, PETER. “More Wealth, More Jobs, but Not for Everyone: What Fuels the Backlash on Trade”, en *The New York Times – Business Day* (28 de septiembre de 2016), en <http://nyti.ms/2paQRFI> (consultado el 21 de diciembre).

GOWA, JOANNE y HICKS, RAYMOND. “Politics, Institutions and Trade: Lessons of the Interwar Era”, en *International Organization*, Vol. 67 (3) (2013), pp. 439-67.

HAWTHORNE, HELLEN. *The Least Developed Countries, The World Trade Organisation and the Norm of Special Treatment* (Tesis doctoral). London, City University London, 2011.

HELPMAN, ELHANAN. *El Comercio Internacional*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014.

HOEKMAN, BERNARD. *Development and the Global Trade Architecture: An Overview of the Global Trade and Financial Architecture Project*. World Bank, Policy Research Working Paper 37761, 2005.

___, *Aid for Trade: Why, What, and Where Are We?*, 2010, en http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/239054-127309228_1133/Bernard_Hoekman_Aid_For_Trade.pdf (consultado el 23 de septiembre).

___, *Proposals for WTO Reform: A Synthesis and Assessment*. World Bank,

Policy Research Working Paper 5525, 2011.

____, *Re-Thinking Economic Development in the WTO*. European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, RSCAS Policy Paper 2013/09.

____, *Supply Chains, Mega-Regionals and Multilateralism: A Road Map for the WTO*. London, Centre for Economic Policy Research Press, 2014.

____, *Trade Agreements and International Regulatory Cooperation in a Supply Chain World*. European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, EUI Working Paper RSCAS 2015/04.

____, “The World Trade Order: Global Governance by Judiciary?”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 27 (4) (2016), pp. 1083-93.

HOEKMAN, BERNARD y PROWSE, SUSAN. *Economic Policy Responses to Preference Erosion: From Trade as Aid to Aid for Trade*, 2008, en <http://bit.ly/2mMTDl6> (consultado el 21 de septiembre).

HOEKMAN, BERNARD y KOSTECKI, MICHEL. *The political economy of the world trading system: the WTO and beyond*. New York, Oxford University Press, 2009.

HOWSE, ROBERT. “The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 27 (1) (2016), pp. 9-77.

HUFBAUER, GARY y CIMINO-ISAACS, CATHLEEN. “How will TPP and TTIP Change the WTO System?”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 18 (3) (2015), pp. 679-96.

JACKSON, JOHN. “The Case of the World Trade Organization”, en *International Affairs*, Vol. 84 (3) (2008), pp. 437-54.

____, “The Evolution of the World Trading System - The Legal and

Institutional context”, en BETHLEHEM, MCRAE, NEUFELD y VAN DAMME (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 30-53.

KEOHANE, ROBERT. “Reciprocity in international relations”, en *International Organization*, Vol. 40 (1) (1986), pp. 1-27.

KREVER, TOR. “The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank’s Development Model”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 52 (1) (2011), pp. 287-319.

KRISCH, NICO. “The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 108 (2014), pp. 1-40.

KOH, HAROLD HONGJU. “Why Do Nations Obey International Law?”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 106 (1997), pp. 2599-659.

KUZNETS, SIMON. *Six Lectures on Economic Growth*. Glencoe, Free Press, 1959.

LAMY, PASCAL. *Towards global governance?* Master of Public Affairs inaugural lecture at the Institut d’Etudes Politiques de Paris, 2005, en https://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl12_e.htm (consultado el 10 de diciembre).

_____, *Making Trade work for Development: Time for a Geneva Consensus*. Émile Noël Lecture, New York University Law School, 2006, en https://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl45_e.htm (consultado el 10 de diciembre).

_____, “Strengthening the WTO as the global trade body”. Statement by Pascal Lamy, WTO Director-General, 2009, disponible en https://www.wto.org/english/news_e/news09_e/tnc_chair_report_29apr09_e.htm (consultado el 20 de agosto).

LAMP, NICOLAS. “How Some Countries Became ‘Special’: Developing Countries and the Construction of Difference in Multilateral Trade Lawmaking”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 18 (4) (2015), pp. 743-71.

_____, “The ‘Development’ Discourse in Multilateral Trade Lawmaking”, en *World Trade Review*, Vol. 16 (3) (2017), pp. 475-500.

LANDAU, DAVID. “The Reality of Social Rights Enforcement”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 53 (1) (2012), pp. 189-247.

LEWIS, ARTHUR. *The Theory of Economic Growth*. Homewood, Richard D. Irwin, 1955.

LIM, CHIN LENG y WANG, JIANGYU. “China and the Doha Development Agenda”, *Journal of World Trade*, Vol. 44 (6) (2010), pp. 1309-31.

LIÑÁN, DIEGO. “El Derecho Internacional Económico (II): El Comercio Internacional”, en DIEZ DE VELASCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos, 2013, pp. 750-79.

MARTIN, WILL y MATTOO, AADITYA. “The Doha Development Agenda: What’s on the table?”, en *The Journal of International Trade & Economic Development*, Vol. 19 (1) (2010), pp. 81-107.

MASELAND, ROBERT y DE VAAL, ALBERT. “Trade, development, and poverty-induced comparative advantage”, en *The Journal of International Trade & Economic Development*, Vol. 20 (2) (2011), pp. 153-74.

MATSUSHITA, MITSUO. “A View on Future Roles of The WTO: Should There be More Soft Law in The WTO?”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 17 (3) (2014), pp. 701-15.

MCRAE, DONALD. “The place of the WTO in the International System”, en BETHLEHEM, MCRAE, NEUFELD y VAN DAMME (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*. Oxford, Oxford University Press,

2009, pp. 54-75.

MORSE, JULIA y KEOHANE, ROBERT. *Counter-Multilateralism and Regime Complexes*, disponible en https://www.princeton.edu/politics/about/file-repository/public/Counter-Multilateralism_Nov2013.pdf (consultado el 20 de noviembre).

NORTH, DOUGLASS. “Institutions”, en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5 (1) (1991), pp. 97-112.

NOTTAGE, HUNTER. “Trade and Development”, en BETHLEHEM, MCRAE, NEUFELD y VAN DAMME (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 481-504.

ORREGO, FRANCISCO. “Creación del derecho en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?”, en *Estudios Internacionales*, N° 146 (2004), pp. 81-103.

PAUWELYN, JOOST. *The Nature of WTO Obligations*. Jean Monnet Working Paper 1/02, 2002.

_____, “The Application of Non-WTO Rules of International Law in WTO Dispute Settlement”, en MACRORY, PATRICK, APPLETON, ARTHUR y PLUMMER, MICHAEL (eds.). *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*. New York, Springer, 2005, pp. 1405-25.

_____, “New Trade Politics for the 21st Century”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 11 (3) (2008), pp. 559-73.

_____, “Legal avenues to ‘multilateralizing regionalism’: beyond Article XXIV”, en BALDWIN, RICHARD y LOW, PATRICK (eds.). *Multilateralizing Regionalism: Challenges for the Global Trading System*. Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 368-99.

_____, *The WTO in crisis: five fundamentals reconsidered*. WTO Public Forum, 2012, en <http://bit.ly/2npMmsD> (consultado el 10 de julio).

____, “The End of Differential Treatment for Developing Countries? Lessons from the Trade and Climate Change Regimes”, en *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 22 (1) (2013), pp. 29-41.

____, “Rule-Based Trade 2.0? The Rise of Informal Rules and International Standards and How they May Outcompete WTO Treaties”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 17 (4) (2014), pp. 739-51.

PAUWELYN, JOOST, WESSEL, RAMSES y WOUTERS, JAN. “When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 25 (3) (2014), pp. 733-63.

PIKETTY, THOMAS. *Capital in the twenty-first century*. Cambridge, Harvard University Press, 2014.

PRIYADARSHI, SHISHIR y BISWAS, TRINEESH. *The Role of Trade-Led Economic Growth in Fostering Development: Lessons for the Post-2015 Development Agenda*. World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, 2014.

PUTNAM, ROBERT. “Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games”, en *International Organization*, Vol. 42 (3) (1988), pp. 427-60.

RHODES, CAROLYN. “Reciprocity in trade: the utility of a bargaining strategy”, en *International Organization*, Vol. 43 (2) (1989), pp. 273-99.

ROSTOW, WALT. *The Stages of Economic Growth: A Non-Communist Manifesto*. Cambridge, Cambridge University Press, 1960.

ROY, MARTIN. *Services Commitments in Preferential Trade Agreements: An Expanded Dataset*. World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, 2011.

SACHS, JEFFREY. *The End of Poverty: Economic Possibilities for Our Time*. New York, Penguin Press, 2005.

SCHOTT, JEFFREY, CIMINO-ISAACS, CATHLEEN y JUNG, EUJIN. *Implications of the Trans-Pacific Partnership for the World Trading System*. Peterson Institute for International Economics, Policy Brief 16-3, 2016.

SHEPPARD, ERIC. "Trade, globalization and uneven development: Entanglements of geographical political economy", en *Progress in Human Geography*, Vol. 36 (1) (2012), pp. 44-71.

SINGER, HANS. "The Distribution of Gains between Investing and Borrowing Countries", en *The American Economic Review*, Vol. 40 (2) (1950), pp. 473-85.

SYKES, ALAN. "Comparative Advantage and the Normative Economics of International Trade Policy", en *Journal of International Economic Law*, Vol. 1 (1998), pp. 49-82.

THOMAS, CHANTAL. "Developing Countries and Multilateral Trade Agreements: Law and the Promise of Development", en *Harvard Law Review*, Vol. 108 (7) (1995), pp. 1715-32.

TRACHTMAN, JOEL. "Legal Aspects of a Poverty Agenda at the WTO: Trade Law and 'Global Apartheid'", en *Journal of International Economic Law*, Vol. 6 (1) (2003), pp. 3-21.

___, "The Constitutions of the WTO", en *The European Journal of International Law*, Vol. 17 (3), (2006), pp. 623-46.

TUMLIR, JAN. "Evolución del Concepto de Orden Económico Internacional: 1914-1980", en *Estudios Públicos*, N° 3 (1981), pp. 83-119.

VARGAS, EDMUNDO. *Derecho Internacional Público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica de

Chile, 2007.

VAN KLAVEREN, ALBERTO. “La política del derecho internacional en tiempos de crisis”, en *Estudios Internacionales*, N° 187 (2017), pp. 109-29.

VERDROSS, ALFRED. “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 60, N° 1 (1966), pp. 55-63.

VINER, JACOB. *International Trade and Economic Development*. Glencoe, Free Press, 1952.

_____, *Studies in the Theory of International Trade*. London, George Allen & Unwin Ltd., 1960.

WANG, CHUN-CHIEH. “Aid for trade as a public good”, en *The Journal of International Trade & Economic Development*, Vol. 20 (6) (2011), pp. 711-28.

WINHAM, GILBERT. “The Evolution of the World Trading System – The Economic and Policy Context”, en BETHLEHEM, MCRAE, NEUFELD y VAN DAMME (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 5-29.

ZOELICK, ROBERT. *The End of the Third World? Modernizing Multilateralism for a Multipolar World*. Woodrow Wilson Center for International Scholars, 2010.

b) Documentos institucionales

GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Trends in International Trade. Appointment of Panel of Experts* (19 de diciembre de 1957), L/782.

___, *Appointment of Panel of Experts to Study Trade Problems announced by Executive Secretary of GATT: Press Release* (21 de febrero de 1958), GATT/387.

___, *Trends in International Trade. A Report by a Panel of Experts (Note by the Executive Secretary)* (31 de agosto de 1958), MGT/80/58.

___, *“Trends in International Trade”. The Report by a Panel of Experts Established by the Contracting Parties to GATT: Press Release* (8 de octubre de 1958), GATT/394.

___, *Second Report of Committee III on Expansion of Trade* (12 de octubre de 1959), L/1063.

___, *Establishment of a Council of the Contracting Parties* (19 de mayo de 1960), L/1200.

___, *Draft Protocol Amending the General Agreement on Tariffs and Trade to Introduce a Part IV on Trade and Development* (20 de noviembre de 1964), INT(64)599.

___, *The Trade Negotiations and the Developing Countries: Report by the Chairman of the Sub-Committee on the Participation of Less-Developed Countries* (6 de enero de 1967), COM.TD/W/37.

___, *Generalized System of Preferences. Decision of 25 June 1971*, L/3545.

___, *Group on Environmental Measures and International Trade* (16 de noviembre de 1971), L/362.

___, *Protection of the Environment: Considerations Relating to International Trade. Statement by Mr. Olivier Long, Director-General of*

GATT, at the Conference on the Human Environment, Stockholm, 8 June 1972, GATT/1109.

___, *Agreement on Technical Barriers to Trade* (12 de abril de 1979), Instrument/152.

___, *Understanding regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance* (28 de noviembre de 1979), L/4907.

___, *Trade Policies for a Better Future – Report by an Independent Study Group* (19 de abril de 1985), C/133.

___, *Ministerial Declaration on the Uruguay Round: Press Release* (25 de septiembre de 1986), GATT/1396.

___, *Many Countries Now Look to Uruguay Round to Reinforce their Efforts at Economic Reform: Press Release* (29 de agosto de 1990), GATT/1489.

NACIONES UNIDAS - ASAMBLEA GENERAL. *Declaración sobre el derecho al desarrollo* (4 de diciembre de 1986), A/RES/41/128 (Anexo).

___, *Declaración sobre la cooperación económica internacional y, en particular, la reactivación del crecimiento económico y el desarrollo de los países en desarrollo* (1° de mayo de 1990), S-18/3.

___, *Estrategia Internacional de Desarrollo para el Cuarto Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo* (21 de diciembre de 1990), A/RES/45/199 (Anexo).

___, *Documento final de la Conferencia sobre la crisis financiera y económica mundial y sus efectos en el desarrollo* (13 de julio de 2009), A/RES/63/303.

___, *El futuro que queremos* (Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible) (25 de septiembre de 2015), A/RES/66/288.

___, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (25 de septiembre de 2015), A/RES/70/1.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Declaración Ministerial. Programa de Doha para el Desarrollo* (14 de noviembre de 2001), WT/MIN(01)/DEC/1.

___, *El Futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio* (Informe del Consejo Consultivo al Director General Supachai Panitchpakdi). Ginebra, Organización Mundial de Comercio, 2004.

___, *Declaración Ministerial* (18 de diciembre de 2005), WT/MIN(05)/DEC.

___, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio* (21 de octubre de 2011), WT/COMTD/W/181.

___, *Informe sobre el Comercio Mundial 2011. La OMC y los acuerdos comerciales preferenciales: de la coexistencia a la coherencia*. Ginebra, Organización Mundial de Comercio, 2011.

___, *Informe sobre el Comercio Mundial 2012. Comercio y políticas públicas: análisis de las medidas no arancelarias en el siglo XXI*. Ginebra, Organización Mundial de Comercio, 2012.

___, *Informe sobre el Comercio Mundial 2014. Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC*. Ginebra, Organización Mundial de Comercio, 2014.

UNITED NATIONS. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*. New York, United Nations, 2008.

____, *The Millennium Development Goals Report 2015*. New York, United Nations, 2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Towards a New Trade Policy for Development. Report by the Secretary-General of the United Nations Conference on Trade and Development*. New York, United Nations, 1964.

____, *Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development, Second Session, Volume I (Report and Annexes)*, TD/97, Vol. I. New York, United Nations, 1968.

____, *World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy*. Geneva, United Nations, 2017.

UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *General Agreement on Tariffs and Trade* (1 de enero de 1947), E/PC/T/214/Add.1/Rev.1#E/PC/T/214 Add.1.Rev.1.

____, *Protocol of Provisional Application of the General Agreement on Tariffs and Trade* (1 de enero de 1947), E/PC/T/214/Add.2/Rev.1#E/PC/T/214.Add.2 Rev.1.

____, - UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT. *Resolutions of 28 July 1947*, E/573/62(V).

____, - UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT. *An Informal Summary of the ITO Charter* (21 de noviembre de 1947), E/CONF.2/INF.8.

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA. *The Economic Development of Latin America and its Principal Problems*. New York, Lake Success, Department of Economic Affairs, 1950.

WORLD BANK. *World Development Report 2017: Governance and the Law*. Washington, DC, World Bank, 2017.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Protocol on the Accession of the People's Republic of China* (11 de diciembre de 2001), WT/L/432.

____, *Decisions and Recommendations Adopted by the WTO Committee on Technical Barriers to Trade Since 1 January 1995* (8 de septiembre de 2008), G/TBT/1/Rev.9.

____, *The Future of Trade: The Challenges of Convergence. Report of the Panel on Defining the Future of Trade convened by WTO Director-General Pascal Lamy*. Geneva, World Trade Organization, 2013.

____, *Ministerial Decision on Export Competition* (19 de diciembre de 2015), WT/MIN(15)/45.

____, *Ministerial Decision on Special Safeguard Mechanism for Developing Country Members* (19 de diciembre de 2015), WT/MIN(15)/43.

____, *Ministerial Decision on Public Stockholding for Food Security Purposes* (21 de diciembre de 2015), WT/MIN(15)/44.

____, *Ministerial Decision on Cotton* (21 de diciembre de 2015), WT/MIN(15)/46.

____, *International Trade Statistics 2015*. Geneva, World Trade Organization, 2015.

____, *Trade Profiles 2015*. Geneva, World Trade Organization, 2015.

____, *Annual Report 2016*. Geneva, World Trade Organization, 2016.

___, *Special and Differential Treatment Provisions in WTO Agreements and Decisions* (21 de septiembre de 2016), WT/COMTD/W/219.

___, *Appellate Body Annual Report 2016*. Geneva, World Trade Organization, 2017.

___, *World Trade Statistical Review 2017*. Geneva, World Trade Organization, 2017.

___, *Participation of developing economies in the global trading system* (7 de noviembre de 2017), WT/COMTD/W/230.

___, *Ministerial Decision on Work Programme on Electronic Commerce* (13 de diciembre de 2017), WT/MIN/(17)/65.

___, *Ministerial Decision on Work Programme on Small Economies* (13 de diciembre de 2017), WT/MIN(17)/63.

___, *Ministerial Decision on TRIPS Non-Violation and Situation Complaints* (13 de diciembre de 2017), WT/MIN(17)/66.

WORLD TRADE ORGANIZATION AND WORLD BANK GROUP. *The Role of Trade in Ending Poverty*. Geneva, World Trade Organization, 2015.

c) Jurisprudencia

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *International Status of South-West Africa, Advisory Opinion: Dissenting Opinion of Mr. Álvarez*. ICJ Reports 1950, pp. 174-85.

___, *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*. ICJ Reports 1951, pp. 15-30.

___, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*. ICJ Reports 1970, pp. 3-54.

___, *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment*. ICJ Reports 1995, pp. 90-106.

___, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment*. ICJ Reports 1997, pp. 7-84.

___, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*. ICJ Reports 2004, pp. 136-203.

GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate: Report adopted by the Contracting Parties* (3 de abril de 1950), BISD Vol. II/188.

___, *Recourse to Article XXIII by Uruguay: Statement by the Representative of Uruguay on 21 November 1961* (21 de noviembre de 1961), L/1647.

___, *Report of the Panel on Uruguayan Recourse to Article XXIII* (15 de noviembre de 1962), L/1923.

___ *European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-feed Proteins: Report of the Panel* (14 de diciembre de 1989), L/6627.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline: Report of the Appellate Body* (29 de abril de 1996), WT/DS2/AB/R.

____, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages: Report of the Appellate Body* (4 de octubre de 1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R.

____, *European Communities – Regimen for the Importation, Sale and Distribution of Bananas: Complaint by the United States. Report of the Panel* (22 de mayo de 1997), WT/DS27/R/USA.

____, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas: Report of the Appellate Body* (9 de septiembre de 1997), WT/DS27/AB/R.

____, *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones): Report of the Appellate Body* (16 de enero de 1998), WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R.

____, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment* (5 de junio de 1998), WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R.

____, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products: Report of the Appellate Body* (12 de octubre de 1998), WT/DS58/AB/R.

____, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products: Report of the Appellate Body* (22 de octubre de 1999), WT/DS34/AB/R.

____, *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974: Report of the Panel* (22 de diciembre de 1999), WT/DS152/R.

___, *United States- Definitive Safeguards Measures on Imports of Certain Steel Products: Final Reports of the Panel* (11 de julio de 2003), WT/DS248/R, WT/DS249/R, WT/DS251/R, WT/DS252/R, WT/DS253/R, WT/DS254/R, WT/DS258/R y WT/DS259/R.

___, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries: Report of the Panel* (1 de diciembre de 2003), WT/DS246/R.

___, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries: Report of the Appellate Body* (7 de abril de 2004), WT/DS246/AB/R.

___, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages: Report of the Appellate Body* (6 de marzo de 2006), WT/DS308/AB/R.

___, *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute: Report of the Appellate Body* (16 de octubre de 2008), WT/DS320/AB/R.

___, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador (AB-2008-8) y European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States (AB-2008-9): Report of the Appellate Body* (26 de noviembre de 2008), WT/DS27/AB/RW2/ECU y WT/DS27/AB/RW/USA.

___, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products: Report of the Appellate Body* (21 de diciembre de 2009), WT/DS363/AB/R.

___, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes: Report of the Appellate Body* (4 de abril de 2012), WT/DS406/AB/R.

___, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products: Report of the Appellate Body* (16 de mayo de 2012), WT/DS381/AB/R.

___, *Peru – Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products: Report of the Appellate Body* (20 de julio de 2015), WT/DS457/AB/R.