

UNA PROPUESTA DE EXPANSIÓN DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC COMO CONTRAPESO A LA TENDENCIA CRECIENTE DE LOS TRATADOS DE COMERCIO PREFERENCIAL

*Juan Antonio Gaviria**

Resumen: Este artículo analiza el conflicto entre las normas de la Organización Mundial del Comercio y las de los Tratados de Comercio Preferencial realizando una predicción y, con base en ésta, presentando una propuesta. Este conflicto, que ocurre porque la proliferación de estos tratados puede tornar irrelevantes muchas de las normas de la Organización Mundial del Comercio, posiblemente se decantará en favor de los Tratados de Comercio Preferencial sin que mucho pueda hacerse por evitar esta tendencia. En efecto, ante el estancamiento de las rondas multilaterales, estos tratados regularán en el futuro casi la totalidad de los temas sustanciales de vanguardia en el comercio internacional. Basado en esa predicción, y con los objetivos tanto de evitar que el rol preponderante de los Tratados de Comercio Preferencial minimice la importancia de la Organización Mundial del Comercio como de aprovechar el éxito de esta organización en el arreglo de diferencias, este artículo propone que el sistema de solución de controversias multilateral no solo tenga jurisdicción sobre las disputas actuales sino que también abarque las diferencias que surjan con motivo de cualquier Tratado de Comercio Preferencial.

Palabras clave: Tratados de Comercio Preferencial, Órgano de Solución de Diferencias, Organización Mundial del Comercio, GATT

Fecha de recepción: 15-septiembre-2013

Fecha de aprobación: 14-noviembre-2013

Abstract: This article examines the conflict between the rules of the WTO and the Preferential Trade Agreements (PTAs). It observes that the proliferation of PTAs may turn irrelevant many of the WTO rules. Indeed, given the deadlock in WTO negotiations, PTAs will govern in the near future virtually all the vanguard issues in international trade. Based on this, and with the objectives of both preventing the erosion of the WTO role in the world trading system, and also that the PTAs build on the success achieved at the WTO in its dispute settlement system (DSS), this article proposes that the WTO dispute settlement system broadens its scope and can also cover disputes arising from PTAs.

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. Trabajó durante cerca de ocho años en firmas de consultoría tributaria legal en la misma ciudad. Ha sido docente en pregrado y posgrado desde hace diez años en varias universidades colombianas en cursos relacionados con el derecho de los negocios y el derecho internacional privado. El profesor Gaviria también ha realizado una Maestría en Derecho en la Universidad Externado de Colombia (en Bogotá), otra en Economía en la Universidad EAFIT y una tercera en Derecho (LL.M. con énfasis en derecho de los negocios internacionales) en American University, the Washington College of Law (Washington, DC). Es candidato al título de doctor en derecho de esta última universidad en Washington, donde espera terminar satisfactoriamente sus estudios a mediados del 2014 con una tesis sobre contratación mercantil en el derecho comparado. Actualmente, es profesor e investigador titular de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. (juangaviria@une.net.co y/o juan.gaviriag@upb.edu.co)

Keywords: Preferential Trade Agreements, Dispute Settlement Body, World Trade Organization, GATT.

I. Introducción

A pesar de que enfrenta problemas de no poca monta, es innegable que el rol de la Organización Mundial del Comercio (en adelante “OMC”) ha sido altamente beneficioso para la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias y, en general, para la integración comercial de sus países miembros. De manera similar, y a pesar de que pueden generar algunas consecuencias negativas, también es cierto que los Tratados de Comercio Preferencial (en adelante “PTAs,” debido a su sigla en inglés)¹ han contribuido a la integración comercial y al desarrollo económico de los países firmantes.²

Un problema surge, sin embargo, debido a que los beneficios derivados de los PTAs pueden truncar los logros de la OMC. En efecto, los PTAs, al regular tanto temas que ya han sido tratados por esta organización como materias que podrían ser negociadas en futuras rondas multilaterales, benefician a sus miembros pero excluyen a terceros países miembros de la OMC. En principio, si el número y alcance de los PTAs es limitado, el problema es controlable. Si, por el contrario y como ha ocurrido en los últimos años, el número de los PTAs es grande y su alcance creciente, la importancia y alcance de las normas de la OMC, y en especial su principio de nación más favorecida (en adelante principio “NMF”) pueden socavarse.³

Una vez planteado el problema, la pregunta obvia es cómo abordarlo. Hasta ahora, la mayor parte de la literatura propone soluciones de extremo. De una parte, prominentes economistas proponen reformar el artículo XXIV del GATT con el objetivo de restringir el número y alcance de los PTAs y, por consiguiente, de evitar que las normas de la OMC pierdan importancia.⁴ En contraste, y ante el estancamiento de las rondas multilaterales de

¹ Este artículo utiliza la expresión *Preferential Trade Agreements* (PTAs) y no Tratados de Libre Comercio porque ninguno de estos acuerdos elimina completamente las restricciones al comercio transfronterizo. De otro lado, y para los fines del presente texto, esta expresión PTAs incluye también a las Uniones Aduaneras y a las organizaciones supranacionales de mayor alcance como la Unión Europea. Sobre la diferencia entre PTAs y Uniones Aduaneras, véase el art. XXIV (8) GATT; Rohini Acharya, Jo-Ann Crawford, Maryla Maliszewska & Christell Renard, *Landscape en Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 39 (en adelante, Acharya et al., *Landscape*). En una nota relacionada, aunque la sigla PTA es muy común en la literatura, la OMC suele utilizar la sigla RTA (Regional Trade Agreements), que pareciera no ser la más correcta teniendo en cuenta que hoy en día muchos PTAs son celebrados entre países que están distantes geográficamente. Cfr. OMC http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm (última visita septiembre 6, 2013).

² Véase Jean-Pierre Chauffour & Jean Christophe Maur, *Overview en Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 1 (en adelante Chauffour & Maur, *Overview*).

³ Sobre el principio NMF, véase, por ejemplo, Michael Trebilcock, Robert Howse & Antonia Eliason, *The Regulation of International Trade* 4th (Routledge, 2013) p. 54 (en adelante Trebilcock, Howse & Eliason, *Regulation*); y John H. Jackson, William J. Davey & Alan O. Sykes, Jr. *Legal Problems of International Economic Relations*, 5th ed. (Thomson West, 2008), p. 475 (en adelante, Jackson, Davey & Sykes, *Problems*).

⁴ Véase Bernard Hoekman, *North-South Preferential Trade Agreements en Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 107 (en adelante Hoekman, *North-South*); y Jagdish Bhagwati, *Termites in the Trading System: How Preferential Agreements Undermine Free Trade*, Oxford, U.K.: Oxford University Press 1 (2008) (en adelante Bhagwati, *Termites*).

comercio, otros ilustres economistas proponen aprovechar el apogeo y beneficios de los PTAs al considerar que su impacto negativo sobre la OMC es un costo inevitable y, hasta cierto punto, menor.⁵

Este artículo rechaza cualquier propuesta encaminada a restringir la tendencia creciente de los PTAs. En tal sentido, y acorde con la visión del segundo grupo de economistas mencionada en el párrafo anterior, se prevé que las rondas multilaterales de comercio no se reactivarán en el corto plazo, que los PTAs continuarán expandiéndose en número y alcance, y que, por lo tanto, estos tratados serán los instrumentos jurídicos que para bien o para mal incluirán las nuevas normas no solo sobre temas de comercio internacional sino también sobre otras materias como inversión, medio ambiente, estándares laborales, y derechos humanos.

A diferencia, empero, de quienes aceptan este crecimiento descontrolado de los PTAs, este artículo propone una distribución de competencias normativas entre estos tratados y la OMC. Aquellos instrumentos seguirían incorporando tanto nuevas normas en temas sustanciales ya tratados por esta organización (normas OMC extra)⁶ como reglas sobre otras materias (normas OMC +).⁷ Las normas de la OMC, por su parte, aprovechando el éxito de su sistema de solución de controversias,⁸ se ampliarían en materia procesal. Es decir, el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante “OSD”) resolvería no solo las controversias derivadas de la interpretación y aplicación de las normas de la OMC sino también de aquellas relacionadas con los PTAs.

La estructura de este artículo es la siguiente. La sección II resume las razones por las cuales el apogeo de los PTAs puede ser contraproducente para la OMC. La sección III proyecta el futuro de los PTAs, explicando cómo éstos posiblemente abarcarán casi todos los temas OMC + y OMC extra. Basada en esta predicción, la sección IV propone ampliar el alcance del OSD, de tal manera que este sistema también tenga jurisdicción sobre las controversias derivadas de los PTAs. La sección V concluye.

II. El problema de la superposición de las normas de la Organización Mundial del Comercio y de los Tratados de Comercio Preferencial

Esta sección describe el problema que motiva la propuesta del presente artículo, a saber, el efecto negativo que puede generar la existencia de un alto número de PTAs en la efectividad de las normas de la OMC. A la fecha de publicación de este artículo, el número

⁵ Véase C. Fred Bergsten, *Globalizing Free Trade: The Ascent of Regionalism*, *Foreign Affairs* 75 (3), p. 105 (1996) (en adelante, Bergsten, *Globalizing*).

⁶ Es decir, asuntos que la OMC ya ha tratado pero que son regulados con más detalle en los PTAs. Véase Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur, *Beyond Market Access n Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), *The World Bank*, Washington DC, 2011, p. 17 (en adelante Chauffour & Maur, *Beyond*); y Acharya et al., *Landscape*, *supra* nota 1, p. 39. 45.

⁷ Es decir, temas que no han sido regulados por la OMC o para los cuales la regulación es mínima. Se utiliza la palabra “mínima”, porque algunos temas OMC + pueden haber sido mencionados vagamente por las normas de la OMC. Por ejemplo, podría decirse que la OMC regula el tema laboral al permitir a sus miembros prohibir importaciones de bienes fabricados por prisioneros. Véase GATT Art. XX (e). Sin embargo, esta referencia es marginal y no alcanza a ser una regulación integral de la interacción entre derechos laborales y comercio.

⁸ Este sistema ha sido llamado la joya de la corona de la OMC. Véase OMC http://www.wto.org/english/news_e/pres09_e/pr578_e.htm. (última visita septiembre 6, 2013).

de PTAs notificados a la OMC es cercano a los trescientos.⁹ A esta cifra se debe sumar un número aproximado de cien PTAs que también están en vigor pero que no han sido notificados a la OMC,¹⁰ más un número no despreciable de PTAs que están siendo negociados y que pronto estarán en vigor.¹¹

No solo el número de PTAs está creciendo sino que lo propio está ocurriendo con sus alcances.¹² Lejanos están los tiempos en que los PTAs se limitaban a reducir o eliminar barreras arancelarias o en los cuales estos tratados abarcaban no solo el tema de aranceles sino también el de barreras no arancelarias u otros temas de acceso preferencial a los mercados.¹³ Desde la celebración a mediados de los noventa del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante “NAFTA”), los PTAs suelen regular no solo temas de comercio exterior sino otras y muy diversas materias, como por ejemplo, la inversión extranjera y las políticas públicas sobre medio ambiente y de derechos humanos.¹⁴

A pesar de sus posibles consecuencias negativas para la OMC, el crecimiento en número y alcance de los PTAs es en sí una buena noticia no solo para el comercio internacional sino también para los demás temas regulados por estos instrumentos normativos. Para empezar, los PTAs crean comercio al estimular nuevas transacciones: exportaciones de un país miembro a otro país del mismo bloque comercial.¹⁵ Aunque su efecto es más discutible, los PTAs también podrían ser motores de liberalizaciones adicionales, al generar una reacción en cadena o círculo virtuoso en favor del libre comercio.¹⁶ En tercer lugar, los beneficios de los PTAs no se reducen a temas comerciales sino que también pueden generar un impacto positivo en temas WTO extra, como por ejemplo estándares laborales y derechos humanos. En particular, los PTAs sirven como campos de pruebas o laboratorios de ensayo de futuras negociaciones multilaterales,

⁹ Véase OMC <http://rtais.wto.org/>. (última visita Septiembre 3 de 2013). Véase también Acharya et al., Landscape, *supra* nota 1, p. 37. De hecho, todos los miembros de la OMC son a su vez miembros de al menos un PTA, con muy contadas excepciones (p. ej., Mongolia). Véase *ibíd.* p. 37.

¹⁰ Véase *Ibid.*, p. 42.

¹¹ Por ejemplo, el denominado Trans-Pacific Partnership. Véase C.J. Lim, Deborah K Elms & Patrick Low (ed.), *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-first Century Trade Agreement*, New York, Cambridge University Press: 2012. Véase, generalmente, Trebilcock, Howse & Eliason, Regulation, *supra* nota 3, p. 83.

¹² Véase Chauffour & Maur, Beyond, *supra* nota 6, p. 17; y Acharya et al., Landscape, *supra* nota 1, p. 37.

¹³ Véase Chauffour & Maur, Beyond, *supra* nota 6p. 28.

¹⁴ Véase Hoekman, North-South, *supra* nota 4, p. 99; y Jean-Christophe Maur & Ben Shepherd, Product Standards en Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 197 (en adelante Maur & Shepherd, Product).

¹⁵ Véase Jeffrey J. Schott (ed.), *Free Trade Agreements: U.S. Strategies and Priorities*, Institute for International Economics, Special Report, 2004, y Chauffour & Maur, Overview, *supra* nota 2, p. 4. Véase también Trebilcock, Howse & Eliason, Regulation, *supra* nota 3, p. 93.

¹⁶ Véase Bergsten, Globalizing, *supra* nota 5, p. 105. Véase también Richard Baldwin & Caroline Freund, Preferential Trade Agreements and Multilateral Liberalization en Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 126 (en adelante Baldwin & Freund). Obviamente, también existen argumentos en contra de esta teoría, según los cuales los PTAs, al llegar a acuerdos sobre los temas más sencillos, hacen más difíciles las negociaciones en el contexto multilateral. Véase Chauffour & Maur, Overview, *supra* nota 2, p. 6; y Tim Josling, Agriculture en Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 146 (en adelante, Josling, Agriculture).

durante las cuales ya se sabrá cómo ha sido la implementación a pequeña escala de normas sobre estas materias.¹⁷

Empero, los PTAs no son la solución óptima o maximizadora del bienestar ni en materia de comercio internacional ni en temas que van más allá del comercio.¹⁸ En relación con este última problemática, no se debe olvidar, en primer lugar, que los PTAs no son ni deben ser el único instrumento normativo para solucionar problemas en temas como estándares laborales, medio ambiente, o derechos humanos. En segundo lugar, se ha afirmado que los PTAs pueden incrementar el poder de negociación de los países desarrollados a costa de los países en vías de desarrollo.¹⁹ En tercer lugar, crítica que también es aplicable a temas comerciales, la proliferación de PTAs genera una fragmentación de las normas aplicables, lo que no solo va en contra del objetivo de contar con normas o estándares aplicables en todo o casi todo el mundo sino que además hace más complejo y costoso para sus destinatarios el entendimiento de cuáles son las normas aplicables en un determinado lugar.

En cuanto a los efectos negativos en materia mercantil, es bien conocido el argumento según el cual los PTAs desvían comercio eficiente de países que no hacen parte de estos tratados;²⁰ esto es, exportadores de terceros países son reemplazados por exportadores de países del nuevo bloque comercial, sin importar que los costos de éstos últimos sean mayores o, en el ejemplo inverso, importadores de este nuevo bloque comercial sustituyen a importadores de terceros países a pesar de que éstos, sin tener en cuenta cargas arancelarias, estuviesen dispuestos a pagar un mayor precio.²¹

Esta desviación de comercio implica una excepción al principio NMF, según el cual los beneficios que un miembro de la OMC conceda a otro deben ser extendidos a los demás integrantes de esta organización.²² Por ejemplo, supóngase que de los ciento cincuenta y nueve miembros de la OMC,²³ ciento veinte hayan firmado entre sí PTAs que rebajan los aranceles por debajo de la tasa NMF para un producto determinado. Bajo este escenario, la tasa NMF sólo sería aplicable a un reducido grupo de 39 países (menos del veinticinco por

¹⁷ Véase, p. ej., Bergsten, *Globalizing*, *supra* nota 5, p. 105. De hecho, algunos estudios empíricos recientes hallan que los PTAs generan incentivos para adelantar liberalizaciones multilaterales. V., p. ej., Alok Bohara, Kishore Gawande & Pablo Sanguinetti, *Trade Diversion and Declining Tariffs: Evidence from Mercosur*. *Journal of International Economics* 64, 65-99 (2004); Emmanuel Ornelas, *Does Regionalism Affect Trade Liberalization Towards Non-Members?* *Quarterly Journal of Economics* 123 (4), 1531 (2008); y Kyle Bagwell & Robert Staiger, *Regionalism and Multilateral Tariff Cooperation in International Trade Policy and the Pacific rim* (ed. John Piggott & Alan Woodland), London: Macmillan (1999).

¹⁸ Véase Sherry Stephenson & Gary Hufbauer, *Labor Mobility en Preferential Trade Agreements, Policies for Development*, A Handbook (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 290 (en adelante Stephenson & Hufbauer).

¹⁹ Véase Joseph Stiglitz & Andrew Charlton, *Fair Trade for All: How Trade Can Promote Development* (Oxford University Press 2007) p. 1 (argumentando que los PTAs usualmente favorecen mucho a los países desarrollados y poco a los países en vías en desarrollo).

²⁰ Véase Baldwin & Freund, *supra* nota 16, p. 121.

²¹ Véase Bhagwati, *Termites*, *supra* nota 4, at 1. Véase también Trebilcock, Howse & Eliason, *Regulation*, *supra* nota 3, p. 93. No obstante, la desviación de comercio generada por los PTAs puede ser menos grave de lo que se ha sostenido teóricamente, como lo confirman algunos estudios empíricos. Véase Baldwin & Freund, *supra* nota 16, p. 121, 134-37.

²² Véase GATT Art. I. Véase también Hoekman, *North-South*, *supra* nota 4, p. 101.

²³ Véase OMC http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm. (última visita Septiembre 6, 2013).

ciento de los miembros de la OMC), con lo cual sería más apropiado cambiar su nombre de tasa de nación *más* favorecida por el de tasa de nación *menos* favorecida.

Sin perjuicio de lo anterior, esta excepción al principio NMF está permitida por las normas de la OMC.²⁴ En efecto, el artículo XXIV del GATT acepta la validez de los PTAs siempre y cuando estos tratados cubran una parte sustancial del comercio de los países firmantes, no incrementen los aranceles a terceros países y sean notificados a la OMC.²⁵ Esta solución de compromiso entre los PTAs y el principio NMF pudo ser adecuada al momento de la firma del GATT, en 1947. En la práctica, y en la actualidad, el artículo XXIV del GATT ha probado ser inocuo o incluso letra muerta para la solución del problema presentado en este artículo.²⁶ La mayoría de los firmantes de PTAs, por supuesto, han cumplido con su obligación de notificar estos acuerdos ante la OMC, pero este deber se ha convertido en una formalidad sin que, en ningún caso, se hayan exigido modificaciones a los PTAs notificados o se haya verificado el cumplimiento de las restantes condiciones.

Independientemente de los efectos positivos y negativos de los PTAs, el hecho es que actualmente hay dos rutas para el progreso del derecho del comercio internacional y sus materias afines. Una de ellas es la de los PTAs, que según prevé este artículo tendrá cada vez más tránsito (es decir, más normas).²⁷ La otra ruta es la multilateral (OMC), que ha estado cerrada desde el estancamiento de la Ronda de Doha a mediados del 2008 por diferencias en temas como subvenciones a la agricultura, comercio en materia de servicios y estándares laborales, de una parte, y falta de consenso en cuanto a la conveniencia o no de incluir en las negociaciones los denominados temas de Singapur (compras gubernamentales, facilitación comercial, comercio e inversión, y normas sobre competencia), de otra parte.²⁸ Vale la pena aclarar, en cualquier caso, que el rol del OSD de la OMC, cuya expansión propone este artículo,²⁹ no tuvo ninguna relación con el estancamiento de la Ronda de Doha.

Independientemente de las razones que llevaron a su bloqueo, y teóricamente, la ruta de las negociaciones multilaterales debería ser la mejor para el comercio internacional puesto que las normas que se acuerden son aplicables a todos los miembros de la OMC. En la práctica, infortunadamente, y debido a las amplias diferencias en los temas que generaron su suspensión, esta ruta multilateral seguirá estando bloqueada en el corto y mediano plazo.³⁰ Mientras tanto, la ruta de los PTAs continúa abierta y expandiéndose.

²⁴ Véase GATT Art. XXIV.

²⁵ En sentido similar, el GATS permite a sus miembros firmar PTAs siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. Véase GATS Art. V. También existe la denominada *enabling clause* que otorga condiciones más favorables para los países en vías de desarrollo. Véase Hoekman, North-South, *supra* nota 4, p. 101.

²⁶ Véase Hoekman, North-South, *supra* nota 4, p. 101. Véase también Josling, Agriculture, *supra* nota 16, p. 144-45 (afirmando que si bien varios PTAs son inconsistentes con el artículo XXIV del GATT al no eliminar o reducir aranceles en sustancialmente todo el comercio – dejando por fuera sectores como el agrícola -, los exportadores de terceros países no demandan tales tratados porque ellos se benefician de la exclusión).

²⁷ Véase Baldwin & Freund, *supra* nota 16, p. 121 (recordando que mientras el futuro de las negociaciones multilaterales es oscuro, los PTAs continúan creciendo). Véase también Stephenson & Hufbauer, *supra* nota 18, p. 276, 290.

²⁸ Véase Acharya et al., *supra* nota 1, p. 37.

²⁹ Véase § IV *infra* p. 13.

³⁰ Véase Chauffour & Maur, Overview, *supra* nota 2, p. 1.

Teniendo en cuenta el presente y futuro de estas dos rutas, este artículo realiza una predicción y una propuesta. La predicción es que los PTAs seguirán llevando la vanguardia en cuanto a la regulación de los temas OMC extra y OMC +, sin que sea posible avanzar en negociaciones sobre los mismos asuntos en foros multilaterales. Ante tal realidad,³¹ y para evitar un mayor debilitamiento de la OMC, este artículo propone que esta entidad se especialice en lo que mejor sabe hacer: solucionar controversias, no sólo las derivadas de la interpretación o aplicación de sus propias normas, como sucede hoy en día, sino también las relacionadas con las normas de los PTAs. Antes de presentar esta propuesta, sin embargo, se explican las razones por las cuales se cree que la tendencia creciente, en número y alcance de los PTAs, continuará.

III. Las razones por las cuales se prevé que los Tratados de Comercio Preferencial serán los instrumentos en donde se incorporen las nuevas normas sobre comercio internacional

Esta sección explica en detalle los argumentos por los cuales se prevé que los PTAs serán los cuerpos normativos que incluirán las reglas de avanzada en materia de comercio internacional.³² Para una debida organización de dichos argumentos, las normas de comercio internacional se dividen en cuatro grandes grupos: (i) normas sobre acceso a mercados de bienes, (ii) normas sobre acceso a mercados de servicios, (iii) normas sobre propiedad intelectual y (iv) normas que van más allá del acceso a mercados.

1. Normas sobre acceso a mercado de bienes

Este primer grupo, a su vez, se divide en dos grandes temas, barreras arancelarias y barreras no arancelarias. En cuanto a lo primero, las normas de la OMC continúan y probablemente continuarán teniendo vigencia a pesar de que su alcance sea limitado por PTAs que contemplan disminuciones a los aranceles por debajo de las tarifas NMF.

Las normas de la OMC y de los PTAs también podrían coexistir en otros temas relacionados con el tema de barreras arancelarias. Como un primer ejemplo, serán bienvenidos los avances en negociaciones multilaterales en materia de facilitación comercial,³³ tema que será discutido en la próxima Conferencia Ministerial de la OMC en Bali, Indonesia,³⁴ y que podrían concluir, en el mediano plazo, en una reforma de artículos del GATT como el V (libertad de tránsito), el VIII (procedimientos aduaneros relacionadas con exportación e importación de bienes), y el X (publicación y administración de

³¹ Véase Acharya et al., *Landscape*, *supra* nota 1, p. 37.

³² Al fin y al cabo, es más sencillo lograr acuerdos entre unos pocos países que entre todos los miembros de la OMC.

³³ Véase Jean-Christophe Maur, *Trade Facilitation en Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 327-28 (en adelante Maur, *Trade*). En términos generales, las normas sobre facilitación comercial son las que reducen los costos de monitorear el comercio internacional. Véase *Ibid.*, p. 329.

³⁴ Véase OMC, http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc9_e/mc9_e.htm. (última visita Septiembre 6, 2013).

regulaciones de comercio).³⁵ Ello no obstaría, sin embargo, para que los PTAs también continúen incorporando normas sobre facilitación de comercio.³⁶

Un segundo tema de coexistencia de normas es el relacionado con los mecanismos de defensa comercial (derechos antidumping, medidas compensatorias contra subvenciones, y salvaguardias), los que permiten a los miembros de la OMC incrementar de manera excepcional sus aranceles. Las normas del GATT y los acuerdos sobre antidumping, subvenciones y medidas compensatorias, y salvaguardias, continuarán siendo las reglas generales mientras que las normas de los PTAs llenarán sus vacíos y, en algunos casos, podrán hacer más rigurosos los requisitos o el procedimiento para que una industria nacional pueda obtener acceso a los mecanismos de defensa comercial.³⁷

Las reglas de origen son un tercer tema relacionado con barreras arancelarias. Aunque existen algunas normas sobre el tema en la OMC,³⁸ el fracaso de este foro multilateral en la unificación o armonización de las reglas de origen³⁹ hace prever que los grandes avances sobre este tema se seguirán dando a través de los PTAs.⁴⁰

Un último tema sobre barreras arancelarias se refiere a productos agrícolas. En este caso, y si bien existe un acuerdo de agricultura vigente que hace parte de las normas de la OMC,⁴¹ las negociaciones multilaterales han fracasado en su intento de obtener una mayor liberalización comercial agrícola.⁴² Por eso, los avances de los últimos años, aunque desafortunadamente todavía muy limitados en alcance, se han logrado en los PTAs y no en el marco de la OMC, tendencia que podría continuar en el futuro.⁴³ Lamentablemente, puede que ni en la OMC ni en los PTAs se logre llegar a un acuerdo en el corto plazo sobre los temas agrícolas más sensibles, como las subvenciones internas y externas.⁴⁴

De otro lado, las mayores barreras al comercio internacional hoy en día no son las arancelarias sino las no arancelarias.⁴⁵ Las principales normas sobre estos temas son las relacionadas con medidas fitosanitarias y con barreras técnicas al comercio.⁴⁶ Sobre estos temas existen sendos acuerdos multilaterales,⁴⁷ que por cierto son de un alcance muy general y que no han sido modificados desde su firma hace casi veinte años. Debido a ello,

³⁵ Véase Maur, Trade, *supra* nota 33, p. 329.

³⁶ Véase *Ibid.*, p. 327, 340-41.

³⁷ V. Thomas J. Prusa, Trade Remedy Provisions en Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 185.

³⁸ Véase Acuerdo sobre reglas de origen de la OMC.

³⁹ Véase Mahmoud Mohieldin, Preferential Trade Agreements, Foreword in Policies for Development. A Handbook. Editors Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur. The World Bank, Washington DC, 2011, p. 7 (en adelante, Mohieldin, Preferential).

⁴⁰ Véase Paul Brenton, Preferential Rules of Origin en Preferential Trade Agreements. Policies for Development. A Handbook. Editors Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur. The World Bank, Washington DC, 2011.

⁴¹ Véase Acuerdo sobre agricultura de la OMC.

⁴² Véase Josling, Agriculture, *supra* nota 16, p. 146.

⁴³ Véase *Ibid.*, p. 144-45.

⁴⁴ Véase *Ibid.*, p. 146-47.

⁴⁵ Véase Maur & Shepherd, Product, *supra* nota 14, p. 197; y Peter Van Den Bossche, The Law and Policy of the World Trade Organization, 2d. ed. (Cambridge University Press, 2010), p. 444 (en adelante Van Den Bossche, The Law).

⁴⁶ Véase generalmente Van Den Bossche, The Law, *supra* nota 45, p. 805, 832.

⁴⁷ Véase Acuerdos de la OMC sobre medidas sanitarias y fitosanitarias y sobre barreras técnicas al comercio..

los grandes avances se han dado, y posiblemente se seguirán dando, a través de las normas de los PTAs.⁴⁸ En cualquier caso, es de esperar que la coexistencia de las normas de los PTAs y de la OMC en relación con este tema continúe siendo complementaria, como ha sucedido hasta la fecha, y no contradictoria.⁴⁹

2. Normas sobre acceso a mercado de servicios

En el tema de servicios, el avance de las normas multilaterales es menor que el de las normas sobre acceso a mercados de bienes.⁵⁰ Por ello, y mientras las negociaciones multilaterales del denominado TISA (*Trade in Services Agreements*) no concluyan satisfactoriamente, los PTAs serán los instrumentos normativos a través de los cuales se obtengan avances significativos.⁵¹ De hecho, hoy en día, el cubrimiento de sectores en los PTAs para los modos uno y tres de prestación transfronteriza de servicios,⁵² para dar solo dos ejemplos, es cerca del doble de lo alcanzado en las últimas negociaciones de la Ronda de Doha.⁵³

Aunque no es estrictamente un tema de servicios, también puede mencionarse en esta sección la complementariedad que existe entre las normas de la OMC (el acuerdo sobre compras gubernamentales de esta entidad – en adelante “Acuerdo CG”)⁵⁴ y las de los PTAs en materia de compras gubernamentales. En la medida en que la mayoría de miembros del Acuerdo CG celebren PTAs que incluyan el tema de compras gubernamentales,⁵⁵ y que las normas de estos tratados guarden cierta armonía con las de la OMC, lo que es de esperarse

⁴⁸ Véase Maur & Shepherd, Product, *supra* nota 14, p. 307; y Andrew L. Stoler, TBT and SPS Measures in Practice en *Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 217 (en adelante Stoler, TBT and SPS).

⁴⁹ Esta afirmación se basa en que en casi todos los PTAs hay referencias tanto a las normas marco sobre medidas fitosanitarias y sobre barreras técnicas al comercio de la OMC como a estándares y procedimientos internacionales. Véase Stoler, TBT and SPS, *supra* nota 48, p. 230; y Maur & Shepherd, Product, *supra* nota 14, p. 212. 231. Véase también Caroline Lesser, Do Bilateral and Regional Approaches for Reducing Technical Barriers to Trade Converge towards the Multilateral Trade System? OECD Trade Working Paper 58 TAD/TC/WP(2007)12/FINAL, Organization for Economic Co-Operation and Development, Paris (2007).

⁵⁰ Véase Trebilcock, Howse & Eliason, Regulation, *supra* nota 3, p. 472; y Jackson, Davey & Sykes, Problems, *supra* nota 3, p. 928.

⁵¹ Aaditya Matoo & Pierre Sauvé, Services, Policies for Development, A Handbook (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 257.

⁵² El modo 1 incluye servicios prestados desde el territorio de un miembro de la OMC al territorio de cualquier otro miembro mientras que el modo 3 se refiere a la prestación de servicios por parte de una compañía de un miembro de la OMC mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro miembro. Véase GATS Art. I par. 2.

⁵³ Véase Martin Roy, Juan Marchetti & Hor Lim, Services Liberalization in the New Generation of Preferential Trade Agreements: How Much Further than GATS? WTO Staff Working Paper ERSO 2006-07, World Trade Organization, Geneva (2006). Advertiendo de todas maneras, que la inclusión de un mayor número de sectores en los PTAs no implica necesariamente una mayor liberalización, que depende de las listas de compromisos de cada país, ni que haya homogeneidad en los beneficios obtenidos.

⁵⁴ Recuérdese que el acuerdo de la OMC sobre compras gubernamentales es plurilateral, al haber sido firmado por solo cuarenta de los miembros de esa organización. Véase Kamala Dawar & Simon J. Evenett, Government Procurement en *Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 380-82 (en adelante Dawar & Evenett).

⁵⁵ Véase *Ibid.*, p. 372.

teniendo en cuenta que los PTAs deben cumplir con los límites y principios fijados por el Acuerdo CG,⁵⁶ la coexistencia entre estos dos tipos de normas posiblemente continuará en el futuro.⁵⁷

3. Normas sobre propiedad intelectual

En materia de propiedad intelectual, existe y posiblemente continuará existiendo coexistencia entre las normas de la OMC (el Acuerdo sobre los ADPIC) y las normas de los PTAs (las denominadas normas ADPIC+).⁵⁸ Por cierto, y sin entrar en la discusión de si altos estándares de propiedad intelectual benefician o no a los países en vías de desarrollo,⁵⁹ el auge de estas normas en los PTAs no genera tantas preocupaciones económicas en materia de desviación de comercio como si sucede en materia de bienes y servicios.⁶⁰ Legalmente, empero, el problema es mayor por cuanto el artículo 4 del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC aplica tratamiento NMF a la protección de derechos de propiedad intelectual sin que exista, a diferencia de lo que sucede en el GATT y en el GATS, una excepción para PTAs.⁶¹

4. Normas que van más allá del acceso a mercados

En estos temas, denominados “detrás de la frontera,” también coexisten los efectos positivos y negativos de los PTAs. Los positivos consisten por una parte en el incremento de las normas internacionales sobre temas poco regulados y, por otra parte, en el hecho de que estas materias, al estar más relacionadas con regulación económica y políticas públicas que con acceso a mercados, no suelen generar desviación de comercio.⁶² Empero, también

⁵⁶ Véase *Ibid.*, p. 373.

⁵⁷ Al menos dos terceras partes de los PTAs regulan las compras gubernamentales. Véase *Ibid.*, p. 371. De otro lado, dentro de esta coexistencia también deben tenerse en cuenta otras normas sobre el mismo tema como, para mencionar dos ejemplos, la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre compras gubernamentales y las directrices sobre este mismo tema dictadas por instituciones multilaterales como el Banco Mundial. Véase *Ibid.*, p. 371-75.

⁵⁸ Véase Chauffour & Maur, Overview, *supra* nota 2, p. 13; Carsten Fink, Intellectual Property Rights in Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 387 (en adelante Fink, Intellectual Property); Jackson, Davey & Sykes, Problems, *supra* nota 3, p. 993; y Trebilcock, Howse & Eliason, Regulation, *supra* nota 3, p. 514.

⁵⁹ Sobre este tema, v., p. ej., Sean Flynn, Margot E. Kaminski, Brook K. Baker, and Jimmy H. Koo. "Public Interest Analysis of the US TPP Proposal for an IP Chapter" PIJIP Research Paper Series (2011).

Available at: http://works.bepress.com/sean_flynn/13.

⁶⁰ Véase Fink, Intellectual Property, *supra* nota 58, p. 388-89.

⁶¹ Véase Acuerdo sobre los ADPIC Art. 4. Cfr. GATT Art. XXIV y GATS Art. V *bis*. Véase también Véase Fink, Intellectual Property, *supra* nota 58, p. 389.

⁶² Véase Chauffour & Maur, Overview, *supra* nota 2, p. 6. Por ejemplo, las normas de competencia que restringen las prácticas colusivas y excluyentes, antes que generar desviación de comercio de terceros países, benefician a todos los miembros de la OMC al impedir que prácticas anticompetitivas socaven los logros alcanzados en materia de liberalización comercial. Véase Dawar & Evenett, *supra* nota 54, p. 350. Como un segundo ejemplo, las normas ambientales, así solo vinculen a los miembros de los PTAs, suelen ser bienes públicos que benefician al mundo en general al reducir la contaminación y el calentamiento global. Véase Anuradha R. V., Environment in Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook (ed.

hay efectos negativos, siendo el principal el que estas normas suelen ser impuestas por los países más avanzados a sus menos poderosos socios comerciales como condición para firmar un PTA y que, como consecuencia de lo anterior, se incrementa el poder de los países desarrollados a costa de los países en vías de desarrollo.⁶³

En cualquier caso, y para bien o para mal, los PTAs continuarán llevando la vanguardia en la regulación de los llamados temas “detrás de la frontera.”⁶⁴ Esto no quiere decir, por supuesto, que en el futuro no se puedan adelantar negociaciones multilaterales. Lo que se afirma, por el contrario, es que mientras ello sucede, los PTAs son el mejor camino (o, quizás, el menos malo) para regular estos temas,⁶⁵ que se detallan a continuación.

En primer lugar, las normas sobre inversión. Teniendo en cuenta el muy limitado en alcance Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIRC),⁶⁶ así como el estancamiento de la Ronda de Doha en éste y en otros temas,⁶⁷ los PTAs parecen ser la vía más expedita para regular la inversión transfronteriza.⁶⁸ De hecho, el alcance en temas de inversión de los PTAs cada vez es mayor al incorporar normas que antes eran del resorte de los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs por sus siglas en inglés),⁶⁹ con lo cual aquellos tratados bien podrían denominarse PTIAs (*Preferential Trade and Investment Agreements*).⁷⁰

En segundo lugar, las normas sobre competencia, que salvo implícitas referencias en los acuerdos de la OMC,⁷¹ son, y seguramente seguirán siendo,⁷² temas exclusivos de los PTAs.⁷³ Tercero, también son cada vez más comunes en estos tratados las normas sobre derechos laborales,⁷⁴ especialmente entre países desarrollados y países en vías de desarrollo.⁷⁵ Por el contrario, las normas de la OMC prácticamente no dicen nada sobre este

Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 413 (en adelante Anuradha, Environment).

⁶³ Véase *infra* p. 18 nota 4.

⁶⁴ Véase Mohieldin, *Preferential*, *supra* nota 39, p. xi.

⁶⁵ Véase Dawar & Evenett, *supra* nota 54, p. 349-50.

⁶⁶ En el GATT y el GATS existen algunas normas que pueden tener efecto sobre las inversiones, pero su alcance es muy limitado. Véase Sébastien Mirodout, *Investment in Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 307 (en adelante Mirodout, Investment).

⁶⁷ La inversión fue uno de los temas más importantes de la Ronda de Doha. Véase Chauffour & Maur, *Overview*, *supra* nota 2, p. 10.

⁶⁸ Véase Mirodout, *Investment*, *supra* nota 66, p. 309.

⁶⁹ Véase Chauffour & Maur, *Overview*, *supra* nota 2, p. 10. Véase también Trebilcock, Howse & Eliason, *Regulation*, *supra* nota 3, p. 506.

⁷⁰ Véase Mirodout, *Investment*, *supra* nota 66, p. 316.

⁷¹ Por ejemplo, normas sobre las actividades de las empresas estatales (véase. GATT Art. XVII), sobre la prohibición de acuerdos de restricción voluntaria de exportaciones (v. Acuerdo sobre Salvaguardias Art. 11(b)), sobre monopolio en servicios cubiertos por el GATS (véase. Art. VIII) o sobre prácticas anticompetitivas en el licenciamiento de propiedad intelectual (Véase Acuerdo sobre los ADPIC Art. 40 y siguientes). Véase generalmente Dawar & Evenett, *supra* nota 54, p. 356.

⁷² Puesto que no hay perspectivas de un acuerdo multilateral sobre derecho de la competencia en el comercio internacional.

⁷³ Véase *Ibid.*, p. 347-49; y Trebilcock, Howse & Eliason, *Regulation*, *supra* nota 3, p. 756.

⁷⁴ Aunque por supuesto, el lugar natural para la discusión de tales normas pareciera ser la Organización Internacional del Trabajo.

⁷⁵ Véase Chauffour & Maur, *Overview*, *supra* nota 2, p. 10.

tema,⁷⁶ ni posiblemente lo dirán en el futuro cercano teniendo en cuenta que este tema fue, junto con las subvenciones agrícolas y el comercio de servicios, uno de los grandes obstáculos de la Ronda de Doha.⁷⁷

En cuarto lugar, las normas sobre medio ambiente son también ya habituales en los PTAs.⁷⁸ En contraste, pocas son las normas de la OMC que se refieren al tema y éstas lo hacen de manera muy general, como el preámbulo del GATT,⁷⁹ o los acuerdos sobre medidas sanitarias y fitosanitarias y sobre obstáculos técnicos al comercio.⁸⁰ Algo similar ocurre con las normas sobre derechos humanos,⁸¹ especialmente en los PTAs celebrados por Estados Unidos luego de NAFTA.⁸²

IV. Una propuesta de ampliación del alcance del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio

La sección cuarta, basada en la predicción explicada en la sección precedente, explica la propuesta consistente en que el OSD de la OMC no solo resuelva las controversias actuales sino también las derivadas de los PTAs. Esta propuesta, por supuesto, puede ser susceptible de mejoras, ajustes o precisiones en el futuro, siendo entonces el primer objetivo promover su discusión antes que pretender su inmediata aplicación. Con el fin de entender el contexto de la propuesta, la sección IV.1 explica propuestas similares que se han presentado para solucionar el conflicto entre las normas de los PTAs y las de la OMC, mientras que la sección IV.2 resume los principales sistemas de solución de controversias de los PTAs. La sección IV.3, por su parte, describe en detalle la propuesta de este artículo a la vez que la sección IV.4 analiza las críticas y dificultades que pueden surgir así como los argumentos para desvirtuar aquellas y las estrategias para superar éstas últimas.

⁷⁶ Salvo, tal vez, la norma del GATT según la cual los miembros de la OMC pueden prohibir importaciones de bienes fabricados con trabajo de prisioneros. Véase GATT Art. XX (e). Véase también Kimberly Ann Elliot, *Labor Rights en Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 429-30 (en adelante, Elliot, *Labor Rights*).

⁷⁷ Véase Stephenson & Hufbauer, *supra* nota 18, p. 275-76. Este bloqueo se debió especialmente a la oposición de los países en vías de desarrollo. Véase Elliot, *Labor Rights, supra* nota 76, p. 427.

⁷⁸ Véase Anuradha, *Environment, supra* nota 62, p. 419; y Trebilcock, Howse & Eliason, *Regulation, supra* nota 3, p. 656. Esta tendencia no obsta para que el foro ideal, aunque impracticable por ahora, sea el multilateral. Véase *Ibid.*, p. 409.

⁷⁹ Véase GATT preámbulo.

⁸⁰ Claro está, también hay jurisprudencia de la OMC que directa o indirectamente menciona temas ambientales. Véase, p. ej. Estados Unidos — Pautas para la gasolina reformulada y convencional, WT/DS/2 (informe adoptado el 29 de abril de 1996).

⁸¹ Las referencias de los acuerdos de la OMC al tema de derechos humanos son nulas, con la excepción de los literales a y b del artículo XX que permiten a los países restringir el comercio cuando sea necesario para proteger la moral pública o la vida o salud de los seres humanos, animales y plantas. Véase Susan Ariel Aaronson, *Human Rights en Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 446-47 (en adelante Aaronson, *Human Rights*). También es importante mencionar que existen excepciones similares a las del artículo XX del GATT contenidas en acuerdos específicos de la OMC, por ejemplo, en el Acuerdo OTC. *Cfr.* Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (Estados Unidos – Atún II (México)), WT/DS381/AB/R.

⁸² Véase Aaronson, *Human Rights, supra* nota 81, p. 443; y Trebilcock, Howse & Eliason, *Regulation, supra* nota 3, p. 716.

1. Las soluciones propuestas al conflicto entre las normas de los Tratados de Comercio Preferencial y los de las normas de la Organización Mundial del Comercio

A continuación se describen las soluciones que se han propuesto para solucionar el problema generado por la trasposición entre las normas de la OMC y de los PTAs,⁸³ y explica porque ellas no son adecuadas. La mayoría de estas soluciones, se recuerda, son de extremo,⁸⁴ ya que proponen bien limitar la celebración de nuevos PTAs o bien aceptar, sin más, el debilitamiento que estos tratados generan en la OMC.

De una parte, por ejemplo, el profesor Jagdish Bhagwati propone limitar la negociación de nuevos PTAs para evitar que las normas de la OMC, y en especial el principio NMF, pierdan importancia. Esta solución, sin embargo, no es viable en la práctica. No sólo el número y alcance de los PTAs en vigencia o en negociación ya es muy alto,⁸⁵ sino que es bastante improbable que su tendencia creciente se revierta. A menos que se modifique el artículo XXIV del GATT en el sentido de prohibir nuevos PTAs o de limitar su alcance, algo que sería no solo inadecuado sino también más difícil de lograr que reactivar la Ronda de Doha, los países no abandonarán la negociación y firma de nuevos acuerdos comerciales, como lo demuestran, para citar solo dos ejemplos, el interés de algunos de los miembros de la OMC en la negociación de los denominados *Trans-Pacific Partnership* (“TPP”) y *Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership* (“TTIP”).

En el otro extremo del espectro, algunos autores proponen aceptar o incluso estimular la tendencia a negociar y celebrar PTAs y no insistir más en nuevas rondas de negociación multilateral en la OMC. Esta solución también tiene sus falencias puesto que acepta el debilitamiento de la OMC sin hacer propuestas que permitan que esta entidad adquiera nuevas funciones y recupere su protagonismo en materia del derecho del comercio internacional.

La predicción de este artículo, no obstante, no se aleja mucho de la posición de los autores mencionados en el párrafo anterior. En efecto, se prevé que la tendencia creciente de PTAs, en número y alcance, no solo es positiva sino también irrefrenable. El presente enfoque, por lo tanto, descarta cualquier prohibición o restricción a los PTAs. Empero, a diferencia de quienes están a favor de los PTAs sin mayores restricciones, este artículo propone una redistribución de competencias entre las normas de los PTAs y las de la OMC.

Las primeras, por su propia dinámica, terminarán regulando muchos de los temas de avanzada (normas OMC extra y OMC+); mientras que las segundas, si no se hace nada, continuarán inmutables y más apropiadas para el siglo XX que para el XXI, con lo cual la OMC se irá debilitando cada vez más. Para evitar este desequilibrio entre PTAs y OMC se propone que esta entidad se especialice en lo que mejor ha sabido hacer durante sus casi veinte años de existencia, resolver controversias. Así, en virtud de esta propuesta, el OSD no solo resolvería controversias relacionadas con la OMC sino también con los PTAs. En aras de mayor ilustración y antes de explicar en detalle esta propuesta en la § IV.3,⁸⁶ la siguiente sección explica los métodos de solución de controversias de los PTAs.

⁸³ Véase Hoekman, North-South, *supra* nota 4, p. 103.

⁸⁴ Véase § I *supra* p. 2.

⁸⁵ Véase *supra* p. 5.

⁸⁶ Véase § IV.3 *infra* p. 15.

2. *Sistemas de solución de controversias de los Tratados de Comercio Preferencial*

Estos sistemas se dividen en tres grupos.⁸⁷ El primero es la solución de controversias por vía diplomática o política.⁸⁸ Este sistema, frecuente en los PTAs celebrados por la Unión Europea antes del 2000,⁸⁹ es ya poco común en los PTAs negociados durante el presente siglo.⁹⁰ Un segundo sistema, común en Uniones Aduaneras, es la solución de la controversia por parte de un tribunal permanente,⁹¹ con jurisdicción sobre temas comerciales y no comerciales, como es el caso de la Corte Europea de Justicia.⁹² El tercer y más frecuente sistema,⁹³ por lo menos desde NAFTA,⁹⁴ permite el establecimiento de paneles regidos por reglas similares a las del Entendimiento para la Solución de Diferencias (en adelante “ESD”) de la OMC.⁹⁵

Independientemente del sistema utilizado, un conflicto de competencias surge cuando una controversia entre dos países puede resolverse tanto con arreglo a las normas procesales del PTA del cual forman parte como con base en el ESD de la OMC.⁹⁶ La forma más simple de solucionar este problema, aunque no la ideal ni la legal,⁹⁷ pareciera consistir en que las partes en conflicto, o más exactamente el demandante, puedan escoger el foro, ya sea el del propio tratado o el de la OMC. Esta posibilidad, por cierto, es común en varios PTAs.⁹⁸ Por ejemplo, NAFTA establece que las controversias que se originen tanto en este tratado como en las normas de la OMC pueden ser resueltas bajo cualquiera de estos dos foros, a discreción de la parte demandante.⁹⁹ Esta elección de foro, por supuesto, es

⁸⁷ Véase Amelia Porges, *Dispute Settlement in Preferential Trade Agreements, Policies for Development, A Handbook* (ed. Jean-Pierre Chauffour & Jean-Christophe Maur), The World Bank, Washington DC, 2011, p. 467 (en adelante, Porges, *Dispute*).

⁸⁸ Véase *Ibid.*, p. 467, 470.

⁸⁹ Véase *Ibid.*, p. 470. Véase también William J. Davey & André Sapir, *The Soft Drinks Case: The WTO and the Regional Agreements* 8 *World Trade Review* 5, 21 n. 78 (2009) (en adelante Davey & Sapir, *Soft*).

⁹⁰ Véase Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 474.

⁹¹ Véase *Ibid.*, p. 467.

⁹² Véase Jackson, Davey & Sykes, *Problems*, *supra* nota 3, p. 150.

⁹³ Véase *Ibid.*, p. 475.

⁹⁴ Véase *Ibid.*, p. 467.

⁹⁵ Véase *Ibid.*, p. 467.

⁹⁶ Véase Jackson, Davey & Sykes, *Problems*, *supra* nota 3, p. 516. Para solucionar este conflicto, se ha dicho, entre otras propuestas, que se podría dar precedencia o primacía a las reglas procesales de los PTAs sobre las de la OMC; es decir, las disputas que surjan debido a la interpretación o aplicación de una norma de un PTA serían resueltas exclusivamente por el foro designado por dicho tratado y no por la OMC. Véase *Ibid.*, p. 477. La desventaja de esta propuesta es que su aplicación debilitaría innecesariamente el OSD, al quitarle muchos de los casos futuros.

⁹⁷ No es la ideal porque, según propone este artículo, estos casos deberían ir obligatoriamente a la OMC. Tampoco es la legal porque la norma actual, así a veces se olvide, establece el OSD como jurisdicción obligatoria de casos relacionados con normas de la OMC. V. ESD Art. 23.

⁹⁸ Obviamente, para que el demandante pueda escoger el foro se requiere que las partes de la controversia sean miembros tanto del respectivo PTA, como de la OMC y que ambos tipos de normas regulen el asunto debatido. Véase Fernando Piérola & Gary Horlick, *WTO Dispute Settlement and Dispute Settlement in the “North-South” Agreements of the Americas: Considerations for Choice of Forum* 41 *Journal of World Trade* 883, 893 (2007) (en adelante Piérola & Horlick, *WTO*).

⁹⁹ Véase NAFTA (Art. 2005.6 y 2005.7). Hay algunas excepciones en NAFTA, por ejemplo, si el tema es ambiental, la disputa solo puede llevarse ante las autoridades de este tratado. Véase Art. 104 de NAFTA y 2005(3). Otros, entre muchos PTAs que permiten la elección de foro, son los celebrados por Estados Unidos con Chile (Art. 22.3) y Colombia (Art. 21.3). Véase Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 477.

problemática.¹⁰⁰ Para solucionar estos problemas y para, además, aprovechar el éxito del sistema de solución de controversias de la OMC, se propone ampliar el alcance del OSD de esta institución, tal como se explica en la siguiente sección.

3. Una propuesta para ampliar el alcance del OSD de la OMC

La presente sección explica la propuesta según la cual el OSD no solo resolvería disputas relacionadas con la interpretación y aplicación de las normas de la OMC sino que también, obligatoriamente, tendría jurisdicción sobre las controversias derivadas de la interpretación y aplicación de los PTAs.¹⁰¹

La principal ventaja de esta propuesta es que con ella se evitan los problemas derivados de la posibilidad que actualmente tienen los países miembros de la mayoría de PTAs de escoger como foro de resolución de sus controversias entre el sistema de la OMC y el que contempla el respectivo tratado.¹⁰² Esta opción de compra del foro, aunque favorable para el demandante,¹⁰³ no es óptima para el sistema por al menos dos razones.

Primero, impide la unificación de la jurisprudencia al permitir que casos de gran similitud se resuelvan por parte de diferentes tribunales.¹⁰⁴ Segundo, le da una ventaja indebida al demandante al generar un arbitraje procesal. En efecto, siempre uno de los dos foros será más favorable para el demandante, por lo menos *a priori*. Esto no tiene sentido porque el resultado de la controversia debe depender de los hechos y de las normas sustanciales y no de ventajas procesales, que deberían ser neutras.

Este arbitraje procesal se genera debido a las diferencias de gran calado que existen entre las disposiciones de la OMC y las de los PTAs en temas como las listas con los nombres de los panelistas y su característica de cerradas o abiertas; los requisitos que los panelistas deben cumplir (p. ej., su nacionalidad, experiencia y códigos de conducta que deben cumplir); el procedimiento a seguir cuando una parte no nombra a su panelista; la participación de terceros y de la sociedad en el proceso; y las normas sobre transparencia y publicidad.¹⁰⁵ Para evitar tales diferencias, la mejor solución es unificar las normas procesales del ESD y de los PTAs. La unificación, por supuesto, debe hacerse en favor de las normas del ESD, ya que este sistema ha sido probado exitosamente en la práctica durante casi dos décadas, en claro contraste con lo que ha sucedido con los procedimientos de los PTAs.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Véase *infra* p. 23.

¹⁰¹ Aunque no ha sido aún formulada detalladamente, esta propuesta se aplica en algunos casos puntuales. Por ejemplo, el PTA entre Chile y la Unión Europea, según el cual si una controversia surge sobre el incumplimiento de una obligación del tratado que es sustancialmente equivalente a la de una obligación bajo la OMC, el único foro competente es el OSD. Véase PTA entre Chile y la Unión Europea Art. 189.4. Véase también Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 477; Piérola & Horlick, *WTO*, *supra* nota 98, p. 883, 888 n. 18; e Ignacio García Bercero, *Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lessons Learned? In Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* (ed. Lorand Bartels and Federico Ortino) New York: Oxford University Press (2006).

¹⁰² Véase *supra* p. 20-21.

¹⁰³ Véase Dawar & Evenett, *supra* nota 54, p. 378; y Trebilcock, Howse & Eliason, *Regulation*, *supra* nota 3, p. 121.

¹⁰⁴ Véase Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 477.

¹⁰⁵ Véase *Ibid.*, p. 480, 484-89. En general, las normas procesales que permiten mayor agilidad en el procedimiento son mejores para el demandante y lo contrario para el demandado. Véase *Ibid.* p. 480.

¹⁰⁶ Véase Piérola & Horlick, *WTO*, *supra* nota 98, p. 883, 898.

En concordancia con lo anterior, la propuesta aquí planteada también evitaría el riesgo de litigar una controversia en un foro inicial, por ejemplo el del respectivo PTA, para que luego el perdedor acuda al otro foro, verbigracia, el de la OMC.¹⁰⁷ Sobra mencionar que, en contravía de lo indicado por el principio de economía procesal, este doble proceso incrementa los costos, que de por sí son ya suficientemente altos hoy en día,¹⁰⁸ así como los recursos de personal especializado de los gobiernos, que son muy limitados para países en vías de desarrollo.¹⁰⁹

Así un PTA prohíba expresamente que la parte derrotada inicie un nuevo litigio en el foro descartado inicialmente,¹¹⁰ la probabilidad de que un mismo caso se litigue más de una vez puede ser alta. Después de todo, ninguna regla actual obliga a un Grupo Especial o al Órgano de Apelación de la OMC a rechazar su jurisdicción sobre un caso por el solo hecho de que una disputa sobre los mismos hechos y entre las mismas partes haya sido resuelta por una autoridad de un PTA.¹¹¹

De hecho, esta situación ya ha ocurrido, siendo el caso más famoso aquel en el cual Brasil demandó a Argentina ante un tribunal de Mercosur en relación con una medida del gobierno argentino que afectaba sus exportaciones de pollo. Este tribunal afirmó que la medida impugnada no era regulada por las normas de Mercosur y por lo tanto no era inconsistente con las obligaciones de Argentina bajo esta unión aduanera.¹¹² No contento con tal resultado, Brasil solicitó el establecimiento de un Grupo Especial ante el OSD, el cual concluyó que la medida en cuestión violaba el Acuerdo Antidumping de la OMC.¹¹³

¹⁰⁷ El caso contrario es un poco más improbable. Aunque la mayoría de los PTAs dan a sus miembros la opción de escoger foro, una vez escogido uno, se prohíbe acudir al otro foro. Véase *Ibid.*, p. 83; y Chauffour & Maur, Overview, *supra* nota 2, p. 16.

¹⁰⁸ Los costos de un proceso en la OMC generalmente ascienden a cifras de seis dígitos en millones de dólares, aunque han existido litigios cuyas expensas han superado los diez millones de dólares. Véase Problems of Developing Country Access to WTO Dispute Settlement, 9 Chi-Kent J. Int'l & Comp. L. 131, 146 (2009).

¹⁰⁹ Véase Porges, Dispute, *supra* nota 87, p. 477.

¹¹⁰ Como sucede en los PTAs celebrados por Estados Unidos después de NAFTA. Véase Porges, Dispute, *supra* nota 87, p. 477.

¹¹¹ Véase Davey & Sapir, Soft, *supra* nota 89, p. 14 (afirmando que, dado el interés multilateral en el OSD, la OMC no tiene porque deferir o aceptar las decisiones de paneles bajo las normas de PTAs sobre problemas jurídicos que puedan relacionarse con acuerdos de la OMC). De hecho, el Grupo Especial podría afirmar que aunque las partes son las mismas, el problema jurídico es diferente porque en un caso se alega una violación de las normas de un PTA mientras que en el segundo caso la violación alegada es de normas de la OMC, así éstas sean idénticas o prácticamente idénticas a aquellas. Véase *Ibid.*, p.5, 14 (2009). Recuérdese, además, que el artículo 23 del ESD requiere a los miembros de la OMC solucionar exclusivamente sus disputas a través de este sistema. Véase Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 893.

¹¹² Véase Laudo del Tribunal Arbitral sobre la controversia entre la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil (Res. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina de 21 de mayo de 2001.

¹¹³ Véase Informe del Grupo Especial Argentina – Medidas definitivas de imposición de derechos antidumping sobre pollo de Brasil – WT/DS241/R adoptado el 19 de mayo de 2003. Véase también Porges, Dispute, *supra* nota 87, p. 467, 477. Este tema fue solucionado con el Protocolo de Olivos de 2002 que prohíbe el relitigio de casos ante la OMC. Véase *Ibid.*, p. 477. En un caso similar, Brasil demandó exitosamente una salvaguardia argentina ante la jurisdicción de Mercosur sin que luego del Argentina eliminara las cuotas impuestas. El caso solo se concilió luego de que Brasil iniciara procedimientos legales ante la OMC. Véase *Ibid.*, p. 477. En un tercer caso, entre otros miembros de la OMC, México impuso tributos a refrescos y otras bebidas endulzadas con fructosa importada de Estados Unidos. Al parecer, este gravamen se impuso como retaliación por el bloqueo de Estados Unidos a la conformación de un

Como una tercera ventaja, convertir el foro de la OMC en obligatorio para disputas relacionadas con los PTAs simplemente reflejará la voluntad e intereses de los miembros de estos bloques comerciales. De una parte, prácticamente todos los recientes PTAs incluyen normas procesales basadas en el modelo de solución de controversias de la OMC, lo que demuestra su éxito.¹¹⁴ De otro lado, cuando existe la posibilidad de escoger el foro, los miembros de los PTAs casi siempre prefieren resolver sus disputas a través del OSD y no por medio del sistema contemplado por el respectivo tratado.¹¹⁵ Así, mientras la OMC ha adjudicado casi quinientos casos desde 1995,¹¹⁶ el número de casos resueltos en controversias derivadas de PTAs asciende a solo veinticinco.¹¹⁷ No sorprende, por lo tanto, que el desarrollo jurisprudencial de controversias derivadas de los PTAs sea mínimo.¹¹⁸

El caso de NAFTA es dicente en tal sentido. Desde poco después de entrar en vigor, profesores como William Davey preveían que sus países miembros preferirían el foro de la OMC al del propio tratado.¹¹⁹ Esta predicción resultó cierta, como lo muestran algunas cifras: Estados Unidos ha sido demandante en once disputas de la OMC contra países del NAFTA (seis contra México y cinco contra Canadá) y demandado en veinticuatro casos, quince iniciados por Canadá y nueve por México.¹²⁰ En contraste con estos treinta y cinco casos, solo tres disputas que podrían haberse llevado a la OMC han sido resueltas bajo los procedimientos del capítulo veinte de NAFTA.¹²¹

panel bajo las normas de NAFTA en una disputa relacionada con la exportación de azúcar mexicana. Véase Davey & Sapir, *Soft*, *supra* nota 89, p. 16-17. Estados Unidos demandó el tributo ante la OMC, por violación del principio de trato nacional (GATT Art. III), obteniendo un resultado favorable. Véase México — Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas WT/AB/R DS-308 (informe adoptado el 24 de marzo de 2006. Véase también Trebilcock, Howse & Eliason, *Regulation*, *supra* nota 3, p. 125; y Davey & Sapir, *Soft*, *supra* nota 89, p. 16-17. Un cuarto caso fue una disputa entre Canadá y Estados Unidos sobre comercio de madera en el cual el mecanismo de solución de controversias de NAFTA y el de la OMC llegaron a conclusiones diferentes. Véase Estados Unidos — Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá WT/AB/R/257 (adoptado el 17 de febrero de 2004). Véase también Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, 891.

¹¹⁴ La lista de los PTAs que siguen tal modelo es larguísima y no tendría sentido reproducirla acá, pero puede observarse en Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 467, 473. Véase también Francis Snyder, *China, Regional Trade Agreements and WTO Law*, 43(1) *Journal of World Trade* 1 (2009); y Mark J. Roe, *Chaos and Evolution in Law and Economics*, 109 *Harv. L. Rev.* 641 (1996).

¹¹⁵ Véase Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 477. Véase también Mirodout, *Investment*, *supra* nota 66, p. 311.

¹¹⁶ Véase OMC http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm (última visita Septiembre 7, 2013).

¹¹⁷ Véase Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 467, 492. Véase también Hoekman, *North-South*, *supra* nota 4, p. 105

¹¹⁸ Véase Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 891.

¹¹⁹ Véase William Davey, *Pine & Swine: Canada – United States Trade Dispute Settlement, the FTA Experience and NAFTA Prospects*. Ottawa: Centre for Trade Policy and Law (1996).

¹²⁰ Véase Davey & Sapir, *Soft*, *supra* nota 89, p. 21. Véase también OMC http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm (última visita Septiembre 7, 2013). Por cierto, no existe hasta la fecha ningún caso de la OMC entre México y Canadá. Véase *Ibid*.

¹²¹ Véase Davey & Sapir, *Soft*, *supra* nota 89, p. 21. Al menos dos de estas controversias surgieron bajo el PTA entre Estados Unidos y Canadá cuando estaba en vigor el GATT original. El que en ese momento se exigiera consenso positivo para adoptar el informe de un Grupo Especial pudo haber influido para que estos casos se solucionaran a nivel regional y no multilateral. Si estos casos hubieran surgido luego de 1994, bajo la regla de consenso negativo, posiblemente se habrían llevado a la OMC. Véase Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 477, 492; y Davey & Sapir, *Soft*, *supra* nota 89, p. 21.

NAFTA no es el único ejemplo, por supuesto. El profesor Yan Luo señala que desde 1996, cuando se estableció el sistema de solución de controversias de la Asociación de Países del Sudeste Asiático, ASEAN y hasta la fecha de su artículo en el 2005, ningún caso había sido resuelto en este foro.¹²² Incluso, hasta principios del 2011, todavía no había sido constituido el Órgano de Apelación de siete miembros según lo dispuesto por el protocolo que creó este sistema de solución de controversias.¹²³ Esta conclusión es confirmada por el profesor Junji Nakagawa, quien luego de analizar la solución de controversias entre países del este de Asia pronosticó acertadamente en el 2007 que la mayoría de ellas serían llevadas a la OMC.¹²⁴ La situación no es muy diferente en América Latina, donde según el profesor Sebastián Sáez los países también prefieren utilizar el sistema de solución de controversias de la OMC antes que el de los respectivos PTAs.¹²⁵

Aunado a lo anterior, los países que son simultáneamente miembros de un PTA y de la OMC prefieren litigar sus diferencias ante este último organismo por razones como las siguientes. Primero, los países suelen preferir el foro de la OMC por el amplio número de casos que allí se han discutido. La jurisprudencia de casi veinte años de la OMC, término que asciende a más de cincuenta cuando se tienen en cuenta los casos del GATT, genera claridad y predictibilidad acerca del resultado probable de una controversia.¹²⁶ En particular, la existencia de un Órgano de Apelación en la OMC, cuya jurisprudencia es vinculante en casos futuros,¹²⁷ contribuye a que el rol de la jurisprudencia sea aún más positivo.¹²⁸ En contraste, la jurisprudencia derivada de los PTAs es mínima y escasos los tribunales de apelaciones,¹²⁹ con lo cual el resultado de una controversia sujeta al foro de uno de estos tratados se torna tan impredecible como una lotería.¹³⁰

Segundo, la participación de terceros países, restringida o incluso prohibida bajo las normas de los PTAs, también hace más favorable el foro de la OMC. Después de todo, la participación de terceros facilita la formación de alianzas durante el proceso, lo que es especialmente útil para países pequeños en disputas cuyos contrincantes son, por ejemplo,

¹²² Véase Yan Luo, *Dispute Settlement in the Proposed East Asian Free Trade Agreement: What We Can Learn from the EU and the NAFTA*. Presentación hecha en la ILA British Branch Spring 2005 Conference, Edimburgo, Escocia (disponible en: <http://www.hss.ed.ac.uk/ila/Day2.htm>).

¹²³ Véase Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 481.

¹²⁴ Véase Junji Nakagawa, *No More Negotiated Deals? Settlement of Trade and Investment Disputes in East Asia*, 10 (4) *Journal of International Economic Law* 837 (2007).

¹²⁵ Véase Sebastián Sáez, *The Countries of Latin America and the Caribbean and Trade Disputes: An Analysis*. *Boletín FAL (Facilitación del Comercio y el Transporte en América Latina y el Caribe)* 249 (Mayo 2007). De estos PTAs deben exceptuarse los sistemas de solución de controversias de Mercosur y de la Comunidad Andina de Naciones, en donde se han resuelto un número importante de casos.

¹²⁶ Cada caso de la OMC no solo impacta a sus partes sino que, al generar jurisprudencia, beneficia a los demás miembros de esta organización al dar claridad sobre la interpretación de las normas; es decir, se genera una externalidad positiva. Véase Peter Drahos, *The Bilateral Web of Trade Dispute Settlement*, Paper for the workshop on WTO Dispute Settlement and Developing Countries: Use, Implications, Strategies, Reforms, University of Wisconsin at Madison, 20-1, Mayo 2005, p. 11.

¹²⁷ Véase ESD Art. 17. Véase también Estados Unidos — Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China, WT/DS379/AB/R p. 325.

¹²⁸ Véase Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, 891.

¹²⁹ Véase Chauffour & Maur, *Overview*, *supra* nota 2, p. 16. Así, no parece controvertido afirmar que la mayoría de las normas sobre solución de controversias de los PTAs son letra muerta hoy en día, tendencia que posiblemente continuará. Véase Davey & Sapir, *Soft*, *supra* nota 89, p. 21.

¹³⁰ Véase Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 891, 899.

los Estados Unidos, la Unión Europea, o China.¹³¹ Esta participación de terceros, además, incrementa la presión política y económica para que el demandado acepte una solución negociada, o en caso de que haya sido vencido en juicio, para que cumpla rápida y efectivamente con el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación.¹³²

Tercero, es más fácil obtener la participación de panelistas neutrales en un foro de la OMC que en el de un PTA, en el cual las listas suelen restringirse a personas de los países miembros, lo que es más grave aun cuando el número de integrantes del bloque comercial es de solo dos o tres.¹³³ Cuarto, en controversias ante la OMC, los países suelen tener acceso a asistencia técnica por parte de los funcionarios de esta entidad, siendo tal apoyo inexistente o mínimo en disputas bajo los PTAs (con la posible excepción de NAFTA).¹³⁴

Quinto, en teoría, los plazos de los PTAs son más cortos (de pocos meses), mientras que un litigio ante la OMC dura por lo menos quince meses desde el establecimiento del Grupo Especial hasta el informe final del Órgano de Apelación.¹³⁵ En la práctica, sin embargo, los tiempos de los PTAs son más largos.¹³⁶ Para empezar, los PTAs usualmente incluyen, como etapa intermedia entre las consultas y el comienzo de los procedimientos legales, los buenos oficios de la comisión que administra el PTA para tratar de solucionar la controversia, labor que usualmente implica demoras adicionales, especialmente cuando el demandado quiere dilatar el proceso.¹³⁷ En cambio, si las consultas fallan bajo las normas de la OMC, el procedimiento legal puede iniciar de inmediato.¹³⁸

Aunado a lo anterior, es más fácil establecer un Grupo Especial bajo las normas de la OMC que un panel bajo las de los PTA,¹³⁹ en donde este procedimiento puede ser fácilmente bloqueado o dilatado, como lo demuestra la experiencia de NAFTA.¹⁴⁰ Según las normas de la OMC, en contraste, el Grupo Especial solicitado se conforma a menos que haya consenso en sentido contrario, el cual nunca se da porque éste requiere el consentimiento de la parte demandante.¹⁴¹

¹³¹ Véase Trebilcock, Howse & Eliason, Regulation, *supra* nota 3, p. 189-90.

La participación de terceros países puede ser tan importante que se ha propuesto, principalmente para fines de transparencia, que éstos puedan hacer parte de controversias en foros de un PTA. Véase Davey & Sapir, Soft, *supra* nota 89., p. 23. Esta propuesta, sin embargo, parece inviable porque no tendría sentido que terceros países puedan participar en un proceso que discute unas normas sustanciales que no los afectan.

¹³² Véase Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 889-90. En contra, v. Davey & Sapir, Soft, *supra* nota 89, p. 19 (afirmando que hay evidencia de que la participación de terceros países en una controversia aumenta su costo, disminuye las posibilidades de una solución negociada y alarga su duración).

¹³³ Véase Trebilcock, Howse & Eliason, Regulation, *supra* nota 3, p. 187.

¹³⁴ Véase Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 898.

¹³⁵ Por ejemplo, véase los PTAs entre Canadá y Costa Rica (Art. XIII.14.2 and XIII.15.1) y entre Chile y Estados Unidos (Art. 22.12.3 y 22.13.1). Véase Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 897-98. Véase generalmente Trebilcock, Howse & Eliason, Regulation, *supra* nota 3, p. 203.

¹³⁶ Véase *Ibid.*, p. 895.

¹³⁷ Véase *Ibid.*, p. 883, 893-94.

¹³⁸ Véase ESD Art. 4.7 y 6.1. Véase también Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 893-94.

¹³⁹ Véase *Ibid.*, p. 983 n. 48.

¹⁴⁰ Algunos ejemplos son los casos USA-98-2008-1 (sobre camiones), CDA-95-1904-04 (sobre la determinación de derechos antidumping por parte de Canadá sobre la importación de azúcar proveniente de Estados Unidos), y MEX-98-1904-01 (sobre la imposición de derechos antidumping por parte de México sobre importaciones de jarabe de fructosa por parte de Estados Unidos. Véase también Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 883, 893 n. 48; y Davey & Sapir, Soft, *supra* nota 89, p. 5.

¹⁴¹ Véase ESD. Art. 6.1. Véase también Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 883, 893 n. 49.

Sexto, el sistema de ejecución de los informes de los Grupos Especiales de la OMC parece ser más eficiente.¹⁴² Al fin y al cabo, no todos los informes de los PTAs son tan disuasivos como para animar a la parte perdedora a cumplir un informe rápida y efectivamente.¹⁴³ De hecho, muchos PTAs establecen que una vez se adopta el informe, las partes deben intentar llegar a una solución negociada sobre la compensación, lo que alarga el problema al impedir cualquier solicitud de retaliación mientras tal instancia esté en curso.¹⁴⁴ Además, usualmente solo se puede solicitar el establecimiento de un panel de ejecución cuando el perdedor del caso pretende controvertir las medidas retaliatorias, ya sea porque alega que ha cumplido con lo dispuesto por el panel original o porque considera que tales medidas son excesivas.¹⁴⁵

En resumen, la propuesta de este artículo busca aprovechar el éxito de la joya de la corona de la OMC (el OSD),¹⁴⁶ que ha demostrado ser intrínsecamente superior al de los PTA,¹⁴⁷ ampliando su alcance a las disputas relacionadas con estos tratados.¹⁴⁸ Teniendo en cuenta que la solución ideal de promulgar nuevas normas multilaterales en materia de comercio internacional es impracticable, así por lo menos se logrará la unidad procedimental y jurisprudencial en medio de la diversidad de las normas sustanciales de los PTAs.¹⁴⁹

Naturalmente, para facilitar la viabilidad de la propuesta, es necesario incluir algunas excepciones, que se describen a continuación. Estas excepciones, además, facilitarían una aplicación gradual de la propuesta acá presentada, ya que algunas de ellas se podrían ir eliminando o atenuando si el éxito de la ampliación del OSD, previsto acá en teoría, se confirma en la práctica.

En primer lugar, los sistemas de solución de controversias de las Uniones Aduaneras, los cuales continuarían igual, teniendo en cuenta su éxito. Este sería el caso, por citar cuatro

¹⁴² Véase generalmente, Trebilcock, Howse & Eliason, Regulation, *supra* nota 3, p. 209-12.

¹⁴³ Véase ESD Art. 22.

¹⁴⁴ Véase por ejemplo, los PTAs entre Chile y Estados Unidos y Colombia y Estados Unidos. Véase también Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 900-01.

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, CAFTA – DR Art. 20.15.1, 20.15.2 y 20.15.3 y el PTA entre Estados Unidos y Perú (Art. 21.16.1, 21.16.2 y 21.16.3). Véase también Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 900-01. En cualquier caso, bajo la propuesta del presente artículo, los PTAs podrían continuar con sus propias reglas sobre sanciones (p.ej., indemnizaciones pecuniarias). La diferencia es que estas serían decretadas por un Grupo Especial bajo las reglas o por el Órgano de Apelación bajo las reglas del ESD y no por un panel bajo las normas del respectivo PTA.

¹⁴⁶ Véase http://www.wto.org/english/news_e/pres09_e/pr578_e.htm (Pascal Lamy afirmando que el sistema de solución de controversias es ampliamente considerado la joya de la corona de la OMC). Véase también Véase también Van Den Bossche, The Law, *supra* nota 45, p. 308 (recordando que el ESD ha sido un gran éxito).

¹⁴⁷ Véase William J. Davey, Dispute Settlement in the WTO and RTAs: A Comment in Regional Trade Agreements and the WTO Legal System (ed. Lorand Bartels & Federico Ortino), Oxford: Oxford University Press 2006, p. 357.

¹⁴⁸ Véase Dawar & Evenett, *supra* nota 54, p. 377.

¹⁴⁹ De manera similar a lo que sucede en países federales como Estados Unidos, donde las cortes federales no sólo aplican normas federales sino también estatales. Véase *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 58 S. Ct. 817, 82 L. Ed. 1188 (1938) (ordenando a las cortes federales la aplicación de las normas estatales en una controversia entre partes de diferentes Estados). En este caso, sería el Órgano de Apelaciones o los Grupos Especiales aplicando no solo las normas de la OMC sino también las reglas de los PTAs. Véase generalmente Davey & Sapir, Soft, *supra* nota 89, p. 18.

ejemplos, de la Unión Europea, con su Corte Europea de Justicia;¹⁵⁰ de la Comunidad Andina de Naciones, cuyos miembros nunca han llevado una disputa a la OMC,¹⁵¹ y donde se han resuelto decenas de casos sobre temas como propiedad intelectual, medidas sanitarias y fitosanitarias, y barreras técnicas al comercio;¹⁵² de Mercosur, con su propio sistema de solución de controversias;¹⁵³ y de la Asociación de Libre Comercio de Europa (EFTA, por sus siglas en inglés).¹⁵⁴

Como segunda excepción, las controversias en las cuales los inversionistas pueden demandar directamente a los Estados, como sucede hoy en día en casos de inversión extranjera bajo las normas de los PTAs o de los BITs en foros como el Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión.¹⁵⁵ De hecho, ésta es más una aclaración que una excepción porque, por definición, la propuesta presentada por este artículo es exclusiva para controversias entre Estados.

Tercero, las controversias para las cuales se hayan previsto exclusivamente, y no simplemente como una primera instancia, negociaciones por vía diplomática o política.¹⁵⁶ En sentido estricto, sin embargo, esta excepción no se contradice con las normas actuales de la OMC, que permiten métodos alternativos de solución de controversias, como buenos oficios, mediación y conciliación.¹⁵⁷

Cuarto, también se podrían exceptuar de la jurisdicción del OSD algunos temas OMC extra (pero no necesariamente todos), como los relacionados con derechos humanos, estándares laborales y medio ambiente.¹⁵⁸ Como algunos de estos temas requieren un proceso de aprendizaje en el proceso de implementación de nuevas reglas que son deliberadamente generales y ambiguas,¹⁵⁹ estas normas podrían seguir perteneciendo en el corto plazo al llamado derecho suave (*soft law*) y solo, cuando haya mayor claridad en cuanto a su aplicación, estarían sujetas a métodos de cumplimiento forzado de obligaciones (*hard law*).¹⁶⁰

De hecho, esta posibilidad ya ha sido contemplada por algunos PTAs, como por ejemplo el celebrado entre Estados Unidos y algunos países centroamericanos (CAFTA – DR), que expresamente excluye de cualquier sistema de solución de controversias las disputas relacionadas con la implementación del capítulo sobre medidas sanitarias y

¹⁵⁰ De hecho, los países de la Unión Europea deben acudir obligatoriamente ante esta corte, sin que puedan utilizar el foro de la OMC. Véase Tomer Broude, *From Pax Mercatoria to Pax Europea: How Trade Dispute Procedures Serve the EC's Regional Hegemony*, in *Economics of European Union Law* (ed. Paul B. Stephan) Cheltenham, U.K.:Edward Elgar 319 (2007), también disponible en *Bepress Legal Series Working Paper 650* (<http://law.bepress.com/expresso/eps/650>), y Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 477.

¹⁵¹ Lo que implica un entendimiento tácito de solucionar las controversias regionalmente. Véase Piérola & Horlick, *WTO*, *supra* nota 98, p. 903.

¹⁵² Véase Stoler, *TBT and SPS*, *supra* nota 48, p. 230-31. Véase también Porges, *Dispute*, *supra* nota 87, p. 472.

¹⁵³ Véase *Ibid.*, p. 481. Los países miembros de Mercosur han litigado doce controversias comerciales en este foro pero solo tres en la OMC, dos de las cuales se refirieron a derechos antidumping no cubiertos por Mercosur. Véase *Ibid.* p. 472.

¹⁵⁴ Véase *Ibid.*, p. 472.

¹⁵⁵ Véase Mirodout, *Investment*, *supra* nota 66, p. 311. Véase también Piérola & Horlick, *WTO*, *supra* nota 98, p. 892.

¹⁵⁶ Véase Elliot, *Labor Rights*, *supra* nota 76, p. 436 (en adelante Elliot, *Labor Rights*).

¹⁵⁷ Véase ESD Art. 5.

¹⁵⁸ Véase Anuradha, *Environment*, *supra* nota 62, p. 418.

¹⁵⁹ Véase *Ibid.*, p. 418.

¹⁶⁰ Véase Dawar & Evenett, *supra* nota 54, p. 360

fitosanitarias.¹⁶¹ Una segunda ilustración son las normas laborales de varios PTAs, especialmente aquellos que no tienen a Estados Unidos como una de sus partes.¹⁶²

Como quinta excepción, esta propuesta no impide que algunas controversias puedan tener un régimen especial bajo el cual, antes de acudir a consultas y posteriormente a la OMC, haya una instancia previa ante las autoridades nacionales del país que supuestamente incumplió una medida. Esto, por ejemplo, podría ocurrir en temas como el derecho de la competencia o las normas sobre compras gubernamentales.¹⁶³

En sexto lugar, también se exceptuarían los procedimientos especiales que algunos PTAs establecen para ciertos sectores, como por ejemplo el financiero. En tales casos, no solo los panelistas deben cumplir con ciertos requisitos de experiencia y conocimiento,¹⁶⁴ sino que además es conveniente que no pueda haber suspensión de concesiones, por lo menos en el mismo sector, contra el país que no cumpla oportunamente con el informe de un panel.¹⁶⁵

Una última excepción incluiría sistemas como el de revisión de derechos antidumping y medidas compensatorias de subvenciones bajo el capítulo 19 de NAFTA, en el que se permite un cierto grado de participación de las empresas privadas y en el cual paneles binacionales resuelven la controversia al determinar si el derecho antidumping o la medida compensatoria está conforme a la respectiva ley doméstica.¹⁶⁶

4. Críticas y dificultades de implementación de la propuesta de ampliación del alcance de la OSD y argumentos y estrategias para desvirtuar las primeras y superar las segundas

Debido a la novedad de la propuesta de este artículo, es obvio que surgirán tanto críticas respecto a su viabilidad como dificultades en su implementación. Anticipando esto, la presente sección tiene como objetivo desvirtuar tales críticas, de una parte, y esbozar las principales estrategias para minimizar las dificultades que se puedan presentar en la implementación de la propuesta.

En cuanto a críticas, la primera de ellas podría afirmar que el poco número de disputas derivadas de los PTAs no es un síntoma de una falencia en su sistema de solución de controversias sino, todo lo contrario, una muestra de su buen diseño y de que los países firmantes aprovechan los beneficios de estos tratados sin perder el tiempo en disputas jurídicas. En otras palabras, el poco número de litigios sería un efecto favorable de las normas de los PTAs, siendo éstas las que deberían ser imitadas por la OMC y no al revés, como acá se propone. De ser esto cierto, la crítica continúa, y de adoptarse la propuesta acá presentada, serían muy pocos los casos nuevos que asumiría el OSD de la OMC con ocasión de su alcance ampliado. En tal evento, por supuesto, el beneficio de este pequeño incremento en el número de casos sería muy inferior a los costos de implementación de esta propuesta, que no son despreciables.

¹⁶¹ Véase CAFTA – DR Art. 6.2.2. Véase también Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p.888 n. 15; y Stoler, TBT and SPS, *supra* nota 48, p. 230.

¹⁶² Véase Elliot, Labor Rights, *supra* nota 76, p. 435.

¹⁶³ Véase Dawar & Evenett, *supra* nota 54, p. 377. Véase también Acuerdo CG Art. XXII.

¹⁶⁴ Lo que de por sí no es contrario a las normas de la OMC que permiten a las partes escoger libremente a los panelistas. Véase ESD Art. 8.

¹⁶⁵ Véase Porges, Dispute, *supra* nota 87, p. 482-84.

¹⁶⁶ Véase NAFTA Art. 1904. Véase también Piérola & Horlick, WTO, *supra* nota 98, p. 892.

A pesar de ser llamativa a primera vista, esta crítica no parece resistir un análisis profundo. En primer lugar, si la crítica fuera válida, el número de litigios entre países firmantes de un PTA sería bajo tanto ante el foro competente del tratado como ante la OMC. Empero, y como ya se mencionó en la anterior sección,¹⁶⁷ los datos demuestran lo contrario. En efecto, sólo ha habido tres litigios comerciales resueltos por NAFTA mientras que sus países miembros han resuelto por lo menos treinta y cinco casos regionales ante la OMC. Una situación similar se presenta en otras zonas geográficas como América Latina y el sudeste asiático.¹⁶⁸

Así pues, el bajo número de litigios de los PTAs no parece ser muestra del éxito de sus normas procesales sino todo lo contrario, de su mal diseño. No de otra manera podría entenderse como miles de transacciones entre grandes empresas cobijadas por PTAs son celebradas y ejecutadas amigablemente y si se presentan diferencias, éstas son rápidamente conciliadas, con excepciones que no superan los dedos de una mano. Parece ser, entonces, que este mal diseño lo que lleva es a que muchas disputas entre empresas y países si se presenten, pero que por falta de unas normas procesales claras, estas controversias no se solucionen por vías jurídicas, como debería ser, sino por medios más primitivos, como presiones políticas o retaliaciones no autorizadas.

En concordancia con lo anterior, este artículo cree que una vez implementada la presente propuesta, el número de casos resueltos por el OSD se incrementará, lo cual, por supuesto, es favorable. No puede aplicarse acá el adagio de que “un mal arreglo es mejor que un buen pleito” ni creerse que un alto número de litigios es algo negativo. Por el contrario, estos litigios simplemente indicarán que las controversias generadas se solucionan por el canal jurídico adecuado y que, de contera, se genera jurisprudencia que permite aclarar el sentido y alcance de las normas vigentes.

Como segunda crítica a esta propuesta, se podría temer que la ampliación del alcance del OSD llevaría a la OMC a ser víctima del denominado principio de Peter. Según este principio, es común el error de creer que un empleado que hace bien su trabajo será igual de competente en un cargo de mayor responsabilidad.¹⁶⁹ La realidad, por el contrario, es que tal ascenso en ocasiones lleva al empleado a alcanzar su nivel de incompetencia, con la pérdida de productividad para la empresa que lo contrató.¹⁷⁰ Un análisis similar podría hacerse en relación con el OSD. Así, según la crítica que se anticipa, el hecho de que el OSD sea exitoso hoy, con los cerca de treinta casos que se inician cada año,¹⁷¹ no necesariamente implica que el OSD siga siendo eficiente cuando, además de estos casos, resuelva también las controversias derivadas de los PTAs.¹⁷²

Para determinar con certeza si esta crítica es válida habría que efectivamente ampliar el alcance del OSD y hacer una evaluación del éxito de esta medida dentro de unos años.

¹⁶⁷ Véase § IV.3 *supra* p. 18-19.

¹⁶⁸ Véase. *id.*

¹⁶⁹ Véase. Laurence J. Peter & Raymond Hull, *The Peter Principle: Why Things Always Go Wrong* Paperback (William Morrow & Co; 1969) p. 1.

¹⁷⁰ Véase. *id.* p. 1.

¹⁷¹ Véase OMC http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm (última visita Noviembre 7, 2013).

¹⁷² Una forma alternativa de esta crítica consistiría en que cualquier modificación al ESD debe evitar hacerle daño al sistema. Véase Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, *The Future of The WTO: Addressing Institutional Challenges to the New Millennium* (en adelante, el “Sutherland Report”) (OMC, 2004), para. 214; y Van Den Bossche, *The Law*, *supra* nota 45, p. 308.

Mientras ello sucede, el análisis solo puede ser teórico. En cualquier caso, algunas razones permiten anticipar que el temor es infundado y que el OSD no sería víctima del principio de Peter. Primero, y así exista este peligro, bien vale la pena hacer el ensayo. Así como no está completamente probado que el alcance ampliado funcionará, tampoco está plenamente probado que será un fracaso. Segundo, si por miedo a que un sistema que funciona bien desmejore se hubieran desestimado sus propuestas de ampliación, muchas organizaciones habrían continuado con un tamaño pequeño. Por ejemplo, numerosas empresas exitosas en sus países de origen no se habrían atrevido a invertir en otras áreas geográficas o, como un segundo ejemplo, la Unión Europea nunca se debería haber expandido más allá de sus seis países fundadores. Tercero, la crítica podría ser válida si la ampliación del alcance implicase que el OSD tuviera jurisdicción sobre temas que hoy en día están claramente fuera de su alcance. Empero, los temas a discutir serían muy similares a los que hoy en día se debaten en los Grupos Especiales y en el Órgano de Apelación (con excepción de algunos pocos temas WTO + que aún no han sido discutidos).

En cuarto lugar, la crítica sobre la propensión del OSD a ser víctima del principio de Peter olvida que este peligro es mayor con las normas procesales actuales que con la propuesta que aquí se realiza. En efecto, ante la imposibilidad de negociar nuevos acuerdos multilaterales, el OSD está viéndose obligado a resolver casos sobre temas políticamente muy sensibles que no están claramente regulados en las actuales normas de la OMC.¹⁷³ En otras palabras, el OSD está creando, vía jurisprudencia, directrices en temas tan álgidos como estándares laborales y derechos humanos sin contar para ello con una carta de navegación, como lo serían normas sustanciales sobre estas materias.¹⁷⁴ Tal situación, sobra decirlo, podría convertir el actual éxito del OSD en una situación menos elogiabile en un futuro. La propuesta acá expresada, por el contrario, implica que el OSD cuente con una carta de navegación (esto es, las normas de los PTAs) para resolver los casos sobre temas novedosos y políticamente sensibles. Así, el colapso del OSD será menos probable y más viable el mantenimiento de su éxito.

De otro lado, es innegable que la propuesta acá presentada no será fácil de implementar en la práctica. Para empezar, esta implementación requiere que se modifique no solo el ESD sino también los PTAs.¹⁷⁵ En cuanto al ESD, su modificación requiere no solo la aprobación de la Conferencia Ministerial sino también consenso.¹⁷⁶ La ventaja, en todo caso, es que el cambio acá propuesto es menos sensible que modificaciones sustanciales como las subvenciones a la agricultura o el comercio en servicios. Es por ello que las vicisitudes que llevaron al estancamiento de la Ronda de Doha no necesariamente deberían afectar la adopción de esta modificación al ESD. Por lo tanto, el consenso será difícil pero no imposible de obtener. En cualquier caso, para facilitar la obtención de este consenso se requerirá una labor de persuasión de los miembros de la OMC que deberá empezar cuanto antes por medio de la presentación de esta propuesta, con sus mejoras posteriores, en diferentes foros y escenarios.

¹⁷³ Véase Van Den Bossche, *The Law*, *supra* nota 45, p. 309-11. V. también el Sutherland Report, para. 247 (afirmando que los derechos y obligaciones de los miembros de la OMC deben surgir de lo acordado en las negociaciones entre ellos – sean multilaterales o a otro nivel – y no de procesos judiciales).

¹⁷⁴ Véase *id.*, p. 309-11. Véase también Claude Barfield, *Free Trade, Sovereignty, Democracy: The Future of the World Trade Organization* (American Enterprise Institute Press, 2001), p. 1.

¹⁷⁵ Véase Davey & Sapir, *Soft*, *supra* nota 89, p. 17.

¹⁷⁶ Véase Acuerdo de la OMC Art. X:8. Véase también Van Den Bossche, *The Law*, *supra* nota 45, p. 143.

Por su parte, los PTAs también deberán incluir normas que, salvo las excepciones ya mencionadas en este artículo,¹⁷⁷ obliguen a sus países miembros a acudir al OSD cuando se genera alguna disputa derivada de la interpretación o aplicación de una norma del respectivo tratado. Estos cambios seguramente tomarán tiempo y serán graduales, lo que no necesariamente debe ser visto como una desventaja porque este ritmo lento permitirá que el OSD tenga más tiempo para ajustarse a sus nuevas responsabilidades. Téngase en cuenta, además, que en estricto sentido el cambio en los PTAs no sería tan urgente, ya que éstos actualmente permiten a sus miembros solucionar sus disputas por medio del OSD.¹⁷⁸

Tales cambios, en cualquier caso, serán más fáciles de negociar en PTAs nuevos que en aquellos que ya están vigentes. Por ejemplo, sería un gran impulso para esta propuesta que tanto el TPP como el TTIP incluyeran sendas normas en tal sentido (de esta manera, los grandes actores del comercio internacional liderarían el cambio propuesto). En cuanto a los PTAs que ya están en vigor, podría pensarse en su modificación gradual, a medida que los factores políticos y económicos de los países firmantes faciliten llegar a un acuerdo en tal sentido. De todas maneras, y entendiendo que es imposible modificar todos los PTAs en el corto plazo, lo importante es que en un cierto período se logre modificar una masa crítica de PTAs de tal manera que los países de los restantes tratados perciban una desventaja al no haber negociado tales cambios.

Adicionalmente, no bastaría con las modificaciones a la legislación vigente, sino que también serían necesarios algunos cambios en los Grupos Especiales, en el Órgano de Apelación y en la estructura de la OMC. El incremento en el número de panelistas no sería problemático porque éstos continuarían siendo ad-hoc; bastaría entonces que las partes tuvieran cuidado en elegir panelistas que a la vez que son neutrales, también sean expertos en las normas sustanciales aplicables (las del respectivo PTA) y en los hechos debatidos. El Órgano de Apelación, por su parte, es pequeño y posiblemente no daría abasto con la nueva carga de casos, pero eso se podría solucionar ampliando el número de sus integrantes, lo que se haría gradualmente. En cuanto al incremento en el personal de la OMC que presta apoyo a los países participantes en un proceso ante el OSD, se podrían incrementar levemente las contribuciones de los países miembros para ajustar el presupuesto de los gastos fijos de este personal a la vez que las partes de las controversias podrían asumir gastos variables, entendiendo por éstos los que se generan a partir de un límite previamente determinado debido a la mayor contratación de personal (o dedicación de horas) para un caso específico.¹⁷⁹

V. Conclusiones

Este artículo discute, bajo una nueva perspectiva, el problema planteado por la superposición entre las normas de la OMC y las de los PTAs. A diferencia de los enfoques anteriores y basado en la predicción de que los PTAs continuarán regulando los temas sustanciales de avanzada en el comercio internacional, se propone que el órgano de solución de diferencias de la OMC resuelva no solo las diferencias relacionadas con las

¹⁷⁷ Véase § IV.3 *supra* p. 22-24.

¹⁷⁸ Véase § IV.3 *supra* p. 15-18.

¹⁷⁹ Véase Porges, Dispute, *supra* nota 87, p. 484. Sobre el presupuesto de la OMC, véase Van Den Bossche, The Law, *supra* nota 45, p. 161. Por supuesto, podría haber excepciones para los países menos desarrollados.

normas de esta organización, como sucede actualmente, sino también las disputas derivadas de la interpretación y aplicación de los PTAs. Como resultado, la importancia que perdería la OMC debido a la fuerza creciente de estos tratados se compensaría con su nuevo y fortalecido rol como juez supremo en temas de comercio internacional. De esta manera, las futuras rondas de la OMC se enfocarían únicamente en la negociación de reglas encaminadas a expandir y fortalecer su OSD. Los PTAs, por su parte, continuarían negociándose e incluyendo normas sustanciales, aun cuando las controversias que se susciten entre sus países miembros serían resueltas por el OSD de la OMC.

La sección IV,¹⁸⁰ la más importante de este texto, presentó y explicó las ventajas de esta propuesta, entre las que se resaltan la eliminación de arbitrajes procesal derivados de la posibilidad que los demandantes tienen de escoger el foro, la unificación de la jurisprudencia, la eliminación del riesgo de que un caso se litigue dos veces (ante el respectivo órgano del PTA y ante el OSD), y el reconocimiento normativo de la voluntad de los países miembros de los PTAs, quienes han llevado casi todas sus disputas al OSD.

Como es natural, la propuesta acá presentada no abarcaría todas las disputas relacionadas con los PTAs y, por lo tanto, habría algunas excepciones. Algunas de ellas, para recordar solo dos ejemplos, serían las disputas comerciales al interior de las uniones aduaneras y las controversias relacionadas con temas muy novedosos, para los cuales pueda ser conveniente que los PTAs continúen siendo el lugar donde no solo se acuerden estas normas sino donde también se hagan cumplir, por lo menos mientras avanza el proceso de aprendizaje sobre su implementación.

Por supuesto, esta propuesta es susceptible de recibir críticas en cuanto a su formulación teórica y a su puesta en práctica. En relación con lo primero, este artículo ha explicado porque muchas de esas críticas pueden ser infundadas, en especial aquellas que indican que el éxito actual del OSD no necesariamente se mantendrá en caso de que su alcance sea ampliado. En cuanto a lo segundo, este artículo reconoce que la propuesta no es sencilla de implementar. Para empezar, se requiere la modificación vía consenso del ESD y de por lo menos algunos PTAs, aunque la ventaja es que tales cambios son menos polémicos que los asuntos que llevaron al bloqueo de la Ronda de Doha. Además de ello, se requieren ajustes en la estructura del OSD y de las áreas de apoyo de la OMC. Con todo, las dificultades de implementación son superables y por ello, este no es un argumento suficiente para desestimar una propuesta que si bien puede requerir un significativo esfuerzo institucional y de negociación en un principio, seguramente generará grandes beneficios en el largo plazo.

¹⁸⁰ V. *supra* p. 27.