

HACIA LA CERTIDUMBRE JURÍDICA EN LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE EN EL COMERCIO INTERNACIONAL: LA CONGRUENCIA ENTRE LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

*Alberto Madero Rincón**

Resumen: La proliferación de los acuerdos comerciales regionales ha reconfigurado sustancialmente el marco jurídico del comercio global. Esta propagación se ha caracterizado por la falta de claridad sobre la articulación de los acuerdos comerciales regionales en el engranaje del sistema multilateral de la Organización Mundial del Comercio. El presente artículo propone una serie de reglas que permiten seleccionar la norma aplicable a una relación comercial cuando se presentan conflictos entre los acuerdos comerciales regionales y los acuerdos abarcados de la OMC. Para tal efecto, se establecen lineamientos claros que permitan identificar cuando se configura un verdadero conflicto normativo entre estos dos ordenamientos y como dar solución al mismo.

Palabras clave: Conflicto de normas, multilateralismo, regionalismo, acuerdos comerciales regionales, OMC.

Abstract: The proliferation of regional trade agreements has reshaped the legal landscape of international trade. This proliferation is characterized by the ambiguous relationship of regional trade agreements with the legal framework of the multilateral trading system, under the World Trade Organization umbrella. This article attempts to design a set of rules that will allow determining the applicable norm to a given commercial relationship, whenever there is a conflict of norms between regional trade agreements and the WTO covered agreements. For such purposes, this work outlines a series of rules that will assist in the determination of a conflict of norms between these two legal frameworks and how to solve it.

Keywords: conflict of norms, multilateralism, regionalism, regional trade agreements, WTO.

I. Introducción

La proliferación de los acuerdos comerciales regionales ha reconfigurado sustancialmente el marco jurídico del comercio global. Los acuerdos comerciales regionales han sido determinantes en la apertura de nuevos mercados, la reducción de

* Alberto Madero Rincón es asesor de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Adicionalmente, es profesor de la especialización en Derecho de la Competencia y Libre Comercio de la Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) y de la Cátedra de Derecho de la Organización Mundial del Comercio en la misma institución. Previamente trabajó en la División de Asuntos Jurídicos de la Organización Mundial del Comercio. Alberto es abogado de la Universidad Javeriana y tiene una Maestría en Derecho Internacional Económico (IELPO LL.M.) de la *Universitat de Barcelona*. Las opiniones y conclusiones incorporadas en este artículo en nada comprometen a las instituciones en las que labora o ha laborado el autor.

barreras arancelarias y no arancelarias; dotando de mayor dinamismo a las transacciones comerciales internacionales. Sin embargo, tal como expone este artículo, la propagación de acuerdos comerciales regionales se ha caracterizado por la falta de claridad sobre su articulación y engranaje con el sistema multilateral de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”).

Las complejidades que se derivan de la falta de articulación entre los acuerdos comerciales regionales y el Acuerdo de la OMC¹ radica en que ambos ordenamientos regulan los mismos temas, y en algunas ocasiones de manera contradictoria.² En este orden de ideas, las normas de origen, los trámites comerciales, los estándares técnicos, el mecanismo de solución de controversias, entre otros temas, podrán ser distintos y/o contradictorios dependiendo de si aplica uno u otro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, mientras no se determine qué ordenamiento se debe aplicar a las transacciones comerciales, los agentes del comercio no sabrán cuáles son sus derechos y obligaciones, ni cuál es el foro competente para exigir el cumplimiento de los mismos. Esta incertidumbre se traduce en elevados costos de transacción para los agentes del comercio, así como una excesiva carga administrativa para las autoridades nacionales encargadas de administrar los acuerdos comerciales regionales.

En este nuevo escenario los agentes del comercio enfrentan los siguientes interrogantes; ¿Cuáles son sus derechos y obligaciones en virtud de la multiplicidad de tratados que regulan sus relaciones comerciales? ¿Cuáles son las preferencias que obtienen al exportar/importar productos o servicios hacia/desde un país determinado?

La incertidumbre imperante en las relaciones comerciales internacionales, descrita en los párrafos precedentes, evidencia la trascendencia y actualidad del problema jurídico que desarrolla el presente artículo: la selección de la norma aplicable cuando se presentan conflictos entre acuerdos comerciales regionales y el Acuerdo de la OMC. En el desarrollo del problema jurídico, este artículo pretende suministrar a los agentes del comercio internacional elementos que les permitan: (i) identificar un eventual conflicto de normas, (ii) elaborar propuestas para su solución antes de que éste acaezca, y (iii) reflexionar sobre alternativas o soluciones frente a conflictos normativos, que les permitan a los agentes del mercado hacer valer sus derechos en un eventual litigio.

Es importante precisar que aunque las reglas propuestas para solucionar el conflicto de normas nos guiarán a soluciones razonables en algunos casos, no tendrán una validez general. Por lo tanto su aplicación deberá atender las circunstancias de cada caso concreto.

El presente artículo se dividirá en cinco secciones. La sección 2 contiene una descripción general del contexto actual del comercio internacional y de los negocios internacionales. La sección 3 explicará la forma en que las normas de la OMC interactúan con el resto del derecho internacional. La sección 4 identificará los elementos que debe contener una adecuada definición de conflicto de normas, con miras a diferenciar un verdadero conflicto de aquellas situaciones en donde se verifica la simple coexistencia de distintas normas que versan sobre la misma materia (*conflicto aparente*). La sección 5 propondrá una serie de soluciones frente al conflicto de normas entre los acuerdos

¹ Por el Acuerdo de la OMC se debe entender todos aquellos acuerdos que son el resultado de la Ronda Uruguay. Para una enunciación detallada de los instrumentos que hacen parte del Acuerdo de la OMC véase http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#schedules

² Estevadeordal, Antonio. et al., *Bringing Regional Trade Agreements in the Americas*, Nueva York, Banco Interamericano de Desarrollo, 2009, p.viii.

comerciales regionales y el Acuerdo de la OMC. Por último, a manera de conclusión la sección 6 establece de una manera práctica los lineamientos para determinar la norma aplicable a una transacción comercial internacional.

II. Descripción del Contexto Actual del Comercio Internacional y de los Negocios Internacionales

La descripción del contexto actual del comercio internacional y de los negocios internacionales permitirá dimensionar los efectos del problema jurídico de este estudio e identificar las circunstancias que deberá tener en cuenta la definición de conflicto de normas, así como las soluciones a este conflicto.

Esta descripción se abordará desde dos perspectivas: (i) una descripción del contexto jurídico y (ii) una descripción del contexto económico-político. La descripción que se pretende realizar en esta sección hará énfasis en cómo este contexto incide en la selección de la norma aplicable.

1. Descripción del Contexto Jurídico

En lo que atañe a la descripción jurídica del contexto actual del comercio internacional y de los negocios internacionales el análisis parte de la inexistencia de una jerarquía normativa en el derecho internacional. Posteriormente, se estudiarán los principales problemas que genera la fragmentación del derecho internacional.

A. Inexistencia de una jerarquía normativa en el derecho internacional

Una de las características propias del derecho internacional, que lo distinguen de las legislaciones nacionales, es la inexistencia de una jerarquía normativa. Mientras que los sistemas legales nacionales están organizados en jerarquías normativas, con la constitución en el mayor de los niveles,³ en el derecho internacional todas las normas que lo componen (convenciones internacionales, costumbre internacional, principios generales de derecho y las demás fuentes de derecho descritas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) están en el mismo rango.⁴

Si bien no existe una jerarquía en el plano internacional, algunas normas de derecho internacional son consideradas más importantes que otras y por esta razón gozan de una

³ Es importante advertir, que en el marco de la Unión Europea (“UE”) los Estados Miembros ceden su soberanía a favor de la UE en determinadas materias. Esta cesión de soberanía tiene como consecuencia la prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho interno, incluida la Constitución, respecto de las materias objeto de la cesión. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (Asunto 11/70), <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm> (obtenido el 20 de mayo de 2012).

⁴ Yuval Shany, *The Competing Jurisdiction of International Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 95; Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, AC/N.4/L.682 Ginebra, 2006, 51; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008

posición superior o especial en el sistema legal internacional.⁵ En este sentido, una norma de derecho internacional puede ser superior a otras normas en consideración a la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad.⁶ Este es el caso de las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*),⁷ es decir, una norma “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo contrario,” tal como establece el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”). Estas normas prevalecen sobre toda norma convencional; pasada (artículo 53 de la CVDT) y futura (artículo 64 de la CVDT).

Adicionalmente, una norma de derecho internacional puede prevalecer sobre otra en virtud de las llamadas “cláusulas de conflicto”⁸ incluidas en los tratados. En estos casos, la prevalencia de una norma sobre otra se deriva de una cláusula contenida en un tratado internacional y no del contenido y naturaleza intrínseca de la norma en cuestión, como si sucede con el *jus cogens*.

La inexistencia de una jerarquía normativa en el derecho internacional, aparte del *jus cogens*,⁹ tiene como consecuencia que no se pueda establecer, en la mayoría de los casos, cuál de las normas involucradas en un conflicto normativo debe prevalecer en razón a su contenido o naturaleza. Pero esto no quiere decir que no se pueda, en un caso particular, establecer un orden de precedencia en virtud de reglas de solución de conflicto.¹⁰ De hecho, es el propósito de este artículo establecer una serie de reglas que permitan determinar qué norma debe prevalecer.

B. Fragmentación del derecho internacional

El tema de la fragmentación del derecho internacional da lugar a problemas de tipo sustantivo e institucional. Los primeros tienen que ver con la división del derecho internacional en sistemas sumamente especializados e independientes respecto del derecho general internacional. Los segundos tienen que ver con la competencia de las distintas instituciones existentes en el derecho internacional. Por la materia que nos ocupa nos

⁵ Comisión de Derecho Internacional, 58 período de sesiones, *Conclusiones al Informe del Grupo de Estudio: Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, AC/N.4/L.702, Ginebra, 2006, 21.

⁶ *Ibid.*, 22.

⁷ Los ejemplos de normas de *jus cogens* citados con mayor frecuencia son las que prohíben la agresión, la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el *apartheid*, la tortura, el derecho a la libre determinación y las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados.

⁸ Véase la sección IV.

⁹ La doctrina ha reconocido otra excepción: las reglas creadas por diferentes órganos de la misma organización internacional, por lo general, tienen una jerarquía inherente que corresponde al status del órgano que produjo la regla en el interior de la organización internacional. Véase Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, p. 537. Es menester precisar que esta jerarquía tiene su fundamento en el elemento constitutivo de la organización internacional y no en la naturaleza intrínseca de la norma en cuestión.

¹⁰ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, 325.

enfocaremos en el análisis de los problemas de tipo sustantivo, los cuales se originan en la multiplicidad de legisladores en el nivel internacional.

El derecho internacional carece de un órgano legislativo general. A diferencia de los sistemas nacionales donde órganos legislativos producen normas que son vinculantes para toda la población de un Estado, las normas del derecho internacional son principalmente creadas por Estados¹¹ y están diseñadas para obligar a los mismos Estados en sus relaciones recíprocas.¹² Así las cosas, en el derecho internacional no hay un legislador único que garantice la coherencia de las normas que conforman el sistema. Esta falta de coherencia contribuye en sobremanera al acaecimiento de conflictos normativos.

Adicionalmente, el volumen de los tratados multilaterales de carácter legislativo se ha multiplicado en los últimos 50 años.¹³ La producción dispersa de estas normas se ha caracterizado por la proliferación de sistemas especializados e instituciones en el derecho internacional.

La fragmentación del derecho internacional ha alcanzado significado jurídico, especialmente al ir acompañada de complejos sistemas normativos, instituciones jurídicas o esferas de prácticas jurídicas especializadas y relativamente autónomas.¹⁴ Por ende, lo que una vez parecía ser regulado por el “derecho general internacional” gradualmente ha pasado a ser regulado por un número especializado de sistemas, tales como el “derecho comercial internacional,” “normas de derechos humanos,” el “derecho ambiental” y conocimientos sumamente especializados como el “derecho de las inversiones,” cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones.

El problema de la multiplicidad de legislaciones e instituciones especializadas es que coexisten en una relativa ignorancia respecto de las actividades legislativas e institucionales desarrolladas en los sistemas adyacentes, así como de los principios y prácticas generales del derecho internacional. Cada ordenamiento normativo está conformado por sus propios principios, instituciones y prácticas, que no coinciden necesariamente con los de la especialización adyacente. Es así como hoy en día, encontramos una pluralidad de normas en distintos sistemas especializados aplicables a la misma situación fáctica. Lo anterior, conlleva a una disminución de la seguridad jurídica y a una mayor posibilidad del acaecimiento de un conflicto de normas. En este contexto, los agentes del comercio no son capaces de determinar la norma aplicable, para efectos de predecir la reacción de las instituciones oficiales a su comportamiento y planificar en consecuencia su actividad.

2. Descripción del Contexto Económico-Político¹⁵

¹¹ *Lotus (Francia c. Turquía) (Merits)* [1927] PCIJ (ser A) No. 10, 18; Alan Boyle & Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 41-97; Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 39.

¹² Yuval Shany, *The Competing Jurisdiction of International Tribunals*, p. 96; Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2001, Oxford, p. 117; Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, p. 10.

¹³ En el sistema de Naciones Unidas están registrados más de 50.000 tratados. Véase Christopher J. Borgen, “Resolving Treaty Conflicts,” *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 37 2005: 574.

¹⁴ Andreas Fisher-Lescano & Gunther Teubner, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law,” *Mich. J. Int'l L.*, 25, 2004, pp. 999-1017; Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, pp. 11-12.

¹⁵ Para una detallada descripción del contexto económico-político del comercio internacional véase Banco Mundial, *Global Economic Prospects: Trade, Regionalism, and Development*, Washington, 2005. Para

El contexto económico-político contemporáneo del comercio internacional y de los negocios internacionales se caracteriza por la proliferación de acuerdos comerciales regionales. En la actualidad son muy pocos los Estados que no han suscrito un acuerdo comercial regional;¹⁶ de hecho, la mitad del comercio internacional se efectúa en el marco de estos acuerdos.¹⁷ Al 15 de enero de 2012 se habían notificado a la OMC unos 511 acuerdos comerciales regionales, de los cuales 319 están en vigor.¹⁸

La propagación de acuerdos comerciales regionales es una de “las fuentes más graves de conflicto entre los tratados normativos.”¹⁹ El resultado de tal proliferación es el creciente número de acuerdos comerciales regionales, que se superponen unos con otros, aplicándose a las mismas transacciones comerciales.²⁰

El problema de la proliferación de los acuerdos comerciales regionales radica en que la gran mayoría de éstos regula los mismos temas de manera distinta.²¹ En este orden de ideas, las normas de origen, los trámites comerciales, los estándares técnicos, el mecanismo de solución de controversias, entre otros temas, serán distintos dependiendo de si aplica uno u otro acuerdo comercial regional. Así las cosas, mientras no se determine qué acuerdo comercial regional ha de aplicar, los agentes del comercio no sabrán cuáles son sus derechos y obligaciones.

Las implicaciones prácticas de la proliferación de acuerdos comerciales regionales que se superponen son las siguientes:

(i) Una excesiva carga administrativa para las autoridades que se encargan de administrar y ejecutar los acuerdos comerciales regionales, tanto a nivel internacional como a nivel local.²² Esta carga administrativa se traduce en la dificultad de determinar cuál es el

una descripción detallada del contexto económico-político latinoamericano véase Banco Interamericano de Desarrollo, *Bridging Regional Trade Agreements in the Americas*, ISBN 978-1-59782-098-1, Nueva York, 2009.

¹⁶ En el 2005 el Banco Mundial realizó un inventario de los países con acuerdos comerciales regionales y constató que solo 11 países no eran parte de acuerdos de libre comercio: Samoa Americana, Bermuda, Guam, Mónaco, Mongolia, Palúa, Islas Vírgenes, Timor-Leste e Islas Marianas del Norte. Véase Banco Mundial, *Global Economic Prospects*, p. 53. El autor consultó las bases de datos del Banco Mundial y la OMC sobre acuerdos comerciales regionales y constató que para mayo de 2012 la situación no ha variado. Véase Sección de Acuerdos Comerciales Regionales de la OMC, “Sistema de información sobre los acuerdos comerciales,” Organización Mundial del Comercio, <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx> (consultada el 20 de Mayo de 2012) y Banco Mundial y Centro Internacional Empresarial, “Global Preferential Trade Agreements Database,” Banco Mundial, http://wits.worldbank.org/gptad/trade_database.html (consultada el 20 de Mayo de 2012).

¹⁷ Banco Interamericano de Desarrollo, *Bridging Regional Trade Agreements in the Americas*, p. vii.

¹⁸ Comité de Acuerdos Comerciales Regionales de la OMC, “Acuerdos comerciales regionales,” Organización Mundial del Comercio, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm (consultada el 20 de mayo de 2012).

¹⁹ William Jenks, “The Conflict of Law Making Treaties,” *Brit. Y.B. Int’l L.*, 30 (1953): 402. (traducción propia).

²⁰ Por ejemplo en el África Sub-Sahariana la mitad del comercio entre Estados está cubierto por más de un acuerdo comercial regional. Véase Banco Mundial, *Global Economic Prospects*, p. 40.

²¹ Banco Interamericano de Desarrollo, *Bridging Regional Trade Agreements in the Americas*, p.viii.

²² Para conocer la magnitud de la proliferación de acuerdos comerciales regionales en el contexto del comercio internacional, más específicamente en América Latina véase Banco Interamericano de Desarrollo, *Bridging Regional Trade Agreements in the Americas*, pp. 1-7.

acuerdo comercial regional que cubre una transacción comercial determinada, en otras palabras, cuál es la norma aplicable al caso concreto.

(ii) Los costos reales de las transacciones comerciales son extremadamente difíciles de determinar, si no imposibles. Cuando una misma transacción comercial está cubierta por dos o más acuerdos comerciales regionales, no se pueden precisar cuáles son los procedimientos administrativos, trámites aduaneros, estándares técnicos, reglas de origen, entre otros aspectos, que gobiernan la transacción. En esta medida, el desconocimiento de la multiplicidad de trámites comerciales que han de desarrollarse, no permitirá determinar los costos reales de la transacción comercial.

(iii) Los costos en que deberán incurrir las partes para realizar un intercambio económico, los llamados costos de transacción, aumentarán. Ante el desconocimiento del marco normativo aplicable, en este caso del acuerdo comercial regional aplicable, las partes tendrán que incurrir en elevados costos para tratar de identificar cuál es el marco normativo que les aplica. Así mismo, ante la incertidumbre del acuerdo comercial regional aplicable, el acaecimiento de retardos, sanciones, situaciones de incumplimiento, dilaciones en los trámites administrativos, entre otros aspectos, serán muy probables. Por lo anterior, los agentes del comercio se verán obligados a tomar costosas pólizas para garantizar estas contingencias.²³

En síntesis, la proliferación de los acuerdos comerciales regionales ha creado un entramado normativo en donde las mismas situaciones fácticas son reguladas por uno o más acuerdos comerciales regionales y las normas de la OMC. En este escenario, la tarea de determinar cuál es la norma aplicable a una transacción comercial es una operación compleja que, en muchas ocasiones, resulta en el acaecimiento de conflictos normativos.

III. La Interacción del Acuerdo de la OMC con Otras Normas de Derecho Internacional

Entender el modo en que el Acuerdo de la OMC interactúa con el resto del derecho internacional permitirá evaluar si la normatividad actual y la práctica de los órganos judiciales de la OMC, suministran herramientas idóneas para dar solución al conflicto de normas entre la OMC y los acuerdos comerciales regionales.

Para efectos de lo anterior, esta sección determinará si los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación tienen la competencia para aplicar normas de derecho internacional distintas al Acuerdo de la OMC. Posteriormente, se procederá a identificar las cláusulas del Acuerdo de la OMC en virtud de las cuales los acuerdos comerciales regionales se relacionan de manera armónica con este ordenamiento; permitiendo una aplicación coherente y consistente de ordenamientos frente al conflicto de disposiciones de la OMC con otras normas de derecho internacional.

1. La Competencia de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación frente al Derecho Aplicable

La competencia de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación se limita a controversias que se originan en derechos y obligaciones que emanen de los acuerdos

²³ Banco Mundial, *Trade, Regionalism, and Development, Global Economic Prospects*, Washington, 2005, p. 40.

abarcados de la OMC.²⁴ En este sentido, el artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (“ESD”) dispone que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC tiene por objetivo “preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados.” Por ende, los órganos judiciales de la OMC no pueden conocer demandas que versen sobre la violación de normas distintas al Acuerdo de la OMC.

Si bien el ESD limita la competencia a las demandas planteadas respecto de normas de la OMC, esto no significa una limitación al alcance del derecho aplicable en la interpretación de estas normas. El mismo artículo 3.2 del ESD también dispone que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación “aclarar[án] las disposiciones vigentes [de los acuerdos abarcados] de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.” El Órgano de Apelación ha entendido que esta disposición incorpora los principios de interpretación contenidos en los artículos 31 y 32 de la CVDT,²⁵ así como otros principios de interpretación del derecho internacional general²⁶ y “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes,” de conformidad con el artículo 31.3 (c) de la CVDT. En conclusión, el propio ESD dispone que en el proceso de interpretación de los acuerdos abarcados el resto del derecho internacional sea aplicable como instrumentos interpretativos.

En este sentido, el Grupo Especial en *Corea-Contratación Pública* ha establecido que nada en el ESD impide que el derecho internacional consuetudinario regule las relaciones de los miembros de la OMC. En particular, ha determinado que “siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un acuerdo abarcado que no implique otra cosa, (...) las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC.”²⁷ Consecuentemente, las normas de derecho internacional consuetudinario complementan el sistema normativo de la OMC y, por tanto, son derecho aplicable.

Por las consideraciones anteriores, hay que trazar una distinción entre la noción de competencia y derecho aplicable.²⁸ Si bien la competencia de los órganos judiciales de la OMC está limitada por el ESD a las demandas planteadas respecto de acuerdos pertenecientes a la OMC, el mismo ESD no establece una limitación del alcance del derecho aplicable que impida el uso de disposiciones del derecho internacional general en

²⁴ Los acuerdos abarcados son los acuerdos que se negociaron en la Ronda de Uruguay (GATT, AGCS, MIC, entre otros). Los acuerdos abarcados están relacionados en el Apéndice 1 del ESD.

²⁵ El Órgano de Apelación no ha dudado en revocar decisiones de los Grupos Especiales en donde éstos no han aplicado las reglas de interpretación contenidas en el artículo 31 de la CVDT, véase el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos-Gasolina)*, WT/DS2/R, adoptado el 29 de abril de 1996, sección III, pp. 15-18.

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) (CE-Hormonas)*, WT/DS48/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998, párrafos 165 y 154; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Gasolina*, 21; Informe del Órgano de Apelación, *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón-Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS11/AB/R, adoptado el 4 de octubre de 1996, 12; Informe del Grupo Especial, *Indonesia-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil (Indonesia-Automóviles)*, WT/DS59/AB/R, adoptado el 2 de julio de 1998, párrafo 14.28; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (Estados Unidos-Camarones)*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 12 de octubre de 1998, párrafo 158.

²⁷ Informe del Grupo Especial, *Corea-Medidas que afectan a la contratación pública (Corea-Contratación Pública)*, WT/DS163/R, adoptado el 1 de mayo de 2000, párrafo 7.96.

²⁸ Lorand Bartels, “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings,” *JWT*, 35 (2001): 501-502.

la interpretación de los tratados.²⁹ Es más, las decisiones de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación evidencian que la OMC está en constante relación con las normas de derecho internacional general.³⁰

Para efectos de profundizar en esta interrelación, es necesario analizar las distintas formas como las normas de derecho internacional han sido aplicadas por los órganos judiciales de la OMC: (i) como un referente en el proceso interpretativo de una disposición del Acuerdo de la OMC; (ii) como evidencia de la observancia o violación de las obligaciones de la OMC por un miembro; y (iii) como una regla de derecho en el razonamiento jurídico.³¹

A. Referente interpretativo

El Acuerdo de la OMC se debe interpretar a la luz de otras normas de derecho internacional, entre otras los acuerdos comerciales regionales celebrados al margen de la OMC. El Órgano de Apelación ha señalado que los acuerdos abarcados no deben interpretarse “aislándolo[s] clínicamente del derecho internacional público.”³²

En desarrollo de este postulado, los órganos judiciales de la OMC han buscado frecuentemente orientación, con fines interpretativos, en normas de derecho internacional general. En este ejercicio han recurrido a principios generales del derecho,³³ tratados internacionales,³⁴ incluidos acuerdos comerciales regionales bilaterales y regionales aplicables entre las partes en la controversia,³⁵ en virtud del artículo 31.3 (c) de la CVDT.

²⁹ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, 30; Pascal Lamy, “The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order,” *EJIL*, 17 (2007): 970; Joost Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?,” *AJIL*, 95 (2001): 554-566. Para una interpretación contraria véase Joel Trachtman, “The Domain of WTO Dispute Resolution,” *Harv. Int’l. L. J.*, 40 (1999): 342-343.

³⁰ David Palmeter & Petros Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law,” *AJIL*, 92 (1998): 398-399; Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, 102-103.

³¹ Bartels, “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, 510-511.

³² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Gasolina*, sección I, párrafo 19.

³³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Camarones*, párrafo 158; Informe del Grupo Especial, *Argentina- Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes de Brasil (Argentina-Derechos antidumping sobre los pollos)*, WT/DS242/R, adoptado el 22 de abril de 2003, párrafos 7.37-7.39. En el primero de los casos el principio analizado fue el de buena fe, mientras que en el segundo caso el de *estoppel*. En este último caso, el Grupo Especial determinó que dicho principio no aplicaba al caso concreto.

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Camarones*, párrafo 127-131; Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas (CE-Productos Avícolas)*, WT/DS69/AB/R, adoptado el 14 de enero de 2002, párrafo 83.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación del párrafo 5 del artículo 21, *Estados Unidos-Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” (Estados Unidos-EVE)*, WT/DS108/AB/R, adoptado el 14 de enero de 2002, párrafos 141-145 y nota al pie 123; Informe del Grupo Especial, *Corea-Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada (Corea-Diversas medidas que afectan a la carne vacuna)*, WT/DS161/R, WT/DS161/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2000, párrafo 539; Informe del Grupo Especial, *Chile-Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas (Chile-Sistema de bandas de precios)*, WT/DS207/R, adoptado el 3 de mayo de 2002, párrafos 7.81-7.86; Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (CE-Banano III)*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 167.

Adicionalmente, el Órgano de Apelación en *CE-Productos Avícolas* utilizó un acuerdo comercial regional celebrado en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 como un “medio complementario de interpretación [de los compromisos de los miembros en la OMC] con arreglo a lo establecido en el artículo 32 de la CVDT, en cuanto es parte de los antecedentes históricos” de los compromisos adquiridos por las partes en cuestión.³⁶

B. Evidencia

Los acuerdos comerciales regionales también pueden ser utilizados como evidencia de la consistencia de la conducta de los miembros con la normatividad de la OMC. Sobre el particular, el Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Camarones* concluyó que una convención internacional concluida por los Estados Unidos con otros países era evidencia suficiente para considerar que este país podía recurrir eficazmente a otros mecanismos distintos a la adopción de medidas unilaterales. Por esta razón, el Órgano de Apelación encontró que la medida adoptada por los Estados Unidos era injustificada y discriminatoria en los términos del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (“GATT,” por sus siglas en inglés).³⁷

Lo anterior evidencia que es totalmente válido que un tratado internacional ajeno a la OMC sea utilizado como evidencia de una violación al Acuerdo de la OMC o como evidencia de la consistencia de la conducta de un miembro con estas mismas normas.

C. Aplicación como reglas de derecho

Reglas de derecho internacional se han aplicado de manera directa en la solución de controversias en la OMC. Sin embargo, la aplicación de las mismas ha estado encaminada a esclarecer cuestiones de derecho que si bien no solucionan el problema jurídico en sí, provén elementos de juicio para solucionarlo. Es decir, en la medida en que la solución a un problema jurídico dependa del esclarecimiento de otras cuestiones jurídicas, se podrán aplicar directamente reglas de derecho internacional con el fin de esclarecer estas otras cuestiones jurídicas.

A modo de ejemplo, en la OMC se han aplicado las reglas de responsabilidad de los Estados del derecho internacional público, para determinar que la violación del Acuerdo de la OMC por un órgano de una unión aduanera es imputable a los miembros de dicha unión.³⁸ Adicionalmente, se han aplicado de manera directa los artículos 28 (no retroactividad de los tratados), 30 (*lex posterior*) y 59 (tratado sucesivos en la misma materia) de la CVDT y el principio de *lex specialis* para efectos de determinar la norma aplicable a la situación fáctica bajo análisis.³⁹ Por último, se han aplicado reglas procesales

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE-Productos Avícolas*, párrafo 83.

³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Camarones*, párrafos 169-176.

³⁸ Informe del Grupo Especial, *Turquía-Restricciones aplicadas a las importaciones de productos textiles y prendas de vestir (Turquía-Textiles)*, WT/DS34/R, adoptado el 31 de mayo de 1999, párrafos 9-38-9.43.

³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá-Período de Protección mediante patente (Canadá-Período de protección mediante patente)*, WT/DS170/AB/R, adoptado el 18 de septiembre de 2000, párrafos 71-74; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Ley Antidumping de 1916 (Estados Unidos-Ley de 1916)*, WT/DS162/R, adoptado el 29 de mayo de 2000, párrafo 6.269; Informe del Grupo Especial, *Turquía-Textiles*,

no previstas en el ESD, relacionadas con la legitimación en la causa, la carga de la prueba y economía judicial.⁴⁰ Si bien, estos ejemplos no nos permiten concluir si se pueden aplicar de manera directa disposiciones de los acuerdos comerciales regionales, y de ser éste el caso qué incidencia tendrían estas normas en la resolución del conflicto normativo en cuestión, sí nos permiten concluir que se podrán aplicar reglas de derecho internacional general para darle solución a dicho conflicto.

Una vez identificada la manera como los órganos judiciales de la OMC han aplicado normas de derecho internacional general en el marco de la OMC, analicemos cómo el propio Acuerdo de la OMC consagra una serie de excepciones normativas por medio de las cuales se esclarece la cuestión de la función de los acuerdos comerciales regionales en este sistema.

2. Excepciones de Integración Regional en el Acuerdo de la OMC

Las disposiciones en el Acuerdo de la OMC que rigen la participación de los miembros en los acuerdos comerciales regionales son: (i) el artículo XXIV del GATT;⁴¹ (ii) el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (“AGCS”); y (iii) la Decisión sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo (“Cláusula Habilitante”).⁴² Estas normas han sido consideradas como “excepciones de integración regional” por cuanto permiten a los miembros de la OMC adoptar medidas en el marco de acuerdos comerciales regionales, que de lo contrario serían inconsistentes con la OMC.⁴³

A. Artículo XXIV del GATT

El artículo XXIV regula la formación de uniones aduaneras, zonas de libre comercio y acuerdos provisionales tendientes al establecimiento de una unión aduanera o zona de libre comercio (“Acuerdos Provisionales”). El numeral 5 del artículo XXIV dispone:

“(…) las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio.”

párrafos 9.92-9.95 y 9.186; Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (CE-Banano III)*, WT/DS27/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 7.75.

⁴⁰ Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 470-471.

⁴¹ La reglamentación del artículo XXIV del GATT se complementa con las reglas contenidas en el *Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994* en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/10-24.pdf (obtenido el 20 de Noviembre de 2011).

⁴² Comité de Acuerdos Comerciales Regionales de la OMC, *Resumen de las cuestiones “Sistemáticas” relacionadas con los acuerdos comerciales regionales (ACR)*, WT/REG/W/37 (Ginebra, 2000), 8.

⁴³ Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization* (Nueva York: Cambridge University Press, 2008), 695-696; Thomas Cottier & Marina Foltea, “Constitutional Functions of the WTO and Regional Trade Agreements,” en *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, eds. Lorand Bartels & Federico Ortino (Oxford: Oxford University Press, 2006), 52; John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1969), 576.

El Órgano de Apelación en *Turquía-Textiles* determinó que en determinadas circunstancias el artículo XXIV puede justificar la adopción de una medida incompatible con las disposiciones del GATT e invocarse como posible "defensa" frente a una constatación de incompatibilidad.⁴⁴ Sin embargo, un miembro solamente podrá recurrir a esta defensa si logra demostrar que: (i) la medida se introduce con ocasión del establecimiento de una unión aduanera, un área de libre comercio o un acuerdo provisional y (ii) si en el evento de no autorizarse la introducción de la medida se impediría el establecimiento de la unión aduanera, el área de libre comercio o el Acuerdo Provisional en cuestión.⁴⁵

Para efectos de determinar si se cumple con estas condiciones, primero se tiene que constatar que exista una unión aduanera, un área de libre comercio o un Acuerdo Provisional, en los términos del artículo XXIV del GATT.⁴⁶

a. Uniones Aduaneras

El artículo XXIV del GATT, numerales 8(a) y 5(a), define la unión aduanera como "la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero" siempre y cuando cumpla con los siguientes estándares comerciales:

- a) la eliminación de "los derechos de aduana y demás reglamentaciones comerciales restrictivas" en una parte "esencial de los intercambios comerciales" entre los miembros de la unión;
- b) los miembros constitutivos de una unión aduanera deben aplicar al comercio con terceros países derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que sean sustancialmente idénticos; y
- c) las reglamentaciones comerciales que se apliquen con ocasión del establecimiento de una unión aduanera no pueden tener en conjunto, con respecto al comercio con miembros que no hacen parte de la unión, una "incidencia general más elevada ni más rigurosa" a las reglamentaciones comerciales vigentes con anterioridad a la formación de dicha unión.

En relación con el primer estándar, el Órgano de Apelación ha reconocido que la eliminación de regulaciones comerciales restrictivas no tiene que versar sobre todos los intercambios comerciales de los miembros de una unión aduanera, pero sí sobre una parte considerable de los mismos. Sin embargo, los miembros de esta unión tienen la posibilidad de mantener ciertas medidas restrictivas (derechos antidumping, derechos compensatorios y salvaguardias, entre otras).⁴⁷

En relación con el segundo estándar, el Órgano de Apelación en *Turquía-Textiles* ha identificado que en desarrollo de este requisito los miembros de una unión aduanera deben

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Turquía-Restricciones aplicadas a las importaciones de productos textiles y prendas de vestir (Turquía-Textiles)*, WT/DS34/AB/R, adoptado el 22 de octubre de 1999, párrafo. 45.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo. 46.

⁴⁶ Comité de Acuerdos Comerciales Regionales de la OMC, *Resumen de las cuestiones "Sistemáticas" relacionadas con los acuerdos comerciales regionales (ACR)*, 21-22.

⁴⁷ Para una exposición de las distintas definiciones propuestas para determinar "lo esencial de los intercambios comerciales", véase Comité de Acuerdos Comerciales Regionales de la OMC, *Resumen de las cuestiones "Sistemáticas" relacionadas con los acuerdos comerciales regionales (ACR)*, 25-27.

adoptar una política común en lo relacionado con el comercio con terceros países, en el sentido que deben adoptar reglamentaciones comerciales que sean en sustancia idénticas.⁴⁸

Por último, para determinar si una unión aduanera cumple con el tercer requisito hay que hacer un análisis económico de la extensión de las restricciones al comercio con miembros que no son parte de la unión aduanera, en un escenario anterior y posterior a su establecimiento, de conformidad con lo establecido en el párrafo 2 del Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XXIV del GATT de 1994 (“Entendimiento del Artículo XXIV”).⁴⁹

b. Áreas de Libre Comercio

Los requisitos para que exista un área de libre comercio en los términos del artículo XXIV del GATT son los mismos requisitos que los dispuestos para la unión aduanera, salvo el segundo relacionado con la aplicación de derechos de aduana y reglamentaciones comerciales sustancialmente idénticas al comercio con miembros que no hacen parte del acuerdo de integración.

c. Acuerdos Provisionales

Los requisitos que se requieren para que se verifique un Acuerdo Provisional varían; dependiendo si se tratan de acuerdos encaminados a la formación de una unión aduanera o de un área de libre comercio. En el primer caso, se deberá cumplir con los requisitos dispuestos para una unión aduanera y, en el segundo de los casos, se deberá cumplir con los requisitos dispuestos para el área de libre comercio.⁵⁰ En uno y otro caso, la unión aduanera o el área de libre comercio se tendrán que conformar en un período no mayor a 10 años desde la celebración del Acuerdo Provisional, de conformidad con el párrafo 3 del Entendimiento del Artículo XXIV.

B. Artículo V del AGCS

El artículo V del AGCS es la contrapartida del artículo XXIV del GATT en el comercio de servicios. Este artículo permite justificar medidas adoptadas de conformidad con acuerdos de integración económica que de otro modo serían incompatibles con las obligaciones establecidas en el AGCS.⁵¹ Por último, para recurrir a esta excepción se requiere de la observancia de una serie de condiciones.

Primero, el artículo V numeral 1(a) del AGCS dispone que el acuerdo de integración económica debe tener una “cobertura sectorial sustancial,” en el entendido de cubrir la mayoría del número de sectores,⁵² volumen del comercio afectado y modos de suministro.

⁴⁸ Informe del Grupo Especial, *Turquía-Textiles*, párrafo 9.151; Informe del Órgano de Apelación, *Turquía-Textiles*, párrafo 48.

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Turquía-Textiles*, párrafo. 55.

⁵⁰ Dichos requisitos han sido descritos anteriormente en las secciones 3.2(A), (i) y (ii), respectivamente.

⁵¹ Informe del Grupo Especial, *Canadá-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil (Canadá-Automóviles)*, WT/DS142/R, adoptado el 11 de febrero de 2000, párrafo. 10.271.

⁵² Para una lista de los sectores de servicios en el marco de la OMC véase Organización Mundial del Comercio, *Services Sectoral Classification List*, MTN.GNS/W/120 (Ginebra, 1991).

Segundo, el artículo V numeral 1(b) del AGCS dispone la eliminación sustancial de toda discriminación entre las partes del acuerdo de integración. Esta disposición se debe interpretar en el sentido de no requerir la eliminación de todas las medidas discriminatorias sino de una parte considerable de estas.⁵³ Por ende, este artículo permite mantener ciertas medidas restrictivas del comercio.⁵⁴

Por último, el artículo V numeral 4 del AGCS dispone que el acuerdo de integración económica no podrá elevar, respecto de ningún miembro ajeno al acuerdo, el nivel global de obstáculos al comercio de servicios con relación al nivel existente con anterioridad al acuerdo. No existe ningún pronunciamiento sobre este requisito, pero existe consenso en que se puede probar al demostrar que el acuerdo en cuestión no disminuye ni el volumen ni el crecimiento del comercio de servicios con los miembros ajenos al acuerdo.⁵⁵

C. Cláusula habilitante

La Cláusula Habilitante permite a los miembros desarrollados de la OMC otorgar un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, apartándose del principio de nación más favorecida del artículo I del GATT.⁵⁶

Las condiciones que los acuerdos comerciales regionales deben cumplir bajo la Cláusula Habilitante son más laxas que las requeridas en virtud de los artículos XXIV del GATT y V del AGCS. El numeral 3 de la Cláusula Habilitante establece que todo “trato diferenciado y más favorable” otorgado de conformidad con dicha excepción debe satisfacer las condiciones descritas a continuación.

Primero, estará destinado a facilitar y fomentar el comercio de los países en desarrollo y no a imponer obstáculos o a crear dificultades indebidas al comercio con otros miembros. Segundo, no constituirá un impedimento para la reducción o eliminación de los aranceles y otras restricciones al comercio con arreglo al principio de la nación más favorecida. Tercero, deberá estar concebido de modo que responda positivamente a las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo.

Las excepciones de integración regional previstas en los artículos XXIV del GATT, V del AGCS y la Cláusula Habilitante evidencian que los miembros de la OMC fueron conscientes de la potencialidad de conflicto que existe entre medidas adoptadas en desarrollo de acuerdos comerciales regionales y la OMC. Una vez estudiado los requisitos sustantivos que deben cumplir los acuerdos comerciales regionales bajo cada una de las excepciones de integración regional, procederemos a explicar brevemente las reglas procesales que rigen la evaluación de los acuerdos comerciales regionales.

⁵³ Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, p.711.

⁵⁴ Estas medidas son aquellas adoptadas en desarrollo de los artículos XI y XII (restricciones para mantener la balanza de pago), XIV (excepciones generales) y XV (excepciones relativas a la seguridad) del AGCS.

⁵⁵ Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, p.711.

⁵⁶ *Decisión sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo* art. 1, (28 de noviembre de 1979), http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/enabling1979_s.htm.

3. *Procedimiento de Evaluación de los Acuerdos Comerciales Regionales en la OMC*

Como se explicó anteriormente, el Acuerdo de la OMC contiene distintas excepciones de integración regional; el artículo XXIV del GATT, el artículo V del AGCS y la Cláusula Habilitante.⁵⁷ Estas excepciones establecen mecanismos de notificación de los acuerdos comerciales regionales con miras a evaluar la consistencia de éstos con el Acuerdo de la OMC. Esta sección se limitará a estudiar brevemente las reglas que rigen el proceso de evaluación de los acuerdos comerciales regionales bajo el artículo XXIV del GATT exclusivamente, como quiera que los procedimientos bajo el artículo V del AGCS y la Cláusula Habilitante siguen la misma lógica.

El procedimiento actual de evaluación de acuerdos comerciales regionales se estructuró con la creación del CACR en 1996 por el Consejo General.⁵⁸ En la práctica, el procedimiento de evaluación de los acuerdos comerciales regionales inicia con la notificación y la radicación de la información relevante que hacen los Estados parte del acuerdo comercial regional al Consejo del Comercio de Mercancías (“CCM”), para posteriormente ser examinados por el CACR. En el transcurso del procedimiento, los miembros de la OMC presentan preguntas escritas a los Estados Parte del acuerdo, se llevan a cabo reuniones entre éstos y los demás miembros de la OMC, y la secretaría de la OMC prepara un informe sobre la consistencia del acuerdo comercial regional con el Acuerdo de la OMC. Este informe será sometido a la consideración de los miembros para luego ser adoptado, por consenso, por el CCM.⁵⁹ Finalmente, adoptado el informe final de evaluación del acuerdo comercial regional, los Estados parte de dicho acuerdo tienen la obligación de presentar informes cada dos años e informes sobre cualquier cambio o desarrollo relevante en el acuerdo comercial regional.⁶⁰

El hecho que solamente un informe de evaluación de un acuerdo comercial regional haya sido adoptado hasta la fecha (Unión Aduanera entre la República Checa y la República Eslovaca)⁶¹ evidencia la parálisis del procedimiento de evaluación de acuerdos comerciales regionales en la OMC. El fracaso en adoptar por consenso cualquier informe de evaluación significa básicamente que la OMC es incapaz de recomendar a los miembros

⁵⁷ Las Uniones Aduaneras, las Áreas de Libre Comercio y Acuerdos Provisionales se evalúan a la luz del artículo XXIV del GATT, los Acuerdos de Integración Económica relacionados con servicios a la luz del artículo V del AGCS y los Acuerdos Preferenciales con Naciones en Desarrollo (o entre Naciones en Desarrollo) a la luz de la Cláusula Habilitante.

⁵⁸ Consejo General de la OMC, *Decisión del 6 de Febrero de 1996*, WT/L/127 (Ginebra, 1996), num. 1.

⁵⁹ Es importante aclarar que la notificación de los acuerdos comerciales regionales bajo la Cláusula Habilitante se realiza ante el Comité de Comercio y Desarrollo (“CCD”), mientras que la notificación de los acuerdos comerciales regionales en desarrollo del artículo V del AGCS se realiza ante el Consejo de Comercio de Servicios (“CCS”). El CCD en la mayoría de las ocasiones no remite acuerdos comerciales regionales sobre los que ejerza autoridad para que sean evaluados por el CACR, sino que este mismo órgano realiza la evaluación correspondiente. Así mismo, es una facultad discrecional del CCS referir acuerdos comerciales regionales que abarquen el comercio de servicios al CACR para su evaluación. Véase Comité de Acuerdos Regionales, “Labor del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (CARC),” Organización Mundial del Comercio, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/regcom_s.htm (consulta el 10 de diciembre de 2011).

⁶⁰ Grupo de Negociación sobre las Normas, *Compendio de Cuestiones Relacionadas con los Acuerdos Comerciales Regionales*, TN/RL/W/8/Rev. 1 (Ginebra, 2002), 6-7.

⁶¹ CACR, *Synopsis of “Systemic” Issues Related to Regional Trade Agreements*, 12.

sobre la consistencia de las disposiciones de un acuerdo comercial regional notificado con el Acuerdo de la OMC.

La ausencia de informes de evaluación se puede atribuir a los siguientes tres factores: (i) el requisito consistente en que el informe se adopte por consenso permite que, en el evento en que un acuerdo comercial regional sea fuertemente criticado, los Estados parte de dicho acuerdo puedan bloquear la adopción del informe; (ii) muchos miembros de la OMC se abstienen de adoptar un informe de evaluación que contenga afirmaciones o recomendaciones que puedan ser utilizadas por un Grupo Especial o el Órgano de Apelación en contra de alguno de sus acuerdos comerciales regionales, y (iii) la falta de consenso sobre el alcance de ciertos términos en disposiciones del Acuerdo de la OMC, relevantes en el proceso de evaluación de acuerdos comerciales regionales, como el término lo "esencial de los intercambios comerciales" en el artículo XXIV del GATT.⁶²

Es importante indicar que incluso en el evento en que se empiecen a adoptar informes de evaluación, serios cuestionamientos sobre la efectividad del mecanismo de evaluación de acuerdos comerciales regionales de la OMC continuarían vigentes: ¿Cumplirían los Estados parte de los acuerdos comerciales regionales las recomendaciones del CACR? La respuesta al anterior interrogante es complicada y digna de un trabajo independiente. Sin embargo, se puede afirmar que consideraciones políticas, internacionales y nacionales, dificultarían la adecuación de los acuerdos comerciales regionales a las recomendaciones de los órganos de la OMC.

En este contexto, es evidente que el sistema de evaluación de los acuerdos comerciales regionales llevado a cabo por el CACR dista mucho de la visión que tenían los miembros de la OMC. Frente al fracaso del proceso de evaluación de acuerdos comerciales regionales, la única alternativa que le queda a los miembros para asegurar la consistencia de los acuerdos comerciales regionales con las normas de la OMC es acudir al mecanismo de solución de controversias previsto en el ESD. El numeral 12 del Entendimiento del Artículo les permite a los miembros recurrir al mecanismo de solución de controversias de la OMC en el caso de cuestiones derivadas de las disposiciones del artículo XXIV del GATT. En este sentido, el Órgano de Apelación en *Turquía-Textiles* determinó que los Grupos Especiales tienen jurisdicción para evaluar la compatibilidad global de una unión aduanera, área de libre comercio o Acuerdo Provisional con las prescripciones del artículo XXIV del GATT.⁶³

IV. Planteamiento Conceptual del Conflicto de Normas y del Conflicto de Jurisdicciones en el Derecho Internacional Económico

La construcción de la definición de conflicto de normas es el primer paso para determinar la norma aplicable a una relación comercial. Una adecuada definición de este concepto, le permitirá a los destinatarios inmediatos (Estados) y mediatos (los agentes del comercio) de las normas del derecho internacional económico, así como a los órganos

⁶² *Ibid.*, 14-17.

⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Turquía-Textiles*, párrafo 60. Para una descripción del proceso de evaluación de acuerdos comerciales regionales en el marco del ESD véase Robert E. Herzstein & Joseph P. Whitlock, *Regulating Regional Trade Agreements-A Legal Analysis* en *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Vol. II, 203, 234-241 (Patrick F. J. Macrory, Arthur E. Appleton & Michael G. Plummer eds., Springer 2005).

judiciales internacionales llamados a aplicarlas, identificar aquellas situaciones donde en realidad existe incertidumbre sobre la norma aplicable.

Para efectos de proponer una definición adecuada de conflicto de normas, en esta sección se identificarán las situaciones de interacción normativa que pueden potencialmente desencadenar en un conflicto de normas. Así mismo, se identificarán las condiciones necesarias para el acaecimiento de dicho conflicto y la definición de conflicto de normas vigente en el marco de la OMC. Por último, se expondrán lineamientos para diferenciar un conflicto real de un conflicto aparente.

1. Situaciones de interacción normativa cubiertas por la definición de Conflicto de Normas

El conflicto entre dos o más normas existe en la medida en que éstas regulen simultáneamente una misma situación fáctica. Es en la yuxtaposición de los distintos tipos de normas que conforman el derecho internacional donde potencialmente se verificará el conflicto. Por consiguiente, el estudio de la manera como los distintos tipos de normas interactúan es un referente obligado en la construcción de una definición adecuada de conflicto de normas.

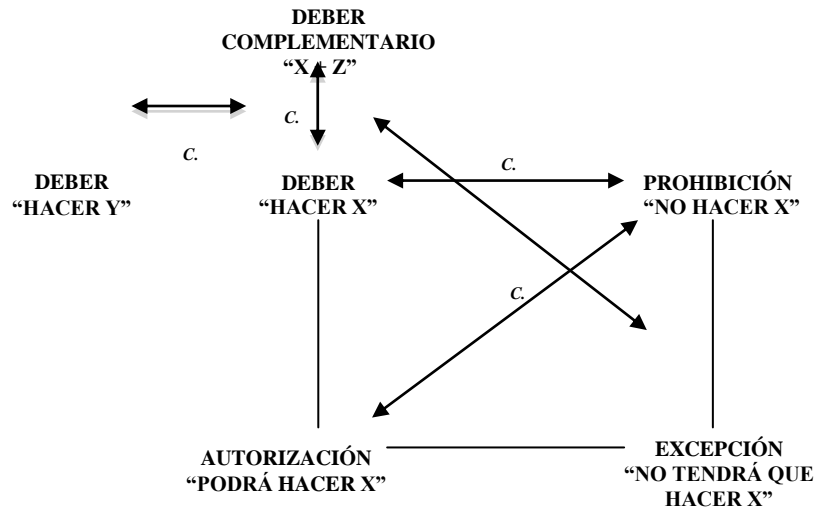
El derecho internacional económico es un conjunto de normas que cumplen distintas funciones. De conformidad con Hans Kelsen las normas en el derecho internacional cumplen las siguientes funciones: (i) obligan a los Estados a hacer algo (deber), (ii) obligan a los Estados a no hacer algo (prohibición), (iii) otorgan un derecho a los Estados de no hacer algo (excepción), y (iv) otorgan un derecho a los Estados de hacer algo (autorización o permiso).⁶⁴

Estos distintos tipos de normas coexisten en una pluralidad de formas. En este sentido podemos encontrar las siguientes situaciones de interacción o enfrentamiento normativo: (i) deber *contra* (“c.”) deber, (ii) deber *c.* deber complementario, (iii) deber *c.* prohibición, (iv) deber *c.* excepción, y (v) autorización *c.* prohibición.⁶⁵ Para una mejor comprensión explicaremos cada una de las situaciones de interacción valiéndonos de ejemplos prácticos.

⁶⁴ Hans Kelsen, *Teoría general de las normas* (México D.F: Trillas, 1994), 106-107. En el derecho internacional también hay normas de competencia (otorgan capacidad legal a una institución) y normas secundarias (regulan otras normas). Sin embargo, unas y otras no radican directamente derechos y obligaciones en cabeza de los Estados, por ello no serán objeto de análisis en el presente artículo.

⁶⁵ Esta tipología ha sido adaptada de Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 178-188 y de Hans Kelsen, *Teoría general de las normas* (México D.F: Trillas, 1994), 106-107.

Figura 1. Situaciones de Interacción Normativa en el Derecho Internacional⁶⁶



A. Deber c. Deber:

Esta situación se da entre deberes mutuamente excluyentes. Este tipo de conflicto se podría presentar entre el artículo 21 del ESD y el artículo 4.7 del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias (“Acuerdo SMC”). El primero dispone que en el evento en que un subsidio sea hallado inconsistente con el Acuerdo de la OMC, el Grupo Especial ha de concederle un "plazo prudencial" al miembro para que ponga su medida “en conformidad” con los acuerdos abarcados. El segundo artículo, dispone que en la misma situación el Grupo Especial ha de recomendar que la subvención se retire “sin demora.” En este orden de ideas, si un Grupo Especial concede un plazo prudencial en el sentido del artículo 21 del ESD, incumple el deber consagrado en el artículo 4.7 del Acuerdo SMC consistente en que el Grupo Especial ha de recomendar que se retire la medida inmediatamente sin otorgar ningún plazo.

B. Deber c. Deber Complementario:

Esta situación se da cuando dos normas que cubren la misma situación fáctica disponen deberes que se pueden cumplir de manera simultánea. Este conflicto ocurriría, por ejemplo, entre el artículo 12 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“ADPIC”) que establece una duración a la protección a los derechos de autor no inferior a 50 años, y una norma de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (“OMPI”) que dispone que este término no podrá ser inferior a 40 años.

No concebir esta situación como conflicto permitiría contrariar la intención de los Estados partes, que bien ha podido ser la de establecer unos estándares menos estrictos a los

⁶⁶ Figura adaptada de Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 179.

consagrados en la OMC y reduciría a la inutilidad aquellas obligaciones menos onerosas para las Partes, en este ejemplo la disposición de la OMPI.

C. *Deber c. Prohibición:*

Esta situación se da cuando una norma dispone una determinada conducta mientras que otra norma la prohíbe en las mismas circunstancias. Este es el caso del artículo III de la Convención sobre el Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestres (“CITES”)⁶⁷ que establece restricciones a la importación y exportación de determinadas especies y el artículo XI del GATT que prohíbe tales restricciones sobre productos que provienen o están destinados al territorio de un miembro de la OMC.

D. *Deber c. Excepción:*

Esta situación se da en el evento en que una norma consagre un deber de hacer algo y otra norma exceptúe a un Estado de este deber. El artículo 11.2 del Convenio de Rotterdam dispone que los Estados parte deben prohibir las importaciones o exportaciones de ciertos productos químicos, entre ellos el bifenilo policlorado.⁶⁸ Por otra parte, el artículo 3.2 de la Convención de Estocolmo establece una excepción a este deber; el bifenilo policlorado, entre otros productos químicos, se podrá importar únicamente para fines de su eliminación ambiental.⁶⁹ En este caso un agente del comercio no sabrá si está o no permitida la importación de este producto, aún en el evento en que dicha importación tenga como fin su eliminación ambiental, por que no tiene certeza sobre la norma que debe primar.

E. *Autorización c. Prohibición:*

Esta situación se da cuando una norma autoriza realizar una conducta, mientras que otra norma impone una prohibición para su realización. Por ejemplo, por un lado, el artículo 4.4 del Protocolo de Montreal establece que los Estados Parte podrán imponer restricciones a la importación de productos elaborados con sustancias controladas, provenientes de Estados que no sean parte de la convención.⁷⁰ Por otro lado, el artículo XI del GATT prohíbe restricciones a la importación de un producto del territorio de un miembro de la OMC.

En todas las anteriores situaciones los agentes de las normas en cuestión se hallan en una situación de incertidumbre por cuanto no saben cuál norma deben cumplir. Por ésta razón, una adecuada definición de conflicto debe abarcar todas las situaciones de interacción normativa descritas anteriormente.

⁶⁷ Convención sobre el Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestres art. III, (3 de marzo de 1973), <http://www.cites.org/esp/disc/text.shtml>.

⁶⁸ Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo aplicable a ciertos Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional art. 11.2, (10 de septiembre de 1998), http://www.pic.int/home_sp.php?type=t&id=118&sid=14.

⁶⁹ Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes art. 3.2, (22 de mayo de 2001), <http://chm.pops.int/Convention/tabid/54/language/en-US/Default.aspx#convtext>.

⁷⁰ Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono art. 4.4 (16 de septiembre de 1987), http://new.unep.org/ozone/spanish/Treaties_and_Ratification/2B_montreal_protocol.asp.

2. Condiciones para el acaecimiento de un Conflicto de Normas

Para que se verifique un conflicto de normas, en las situaciones anteriormente descritas, se requiere de una superposición entre las dos normas en cuestión en el sentido *rationae materiae*, *rationae personae* y *rationae temporis*.⁷¹

En relación con la condición *rationae materiae* se requiere que dos o más tratados se refieran a la misma materia. Algunos doctrinantes consideran que dos tratados con calificaciones distintas, como por ejemplo, un tratado marítimo y un tratado ambiental, no se refieren a la misma materia.⁷² Sin embargo, consideramos que estas calificaciones carecen de valor normativo, pues describen los instrumentos desde la perspectiva de intereses u objetivos políticos. Por ejemplo, un tratado calificado como ambiental puede contener disposiciones con consecuencias comerciales, y estas bien podrían entrar en conflicto con normas de la OMC.⁷³ Presumir que las calificaciones de los tratados tienen un valor normativo supondría que es posible evitar la aparición de un conflicto normativo por medio de calificaciones totalmente arbitrarias.

Por estas consideraciones, la delimitación de la materia se debería realizar en cada caso concreto considerando las consecuencias de las normas en cuestión y las circunstancias fácticas a las que aplican. Así mismo, hay que tener en cuenta que si el intento de aplicar simultáneamente dos normas lleva a una serie de hechos o actos incompatibles, puede afirmarse con seguridad que los tratados se refieren a la misma materia, es decir que existe identidad material.⁷⁴

En relación con la condición *rationae personae*, ésta se verifica cuando un Estado de los involucrados se halle vinculado por las dos normas y el otro Estado se halle vinculado al menos por medio de una de ellas. Finalmente, la condición *rationae temporis* se verifica cuando las dos normas están vigentes al mismo tiempo.

3. La noción de Conflicto de Normas en la OMC

Esta sección pretende identificar cuáles situaciones de enfrentamiento normativo son reconocidas como conflicto en la OMC. Solamente en la medida en que una situación sea reconocida como conflicto, pueden los órganos judiciales de la OMC aplicar reglas de solución de conflicto para determinar qué norma debe prevalecer.

El término *conflicto* es utilizado varias veces en las normas de la OMC,⁷⁵ sin embargo, no se le da ningún sentido especial que deba prevalecer sobre cualquier otra

⁷¹ Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 164-165.

⁷² Borgen, "Resolving Treaty Conflicts," 580.

⁷³ Para una enumeración completa de los tratados ambientales que contienen cláusulas que permiten la adopción de medidas restrictivas en materia comercial, véase: Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC, *Matrix on Trade Measures pursuant to selected MEAs*. WT/CTE/W/160/Rev.160 (Ginebra: 2001). Para una descripción de las medidas en los acuerdos ambientales con implicaciones en el ámbito comercial véase OECD, Sesiones Conjuntas de Expertos en Comercio y Medio Ambiente, *Trade Measures in Multilateral Environmental Agreements: Synthesis Report of Three Case Studies*, COM/ENV/TD(98)127 (Paris: 1998), 10-14.

⁷⁴ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, 21-22.

⁷⁵ En el artículo XVI:3 del Acuerdo de Marrakech, en la Nota Interpretativa General al Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech y el artículo 1.2 del ESD.

interpretación.⁷⁶ Por ello, debemos estudiar la definición judicial del término *conflicto* desarrollado por los órganos judiciales de la OMC.

En el marco de la OMC, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación han reconocido que la noción de *conflicto* cubre situaciones donde obligaciones contenidas en un acuerdo excluyan a las obligaciones contenidas en otro acuerdo (*Deber c. Deber* y *Deber c. Prohibición*).⁷⁷

Si bien las anteriores definiciones se refieren de manera expresa al conflicto entre obligaciones, exclusivamente; no se puede inferir que era intención de los órganos judiciales de la OMC excluir situaciones de conflicto entre obligaciones y derechos (*Autorización c. Prohibición* y *Deber c. Excepción*). En los casos particulares de interacción normativa entre *Autorización c. Prohibición* y *Deber c. Excepción*, el Grupo Especial en *Estados Unidos-Algodón Americano Upland* al identificar los supuestos que darían lugar a la aplicación de la cláusula de conflicto contenida en el artículo 21.1 del Acuerdo sobre la Agricultura, expresamente señaló:

“Interpretamos que el párrafo 1 del artículo 21 del *Acuerdo sobre la Agricultura* [una cláusula de conflicto] podría referirse a una situación en la que, por ejemplo, las disposiciones sobre ayuda interna del *Acuerdo sobre la Agricultura* prevalecerían en el caso de que existiera en el texto del *Acuerdo sobre la Agricultura* una exclusión o excepción explícita de las disciplinas del párrafo 1 b) del artículo 3 del *Acuerdo SMC* [prohibición de otorgar subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales]. Otra situación podría ser aquella en la que existiera una autorización explícita en el texto del *Acuerdo sobre la Agricultura* que autorizara una medida que, si no existiera tal autorización expresa, estaría prohibida por el párrafo 1 b) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*”⁷⁸

En este sentido, el Grupo Especial al determinar el ámbito de aplicación de la cláusula de conflicto consagrada en el artículo 21.1 del Acuerdo sobre la Agricultura, reconoció como conflicto aquellas situaciones en que una norma consagra un deber de hacer algo y otra norma exceptúa a un Estado de este deber (*Deber c. Excepción*). Así mismo, reconoció como conflicto aquellas situaciones en que una norma autoriza una conducta y otra norma prohíbe la misma conducta (*Autorización c. Prohibición*).⁷⁹

En lo relacionado con situaciones de interacción entre *Deber c. Deber complementario* la cuestión es ambigua. En el caso *CE-Banano III* el Grupo Especial consideró que el concepto de *conflicto* no se extiende a situaciones en que las normas contenidas en uno de

⁷⁶ En virtud del artículo 31.4 de la CVDT: “Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, *Indonesia-Automóviles*, párrafo 14.49; Informe del Grupo Especial, *Turquía-Textiles*, párrafos 9.92 - 9.94; Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala-Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México (Guatemala Cemento I)*, WT/DS60/AB/R, adoptado el 2 de noviembre de 1998, párrafo 65; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente originarios del Japón (Estados Unidos-Acero Inoxidable)*, WT/DS179/AB/R, adoptado el 24 de julio de 2001, párrafo 52. Para un análisis de estas decisiones véase Elizabeth Montagu y Maurits Lugard, “The GATT 1994 and Other Annex 1A Agreements: Four Different Relationships?,” *JIEL*, 3 (2003): 476.

⁷⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Subvenciones al algodón americano (upland) (Estados Unidos-Algodón)*, WT/DS267/R, adoptado el 8 de septiembre de 2004, párrafos 7.1038.

⁷⁹ Véase también Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (CE-Banano III)*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párr 7.159 y nota al pie 401.

los acuerdos establecen obligaciones complementarias a las contenidas en otro.⁸⁰ Sin embargo, en el caso *Brasil-Aeronaves* el Órgano de Apelación reconoció que existía conflicto entre disposiciones del ESD y el Acuerdo SMC que imponían ante la misma situación fáctica obligaciones diferentes, pero complementarias, en cabeza de un Miembro.⁸¹

En este orden de ideas, existen referentes jurisprudenciales en la OMC que permiten demostrar que en la práctica los órganos judiciales han reconocido como conflicto todas las situaciones de interacción normativa en el derecho internacional.

4. Una definición adecuada de Conflicto de Normas

En el ámbito del derecho internacional la noción de conflicto de normas se ha definido de una manera amplia⁸² o restrictiva.⁸³ En este sentido, una definición será amplia cuando abarque todas las situaciones de interacción normativa posibles entre los distintos tipos de normas que hay en el derecho internacional; y será restrictiva cuando incluya solamente algunas de ellas.

Esta disertación propone una definición amplia que encuentra sustento en la práctica de los órganos judiciales de la OMC. A la luz de las consideraciones anteriores, este trabajo propone, que en esencia, hay un conflicto de normas cuando en las mismas circunstancias fácticas dos o más normas establecen directrices de conducta distintas para al menos un Estado parte de las normas en cuestión; bien sea porque otorgan derechos o porque imponen obligaciones contrarias.

5. Conflicto Aparente

La definición de conflicto de normas, propuesta en la sección anterior, debe ser atemperada por la regla de interpretación universalmente aceptada de presunción contra el

⁸⁰ Informe del Grupo Especial, *CE-Banano III*, párrafo 7.160; Informe del Grupo Especial, *Indonesia-Automóviles*, nota al pie 649.

⁸¹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil-Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (Brasil-Aeronaves)*, WT/DS46/AB/R, adoptado el 2 de agosto de 1999, párrafo 191.

⁸² Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 178. Véase otras definiciones amplias de conflicto en Claire Kelly, "The Value Vacuum: Self-enforcing Regimes and the Dilution of the Normative Feedback Loop," *Mich. J. Int'l L.*, 22 (2000-2001): 699; W. Czaplinski and G. Danilenko, *Conflict of Norms in International Law*, "NYIL", 21 (1990), 13; y Lorand Bartels, *The Relationship between Treaties*, documento de trabajo presentado a CIEL, 12 (2001) citado en Marceau, "Conflicts of Norms and conflict of Jurisdictions. The relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties," 1085.

⁸³ William Jenks, "The Conflict of Law Making Treaties," *Brit. Y.B. Int'l L.*, 30 (1953): 426; Wolfram Karl, "Conflict between Treaties," en *Encyclopedia of Public International Law*, ed. R. Bernhardt (Ámsterdam: North-Holland, 1984), vol. VII, 468; Kelsen, *Teoría general de las normas*, 130, 212; y Marceau, "Conflicts of Norms and conflict of Jurisdictions," 1084.

conflicto.⁸⁴ Esta presunción consiste en que una nueva norma se basa en y desarrolla la normatividad existente.⁸⁵

De este modo, cuando los órganos judiciales de la OMC encuentren en los acuerdos comerciales regionales cláusulas aparentemente divergentes con el Acuerdo de la OMC, o viceversa, deben, en la medida de lo posible, buscar más su coordinación que consagrar su antagonismo.⁸⁶ Así las cosas, el conflicto de jurisdicciones y de normas solamente se verifica en la medida en que no es posible aplicarlas o entenderlas de forma tal que no subsista conflicto.⁸⁷

Por último, es importante destacar los límites de la interpretación como mecanismo para evitar el conflicto. Primero es netamente un ejercicio de definición,⁸⁸ por ello no podrá contrariar el sentido corriente de los términos de un tratado; y, segundo, “sólo puede evitar la verificación de conflictos aparentes, pero no puede resolver verdaderos conflictos.”⁸⁹

Ahora procederemos a analizar de qué manera por vía de la interpretación de los tratados se pueden evitar potenciales conflictos de normas entre los acuerdos comerciales regionales y el Acuerdo de la OMC.

A. La interpretación como un mecanismo para evitar el conflicto de normas

Para elaborar interpretaciones del Acuerdo de la OMC que sean armónicas con las normas de los acuerdos comerciales regionales los órganos judiciales de la OMC tienen dos alternativas. Primero, podrán valerse del contexto para determinar un sentido corriente de los términos del Acuerdo de la OMC que sea coherente con las disposiciones del acuerdo comercial regional. Segundo, podrán interpretar las disposiciones de la OMC a la luz de las cláusulas de los acuerdos comerciales regionales para proponer una interpretación armónica de las normas en cuestión.

a. Interpretación del sentido corriente en su contexto:

El sentido corriente de los términos no se puede determinar en abstracto, sino en el contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin, tal como dispone el artículo 31.1

⁸⁴ *Right of Passage over Indian Territory (Portugal c. India) (Preliminary Objections)* [1955] CIJ [142] <http://www.icj-cij.org> (obtenido el 8 de enero de 2010); Informe del Grupo Especial, *Indonesia-Automóviles*, párrafo 14.28 y nota al pie 649. Véase Marceau, “Conflicts of Norms and Conflict of Jurisdictions,” 1089; Jenks, “The Conflict of Law Making Treaties,” 427; Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, 21-22.

⁸⁵ Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 240.

⁸⁶ Charles Rousseau, “De la Compatibilité des Normes Juridiques Contradictoires dans l’ordre international,” RGDIP, 39 (1932), 133 citando en Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 11.

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, *Canadá-Publicaciones*, párrafos 3.38 -3.39.

⁸⁸ *Fisheries Jurisdiction (España c. Canadá) (Jurisdiction of the Court)* [1998] CIJ [párrafo 68] <http://www.icj-cij.org> (obtenido el 8 de enero de 2010); Ian Sinclair, “Vienna Convention on the Law of Treaties,” *ICQL*, 19 (1960): 60-64; Comisión de Derecho Internacional, *Quinto Informe sobre el derecho de los tratados*, Humphrey Waldock, Relator Especial, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, 240 (1966).

⁸⁹ Borgen, “Resolving Treaty Conflicts,” 57.

de la CVDT.⁹⁰ En este sentido, cuando una norma en el Acuerdo de la OMC a primera vista apunte en un sentido contrario a lo dispuesto en una norma de un acuerdo comercial regional, se debe constatar que el sentido corriente de los términos en el Acuerdo de la OMC efectivamente apuntan en una dirección contraria a las normas del acuerdo comercial regional, o viceversa. Para lograr lo anterior, el contexto es un instrumento que permitirá elaborar definiciones más flexibles que las obtenidas atendiendo el sentido literal de los términos del tratado.⁹¹ Es importante precisar que por contexto se entiende la totalidad del texto del tratado en cuestión, incluidos su preámbulo y anexos, así como todo acuerdo concertado entre las partes con motivo de la celebración del tratado y todo instrumentos formulado por una o más de las partes y aceptado por las otras como referente al tratado.⁹²

Lo anterior suscita una reflexión adicional ¿qué es contexto en el marco de del Acuerdo de la OMC? Toda vez que los distintos acuerdos multilaterales de la OMC hacen parte de un “instrumento único,”⁹³ todos ellos son parte del contexto. Así las cosas, todas las normas que componen el Acuerdo de la OMC, incluido el preámbulo del Tratado de Marrakech, pueden ser utilizadas para construir interpretaciones armónicas con disposiciones de los acuerdos comerciales regionales.⁹⁴

b. Interpretación utilizando Normas de Acuerdos Comerciales Regionales

El Acuerdo de la OMC también debe interpretarse en concordancia con otras normas de derecho internacional, de conformidad con el artículo 31.3(c)⁹⁵ y 32 de la CVDT.⁹⁶

⁹⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 (Estados Unidos-Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior)*, WT/DS152/R, adoptado el 22 de diciembre de 1999, párrafo 7.22; *Competence of General Assembly Regarding Admission to the United Nations (Advisory Opinion)* [1950] CIJ Rep 4, 8; *Competence of the ILO in regard to International Regulation of the Conditions of the Labour of Persons Employed in Agriculture (Advisory Opinion)* [1950] CPJI (ser B) No. 2, Comisión de Derecho Internacional, *Quinto Informe sobre el Derecho de los Tratados*, vol. II, 241; Federico Ortino, “Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A Critique,” *JIEL*, 9 (2006): 122-132.

⁹¹ Un ejemplo de la influencia que tiene el contexto en la definición de los términos de una tratado es *CE-Amianto*, en donde el Órgano de Apelación determinó que por su distinto contexto, el término productos similares en el Artículo III:2 del GATT tiene un diferente significado que el término productos similares en el artículo III:4 del GATT. Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto (CE-Amianto)*, WT /DS135/AB/R, adoptado el 18 de septiembre de 2000, párrafo 90. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *Japón-Bebidas Alcohólicas II*, sección H.1.a; Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (CE-Trozos de pollo)*, WT/DS286/AB/R, adoptado el 12 de septiembre de 2005, sección VIII y IX; Informe del Órgano de Apelaciones, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 114.

⁹² Artículo 31.2 de la CVDT.

⁹³ Informa del Órgano de Apelación, *Brasil-Medidas que afectan el coco desecado (Brasil – Coco desecado)*, WT/DS22/AB/R, adoptado el 21 de febrero de 1997, sección IV. B.

⁹⁴ El preámbulo contiene una serie de principios generales que pueden ser utilizados para construir definiciones armónicas con las normas de los acuerdos comerciales regionales. Véase Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos–Camarones*, párrafo 131.

⁹⁵ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos (CE-Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos)*, WT/DS291/R, adoptado el 29 de septiembre de 2006), pár. 7.70.

En el caso del artículo 31.3(c) hay que analizar los elementos de esta disposición para determinar qué acuerdos comerciales regionales pueden utilizarse como un referente interpretativo de conformidad con esta norma. El artículo 31.3(c) dispone que se debe interpretar un tratado de conformidad con “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable entre las partes.” De la lectura de esta disposición surgen los siguientes interrogantes: (i) ¿qué significa “pertinente”?, (ii) ¿la frase “norma de derecho internacional” incluye todas las normas de derecho internacional o solo algunas de éstas?, y (iii) ¿a qué se refiere el término “partes”?

Primero, por “pertinente” se debe entender toda norma de derecho internacional que dé luces sobre el significado de un término en el Acuerdo de la OMC.⁹⁷

Segundo, en el contexto del derecho internacional no es motivo de discusión que la expresión “normas de derecho internacional” incluye la costumbre internacional, principios generales de interpretación y tratados internacionales.⁹⁸

Tercero, en relación con el término *partes* el problema principal es el siguiente: ¿es necesario que *todas* las partes en el tratado que se interpreta (Acuerdo de la OMC) sean también partes en el tratado invocado como un instrumento de interpretación (acuerdo comercial regional)?

Esta cuestión no ha sido resuelta en el contexto del derecho internacional debido a que no hay consenso sobre la interpretación del término *partes*. Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional⁹⁹ y parte de la doctrina¹⁰⁰ se inclinan por considerar que en virtud del artículo 31.3(c) de la CVDT se pueden utilizar como un referente interpretativo del Acuerdo de la OMC, normas de derecho internacional que sean aplicables entre las partes de la disputa. Así mismo, como se expondrá a continuación, la práctica del Órgano de Apelación¹⁰¹ apoya la anterior interpretación.

Sobre el particular, un referente obligado es el caso de *CE-Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* en donde el Grupo Especial concluyó que el artículo 31.3(c) de la CVDT exige que solamente se utilicen, como un referente interpretativo del Acuerdo de la OMC, normas de derecho internacional que sean aplicables a todos los Miembros de la OMC.¹⁰² No obstante el pronunciamiento anterior, no podemos

⁹⁶ Los artículos 31.3(a) y 31.3(b) no son mecanismos idóneos para utilizar acuerdos comerciales regionales como instrumentos de interpretación, por cuanto estos dos artículos están llamados a aplicar en lo relacionado con normas internas de la OMC. Robert Howse, *The use and abuse of other “relevant rules on International law” in treaty interpretation: Insights from WTO Trade/Environment Litigation*, IILJ Working Paper 2007/1, 2-3.

⁹⁷ Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 263-264.

⁹⁸ *Oil Plataforms (Irán c. Estados Unidos) (Merits)* [2003] CIJ [161, 182] <http://www.icj-cij.org> (obtenido el 6 de noviembre de 2009); Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, párrafo 470; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 158.

⁹⁹ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, párrafo 472.

¹⁰⁰ Gabrielle Marceau & Cornelis Reiman, “A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition against “Clinical Isolation” in WTO Dispute Settlement,” *JWT*, 35 (1999): 119 y 125; Palmetter & Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law,” 411; e Isabelle van Damme, “What Role is there for Regional International Law in the Interpretation of the WTO Agreements?,” en *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, eds. Lorand Bartels & Federico Ortino (Oxford: Oxford University Press, 2006), 559.

¹⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 127-131.

¹⁰² Informe del Grupo Especial, *CE-Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, pár. 7.70.

concluir que en el marco de la OMC se haya acogido una postura restrictiva en el sentido de considerar como elementos de interpretación solamente aquellos tratados de los que sean partes todos los miembros de la OMC. Esta posición la comparte incluso el mismo Grupo Especial en *CE-Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* al enfatizar que los Grupos Especiales pueden considerar otras normas de derecho internacional al interpretar los términos del Acuerdo de la OMC si estiman que esas normas pueden cumplir una función informativa.¹⁰³

En el evento en que se concluya erróneamente que el Grupo Especial en *CE-Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* restringió el uso de tratados como referentes interpretativos de los términos de la OMC a aquéllos adoptados por todos los miembros, es importante destacar que tal interpretación fue tomada en el nivel de un Grupo Especial en manifiesta divergencia con la práctica del Órgano de Apelación en otros casos.

El mejor ejemplo en contra de la anterior interpretación es el caso *Estados Unidos-Camarones*, en dónde el Órgano de Apelación recurrió a un gran número de tratados ambientales, de los cuales la gran mayoría no habían sido suscritos por la totalidad de los miembros de la OMC, para efectos de interpretar el término “recursos naturales agotables” en el literal (g) del artículo XX del GATT.¹⁰⁴

Por ende podríamos concluir que tal interpretación de haber sido apelada podría haber sido motivo de revocación. Adicionalmente, la Comisión de Derecho Internacional ha resaltado los efectos negativos de tal interpretación:

“Habida cuenta de lo improbable de una coincidencia total de los miembros de las convenciones multilaterales más importantes, sería muy difícil que pudiera utilizarse *algún* elemento del derecho internacional convencional para interpretar esas convenciones. Esto tendría el efecto paradójico de que cuantos más miembros tuviese un tratado multilateral, como los tratados abarcados de la OMC, más incomunicados quedarían esos tratados del resto del derecho internacional.”¹⁰⁵

Por estas razones, este artículo aboga por una interpretación del término *partes* en virtud de la cual podrán utilizarse como referentes interpretativos del Acuerdo de la OMC aquellos acuerdos comerciales regionales que sean pertinentes para la interpretación de normas de la OMC y cuyos Estados parte sean parte en la disputa que se adelanta en el foro de la OMC.

En relación el artículo 32 de la CVDT, esta disposición le permite a los órganos judiciales de la OMC recurrir, a su discreción, a acuerdos comerciales regionales como medio complementario de interpretación del Acuerdo de la OMC en los siguientes casos: (i) para confirmar la interpretación resultante de la aplicación del artículo 31 de la CVDT, o

¹⁰³ *Ibid.*, pár. 7.92-7.93.

¹⁰⁴ Entre otros, el Órgano de Apelación recurrió a la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992, aplicable a las relaciones entre las partes de la controversia. Es preciso destacar que el Órgano de Apelación también utilizó como referentes interpretativos instrumentos que no habían sido ratificados por todas las partes involucradas en la controversia, como lo son la Convención sobre las Especies Migratorias de Animales Silvestres y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Camarones*, párrafo 127-131.

¹⁰⁵ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, párrafo 471.

(ii) cuando la interpretación resultante de la aplicación de dicho artículo sea ambigua o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.¹⁰⁶

En conclusión, el conflicto normativo sólo se verificará cuando los órganos judiciales no puedan evitarlo mediante la interpretación armónica de los acuerdos comerciales regionales y el Acuerdo de la OMC. En este ejercicio interpretativo los órganos judiciales de la OMC podrán recurrir: (i) al contexto del Acuerdo de la OMC o (ii) a las propias cláusulas de los acuerdos comerciales regionales.

V. Soluciones Frente al Conflicto de Normas

En el evento en que el razonamiento jurídico no pueda armonizar unas normas aparentemente contrapuestas mediante las técnicas de interpretación propuestas en la sección anterior; se configurará un verdadero conflicto de normas. Para solucionarlo, se debe recurrir a reglas que determinen cuál de las normas debe prevalecer sobre la otra. Sin embargo, hay que advertir que aunque estas reglas nos guían a soluciones razonables en algunos casos, no tienen una validez absoluta. En consecuencia, su aplicación deberá atender las circunstancias de cada caso concreto.¹⁰⁷

Este capítulo propondrá soluciones frente al conflicto de normas desde dos perspectivas. Primero, desde la normatividad vigente de la OMC -más precisamente, las excepciones normativas. Segundo, desde las reglas de solución de conflicto de normas en el derecho de los tratados, más precisamente, las cláusulas de conflicto, la aplicación de la *lex posterior* en el marco de los acuerdos *inter se* y la aplicación de la *lex specialis*.

1. Propuestas desde la Normatividad de la OMC

En el contexto de la ejecución de los acuerdos comerciales regionales los miembros se ven política y/o económicamente obligados a adoptar medidas domésticas que son incompatibles con el Acuerdo de la OMC para implementarlos internamente. En estos casos, los miembros de la OMC pueden recurrir a una serie de figuras previstas en el Acuerdo de la OMC, si bien no para justificar el acuerdo comercial regional *per se*, sí para justificar las medidas internas adoptadas con el objeto de implementar el acuerdo comercial regional. Entre estas figuras encontramos las excepciones normativas establecidas en el Acuerdo de la OMC y las exenciones.

A. Excepciones normativas en el acuerdo de la OMC

Las excepciones normativas¹⁰⁸ previstas en el Acuerdo de la OMC les permiten a los Miembros, en determinadas circunstancias, adoptar y mantener medidas domésticas contrarias a la OMC.¹⁰⁹ Para efectos ilustrativos, la siguiente tabla contiene una lista de las excepciones contenidas en el Acuerdo de la OMC.

¹⁰⁶ Véase como ejemplo el Informe del Órgano de Apelación, *CE-Productos Avícolas*, párrafo 83.

¹⁰⁷ Jenks, "The Conflict of Law Making Treaties," 407.

¹⁰⁸ Para una explicación de cada una de las excepciones véase Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 614-730.

¹⁰⁹ Informe del Grupo Especial, *Colombia-Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada (Colombia-Puertos de entrada)*, WT/DS366/R, adoptado el 27 de abril de 2009, párrafo 7.498.

Tabla 1. Excepciones normativas en el Acuerdo de la OMC	
Excepciones Generales	Artículo XX del GATT y Artículo XIV del AGCS
Excepciones relacionados con la Seguridad de los Miembros	Artículo XXI del GATT y Artículo XIV <i>bis</i> del AGCS
Excepciones de Urgencia Económica	Artículo XIX del GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias
Excepciones de Integración Regional	Artículo XXIV del GATT, Artículo V del AGCS y Cláusula Habilitante
Excepciones relacionadas con la Balanza de Pagos	Artículo XII y Artículo XVIII:B del GATT y Artículo XII del AGCS
Excepciones para favorecer el Desarrollo Económico	Artículo XVIII:4(a) del GATT y la Cláusula Habilitante

Las anteriores excepciones difieren en su naturaleza y ámbito de aplicación. Algunas de las excepciones permiten desviaciones de obligaciones del GATT o del AGCS; otras excepciones permiten desviaciones de obligaciones contenidas en otros acuerdos abarcados de la OMC; algunas son de duración indefinida; otras son temporales; y algunas solamente pueden ser invocadas por una categoría específica de Miembros (países en vía de desarrollo).

Por las características particulares de cada excepción, los Miembros tienen la carga de analizar cuál de ellas tiene aplicación en un caso determinado. En este análisis se deberán valorar los elementos y características de cada una de las excepciones. Para estos efectos, los miembros deberán determinar:

Primero, las obligaciones de la OMC de las que se podrán apartar en virtud de la excepción en cuestión. Por ejemplo, las excepciones generales contenidas en el artículo XX del GATT permiten desviarse de obligaciones del GATT, así como de obligaciones contenidas en otros acuerdos abarcados que incorporen dicha excepción de alguna manera.¹¹⁰

¹¹⁰ Un ejemplo de un acuerdo abarcado que incluye las obligaciones del GATT, entre estas el artículo XX, es el Acuerdo en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo MIC”), por medio del artículo III de este acuerdo. Es importante advertir que en la actualidad se debate si las excepciones generales contenidas en el artículo XX del GATT pueden justificar la violación de cualquier obligación en el marco de la OMC, incluso aquellas contenidas en acuerdos abarcados que no incorporen las excepciones del GATT. Véase Informe del Grupo Especial, *China-Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento (China-Publicaciones y productos audiovisuales)*, WT/DS363/R, adoptado el 12 de agosto de 2009, párrafo 7.743 y 7.914; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Directiva sobre Finanzas Aduaneras para Determinadas Mercancías Sujetas a Derechos Antidumping y Compensatorios (Estados Unidos-Directiva sobre finanzas aduaneras)*, WT/DS345/AB/R, adoptado el 16 de julio de 2008, párrafo 319.

Segundo, los elementos que se deben probar para hacer uso de la excepción en cuestión. Para efectos ilustrativos analicemos cómo una medida quedaría justificada bajo la excepción contenida en el literal (g) del artículo XX del GATT.¹¹¹

El Órgano de Apelación ha establecido que para justificar una medida bajo la excepción contenida en literal (g) del artículo XX del GATT, el miembro deberá probar que satisface los elementos del apartado (g) de dicho artículo, enunciados a continuación: (i) la medida debe estar relacionada con “la conservación de los recursos naturales agotables,” y (ii) la medida debe ser aplicada en conjunto con restricciones a la producción o al consumo nacional.¹¹² Posteriormente, el miembro deberá probar que cumple con los elementos contenidos en la cláusula introductoria del artículo XX del GATT, los requieren que la medida: (i) no sea aplicada en una forma que constituya una “discriminación arbitraria o injustificable” entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, y (ii) no sea una “restricción encubierta” al comercio internacional.¹¹³

Ahora bien, verificados los requisitos previstos para recurrir a las excepciones normativas, los miembros podrán invocar dichas excepciones para desviarse de obligaciones en el marco de la OMC.

Una vez estudiado el procedimiento general para recurrir a las excepciones normativas previstas en el Acuerdo de la OMC, por el objeto de estudio que nos ocupa, profundizaremos en las excepciones de integración regional. En las secciones 3.2 y 3.3, se explicó cómo las excepciones de integración regional en los artículos XXIV del GATT, artículo V del AGCS y la Cláusula Habilitante, permiten a los miembros desviarse de obligaciones de la OMC en virtud de acuerdos comerciales regionales que cumplan con las condiciones establecidas en dichas excepciones. En esta sección nos limitaremos a determinar cuáles son las obligaciones de la OMC de las que se pueden desviar los miembros en virtud de las excepciones antes señaladas.

En relación con el artículo V del AGCS el Grupo Especial en el caso *Canadá-Automóviles* determinó que esta defensa es una excepción a las obligaciones contenidas en el AGCS.¹¹⁴ Por ende, solamente se podrá recurrir a esta excepción para efectos de justificar una medida inconsistente con cualquiera de las obligaciones contenidas en el AGCS.¹¹⁵

¹¹¹ “Artículo XX. Excepciones generales: A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (...)”

g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales; (...).”

¹¹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Gasolina*, Sección III.

¹¹³ *Ibid.*, Sección IV.

¹¹⁴ Informe del Grupo Especial, *Canadá-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil (Canadá-Automóviles)*, WT/DS142/R, adoptado el 11 de febrero de 2000, párrafo 10.271. Véase también Rizwanul Islam & Shawkat Alam, “Preferential Trade Agreements and the Scope of GATT Article XXIV, GATS Article V and the Enabling Clause: An appraisal of GATT/WTO jurisprudence,” *NILR*, 56 (2009): 24-26.

¹¹⁵ Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 710-711.

En relación con el artículo XXIV del GATT, se discute si su ámbito de aplicación se limita al GATT o también cubre otros acuerdos abarcados.¹¹⁶ La posición de los órganos judiciales de la OMC en esta materia se puede sintetizar en la afirmación del Grupo Especial en *Estados Unidos-Gluten de trigo*:

“el artículo XXIV del GATT de 1994 puede invocarse como (...) defensa frente a una alegación de incompatibilidad con una disposición de [un acuerdo abarcado distinto al GATT] si dicho artículo ha sido incorporado de algún modo por esa disposición o acuerdo.”¹¹⁷

En aplicación de esta máxima el artículo XXIV del GATT ha sido aplicado para justificar violaciones a disposiciones del GATT distintas al artículo I,¹¹⁸ disposiciones del Acuerdo sobre Textiles y Vestido¹¹⁹ y disposiciones del Acuerdo sobre Salvaguardias.¹²⁰ Así las cosas, el artículo XXIV del GATT se puede utilizar para justificar medidas internas inconsistentes con obligaciones contenidas en el GATT y en todos aquellos acuerdos abarcados que de alguna manera incorporen esta excepción.¹²¹

En relación con la Cláusula Habilitante, ésta es una excepción al principio de nación más favorecida contenida en el artículo I del GATT.¹²² En esta medida, un miembro puede recurrir a esta excepción para otorgar un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, en virtud de un acuerdo comercial regional, sin hacerlo extensivo a los otros miembros de la OMC.

Por las consideraciones anteriores, podemos concluir que los miembros podrán acudir al artículo V del AGCS, al artículo XXIV del GATT y a la Cláusula Habilitante para justificar medidas internas inconsistentes con obligaciones de la OMC.

B. Exenciones

Las exenciones son otra figura de la OMC por medio de la cual los Miembros pueden justificar una medida interna adoptada para implementar un acuerdo comercial regional que es inconsistente con el Acuerdo de la OMC. Cuando un miembro encuentre dificultades

¹¹⁶ Para un estudio exhaustivo del ámbito de aplicación del artículo XXIV del GATT véase Lorand Bartels, “WTO Dispute Settlement Practice Relating to Article XXIV of the GATT 1994,” en *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, eds. Federico Ortino & Ernst-Ulrich Petersman (Oxford: Oxford University Press, 2006), 264-267.

¹¹⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas (Estados Unidos-Gluten de trigo)*, WT/DS166/R, adoptado el 31 de julio de 2000, párrs. 8.180 – 8.181.

¹¹⁸ Informe del Grupo Especial, *Turquía-Textiles*, párrafo 9.186.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Gluten de trigo*, párrafos 8.180 – 8.181.

¹²¹ Es importante precisar que existen doctrinantes que consideran que el artículo XXIV del GATT también debe ser considerado como una excepción a aquellos acuerdos abarcados que no incorporan de algún modo esta disposición. La anterior interpretación se fundamenta en que el Acuerdo de la OMC es un “único acuerdo.” Véase Informe del Órgano de Apelación, *Corea-Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos (Corea-Productos lácteos)*, WT/DS98/AB/R, adoptado el 14 de diciembre de 1999, párrs. 74-81; Joel Trachtman, “Toward Open Recognition? Standardization and Regional Integration under Article XXIV of GATT,” *JIEL*, 6 (2003): 470-473.

¹²² Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo (CE-Preferencias arancelarias)* WT/DS246/AB/R, adoptado el 7 de abril de 2004, párrafo 99.

para cumplir con una obligación de la OMC porque debe cumplir con una obligación de un acuerdo comercial regional, éste puede solicitar una exención temporal de la obligación a la Conferencia Ministerial de la OMC. Este órgano aprobará la exención por consenso, siempre que se verifiquen “circunstancias excepcionales.”¹²³

Los miembros de la OMC han recurrido en muchas ocasiones a las exenciones para resolver un conflicto normativo entre el Acuerdo de la OMC y un acuerdo comercial regional.¹²⁴ Para ilustración el siguiente ejemplo. En el marco del GATT y de la OMC se autorizaron exenciones que le permitieron a la Unión Europea otorgar privilegios a las importaciones provenientes de los países de África, el Caribe y el Pacífico, en desarrollo de la Convención de Lomé bajo la vigencia del GATT de 1947, y luego en desarrollo del Tratado de Cotonou durante la vigencia del Acuerdo de la OMC, sin estar obligada a extenderlas a los otros miembros de la OMC bajo el principio de nación más favorecida.¹²⁵ Sobre el particular es importante destacar, que en el caso de la Convención de Lomé la Unión Europea recurrió primero al artículo XXIV del GATT para justificar sus medidas, sin embargo, un Grupo Especial consideró que la medida no era justificable bajo este artículo.¹²⁶ Ante este escenario, la Unión Europea solicitó la respectiva exención. Por consiguiente, puede ser una estrategia a considerar, intentar justificar las medidas internas bajo las excepciones de integración regional y, subsidiariamente, recurrir a las exenciones.

Una vez expuestas las potenciales soluciones al conflicto normativo previstas en la normatividad de la OMC, la siguiente sección desarrollará las soluciones previstas en el derecho de los tratados.

2. *Propuestas desde el Derecho de los Tratados*

Las reglas para solucionar el conflicto entre la OMC y los acuerdos comerciales regionales en el marco del derecho de los tratados son: (A) las cláusulas de conflicto, (B) el principio de *lex posterior*, y (C) el principio de *lex specialis*. Estas reglas tienen por objeto establecer una *prioridad* relativa a favor de uno de los tratados en cuestión, posición que no invalidaría el tratado que no prevalezca, ni prohibiría concertar tratados futuros incompatibles con el tratado que prevalece.¹²⁷

A. *Cláusulas de conflicto*

Los tratados internacionales en algunas ocasiones contienen reglas que regulan la forma como se deberá proceder en casos de conflicto normativo. Estas normas se denominan cláusulas de conflicto y su contenido normativo se encamina a determinar la relación de un

¹²³ Las exenciones se rigen por el artículo IX:3 del Acuerdo de Marrakech y por el *Entendimiento relativo a las Exenciones de obligaciones dimanantes del GATT 1994*.

¹²⁴ Para una exposición detallada de casos en los que los miembros de la OMC han recurrido a las exenciones para justificar medidas adoptadas en ejercicio de obligaciones contenidas en tratados internacionales véase Jeanne J. Grimmet, *Trade Preferences for Developing Countries and the WTO*, Congressional Research Center Library of Congress, Order Code RS22183 (Washington: 2005).

¹²⁵ Decisión del GATT, *The Fourth ACP-EEC Convention of Lomé*, L/7604 (1994); Conferencia Ministerial, *Comunidades Europeas-Acuerdo de Asociación ACP-CE*, WT/L/436 (2001).

¹²⁶ Informe del Grupo Especial del GATT, *CEE-Régimen de Importación del Banano (CEE-Régimen de Importación del Banano)*, DS38/R, informe no adoptado, sección V.

¹²⁷ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, 139.

tratado en particular con el resto del derecho internacional e incluso en algunos casos determinan de manera expresa la norma que prevalece en un caso de conflicto.¹²⁸ En este sentido el artículo 30.2 de la CVDT establece que “[c]uando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.”

Un ejemplo de las cláusulas de conflicto es el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en desarrollo del cual, “[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta [de las Naciones Unidas] y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta [de las Naciones Unidas].”

En este contexto, los agentes del comercio deben partir por identificar si el Acuerdo de la OMC o el acuerdo comercial regional en cuestión tiene una cláusula de conflicto que solucione el conflicto normativo en el caso particular.¹²⁹

Ahora bien, ¿Existe en la OMC una cláusula de conflicto? El Acuerdo de la OMC, a diferencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar o la Carta de las Naciones Unidas,¹³⁰ no contiene una cláusula que establezca que éste deberá prevalecer sobre otras normas de derecho internacional o que está subordinado a éstas últimas.¹³¹

En el marco de los acuerdos comerciales regionales cabe hacer la misma pregunta, ¿Existen en los acuerdos comerciales regionales cláusulas de conflicto? Un gran número de acuerdos comerciales regionales contienen cláusulas que pueden llegar a ser interpretadas en el sentido de que las disposiciones de la OMC prevalecen sobre las disposiciones del acuerdo comercial regional en cuestión. Por ejemplo, el artículo 1.2 del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos dispone, “[l]as Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo sobre la OMC y otros acuerdos de los que sean parte.”¹³² Sin embargo, también hay cláusulas de conflicto en los acuerdos comerciales regionales que pueden interpretarse en el sentido contrario, es decir, que los acuerdos comerciales regionales prevalecen sobre el Acuerdo de la OMC en caso de conflicto. En este sentido, el artículo 1.4 del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Colombia dispone:

“Las Partes afirman sus derechos y obligaciones vigentes entre ellas en virtud del *Acuerdo de Marrakech*

¹²⁸ Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 328-329.

¹²⁹ Marceau, “Conflicts of Norms and conflict of Jurisdictions,” 1090-1091; y Bartels, “Applicable Law in WTO Dispute Settlements Proceedings,” 506-509.

¹³⁰ *Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar* art 311 (10 de diciembre de 1982), http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf, *Carta de las Naciones Unidas* art. 101 (22 de junio de 1945), <http://www.un.org/es/documents/charter/>.

¹³¹ Bartels considera que la restricción impuesta en los artículos 3.2 y 19.2 del ESD, consistente en que “las recomendaciones y resoluciones [del OSD, de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación] no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en [el Acuerdo de la OMC],” son cláusulas de conflicto a favor de las normas de la OMC. Véase Bartels, “Applicable Law in WTO Dispute Settlements Proceedings,” 506-509. El autor considera que la anterior interpretación no tiene en cuenta la intención de estos artículos que radica en limitar los poderes del Órgano de Solución de Diferencias (“OSD”), los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en el cumplimiento de sus funciones y no la de contener cláusulas de conflicto. Para una explicación detallada de porqué los artículos 3.2 y 19.2 del ESD no son cláusulas de conflicto véase Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 343-345.

¹³² *TLC Colombia-Estados Unidos* art. 1.2 (21 de octubre de 2011), <http://www.tlc.gov.co/eContent/NewsDetail.asp?ID=5023&IDCompany=37&Profile=>

que Establece la Organización Mundial del Comercio y otros acuerdos de los cuales las Partes sean parte.

En caso de incompatibilidad entre las disposiciones de este Acuerdo y cualquiera de esos otros acuerdos, este Acuerdo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad (...).¹³³

En virtud de las anteriores cláusulas, un conflicto entre el Acuerdo de la OMC y un acuerdo comercial regional podría ser resuelto en favor de uno u otro acuerdo dependiendo de la cláusula de conflicto en cuestión. Así las cosas, en el evento en que un órgano judicial conformado bajo un acuerdo comercial regional concluya que las anteriores cláusulas son en efecto cláusulas de conflicto, éste podrá invocar dichas cláusulas para establecer que el Acuerdo de la OMC prevalece sobre el acuerdo comercial regional, o viceversa. Así mismo, en el evento en que los órganos judiciales de la OMC lleguen a la misma conclusión, éstos podrán utilizar dichas cláusulas como un referente interpretativo (artículo 31.3(c) de la CVDT) para establecer que el acuerdo comercial regional debe ceder frente al Acuerdo de la OMC, o viceversa.

B. *Lex posterior en el marco de acuerdos inter se*

En el marco de la relación entre derecho anterior y posterior, aplica el principio de *lex posterior* en virtud del cual el derecho posterior prevalece sobre el derecho anterior.¹³⁴ Este principio está contenido en el artículo 30 de la CVDT.

“Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia

1. Los derechos y las obligaciones de los Estados y de las organizaciones internacionales partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

(...)

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no queda terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre dos partes, que lo sean en ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;

b) en las relaciones entre una parte en ambos tratados y una parte en un tratado solamente, los derechos y obligaciones recíprocos se registrarán por el tratado en el que las dos sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 (...).”

Esta disposición diferencia dos escenarios distintos en los que aplica el principio de *lex posterior*: primero, cuando las partes de los tratados en cuestión son idénticas (numeral 3) y

¹³³ *TLC Canadá-Colombia* art. 102 (suscripción el 21 de noviembre de 2008) http://sice.oas.org/tpd/AND_CAN/Final_Texts_CAN_COL_s/Index_s.asp. Para otros ejemplos de cláusulas de conflicto véase *TLC Colombia-Estados del AELC* art. 1.4 (suscripción el 8 de noviembre de 2008), <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/NewsDetail.asp?ID=6776>. *TLC Estados Unidos-República de Corea* art. 1.2 (entrada en vigor 12 de marzo de 2012), http://www.sice.oas.org/TPD/USA_KOR/USA_KOR_e.ASP; Acuerdo entre la República de Chile y Japón para un Asociación Económica Estratégica art. 3 (entrada en vigor 3 de septiembre de 2007) http://www.sice.oas.org/Trade/CHL_JPN/CHL_JPN_Index_s.asp

¹³⁴ Comisión de Derecho Internacional, *Tercer Informe sobre el derecho de los tratados*, Gerald Fitzmaurice, Relator Especial, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, 45 (1958); Borgen, “Resolving Treaty Conflicts,” 603.

segundo, cuando las partes no son idénticas (literal (a) numeral 4). En el caso que nos ocupa, como los acuerdos comerciales regionales son celebrados, primero, entre un número reducido de miembros de la OMC y, segundo, entre miembros de la OMC y Estados que no son miembros; los Estados parte del acuerdo comercial regional no son idénticos a los Estados parte del Acuerdo de la OMC. Así las cosas, el escenario en que aplica la *lex posterior* es el segundo; cuando las partes de los tratados en cuestión no son idénticas (literal (a) numeral 4).

En el escenario en que las partes del acuerdo anterior y posterior no son idénticas, el numeral 5 del artículo 30 de la CVDT dispone que la *lex posterior* aplicará “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41.” En otras palabras, esta regla de solución de conflicto sólo aplicará si se verifican los elementos del artículo 41 de la CVDT, el cual regula los acuerdos que tienen por objeto modificar los tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente, los llamados acuerdos *inter se*.

Por el condicionamiento de la aplicación del principio de *lex posterior* al cumplimiento de las normas que regulan los acuerdos *inter se* en la CVDT, debemos estudiar el artículo 41 de esta Convención. El artículo 41 de la CVDT es de gran importancia en la relación entre acuerdos comerciales regionales y el Acuerdo de la OMC. En el Acuerdo de la OMC no existe una norma que regule la modificación de las relaciones jurídicas exclusivamente entre algunos de los miembros de la OMC y, por ende, no existe una norma especial que ha de aplicarse en oposición al artículo 41 de la CVDT. Ahora bien, hay quienes puedan alegar que los artículo X del Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (“Acuerdo de Marrakech”), el artículo IX del Acuerdo de Marrakech, el artículo XXIV del GATT, y el artículo V del AGCS son las normas especiales que deben aplicar a toda modificación de la relaciones jurídicas de los miembros de la OMC y no el artículo 41 de la CVDT.

En relación con el artículo X del Acuerdo de Marrakech, hay que distinguir entre “enmiendas” y “modificaciones.” En el caso del artículo X del Acuerdo de Marrakech, esta disposición solamente aplica al procedimiento de “enmiendas” al texto del Acuerdo de la OMC y dichas enmiendas se someten a la aprobación de todos los miembros. Adicionalmente, el artículo X del Acuerdo de Marrakech dispone que algunas de las disposiciones del Acuerdo de la OMC solamente pueden ser enmendadas con la aprobación de todos los miembros de la OMC¹³⁵ y en algunos casos las enmiendas al Acuerdo de la OMC surtirán efecto inclusive en relación con aquellos miembros que no las hayan aceptado.¹³⁶ Por el contrario, las modificaciones *inter se*, en la forma de acuerdos comerciales regionales, no implican una enmienda al texto del Acuerdo de la OMC y no se requiere que sean sometidas a la aprobación de los demás miembros de la OMC toda vez que no afectan sus derechos y obligaciones bajo el Acuerdo de la OMC.

En relación con el artículo IX del Acuerdo de Marrakech, esta disposición no prevé modificaciones a las relaciones jurídicas entre algunos de los miembros de la OMC. Esta disposición simplemente exige al miembro que solicita la exención del cumplimiento de una obligación del Acuerdo de la OMC y esta exención se predica de los compromisos con todos los miembros de la OMC por igual. Por ende, el artículo IX del Acuerdo de Marrakech no permite determinar la norma aplicable en una relación comercial particular y

¹³⁵ Véase el párrafo 2 del artículo X del Acuerdo de Marrakech.

¹³⁶ Véase párrafo 4 del artículo X del Acuerdo de Marrakech.

muchos menos la norma que rige la relación bilateral entre miembros de la OMC también partes de un acuerdo comercial regional.

Por su parte, los Artículos XXIV del GATT y V del AGCS, tal como se explicó anteriormente son un reconocimiento del derecho de los miembros de suscribir acuerdos comerciales regionales para la creación de áreas de libre comercio y uniones aduaneras. Sin embargo, tales artículos poco aportan a determinar la relación entre los acuerdos comerciales regionales y el Acuerdo de la OMC. Como se indicó anteriormente, los artículos XXIV del GATT y el artículo V del AGCS no determinan la norma que ha de prevalecer en caso de conflicto entre un acuerdo comercial regional y el Acuerdo de la OMC. Por el contrario, dichos artículos solamente justifican aquellas medidas internas adoptadas con el objeto de implementar el acuerdo comercial regional pero no tienen utilidad para justificar el acuerdo comercial regional *per se*.

Una vez precisada la relevancia del artículo 41 de la CVDT en la relación entre los acuerdos comerciales y las normas de la OMC procederemos al estudio detallado de esta disposición.

“Acuerdos para modificar acuerdos multilaterales entre algunas de las partes únicamente

1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o

b) si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:

i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y

ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga.”

El artículo 41 de la CVDT le permite a dos o más partes en un tratado multilateral celebrar acuerdos *inter se* cuando: (i) la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado multilateral (literal (a) del numeral 1), y (ii) la modificación en cuestión no está prohibida por el tratado multilateral (literal (b) del numeral 1).

En relación con las normas de la OMC, la situación que se verifica es la segunda, toda vez que la posibilidad de modificar el tratado por medio de acuerdos *inter se* no está prevista y tampoco existe una cláusula que prohíba la celebración de dichos acuerdos.¹³⁷ En esta situación se deben verificar las siguientes condiciones: (i) que el acuerdo *inter se* no afecte los derechos de terceros Estados partes del tratado multilateral; (ii) que el acuerdo *inter se* no afecte la consecución del objetivo y del fin del tratado multilateral; y (iii) que exista un sistema de notificación de acuerdos *inter se* en el tratado multilateral.

Las dos primeras condiciones están relacionadas con la noción de obligaciones integrales y recíprocas. En el derecho internacional hay consenso sobre la imposibilidad de modificar las obligaciones integrales por medio de acuerdos *inter se* porque se afectarían

¹³⁷ Sin embargo, hay que advertir que existen doctrinantes que consideran que el artículo XXIV del GATT ha sido considerado como una cláusula que prevé la celebración de acuerdos *inter se*, porque regula la forma de constituir áreas de libre comercio y uniones aduaneras. Véase Thomas Cottier & Marina Foltea, *Constitutional Functions of the WTO and Regional Trade Agreements*, 55.

los derechos de terceros Estados y el objeto y fin del tratado a modificar.¹³⁸ Las obligaciones integrales en un tratado son compromisos que se predicán frente a la colectividad de los Estados parte, mientras que las obligaciones recíprocas se predicán frente a cada uno de los Estados parte individualmente considerados.¹³⁹ En este contexto, es menester determinar la naturaleza de las obligaciones de la OMC, porque sólo en el evento en que éstas sean recíprocas un acuerdo *inter se* (acuerdo comercial regional) podría modificar el Acuerdo de la OMC.

El Profesor Pauwelyn considera que las obligaciones de la OMC son recíprocas¹⁴⁰ por las siguientes consideraciones: (i) fueron negociados bilateralmente;¹⁴¹ (ii) el comercio regula relaciones bilaterales: el acceso de un producto determinado del miembro A al mercado del miembro B; y (iii) la forma como las obligaciones de la OMC se hacen cumplir es exclusivamente bilateral. En relación con la última consideración, el ESD¹⁴² autoriza a la parte vencedora en una controversia suspender las concesiones que le otorga al miembro incumplido en el marco de la OMC.¹⁴³ De ser las obligaciones de la OMC integrales, no sería posible la suspensión bilateral de concesiones porque afectaría derechos de Estados ajenos a la controversia.¹⁴⁴

Por las consideraciones anteriores, las normas de la OMC son de naturaleza recíproca y en este sentido su modificación bilateral, por medio de acuerdos comerciales regionales *inter se*, no entraña la disminución de los derechos de otros miembros de la OMC ajenos a estos acuerdos y tampoco son incompatibles con la consecución efectiva del objeto y fin del Acuerdo de la OMC.

En lo relacionado con la tercera condición, el Acuerdo de la OMC sí tiene un sistema de notificación de acuerdos *inter se*, más precisamente de acuerdos comerciales regionales. En el marco de la OMC los miembros que decidan celebrar un acuerdo comercial regional deberán notificar esta intención al CCM en el marco del GATT¹⁴⁵ y en el marco del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios.¹⁴⁶

Como los acuerdos comerciales regionales de naturaleza *inter se* cumplen con los requisitos previstos en el artículo 41 de la CVDT, el principio de *lex posterior* es una regla aplicable a la solución de conflictos normativos entre el Acuerdo de la OMC y los acuerdos

¹³⁸ Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 306.

¹³⁹ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, 183.

¹⁴⁰ Véase para una posición en el sentido que las obligaciones de la OMC son integrales Joel Trachtman, "Book Review: Conflict of Norms in Public International Law: How WTO relates to Other Rules of International Law by Joost Pauwelyn," *Am. J. Int'l L.*, 98 (2004): 855.

¹⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE-Equipo informático*, párrafo 109.

¹⁴² Véase artículo 22 del ESD.

¹⁴³ Pauwelyn acertadamente observa que si las normas de la OMC fueran integrales no se permitirían la suspensión bilateral de concesiones porque afectaría los derechos de otros miembros de la OMC, en contravención del principio *pacta tertiis* (en virtud del cual las actuaciones entre dos Estados no pueden afectar los derechos de terceros estados). Véase Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 76.

¹⁴⁴ Para una explicación detallada de porqué las obligaciones de la OMC son recíprocas véase Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 52-88.

¹⁴⁵ Para una explicación detallada del procedimiento de notificación en el marco del GATT véase artículo XXIV:7 del GATT y artículo 7 del *Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994*, en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/10-24.pdf (obtenido el 20 de Noviembre de 2011).

¹⁴⁶ Para una explicación detallada del procedimiento de notificación en el marco del AGCS véase artículo V del AGCS y Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 713.

comerciales regionales. Ahora procederemos a analizar cómo opera concretamente el principio de *lex posterior*.

En virtud del principio de *lex posterior* el derecho posterior sustituye al derecho anterior. En otras palabras, el acuerdo comercial regional posterior al Acuerdo de la OMC prevalecerá sobre este último.¹⁴⁷ Este principio tiene plena aplicación en el marco de la OMC, toda vez que es una máxima reconocida y aprobada por los órganos judiciales de este foro.¹⁴⁸ Para que opere el principio de *lex posterior* se deben verificar dos elementos: (i) los tratados deben ser “sucesivos” y (ii) deben estar relacionados con la “misma materia”.¹⁴⁹

El primer elemento, “tratados sucesivos,” se refiere a un aspecto de temporalidad. Lo anterior suscita el siguiente cuestionamiento ¿Cuál es la fecha relevante para efectos de determinar cuál de los dos tratados es el posterior? Es generalmente aceptado que la fecha relevante para determinar cuál de los dos tratados es posterior, es la ratificación del tratado.¹⁵⁰ Sin embargo, utilizar la fecha de ratificación no tiene sentido en un conflicto entre dos tratados a los cuales se adhieran Estados subsiguientemente a su adopción, como es el caso del Acuerdo de la OMC. Ian Sinclair en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados expuso un ejemplo que no deja lugar a dudas:

“[I]maginemos una convención multilateral abierta a ratificación en 1960, el Estado A la ratifica en 1961, y la convención entra en vigor en 1962. Luego el Estado A y el Estado B concluyen un tratado bilateral concerniente a la misma materia en 1963 que entra en vigor en 1964, posteriormente el Estado B se adhiere a la convención multilateral en 1965. ¿Cuál de los dos tratados prevalece?”¹⁵¹

En el ejemplo anterior, si tomamos como fecha relevante la ratificación, el tratado calificado como posterior diferiría desde el punto de vista del observador; la convención multilateral será el tratado anterior desde el punto de vista del Estado A (ratificado en 1961), pero posterior desde el punto de vista del Estado B (adhesión en 1965). Toda vez que la fecha de ratificación no suministra una respuesta única, la fecha relevante para determinar cuál es la norma posterior no es la fecha de ratificación sino aquella en la que el tratado ha *entrado en vigor* para ambas partes, es decir, la fecha en que el consentimiento de los Estados converge.¹⁵² En el ejemplo anterior la norma posterior sería la convención multilateral que entró en vigor para ambos Estados en 1965 y la norma anterior el tratado bilateral que entró en vigor para ambos en 1964.

¹⁴⁷ Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 143.

¹⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE-Productos avícolas*, párrafo 79; Informe del Grupo Especial, *Japón-Medidas que afectan las películas y el papel fotográficos de consumo (Japón-Películas)*, WT/DS44/R, adoptado el 31 de marzo de 1998, párrafo 10.625; Laudo Arbitral (recurso al párrafo 6 del artículo 22), *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) (CE-Hormonas)*, WT/DS26, adoptado el 12 de julio de 1999, párrafo 51.

¹⁴⁹ Véase artículo 30.1 de la CVDT.

¹⁵⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, Segunda Sesión, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, Doc. A/CONF.39/C.1/SR.91 (Viena, 1969), 253.

¹⁵¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, Primera Sesión, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, Doc. A/CONF.39/C.1/SR.31 (Viena, 1968), 165. Este ejemplo es adaptado del libro Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 372.

¹⁵² Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 371-374.

En relación con el elemento consistente en que los tratados deben referirse a la misma materia, es importante recordar que este elemento es igualmente necesario para que se verifique un conflicto normativo. Como anotamos anteriormente, para que aplique la *lex posterior* es necesario que exista un conflicto. Por ende, siempre que exista un conflicto normativo entre el Acuerdo de la OMC y los acuerdos comerciales regionales los tratados en cuestión se refieren a la misma materia.¹⁵³

Así las cosas, en virtud del principio de *lex posterior* el acuerdo posterior, bien sea el Acuerdo de la OMC o el acuerdo comercial regional, debe prevalecer sobre el acuerdo anterior. Sin embargo, en determinadas casos el principio de *lex posterior* deberá ceder frente a otras reglas de solución de conflictos.

Primero, en aquellos tratados que contienen cláusulas de conflicto en las cuales se establece la prevalencia del tratado anterior, es evidente que la intención de las Partes es que el principio de *lex posterior* ceda frente a dichas cláusulas de conflicto. En otras palabras, cuando los acuerdos comerciales regionales posteriores al Acuerdo de la OMC contienen una cláusula de conflicto a favor de la prevalencia del Acuerdo de la OMC, éste último está llamado a prevalecer en casos de conflicto normativo, no obstante ser anterior al acuerdo comercial regional.

Segundo, en aquellos casos en que se evidencia que la intención de las partes era darle prioridad al acuerdo especial, incluso en aquellos casos en que el acuerdo especial sea anterior al tratado con el que entra en conflicto, el principio de *lex posterior* deberá ceder frente al principio de *lex specialis*. En otras palabras, deberá primar el acuerdo especial anterior sobre el tratado posterior.¹⁵⁴

Por las razones anteriores el principio de *lex posterior* no tiene una validez absoluta porque en algunos casos deberá ceder frente a las cláusulas de conflicto o frente al principio de *lex specialis*, que analizaremos a continuación.

C. *Lex specialis*

En el marco de la relación entre derecho general y derecho especial aplica el principio de *lex specialis* como una regla para solucionar el conflicto normativo entre los acuerdos comerciales regionales y la OMC. Este principio tiene diversas concepciones pero en esta sección sólo la estudiaremos como una técnica de solución de conflicto.¹⁵⁵ El principio de *lex specialis* como una técnica de solución de conflicto opera de la siguiente manera; en el evento en que una materia esté regulada por una norma general y por una norma más específica, esta última está llamada a prevalecer.¹⁵⁶

¹⁵³ Para efectos de la *lex posterior*, la identidad material de los tratados en cuestión se debe determinar tal como se enuncio en la sección 4.2 (condiciones necesarias para el acaecimiento de un conflicto de normas).

¹⁵⁴ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, 57; Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 328 – 329.

¹⁵⁵ Una concepción de la *lex specialis* distinta a una regla de solución de conflicto es como norma de interpretación. En desarrollo de esta regla interpretativa la norma específica se debe interpretar dentro del marco de la norma general. Esta concepción de la *lex specialis* si bien no aplica para solucionar conflictos genuinos, el caso que nos ocupa en esta sección, si puede ser una herramienta invalorable para solucionar un conflicto aparente.

¹⁵⁶ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, 37-38.

En el marco de la OMC este principio se ha aplicado para solucionar el conflicto entre diferentes disposiciones del Acuerdo de la OMC¹⁵⁷ e incluso para determinar que la relación entre el derecho consuetudinario internacional y el Acuerdo de la OMC es una relación entre derecho general y especial, en el sentido que en un caso de conflicto prevalecerán las normas de la OMC por su especialidad.¹⁵⁸ En consecuencia, no hay nada que impida aplicar en la OMC el principio de *lex specialis* como una regla de solución de conflictos normativos entre el Acuerdo de la OMC y los acuerdos comerciales regionales.¹⁵⁹

Ahora bien, en la aplicación de la *lex specialis* cómo se distingue lo general de lo particular. La generalidad y la especialidad son relativas. Una regla no es nunca “general” o “especial” en abstracto sino en relación con alguna otra. Esta relatividad funciona de dos formas. Una regla puede ser general o especial en relación con la *materia de que trata* o en relación con el *número de actores cuya conducta regula*.¹⁶⁰

a. La especialidad en cuanto al número de actores cuya conducta regula

Una norma es más específica que otra en relación con el número de partes a las que vincula dicha norma. En los casos en que un acuerdo comercial regional haya sido celebrado por un número reducido de miembros de un acuerdo multilateral, el acuerdo comercial regional debe considerarse como *lex specialis* porque regula la misma materia de la norma general (acuerdo multilateral) pero en una manera más profunda toda vez que persigue objetivos más específicos a razón de que se circunscriben a la actividad comercial de un número reducido de miembros. Por ejemplo, el acuerdo de la OMC (norma general) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (norma particular), ambos regulan la actividad comercial y tiene por objetivo la liberalización del comercio. Sin embargo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es más específico que el Acuerdo de la OMC porque busca la consecución del objetivo de la liberalización del comercio de una manera más profunda, toda vez que busca liberalizar el comercio entre los países miembros de la Unión Europea.

b. La especialidad en cuanto a la materia

¹⁵⁷ Informe del Grupo Especial, *Brasil-Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (Brasil-Aeronaves)*, WT/DS46/R, adoptado el 2 de agosto de 1999, párrafo 7.40; Informe del Grupo Especial, *Turquía-Textiles*, párrafo 9.92; Informe del Grupo Especial, *Indonesia-Automóviles*, párrafos 14.28 a 14.34

¹⁵⁸ Informe del Grupo Especial, *Corea-Contratación Pública*, párrafo 7.96. La práctica de la CIJ de preferir los tratados sobre el derecho internacional consuetudinario en caso de conflicto también está fundada en la *lex specialis*, véase *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos) (Merits)* [1982] CIJ [137] <http://www.icj-cij.org> (obtenido el 21 de diciembre de 2009); *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Túnez c. Jamahiriya Árabe Libia) (Judgement)* [1982] CIJ [38] <http://www.icj-cij.org> (obtenido el 21 de diciembre de 2009).

¹⁵⁹ Véase sobre la aplicación del principio de *lex specialis* para solucionar un conflicto entre normas de distintos tratados internacionales *Mavrommatis Palestine Concessions (Judgement)* [1924] CPCIJ (ser A) No. 2, 31.

¹⁶⁰ Nancy Kontou, *The Termination of Treaties in Light of New Customary International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1994), 142.

Una norma es más específica que otra en relación con la materia cuando el ámbito de aplicación de una disposición contiene como mínimo una cualidad no especificada en la otra; la ley especial aplica a un menor número de situaciones fácticas que la norma general y a un mayor nivel de detalle.¹⁶¹ Por ejemplo, en un conflicto entre el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC que regula las medidas sanitarias y fitosanitarias, independientemente del producto o del tipo de riesgo a la salud humana; y el Protocolo de Cartagena sobre la Seguridad de la Biotecnología que regula la misma materia pero en relación con *determinados* productos, “organismos vivos modificados”, y el riesgo *específico* que estos organismos representan para la salud humana;¹⁶² prevalece el Protocolo en virtud de la *lex specialis* por cuanto regula productos determinados y riesgos específicos.

VI. Conclusiones

En la búsqueda de la certidumbre jurídica en la determinación de la norma aplicable en el derecho internacional económico, el presente artículo ha presentado alternativas de solución al conflicto normativo entre los acuerdos comerciales regionales y el Acuerdo de la OMC. Sin embargo, como se advirtió al inicio de este trabajo ninguna de estas alternativas o reglas de solución de conflicto tiene una validez absoluta. Optar por una u otra depende de las circunstancias de cada caso concreto y no de un axioma jurídico de aplicación universal. Así mismo, inclinarse a favor de una de ellas no excluye la aplicación de las otras.

Antes de elaborar las directrices para solucionar el conflicto de normas o de jurisdicciones es importante precisar que en el actual contexto del comercio internacional y de los negocios internacionales es muy probable el acaecimiento de conflictos normativos. En este sentido, es relevante enfatizar que la inexistencia de una jerarquía entre las normas que conforman el derecho internacional, la fragmentación del derecho internacional en un gran número de sistemas especializados, y la proliferación de acuerdos comerciales regionales, no permiten establecer con claridad cuál de las normas involucradas en un conflicto normativo debe prevalecer en razón a su contenido o naturaleza.

Así mismo, en el marco del ordenamiento jurídico de la OMC la manera como se han utilizado los acuerdos comerciales regionales y las pocas normas que regulan la materia también son insuficientes para establecer con claridad cuál de las normas involucradas en un conflicto debe prevalecer; los acuerdos comerciales regionales o el Acuerdo de la OMC. El propio ESD limita la aplicación de normas de derecho internacional distintas a las normas de la OMC a eventos en que sirvan de evidencia, referentes de interpretación o como reglas de derecho relevantes en el razonamiento jurídico de los órganos judiciales de la OMC. Adicionalmente, las excepciones normativas contenida en el Acuerdo de la OMC, entre ellas las excepciones de integración regional, si bien pueden desde un punto de vista

¹⁶¹ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 251 – 251 (Springer 1975) citado en Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional*, nota al pie 60; Geral Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points,” IV, 2, 33 (1957): 237; Véase para la determinación de la identidad material entre dos tratados la sección 4.2.

¹⁶² Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica art. 1, (29 de enero de 2000), <http://www.cbd.int/biosafety/protocol.shtml>.

práctico solucionar un conflicto normativo, son de aplicación restringida y necesitan de la verificación de una serie de requisitos para poder ser invocadas.

En este contexto las reglas de solución al conflicto propuestas en este trabajo son de gran ayuda para solucionar un conflicto. Para efectos ilustrativos, a continuación explicamos una serie de lineamientos indicando los pasos que los agentes del comercio y los órganos judiciales en el ámbito de la OMC y los acuerdos comerciales regionales deberán agotar para solucionar un conflicto de normas.

Primero, se debe establecer si la norma del acuerdo comercial regional y el Acuerdo de la OMC se superponen en el sentido de *rationae materiae*, *rationae personae* y *rationae temporis*.

Segundo, es indispensable identificar si la norma del acuerdo comercial regional establece una directriz de conducta distinta a la dispuesta por el Acuerdo de la OMC para al menos un Estado parte de las normas en cuestión, bien sea porque otorgan derechos o imponen obligaciones contrarias. Para estos efectos, es útil identificar qué tipo de interacción normativa es la que se verifica en el caso concreto: (i) deber *c. deber*, (ii) deber *c. deber* complementario, (iii) deber *c. prohibición*, (iv) deber *c. excepción*, y (v) autorización *c. prohibición*.

Tercero, en caso en que se verifiquen los requisitos anteriores, los intérpretes de las normas deben, en la medida de lo posible, buscar más la coordinación de ambas normas que consagrar su antagonismo por medio de un ejercicio de interpretación. En este ejercicio interpretativo se podrá recurrir (i) al contexto del Acuerdo de la OMC o del acuerdo comercial regional y/o (ii) a las propias cláusulas de los acuerdos comerciales regionales para interpretar las normas de la OMC de una manera armónica con las normas de los acuerdos comerciales regionales, o viceversa. En el evento, en que no se pueda construir una interpretación armónica entre las normas del acuerdo comercial regional y el Acuerdo de la OMC, estamos ante un verdadero conflicto de normas.

Cuarto, en el caso de un verdadero conflicto de normas, se debe proceder a seleccionar la(s) regla(s) de solución al conflicto que tengan aplicación al caso concreto. En este orden de ideas, los agentes del comercio y órganos judiciales pueden acudir a una serie de figuras dispuestas en el Acuerdo de la OMC, si bien no para justificar el acuerdo comercial regional *per se*, sí para justificar las medidas internas adoptadas con el objeto de implementar el acuerdo comercial regional que sean inconsistentes con el Acuerdo de la OMC. Entre estos instrumentos encontramos las excepciones normativas, incluidas las excepciones de integración regional, y las exenciones.

Así mismo, podrán recurrir al las reglas de solución de conflictos normativos previstas en el derecho de los tratados. Entre estas identificamos las cláusulas de conflicto, la aplicación de la *lex posterior* en el marco de los acuerdos *inter se* y la aplicación de la *lex specialis*. Estas reglas determinan en caso de conflicto cuál de las normas ha de prevalecer, sin pronunciarse sobre la validez o legalidad de ninguna de ellas.

Quinto, una vez seleccionada la(s) regla(s) de solución al conflicto normativo. Los agentes del comercio que pretendan alegarla(s) en un foro internacional deberán demostrar que los elementos requeridos para su aplicación se verifican en el caso concreto.

Una vez desarrollada la totalidad de los planteamientos jurídicos esbozados en la introducción de esta investigación, cabe preguntarse qué ha aportado el presente documento, sobre todo considerando que el tema del conflicto de normas es un debate que ha sido objeto de innumerables publicaciones especializadas. La respuesta, en opinión del

autor, es que este artículo plantea una serie de cuestiones de una manera que no se han abordado anteriormente.

Este artículo no trata de desentrañar el porqué han proliferado tantos acuerdos comerciales regionales; o si el regionalismo afecta o beneficia el sistema multilateral del comercio de la OMC; o si la actual proliferación de acuerdos comerciales regionales continuará. Estas preguntas ya han sido centro de muchos debates, y muchas respuestas interesantes se han ofrecido sobre estas cuestiones. En este artículo partimos por reconocer que los acuerdos comerciales regionales son una realidad. Una realidad que no es nueva: los acuerdos comerciales regionales siempre han existido. En efecto, uno de los primeros instrumentos jurídicos internacionales de los que ha encontrado rastro la humanidad es el acuerdo comercial regional concertado entre el faraón egipcio Amenofis IV y el rey de Chipre Alasia en el siglo XIV A.C.¹⁶³ Así las cosas, este trabajo mira sobre todo hacia el futuro, y se interroga sobre la forma como las transacciones comerciales pueden blindarse ante la incertidumbre en materia de la norma aplicable.

En conclusión, las reglas de solución al conflicto normativo propuestas en este artículo son un faro en el camino hacia la certidumbre jurídica en la determinación de la norma aplicable en el comercio internacional, que esperamos ayuden a solucionar los inconvenientes a los que día a día se enfrentan los agentes del comercio.

¹⁶³ Pascal Lamy, “Acuerdos comerciales multilaterales y bilaterales: ¿amigos o enemigos?”; Discurso en la Conferencia Anual en memoria de Gabriel Silver en la Universidad Columbia, Nueva York, NY, 31 de octubre, 2006.