

LA ELECCIÓN DEL FORO EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y LOS RESULTADOS DE LA RONDA URUGUAY DEL GATT

Avelino LEÓN STEFFENS

I. La regulación jurídica del comercio internacional debe considerar los intercambios internacionales en una perspectiva tanto macro-económica como micro-económica y la notable interdependencia económica del mundo concretada en el fenómeno de la globalización.

La doctrina¹ se pregunta si la emergencia de bloques económicos regionales amenaza el sistema del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y está en contradicción con la globalización de los mercados. La respuesta de connotados economistas es que el regionalismo económico, en la medida que permanezca abierto, es perfectamente compatible con el multilateralismo.

Dentro de este contexto y a propósito del contencioso comercial internacional en un acuerdo de libre comercio como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), interesa analizar su compatibilidad jurídica en general con las nuevas normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y para efectos de la elección de foro que contempla el numeral 1 del Artículo 2005 del TLCAN. Dispone este precepto que:

Excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios

¹ Bernier, Ivan, *Le GATT et les arrangements économiques régionaux: le rapport du Groupe de travail sur l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, Université Laval, Les Cahiers de Droit, vol. 33, núm. 2, junio de 1992, p. 343.

negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor (GATT), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la parte reclamante.

El tratado que establece una zona de libre comercio de América del Norte contempla de esta manera una jurisdicción no exclusiva. En otros términos, se consagra para la Parte reclamante un derecho de opción entre el sistema de solución de controversias de dicho Tratado y el procedimiento que sobre este particular dispone la Organización Mundial del Comercio (Acta Final de la Ronda Uruguay y el Acuerdo de Marrakech, una y otro firmados en esta ciudad el 15 de abril de 1994) conocido como el “Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD).”

De manera general, en lo que toca a las relaciones del TLCAN con otros tratados internacionales se contempla un doble principio en su artículo 103:

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

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

Por otro lado, las partes del TLCAN deben “interpretar y aplicar las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.” (artículo 102.2).

En estos términos, se reconocen los derechos y obligaciones de Canadá, Estados Unidos y México, de acuerdo con la Organización Mundial del Comercio. En caso de incompatibilidad jurídica entre las disposiciones de la OMC y los preceptos del TLCAN, prevalece este último pero sólo en la medida de la incompatibilidad y a menos que en el mismo se disponga lo contrario.

Los límites en cuanto a la aplicabilidad de uno y otro tratado están dados por la referida incompatibilidad jurídica que determina

una prelación del TLCAN incluso por sobre la OMC pero sólo en la medida de la incompatibilidad. Por definición ésta supone dos términos que se oponen. Las diferencias determinan que prevalezca el TLCAN pero sólo en lo estrictamente necesario. Como se aprecia, se trata de un umbral difícilmente determinable *a priori*. El contenido de las normas va a diferir en el caso específico de que se trate. La prevalencia de reglas del TLCAN no puede ir más allá de la medida de esa incompatibilidad pero al propio tiempo en todo su contenido. Una excepción está constituida por tratados en materia ambiental y de conservación a que se refiere el artículo 104 del TLCAN y que prevalecen por sobre este último.

El establecimiento de una jurisdicción no exclusiva en el TLCAN delimita el alcance de la incompatibilidad a normas jurídicas sustantivas o de fondo. Las normas adjetivas referidas a la solución de controversias quedan fuera de la misma.

En la dualidad entre el *forum* y el *ius*, la compatibilidad entre las normas sustantivas de la OMC y del TLCAN conduce a la aplicabilidad por el foro elegido de unas y otras disposiciones.

El análisis jurídico de compatibilidad entre el TLCAN y los resultados de la Ronda Uruguay ha de considerar la división que el nuevo estatuto de la OMC hace entre el Comercio de Mercancías y el Comercio de Servicios.

II. En cuanto al Comercio de Mercancías, la compatibilidad debe apreciarse a través de los requisitos establecidos en la norma fundamental del Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que define una zona de libre comercio como

“un grupo de dos o” “más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana” “y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas... con respecto a lo” “esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los” “territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio” (párrafo 8, letra b). Además, “en el caso de una zona de libre comercio o de un acuerdo” “provisional tendiente al establecimiento de una zona de libre comercio, los” “derechos de aduana mantenidos en cada territorio constitutivo y aplicables al” “comercio de las partes contratantes que no formen

parte de tal territorio o” “acuerdo, en el momento en que se establezca la zona o en que se concierte el” “acuerdo provisional”, no deben ser “más elevados, ni las demás reglamentaciones comerciales más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la zona antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso”, (párrafo 5, letra b); y “todo acuerdo provisional” a que se refiere el apartado b anterior debe comprender “un plan y un programa para el” “establecimiento, en un plazo razonable de la zona de libre comercio” (párrafo 5, letra c).

También la referida compatibilidad debe considerar que los objetivos propios de un acuerdo de libre comercio se desarrollan mediante normas jurídicas sustantivas y adjetivas de derecho internacional económico. Las primeras constituidas por los conocidos principios de la nación más favorecida, trato nacional, transparencia, estándares mínimos, salvaguardias o cláusulas de escape. En cambio, las normas adjetivas tienen por objeto la solución de controversias en la zona de libre comercio.

Dentro de los Resultados de la Ronda Uruguay está el GATT de 1994, uno de cuyos entendimientos se refiere precisamente a la interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. De esta manera se reconoce que las zonas de libre comercio

“han” “crecido considerablemente en número e importancia desde el establecimiento” “del GATT de 1947 y que abarcan” junto a las uniones aduaneras “una” “proporción importante del comercio mundial”. Al mismo tiempo se reafirma “que el objeto de esos acuerdos debe ser facilitar el comercio entre los” “territorios constitutivos y no erigir obstáculos al comercio de otros miembros” “con esos territorios...”.

En mérito de lo relacionado, los miembros de la OMC convinieron en que:

Para estar en conformidad con el artículo XXIV, las uniones “aduaneras, las zonas de libre comercio y los acuerdos provisionales” “ten-

dientes al establecimiento de una unión aduanera o una zona de libre” “comercio deberán cumplir, entre otras, las disposiciones de los párrafos 5, 6, 7” “y 8 de dicho artículo”.

Lo anterior está corroborado con la norma general del artículo XVI numeral 4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio que obliga a cada miembro a asegurarse “de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos”.

En conclusión, reunidos todos estos requisitos opera de pleno derecho la zona de libre comercio como excepción al principio de la nación más favorecida y su reglamentación jurídica es compatible con el GATT de 1994. Esta conclusión es sin perjuicio del derecho de cualquier miembro de la OMC para recurrir

a las disposiciones de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, con respecto a cualesquiera cuestiones derivadas de la aplicación de las disposiciones del artículo XXIV referentes a uniones aduaneras, zonas de libre comercio o acuerdos provisionales tendientes al establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio (Nº 12 del Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994).

III. En cuanto al comercio de servicios, la compatibilidad jurídica entre el TLCAN y el Acuerdo de Marrakech debe considerar por una parte el artículo I del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC (Anexo 1 B) que define el comercio de servicios y por otro lado, su artículo V. Este precepto se refiere a la integración económica y en su número 1 dispone que:

El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte “en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo, o celebrar un acuerdo de ese tipo, a condición de que tal acuerdo.

a) tenga una cobertura sectorial sustancial (Esta condición se entiende en términos de número de sectores, volumen de comercio afec-

tado y modos de suministro. Para cumplir esta condición, en los acuerdos no deberá establecerse la exclusión a priori de ningún modo de suministro) y

b) establezca la ausencia o la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación entre las partes, en el sentido del artículo XVII, en los sectores comprendidos en el apartado a), por medio de:

- i) la eliminación de las medidas discriminatorias existentes y/o
- ii) la prohibición de nuevas medidas discriminatorias o que aumenten la discriminación,

ya sea en la fecha de entrada en vigor de ese acuerdo o sobre la base de un marco temporal razonable, excepto por lo que respecta a las medidas permitidas en virtud de los artículos XI, XII, XIV y XIV bis.

IV. Desde el punto de vista de las normas adjetivas o de procedimiento, el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio contempla el “Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias” (ESD).

La doctrina² ha destacado estas normas por constituir un “sistema integrado de solución de controversias” que se aplica a los Acuerdos de Marrakech abarcados por este entendimiento: principalmente el Acuerdo por el que se establece la propia Organización Mundial del Comercio y los llamados Acuerdos Comerciales Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías; sobre el Comercio de Servicios y sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

El entendimiento en análisis es administrado por el Consejo General de la OMC como el Órgano de Solución de Diferencias (OSD). En consecuencia, el OSD

estará facultado para establecer grupos especiales, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados (Artículo 2, ESD).

2 Prof. E.U. Petersmann (Parts I-VI) and Prof. F. M. Abbott (Parts III), First Report of the Committee, International Law Association, Buenos Aires Conference (1994), p. 251.

A propósito de estas normas se destaca³ la “judicialización” del nuevo sistema de solución de controversias de la OMC por la adopción quasi-obligatoria de los informes de los grupos especiales y mediante la posibilidad de un examen en apelación a través del establecimiento de un Órgano Permanente de Apelación. Este Órgano conoce de los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales y se integra por siete personas, de las cuales actuarán tres en cada caso (artículos 16.4 y 17).

En esta breve síntesis, conviene también resaltar que el nuevo sistema integrado de solución de diferencias de la OMC permite lo que se denomina *cross-retaliation*,⁴ una retorsión cruzada. En sustancia, estas medidas de represalia se contemplan en el artículo 22 del ESD y se traducen en una autorización del OSD “para suspender la aplicación” con carácter temporal “al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados”(artículo 22, numeral 2).

En Chile, a propósito del debate parlamentario para la aprobación de los Resultados de la Ronda Uruguay del GATT, se puso de relieve que uno de sus logros es el nuevo sistema de solución de controversias “cuyos procedimientos” y plazos dan suficientes garantías para países como Chile de que sus derechos serán respetados y se evitará que otros países vuelvan a deslizarse por la senda del proteccionismo discriminatorio.⁵ En mi país, preocupa mucho la constante aparición de formas larvadas de proteccionismo, de distorsiones al libre comercio: el *dumping*, los subsidios, las barreras no arancelarias y los derechos compensatorios. Todo esto que la doctrina engloba como “medidas, normas y políticas diseñadas y utilizadas para influir de manera proteccionista en los flujos internacionales del comercio”.⁶ Nuestra preocupación se ve agravada por el gran número de decisiones pronunciadas por paneles binacionales en materia de derechos *antidumping*.

3 *Idem*, p. 252.

4 *Idem*, p. 251.

5 Mariano Fernández, A., Ministro de Relaciones Exteriores Subrogante. Versión Oficial Extractada 330 a Legislatura. *El Mercurio*, 9 de diciembre de 1994.

6 Dolzer, Rudolf, Heidi Bergmann, “Free Trade Distortions”, en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1995, vol. II, p. 478.

ping y derechos compensatorios en el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos. En especial, el cuestionamiento de la constitucionalidad ante el derecho norteamericano de los paneles arbitrales en el “Caso de la madera”. Es bien conocido el recurso presentado en Estados Unidos por la *Coalition for Fair Lumber Imports* para declarar inconstitucional el capítulo XIX del TLCAN aún cuando haya desistido del mismo el 15 de diciembre de 1994.⁷

V. De manera general, la coherencia y consistencia jurídica de las normas del GATT con los acuerdos de libre comercio se han analizado a través de los Grupos de Trabajo del GATT. Esta compatibilidad llevó a los autores a sostener que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, considerando especialmente los capítulos referidos a inversiones, propiedad intelectual y comercio transfronterizo de servicios, constituía un “GATT-Plus”. En esta materia, se ha restablecido un equilibrio a través de los Acuerdos de la OMC sobre el comercio de servicios y los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, por mencionar dos ejemplos. Toda una normativa de liberalización comercial avanzada que ha venido, a su vez, a mejorar lo que existía en materia de acuerdos de libre comercio.

Dado el grado de coincidencia normativa, las controversias pueden surgir en relación con disposiciones contenidas tanto en la OMC como en el TLCAN. Desde un punto de vista sustantivo será posible aplicar por el foro competente tanto unas como otras disposiciones. En el TLCAN su compatibilidad con el sistema del GATT se aprecia de entrada en el Preámbulo, en que las partes manifiestan su decisión de “Desarrollar sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como de otros instrumentos bilaterales y multilaterales de cooperación.” Enseguida, cuando en el primer artículo del TLCAN “Las partes de este Tratado, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, establecen una zona de libre comercio” (artículo 101). Finalmente, la compatibilidad

⁷ Véase *Free Trade Update*, Ivan Bernier, Sophie Dufour, Les Editions Yvon Blais Inc., Montréal (Quebec), FTU, 1995, vol. 5, núm. 1, marzo de 1995, p. 1.

se aprecia por una constante referencia del TLCAN al GATT (*v. gr.*: artículos 103, 201, 309, 603, 704, 903, 1720 N°6, 1902, 1911, etcétera).

Por excepción no será posible una aplicación conjunta en caso de incompatibilidad de normas y en los términos que hemos señalado.

Como los foros son excluyentes entre sí (artículo 2005, numeral 6) aunque las normas de fondo aplicables puedan ser las mismas, se corre el riesgo que se produzcan interpretaciones divergentes. En el pasado la doctrina⁸ lo ha destacado al cotejar el GATT con el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos, en el caso del salmón y del arenque (1989) y en el caso de los cangrejos de Canadá (1990).

Más recientemente la cuestión se ha planteado en una decisión de un panel binacional constituido en virtud del capítulo XIX del TLCAN. Su objeto fue examinar una resolución de 22 de abril de 1994 del Tribunal canadiense de comercio exterior, en el asunto de hilo sintético para máquina embaladora con una resistencia a la tensión de 200 lb al menos, originario o exportado de Estados Unidos de América (CDA-94-1904-02). En este caso, para los efectos de configurar un *dumping* se habría aplicado la ley canadiense sobre las medidas especiales de importación con prescindencia de las obligaciones que para Canadá resultan del GATT, a través del Código antidumping del GATT y su comité de prácticas antidumping.⁹

CONCLUSIÓN

La incorporación de los derechos y obligaciones para las Partes del TLCAN de los Resultados de la Ronda Uruguay del GATT en el Comercio de Mercancías y de Servicios determina la concurrencia en el caso particular de reglamentaciones económicas sustantivas multilaterales y bilaterales, en general, jurídicamente compatibles. A menos que se produzca una incompatibilidad específica, las controversias en la zona de libre comercio deben ser resueltas por el foro elegido

8 Bernier, *op. cit.*, p. 339.

9 Véase *Free Trade Update*, Ivan Bernier, Sophie Dufour, FTU, 1995, vol. 5, núm. 2, julio de 1995, pp. 13 y 14.

aplicando conjuntamente unas y otras reglas y las normas aplicables del derecho internacional, aún cuando esta aplicación pueda conducir a interpretaciones divergentes con el foro excluido. En el caso de la OMC, éste constituye un sistema integrado de solución de controversias, en el que es posible interponer un recurso de apelación contra la decisión de un grupo especial y medidas autorizadas de represalia a través de “retorsión cruzada”.