

LA OMC Y LOS DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

*Aníbal Sierralta Ríos**

RESUMEN

Esboza las categorías consagradas por la OMC y su impacto en el Derecho internacional. Asimismo, los nuevos desafíos que origina el crecimiento comercial.

ABSTRACT

Outline the categories of international trade enshrined by the WTO and its impact on international law. Also, the new challenges which causes commercial growth.

* Profesor del Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN). Miembro fundador de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y de la Asociación Peruana de Doctores en Derecho. Autor de cerca de veinte libros editados en Lima, Buenos Aires, Bogotá, Asunción, Medellín y Porto Alegre. Algunas de sus obras han sido traducidas al inglés y portugués. Ha sido consultor de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Es presidente del Centro Internacional de Administración y Comercio, árbitro internacional, investigador y profesor visitante del Max Planck Institut (Hamburgo).

Con el presente artículo, el autor formaliza su incorporación como Miembro Asociado, conforme a lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, mediante Acta del 13 de diciembre de 2018.

Palabras clave: Derecho internacional, medioambiente, soberanía, competencia.

Keywords: International law, environment, sovereignty, competition.

- - -

El comercio internacional tiene hoy un escenario totalmente nuevo como consecuencia de la gran revolución de los transportes, el extraordinario desarrollo de las telecomunicaciones y la influencia de las grandes potencias mundiales. El actor gravitante es la OMC cuyas reglas impactan en el Derecho Internacional con nuevas categorías y desafíos.

1. LA IDEOLOGÍA DEL LIBRE COMERCIO

La idea del libre comercio internacional fue recogida conjuntamente con la creencia de la salvación de las almas de los indígenas para justificar la conquista de los pueblos nativos del continente americano pues se consideraba que la libertad comercial era un derecho natural de las monarquías que las investía del poder de conquista. Así, una concepción mercantilista extremista consideraba que si un país carecía de determinado recurso, la única forma de adquirirlo era entregando oro; pero si no poseía este medio, su única salida era la intervención militar.

Empero, Adam Smith y David Ricardo esbozaron lo que se conoce como la teoría de las ventajas comparativas. Fue el primero quien, siendo un puritano, afirmó que todo intercambio es libre “mientras no viole las leyes de la justicia”, es decir, admitía la regulación del mercado no solo por la ley sino por el derecho, que está encima de esta, y más aún por la justicia que supera a los dos a través de la equidad que es una categoría suprema en cualquier sistema de valores. Por ello la teoría ricardiana, que ha reinado

hasta la fecha, admite la posibilidad de la intervención estatal como es la cláusula de salvaguardias, dentro del marco de la OMC.

Esta afirmación que es reconocida en la más destacada doctrina internacional ha sido extraña para algunos profesores latinoamericanos quienes siguen sin cuestionamientos la doctrina ultraliberal.

Sin negar las bondades del libre mercado, la competencia y la inversión, que han posibilitado avances en la medicina, la farmacopea, las telecomunicaciones, la nanotecnología y el transporte, en favor de la especie humana; no se puede ocultar que el afán por conquistar los mercados y acumular riqueza ha derivado en el ultraliberalismo. Ello ha propiciado que a inicios de este siglo se hayan planteado serios cuestionamientos en el campo doctrinario, jurisprudencial y en los foros académicos. Basta leer los libros de Joel R. Paul (*Do International Trade Institutions Contribute to Economist Growth and Development*), Paul Krugman (*Is Bilateralism Bad?*), Jagdish Bhagwat y Robert Hudec (*I Fair Trade and Harmonization*), o Wassily Leontief (*Domestic Production and Foreign Trade: the American Capital Position Re-examined*); así como analizar la producción jurisprudencial de la OMC; y finalmente recordar los foros de las Universidades de Berkeley, Harvard o Columbia; para concluir que la teoría de la ventaja comparativa está determinada ahora por la tecnología, la cultura, las políticas públicas y el poder.

2. CRITERIOS ÉTICOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL

El paradigma que plantea el ultraliberalismo es el de la competencia y el del lucro sin límites lo cual lleva a los diferentes actores del mercado a actuar con un ansia desorbitada de dominarlo. Paralelamente, el proceso de estandarización y uniformización de las costumbres y la moda han generado la fabricación de productos similares, iguales o en un mismo nivel tecnológico, lo cual hace que muchas industrias produzcan las mismas mercaderías y concurren a los mismos mercados, haciendo surgir, entre ellas, la pugna acerada por conquistarlos.

Los diferentes actores parecen propensos a actuar en función de criterios de poder, rentabilidad o intereses particulares. Sin embargo, es posible que si su actuación y su afán de lucro fueran a la par con el cumplimiento de valores como lealtad, buena fe y justicia sería más provechosa para la comunidad internacional.

1.1. Lealtad y buena fe

Las operaciones comerciales se realizan en medio de distintos sistemas jurídicos y, en consecuencia, diferentes ordenamientos legales. Es decir, en espacios con culturas que pueden tener patrones éticos o morales distintos.

La buena fe de los comerciantes y su lealtad fue una idea inspiradora desde los primeros intermediarios en el medioevo y ha sido una línea constante a través del tiempo. El Instituto para la Unificación del Derecho Privado, Unidroit, que es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones y restablecida en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, reconoce tal preocupación en el art. 1.7 de sus principios que sentencia: “Las partes deben actuar con buena fe y lealtad comercial en el comercio internacional”. “Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber”. Igualmente, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 tiene como uno de sus fines promover la “observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

El sentido ético se fundamenta en el valor inalienable de la persona humana, fuente de todos los derechos y del orden social. El ser humano es un fin y no un medio, un sujeto y no un objeto, ni un producto mercantil. De tal manera que el sistema internacional de comercio reconoce a la persona como ser supremo de la creación y a las comunidades como el medio en el cual se desenvuelve. Ello nos lleva a la noción del desarrollo equitativo y sostenible.

2.2. El comercio justo

El comercio justo es un enfoque basado en la cooperación y la solidaridad que busca el desarrollo sostenible para los productores del tercer

mundo. Su objetivo es mejorar las condiciones comerciales y posibilitar un mejor tratamiento y consideración de parte de los grandes importadores. Parte de la idea de que la pobreza de los países no se explica tanto por un retraso del desarrollo, sino que es la consecuencia de los términos de intercambio desfavorables fijados por los grandes compradores del norte. De manera más concreta, el comercio justo propone un mercado alternativo regulado de acuerdo con principios de democracia, transparencia y participación, diferentes de los del comercio convencional, en el que la cadena integrada de distribución esté centrada en el compromiso de que los diversos actores a lo largo del proceso de producción y distribución laboren de acuerdo con los principios del comercio justo. Finalmente, el comercio justo también representa una ideología, pues según sus principios el comercio en particular y la economía en general pueden ser instrumentados para alcanzar el progreso social, la equidad y los valores de solidaridad entre las naciones y los individuos¹.

La propuesta del comercio justo surge en 1959 en Holanda, pero sus antecedentes datan de 1950 con los esfuerzos del Comité Central Menonita, la *Sales Exchange for Refugee Rehabilitation and Vocation*, Oxfam International y SOS. Ahora hay más de 65 organizaciones importadoras en Europa cuyo trabajo se basa en los siguientes principios: salario digno, fomento por parte de la organización productora de la igualdad entre hombres y mujeres acompañada de un compromiso en materia de educación y salud, producción respetuosa con el entorno social y productos de calidad.

A pesar de sus loables propósitos y la necesidad de su existencia, este esfuerzo ha sido cuestionado debido a que se ha hecho sin tener un diálogo continuo con las regiones en vías de desarrollo hacia quienes está dirigido. Ello se ha debido no solo porque los principales motores son Europa, Canadá y Estados Unidos de América —que diseñaron el actual escenario—, sino porque del lado de América Latina, no se han constituido asociaciones similares ni han surgido líderes capaces de influir en los foros de este movimiento.

¹ Corinne GENDRON / Arturo PALMA TORRES / Veronique BISAILLON, *El comercio justo*, Buenos Aires: Marea, 2012, pp. 15-16.

3. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La Ronda Uruguay (1986), en la que participaron 123 países, se extendió casi por ocho años (1986-1994) y dio origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC) que instauró un nuevo sistema del comercio internacional que se rige por siete principios o criterios orientadores.

3.1. Cláusula de la nación más favorecida

Este criterio, eje fundamental del Derecho Internacional, nace en el siglo XIX, concretamente en 1860, con la firma del Tratado Cobden-Chevalier entre Inglaterra y Francia. Fue recogido por la Organización Mundial del Comercio y es un principio según el cual si un país, mediante acuerdo, otorga un beneficio o concede un mejor tratamiento a otro país, tales beneficios o ventajas se extenderán o se aplicarán, de forma automática, a todas las demás partes que integren el convenio o que se encuentren vinculadas a un determinado marco comercial de integración, mercado o área. Luego, si un Estado reduce un obstáculo comercial o abre sus fronteras debe prolongar esta deferencia para los mismos productos o servicios de otros Estados que al igual que el primero sean parte de un tratado.

El principio se esboza como una cláusula específica en los Tratados de Libre Comercio, de allí su nombre de “cláusula de nación más favorecida”, ya que, reconociendo los privilegios arancelarios que un país le da a otro los extiende, automáticamente, a todos aquellos con los cuales ha suscrito acuerdos.

En virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden establecer discriminaciones. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción de aranceles) se tiene que hacer lo mismo con todos los demás países de la OMC, conforme lo dice el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT (art. 1); el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, AGCS (art. 2) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC (art. 4).

3.2. Trato nacional

Este principio se remonta a la antigua ley hebrea, que posteriormente fue invocada en los primeros acuerdos entre las ciudades-estado italianas en el siglo XI; luego en los tratados comerciales suscritos durante el siglo XII entre Inglaterra y las potencias europeas; también en los acuerdos entre las ciudades-estado alemanas que conformaron la Liga Hanseática desde el siglo XII. El principio también fue incorporado en varios tratados marítimos de las potencias europeas durante los siglos XVII y XVIII, haciéndose común en los tratados suscritos a fines del siglo XIX².

Su consagración está en el art. 3 del GATT, art. 17 del AGCS y en el art. 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, aunque, también en estos casos, se aborda de manera ligeramente diferente. Se aplica una vez que el producto, el servicio o la obra de propiedad intelectual han entrado en el mercado. Brinda a otros países el mismo trato que tienen los nacionales. Así, las mercancías importadas y las nacionales deben recibir el mismo trato, cuando las primeras hayan ingresado al mercado local. Por lo tanto, la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una transgresión al trato nacional, aunque a los productos fabricados en el país no se les aplique un impuesto equivalente.

A pesar de su antigüedad no hay una precisión clara ni en el primigenio art. III del GATT ni en los otros Acuerdos, lo que ha llevado a diferentes interpretaciones sobre todo en los países del sistema jurídico del *common law* tan proclive a la casuística.

3.3. Comercio libre

Uno de los principios de la OMC es la reducción de los obstáculos al comercio. Inicialmente, se planteó la reducción de los aranceles (derechos aduaneros) a las mercancías importadas. En el decenio de 1980 se ampliaron para incluir los obstáculos no arancelarios aplicados a las mercancías y esferas nuevas como las de los servicios y la propiedad intelectual.

² Michael J. TREBILCOCK, *Understanding Trade Law*, Cheltenham (UK) /Northampton Massachusetts (USA): Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 59.

Finalmente, a mediados del decenio de 1990, los aranceles aplicados por los países industrializados a los productos industriales bajaron, de forma ininterrumpida, hasta situarse en menos del cuatro por ciento.

La apertura de los mercados puede ser beneficiosa, pero requiere que sea progresiva, a fin de superar las asimetrías derivadas del mayor predominio y posesión de las tecnologías.

3.4. Previsibilidad

Es el principio según el cual los actores del comercio mundial deben tener reglas de juego claras y previamente conocidas a fin de saber hacia dónde camina el mercado. Mediante la estabilidad y la previsibilidad se fomentan las inversiones, se crean puestos de trabajo y los consumidores pueden aprovechar los beneficios de la competencia: la posibilidad de elegir precios más bajos.

3.5. Competencia leal

Se ha mencionado con frecuencia que la OMC es una organización que propugna el desarrollo del “libre comercio”, lo cual no es completamente exacto. Desde los prolegómenos de su creación, el fin fundamental ha sido el asunto de los aranceles que es una medida política de soberanía; pero además nunca ha abandonado el criterio de protección de la industria nacional a través de medidas como las salvaguardias y las reglas de *dumping*. De tal manera se puede afirmar que la OMC es un sistema de normas consagrado al logro de una competencia abierta, leal y sin distorsiones: un comercio sano.

La libertad que alienta no significa de modo alguno la desprotección de las industrias nacionales, por el contrario todos los textos jurídicos buscan defender a la industria doméstica frente al desborde de los más poderosos o ante prácticas comerciales vedadas y oscuras.

Precisamente las reglas sobre la nación más favorecida y de trato nacional tienen por objeto lograr condiciones equitativas de comercio; de la misma manera como lo son las normas relativas al *dumping* y las subvenciones, que admiten la nacionalidad de las empresas e impide el abuso. Por ello, los procedimientos están diseñados para propiciar y

asegurar un comercio leal, imponiendo sanciones y medidas restauradoras a las empresas y los Estados a fin de compensar el daño ocasionado por el intercambio desleal.

3.6 Promoción del desarrollo

La esencia y objetivo de la OMC es la promoción del desarrollo a través del comercio internacional, como expresamente lo señala el primer considerando del Acta final de su constitución, de fecha 15 de abril de 1994 y en la cual los países reconocen y admitan que las relaciones comerciales “.... Deben tender a elevar los niveles de vida a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo...”

Sin embargo, este es uno de los principios menos invocados por los órganos encargados de tratar las diferentes patologías que afectan el libre comercio; a pesar de que es el argumento más sólido para imponer medidas *antidumping* y derechos compensatorios.

Tal vez la explicación de esta omisión se deba a que tan importante principio no está en el articulado de los Acuerdos, es decir en lo que es el derecho sustantivo de la OMC, y al cual se aferran los abogados del sistema jurídico latino invocando los artículos tenazmente; sino que está en los considerandos o lo que es el ánimo y sentido de la norma que es de frecuente referencia por los juristas del sistema del *common law*, tan proclives a los precedentes y el razonamiento causal. Es decir, los juristas del sistema latino lo soslayan y los del *common law* lo reconocen y le dan valor, incluso hay un trabajo valioso como el libro de Sonia E. Rolland, *Development at the WTO*; en tanto que la doctrina latinoamericana no ha ofrecido uno similar o aproximado.

A partir de este principio el ordenamiento de la OMC otorga a los países en desarrollo flexibilidad para aplicar los Acuerdos, prevé asistencia y otorga concesiones comerciales especiales; teniendo en consideración que

más de las tres cuartas partes de sus miembros son países en desarrollo o países en transición a economías de mercado.

En consecuencia el desarrollo, llamado desarrollo económico por la doctrina económica y política en la segunda mitad del siglo XX; o economía del desarrollo, esbozada por la literatura anglosajona, hasta las políticas del “Consenso de Washington”, promovidas por el sistema financiero internacional en los años ochenta y noventa, han considerado su importancia para superar las disparidades en los niveles de vida de los pueblos del mundo, conceptualizándolo como un derecho humano, que articula nociones tales como el “desarrollo sostenible” o el “derecho al desarrollo”. Razón por la cual se consagra como el principio más destacado de la OMC.

Mientras el PIB per cápita se utilizó durante mucho tiempo como un indicador para medir el desarrollo de un país, ahora el índice de Desarrollo Humano (IDH) de las Naciones Unidas incluye factores que miden el grado en que se satisfacen las necesidades básicas de un país, como la accesibilidad al agua, o el peso de los niños por edad, como componentes críticos adicionales del desarrollo. Un concepto más complejo incluye elementos como la oportunidad económica y la igualdad de oportunidades y género. El coeficiente de Gini que mide las desigualdades del ingreso nacional también es una medida de desarrollo relevante. Esta multitud de criterios para medir el desarrollo refleja tanto su variabilidad como una estructura económica, social y política que hace esquivo y difícil definirlo y establecer sus límites conceptuales³.

3.7 Trato especial y diferenciado

Este principio se deriva del anterior, referido a la promoción del desarrollo, y del criterio de reciprocidad sobre los cuales se articulan las normas de la OMC. Sin embargo, ello no ha sido efectivo debido a las imprecisiones de muchas de las nuevas categorías comerciales y a la tendencia a la uniformización y estandarización de todo el sistema de comercio internacional en contra de las diferentes culturas y niveles de desarrollo.

³ Sonia E. ROLLAND. *Development at the WTO*, New York: Oxford University Press, 2012, p. 15.

Los Acuerdos de la OMC tienen disposiciones vagas y ambiguas que dificultan la aplicación de un trato especial y diferenciado a los países en vías de desarrollo, mientras que en otros, este principio está claramente expresado. Hay 145 disposiciones sobre el particular en los textos jurídicos. No obstante sus contenidos están redactados en un lenguaje impreciso, lo que dificulta su aplicación por el Órgano de Solución de Diferencias, al ser difícilmente identificables, por no decir imposibles, las obligaciones que se derivan de muchas de ellas. Ello ha llevado a incluir en la Declaración de Doha la necesidad de estudiar la posibilidad de un Acuerdo Marco⁴.

4. LOS INTERESES NACIONALES

Los intereses nacionales son definidos por cada país e inspiran sus políticas exteriores en temas sobre crecimiento y desarrollo industrial, fortalecimiento del aparato productivo mediante la elevación de sus niveles de productividad y competitividad; mejora de las condiciones laborales, salud y educación de la población; así como una racional utilización de los recursos naturales. Ellos pueden estar contenidos en un plan, fruto del consenso de la nación.

El gran dilema para asegurar un progreso sustentable es cómo recuperar la centralidad del Estado sin poner a las sociedades en la tesitura de “salto para atrás” que podría ser más destructiva de las relaciones sociales, institucionales y la capacidad productiva que lo que hasta el momento han sido los cambios estructurales emprendidos para lograr una pronta inscripción de los países latinoamericanos en el marco de la globalización. Ello hace renacer la importancia de los intereses nacionales dentro del Estado moderno que posibilite enfrentar los profundos cambios de la economía internacional.⁵

⁴ AnaMANERO SALVADOR. *OMC y desarrollo: evolución y perspectivas del trato desigual en el Derecho del Comercio Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 185 y 188.

⁵ Rolando CORDERA CAMPOS. “Nacionalizar la globalización: Aproximaciones al Estado necesario” en: *El Estado ante la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 27.

De manera que los hechos hacen necesario delinear los intereses nacionales en el comercio exterior, como parte de su desarrollo.

4.1. El paradigma del desarrollo

Cualesquiera que sean los bordes del desarrollo, este no se contradice con el principio de liberalización comercial planteado por la OMC. En tal razón los criterios y las necesidades de los países en desarrollo deben ser tratados, caso por caso, en lugar de someterlos a un estándar común. Por ello las excepciones previstas en los Acuerdos de la OMC, para atender las exigencias del desarrollo, ya sea mediante acuerdos generales o a través de calendarios de compromisos y protocolos de adhesión, es un criterio reconocido. De manera que las cuestiones relacionadas con el desarrollo quedan dentro de la esfera discrecional de cada país para negociarlas dentro de sus programas y planes de desarrollo, a fin de conciliarlos con los compromisos, emanados de los Acuerdos abarcados. Ello permite una comprensión dinámica de las necesidades de desarrollo de cada país, ya que a medida que ellas crecen, pueden negociar excepciones o establecer mecanismos apropiados sin tener que someterse a las restricciones de una noción de desarrollo predefinida. Permite a los países la máxima flexibilidad para insertarse dentro de los criterios del libre mercado.

La ausencia de un marco jurídico para el desarrollo posibilita a los países, particularmente los latinoamericanos, adoptar normas y disposiciones específicas adecuadas a cada caso concreto que no lesionen sus planes económicos. Luego, los países en desarrollo de ingresos medios tienen la posibilidad de asumir aquellas obligaciones que no afecten sus intereses, lo que permite su integración dentro del sistema internacional del comercio, pues reconoce la facultad de delinear su desarrollo. Sin embargo, debido a que precisamente la OMC no estipula los bordes específicos del desarrollo, tampoco hay garantía de que las reglas sustantivas tengan en cuenta el modelo que busque un país en particular.

En ese sentido, emerge la posibilidad de crear un modelo *ad hoc*, como lo sugiere Sonia E. Rolland, que puede ser más efectivo como procedimiento para determinar cómo y cuándo las reglas orientadas al desarrollo, pueden producirse e implementarse. Aunque aparentemente

neutral, porque no favorece objetivos o reglas específicas, este modelo *ad hoc* podría tener algún consenso normativo sobre la naturaleza de la relación entre comercio y desarrollo. A falta de tal suposición, el tratamiento del desarrollo sería puramente arbitrario y se regiría por los juegos de poder, en lugar de ordenarse por el derecho y la facultad soberana de cada Estado. En otro orden de ideas, hay quienes consideran los lineamientos del desarrollo como parte de los principios de liberalización comercial; en cuyo caso las excepciones, salvaguardas y cláusulas de escape se deberían reducir porque las reglas generales se construyen para explicar las limitaciones del desarrollo. La cuestión es cómo la estructura jurídica de la OMC podría conciliar los criterios del desarrollo dentro de un proceso de liberalización del comercio⁶.

La respuesta podría estar basada en la conceptualización global del desarrollo como norma de primer orden que el sistema de exclusión voluntaria, ya que la diferenciación general implica un *quid pro quo* creíble entre renunciar a la designación general de “país en desarrollo” y ofrecer una oportunidad real para que el desarrollo sea considerado como una cuestión fundamental del mandato de la OMC. El sistema de solución de controversias tendría una pesada carga para garantizar que se mantenga el *quid pro quo* y que las obligaciones diferenciadas sean realmente conscientes de las necesidades y vulnerabilidades de los países miembros.

La diferenciación general también conlleva un cambio radical en la comprensión de lo que constituye reciprocidad y trato no discriminatorio. Hasta ahora, con la excepción del trato especial y diferenciado, los miembros de la organización son tratados como iguales, que refleja el fundamento del derecho internacional. Si bien la proporcionalidad en las contramedidas se percibió como un importante avance en las relaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la regulación del uso de la fuerza, puede ser que la comunidad internacional ahora deba considerar que el principio jurídico de la igualdad podría ser en sí mismo una fuente de inequidad. Si el sistema de la OMC admite la desigualdad de sus países-miembros está

⁶ Sonia E. ROLLAND. Op.cit.p. 6.

reconociendo, obligaciones formalmente desiguales; esto podría inspirar la formulación de una nueva filosofía jurídica⁷.

4.2. La protección de la industria nacional

El programa o política de desarrollo de cada país es un parámetro a tener en consideración en los procesos de investigación y valuación de las prácticas desleales. Así, si por ejemplo se considera que el desarrollo estará basado en la industria textilera dando cabida a mano de obra abundante y el uso de sus materias primas y tecnología, se deberá ponderar esta política con un peso específico para fijar el daño de prácticas como el *dumping* o las subvenciones; a diferencia de si fuera una industria incipiente que no emplee mucha mano de obra.

El mandato expreso de la OMC es que los órganos de investigación no son jueces ni árbitros, son defensores de la rama de la industria nacional afectada y que para sustentar dicha defensa deben de realizar con prolijidad una seria investigación para determinar si las empresas extranjeras o los Estados están realizando una práctica que hace daño o amenaza hacer daño a una industria o sector industrial determinando. No es una función jurisdiccional, es sustancialmente una labor esclarecedora. De tal manera que dichos órganos deben apoyar a la industria de sus países a fin de demostrar ante la comunidad internacional y particularmente al país exportador que su accionar causa daño o amenaza hacerlo. No se trata pues de un juzgamiento sino de una investigación esclarecedora del daño o amenaza que incluso afecta sus planes de desarrollo y por ende el bienestar de su población.

5. LOS NUEVOS DESAFIOS

La experiencia benéfica de la OMC, particularmente el mecanismo de solución de controversias, plantea, a la luz de la experiencia, grandes desafíos. Nos concentraremos en analizar y comentar solo seis de ellos.

⁷ Sonia E. ROLLAND. Op.cit.p. 7.

5.1. El mecanismo de solución de diferencias

La acción del mecanismo de solución de diferencias propicia nuevas consideraciones y nuevos desafíos para lograr los más altos niveles de equidad en un mercado abierto con grandes asimetrías, derivadas del desnivel tecnológico, las distintas ofertas exportables e incluso la capacidad económica y material desigual.

Frente a ello se han esbozado dos respuestas: la que busca fortalecer el actual sistema de solución de diferencias y la que intenta reducir su área de acción. La primera posición defiende el actual sistema, pero admite que se deben realizar algunas reformas como establecer una mayor transparencia en los procedimientos transmitiendo al público los planteamientos y opiniones de las partes, así como permitiendo actuaciones orales ante los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación; así como, permitir la intervención de terceros bajo la figura del *amicus curiae*.

En tanto en que la otra vereda, están quienes buscan minimizar y reducir el campo de la solución de diferencias. Sostienen que este órgano se ha vuelto demasiado poderoso con relación a los órganos políticos decisorios de la OMC lo que refleja una tendencia judicial preeminente; por lo que las decisiones del Grupo Especial o del Órgano de Apelación no se deberían adoptar si una minoría significativa, por ejemplo, un tercio de los países miembros, se opone a esta.

5.2. El criterio de soberanía

El segundo gran desafío es el concepto de soberanía frente a la existencia de actores poderosos que intervienen en la relación comercial.

La soberanía de un Estado involucra al poder, la majestad del pueblo y el sentido de justicia y equidad. Ese criterio encuentra dificultad en ser admitido cuando las reglas de la OMC se imponen al derecho interno de cada país, pues se siente que los Estados miembros pierden poder cuando acatan determinadas pautas de sus acuerdos y admiten las resoluciones de su órgano de solución de controversias.

Si la soberanía implica reconocer que por encima del Estado no hay ningún poder o norma que se imponga a menos que el mismo lo haya

consentido a través de un tratado internacional; cómo se podría admitir que la jurisprudencia emanada de un organismo internacional como el ESD (Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias) pueda imponerse al propio Estado constituyente e incluso obligarlo aun cuando se hubiesen opuesto a dicha construcción.

El replanteamiento de la soberanía no solo se hace necesario para superar las trampas del uso o abuso del concepto clásico de soberanía, sino que también desafía algunos otros fundamentos básicos del Derecho internacional que vienen rigiendo hasta la actualidad, tales como el requisito del consentimiento del Estado para reconocer y admitir reglas internacionales, o las ideas sobre la “igualdad de las naciones” frente a las nuevas categorías de coordinación y solidaridad internacional⁸.

5.3. Eliminación de tarifas

El tercer desafío es la eliminación o disminución significativa de la primera y clásica barrera: las tarifas aduaneras. El ultraliberalismo plantea la eliminación de los derechos aduaneros o en un esfuerzo de tolerancia la disminución a tasas simbólicas, que en muchos casos llegan a niveles de 5% sin que se admitan escalas o diferencias por productos. Ello no solo es inequitativo pues, pone una misma tasa a productos similares como es el caso de los automóviles, sin diferenciar el cilindraje o el lujo de cada modelo, restando recursos a los países importadores.

No olvidemos que una de las fuentes de ingreso que tiene un Estado son los tributos que gravan las importaciones y que le permite atender las necesidades de la población, los requerimientos de la administración pública e incluso las obligaciones financieras para atender su desarrollo. Pero además sirve como un instrumento de política económica, ya que puede usarse para proteger a la industria local u orientarlo a tareas de crecimiento.

La eliminación homogénea o reducción significativa de los derechos aduaneros no deja de ser una medida injusta e inconveniente pues los

⁸ John H. JACKSON, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 109.

países que no tienen las mismas necesidades, ya que algunos poseen una gran capacidad de recaudación con los tributos internos (renta, impuestos sucesorios, impuestos al consumo, aportes de inversión extranjera o contribuciones específicas) en cambio otros, sobre todo los latinoamericanos, con reducida acumulación de capital no tienen como atender las necesidades básicas de la población. Por otro lado, la reducción de las tasas de aduana, en el caso de los productos suntuarios, solo favorece a los sectores más ricos de la población, ya que pueden satisfacer sus necesidades superfluas con menos gastos.

Se ha dicho con más o menos razón, que la existencia de los tributos aduaneros es directamente proporcional al nivel de desarrollo de los países que lo imponen. Lo cual es cierto en cuanto a su existencia, pero no necesariamente en cuanto a su causa o motivo que lo origine. Los tributos no se establecen a partir de la miseria de los países, sino para atender sus necesidades y en el caso de América Latina para soportar las dificultades que producen el ultraliberalismo y la apertura traumática de sus fronteras.

5.4. La comercialización de la tecnología y la propiedad intelectual

El cuarto desafío es la comercialización de la tecnología y la propiedad intelectual, cuyos costos de protección deben asumir los países latinoamericanos además de resguardar los altos *royalties* que generan. Así, mientras los países latinoamericanos dependen de sus materias primas (casi un 70% de su balanza comercial) que no tienen derechos de propiedad intelectual; importan del hemisferio norte productos con aspectos tecnológicos protegidos por patentes.

Esa situación a la cual la OMC le dedica un Acuerdo específico distorsiona la relación comercial entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo que además comercializan sus materias primas a través de las bolsas de productos, ninguna de las cuales controlan y todas están en los mercados de compradores.

Hay una contradicción entre el régimen competitivo establecido en la OMC para los productos primarios (agrícola o minero) que beneficia a los consumidores del hemisferio norte y el Asia; frente a un mercado protegido,

amparado por el Acuerdo TRIPS que beneficia a las manufacturas con elementos de propiedad intelectual.

5.5. La cuestión medioambiental

La protección del medio ambiente es una de las grandes preocupaciones del siglo XXI y por ello ha merecido atención de los grandes foros y organismos internacionales. El papa Francisco en el año 2015 escribió la encíclica *Laudato Si* que no solamente esboza su preocupación, sino plantea medidas urgentes para salvar la tierra. El desafío es saber si las reglas de la OMC, que buscan crear un mercado libre, pueden coadyuvar a esta inmensa tarea que demanda una acción protectora y tuitiva para resguardar la naturaleza de la agresiva industrialización y el extractivismo.

La respuesta ha venido de dos vertientes: los ambientalistas y los ultraliberales que proclaman un mercado sin barreras y un sometimiento de los recursos naturales a las reglas del mercado. Este conflicto de posiciones se hizo ostensible a partir del nacimiento de la OMC; el detonante fue la controversia Atún/Delfines entre Estados Unidos de América y México.

Antes de ello, la visión predominante era la derivada del artículo XX del GATT que se inclina a favor de las normas medioambientales por encima del criterio del libre comercio; pero después del caso Atún/Delfines, los ambientalistas –y otros que mostraban preocupación sobre la manera en que el sistema de comercio equilibra valores antagónicos- vieron al GATT más inclinado al triunfo del libre comercio por encima de todas las demás cuestiones.

Los ambientalistas se cobijaron en los informes del Grupo Especial, que consideró que la prohibición de Estados Unidos de América de impedir la comercialización en su territorio del atún capturado con técnicas que ocasionaban la muerte de delfines infringían las normas del GATT. Surgió una corriente de opinión destinada a proteger el medio ambiente con consecuencias que colisionaban con el marco multilateral del comercio. En efecto, la decisión estadounidense se basaba en su Ley de Protección de los Mamíferos Marinos y afectaba a otros países (México y Venezuela) que amparados por la ideología del libre comercio exportaban atún.

Así, paradójicamente, el país que ahora se opone a firmar los tratados de protección del medio ambiente fue el primero en defenderlo con esta prohibición que resguardaba la vida de los delfines y prohibía su comercialización obligando cumplir determinados estándares.

La falta de equilibrio entre las cuestiones comerciales y las medioambientales depende y sigue estándolo en gran medida de la interpretación del artículo XX del GATT. En general, los ambientalistas y la doctrina han recibido con beneplácito la jurisprudencia del Órgano de Apelación sobre el citado artículo.

Esta controversia no puede ser resuelta inclinando la balanza hacia la ideología del más absoluto libre comercio, sino buscando el equilibrio y el fin supremo de todo ordenamiento: el bienestar y la salud de la humanidad. Así "... dada la imperiosa necesidad de proteger el medio natural y de garantizar nuestra supervivencia, los Estados deben empicar aquellos medios que sean adecuados para dicho fin, incluidas, si fueran necesarias, las medidas que restringen el comercio"⁹.

5.6. La competencia

La inclusión del régimen de la competencia dentro del ordenamiento jurídico de la OMC es uno de los tópicos más debatidos en la actualidad, genera una amplísima discusión y es uno de los temas pendientes.

La discusión oscila dentro de dos criterios: el primero, analiza en qué medida utilizando métodos interpretativos amplios es posible una tutela efectiva de las cuestiones del derecho de la competencia; el segundo, pretende someter estas cuestiones en el ámbito del Entendimiento relativo a la solución de diferencias, no ya directamente respecto a las conductas de los individuos, sino como reclamaciones ante los Estados por la omisión de su deber de actuar en la represión de estas conductas. Sin embargo, la jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias, se ha mostrado renuente a introducir nuevos contenidos en los Acuerdos por vía interpretativa y más bien se ha manifestado en sentido contrario.

⁹ Rosa M.FERNÁNDEZ EGEA. *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 35.

El asunto está en determinar en qué medida la tolerancia de un Estado constituye “una omisión” o “un incumplimiento” de las obligaciones contraídas en virtud de los Acuerdos OMC susceptible de ser reclamada ante el Órgano de solución de diferencias, y en qué medida tales Acuerdos fijan compromisos a los Estados en estas materias, respecto de los cuáles cabe exigir un deber de actuar. Luego, no existe norma alguna que obligue a los Estados a reprimir o evitar prácticas desleales a la competencia.

El Código Antidumping, y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias son cuestiones que se relacionan directamente con aspectos del derecho de la competencia, pero en la medida que son específicos de esos sectores y que se enmarcan dentro del concepto de defensa comercial no afectan la afirmación general antes enunciada. Igualmente, la referencia a evitar prácticas anticompetitivas en el Acuerdo sobre contratación pública, dentro de los denominados convenios plurilaterales, tiene siempre como destinatarios a los Estados, si bien no en el ejercicio de *ius imperium*, sino en el de *ius gestionis*.