



Anuario mexicano de derecho internacional
ISSN: 2448-7872
UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Petrova Georgieva, Virdzhiniya
La crisis de la Organización Mundial del Comercio: problemas e (im) posibles soluciones
Anuario mexicano de derecho internacional, vol. XX, 2020, Enero-Diciembre, pp. 25-60
UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14470>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402771780002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

La crisis de la organización mundial del comercio: problemas e (im) posibles soluciones

The Crisis of the World Trade Organization: Problems and (im) Possible Solutions

La crise de l'organisation mondiale du commerce: problemes et solutions (im) possibles

Virdzhiniya Petrova Georgieva*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La crisis institucional de una organización de naturaleza intergubernamental*. III. *La crisis de las negociaciones comerciales multilaterales bajo los auspicios de la OMC*. IV. *Hacia una reforma de la OMC*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliohemerografía*.

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Artículo recibido el 17 de septiembre de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 25-60
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: La Organización Mundial del Comercio atraviesa, en la actualidad, por una doble crisis, que manifiesta su imposibilidad de cumplir con las funciones que le fueron asignadas por su propio tratado constitutivo. En primer lugar, el funcionamiento de dicha organización se caracteriza por un bloqueo institucional que le impide administrar eficazmente los acuerdos comerciales internacionales, concluidos bajo sus auspicios. En segundo lugar, la Organización Mundial del Comercio ha fracasado en su capacidad de servir de foro para las negociaciones comerciales multilaterales. Las causas de esta doble crisis son complejas y las posibles soluciones a la misma no son suficientes para que la organización pueda salir del *impasse* en el que se encuentra.

Palabras clave: crisis, negociaciones comerciales multilaterales, acuerdos comerciales multilaterales, mecanismo de solución de controversias, Organización Mundial de Comercio.

ABSTRACT: The double crisis of the World Trade Organization demonstrates its inability to fulfill the functions she has to achieve by virtue of its constitutive statute. The institutional blockage of its functioning is affecting its first mission: the efficient administration of the international commercial agreements concluded by its member States. The World Trade Organization has also failed to serve as forum for the multilateral commercial negotiations between its members. The crisis origins are complex and the possible ways to go through it are not sufficient to put an end to its *impasse*.

Key words: Crisis, Multilateral Trade Negotiations, Multilateral Trade Agreements, Mechanism of Dispute Settlement, World Trade Organization.

RÉSUMÉ: L'Organisation Mondiale du Commerce traverse actuellement par une double crise. En premier lieu, cette organisation ne peut plus assurer l'administration des accords commerciaux internationaux, conclus dans son sein. En second lieu, l'Organisation Mondiale du commerce n'est plus capable de servir de forum pour les négociations commerciales multilatérales. Les causes de la crise sont complexes et les voies possibles pour y mettre fin s'avèrent insuffisants pour faire sortir à l'organisation de son *impasse* actuelle.

Mots-clés: crise, négociations commerciales multilatérales, accords commerciaux multilatéraux, mécanisme de résolutions de différends, Organisation Mondiale du Commerce.

I. INTRODUCCIÓN

La liberalización del comercio es el pilar del neoliberalismo como paradigma dominante de la regulación de las relaciones económicas internacionales.

Después del final de la Segunda Guerra Mundial, la política comercial internacional de los Estados ha consistido en orientar la estructura y el volumen de su comercio exterior hacia la supresión de los obstáculos arancelarios y no arancelarios al libre comercio. En la teoría convencional del comercio quedaba demostrado que los aranceles, los subsidios a la exportación y las cuotas a la importación de bienes distorsionan gravemente la producción y el consumo. Había un consenso por considerar que a través de dichas restricciones, los países desaprovechan sus ventajas comparativas para producir nacionalmente lo que pueden comprar más barato del exterior. En cambio, la supresión de los obstáculos al libre comercio garantizaría una asignación más eficiente de recursos, una mayor eficiencia en la producción y el consumo, así como mejores oportunidades para el aprendizaje (*learning-by-doing*) y la innovación (*R&D*). La integración de los mercados globalizados y el libre comercio *en sí*, deberían elevar la productividad y la competitividad de los sectores exportadores; en consecuencia, se aumentaría el nivel de productividad general de las economías internas y se aseguraría el desarrollo de los países y el bienestar social de sus pueblos.

Para cumplir con estos propósitos, a partir de los años cincuenta del siglo pasado, se creó, en el ámbito del derecho internacional, un complejo andamiaje jurídico-institucional, cuya misión debía consistir en promover y regular la liberalización del comercio internacional. Se optó, en particular, por el desarrollo de negociaciones e instituciones comerciales multilaterales, con el fin de garantizar que dicha liberalización se realizaría de la misma manera para todos los Estados sobre la base del reconocimiento recíproco de beneficios mutuos. El multilateralismo fue el principal rector de las negociaciones intergubernamentales que culminaron con la adopción del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) en 1947 y, posteriormente, con la creación, por los acuerdos de Marrakech en 1994, de la Organización Mundial del Comercio (en adelan-

te, OMC) —una verdadera organización internacional intergubernamental— dotada de la personalidad jurídica internacional. Desde este entonces, la OMC ha sido vista en la opinión pública como la “personificación” de la promoción de los postulados del libre comercio en el plano global. De ahí que, desde su reunión ministerial de Seattle en 1999, esta organización ha sido el principal “blanco” de las protestas antimundialistas.

En la actualidad, tanto la liberalización —modelo de organización de los intercambios comerciales globales—, como la OMC —principal institución internacional que lo promueve— se encuentran en una profunda crisis existencial.

Los efectos positivos de la liberalización sobre el desarrollo del comercio internacional no causan ninguna duda. El crecimiento del comercio como resultado de la integración internacional de los mercados de productos básicos, capitales y trabajo, de 1950 a la actualidad, ha sido exponencial. No obstante, no es tan fácil comprobar los efectos positivos de la liberalización comercial en el desarrollo económico de los países y, sobre todo, en el aumento del nivel de bienestar social de sus pueblos. Varios estudios muestran que, lejos de operar sobre una lógica de ganar-ganar, la liberalización del comercio internacional ha creado muchos perdedores no sólo entre los propios Estados, en su participación en los intercambios comerciales globales, sino también entre los diferentes sectores de su población: trabajadores no cualificados en los países desarrollados, lastimados por la competencia de los países en vía de desarrollo y su abundancia en mano de obra barata, trabajadores de estos últimos países “explotados” por los bajos salarios que aseguran el carácter competitivo de sus exportaciones o trabajadores agrícolas en los países en vía de desarrollo, incapaces de competir con los sistemas de subvenciones de los países desarrollados.¹ Desde esta perspectiva, el principal problema que ha generado la liberalización comercial ha sido la deslocalización de las actividades productivas y la desigualdad en la repartición interna de las rentas generadas por el libre intercambio. Tanto los países en vía de desarrollo como los países desarrollados no han sabido acompañar la liberalización comercial internacional de políticas internas que den respuesta a sus efectos negativos sobre el empleo y los salarios de los trabajadores, en particular, en los sectores manufactureros. Adicional-

¹ Siroen, Jean- Marc, “L’OMC: une institution en crise”, *Alternatives Économiques*, núm. 240, 2008, p. 249

mente han surgido, en la actualidad, fuertes críticas en torno a los efectos de la liberalización comercial sobre la degradación del medio ambiente, el “dumping social”, las violaciones a los derechos humanos y la “responsabilidad social” de las empresas multinacionales que participan en los intercambios comerciales globalizados.

Las críticas al carácter inequitativo de la repartición de los beneficios del libre comercio y el creciente escepticismo de varios sectores de la población tanto de países desarrollados como de países en vía de desarrollo hacia esta política comercial internacional explican, en buena medida, el actual giro proteccionista de varios gobiernos nacionales. La crisis de algunos sectores (automotriz y acero, en particular) ha hecho regresar el espectro del proteccionismo de los años treinta (expresado, por ejemplo, en la Ley Smoot-Hawley en Estados Unidos).² El caso del neo-proteccionismo mercantilista y nacionalista de Estados Unidos no es el único, pero es el más alarmante porque este país puede considerarse como el más ferviente promotor del libre comercio y el principal “arquitecto” de su andamiaje jurídico-institucional en el derecho internacional. La llegada a la presidencia de Estados Unidos de Donald J. Trump se ha caracterizado por la adopción de medidas que promueven una intervención gubernamental activa en la regulación del volumen y de la estructura de los intercambios comerciales de Estados Unidos con el exterior; asimismo, el gobierno de Trump ha desarrollado una retórica esencialmente proteccionista que promete promover el comercio (internacional) justo (*Fair Trade*) para “hacer a América [entiéndase, los Estados Unidos de América] grande de nuevo” (*Make America Great Again*).

Esta progresiva reconsideración del libre comercio como (único) modelo de política comercial en el ámbito de las relaciones internacionales marca el contexto de la crisis por la que atraviesa la OMC. Esta joven organización internacional, que a sus 18 años apenas alcanzaba una mayoría de edad, presenta, desde años atrás, claros síntomas de “parálisis cerebral” que acompañan su actual “agonía”. Las causas de la crisis de la OMC son múlti-

² En respuesta a la Gran Depresión, el gobierno de Estados Unidos decidió implementar políticas comerciales altamente proteccionistas. En este sentido, en 1930 se adoptó la famosa ley “Smoot-Hawley” que aumentó los aranceles a la importación en Estados Unidos de más de 20,000 productos. Algunos Estados, entre otros, Canadá, España, Italia y Suiza, adoptaron represalias comerciales inmediatas, al imponer restricciones arancelarias recíprocas a productos originarios de Estados Unidos y establecer barreras cuantitativas (los contingentes y las prohibiciones) al comercio internacional.

ples y complejas y los remedios disponibles, tal vez, no podrán prevenir el cese de sus signos vitales.

En este sentido, el objetivo del presente trabajo consiste en analizar las causas y los síntomas de la crisis de la OMC para proponer posibles soluciones a los problemas que enfrenta dicha organización en su capacidad de seguir fungiendo de “foro mundial para el establecimiento de las normas comerciales y la gobernanza del comercio internacional”.³ Asimismo, se apreciará la viabilidad de dichas soluciones, con el fin de demostrar que ninguna es suficientemente eficaz para poner fin a la profunda crisis en la que se encuentra inmerso el quehacer institucional de la OMC.

En la primera parte del trabajo se mostrará que, en los últimos diez años, la OMC se ha visto incapaz de cumplir con las funciones que le asigna su propio tratado constitutivo. La evolución actual de esta organización intergubernamental se caracteriza por una crisis institucional (I) que dificulta e incluso anula por completo su capacidad de cumplir con el primero de sus objetivos fundacionales: administrar la interpretación y la aplicación de los acuerdos comerciales, concluidos bajo sus auspicios.⁴ Además, a 17 años del inicio de la Ronda de Doha, la OMC ha fracasado en la realización de la segunda misión principal que le asigna el artículo III-2 de su tratado constitutivo: servir de foro para las negociaciones comerciales multilaterales.⁵ La búsqueda del “acuerdo único” (*single undertaking*) como estrategia para las negociaciones, los cambios en el equilibrio del poder económico de los miembros de la organización y la proliferación creciente de acuerdos comerciales regionales provocan una crisis de las negociaciones comerciales multilaterales en el foro de la OMC. Las opciones para reformar a la OMC tratan de responder a las causas de su actual crisis e incluir perspectivas de

³ OMC, Declaración Ministerial de Nairobi, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc10_s/mindecision_s.htm, p. 1.

⁴ En virtud del artículo III-1 de dicho acuerdo: “La OMC facilitará la aplicación, administración y funcionamiento del presente acuerdo y de los acuerdos comerciales multilaterales y favorecerá la consecución de sus objetivos, y constituirá también el marco para la aplicación, administración y funcionamiento de los acuerdos comerciales plurilaterales”.

⁵ Según el artículo III-2 del Acuerdo sobre la OMC: “La OMC será el foro para las negociaciones entre sus miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los anexos del presente Acuerdo. La OMC podrá también servir de foro para ulteriores negociaciones entre sus miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales, y de marco para la aplicación de los resultados de esas negociaciones, según decida la Conferencia Ministerial”.

cambios institucionales y de modificaciones en los mecanismos jurídicos que organizan las negociaciones comerciales multilaterales.

II. LA CRISIS INSTITUCIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN DE NATURALEZA INTERGUBERNAMENTAL

1. *El bloqueo crónico de los mecanismos de toma de decisiones de la OMC*

Sucesora del antiguo GATT, la OMC fue erigida por sus fundadores en una verdadera organización internacional que, a diferencia del mismo, ostenta un carácter permanente y goza de la personalidad jurídica internacional. La OMC tiene, en la actualidad, 164 miembros y puede considerarse una organización internacional con vocación universal. Los últimos dos miembros —Liberia y Afganistán— se adhirieron en 2016. Desde esta perspectiva, la OMC se ha convertido en una de las organizaciones internacionales con mayor número de miembros, si se le compara, en particular, con los 193 Estados que integran la ONU.

Pero, a pesar de ser una “joven heredera” del GATT, la “moderna” OMC retoma algunas características de las organizaciones internacionales “clásicas”, creadas al término de la Segunda Guerra Mundial. Forzando más el argumento, su exdirector francés Pascal Lamy la ha calificado incluso de “institución medieval”.⁶ En efecto, la OMC se fundamenta en las bases del multilateralismo como principal mecanismo y corolario imprescindible en la búsqueda de cooperación interestatal en el plano internacional. En este sentido, el carácter multilateral de la OMC se complementa por su naturaleza esencialmente intergubernamental, ya que todos sus órganos con capacidad decisoria están compuestos por representantes de los países miembros de la organización.

El intergubernamentalismo, que refleja la composición de sus órganos, hace de la OMC una organización completamente “dirigida por sus miembros” (*a member driven organization*). La “dirección” exclusiva de la OMC por

⁶ Lamy, Pascale, “M. Lamy: «Le Cycle de Doha marque la transition entre l’ancienne gouvernance de l’ancien ordre commercial et la nouvelle gouvernance du nouvel ordre commercial”, disponible en: https://www.wto.org/french/news_f/spl_f/spl173_f.htm.

sus miembros se refuerza por el mecanismo de toma de decisiones por consenso. En efecto, todas las decisiones importantes de la organización deben ser adoptadas por la totalidad de los miembros presentes en las votaciones internas de sus órganos, los ministros que sesionan en la Conferencia de Ministros o los embajadores o jefes de delegación que integran su Consejo General.⁷ El consenso en la OMC es, en los hechos, una votación por unanimidad de los representantes de los gobiernos nacionales de los Estados miembros que otorga a los mismos el ejercicio de un derecho de veto.⁸

El consenso permite tomar en cuenta los intereses nacionales de todos los Estados miembros de la OMC y constituye así un verdadero “bastión” para la defensa de su soberanía.⁹ No obstante, en una OMC que, actualmente, cuenta con 164 países miembros con intereses nacionales sumamente divergentes en materia de liberalización del comercio internacional, el consenso se vuelve terreno fértil para todo tipo de bloqueos y parálisis institucionales.¹⁰

Las divergencias en el logro de consensos se deben, en primer lugar, a la heterogeneidad que caracteriza el nivel de desarrollo económico de los miembros de la OMC. Algunos de ellos son países desarrollados, pero la mayoría son países en vía de desarrollo y algunos son catalogados como “países menos avanzados”. Las posturas de todo este conjunto económicamente heteróclito de integrantes sobre el futuro del sistema comercial multilateral resultan potencialmente irreconciliables e imposibles de uniformizarse en consensos amplios. Adicionalmente, existe, en la actualidad, tanto en la OMC como en el mundo en general, una reorganización de bloques y alianzas políticas y económicas de todo tipo. En los inicios de su desarrollo, los bloqueos en la toma de decisiones por consensos de la OMC

⁷ Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org1_s.htm.

⁸ El acuerdo sobre la OMC establece muy pocas hipótesis en las que se puede proceder a una votación por la mayoría, según el esquema “un Estado, un voto”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org1_s.htm.

⁹ Siroen, Jean- Marc, *op. cit.*, p. 249.

¹⁰ En la mayoría de las organizaciones internacionales, con competencia en materia económica, dicha regla fue progresivamente abandonada. Así, por ejemplo, los bloqueos inherentes a este mecanismo de toma de decisiones justificaron la adopción de múltiples reformas de los tratados de la UE para extender progresivamente la aplicación de la regla de voto por la mayoría simple o cualificada. Las decisiones de los órganos con capacidad decisoria del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial también se adoptan por mayoría.

podrían ser evitados en muchos casos debido a la existencia de una doble coalición “Estados Unidos-UE” que lideraba el consenso bilateral y lograba, sin mayores obstáculos, la adhesión posterior de los demás miembros al mismo.¹¹ La preponderancia de los grandes actores ponderaba eficazmente la rigidez de la regla del consenso.¹² En la actualidad, el liderazgo de la coalición Estados Unidos-UE se enfrenta con la ampliación en la membresía y la consecuente extensión geográfica de la organización. Estos cambios en el equilibrio de poder de los miembros de la OMC se manifiestan en una mayor importancia de los países en vía de desarrollo en los procesos de toma de decisiones por consenso y, en particular, en un mayor peso de los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica).¹³ Asimismo, se han creado nuevas alianzas que, *de facto*, toman en consideración las diferentes características económicas de los países en vía de desarrollo.¹⁴ No obstante, todos estos nuevos bloques de países en vías de desarrollo son heterogéneos y no logran “hablar de una sola voz”¹⁵ en los procesos de toma de decisiones.¹⁶

En vista de lo anterior, la aplicación eficaz de la regla de toma de decisiones por consenso en la OMC se torna cuasi imposible. El multilateralismo, con bases soberanistas “medievales”, que justificó su creación, se encuentra particularmente mal adaptado al mundo multipolar de las actuales relaciones económicas internacionales que, lejos de propiciar consensos y posiciones comunes, alimenta divergencias y confrontaciones múltiples.

¹¹ Ruiz- Fabri, Hélène, “Qui gouverne à l’OMC et que gouverne l’OMC?”, *En Temps Réel*, núm. 22, 2010, p. 15.

¹² Paugam, Jean-Marie, “Après Cancun: la doublé crise de l’OMC”, *Revue du Marché Commun de l’Union Européenne*, núm. 147, 2004, p. 2.

¹³ Dupret, Xavier, *L’OMC en crise. Les BRICS maîtres du jeu?*, <http://acjj.be/ancien/IMG/pdf/OMC-en-crise-Les-BRICS-maitres-du-jeu.pdf>, 2014, p. 9.

¹⁴ El “grupo de los 77” intentaba, en un principio, hablar en nombre de todos países en vía de desarrollo. Actualmente, dicha voz se divide entre el G20, reunido a iniciativa de Brasil, el G90 que agrupa a los países ACP (África, Caribe y Pacífico) y a los “países menos avanzados” y el “Grupo Cairns”, que agrupa a los países productores agrícolas (Paugam, Jean-Marie, *op. cit.*, p. 2).

¹⁵ Siroen, Jean Marc, *op. cit.*, p. 14 y Paugam, Jean-Marie, *op. cit.*

¹⁶ Así, por ejemplo, es difícil conciliar los intereses comerciales de Brasil, India, China, Rusia y los Estados africanos.

2. El bloqueo del mecanismo de solución de controversias de la OMC

El mecanismo de solución de controversias de la OMC es considerado una de las principales innovaciones en el funcionamiento de dicha organización y la “piedra angular del sistema multilateral de comercio”.¹⁷ Dicho mecanismo era originalmente concebido como un sistema arbitral en el cual la resolución de los litigios que surgen de la interpretación y aplicación de los acuerdos comerciales multilaterales, concluidos bajo los auspicios de la OMC,¹⁸ se confía a un “grupo de expertos” (panel arbitral de tres o cinco miembros).¹⁹ La resolución adoptada por dicho grupo recibe, posteriormente, el aval casi automático²⁰ del Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, OSD) de la organización. Con la institución de un segundo grado de jurisdicción, confiado al Órgano de Apelación (en adelante, OA), dicho sistema inició una evolución hacia la “jurisdiccionalización”. En efecto, la resolución de controversias en el ámbito de dicha organización se volvió de naturaleza híbrida porque combinó el arbitraje con un segundo grado de jurisdicción.²¹

¹⁷ OMC, *Entender la OMC: “Solución de diferencias”*, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/displ_s.htm.

¹⁸ En este sentido, en virtud del artículo 1o. del Entendimiento sobre Solución de las Controversias de la OMC: “las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento “Acuerdo sobre la OMC”) y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados”.

¹⁹ Los grupos especiales son tribunales arbitrales, cuyos miembros se eligen en consulta con los Estados parte en la controversia. En ausencia de un acuerdo entre las partes en torno a la composición del panel, los árbitros son designados por el director general de la OMC. Los grupos especiales están integrados por tres (a veces cinco) expertos de diferentes nacionalidades, elegidos sobre la base de una lista indicativa de candidatos, designados por los propios Miembros de la OMC, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/displ_s.htm.

²⁰ En efecto, el OSD sólo puede rechazar el reporte de un grupo de expertos por el consenso de sus integrantes.

²¹ Lorenzo, Ludovic, *Une nouvelle juridiction internationale, le système de règlement des différends interétatiques de l’O. M. C.*, tesis, Université Lyon 2, 2003, disponible en: http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo_1#p=0&a=top.

Esta “jurisdiccionalización” del mecanismo de solución de controversias de la OMC fue concebida como una respuesta a los bloqueos que caracterizaban el arreglo de las diferencias entre los miembros del antiguo GATT para garantizar la seguridad jurídica y el respeto eficaz de los derechos y obligaciones de las partes.²² La consolidación del mecanismo de solución de controversias y su importante función para la regulación jurídica del comercio internacional, se debe al diseño institucional que establece el Entendimiento sobre Solución de las Controversias, considerado “la perla de la corona” de los acuerdos logrados al término del Uruguay Round. A diferencia de los mecanismos institucionales de toma de decisiones, el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias no se somete a la voluntad de los Estados y a la protección de sus intereses y agendas comerciales internas. La objetividad e imparcialidad (jurídica) que caracterizan el razonamiento del “juez” de la OMC explican, en buena medida, el éxito que ha tenido como mecanismo de ajuste y reequilibrio de los intereses y pretensiones tanto de los países en vías de desarrollo como de los países desarrollados.²³

Las decisiones del OSD de la OMC no se han limitado a dirimir las controversias particulares que le fueron presentadas, sino que han ido más allá y han desarrollado un “activismo judicial” (*judicial activism*)²⁴ que contrasta con el bloqueo inherente a la toma de decisiones en el ámbito de las negociaciones comerciales multilaterales. Gran número de cuestiones altamente políticas (por ejemplo, la relación entre las restricciones al comercio internacional y la defensa de políticas públicas de interés general, orientadas, entre otros sentidos, a la protección de la salud o a la protección del medio ambiente) son tratadas por la vía judicial y no por la vía de las negociaciones políticas.²⁵ En primer lugar, esto hace pesar sobre dicho mecanismo

²² Artículo 3-2 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.

²³ La neutralidad y la eficacia del mecanismo de solución de controversias de la OMC explican, en buena medida, su éxito. Desde su creación y hasta la actualidad se han presentado en total más 400 demandas contenciosas que han conducido a la adopción de varias decenas de reportes de paneles *ad hoc* y de decisiones del Órgano de Apelación.

²⁴ El término “activismo judicial” es propio a los sistemas jurídicos de *common law* y es usado principalmente en los países anglosajones en los que las Cortes desempeñan un papel fundamental en el funcionamiento del sistema jurídico. Esta última expresión se refiere a la posibilidad para los jueces de crear y modificar el derecho vigente.

²⁵ Ruiz-Fabri, Hélène, *op. cit.*, p. 27.

la amenaza de ser culpado de incurrir en un *gouvernement des juges*, en el ámbito del derecho internacional.²⁶ En todo sistema jurídico, el juez aplica e interpreta las reglas jurídicas, adoptadas por el legislador, y éste tiene la posibilidad de adoptar una norma de carácter general para modificar, hacia el futuro, los alcances de una sentencia judicial cuando éstos no le sean favorables. No obstante, en el sistema de la OMC estamos frente a un equilibrio inverso, con un “juez”, activista y “poderoso”, y un “legislador”, incapaz de “hacer frente” a las consecuencias jurídicas y políticas de sus sentencias.²⁷ Este desequilibrio en la OMC entre el “poder” del “juez” y la “impotencia del legislador”, ha provocado reacciones y críticas muy vivas por parte de algunos Estados miembros de la organización.

En tal sentido, desde su llegada a la Presidencia de Estados Unidos, Donald Trump ha emprendido una verdadera “cruzada” en contra del mecanismo de solución de controversias de la OMC.²⁸ Esta “cruzada” en sí, traduce un escenario dramático en el que un “creador” ataca a su “criatura”.²⁹ Las causas del descontento de Estados Unidos con dicho mecanismo no se explican solamente por su tradicional deseo de no ser condenado por

²⁶ Cabe recordar que, en principio, la jurisprudencia de los tribunales internacionales no constituye una fuente formal del derecho internacional y los jueces no pueden gobernar. Los jueces internacionales deben limitarse en aclarar el significado de las normas internacionales. Como lo señaló la CIJ en su opinión consultiva “Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares”: “Está claro que la Corte no puede legislar...”. Su “función judicial normal” consiste en “determinar la existencia... de principios y normas jurídicas...”. CIJ, *Fisheries Jurisdiction*, Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Islandia, 25 de julio de 1974, párr. 53, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5977.pdf>. Para más detalles en torno a la función de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, véase: Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional*, en Becerra Ramírez, Manuel, *Las fuentes del derecho internacional en el siglo XXI. Una visión latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

²⁷ Ruiz, Fabri, Hélène, *op. cit.*

²⁸ El retiro de este país del Acuerdo Transpacífico (TPP, por sus siglas de inglés) y la apertura de un largo proceso de renegociación del TLCAN son emblemáticos del descontento del presidente estadounidense con la actual regulación jurídica del comercio internacional.

²⁹ Cabe recordar que la liberalización de los intercambios comerciales globales, las organizaciones internacionales y los instrumentos jurídicos que la sustentan, son obra precisamente de Estados Unidos. El triunfo del Plan White en las negociaciones de la arquitectura institucional internacional de la postguerra que llevaron a la conclusión del GATT y la participación activa de Estados Unidos en las negociaciones de la Ronda Uruguay, hacen de la OMC una “criatura jurídico-institucional” estadounidense.

tribunales internacionales,³⁰ sino que incluso traducen críticas mucho más profundas al funcionamiento del mismo.

En primer lugar, la administración del presidente Trump considera que el mecanismo de solución de controversias y el OA han excedido los límites de su función judicial y se han librado, efectivamente, a un *gouvernement des juges*. Se critica constantemente el *overreach* o carácter demasiado extensivo de la manera en la que el OA aplica e interpreta el derecho de la OMC. El argumento principal consiste en sostener que el OA fue creado para corregir las decisiones erróneas de los paneles *ad hoc*, pero no para adicionar o disminuir los derechos y obligaciones de las partes en los acuerdos de la OMC.³¹ Estados Unidos alega que el OA debe controlar los paneles *ad hoc*, pero que nadie puede controlar al OA.³² El carácter definitivo de las decisiones del OA es, además, reforzado por el surgimiento de una doctrina de *stare decisis de facto* en el mecanismo de solución de controversias de la OMC.³³ De esta manera, según Estados Unidos, el OA estaría “creando sus propias reglas”.³⁴ Esta crítica estadounidense se comparte por otros países desarrollados y en vías de desarrollo.³⁵ Además, Estados Unidos formula críticas de carácter más formal o procesal al funcionamiento del mecanismo de solución de controversias de la OMC. En particular, se señala que algunos miembros del OA han decidido casos de apelación, aun después del término de su mandato de cuatro años, sin actuar por autorización expresa del OSD.³⁶ Estados Unidos también se ha manifestado en contra del no

³⁰ El mecanismo de solución de controversias efectivamente ha adoptado varias sentencias en las que ha reconocido a la responsabilidad internacional de los Estados Unidos por violación de las normas y principios del derecho de la OMC. No obstante, en 78% de los casos en los que han participado, los Estados Unidos han ganado la defensa de su causa ante el OA.

³¹ Artículo 19.2 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.

³² Las sentencias del OA son definitivas y sólo pueden ser reexaminadas si se logra un consenso en el OSD. Hasta la fecha dicho consenso nunca ha sido obtenido.

³³ En efecto, como cualquier órgano judicial de primer grado, los paneles *ad hoc* tienden a conformarse con los criterios desarrollados por el OA y los citan constantemente en sus sentencias.

³⁴ DSB, *Minutes of the Meeting*, April 3, 2002, WT/DSB/ M121, para. 35.

³⁵ Stewart, Terence, *Disputed Court: A Look at the Challenges to (and from) the WTO Dispute Settlement System*, Global Business Dialogue, Washington, Law Offices of Stewart and Stewart, 2017.

³⁶ La regla 15 del Procedimiento de Trabajo (*working procedures*) del OA permite a un miembro de este órgano terminar su trabajo sobre el caso previa autorización del OA y a

respeto de algunas reglas procesales en torno a la renuncia³⁷ o la reelección de los árbitros.³⁸

Estas críticas de Estados Unidos no son la causa de la actual parálisis del mecanismo de solución de controversias de la OMC. La manera de canalizarlos en acción, sí. En efecto, ante la imposibilidad de influir en el ejercicio de la función judicial por parte del OA de la OMC en la resolución de los casos contenciosos que le son sometidos, la administración Trump ha preferido utilizar un medio de control indirecto a través de los procedimientos de designación de sus miembros. De ahí que, a partir de 2017, Estados Unidos ha bloqueado el proceso de reelección de los miembros del OA.³⁹ El momento crítico para apreciar el futuro del OSD es el próximo 30 de septiembre de 2019 —fecha en la que acababa el mandato de uno de los cuatro árbitros con los que actualmente funciona el OA—. De no elegir un nuevo miembro, el OA se quedaría con 3 miembros —que es el mínimo requerido por el artículo 17-1 del Entendimiento sobre Solución de Controversias— para que este órgano pueda adoptar sentencias vinculantes. En diciembre de 2019 acabaría el mandato de otros dos árbitros y si persiste el bloqueo estadounidense a la designación de nuevos miembros, esta fecha fatídica marcaría la muerte definitiva del OA de la OMC.

través de una simple notificación al OSD. Dicha regla fue adoptada sin el acuerdo del OSD y, según Estados Unidos, priva al OSD de su capacidad de pronunciarse acerca del nombramiento de los miembros del OA.

³⁷ La renuncia del árbitro coreano Hyun Chong Kim en agosto de 2017, sin respetar el plazo previo de 90 días, y el hecho de que el OA haya adoptado su resolución en el asunto *EU– Fatty Alcohol (DS442)* sin que el miembro que había renunciado haya sido remplazado. Payosova, Tatiana *et al.*, *The Dispute Settlement Crisis of the WTO: Crisis and Cures*, Peterson Institute of International Economics, Policy Brief, 2018, p. 3.

³⁸ En 2011, este país bloqueó la reelección de su propia representante en el OA: Jennifer Hillman; posteriormente, Estados Unidos bloqueó la designación por un segundo periodo de Seung Wha Chang, de Corea del Sur.

³⁹ El 1o. de diciembre de 2016, el OA todavía contaba con 7 miembros. La primera disminución en el número de miembros ocurrió el 30 de junio de 2017, cuando el árbitro mexicano Ricardo Ramírez Hernández concluyó su mandato y no fue remplazado ni relegido, reduciendo el OA a 6 miembros. El 1o. de agosto de 2017, renunció Hyun Chong Kim, y debido al bloqueo estadounidense no se eligió un nuevo miembro, llevando así el número de árbitros a 5. El 11 de diciembre de 2011 terminó el mandato de Peter Van den Bossche, y como consecuencia del mismo bloqueo la composición del OA no fue renovada y se redujo a 4 miembros.

Una eventual muerte del OA tendría indudablemente efectos muy negativos para el futuro de la OMC. Todo el mecanismo de solución de controversias se paralizaría y se pondría en tela de juicio su eficacia y objetividad. En efecto, en virtud del artículo 16.4 del Entendimiento sobre solución de controversias, el reporte de un panel *ad hoc* no puede adoptarse por parte del OSD (y por consecuencia, no podrá ser vinculante) antes de que se resuelva el procedimiento de apelación que haya iniciado una de las partes en la controversia. Por lo tanto, si el OA se queda sin miembros y no puede funcionar, una de las partes ante el panel *ad hoc* podrá bloquear la adopción de su reporte a través de la simple introducción de una demanda de apelación.⁴⁰ La postura estadounidense en la designación de los miembros del OA hubiera tenido por efecto un regreso al pasado del GATT en el que una parte podía bloquear el mecanismo de solución de controversias si el reporte del panel arbitral no le era favorable. Al fin de cuentas, el bloqueo parece tener precisamente este objetivo y busca, adicionalmente, promover una solución judicial de los conflictos “à la carte” de los intereses comerciales de Estados Unidos.

De concretarse la muerte del OA de la OMC, uno de los sistemas más eficaces de resolución pacífica de controversias interestatales en el plano internacional sería aniquilado por completo por parte de uno de sus principales justiciables.

III. LA CRISIS DE LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES MULTILATERALES BAJO LOS AUSPICIOS DE LA OMC

1. *El fracaso de la Ronda de Doha*

Diecisiete años han pasado desde el inicio de la Ronda de Doha en la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC en Qatar en 2001. Su ambicioso objetivo consistía en “lograr una importante reforma del sistema de comercio internacional mediante el establecimiento de medidas encaminadas a

⁴⁰ Zelicovich, Julieta, “¿Está viva la OMC? Bloqueos y consensos en las negociaciones comerciales de las conferencias ministeriales de Bali y Nairobi”, *Revista UNISCI*, 2017, p. 9.

reducir los obstáculos al comercio y de normas comerciales revisadas”.⁴¹ La Declaración Ministerial de Doha fijaba el mandato de las negociaciones sobre los temas de la agricultura, los servicios, la propiedad intelectual y los problemas que caracterizan la aplicación de los acuerdos comerciales multilaterales por parte de los países en vías de desarrollo.⁴²

El primer factor de bloqueo tiene que ver con la posición de los países en vías de desarrollo respecto a los logros del Uruguay Round y los objetivos del ciclo de Doha. Los países en vías de desarrollo consideran que los acuerdos de la OMC han creado para ellos obligaciones muy “costosas” en materia de prohibición de los obstáculos no arancelarios al comercio (particularmente, en el ámbito de las normas sanitarias y fitosanitarias), propiedad intelectual e inversiones.⁴³ En contraparte de estos compromisos, los países en vías de desarrollo no recibieron una apertura de los mercados en la agricultura que constituye, en muchas ocasiones, el sector clave de su economía.⁴⁴ La liberalización del comercio de los productos agrícolas ha sido, sin duda, la principal “manzana de la discordia” del ciclo de negociaciones de Doha.⁴⁵ Además, desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, las negociaciones comerciales multilaterales de la OMC no se han conformado al respeto del principio de trato especial y diferenciado que implica la toma en cuenta de sus necesidades específicas en la aplicación de los compromisos que adquieren en virtud de los acuerdos logrados. La

⁴¹ Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dda_s.htm.

⁴² En este sentido, en el momento de lanzamiento del Programa de Doha, los ministros de los países miembros de la OMC expresaron: “Continuaremos realizando esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico. A ese respecto, serán factores importantes el acceso mejorado a los mercados, las normas equilibradas y los programas de asistencia técnica y de creación de capacidad con objetivos bien definidos y financiación sostenible”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dda_s.htm.

⁴³ Los plazos para la aplicación de los compromisos adquiridos en virtud de los acuerdos de Marrakech han sido vistos como muy estrictos y la asistencia técnica que debían prestarles los países desarrollados para cumplir con dichos acuerdos es calificada de insuficiente.

⁴⁴ Paugam, Jean-Marie, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁵ Cabe recordar que los países en vías de desarrollo mantienen fuertes medidas proteccionistas en el sector agrícola, en particular bajo la forma de subvenciones a la exportación de productos agrícolas, como la política agrícola común en la UE y la “ayuda alimentaria” en Estados Unidos.

supuesta lógica “ganar-ganar” que debería guiar el logro de los objetivos de dichos acuerdos ha sido vista por los países en vías de desarrollo como una lógica de “ganadores” —los países desarrollados— y “perdedores” —los países en vías de desarrollo—. ⁴⁶

El segundo punto problemático es la agenda de las negociaciones multilaterales iniciadas en Doha, considerada demasiado amplia por algunos porque cubre muchos temas irresueltos durante el ciclo de Uruguay y demasiado estricta por otros ⁴⁷ porque no incluye temas importantes (medio ambiente, competencia, inversiones, entre otros) y, por ende, no se ajusta a las características actuales del comercio y de la economía internacional. ⁴⁸

Un elemento adicional que permite dar cuenta de la ausencia de consensos sobre dicha agenda concierne a la “des-occidentalización” de las negociaciones durante el ciclo de Doha. Como fue señalado, el bloqueo de los mecanismos de toma de decisiones de la OMC se debe a la relativización del liderazgo “Estados Unidos-UE”, en la dirección de los órganos internos de la organización. Esta relativización se observa también en el desarrollo de los procesos de negociación de nuevos acuerdos. ⁴⁹ A partir de la negociación del ciclo de Doha, los países en vía de desarrollo formaron un bloque rival al de “Estados Unidos-UE”, que rápidamente comenzó a reclamar un mayor liderazgo en el proceso negociador. El nombramiento del brasileño Ricardo Azevedo como Director General de la OMC es particularmente

⁴⁶ Paugam, Jean-Marie, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁷ Ruiz-Fabri, Hélène, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁸ Dichas dificultades son visibles, por ejemplo, en el sector de los servicios. El GATS negociado en 1995 se limitaba a recoger el grado de apertura de los mercados ya existente en este momento, pero la posibilidad actual de ir más allá en la liberalización del comercio en este sector se enfrenta con preocupaciones económicas actuales en torno a la des-localización de los servicios, el desarrollo de centros globales de servicios *low cost*, los efectos negativos de la apertura de los mercados hacia los prestadores nacionales de los mismos servicios, etcétera.

⁴⁹ Antes del Doha Round, la negociación establecía un filtro que implicaba que los acuerdos logrados debían ser aceptados primero por los países más activos (Estados Unidos, UE, Japón y Canadá en una agrupación conocida como la “Cuadrilateral”, que en realidad era conducida por el binomio “Estados Unidos-UE”) y sólo después eran llevados al conocimiento de los demás miembros. Los países en vías de desarrollo estaban, por lo tanto, excluidos de algunas fases de la negociación y recludos en la llamada *Green Room*.

sintomático de la redistribución de poder entre nuevos actores influyentes en el seno de la OMC.⁵⁰

Esta redistribución de poder ha hecho imposible la aplicación de la técnica misma de negociaciones comerciales multilaterales, bajo los auspicios de la OMC, llamada *single undertaking* (o acuerdo único). Dicho mecanismo de negociación establece que debe existir un acuerdo en todos los temas tratados antes de que se logre un acuerdo general y postula que “nada se considera acordado hasta que todo esté acordado”. Su objetivo consiste en garantizar que los acuerdos reflejen de manera más equilibrada los intereses de todos los miembros de la organización.⁵¹ No obstante, en los hechos, la “des-occidentalización” del proceso negociador ha modificado los postulados de la regla del *single undertaking* según la lógica: “nada está acordado y, por lo tanto, nada se acordará”.

Es de señalarse que el fracaso de la Ronda de Doha es el resultado no solamente del nuevo peso que los países en vía de desarrollo reclaman en las negociaciones comerciales intergubernamentales, sino también de las pretensiones de algunos de ellos de beneficiarse del “trato especial y diferenciado”. De los 164 miembros de la OMC, 2/3 se han declarado “países en vías de desarrollo” para beneficiarse de las reglas de dicho trato. No obstante, no se han establecido en el derecho de la OMC criterios para determinar si un país está en vías de desarrollo o no, ni un nivel a partir del cual pueda considerarse que un “país en vías de desarrollo” se ha convertido en “país desarrollado”. La cualidad de país en vías de desarrollo es, por lo tanto, “auto-adjudicada” y hasta la fecha ningún Estado ha renunciado a la misma. En la realidad, desde la conclusión del GATT, muchos países en vías de desarrollo se han enriquecido y sus industrias internas se han vuelto muy competitivas en el plano internacional.⁵² Por lo tanto, resulta difícil de justificar su no sumisión a las disciplinas comunes del derecho de la OMC. La creación de la OMC tenía por objetivo luchar contra las prácticas de los *free riders* (“pasajeros clandestinos”) del GATT que se beneficiaban de las concesiones comerciales de otros sin ofrecer nada a cambio. No obstante, debido

⁵⁰ Lamy, Pascal, “The World Trade Organisation: New Issues, New Challenges”, *En Temps Réels*, 2014, p. 9.

⁵¹ Zelicovich, Julieta, *op. cit.*, p. 6.

⁵² Torres, Héctor, *Argentina: an Opportunity to Rethink the WTO Working Practices*, CIGI Papers, 143, septiembre de 2017, p. 3.

a la extensión de las reglas del “trato especial y diferenciado” a países que no las necesitan se creó un fenómeno muy similar. Aun así, la renegociación del estatus de países en vías de desarrollo ha permanecido como “tabú político” y no ha sido incluido en la Ronda de Doha.⁵³

2. El éxito de los (mega) acuerdos comerciales regionales

La crisis de la OMC se ha acompañado y ha sido provocada, en parte, por el éxito fulminante de los acuerdos comerciales regionales (en adelante, ACR).

En la OMC, los ACR se definen como acuerdos comerciales recíprocos entre dos o más socios. Incluyen los acuerdos de libre comercio y las uniones aduaneras. Los ACR constituyen, sin duda, una violación de uno de los pilares del multilateralismo comercial: la cláusula de la nación más favorecida. Dicha cláusula se establece en el artículo 1o. del GATT⁵⁴ y busca asegurar el mismo trato a los bienes, originarios de todos los Estados miembros. Para hacer frente a dicha contradicción, el derecho de la OMC admite una excepción a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida para algunas formas de integración regional, en particular, las uniones aduaneras, las zonas de libre comercio y los acuerdos provisionales. Negociado al origen para acomodar la experiencia de la UE en la OMC, el artículo XXIV del GATT⁵⁵ ha legitimado la conclusión de ACR y ha fungido, en los hechos, como un verdadero “caballo de Troya” para las negociaciones comerciales multilaterales.

La proliferación de los ACR, en la actualidad, se mide en cifras sorprendentes. En 1995, el número de ACR ascendía a no más de 100, pero en

⁵³ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁴ Según dicha disposición, “... cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”.

⁵⁵ En virtud de dicho artículo, “las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán a los territorios aduaneros metropolitanos de las partes contratantes, así como a cualquier otro territorio aduanero con respecto al cual se haya aceptado el presente Acuerdo de conformidad con el artículo XXVI o se aplique en virtud del artículo XXXIII o de conformidad con el Protocolo de aplicación provisional...”.

2018 fueron registrados en la OMC 320 ACR, concluidos entre sus Estados miembros.⁵⁶ Prácticamente todos los miembros de la organización son, hoy día, partes en por lo menos un ACR. Estos acuerdos se han transformado tanto respecto al nivel de desarrollo de sus países miembros como respecto a su alcance geográfico.⁵⁷ En general, los Estados tienden a orientar los ACR hacia una lógica “OMC+”, consistente en complementar, a través de los acuerdos, compromisos ya previstos en virtud de las normas del derecho de la OMC y una lógica “OMCx” en la cual se abordan, por la vía bi o plurilateral, temas no tratados en el ámbito de dicha organización.⁵⁸ Adicionalmente, hoy día existe una tendencia a concluir mega ACR que involucran a un gran número de países de todas las regiones del mundo. Las mega negociaciones comerciales del Acuerdo de Asociación Transpacífica (TTP, por sus siglas en inglés) entre 12 Estados de la cuenca del Pacífico, geográficamente situados en cuatro continentes distintos, del Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés) entre Estados Unidos y la UE o del Partenariado Económico Comprehensivo Regional (RCEP, por sus siglas en inglés) entre China y los Estados del Asean, son ejemplos emblemáticos de la envergadura de los procesos inter-regionales de integración comercial.

Este crecimiento exponencial de los ACR hace surgir una pregunta compleja respecto a su relación con el sistema comercial multilateral, regulado por la OMC: ¿son ellos piedras que construyen (*building blocks*) o piedras que destruyen y hacen tropezar (*stumbling blocks*) el multilateralismo comercial?⁵⁹

⁵⁶ Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/rta_pta_s.htm.

⁵⁷ En los años setenta del siglo XX, se observaba una mayor importancia de los acuerdos entre países desarrollados y países en vías de desarrollo (acuerdos Norte-Sur). En la actualidad, han proliferado los acuerdos entre los propios países en vías de desarrollo (acuerdos Sur-Sur). De igual modo, se denota una tendencia a la ampliación del alcance geográfico de los ACP, hace 10 años existían más acuerdos dentro de una misma región geográfica (acuerdos intrarregionales) y, en la actualidad, se concluye un mayor número de acuerdos entre países pertenecientes a distintas regiones (acuerdos interregionales).

⁵⁸ Zelicovich, Julieta, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁹ Bhagwati, Jagdish y Panagariya, Arvind, “The Theory of Preferential Trade Agreements: Historical Evolution and Current Trends”, *The American Economic Review*, vol. 86, 1996, pp. 82-87; Baldwin, Richard, *Multilateralizing Regionalism. Challenges for the Global Trading System*, Cambridge, World Trade Organization, 2009.

La primera postura consiste en sostener que los ACR son *building blocks* para las negociaciones comerciales multilaterales, bajo los auspicios de la OMC porque promueven la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias al libre comercio y, por lo tanto, refuerzan la liberalización comercial, promovida por la vía multilateral. La postura opuesta considera a los ACR como *stumbling blocks* para el multilateralismo de la OMC, debido a la discriminación que provocan. Desde esta perspectiva, el regionalismo comercial tendería a construir “fortalezas comerciales” impenetrables⁶⁰ que, en vez de tener un efecto de “creación de comercio” tenderían a producir consecuencias opuestas de “desviación de comercio”.⁶¹

Aunque el debate en torno a los efectos de los ACR sobre el sistema comercial multilateral sigue en curso, es evidente que los Estados seguirán respondiendo a la actual crisis de las negociaciones comerciales multilaterales bajo los auspicios de la OMC con la conclusión de ACR, por la vía bi o plurilateral, tanto intra como interregional.⁶² A través de dichos acuerdos, los miembros de la organización seguirán concretando lo que saben que no obtendrían en el ámbito de la OMC.⁶³ Su multiplicación seguirá creando la imagen de un *spaghetti bowl* para utilizar la famosa expresión de Bhagwati⁶⁴ y dará cada vez más lugar a un sistema de normas incoherentes y desarticuladas, entre sí, y con el sistema comercial multilateral.⁶⁵

De ahí que la crisis de las negociaciones comerciales multilaterales sea a la vez causa y consecuencia del éxito de los ACR. La marginalización de la OMC también opera desde fuera y podemos esperar que la regulación jurídica del comercio internacional será, en el futuro, cada vez más regional y menos universal.

⁶⁰ Ibarra Pardo, Gabriel, *op. cit.*, p. 523.

⁶¹ El efecto de desviación de comercio se produce cuando un país deja de importar determinado producto de un país no miembro (PNM) eficiente y pasa a importarlo de un país miembro que es menos eficiente. Se considera un efecto negativo ya que reduce el nivel de bienestar. Maesso Corral, María, “La integración económica”, *Revista ICE*, núm. 858, 2008, p. 122.

⁶² Siroën, Jean-Marc, *op. cit.*, p. 13.

⁶³ Ruiz-Fabri, Hélène, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁴ Bhagwati, Jagdish y Panagariya, Arvind, *op. cit.*

⁶⁵ Lamy, Pascal, “Acuerdos comerciales multilaterales o bilaterales, ¿qué camino se ha de seguir?”, disponible en: http://wto.org/spanish/news_s/spl_s/spl153_s.htm.

IV. HACIA UNA REFORMA DE LA OMC

1. *Las opciones de reforma institucional*

Como fue señalado anteriormente, la naturaleza eminentemente intergubernamental de una “organización dirigida por sus miembros” se expresa en la regla de toma de decisiones por consenso. La primera vía para remediar a la actual crisis de dicha institución y mejorar el funcionamiento de sus órganos internos consistiría en repensar la instrumentación del consenso en la adopción de medidas regulatorias del sistema comercial multilateral.

En este sentido, es de señalarse que el abandono completo de la regla del consenso no es posible y, tal vez, tampoco es deseable. Para reformar la toma de decisiones por consenso es necesario reformar el acuerdo sobre la OMC. El procedimiento que debe seguirse para enmendar a dicho tratado se establece en su artículo X. Según esta disposición, una vez que se presente una propuesta de enmienda a la Conferencia Ministerial, ésta decide, por consenso, si someterá la propuesta a la aceptación de los Estados miembros de la organización. Dicho, en otros términos, el consenso sólo se puede modificar por consenso. La Conferencia Ministerial se compone por representantes de todos los Estados miembros de la organización.⁶⁶ El logro de consenso por parte de los 164 miembros de dicho órgano parece completamente ilusorio.

Adicionalmente, es de señalarse que, tal vez, no sea necesario suprimir por completo la adopción de decisiones por consenso. Torres atinadamente señala que el consenso garantiza que todos los miembros de la OMC tienen la misma oportunidad de expresar sus opiniones y no consentir la toma de una decisión si ésta no acomoda sus intereses y diferencias.⁶⁷ No obstante, el consenso no debería, por lo tanto, ser visto como sinónimo de una votación por unanimidad.⁶⁸ No obstante, como fue señalado, es precisamente

⁶⁶ Artículo IV del Acuerdo sobre la OMC.

⁶⁷ Torres, Héctor, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁸ Como lo señala una nota a pie de página del propio artículo IX-1 del Acuerdo sobre la OMC: “se considerará que el órgano de que se trate ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración si ningún miembro presente en la reunión en que se adopte la decisión, se opone formalmente a ella”.

en este sentido que dicha regla ha sido puesta en práctica en la vida institucional de la OMC.⁶⁹ El consenso podría ser interpretado de una manera distinta.⁷⁰ Comúnmente se asocia más el consenso con un producto —el acuerdo— pero no se precisa a través de qué mecanismo de toma de decisiones se logró el mismo. Como atinadamente lo señala Joost Pauwelyn, el consenso puede lograrse por una votación unánime, mayoría simple o mayoría calificada.⁷¹ Se trataría entonces de un acuerdo logrado en ausencia de oposición y no de un acuerdo obtenido por un voto unánime.⁷² No obstante, es difícil concebir que los Estados acepten este cambio de lógica en la aplicación del consenso. La práctica internacional demuestra que los Estados están políticamente muy poco dispuestos a renunciar a un derecho de veto, cuando éste está previsto en las reglas institucionales de una organización internacional. La renuncia a un voto por unanimidad y al consecuente derecho de veto es visto como una cesión de poder —un ataque frontal a la soberanía de los Estados— e incluso, en términos extremos, como un “suicidio político”. Prueba de esto es la eterna imposibilidad de reformar las reglas de voto por unanimidad en el Consejo de Seguridad de la ONU y las oposiciones de los cinco miembros permanentes (el “P5”) a una posible renuncia a su histórico derecho de veto.

Otra posible opción para reformar el consenso consistiría en considerar que éste debe ser sustituido por el recurso a una votación de mayoría absoluta o relativa de los miembros reunidos en los órganos de toma de decisiones de la OMC. Esto indudablemente mejoraría la eficacia de los procesos decisorios y pondría fin al bloqueo intergubernamental actual. En muchas organizaciones internacionales se ha podido observar una evolución hacia una ampliación de los temas que se someten a una votación por mayoría.⁷³

⁶⁹ Los Estados se han apropiado del consenso para ejercer un derecho de veto unilateral en los procesos de toma de decisiones en la organización. Es precisamente el uso irrestricto del derecho de veto que debilita la OMC y se revela contrario al “espíritu colegial” que debe guiar la cooperación internacional en este ámbito, Torres, Héctor, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁰ En virtud de la definición del *Diccionario* de la Real Academia Española, el consenso es “un acuerdo logrado por el consentimiento de todos los miembros de un grupo”.

⁷¹ Pauwelyn, Joost, “The WTO in crisis: five fundamentals reconsidered”, disponible en: www.wto.org; Pauwelyn, Joost, “The Transformation of World Trade”, *Michigan Law Review*, vol. 104, 2005.

⁷² *Idem*.

⁷³ Así, en el Consejo de la UE, muchos de los temas que antes se decidían por unanimidad, hoy en día se votan por mayoría de los integrantes de dicho órgano. No obstante, aún

No obstante, en el ámbito de la OMC, existe un riesgo inherente a la implementación de la votación por mayoría absoluta o relativa bajo la lógica “un Estado, un voto”. Éste tiene que ver con el distinto “peso” o “poder” comercial de los miembros de la organización. Una votación igualitaria no traduciría, en términos políticos realistas, los desequilibrios económicos y comerciales que caracterizan a los Estados miembros de la OMC.⁷⁴ Cualquier intento de asignar un número de votos en función de criterios económicos, geográficos, poblacionales o comerciales introduciría las valoraciones subjetivas de poder político, tan criticadas en el ámbito del FMI y del BM.⁷⁵ El peligro, siempre latente, de una votación por mayoría que busque tomar en cuenta el distinto peso de los Estados en el ámbito del comercio internacional tiene que ver con la preservación del multilateralismo en el funcionamiento de la OMC y la garantía de que la organización será dirigida por todos sus miembros y no sólo por alguno(s) de ello(s).

La segunda causa del bloqueo institucional que origina la actual crisis de la OMC se relaciona con el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias de dicha organización. ¿Cómo revitalizar a un mecanismo, amenazado de quedarse sin OA?

Como fue señalado anteriormente, la principal crítica de Estados Unidos hacia el mecanismo de solución de controversias de la OMC consiste en

en esta organización supranacional las decisiones políticamente sensibles permanecen sujetas a la unanimidad. Así, por ejemplo, la admisión de un nuevo miembro en la Unión puede ser sujeto a un veto por parte de los representantes de los países miembros de la organización.

⁷⁴ Torres, Héctor, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁵ Cabe recordar que tanto en el BM como en el FMI, el sistema de votación se basa en la toma en consideración del lugar que ocupa cada Estado miembro en el ámbito de la economía y de las finanzas internacionales. En el FMI, el sistema de votos en el FMI es condicionado por las cuotas de los Estados y dichas cuotas corresponden al número de votos que tiene un país miembro en las decisiones del FMI. Los votos de cada país miembro se componen de votos básicos (750, en la actualidad) más un voto adicional por cada 100,000 “derechos especiales de giro”. La Junta de Gobernadores del FMI realiza revisiones generales de cuotas con cierta regularidad (generalmente cada cinco años). Toda modificación de las cuotas tiene que ser aprobada por una mayoría del 85% del total de los votos, y la cuota de un país miembro no puede ser modificada sin su consentimiento. Gracias a sus cuotas en el FMI, Estados Unidos tiene el 16.75% del total de los votos lo que le confiere un derecho de veto en la votación. Un sistema similar existe en el BM. Estos mecanismos son contestados, en la actualidad, por su falta de legitimidad. En efecto, países como China, que han adquirido un peso mayor en las relaciones monetarias y financieras internacionales, no cuentan, en el seno de estas organizaciones, con un número de votos que refleje su real poder económico.

sostener que el OA ha violado su mandato judicial en repetidas ocasiones y, en vez de limitarse a interpretar y aplicar el derecho de la OMC, ha creado, por la vía jurisprudencial activista, nuevos derechos y obligaciones a cargo de los Estados miembros de la organización. Una posible solución ante esta crítica sería aceptar que el OA debiera ejercer una *judicial restraint*, al pronunciarse sobre determinados temas y problemas del derecho de la OMC. Una reforma institucional en este sentido consistiría en establecer la obligación para el OA de congelar algunos de sus procedimientos en dichos ámbitos y solicitar una “interpretación de autoridad” por parte de los órganos de la OMC en los que se reúnen los representantes de sus Estados miembros.⁷⁶ En efecto, tanto la Conferencia Ministerial como el Consejo de la OMC están facultados para adoptar este tipo de interpretaciones.⁷⁷ No obstante, a pesar de que el Acuerdo sobre la OMC permite adoptar dichas interpretaciones por mayoría absoluta, los miembros han decidido que el procedimiento debe realizarse por medio del consenso.⁷⁸ Hasta la fecha no se ha adoptado, en el ámbito de la OMC, ningún tipo de interpretación de autoridad por parte de los órganos de la organización y el bloqueo que enfrenta el mecanismo de solución de controversias no podría ser remediado mediante un recurso al “legislador”, inmerso en la parálisis inherente a la aplicación del consenso.

Otra posible vía para dar respuesta a las críticas de Estados Unidos podría consistir en considerar que la ausencia de una resolución por parte del

⁷⁶ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷ En virtud del artículo IX-2 del Acuerdo sobre la OMC: “La Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los acuerdos comerciales multilaterales. En el caso de una interpretación de un Acuerdo Comercial Multilateral del Anexo 1, ejercerán dicha facultad sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo. La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los miembros. El presente párrafo no se aplicará de manera que menoscabe las disposiciones en materia de enmienda establecidas en el artículo X”.

⁷⁸ Así, por ejemplo, la UE propuso adoptar una interpretación de autoridad de los artículos 21.5 y 22 del Entendimiento sobre Solución de Controversias, pero dicha interpretación no pudo ser adoptada en el Consejo General, debido al ejercicio de un veto por parte de Estados Unidos. *Cfr.*, General Council, Minutes of Meeting held on February 15 and 16, 1999, WT/GC/W/143 at 32; General Council, *Request for an Authoritative Interpretation Pursuant to Article IX:2 of the Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization, Communication from the United States*, WT/GC/W/144.

OA no debería bloquear la adopción del reporte del panel *ad hoc*. En este sentido, se ha propuesto,⁷⁹ por ejemplo, que la exigencia de cumplir con el término de la apelación que se establece en el artículo 16-4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias podría considerarse alcanzada, una vez que la parte presente la demanda de apelación y el OA no se pronuncie en un sentido opuesto. En esta hipótesis, el reporte del panel *ad hoc* se volvería definitivo y obligatorio. Sin embargo, esta propuesta supondría una revisión de las Reglas de Trabajo del OA⁸⁰ y en cierto sentido una violación del Entendimiento sobre Solución de Controversias que, en su artículo 17-2, establece la obligación del OA de resolver las demandas de apelación que se le presenten. Desde la perspectiva política, esta solución podría agravar la confrontación entre Estados Unidos y los demás Estados miembros de la OMC.⁸¹

Otra propuesta para hacer frente a la inminente parálisis de OA y evitar que ésta contagie a todo el mecanismo de solución de controversias, consistiría en utilizar el recurso al arbitraje, previsto en el artículo 25 del Entendimiento sobre Solución de Controversias como sustituto al procedimiento de apelación.⁸² Esta solución puede parecer particularmente atractiva, pero su realización práctica depende del logro de un acuerdo entre las partes en la controversia para someter su revisión a un nuevo arbitraje. Es lógico que la parte que gane el caso o piensa que lo puede ganar en el reporte del

⁷⁹ Charnovitz, Steve, “How to Save WTO Dispute Settlement from the Trump Administration”, *International Economic Law and Policy Blog*, 2017; Miles, Tom, “WTO is most Worrying Target of Trump’s Trade Talk: Lamy”, *Reuters*, November 14, 2017

⁸⁰ En virtud del artículo 17-9 del Entendimiento de Solución de Controversias, el OA efectivamente puede enmendar sus propias “Reglas de trabajo”.

⁸¹ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 10.

⁸² En virtud de dicha disposición: “1. Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes; 2. Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje; 3. Sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros miembros si las partes que han convenido en recurrir al arbitraje están de acuerdo en ello. Las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral. Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada”.

panel (de primera instancia) no tendrá ningún incentivo para someterlo a una segunda revisión por parte de otro tribunal arbitral.⁸³

Es de señalarse que, en todo caso, las partes en una controversia sobre la aplicación o interpretación del derecho de la OMC pueden concluir con un acuerdo de arbitraje *ad hoc* o referirse a una cláusula compromisoria, contenida en otro tratado internacional para resolver dicha controversia por este medio. Pero una resolución arbitral de los litigios entre los miembros de la OMC, fuera de la misma, debilitaría aún más su mecanismo de solución de controversias. Además, si los Estados miembros de la organización comenzarán a resolver sus controversias vía arbitrajes, no vinculados con el mecanismo de solución de controversias, podrían exponerse a diferentes controles arbitrales, basadas en concepciones y jurisprudencias incoherentes en torno a la aplicación e interpretación de las normas y principios del derecho del comercio internacional.

Para evitar que los Estados miembros de la OMC tengan que salir de la organización para dirimir sus controversias por medio de arbitrajes no institucionalizados se propone, alternativamente, concluir un acuerdo plurilateral de arbitraje en el ámbito de dicha organización para sustituir al disfuncional OA. Este acuerdo sería vigente para todos los Estados que lo hayan ratificado y, en los hechos, tendería a crear un “OA bis” para todos, menos para Estados Unidos. No obstante, cabe recordar que la conclusión de acuerdos plurilaterales muchas veces exige una toma de decisión por parte de la Conferencia Ministerial de la OMC por medio del consenso.⁸⁴ En la situación actual de bloqueo, dicho acuerdo parece imposible de lograr. Adicionalmente, dicha solución precipitaría el retiro de Estados Unidos de la OMC.

Otra posible solución a la crisis actual del OA consistiría en que las partes en una controversia acerca del derecho de la OMC se acordaran en no apelar y en aceptar el carácter definitivo y obligatorio del reporte del panel *ad hoc*. Dicho acuerdo bilateral podría ser concluido antes del inicio del procedimiento arbitral por las dos partes en la controversia.⁸⁵ En este sentido, es de señalarse que los acuerdos bilaterales de no apelación tendrían

⁸³ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁴ Artículo X-9 del Acuerdo sobre la OMC.

⁸⁵ Salles, Luiz Eduardo, “Bilateral Agreements as an Option to Living Through the WTO AB Crisis”, *International Economic Law and Policy Blog*, 23 de noviembre de 2017.

el mismo efecto que revisar el Acuerdo sobre la OMC y el Entendimiento sobre Solución de Controversias para eliminar al OA, pero sin pasar por el procedimiento complejo y exigente de modificación de ambos tratados. Esta hipótesis también se asemeja a “una muerte segura” para el OA y un intento de salvar, al menos, un mecanismo de solución de controversias, amputado de su apelación y reducido a un primer grado de jurisdicción arbitral.

Algunos autores han sugerido que la urgencia de la situación por la que atraviesa el mecanismo de solución de controversias de la OMC justificaría abandonar la regla del consenso, exigida para la adopción de decisiones en el ámbito del OSD y sustituirla por una votación de mayoría. Así, se ha propuesto⁸⁶ que la regla de votación por mayoría, prevista en el artículo IX-1 del Acuerdo sobre la OMC⁸⁷ debería prevalecer sobre el mecanismo de consenso, establecido en el artículo 2-4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias.⁸⁸ No obstante, esta propuesta es políticamente sensible porque, una vez más, implicaría el retiro de Estados Unidos de la OMC,⁸⁹ pero, además, jurídicamente imposible, al menos desde la perspectiva de una interpretación estricta de las reglas del derecho de la OMC.⁹⁰

Finalmente, una última solución a la crisis del mecanismo de solución de controversias sería la promoción de una discusión y negociación de los casos, sometidos al OA de la OMC, por parte de los órganos políticos de la organización. En relación con lo anterior, es de mencionarse que los bloqueos inherentes a todos los mecanismos de toma de decisiones de la OMC crean un escenario poco propicio a la resolución de problemas jurídicos por la vía política y no exclusivamente judicial. Además, desde la perspectiva jurídica, se violaría gravemente un principio general del derecho, en

⁸⁶ Jan Kuijper, Pieter, “The US Attack on the Appellate Body”, *International Economic Law and Policy Blog*, 15 de noviembre de 2017

⁸⁷ Con base en este artículo: “La OMC mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del GATT de 1947. Salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso la cuestión objeto de examen se decidirá mediante votación...”.

⁸⁸ Según este artículo: “En los casos en que las normas y procedimientos del presente Entendimiento establezcan que el OSD debe adoptar una decisión, se procederá por consenso”.

⁸⁹ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁰ En virtud del Entendimiento sobre Solución de Controversias, las decisiones del OSD “sólo pueden ser adoptadas por consenso”.

virtud del cual *nemo iudex in causa sua* (del latín, nadie puede ser juez de su propia causa).⁹¹ Si se considera que los órganos políticos de la OMC pueden pronunciarse sobre los temas y problemas de “incertidumbre jurídica” que genera un caso planteado al OA de la OMC se anularía por completo la naturaleza judicial del mecanismo de solución de controversias de dicha organización. Este *non-sense* jurídico convertiría al mecanismo de solución de controversias en un medio diplomático de arreglo de litigios, como el vigente en el ámbito del antiguo GATT, y le negaría por completo la “jurisdiccionalización” que había conseguido.

2. La modificación de los principios rectores de las negociaciones comerciales multilaterales, bajo los auspicios de la OMC

En primer lugar, como fue señalado anteriormente, una de las causas del bloqueo de la ronda de Doha tiene que ver con el método de negociación, llamado de “acuerdo único” o *single undertaking* y su imposibilidad de adaptarse con los cambios en las alianzas y equilibrios de poder en el seno de la OMC.

Es de recordarse que la regla del “acuerdo único” es de naturaleza procesal y solamente se refiere al momento en el que se puede lograr un acuerdo (cuando todos los países se han puesto de acuerdo sobre la totalidad de los temas negociados). Por lo tanto, es posible reformar dicha regla al aceptar el logro de acuerdos no entre todos los países sino solamente de algunos, y no en todos los temas debatidos, sino nada más sobre un tema o un aspecto de un tema, en particular. La posibilidad de lograr acuerdos solamente entre algunos miembros de la organización potenciaría el desarrollo, ya importante, de acuerdos comerciales plurilaterales.

Los acuerdos plurilaterales en los que son parte países miembros de la OMC proliferan hoy día tanto fuera de la organización, en la forma principal de ACR, como dentro de la misma, en la forma de acuerdos concluidos

⁹¹ Swartzenberger, Georg, “The Nemo Iudex in Sua Causa Maxim in International Judicial Practice”, *Anglo-American Law Review*, 1972, p. 482. La máxima *nemo iudex in causa sua* expresa un principio general del derecho, común a todos los órdenes jurídicos del mundo. Como lo señala el Reporte sobre el Proyecto de creación de la CPA, adoptado durante la segunda Conferencia de Paz de la Haya en 1907: “la doctrina, según la cual nadie puede ser juez de su propia causa es universalmente aceptada y presente en todos los sistemas jurídicos”.

por algunos Estados miembros de la OMC, pero no por todos.⁹² Así, por ejemplo, en 2011, se concluyó un importante acuerdo comercial plurilateral: el Acuerdo Comercial Anti-falsificación (*Anticounterfeiting trade agreement* o ACTA, por sus siglas en inglés). La negociación de otros acuerdos plurilaterales como el Acuerdo sobre Servicios (*Trade in Services Agreement* o TiSA, por sus siglas en inglés), el Acuerdo de Tecnología de la Información (ITA, por sus siglas en inglés) el Acuerdo sobre Bienes Ambientales (*Environmental Goods Agreement* o EGA, por sus siglas en inglés), continúa actualmente en curso.

En la opinión de algunos autores, con más de 160 miembros, la OMC no se debería cerrar a los acuerdos plurilaterales,⁹³ sino, al contrario, buscar una vía para regular su negociación y administrar su aplicación.⁹⁴ En el mismo sentido, en un reporte conjunto, publicado por el FMI, el BM y la OMC, las tres instituciones señalan que cualquier acuerdo plurilateral, concluido bajo los auspicios de la OMC, con o sin aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, sería preferible a un ACR, concluido fuera de los recintos de dicha organización. En dicho documento se señala que los acuerdos plurilaterales de la OMC son más transparentes, más legales y al tener más vínculos institucionales con la organización proveen una mejor base para la posterior ampliación de su membresía y el logro de un acuerdo verdaderamente multilateral.⁹⁵ No obstante, si se abandona la aplicación de la regla del *single undertaking* para aceptar que los acuerdos, negociados bajo los auspicios de la OMC, pueden ser plurilaterales se afectaría un pilar fundamental del derecho de la OMC: el alcance multilateral y (casi) universal de sus normas. Si los acuerdos concluidos en el foro de la OMC sólo son vinculantes para algunos de sus miembros, habría pocos incentivos para que éstos participen en negociaciones multilaterales, en el plano universal. Sería más probable que el proceso negociador se torne, desde sus inicios, o en algún momento posterior de su desarrollo, de alcance plurilateral y de aplicación en el plano regional o interregional. De la conclusión de un

⁹² En efecto, los acuerdos comerciales plurilaterales fueron incluidos en el anexo 4 del Acuerdo sobre la OMC desde el término del Uruguay Round. Esta apertura discreta de la OMC hacia el plurilateralismo no hizo más que confirmarse con el paso de los años.

⁹³ Pauwelyn, Joost, *op. cit.*

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ WTO, IMF and WB, *Making Trade an Engine of Growth for All The Case for Trade and for Policies to Facilitate Adjustment*, 2018, p. 41, párr. 75.

acuerdo plurilateral bajo los auspicios de la OMC a la de un ACR, que también es, por definición, plurilateral, pero fuera del foro de la OMC, sólo hay un paso.

En este sentido, otra posible opción de reforma consistiría en mantener el *single undertaking* en la adopción del acuerdo y negociar regímenes especiales en cuanto a la aplicación del mismo. La flexibilidad requerida para acomodar los intereses de más de 160 Estados apuntaría hacia el desarrollo de un sistema multilateral diferenciado, a varias geometrías y velocidades. El reciente éxito del paquete de Bali demostraría la viabilidad de una mayor flexibilización de los compromisos multilaterales.⁹⁶ En el mismo sentido, en su reporte conjunto, el FMI, el BM y la OMC, señalan que la adopción de acuerdos de alcance universal (por la vía de negociaciones multilaterales), pero con compromisos individualizados, expresamente vinculados a las capacidades particulares de los miembros parece ser la opción más viable para revitalizar a la OMC.⁹⁷ Sin embargo, como fue señalado anteriormente, una de las causas del fracaso de la Ronda de Doha se debe precisamente al trato especial y diferenciado que se reconoce a los países en vía de desarrollo, ya que el enriquecimiento de algunos de ellos pone en duda la voluntad de los países desarrollados de ofrecer más concesiones que se aplicaran sobre una base discriminatoria. Beneficiar a algunas industrias de los países en vías de desarrollo que son, en la actualidad, igual de competitivas que las industrias internas de los países desarrollados no son vistas como *fair trade* por parte de los países desarrollados.

Por lo tanto, antes de establecer nuevos tratos discriminatorios en el derecho de la OMC, resulta urgente negociar la permanencia de algunos Estados en la categoría de países en vías de desarrollo. En primer lugar, podría pensarse en incluir en el derecho de esta organización criterios claros respecto a la cualidad de “países en vías de desarrollo”. No es posible extender el mismo trato a China, Brasil, Rusia, Burkina Faso, Ecuador o Polonia. Pero más allá de crear nuevas categorías de países en vías de desarrollo (países menos avanzados, países emergentes o “países nuevamente industrializados”) se trataría de introducir una repartición más equitativa de los derechos y obligaciones de los miembros pertenecientes a este gru-

⁹⁶ Jelicovich, Julieta, *op. cit.*, p. 150.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 41, párr. 76.

po.⁹⁸ No obstante, como fue señalado anteriormente, la renegociación del estatus jurídico de los países en vías de desarrollo en el derecho la OMC constituye un fuerte “tabú político” que no ha sido incluido en la agenda de Doha. Su reintroducción en el proceso negociador solo podría resultar de un consenso en los órganos con capacidad decisoria de la OMC que lo convertiría, adicionalmente, en un “*imbroglio* jurídico”.

Finalmente, en cuanto a la relación entre el multilateralismo comercial promovido en la OMC y los ACR, se han expresado argumentos que tratan de resaltar las ventajas que implica la permanencia de una organización internacional, con vocación universal y competencia global en el ámbito de la regulación jurídica del comercio internacional.⁹⁹

Dotada de un mecanismo eficaz para la solución de las controversias, la OMC debería seguir sirviendo de un foro común para la cooperación interestatal y el intercambio de información para la eliminación de las distorsiones al libre comercio. La membresía casi universal de la OMC y su sólido legado jurídico-institucional serían ventajas únicas que no podrían ser replicadas en los ACR. Muchos de los temas de regulación del comercio internacional —desde los subsidios agrícolas hasta el comercio digital— son esencialmente globales y, por ende, exigirían respuestas y regulaciones jurídicas, aptas para aplicarse en el plano global y no únicamente regional.¹⁰⁰ No obstante, en la práctica internacional se demuestra que los Estados han dejado de creer, hace mucho, en estas ventajas de la OMC con relación a los ACR. En la actualidad, muchos Estados están cambiando la lógica de sus negociaciones comerciales con el exterior: del multilateralismo hacia el regionalismo y, en algunos casos, del multilateralismo al bilateralismo. Así, por ejemplo, “la administración Trump cree en el comercio libre y justo, y está buscando profundizar sus relaciones comerciales con socios que sostienen el mismo punto de vista. Pero... se enfoca esencialmente en negociaciones bilaterales”.¹⁰¹ La proliferación incesante de ACR y el posible regreso de los acuerdos comerciales bilaterales en la práctica estatal actual demuestran que la regulación multilateral del comercio internacional, bajo

⁹⁸ Pauwelyn, Joost, *op. cit.*

⁹⁹ IMF, WB and WTO, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ *Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report*, Washington, Office of the United States Trade Representative, 2017.

los auspicios de la OMC, se encuentra *de facto* agotada y que la principal vía por la que los Estados adquieren compromisos jurídicos en este ámbito es y será la bilateral y la plurilateral. En este sentido, en el futuro, la OMC, tal vez, tenga que convertirse en una institución administradora de ACR y de acuerdos comerciales bilaterales y deje de ser una organización negociadora y administradora de acuerdos multilaterales propios.

V. CONCLUSIÓN

El futuro de la OMC como foro internacional que promueve la negociación de acuerdos comerciales multilaterales y como organización internacional intergubernamental que administra su interpretación y aplicación es poco prometedor.

La rigidez de sus mecanismos institucionales de toma de decisiones condena al derecho de esta organización a convertirse en un conjunto normativo inmóvil e indiferente a los cambios en las relaciones económicas internacionales que sí pretende regular. La relativización de la capacidad del libre comercio de servir de “motor” para el crecimiento económico de los Estados, la redefinición de las relaciones de poder entre los miembros de la organización y el neoproteccionismo de algunos de ellos, la proliferación fulminante de los (mega) ACR, la transformación económica y política de algunos de sus países miembros que, en 1995, eran países en vías de desarrollo y ahora son algunos de los más desarrollados, la aparición de nuevas formas de comercio (en particular, el comercio digital), la creciente preponderancia del comercio de servicios sobre el de bienes, y la sofisticación de los Estados en la implementación de obstáculos no arancelarios al mismo, son ejemplos de cambios radicales en las relaciones sociales que el derecho de la OMC busca ordenar. No obstante, dichos cambios no se han podido ni se podrán acompañar por cambios en las reglas jurídicas de la organización porque el consenso presente en su diseño institucional trata de salvaguardar, por encima de todo, la soberanía de sus Estados miembros en el ámbito comercial. Anclado en los postulados de la paz de Westfalia, este “candado” institucional soberanista provoca el dramático desajuste de las reglas jurídicas sustanciales del derecho de la OMC con los cambios de la realidad económica internacional. Desde esta perspectiva, la principal causa de la

actual crisis de la OMC es, en realidad, el carácter caduco y petrificado del derecho de la OMC y la imposibilidad de cambiarlo.

De ahí que, todas las propuestas de reforma institucional a la OMC y de modificación de los principios rectores de las negociaciones comerciales multilaterales bajo sus auspicios son, potencialmente, destinadas al fracaso.

Por lo tanto, en términos radicales, la única vía para responder a la caducidad del derecho de la OMC sería violarlo. La política exterior de Donald Trump es una demostración perfecta de esta afirmación. Por el momento, los Estados miembros de la comunidad internacional se debaten entre tratar de salvar a una OMC —zombi institucional— o poner fin a sus sufrimientos. El futuro dirá cuál de las dos vías se adopta y si la OMC existirá en 2028 o sólo será un ejemplo histórico más del fracaso de las organizaciones internacionales (como la SDN, por ejemplo) que sólo se dirigen por los intereses políticos de sus miembros, sin admitir ningún tipo de delegación de soberanía.

VI. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

BALDWIN, Richard, *Multilateralizing Regionalism. Challenges for the Global Trading System*, Ginebra, World Trade Organization-Cambridge, 2009.

BHAGWATI, Jagdish y PANAGARIYA, Arvind, “The Theory of Preferential Trade Agreements: Historical Evolution and Current Trends”, *The American Economic Review*, vol. 86, 1996.

CHARNOVITZ, Steve, “How to Save WTO Dispute Settlement from the Trump Administration”, *International Economic Law and Policy Blog*, 2017

DUPRET, Xavier, “L’OMC en crise. Les BRICS maîtres du jeu?”, disponible en: <http://acjj.be/ancien/IMG/pdf/OMC-en-crise-Les-BRICS-maitres-du-jeu.pdf>, 2014.

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report*, Washington, Office of the United States Trade Representative, 2017.

JAN KUIJPER, Pieter, *The US Attack on the Appellate Body*, International Economic Law and Policy Blog, November 15, 2017.

LAMY, Pascale, “M. Lamy: «Le Cycle de Doha marque la transition entre l’ancienne gouvernance de l’ancien ordre commercial et la nouvelle

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14470>

- gouvernance du nouvel ordre commercial», disponible en: https://www.wto.org/french/news_f/spp1_f/spp1173_f.htm.
- LAMY, Pascale, “The World Trade Organisation: New Issues, New Challenges”, *En Temps Réels*, 2014.
- LAMY, Pascale, *Acuerdos comerciales multilaterales o bilaterales, ¿qué camino se ha de seguir?*, disponible en: http://wto.org/spanish/news_s/spp1_s/spp153_s.htm.
- LORENZO, Ludovic, Une nouvelle juridiction internationale, le système de règlement des différends interétatiques de l’O. M. C., Thèse, Université Lyon 2, 2003, disponible en: http://theses.univlyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo_1#p=0&a=t.
- MAESSO CORAL, María, “La integración económica”, *Revista ICE*, núm. 858, 2008.
- MILES, Tom, “WTO is most worrying target of Trump’s trade talk: Lamy”, *Reuters*, November 14, 2017.
- PAUGAM, Jean-Marie, “Après Cancun: la doublé crise de l’OMC”, *Revue du Marché Commun de l’Union Européenne*, num. 147, 2004.
- PAUWELYN, Joost, “The WTO in Crisis: Five Fundamentals Reconsidered”, disponible en: www.wto.org.
- PAUWELYN, Joost, “The Transformation of World Trade”, *Michigan Law Review*, vol. 104, 2005
- PAYOSOVA, Tatiana *et al.*, “The Dispute Settlement Crisis of the WTO: Crisis and Cures”, *Peterson Institute of International Economics, Policy Brief*, 2018.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes del derecho internacional en el siglo XXI. Una visión latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- RUIZ-FABRI, Hélène, “Qui gouverne à l’OMC et que gouverne l’OMC?”, *En Temps Réel*, núm. 22, 2010.
- SALLES, Luiz Eduardo, “Bilateral Agreements as an Option to Living Through the WTO AB Crisis”, *International Economic Law and Policy blog*, November 23, 2017.
- SIROEN, Jean-Marc, “L’OMC: une institution en crise”, *Alternatives économiques*, núm. 240, 2008.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/iiij.24487872e.2020.20.14470>

- STEWART, Terence, “Disputed Court: A Look at the Challenges to (and from) the WTO Dispute Settlement System”, *Global Business Dialogue*, Washington, Law Offices of Stewart and Stewart, 2017.
- SWARTZENBERGER, Georg, “The *nemo iudex in sua causa maxim* in International Judicial Practice”, *Anglo-American Law Review*, 1972.
- TORRES, Héctor, “Argentina: an Opportunity to Rethink the WTO Working Practices”, *CIGI Papers*, 143, September 2017.
- WTO, IMF and WB, *Making Trade an Engine of Growth for All The Case for Trade and for Policies to Facilitate Adjustment*, 2018.
- ZELICOVICH, Julieta, “¿Está viva la OMC? Bloqueos y consensos en las negociaciones comerciales de las Conferencias Ministeriales de Bali y Nairobi”, *Revista UNISCI*, 2017.