



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

Delpiano Lira, Cristián

La cláusula de exclusión de foros del acuerdo de asociación entre Chile y la Unión Europea en el  
mecanismo de solución de controversias de la OMC

Revista Chilena de Derecho, vol. 33, núm. 2, 2006, pp. 259-284

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014513004>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE FOROS DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN ENTRE CHILE Y LA UNIÓN EUROPEA EN EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC

Cristián Delpiano Lira\*

**RESUMEN:** El Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea contempla un capítulo sobre el mecanismo de solución de controversias, que se superpone al establecido en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Para evitar conflictos de jurisdicción, se pactó una cláusula de exclusión de foros, de manera que el recurso a uno de los mecanismos excluye la posibilidad de recurrir al otro. El artículo discute acerca de la aplicabilidad de dicha cláusula en un procedimiento ante la OMC, debido al diseño de la norma aplicable acordado en la ronda Uruguay. Esta discusión se realiza desde el punto de vista de las disposiciones OMC, especialmente del artículo 23 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, y de la norma del artículo 3.2 del mismo, que establece el límite de los grupos especiales, en cuanto a la prohibición de aumentar o disminuir los derechos y obligaciones de los Estados miembros. Además, se hace una alusión al principio general de buena fe en el Derecho internacional.

**Palabras clave:** Derecho Internacional – Comercio Internacional – Organización Mundial del Comercio – Unión Europea – Solución de Diferencias.

**ABSTRACT:** The Association Agreement between Chile and the European Union contains a chapter about Dispute Settlement Resolution that overlaps to the system established in the Dispute Settlement Understanding of the World Trade Organization. In order to avoid conflicts of Jurisdiction, the Parties agreed about a forum exclusion clause. In this context, if one dispute settlement procedure has been initiated, it shall be used to the exclusion of the other. This article discusses about the applicability of that clause in a process before WTO, because of the applicable law of the Organization. The discussion is faced from the point of view of the covered agreements of the WTO, specially article 23 of the Dispute Settlement Understanding, and the norm of the article 3.2, that establishes the limit of the Dispute Settlement Body, in order to prohibit to add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements. Furthermore, this article is referred to the general principle of good faith in international law.

**Key words:** International Law – International Trade – World Trade Organization – European Union – Dispute Settlement.

\* Abogado, Universidad Diego Portales, Diplomado en “Instituciones y Derecho de la Unión Europea”, Universidad de los Andes, Diploma de Estudios Avanzados con Mención en Derecho Internacional Público por la Universidad de Salamanca; España, Doctorando en Derecho, Universidad de Salamanca.

## INTRODUCCIÓN

Con fecha 18 de noviembre de 2002 la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y Chile, por la otra, suscribieron un Acuerdo de Asociación (en adelante, "el Acuerdo")<sup>1</sup>, que ha supuesto un paso muy importante en las relaciones entre ambos, así como en las relaciones entre la Unión Europea y América Latina<sup>2</sup>.

El Acuerdo reviste una importancia fundamental para ambas partes. En efecto, "la Unión Europea se ha constituido en el primer socio comercial de Chile, el primer mercado para sus exportaciones y el primer origen de la inversión extranjera en el país"<sup>3</sup>.

Por otra parte, si bien Chile no parece representar para la UE un mercado de gran importancia, para España un acuerdo como este habrá de serle muy beneficioso. En efecto, los datos reflejan que durante el año 2000 el 10% de la inversión exterior española fue recibida por Chile<sup>4</sup>, por lo que resulta de estratégica importancia para este país la liberalización recíproca y progresiva de bienes, servicios y capitales. En este contexto, desde un punto de vista histórico, el ingreso de España en la Unión Europea marcó un giro radical en las relaciones que mantiene la Comunidad con América Latina<sup>5</sup>, en general, y con

<sup>1</sup> Cabe destacar que, si bien Chile ha concluido acuerdos de libre comercio con diversos países, ninguno de ellos ha incorporado elementos adicionales. "En cambio, el Acuerdo con la Unión Europea es algo más que un tratado de libre comercio, pues abarca igualmente el diálogo político y las distintas manifestaciones de la cooperación, en particular la técnica y financiera". En definitiva, "incorpora, de forma integral, todas las demás manifestaciones de las relaciones entre ambas partes" (BLANC ALTEMIR, 2004, p. 37). Para mayor detalle acerca de los términos del Acuerdo de Asociación, puede verse, además de BLANC ALTEMIR (2004); MADRAZO GARCÍA DE LOMANA (2002); MANERO SALVADOR (2002); LEIVA LAVALLE (2003), p. 38.

<sup>2</sup> Al respecto puede verse CIENFUEGOS MATEO (2002); LAMY (2000); SANAHUJA (2002) p. 181.

<sup>3</sup> LEIVA LAVALLE (2003) p. 44.

<sup>4</sup> Vid. CIENFUEGOS MATEO (2002) p. 727.

<sup>5</sup> La segunda etapa en la política de cooperación de las Comunidades Europeas respecto de América Latina, estuvo marcada por el ingreso de España en estas. En efecto, según ha señalado Conde, "[e]n esta segunda fase, se consiguieron importantes avances que permitieron consolidar las relaciones con esta región y sentaron las bases de la actual política de cooperación" (CONDE Y HURTADO, 2000, p. 108). En efecto, en esta etapa se puede mencionar la disociación presupuestaria de cooperación al desarrollo entre América Latina y Asia, la aprobación de las primeras líneas orientacionales decenales para el establecimiento de una cooperación financiera, técnica y económica con Latinoamérica. Estas orientaciones dieron lugar un año más tarde a la aprobación del Reglamento que estableció el marco jurídico básico que regula las relaciones entre los dos bloques. Fue en este contexto que Chile y la Unión Europea firmaron un Acuerdo de Cooperación con fecha 20 de diciembre de 1990, entrando en vigor en junio de 1991. Dicho acuerdo puede situarse, según Álvarez, entre "los denominados de 'nueva generación', dado que, al igual del concertado con Argentina, incluye una referencia concreta a la democracia, como fundamento de la cooperación, así como una 'cláusula evolutiva' que permite la ampliación del contenido del Acuerdo por mutuo consentimiento" (ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, 1992, p. 192). Por otra parte, "se institucionalizó el diálogo político con el conjunto de países miembros de la región. Las Conferencias de San José, que se iniciaron en 1985 y que reúnen a la Comunidad Europea y a los países centroamericanos, y el Grupo de Río, que integra a toda América Latina, excepto Cuba, y que se creó formalmente tras la Declaración de Roma de 20 de diciembre de 1990, son los dos instrumentos que canalizaron dicho diálogo" (CONDE Y HURTADO, 2000, p. 109). A partir del año 1995 se inicia una nueva etapa en las relaciones entre la Comunidad Europea y América Latina, "con la decisión de los Estados miembros de iniciar una estrategia de refuerzo de la cooperación con esta área para el período 1996-2000 (...), si bien el alcance de dicha estrategia es diferente

Chile en particular<sup>6</sup>, que se ve plasmado hoy en un Acuerdo que ha sido denominado como de “cuarta generación plus”<sup>7</sup>.

El Acuerdo de Asociación se estructura fundamentalmente sobre tres pilares. Un primer pilar lo constituye el diálogo político<sup>8</sup>, mediante el cual “las partes se comprometen a coordinar sus posiciones para mantener posturas conjuntas en el plano internacional, además de cooperar en la lucha contra el terrorismo”<sup>9</sup>.

El segundo pilar lo constituye el ámbito de la cooperación, cuyo objetivo primordial consiste en “promover el desarrollo social, el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, a la vez que se le otorga una prioridad particular al respeto a los derechos sociales fundamentales”<sup>10</sup>.

---

en función de las asociaciones regionales y países” (CONDE Y HURTADO, 2000, p. 109). En este contexto, la estrategia de la Comunidad Europea se ha centrado en dos cuestiones básicas: Por una parte, la continuación del diálogo político, y, por otra, la integración regional como vía para la consolidación de las relaciones entre los bloques, centrándose el primero “en el apoyo a la democracia y el respeto a los derechos humanos” (CONDE Y HURTADO, 2000, p. 110). Respecto de la integración regional, la Comunidad Europea ha centrado sus esfuerzos en “la creación de Acuerdos de Asociación o de libre comercio con determinados países o grupos regionales que permitan la eliminación de las barreras comerciales, proporcionando un acceso privilegiado a los respectivos mercados” (CONDE Y HURTADO, 2000, p. 110). En el marco de la evolución de los acuerdos de cooperación respecto de la Unión Europea hacia los países denominados PVD – ALA, se han sucedido, según ha señalado González Alonso, “dos nuevas generaciones de acuerdos marco de cooperación (...) Además de ampliar sustancialmente el abanico de materias objeto de la cooperación (económica, industrial, desarrollo rural, sector privado, energía, medio ambiente, ciencia y tecnología, lucha contra el tráfico de drogas...), cada una de ellas ha imprimido un nuevo sesgo a la política de la CE respecto de estos países. Así, por ejemplo, en el marco de la segunda generación de acuerdos se pusieron en marcha iniciativas de cooperación subregional con el objetivo de respaldar los procesos de integración entre los propios PVD – ALA (acuerdos con la ASEAN en 1980, con el Pacto Andino en 1983, y con los países miembros del Sistema de Integración Centroamericano en 1985); mientras que en la tercera se han abierto paso los principios democráticos y el respeto de los derechos humanos como fundamento irrenunciable de la cooperación” (GONZÁLEZ ALONSO, 2000, p. 449). Al respecto puede verse, además, BENAVIDES SALAS (1986) pp. 163 y ss.; GRASA (2000).

<sup>6</sup> El contexto de las negociaciones estuvieron marcadas, por una parte, por el intento de la Unión Europea de estrechar relaciones con América Latina, a través de un Acuerdo de Asociación Interregional con el MERCOSUR, cuestión que hasta la fecha no ha logrado ser definida y, por otra, las negociaciones paralelas que Chile estaba desarrollando con el objeto de firmar un Acuerdo de Libre Comercio con Estados Unidos, que habría significado, como ocurrió en el caso de México, la pérdida de cuota de mercado de la Unión Europea en Chile. Vid. Comisión Europea (1995). Vid. además, MADRAZO GARCÍA DE LOMANA (2002) p. 7. Para más detalles acerca de la relación entre la Unión Europea y México puede verse en OLESTI RAYO (2002) pp. 297 y ss.; SUÁREZ BURGUEY y CUADROS RAMOS (2003) pp. 135 y ss.; COMISIÓN EUROPEA (1995).

<sup>7</sup> Según ha declarado el comisario de Comercio, Sr. Pascal Lamy, citado en MANERO SALVADOR (2002) p. 1049. A su vez, se ha dicho también que “el fundamento político es la piedra angular de la alianza estratégica forjada entre Chile y la Unión Europea. No es este, en consecuencia, un acuerdo puramente comercial: es un tratado de amplia cooperación entre los pueblos de Chile y Europa que viene a poner de manifiesto una muy singular convergencia política e histórica”. CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, p. 25

<sup>8</sup> En general sobre el diálogo político de la Unión Europea puede verse: GONZÁLEZ SÁNCHEZ (1997) pp. 69 y ss.

<sup>9</sup> MANERO SALVADOR (2002) p. 1048.

<sup>10</sup> MANERO SALVADOR (2002) p. 1049.

El tercer pilar lo constituye la parte comercial, “donde se refleja con mayor nitidez los ambiciosos avances que trae consigo la conclusión de este Acuerdo”<sup>11</sup>. En él se consagran principios como la libre circulación de bienes, principio de trato nacional, acuerdo sobre contratación pública, así como un completo mecanismo de solución de diferencias (en adelante MSD), que será objeto del presente estudio.

Es en este tercer pilar en el que se encuentra tratado el MSD del Acuerdo de Asociación, específicamente en el título VIII de la Parte IV, artículos 181 a 189, ambos inclusive. Tiene como objeto principal evitar y resolver las controversias entre las Partes relativas a la aplicación de buena fe de la parte comercial del Acuerdo. Según veremos durante el transcurso del presente trabajo, el mecanismo se superpone al establecido al interior de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC), siendo, en algunos casos, una reproducción del mismo.

Esta cuestión es reconocida por el Acuerdo, en el sentido que intenta que las diferencias que surjan de la aplicación de este, y que sean en esencia equivalentes a alguna obligación bajo la OMC, sean resueltas por este. Sin embargo, también reconoce la opción a las partes de intentar resolverla a través de los medios diseñados por el Acuerdo, señalando que una vez recurrido a uno de los mecanismos, se excluye la posibilidad de recurrir al otro, en aquello que se denomina comúnmente “cláusula de exclusión de foros”.

El presente estudio se enfocará en analizar, desde un punto de vista teórico, el valor que pueda tener esta cláusula de exclusión de foros en un MSD como el de la OMC, desde la perspectiva de la superposición o conflicto de jurisdicciones en Derecho internacional (en inglés *overlaps or conflicts of jurisdiction*).

Así el trabajo se estructura en cinco apartados. El primero de ellos se dedica a explicar los aspectos generales del MSD del Acuerdo, con especial referencia a la norma aplicable a la resolución de las controversias que se puedan producir.

El segundo apartado trata acerca de la relación existente entre el mecanismo diseñado en el Acuerdo, con respecto a la estructura del MSD de la OMC. En este apartado se plantea, en forma más extensa, la dimensión del problema de la superposición o conflicto de jurisdicciones y sus posibles problemas teóricos.

El tercer apartado se centra en el enfoque que se le dará al presente estudio, es decir, a la norma aplicable del mecanismo de la OMC.

El apartado cuarto intentará desarrollar este concepto, y la posible aplicación de normas externas de Derecho internacional en la solución de las diferencias comerciales, para concluir en el apartado V con una referencia a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) y a los principios de Derecho internacional que puedan ser aplicados en el ámbito multilateral.

Desde ya podemos adelantar que, dada la configuración del Entendimiento sobre solución de diferencias de la OMC (en adelante el Entendimiento, o el DSU), y conforme lo ha expresado recientemente el Órgano de Apelación del mismo, parece difícil la

<sup>11</sup> MANERO SALVADOR (2002) p. 1150.

aplicación de normas externas de Derecho internacional para resolver las diferencias que se produzcan en la OMC, en particular la cláusula de exclusión de foros del Acuerdo.

## I. ASPECTOS GENERALES DEL MSD DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN ENTRE CHILE Y LA UNIÓN EUROPEA

Cierta es la afirmación que señala que el mejor Acuerdo internacional no es muy valorado si sus obligaciones no pueden ser ejecutadas cuando uno de los signatarios falla en el cumplimiento de tales obligaciones<sup>12</sup>, y de ahí la necesidad de un mecanismo de solución de controversias que otorgue confianza y seguridad jurídica.

El MSD del Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea, en este sentido, coincide con el de la OMC, tanto en su objetivo primordial como en la forma de conseguirlo.

En efecto, ambos procedimientos persiguen lograr una solución mutuamente satisfactoria a la controversia, a través de un procedimiento dual, esto es, con una primera etapa de consultas y una segunda etapa jurisdiccional<sup>13</sup>.

El primer requisito para recurrir al procedimiento establecido en el Acuerdo es que se produzca una controversia entre las Partes relativa a la interpretación y la aplicación de buena fe de la parte comercial del Acuerdo<sup>14</sup>.

En este sentido, la cuestión a consultar, conforme lo establece el artículo 183 N° 2, se refiere a “cualquier medida existente o en proyecto o cualquier asunto relativo a la aplicación o la interpretación de esta Parte [comercial] del Acuerdo o cualquier otro asunto que considere puede afectar a su funcionamiento”. Para hacer efectiva la reclamación, se deben indicar las disposiciones del Acuerdo que se consideren aplicables y la entregará a la otra Parte.

Esta norma es más amplia que la establecida en el Acuerdo OMC, por cuanto este permite recurrir ante una medida que se encuentre incluso en proyecto, sin requerir, al menos en forma expresa, que la medida o el proyecto en cuestión conlleve la anulación o menoscabo para la parte reclamante, como sí lo exige el DSU<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> “The best international agreement is not worth very much if its obligations cannot be enforced when one of the signatories fails to comply with such obligations”. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2004, p. 1). La traducción es propia.

<sup>13</sup> Vid. supra nota 1.

<sup>14</sup> Artículo 181 en relación con el artículo 182.

<sup>15</sup> En efecto, el artículo 3.3 del DSU establece que “[e]s esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los miembros la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro”. De ello se desprende que es un requisito para iniciar el procedimiento, que se produzca una anulación o menoscabo (*nullification or impairment* en inglés) para el Estado afectado. Un panel ha definido el concepto de *nullification or impairment* de la siguiente manera: “Where a complainant party’s reasonable expectations concerning the respondent have been disappointed with consequent injury to its competitive position”. Citado en MCGOVERN (1986) p. 77. Vid. Report of panel on *EEC productions aids granted on canned peaches, canned pears, canned fruit cocktail and dried grapes*. Sin embargo, cabe agregar que se ha entendido desde el GATT de 1947 que la anulación o menoscabo de la parte reclamante se

Una vez solicitada la celebración de consultas, será el Comité de Asociación del Acuerdo quien “procurará resolver la controversia rápidamente mediante una decisión. Dicha decisión especificará las medidas de ejecución necesarias que debe adoptar la Parte interesada y el plazo para su adopción”<sup>16</sup>.

Respecto de la segunda etapa del procedimiento, el artículo 184 establece que “[c]uando una Parte considere que una medida existente de la otra Parte infringe una obligación en virtud de las disposiciones a las que se refiere el artículo 182 y la cuestión no se hubiere resuelto dentro de los quince días siguientes a la reunión del Comité de Asociación conforme a lo establecido en el párrafo 3 del artículo 183, o dentro de los 45 días siguientes a la entrega de la solicitud de consultas en el Comité de Asociación, si este plazo fuera más corto, podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral”.

Una primera aproximación a la norma nos hace concluir que contempla dos requisitos concurrentes. El primero de ellos consiste en que una medida existente de la otra Parte infrinja una obligación en virtud de las disposiciones a las que se refiere el artículo 182. El segundo requisito es que la cuestión no haya sido resuelta dentro de los quince días siguientes a la reunión del Comité de Asociación, o dentro de los 45 días siguientes a la entrega de la solicitud de consultas, según lo señalado más arriba.

Pareciera que la norma del artículo 184 fuera más restrictiva que la del 183. En efecto, una interpretación literal de ambas disposiciones sugiere que puede iniciarse un proceso de consultas toda vez que surja o que haya en proyecto una medida (incluida una práctica) determinada por una de las Partes. A ello cabe agregar que el artículo 183 permite solicitar consultas sobre “cualquier asunto relativo a la aplicación o la interpretación de esta Parte del Acuerdo o cualquier otro asunto que considere puede afectar su funcionamiento”. Es decir, que el ámbito de las consultas se abre ante cualquier cuestión de índole comercial que surja entre las Partes, cuestión que, en principio, no ocurriría en el ámbito del panel arbitral. En efecto, el artículo 184 N° 2 solo se refiere a “medidas”, debiendo entenderse que se trate de medidas (o prácticas) efectivas, sin incluir en ellas las que se encuentren en proyecto.

A su vez, el artículo 184 N° 2 no permitiría acudir a la segunda etapa del procedimiento respecto de “cualquier asunto relativo a la aplicación o la interpretación del Acuerdo o cualquier otro asunto que considere puede afectar su funcionamiento”.

En este caso, conforme al procedimiento acordado en el Acuerdo, el panel que se establezca deberá resolver la cuestión según lo señala el artículo 187, que establece, entre otras cosas, la norma aplicable al laudo arbitral. En efecto, el N° 3 de dicho artículo señala que “[l]os grupos arbitrales interpretarán las disposiciones del presente Acuerdo

---

presume. En efecto, según explica el profesor MCGOVERN, “la noción de anulación o menoscabo en que se funda el artículo XXIII [del GATT] es un parámetro insatisfactorio en la que basar decisiones legales, por lo que no sorprende que las partes, especialmente los *panels*, hayan escogido otorgar mayor énfasis en la primera de las tres circunstancias de las que puede resultar un perjuicio: falta de cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo” (MCGOVERN, 1986, p. 77). Vid. además de MCGOVERN (1986); ROESSLER (1997) pp. 123 y ss.

<sup>16</sup> Artículo 183 N° 3.



de conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación del Derecho internacional público,...”, cuestión que sigue la tendencia marcada por el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, que establece como forma de interpretación “las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público”<sup>17</sup>.

En este sentido, se ha entendido por la doctrina y por la jurisprudencia OMC que la referencia hecha a las normas consuetudinarias de interpretación del Derecho internacional público, se refieren a las normas contenidas en los artículos 31 y siguientes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante CVDT)<sup>18</sup>. Bajo esta premisa, seguramente, fue redactado el artículo 187 N° 3.

En el caso del Acuerdo de Asociación, las normativas aplicables serán aquellas establecidas en el propio Acuerdo, sin perjuicio de la interpretación que se le pueda dar a estas conforme a la CVDT. Todo ello se desprende de la norma contenida en los artículos 183 N° 2, 184 N° 3 y 187 N° 2. En efecto, tanto la primera como la segunda norma citadas imponen la obligación a la Parte reclamante de expresar en su solicitud, ya sea de consultas o de panel arbitral, las disposiciones del Acuerdo que considera aplicables. Por su parte, el artículo 187 N° 2 establece la obligación a los árbitros de establecer en su laudo la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes del Acuerdo. Pareciera, de un primer análisis de las normas en cuestión, que los árbitros no podrían aplicar normas externas al Acuerdo, debido al modelo de norma aplicable que este adopta. Sin embargo, debemos considerar que la parte comercial del Acuerdo hace referencia en forma permanente a la normativa OMC, por lo que esta normativa debe ser tomada en cuenta al momento de emitir un laudo arbitral. Cuestión distinta ocurre al interior de la normativa OMC, asunto que será analizado en el apartado IV del presente trabajo.

## II. RELACIÓN ENTRE EL MSD DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN ENTRE CHILE Y LA UE CON EL MSD DE LA OMC

Según ya se ha explicado en el apartado anterior, el Acuerdo establece un procedimiento de solución de controversias, que se superpone al mecanismo acordado en materia de comercio multilateral, esto es, el acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio<sup>19</sup>.

En este contexto, y con el objeto de hacer compatible ambos procedimientos, se establece en el Acuerdo de Asociación que “[a] menos que las Partes acuerden otra cosa, si una Parte pretende reparar el incumplimiento de una obligación en virtud de esta Parte del Acuerdo que sea en esencia equivalente a una obligación en virtud de la OMC,

<sup>17</sup> Artículo 3.2 del DSU. Hay que hacer notar una diferencia en la traducción del texto del artículo 3.2, respecto de la versión inglesa y castellana. En efecto, el texto en inglés del artículo 3.2 del DSU se refiere a “*customary rules of interpretation*”, el que debe entenderse como “normas consuetudinarias de interpretación”, y no como “normas usuales”, expresión utilizada en la versión en castellano. A su vez, la versión francesa se refiere simplemente a “*règles d’interprétation*”, es decir, a “normas de interpretación”. Vid. ZAPATERO (2003) p. 67, nota 87.

<sup>18</sup> Vid. *Infra*, apartado V.

<sup>19</sup> Vid. BLANC ALTEMIR (2004).



deberá recurrir a las normas y procedimientos correspondientes del Acuerdo de la OMC, que serán aplicables no obstante lo dispuesto en el presente Acuerdo”<sup>20</sup>.

Por otra parte, el Acuerdo establece lo que se denomina comúnmente una “cláusula de exclusión de foros”, mediante la cual “[u]na vez iniciados los procedimientos de solución de controversias, se recurrirá al foro elegido, si no ha declinado su jurisdicción, con exclusión del otro”<sup>21</sup>.

La frase “a menos que las partes acuerden otra cosa” denota que existe un margen de acción entregado a las partes para que puedan acordar resolver el asunto conforme al Acuerdo, sin recurrir a la OMC. En esta hipótesis cabe preguntarse qué valor tendría la cláusula de exclusión de foros en la normativa OMC.

Es decir, una vez resuelta, o incluso en trámite, una disputa a través del mecanismo establecido en el Acuerdo de Asociación, ¿podría una de las partes recurrir por la misma cuestión al sistema de solución de controversias de la OMC?

Esto dice relación, en definitiva, con la compleja cuestión del conflicto de jurisdicciones en Derecho internacional, aplicado al sistema diseñado en la Asociación, y a la cuestión acerca de la validez o aplicabilidad de la cláusula de exclusión de foros en el sistema multilateral de comercio.

En este sentido, los acuerdos bilaterales que ha suscrito Chile en materia comercial suelen contemplar una cláusula de elección de procedimiento, conocido como *forum shopping*, entre un mecanismo propio diseñado en el acuerdo, con el mecanismo establecido en el orden comercial multilateral, esto es, el MSD de la OMC. Normalmente en dichos acuerdos se establece el principio de exclusión de foros, de manera que, en caso de violación de una norma abarcada tanto en el acuerdo bilateral como multilateral, la elección de un procedimiento excluye al otro. La Unión Europea, en el contexto de los acuerdos de asociación suscritos tanto con México como con Chile, ha tenido que ceder en este aspecto, dado que tradicionalmente se ha inclinado por el denominado *forum shopping* no excluyente<sup>22</sup> en sus relaciones con terceros países.

En cualquiera de los dos casos es necesario realizar un análisis de la relación que existe entre un mecanismo y otro, desde la doctrina de la “superposición o conflicto de jurisdicción” (*Overlaps or conflicts of jurisdiction* en inglés).

En este contexto, tal como lo reconoce el artículo 189 N° 4 letra c) del Acuerdo, puede existir un incumplimiento que coincida con una obligación establecida tanto en el Acuerdo bilateral como en el Acuerdo OMC.

<sup>20</sup> Artículo 189 N° 4 letra c). El procedimiento de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio se encuentra detallado en el “Entendimiento sobre Solución de Diferencias”, que constituye el Anexo 2 del Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio. Para mayor detalle acerca de los contenidos del MSD puede verse BOU FRANCH (2005); DIEZ DE VELASCO (2003); DE FARAMIÑAN GILBERT (2005); GONZÁLEZ ALONSO (1998); JANSEN (2001); MONTAÑA I MORA (1997); WORLD TRADE ORGANIZATION (2004); PALMETER y MAVROIDIS (2004); PETERSMANN (1997); PETERSMANN (1994).

<sup>21</sup> Artículo 189 N° 4 letra d).

<sup>22</sup> Vid. “Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e ....” Ob. cit.; CRUZ MIRAMONTES (2003) p. 196.

Así, en primer término, se establece una regla general, consistente en la obligación de recurrir al procedimiento establecido en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, salvo que las partes acordaren otra cosa. Ello significa que se abre la posibilidad a las partes de recurrir al mecanismo bilateral para resolver una cuestión que también puede ser sometida al mecanismo OMC. Luego el artículo 189 N° 4 letra d) establece el principio de exclusión de foros, de manera que, iniciado el procedimiento en uno de los foros, no se podrá recurrir al otro.

En el informe emitido por la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana de la Cámara de Diputados de Chile, se señala lo siguiente:

“[m]uchas de estas áreas son similares a las de la OMC. Son ‘OMC compatibles’ y en algunas áreas son simplemente ‘reproducción de la OMC’, en tanto son necesarias para el cumplimiento de lo acordado bilateralmente, que va más allá de la OMC.

Se considera esencial que exista lo que se llama ‘opción única y definitiva de proyección’. Es decir, si hay un tema que pueda ser visto por la OMC y por el tratado bilateral, una vez que uno haya optado por algunos de estos dos caminos, ese camino queda a firme. Esto que parece obvio y simple, para la Unión Europea no existe. De hecho, en todos sus acuerdos previos mantiene abiertos todos los canales alternativa y simultáneamente. Si uno ve sus acuerdos anteriores, se dará cuenta que van a la OMC y simultáneamente pueden ver lo bilateral. Una vez que ha concluido uno, se pueden cambiar de carril indistintamente, lo que genera un alto grado de incertidumbre.

Por primera vez en la Unión Europea aceptaron cierta lógica de opción única y definitiva. Pero en los temas que son propiamente OMC, se irá directamente a la OMC. En los temas que sean sustancialmente equivalentes a la OMC, se decidirá caso a caso si se lleva a lo bilateral o a la OMC. Los temas que sea solamente bilaterales van al acuerdo bilateral”<sup>23</sup>.

Sin embargo, desde la doctrina mencionada surge la pregunta acerca de la posibilidad de revisión por parte de la OMC del procedimiento y de la decisión del panel arbitral del Acuerdo de Asociación.

Esto es, desde un punto de vista netamente teórico, sin contar con los usos y prácticas de los Estados, si una vez agotado el recurso al mecanismo bilateral, supuesto que las partes hayan acordado utilizar dicho procedimiento, podrían posteriormente recurrir, por la misma infracción al mecanismo OMC, sin que la contraparte pudiera alegar con alguna posibilidad de éxito la figura de la *Lis Alibi Pendens* o *Res Judicata*.

La respuesta a dicha pregunta, siguiendo en este punto a Marceau, dependerá, en gran medida, de la determinación de la norma aplicable en el mecanismo de la OMC, cuestión que será tratada en el apartado IV del presente trabajo.

<sup>23</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, p. 43.

Sin embargo, desde un punto de vista doctrinario, en ambos procedimientos las partes serán las mismas y la cuestión en litigio estará relacionada pero, legalmente hablando, la norma aplicable no será la misma; las defensas específicas podrán usarse solo en uno de los tratados, o los plazos, derechos procesales, y las soluciones pueden ser diversas. Es difícil, en consecuencia, hablar de *lis pendens* o *res judicata* entre dos jurisdicciones de Derecho internacional<sup>24</sup>.

### III. POSIBLE CONFLICTO O SUPERPOSICIÓN DE JURISDICCIÓN ENTRE EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN ENTRE CHILE Y LA UNIÓN EUROPEA, Y EL MECANISMO DE LA OMC

Según hemos visto en el apartado I, la normativa aplicable en el MSD del Acuerdo de Asociación, serán las normas del propio acuerdo, con la salvedad que pueden ellas ser interpretadas conforme a las normas usuales de Derecho internacional público, excluyendo, podría argumentarse, otras normas de Derecho internacional.

En el caso de la OMC, la normativa aplicable que señala el artículo 1.1 del DSU son los denominados “Acuerdos Abarcados” señalados en el apéndice N° 1 del DSU<sup>25</sup>.

Una primera consideración que puede desprenderse de la norma citada es que se excluye de la aplicación del Entendimiento toda norma que no sea considerada un “acuerdo abarcado”.

Ello conlleva el problema de la aplicación, en el marco de la OMC, de la cláusula de exclusión contenida en el artículo 189 del Acuerdo de Asociación.

En este contexto, según ya fue mencionado más arriba, el MSD del Acuerdo se intentó compatibilizar con el establecido en el DSU, mediante la preferencia que se le da a este último en caso que el incumplimiento que se intenta reparar en virtud de la parte comercial de Acuerdo, sea en esencia equivalente a una obligación en virtud de la OMC, salvo que las Partes acuerden otra cosa. Si bien no existe aún un criterio definido para entender cabalmente la expresión “en esencia”, seguramente habrá de entenderse como aquella medida que provocaría el mismo perjuicio, tanto en la normativa OMC como en la normativa del Acuerdo de Asociación.

Agrega el artículo 189 N° 4 que “[u]na vez iniciados los procedimientos de solución de controversias, se recurrirá al foro elegido, si no ha declinado su jurisdicción, con exclusión del otro”. Ello significa que, en caso que el foro elegido sea el del Acuerdo

<sup>24</sup> “The parties may be the same and the subject –matter may be relate ones but, legally speaking, the applicable law would not be the same; specific defences may be available in one treaty only, or time–limits, procedural rights, and remedies may differ. It is therefore difficult to speak of *lis pendens* or *res judicata* between two international law jurisdictions” (MARCEAU, 2001, p. 1113).

<sup>25</sup> Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, el anexo 1A, referido al “nuevo” GATT, el anexo 1B, referido al Acuerdo General sobre tarifas de servicios (GATS), el anexo 1C, referido al Acuerdo Relativo a Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIP’s en inglés), los Acuerdos Comerciales Plurilaterales en el caso de los países que los hayan suscrito. Ello implica que “otros acuerdos internacionales no son ‘acuerdos abarcados’, y, en consecuencia, no constituyen –por sí mismos– fuente de autoridad en el derecho en la OMC”. PALMETER y MAVROIDIS (2004) p. 69.

de Asociación, no se le permite a ninguna de las Partes recurrir al foro de la OMC por el mismo asunto.

Desde el punto de vista de la OMC, y conforme a la estructura acordada en Marrakech, podría resultar de difícil aplicación la norma, pudiendo derivar incluso en una posible inaplicabilidad por parte del OSD de una cláusula de exclusión como esta. En efecto, en el Entendimiento “se contienen las normas procesales que rigen la solución de diferencias en la OMC así como el derecho sustantivo que los *panels* y el Órgano de Apelación han de aplicar en la solución de diferencias”<sup>26</sup>.

Una de las razones por las cuales se produce una cuestión como esta se encuentra en la falta de una jerarquía inherente entre el Derecho internacional general y los tratados, así como, en términos más generales, entre dos normas de Derecho internacional<sup>27</sup>. Siguiendo el razonamiento del profesor Pauwelyn, solo dos excepciones existirían respecto del principio de jerarquía en Derecho internacional. El primero dice relación con las normas *jus cogens*, y las normas creadas por los diversos órganos de una misma organización internacional, los que frecuentemente gozan de un estatus correspondiente al del órgano que las crea, dentro de la misma organización.

Para Marceau, “la relación entre el Acuerdo OMC y otros tratados debe ser entendida teniendo en cuenta las demás obligaciones que en Derecho internacional tienen los Estados miembros y el hecho que se espera de los Estados que cumplan sus obligaciones internacionales de buena fe”<sup>28</sup>. Agrega que la discusión debe centrarse en la norma aplicable ante el mecanismo de solución e controversias de la OMC, que es la norma que los *panels* deben examinar<sup>29</sup>, cuestión que pasaremos a analizar en el siguiente apartado.

#### IV. LA NORMA APLICABLE EN EL ENTENDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS. MARCO JURÍDICO

Tradicionalmente se señala que la norma aplicable del MSD de la OMC se encuentra en los denominados “acuerdos abarcados”. En efecto, en forma explícita se señala que “el fundamento o la base jurídica para una diferencia en la OMC debe, por ello, ser encontrado en los ‘acuerdos abarcados’ señalados en el apéndice 1 del DSU, a saber, en las disposiciones de ‘consultas y solución de diferencias’ contenidas en aquellos acuerdos OMC. En otras palabras, no es el DSU, sino más bien los acuerdos OMC los que contienen los derechos y obligaciones sustantivos de los Estados miembros, los cuales determinan los fundamentos de una diferencia”<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> ZAPATERO (2003) p. 61

<sup>27</sup> “The lack of any inherent hierarchy between general international law and treaties – as well as, more generally, between any two rules of international law” (PAUWELYN, 2001, p. 536). La traducción es propia. El autor agrega que “[This situation] is explained on the ground that both derive, in one way or another, from the will or acquiescence of status. As they derive from the same source (essentially state consent), they must in principle be equal in value” (idem).

<sup>28</sup> MARCEAU (2001) p. 1081

<sup>29</sup> MARCEAU (2001) p. 1082.

<sup>30</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION (2004) p. 28

Un segundo aspecto a considerar dice relación con la norma del artículo 2.1, que considera al sistema de solución de diferencias de la OMC como un “elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”. Agrega que “[l]as recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los *acuerdos abarcados*” (Énfasis añadido).

Una consecuencia que puede extraerse de la norma transcrita, es que la resolución que decline la jurisdicción del OSD, por hallarse en la hipótesis de la cláusula de exclusión de foro, podría acarrear la reducción de los derechos y obligaciones, dado que estos son establecidos en los acuerdos abarcados, y no en otras normas de Derecho internacional. Esta argumentación, según veremos más adelante, ha sido esgrimida por el Órgano de Apelación, en el asunto México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas.

El artículo 2.4, por su parte, señala que el objeto de las recomendaciones o resoluciones del OSD “tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión, de conformidad con los derechos y las obligaciones  *dimanantes del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados*” (Énfasis añadido). A su vez, las resoluciones no deben anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados para ninguno de los miembros.

Pablo Zapatero señala al artículo 3 del DSU como aquel que hace referencia a la “teleología del sistema”. En este contexto, señala que “[e]sta teleología se puede dividir en parámetros positivos y parámetros negativos”, que se traducen en forma de obligaciones positivas y negativas.

Entre las primeras se puede contar la obligación de resolver de forma compatible con los acuerdos abarcados (artículo 3.5), preservar los derechos y obligaciones (artículo 3.2), y mantener un equilibrio adecuado entre ellos (artículo 3.3).

Entre las obligaciones negativas, señala las de no anular las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados (artículo 3.3), no obstaculizar la consecución de los objetivos (artículo 3.5) y no aumentar o reducir los derechos y obligaciones (artículo 3.2)<sup>31</sup>.

El artículo 3.7, por su parte, establece como objetivo del MSD “conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que estas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados”. Establece, en consecuencia, una obligación para los diversos órganos que actúan en la solución de la controversia, de analizar si la medida de que se trata es compatible o no con los acuerdos abarcados, excluyendo del análisis las medidas que sean incompatibles con disposiciones que no se encuentren en dichos acuerdos.

Sobre esta base podría argumentarse que excedería de las funciones del órgano en cuestión el análisis de las disposiciones del Acuerdo de Asociación, específicamente de la cláusula de exclusión del artículo 189 del mismo.

En el artículo 7 se establece el denominado “mandato de los grupos especiales”, que es redactado en la misma línea de análisis. En efecto, se contempla en él una especie

<sup>31</sup> Vid. ZAPATERO (2003) p. 63.

de formato general por el que se deben regir los grupos especiales, que señala lo que sigue: “Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado [de los acuerdos abarcados] que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)”<sup>32</sup>.

En este contexto se ha dicho que “la solicitud del panel y los términos de referencia son los fundamentos sobre los cuales se basa el procedimiento de solución de diferencias”<sup>33</sup>.

Un panel ha expresado, en este sentido, que “[l]os mandatos tienen por objeto determinar adecuadamente las reclamaciones de las partes, y por consiguiente el alcance del examen del grupo especial. No creemos que haya fundamento alguno para aducir que los mandatos tienen por objeto *excluir* toda referencia a las normas más amplias del derecho internacional consuetudinario para analizar adecuadamente una reclamación sometida al Grupo Especial”<sup>34</sup>. Según esta opinión, sin embargo, se sostiene la tesis contraria. Es decir, el panel reconoce que se encuentra facultado para analizar cuestiones que excedan del ámbito de los acuerdos abarcados, llegando al punto de poder integrar en las cuestiones a debatir el incumplimiento del derecho internacional consuetudinario.

Por otra parte, el artículo 23 del DSU refleja la intención de las partes de fortalecer el sistema multilateral, estableciendo la obligación a los Estados miembros de recurrir al sistema multilateral de resolución de controversias diseñado en el DSU, lo que ha sido interpretado como una “cláusula exclusiva para la resolución de diferencias”<sup>35</sup>, y citado regularmente como uno de los cambios más importantes introducidos por la Ronda Uruguay<sup>36</sup>.

El artículo 23 busca que las controversias en materia comercial sean resueltas exclusivamente por la OMC, con el objeto de otorgar al sistema multilateral la seguridad y previsibilidad necesarias. Kuyper ha comentado al respecto que “el carácter cerrado del sistema ha sido reforzado por las nuevas disposiciones del artículo 23 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Este artículo enfatiza fuertemente que los Miembros de la OMC deben buscar reparación a las violaciones de obligaciones bajo la OMC y sus anexos *solo* a través del sistema de solución de controversias del DSU y deben suspender concesiones u otras obligaciones solo en concordancia con las normas

<sup>32</sup> La sigla OSD será utilizada en referencia a “Órgano de Solución de Diferencias”.

<sup>33</sup> LITTLE (2001) p. 521

<sup>34</sup> *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública* (WT/DS163/R), nota 755 al párrafo 7.101. (Cursivas en el original). Se puede agregar, en este sentido, que los *panels*, durante la época del GATT de 1947, entendieron que los términos de referencia estaban circunscritos exclusivamente a la normativa GATT, de la que no se podían apartar. Vid. NICHOLS (1994) pp. 379 y siguientes. También puede verse PALMETER Y MAVROIDIS (2004) p. 22.

<sup>35</sup> Vid. Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 (WT/DS152/R), párrafo 7.43.

<sup>36</sup> KESSIE (2000) p. 1.

del DSU<sup>37</sup>. Marceau, por su parte, señala que el “[a]rtículo 23 no solo prohíbe a los miembros OMC el uso de cualquier acción unilateral, sino que además constituye un avance y una obligación general para todos los miembros OMC de someter sus disputas relacionadas con la OMC solo a sus órganos jurisdiccionales”<sup>38</sup>.

Por otra parte, el Entendimiento discurre en todas sus partes sobre la idea que todas las cuestiones sometidas al conocimiento de los *panels* y del Órgano de Apelación deben ser resueltas aplicando las disposiciones de los acuerdos abarcados, sin incluir en ellas disposiciones más amplias de Derecho internacional. Así por ejemplo, además de las normas ya analizadas hasta aquí, encontramos las normas de los artículos 7 N° 2<sup>39</sup>, 11<sup>40</sup> y 17 N° 6<sup>41</sup> del DSU.

Una conclusión que se puede extraer es que las normas del Entendimiento “dificultan la incorporación y aplicación de otras normas de Derecho internacional en detrimento del derecho OMC”<sup>42</sup>. A mayor abundamiento, el mismo autor señala que “la operatividad práctica de las fuentes del Derecho internacional dentro del mecanismo de solución de diferencias de la OMC se ve influida o afectada por el modelo de *norma aplicable* que se le ha asignado”<sup>43</sup>, a pesar, seguramente, de la opinión de Kuyper, para quien “los desvíos de las normas y principios de Derecho internacional general en el GATT, a veces levanta sospechas acerca que es una consecuencia de la ignorancia de las normas generales de Derecho internacional”<sup>44</sup>.

El Órgano de Apelación ha confirmado esta interpretación, señalando que “[n]o vemos en el ESD fundamento alguno para que los grupos especiales y el Órgano de Apelación resuelvan diferencias no relacionadas con la OMC. El párrafo 2 del artículo 3 del ESD establece que el sistema de solución de diferencias de la OMC ‘sirve para

<sup>37</sup> KUYPER (1994) p. 251

<sup>38</sup> MARCEAU (2001), p. 1081

<sup>39</sup> Que establece que “[l]os grupos especiales considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia”. La expresión “considerarán” denota un imperativo para los grupos especiales, pudiendo señalarse incluso que, *a contrario sensu*, estos no deben considerar las normas que no hayan sido invocadas en la diferencia, aunque sean parte de los acuerdos abarcados. Con mayor razón, no considerarán normas que no estén incluidas en los acuerdos abarcados, aunque hayan sido invocadas por las partes. A mayor abundamiento, se puede agregar que la norma impone dos requisitos para la aplicación de una disposición. El primero será que forme parte de los acuerdos abarcados, y el segundo será que sea invocado por una de las partes en la diferencia.

<sup>40</sup> Señala lo siguiente: “La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con estos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria”.

<sup>41</sup> Que establece que “La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este”.

<sup>42</sup> ZAPATERO (2003) p. 72

<sup>43</sup> ZAPATERO (2003) p. 76

<sup>44</sup> KUYPER (1994) p. 228



preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los *acuerdos abarcados* y para aclarar las disposiciones vigentes de *dichos acuerdos*. Aceptar la interpretación de México supondría que el sistema de solución de diferencias de la OMC podría utilizarse para determinar derechos y obligaciones que estén fuera del ámbito de los acuerdos abarcados<sup>45</sup>.

Sin embargo, hay autores que no desconocen la posibilidad de los *panels* y del Órgano de Apelación de acudir y utilizar en sus procedimientos otras normas de Derecho internacional. Una forma puede ser a través de los instrumentos externos de la OMC que incorporan los acuerdos abarcados. En este sentido, Pauwelyn señala lo siguiente: “Although a WTO panel has jurisdiction only over WTO claims, it should be recalled that some WTO rules explicitly confirm and incorporate preexisting non – WTO treaty rules. These non – WTO rules have thereby become WTO rules that can be judicially enforced by a panel. Other WTO rules do not incorporate non – WTO rules but do refer to them explicitly. In this way these non – WTO rules can become part of a WTO claim (though not having been incorporated, they cannot be judicially enforced independently of other WTO rules)”<sup>46</sup>. Luego el mismo autor señala algunos ejemplos de incorporación de normas externas, tales como las convenciones de Berna, París y Roma, en el caso del acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, o TRIP’s, en inglés), Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Por otra parte, cabe señalar que el Sistema de Solución de Controversias (en adelante SSD) tiene una competencia implícita para decidir, finalmente, sobre qué normas y con qué límites tiene realmente jurisdicción, por lo que será “omnipotente” para ejercer jurisdicción sobre cualquier norma de Derecho internacional, siendo esta, además, una cuestión de derecho, lo que implica la imposibilidad de que las partes realicen alegaciones sobre hechos acerca de este punto<sup>47</sup>.

Confirma el argumento el Órgano de Apelación<sup>48</sup> que sostiene que “los grupos especiales de la OMC tienen ciertas facultades que son inherentes a su función jurisdiccional. En particular, los grupos especiales tienen el derecho de determinar si tienen competencia para entender en un determinado asunto, así como el ámbito de su competencia”. Sin embargo, descarta que estas facultades sean amplias. En efecto, agrega que “[l]a decisión de un grupo especial de declinar el ejercicio de una jurisdicción que le ha sido válidamente conferida parecería entrañar la ‘reducción’ del derecho del Miembro reclamante de ‘trat[ar] de reparar el incumplimiento de obligaciones’ en el sentido del artículo 23 del ESD, y de promover una diferencia de conformidad con el párrafo 3 del artículo 3 del ESD. Esto no sería compatible con las obligaciones que corresponden a los grupos especiales en virtud del párrafo 2 del artículo 3 y del párrafo 2 del artículo 19

<sup>45</sup> México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas (WT/DS308/AB/R), párrafo 56.

<sup>46</sup> PAUWELYN (2001) pp. 554-555

<sup>47</sup> Vid. PAULEWYN (2001) pp. 554 a 556.

<sup>48</sup> México – Medidas fiscales... (WT/DS308/AB/R), párrafo 45.

del ESD. Por lo tanto, no vemos motivo alguno para no coincidir con la declaración del Grupo Especial de que ‘no parece que los grupos especiales [de la OMC] puedan elegir libremente si ejercen o no su jurisdicción’<sup>49</sup>.

En este sentido se puede concluir que, al menos, el SSD tiene una competencia implícita para escuchar el caso de la violación de una norma externa de los acuerdos abarcados. Además, tendrá la obligación de realizar una evaluación objetiva del asunto, que debe incluir, por mandato del artículo 11 del DSU, una evaluación objetiva de los hechos, la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con estos, así como formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados.

Una segunda etapa en este razonamiento dice relación con la norma a aplicar en definitiva respecto del caso concreto. En este sentido la norma aplicable ante un panel de la OMC se encuentra, en palabras de Pauwelyn, delimitado por cuatro factores.

El primero de ellos dice relación con las alegaciones que se pueden realizar ante un panel de la OMC. En este sentido solo las alegaciones acerca de los acuerdos abarcados pueden ser examinadas por los *panels*. Ello debido fundamentalmente al mandato que le otorga el artículo 7 del DSU. También puede solicitársele al *panel* realizar otras investigaciones conforme a la jurisdicción implícita a que hacíamos alusión.

El segundo aspecto a tener en cuenta es la defensa invocada por la parte demandada, que constituyen un límite para el pronunciamiento de los *panels*, salvo aquellas que corresponda hacer de oficio.

El tercer aspecto es el alcance de la norma relevante *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*. El *panel*, en este sentido, solo puede emplear aquellas normas que se aplican a los hechos y circunstancias del caso planteado, y que hayan sido alegadas, ya sea por la parte reclamante, o la reclamada.

El cuarto y último aspecto es el conflicto de normas al interior de los tratados OMC, Derecho internacional general, y otras normas que no forman parte de los acuerdos abarcados.

Es así como, para este autor, “el hecho que la jurisdicción sustantiva de los *panels* OMC esté limitada a las alegaciones bajo los acuerdos abarcados no significa que el derecho aplicable a los *panels* se encuentren necesariamente limitados por estos”<sup>50</sup>. Argumenta lo siguiente: “The repeated references to ‘providing security and predictability to the multilateral trading system’, preserving ‘the rights and obligations of Members under the covered agreements’ (DSU Art. 3.2), protecting the ‘benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements,’ and maintaining the ‘proper balance between the rights and obligations of Members’ (DSU Art. 3.3), as well as the panel function of assessing the ‘applicability of and conformity with the relevant covered agreements’ (DSU, Art. 11), related to the jurisdiction or substantive mandate of WTO

<sup>49</sup> México – Medidas fiscales... (WT/DS308/AB/R), párrafo 53.

<sup>50</sup> PAUWELYN (2001) p. 560

panels to judicially enforce only WTO covered agreements, not to the law that may be applied in doing so”<sup>51</sup>.

En este sentido se puede agregar que el párrafo segundo del artículo 7 del DSU no limita la obligación de los *panels* exclusivamente a los acuerdos abarcados. En efecto, establece la obligación de considerar “las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia”. Se puede argumentar que su obligación es tener en cuenta las disposiciones invocadas por las partes, que formen parte de los acuerdos abarcados, sin establecer una limitación a la facultad de los *panels* y del Órgano de Apelación de poder revisar, interpretar, e incluso aplicar normas ajenas al derecho OMC.

Ahora bien, en este contexto cabe señalar que, en cuanto a la aplicación de otras normas de Derecho internacional que pudieran hacer los *panels* o el Órgano de Apelación, estará presente la cuestión acerca de la primacía normativa. Es decir, que ante la aplicación de una norma establecida en los acuerdos abarcados, y otras normas de Derecho internacional, como pudiera ser la cláusula de exclusión establecida en el Acuerdo de Asociación, el SSD se puede encontrar con la disyuntiva de aplicar la normativa del DSU, o bien, la cláusula de exclusión señalada.

Ante esta cuestión existen opiniones diversas. Por una parte, Bartels sostiene que la función de los artículos 3.2 y 19.2 del DSU, “en el contexto de conflictos entre diferentes fuentes potenciales de derecho aplicable, [...], es la de asegurar que en el evento de conflicto entre las disposiciones de los acuerdos abarcados y cualquier otra norma aplicable, deberán prevalecer las normas del acuerdo abarcado”<sup>52, 53</sup>. Pauwelyn señala que las normas de los artículos 3.2 y 19.2 no significan, en ningún caso, que las normas de la OMC deban prevalecer frente a otras normas de Derecho internacional, debido a que estas normas solo establecen límites que los *panels* deben observar al interpretar los acuerdos abarcados.

Desde el punto de vista de la norma de exclusión de foros del Acuerdo de Asociación, pareciera entrar en conflicto con el artículo 23 del DSU, debido a que en el cumplimiento de la obligación de acudir al sistema multilateral, establecido en este último artículo, se debería entender que existe una violación del artículo 189 del Acuerdo de Asociación, siempre en la hipótesis propuesta. Siguiendo la tesis de Bartels, deberíamos suponer que, conforme a los artículos 3.2 y 19.2 del DSU, la norma del artículo 189 del Acuerdo de Asociación no debiera aplicarse a favor de las normas del DSU, que establecen la obligación de recurrir al mecanismo ahí establecido.

En esta línea se podría argumentar, incluso, que la redacción de la norma del artículo 189 del Acuerdo de Asociación transgrede la norma del artículo 23 del DSU, al impedir, en la hipótesis que plantea el presente estudio, el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 23 del DSU, de recurrir al sistema multilate-

<sup>51</sup> PAUWELYN (2001) p. 561

<sup>52</sup> BARTELS (2001) p. 507

<sup>53</sup> Otra opinión sostiene que los tratados multilaterales como los acuerdos de la OMC deben prevalecer sobre las normas consuetudinarias de Derecho internacional. Vid. MCGINNIS, pp. 229 y ss.

ral de resolución de controversias para intentar reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados.

Ambos autores, sin embargo, están contestes en el hecho que el Órgano de Solución de Diferencias puede aplicar diversas fuentes de Derecho internacional en sus resoluciones que no se encuentren en los acuerdos abarcados. Bartels apunta, en este contexto, que el límite se encuentra en que la aplicación de la norma debe realizarse teniendo en cuenta los artículos 3.2 y 19.2 del DSU, es decir, no pueden “entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”.

Para Trachtman, sin embargo, el lenguaje del artículo 3.2 del DSU sería absurdo si los derechos y obligaciones emanados de otras normas de Derecho internacional pudieran ser aplicados por el Órgano de Solución de Diferencias<sup>54</sup>.

Bartels<sup>55</sup>, por su parte, distingue entre la materia de la disputa y las fuentes de derecho aplicables a ella, fundamentando esta distinción en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. Respecto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>56</sup>, cabe señalar que no es reproducido por el DSU, por lo que sus términos de referencia estarán indicados exclusivamente por los artículos 3.2 y 7 del DSU<sup>57</sup>.

Trachtman, por otra parte, rechaza la idea que el sistema de solución de diferencias de la OMC sea una Corte de jurisdicción general, competente para aplicar toda norma internacional aplicable, señalando que el problema radica en que no existe mecanismo para integrar normas legales diversas en caso de conflicto. Así, concluye que se trata de una “laguna procesal que tiene efectos sustantivos”<sup>58</sup>. En la misma línea de análisis se encuentra Marceau, para quien el Órgano de Solución de Diferencias no tiene jurisdicción general de Derecho internacional: solo pueden examinar si la norma OMC ha sido violada. De esta manera la norma aplicable ante el órgano jurisdiccional de la OMC es solo la norma OMC<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> “This language would be absurd if rights and obligations arising from other international law could be applied by the DSB”. TRACHTMAN (1999) p. 342.

<sup>55</sup> BARTELS (2001) p. 501.

<sup>56</sup> “The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

(a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

(b) international custom as evidence of general practice accepted as law;

(c) the general principles of law accepted by civilized nations;

(d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determinations of rules of law”.

<sup>57</sup> Vid. PALMETER y MAVROIDIS (2004) p. 50.

<sup>58</sup> TRACHTMAN (1999) p. 338.

<sup>59</sup> “The WHO adjudicating bodies do not have a general international law jurisdiction: they can only examine whether WTO law has been violated. Thus the applicable law before WTO adjudicating bodies is only WTO law” (MARCEAU, 2001, p. 1116). La traducción es propia.

Trachtman, a su vez, señala la necesidad de reconocer la resolución de diferencias no es simplemente un mecanismo para la aplicación neutral de normas legislativas, sino que es en sí mismo un mecanismo de legislación y gobierno<sup>60</sup>. Argumenta que “la norma aplicable en la resolución de diferencias de la OMC es un cuerpo limitado”<sup>61</sup>.

Marceau, en este sentido, expresa que la única jurisdicción de los *panels* y del Órgano de Apelación es aquella definida en el DSU, porque son una creación de la OMC y del DSU y no tienen ninguna existencia independiente fuera de la OMC y del DSU<sup>62</sup>.

Cabe hacer presente que, si bien se ha dicho que no existe impedimento para la aplicación de normas de Derecho internacional distintas a las de interpretación<sup>63</sup>, no es menos cierto que su aplicación no puede entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Desde un punto de vista procesal, Marceau señala que sobre la base del artículo 23 del DSU y el cuasi automático mecanismo del DSU, es muy dudoso que algún órgano jurisdiccional vaya a detener su proceso por la única razón que una disputa relacionada o aspectos de una misma disputa esté siendo examinada en otro foro, a menos que las partes decidan suspender el proceso ante la OMC<sup>64</sup>. A mayor abundamiento, agrega que el panel simplemente continuará su investigación para determinar si la medida es inconsistente con la normativa OMC aunque determine si las obligaciones son las mismas bajo ambos tratados<sup>65</sup>. Agrega que la propia redacción del artículo 23 del DSU deja claro que el órgano jurisdiccional de la OMC tiene la autoridad e incluso la obligación de examinar reclamaciones de violación a las obligaciones de la OMC<sup>66</sup>.

## V. LA CONVENCIÓN DE VIENA Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL

Si bien el conjunto de normas de la CVDT de 1969 no puede ser aplicable directamente, dado que Estados Unidos no ha ratificado la Convención, y la Unión Europea no puede ser parte de ella, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC ha entendido

<sup>60</sup> “One must recognize that dispute resolution is not simply a mechanism for neutral application of legislated rules but is itself a mechanism of legislation and of governance” (TRACHTMAN, 1999, p. 336). La traducción es propia.

<sup>61</sup> “The law applicable in the WTO dispute resolution is a limited body” (TRACHTMAN, 1999, p. 341). La traducción es propia.

<sup>62</sup> “The only jurisdiction of panels and the Appellate Body is that defined in the DSU, because they are a creation of the WTO and the DSU and they do not have any independent existence outside the WTO and the DSU” (MARCEAU, 2001, p. 1102).

<sup>63</sup> *Corea – Medidas que afectan...* (WT/DS163/R), Cit. nota 753 al párrafo 7.96.

<sup>64</sup> “Based on Article 23 of the DSU and the quasi-automaticity of the DSU mechanism, it is most doubtful that any WTO adjudicating body would stop its process for the only reason that a related dispute or aspects of the same dispute are being examined in another forum, unless the parties agree to suspend the DSU process” (MARCEAU, 2001, p. 1124).

<sup>65</sup> KWAK Y MARCEAU (2003) p. 91.

<sup>66</sup> “The wording of Article 23 of the DSU makes it clear that a WTO adjudicating body always has the authority and even the obligation to examine claims of violations of WTO obligations” (MARCEAU, 2001, p. 1130).

que forman parte de las normas consuetudinarias de Derecho internacional público<sup>67</sup>, por lo que las suele tomar en cuenta al momento de interpretar la normativa OMC.

Sin embargo, cabe apuntar que el límite que establece el propio artículo 3.2 del DSU se encuentra en la posibilidad de los grupos especiales y del Órgano de Apelación de interpretar otros acuerdos que no sean los abarcados. En efecto, las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público sirven para aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados, por lo que excluye la facultad de dilucidar disposiciones de otros acuerdos.

Trachtman apunta, en este contexto, que la referencia hecha por el artículo 3.2 no aparece para incluir normas sustantivas de Derecho internacional no OMC. En cualquier caso, la incorporación de estas normas de Derecho internacional habrá de serlo solo en caso de referencia de una norma OMC<sup>68</sup>.

Otros autores, sin embargo, manifiestan la posibilidad que el uso extensivo de este artículo sirva “como vía para conocer y aplicar de forma intensiva el derecho externo”<sup>69</sup> a la OMC.

En este sentido, según apunta Zapatero, el OSD “puede llegar a determinar que el artículo 31 amplía tácitamente la *norma aplicable* del SSD a cualquier norma externa con independencia de que sea o no contraria al derecho de la OMC. Al fin y al cabo, él es la autoridad jurisdiccional última de la OMC. No obstante, esta opción política conculcaría el Entendimiento y forzaría el texto del artículo 31 de la CVDT que, como sabemos, sitúa a esas otras normas de Derecho internacional como mero elemento a ‘tener en cuenta’ junto al *contexto* en la operación de interpretación de las normas de la OMC”<sup>70</sup>.

Especialmente importante, en el contexto de las normas de interpretación de la CVDT, resulta la letra c) del artículo 31, el que establece que “Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: c) toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, lo cual, en el contexto del artículo 3.2 del DSU, resultaría de difícil aplicación.

En este contexto, se ha dicho que la frase toda norma pertinente de derecho internacional parece proveer un mandato amplio para examinar fuentes de Derecho internacional público<sup>71</sup>.

Ahora bien, conforme a la reciente doctrina establecida por el Órgano de Apelación, en el caso *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, se reconoce que “[l]a decisión de un grupo especial de declinar el ejercicio de una jurisdicción que le ha sido válidamente conferida parecería entrañar la ‘reducción’ del derecho del Miembro reclamante de ‘trat[ar] de reparar el incumplimiento de obligaciones’ en el sentido del

<sup>67</sup> ZAPATERO (2003) p. 68. En este mismo sentido se ha pronunciado el TJCE, en el asunto Racke, de 16 de junio de 1998 (asunto C – 162/96).

<sup>68</sup> TRACHTMAN (1999) p. 343.

<sup>69</sup> ZAPATERO (2003) p. 430

<sup>70</sup> ZAPATERO (2003) p. 430

<sup>71</sup> “Seems to provide a wide mandate to examine public international law”. (MARCEAU, 2001, p. 1087). La traducción es propia.



artículo 23 del ESD, y de promover una diferencia de conformidad con el párrafo 3 del artículo 3 del ESD. Esto no sería compatible con las obligaciones que corresponden a los grupos especiales en virtud del párrafo 2 del artículo 3 y del párrafo 2 del artículo 19 del ESD<sup>72</sup>. En consecuencia, no parece que las disposiciones de un acuerdo que no sea abarcado por la normativa OMC pueda impedir el derecho de los Estados de recurrir al MSD de la OMC en caso de violación de una obligación establecida en los acuerdos abarcados.

Por otra parte, una breve mención a los principios de Derecho internacional, hace que nos detengamos, fundamentalmente, en el principio de buena fe, respecto del cual un panel ha resuelto que “se deben cumplir dos condiciones antes de que pueda concluirse que un Miembro no ha actuado de buena fe. En primer lugar, el Miembro debe haber infringido una disposición sustantiva de los Acuerdos de la OMC. Segundo, debe haber ‘más que una simple infracción’”<sup>73</sup>. Resulta difícil pensar que, sobre la base señalada por el panel citado, se pudiera determinar que, por el hecho de recurrir al MSD de la OMC, fuera posible incurrir en mala fe, dado que, al hacerlo, en definitiva, se está dando cumplimiento a lo prescrito en el artículo 23 del DSU.

En este contexto, Marceau señala que, bajo el principio general de buena fe el Acuerdo OMC, como con cualquier otro tratado, debe ser interpretado teniendo en cuenta otras normas relevantes y aplicables entre las mismas partes, con el fin de evitar conflictos con otras normas de Derecho internacional aplicables a las relaciones entre los mismos países<sup>74</sup>. Sin embargo, tienen prohibido llegar a ninguna conclusión vinculante que las normas de otro tratado han sido violadas, dado que su mandato se limita a establecer si una norma OMC ha sido violada<sup>75</sup>.

Se podría considerar que el recurso a ambos procedimientos como una suerte de uso abusivo de derechos por la parte recurrente, respecto de lo cual se ha dicho que es dudoso que un tribunal o cualquier órgano jurisdiccional considere “vejatorias” las alegaciones acerca que su tratado constitutivo haya sido violado, especialmente cuando con toda probabilidad las reclamaciones hayan sido redactadas para capturar la competencia específica de dicho tribunal<sup>76</sup>.

Otro principio importante en la interpretación de tratados consiste en evitar aquella que conduzca a la inutilidad de la norma, reconocido por el Órgano de Apelación en varias de sus sentencias<sup>77</sup>. Sin embargo, se puede precisar que la obligación de

<sup>72</sup> México – Medidas fiscales... (WT/DS308/AB/R), párrafo 53.

<sup>73</sup> Argentina – Derechos Antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil (WT/DS241/R), párrafo 7.36.

<sup>74</sup> “the WTO Agreement, as with any other treaty, should be interpreted taking into account other relevant and applicable rules between the same parties, with a view to avoiding conflicts with other relevant rules of international law applicable to the relations between the same countries” (MARCEAU, 2001, p. 1081). La traducción es propia.

<sup>75</sup> MARCEAU (2001) p. 1103.

<sup>76</sup> “It is doubtful that a tribunal or any other adjudicating body would find ‘vexatious’ allegations that their constitutive treaty has been violated, especially when in all probability the claims would be drafted to capture the specific competence of that tribunal”. (MARCEAU, 2001, p. 1114).

<sup>77</sup> Vid. PALMETER Y MAVROIDIS (2004) p. 69.



los órganos jurisdiccionales de la OMC a este respecto, se sigue reduciendo a los acuerdos abarcados, no pudiendo extenderse a la aplicación de normas externas a estos, todo ello en la línea de la doctrina que ha seguido el Órgano de Apelación en el caso *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*.

En efecto, el artículo 3.2 contempla, según ya se dicho, la finalidad fundamental del sistema de solución de controversias, cual es la de aportar seguridad y previsibilidad al sistema *multilateral* del comercio, lo que, en términos prácticos, pareciera implicar que coloca al sistema multilateral de comercio en una posición privilegiada ante las actuaciones bilaterales de los Estados<sup>78</sup>. De ahí que “las normas usuales de Derecho internacional público” sean un instrumento para aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados. Es decir, las normas usuales de Derecho internacional público solo servirán como medio para la aplicación de acuerdos abarcados, limitando la aplicación de normas externas de Derecho internacional público.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, no se puede desconocer que los primeros llamados a resolver un asunto de tan delicada importancia serán los Estados miembros de la OMC (en definitiva, los “legisladores de la OMC”), quienes pueden clarificar o modificar la relación entre las reglas OMC y otras normas de Derecho internacional<sup>79</sup>. Sin embargo, conforme al diseño del MSD de la OMC, y según la doctrina expresada por el propio Órgano de Apelación, parece difícil que pueda aplicar normas de Derecho internacional que no formen parte de los acuerdos abarcados, a que ya hemos hecho mención.

## OBSERVACIONES FINALES

No cabe duda alguna acerca del hecho que el Acuerdo constituye uno de los avances más importantes en el desarrollo de las relaciones entre Chile y la Unión Europea, y que el MSD diseñado en él tiene la capacidad de otorgar confianza y seguridad jurídica.

Sin embargo, desde un punto de vista teórico, la cláusula de exclusión de foros del Acuerdo parece presentar el problema que no sería aplicable en la solución de

<sup>78</sup> Se puede argumentar que tanto el GATT como la OMC han sido respuestas multilaterales a prácticas unilaterales de algunos Estados que han provocado, a través del siglo XX, ciertas distorsiones al comercio internacional. En este contexto se podría argumentar que el GATT nace como una respuesta a la crisis de entreguerras, como una forma de otorgar al multilateralismo un papel más preponderante, de manera de atacar posibles prácticas abusivas de Estados más poderosos contra Estados más pequeños, con el objeto de obtener ventajas por medio del poder económico. Así, las cláusulas de Nación más favorecida y Trato Nacional aparecen como pilares fundamentales del GATT. Luego, en las décadas de 1970 y 1980, marcada por las crisis del petróleo y de la deuda externa, los estados más poderosos volvieron a realizar prácticas unilaterales reñidas con el multilateralismo. Ello conlleva la necesidad de reforzar aún más el proceso multilateral, otorgando una institucionalidad *de iure* al GATT, y reforzando su MSD. De ahí que pueda decirse que el multilateralismo puede constituirse en una respuesta en contra del unilateralismo. Por otra parte, también podría argumentarse sobre la base del artículo XXIV del GATT, la preferencia del multilateralismo incluso por sobre el bilateralismo y regionalismo, dada la aceptación condicional de estas formas de integración, y previo estudio de los Órganos competentes de la OMC.

<sup>79</sup> “Of course WTO members... could clarify or change the relationship between WTO rules and other rules of international law” (PAUWELYN, 2001, p. 535). La traducción es propia.

diferencias de la Organización Mundial del Comercio, según hemos expresado en el presente estudio.

En este sentido, el presente estudio comenzó con la pregunta acerca de la posibilidad que una de las partes del Acuerdo acudiera indistintamente, tanto al procedimiento diseñado en el Acuerdo de Asociación, así como al procedimiento diseñado en la OMC.

A pesar que parte de la doctrina ha expresado la necesidad de apertura de la OMC a la aplicación de otras normas de Derecho internacional, pareciera que, a la luz del conjunto de normas del Entendimiento, y la forma en que han sido aplicadas por parte del Órgano de Apelación, no tienen mayor cabida que en la forma en que estas puedan ser interpretadas.

A este respecto, un acercamiento a la respuesta posible puede hacerse desde un doble razonamiento. El primero de ellos dice relación con la posibilidad que algún *panel* declinara su jurisdicción, en razón que la cuestión se esté conociendo o haya sido resuelta bajo el amparo del Acuerdo de Asociación. En este sentido resulta en extremo difícil esta hipótesis, dado que el recurso a las consultas y al procedimiento de solución de diferencias de la OMC se hace en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 23 del Entendimiento. Además, por otra parte, el panel tiene la obligación de investigar en forma objetiva si acaso existe conformidad en el hecho que se le imputa al Estado demandado, con respecto a los acuerdos abarcados, e incluso podría tener una competencia implícita para escuchar el caso de una violación de una norma que no pertenezca a alguno de los acuerdos abarcados.

La segunda etapa en este razonamiento dice relación con la norma a aplicar en definitiva por los *panels* y por el Órgano de Apelación. En este sentido, según hemos podido apreciar, el Entendimiento otorga un estrecho margen tanto a unos como a otros en cuanto a la norma a aplicar, debido al límite general que tiene el Órgano de Solución de diferencias respecto de la prohibición de aumentar o reducir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Sin embargo, no se puede desconocer el poder de decisión que tienen tanto los *panels* como el Órgano de Apelación, por lo que, en definitiva, les corresponderá a ellos determinar, en el momento dado, la aplicabilidad de la cláusula de exclusión, ya no solo del Acuerdo de Asociación, sino que de cualquiera que se le pudiera presentar, y, en definitiva, pronunciarse acerca de la difícil relación entre los acuerdos OMC y los Acuerdos bilaterales, a través de una interpretación extensiva del artículo 31 de la CVDT, o de una redefinición del principio de buena fe.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, José María (1992): *La Política Comercial del Mercado Común* (Madrid, Editorial McGraw-Hill) 199 pp.
- BARTELS, Lorand (2001): “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *Journal of World Trade*, Vol. 35, N° 3, pp. 499-519.
- BENAVIDES SALAS, Pablo (1986): *La Política Comercial Común* (Madrid, Editorial Trivium), 173 pp.

- BLANC ALTEMIR, Antonio (2004): “El Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Chile: Algo más que un Tratado de Libre Comercio”, *Anuario de Derecho Internacional de la Universidad de Navarra*, volumen XX, pp. 35-110.
- BOU FRANCH, Valentín (2005): *Nuevas Controversias Internacionales y Nuevos Mecanismos de Solución* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) 588 pp.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE: *Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana de la Cámara de Diputados de Chile, sobre el proyecto de acuerdo aprobatorio del “Acuerdo por el que se Establece una Asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros por la otra”* (Boletín 3147-10).
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel (2002): “Las Negociaciones para la Ejecución del Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea, el MERCOSUR y sus Respectivos Estados Miembros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 13, año 6, pp. 723-774.
- COMISIÓN EUROPEA (1995): Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: “La Profundización de las Relaciones entre la Unión Europea y México (Documento COM(95) 03 final, de fecha 8 de febrero de 1995).
- CONDE LÓPEZ, Francisco, y HURTADO OCAÑA, Inmaculada (2000): *Política Comercial de la Comunidad Europea* (Madrid, Ediciones Pirámide) 210 pp.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo (2003): *Las Relaciones Comerciales Multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea* (México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México) 237 pp. [fecha de consulta: 7 de abril de 2006] Disponible en <<http://www.bibliojuridica.org>>
- DE FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel (Coord.) (2005): *Globalización y Comercio Internacional: Actas de la XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (Madrid, Coedición de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y el BOE) 502 pp.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel (2003): *Las Organizaciones Internacionales* (Madrid, Tecnos) 831 pp.
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto (2000): “La Política Comunitaria de Cooperación al Desarrollo”, en: LÓPEZ ESCUDERO, Manuel y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (coord.): *Derecho Comunitario Material* (Madrid, Editorial McGraw-Hill) pp. 439-453.
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto (1998): *Política Comercial y Relaciones Exteriores de la Unión Europea* (Madrid, Tecnos) 431 pp.
- GONZALES SÁNCHEZ, Enrique (1997): “El Diálogo Político de la Unión Europea con Países Terceros”, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 1, enero/junio año 1997 pp. 69-94.
- GRASA, Rafael (2000): “La Cooperación para el Desarrollo de la Comunidad Europea: Naturaleza, Mecanismos y Políticas”, en: BARBE, Esther (Coord.): *Política Exterior Europea* (Barcelona, Ariel) pp. 55-82.

- JANSEN, Bernhard (2001): “El Papel de la Unión Europea en la Solución de las Diferencias Comerciales en la OMC”, en REMIRO BROTONS, A. y ESPOSITO, C. (Edit.): *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo* (Madrid, Dykinson) pp. 143-158.
- KESSIE, Edwini (2000): “Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO”, en: *Journal of World Trade*, Vol. 34, N° 6, pp. 1-17.
- KUYPER, Pieter Jan (1994): “The Law of GATT as Special Field of International Law”, en: *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXV, pp. 227-257.
- KWAK, Kyung y MARCEAU, Gabrielle (2003): “Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements”, en: *The Canadian Yearbook of International Law* Vol. XLI, pp. 83-152.
- LAMY, Pascal (2000): *La Política Comercial de la Unión Europea con Latinoamérica*, (Madrid, Colección Apuntes de Casa de América) 44 pp.
- LEIVA LAVALLE, Patricio (2003): *La Asociación Estratégica Chile – Unión Europea* (Santiago de Chile, CELARE) 251 pp. [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2006] Disponible en <<http://www.celare.org>>
- LITTLE, Scott (2001): “Preliminary Objections to Panel Requests and Terms of Reference”, en: *Journal of World Trade*, Vol. 35 N° 4, pp. 517-554.
- MADRAZO GARCIA DE LOMANA, Rodrigo (2002): “El Acuerdo de Asociación entre la UE y Chile”, en: *Boletín Información Comercial Española*, N° 2748, pp. 7-20.
- MANERO SALVADOR, Ana (2002): “El Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Chile Firmado en Bruselas el 18 de Noviembre de 2002”, en: *Revista Española de Derecho Internacional* Vol. LIV, N° 2, pp. 1047-1052.
- MARCEAU, Gabrielle (2001): “Conflicts of Norms and Conflict of Jurisdictions. The Relationship between the WTO Agreement and MEA’s and other Treaties”, en: *Journal of World Trade*, Vol. 35, N° 6, pp. 1081-1131.
- MCGINNIS, J. (2003): “The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO”, en: *Virginia Journal of International Law* Vol. 44, N° 1, pp. 229-284.
- MCGOVERN, Edmond (1986): “Dispute Settlement in the GATT – Adjudication or Negotiation?”, en HILF, M., JACOBS, F. and PETERSMANN, E. (Coord.): *The European Community and GATT*, (Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers) pp. 73-84.
- MONTAÑA I MORA, Miquel (1997): *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT* (Madrid, Editorial McGraw-Hill) 214 pp.
- NICHOLS, Phillip (1994): “GATT Doctrine”, en: *Virginia Journal of International Law*, Vol. 36, N° 2, pp. 379-466.
- OLESTI RAYO, Andreu (2002): “La Intensificación de las Relaciones entre la Comunidad Europea y México: el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación”, en: *Il Diritto dell’Unione Europea*, N° 2, pp. 297-326.
- PALMETER, David, y MAVROIDIS, Petros (2004): *Dispute Settlement in the World Trade Organization, Practice and Procedure* (Cambridge University Press) 330 pp.

- PAUWELYN, Joost (2001): “The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?”, en: *American Journal of International Law*, Vol 95 N° 3, pp. 535-578.
- PETERSMANN, Ernst-Ullrich (1994): “The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948”, en: *Common Market Law Review*, Vol. 31 N° 6, pp. 1157-1244.
- ROESSLER, Frieder (1997): “The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization”, en: PETERSMANN, E-U. (ed.): *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (London, Kluwer Law International) pp. 123-142.
- RUTSELL, Martha (1997): “Precedent in World Trade Law”, en: *Netherland International Law Review* Vol. XLIV, Issue 3, pp. 346-377.
- SANAHUJA, José Antonio (2002): “La II Cumbre Unión Europea – América Latina y el Caribe (Madrid, 17 y 18 de mayo de 2002). Luces y Sombras del Vínculo Eurolatinoamericano”, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIV N° 1, pp. 181-190.
- SUÁREZ BURGUET, C. Y CUADROS RAMOS, A. (2003): “Los Acuerdos de la Unión Europea con México y Chile: Perspectivas y Efectos sobre los Flujos de Comercio e Inversión”, en: *Revista Información Comercial Española* N° 806, pp. 135-151.
- TRACHTMAN, J. (1999): “The Domain of WTO Dispute Resolution”, en: *Harvard International Law Journal* Vol. 40, pp. 333-377.
- WORLD TRADE ORGANIZATION (2004): *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System, a WTO Secretariat Publication, prepared for publication by the legal Affairs Division and the Appellate Body* (Cambridge University Press) 215 pp.
- ZAPATERO, Pablo (2003): *Derecho del Comercio Global* (Madrid, Thomson Civitas) 627 pp.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Argentina – Derechos Antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil* (OSD, WT/DS241/R).
- Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* (OSD, WT/DS152/R).
- México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas* (OSD, WT/DS308/AB/R),
- Corea – Medidas que afectan a la contratación pública* (OSD, WT/DS163/R).