



Años de la OMC

una perspectiva desde Latinoamérica

*Editores: Valentina Delich
Dorotea López
Felipe Muñoz*

ÍNDICE

PRÓLOGO

<i>Miguel Rodríguez Mendoza</i>	7
---------------------------------------	---

SECCIÓN I

AMÉRICA LATINA HOY

EL COMERCIO EXTERIOR DE AMÉRICA LATINA: ASPECTOS SALIENTES DE SU DESEMPEÑO DESDE LA CREACIÓN DE LA OMC

<i>Ricardo Carciofi y Romina Gayá</i>	13
---	----

SECCIÓN II

AMÉRICA LATINA: POLÍTICAS COMERCIALES, PARTICIPACIÓN Y APRENDIZAJES EN LA OMC

POLÍTICAS COMERCIALES, PARTICIPACIÓN Y ¿APRENDIZAJES? DE ARGENTINA EN EL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA OMC

<i>Julieta Zelicovich (UNL, Argentina)</i>	39
--	----

PRIVATE STANDARDS OR MARKET STANDARDS: IN SEARCH FOR LEGITIMACY AND ACCOUNTABILITY IN THE INTERNATIONAL TRADING SYSTEM

<i>Vera Thorstensen y Andreia Costa Vieira (WTO Chair, Brasil)</i>	67
--	----

EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO EN COLOMBIA

<i>José Manuel Álvarez (U. Externado, Colombia)</i>	97
---	----

CUBA EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO: UNA APROXIMACIÓN A SU PARTICIPACIÓN

<i>Jonathán Quirós Santos (CIEM, Cuba)</i>	117
--	-----

MÉXICO EN LA OMC

<i>Mateo Diego-Fernández</i>	137
------------------------------------	-----

LA PARTICIPACIÓN DE LOS PAÍSES CENTROAMERICANOS EN LA OMC <i>Luis Gil Abinader</i>	153
---	-----

LA OMC Y VENEZUELA: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA <i>Óscar Hernández Bernalette (Venezuela)</i>	175
--	-----

SECCIÓN III SECTORES

AGRICULTURA

LAS NEGOCIACIONES AGRÍCOLAS EN LA OMC: UNA MIRADA DESDE AMÉRICA LATINA <i>Sofía Boza, Ángeles Sánchez y Juan Rozas</i>	201
--	-----

SERVICIOS

VEINTE AÑOS DEL AGCS: AVANCES Y FRUSTRACIONES <i>Francisco Javier Prieto</i>	219
---	-----

PROPIEDAD INTELECTUAL

20 AÑOS DE LA OMC: LA INSTRUMENTACIÓN DEL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO EN AMÉRICA LATINA <i>Carlos M. Correa y Juan I. Correa (UBA)</i>	239
--	-----

FACILITACIÓN DEL COMERCIO

LA FACILITACIÓN DE COMERCIO EN LATINOAMÉRICA <i>Fabián Villarroel (SNA, Chile)</i>	307
---	-----

SECCIÓN IV

EL FUTURO DE LA REGIÓN EN LA OMC Y EL FUTURO DE LA OMC

ALIANZA DEL PACÍFICO, TPP, LA REGIÓN Y LA OMC <i>Dorotea López y Felipe Muñoz (Universidad de Chile)</i>	323
---	-----

UNA MIRADA HACIA EL FUTURO: POSIBLES ESCENARIOS EN LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES <i>Félix Peña (UNTREF)</i>	337
---	-----

20 AÑOS DE LA OMC: una perspectiva desde América Latina

Prólogo de Miguel Rodríguez Mendoza

Esta obra ofrece una apreciación de los primeros 20 años de existencia de la OMC, desde una perspectiva latinoamericana. Sin perder de vista las numerosas diferencias entre los países de la región, disponemos de suficientes experiencias en común para hilvanar un relato interesante sobre el significado que ha tenido la OMC para los países de América Latina y la manera en que estos han contribuido, a su vez, a moldear la institución.

La publicación del presente volumen fue una idea original de un grupo de académicos de Argentina y Chile afiliados al Programa de Cátedras OMC (PCO). El objetivo del PCO es mejorar el conocimiento y la comprensión del sistema multilateral de comercio en las universidades de los países en desarrollo, promoviendo la investigación, la enseñanza y el acercamiento a los responsables de la formulación de políticas en la esfera del comercio internacional.

No es de extrañar que la Ronda Uruguay, la última ronda de negociaciones comerciales multilaterales que culminó con éxito y supuso la creación de la OMC, se iniciara, hace 30 años, en América Latina. En efecto, los países latinoamericanos empezaron a liberalizar sus regímenes comerciales y a aplicar medidas conexas de desregulación y estabilización a mediados de la década de los 80, tras sus problemas de endeudamiento externo¹.

La adhesión al GATT -precursor de la OMC- fue una de las formas en que se manifestó la mayor apertura al comercio. En 1986, México, una de las mayores economías de la región, se convirtió en Parte Contratante del GATT y siguieron

¹ A.G. Dijkstra (2000). "Trade liberalization and industrial Development in Latin America", *World Development*, 28, 9, páginas 1567-1582.

sus pasos varios otros: Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela. También proliferaron los planes de integración regional en el continente: México se unió al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), se creó el MERCOSUR y se reforzaron otros acuerdos regionales en el marco de ALADI².

Una de las consecuencias de este proceso fue la reducción sustancial de los niveles de protección: los aranceles medios de la región pasaron de un 42%, en 1986, al 12%, en 1995³. Así, cuando se constituyó la OMC, la mayoría de los países latinoamericanos ya había avanzado considerablemente en lo relativo a la adopción de políticas económicas orientadas al mercado. Estaban, por tanto, preparados para asumir un papel muy activo en la nueva institución.

Los países de América Latina han desempeñado un papel primordial en la OMC. Desde su creación, en 1995, hasta finales de 2013, la Organización contó siempre con un Director General Adjunto procedente de la región. El actual Director General, Roberto Azevêdo, es brasileño. Los embajadores latinoamericanos ante la OMC han ocupado un número significativo de presidencias de los distintos órganos⁴ de la OMC, incluido el Consejo General, el órgano decisorio de mayor nivel después de la Conferencia Ministerial.

Los países de la región han sido también participantes destacados de las negociaciones de la Ronda de Doha. En lo que respecta a la agricultura, han desempeñado un papel de primer orden en las coaliciones de países que aspiran a ampliar el acceso a los mercados agrícolas y reducir las distorsiones del sector, como el Grupo de Cairns, el Grupo de Productos Tropicales y el Grupo de los 20. En las negociaciones sobre el AMNA, en las que quizás tenían intereses más “defensivos”, los países del Cono Sur fueron miembros clave del Grupo AMNA-11, en tanto que los países de América Central y el Caribe tuvieron una influencia considerable en el Grupo de Economías Pequeñas y Vulnerables.

Para muchos observadores, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC es la joya de la corona del sistema multilateral de comercio. Los países latinoamericana-

2 M.I. Terra (2003). "Trade liberalization in Latin American countries and the Agreement on Textiles and Clothing in the WTO", *Economie internationale*, 2003/2 (N° 94-95), páginas 137-154.

3 E. Paus, N. Reinhardt y M. Robinson (2003). "Trade Liberalization and Productivity Growth in Latin American Manufacturing, 1970-98", *Policy Reform*, marzo de 2003, volumen 6(1), páginas 1-15.

4 Se trata del Consejo General, el Órgano de Solución de Diferencias, el Órgano de Examen de las Políticas Comerciales, el Consejo del Comercio de Mercancías, el Consejo del Comercio de Servicios y el Consejo de los ADPIC.

nos han sabido recurrir con gran éxito a este mecanismo para proteger sus intereses comerciales. Iniciaron y ganaron algunos de los casos más célebres de la jurisprudencia de la OMC, como los relacionados con el comercio del banano, el azúcar y el algodón americano, todos ellos entablados contra las políticas de algunos de los países desarrollados que se cuentan entre los más importantes miembros de la OMC. Puede decirse que estos éxitos encontraron mucho eco entre los países en desarrollo, al demostrarles que podían litigar con éxito contra las principales potencias económicas, lo que se tradujo en un recurso más generalizado a los mecanismos de la OMC para la solución de diferencias entre sus miembros.

El libro no elude las dificultades experimentadas por algunos países de la región, cuyas preocupaciones comerciales no encontraron solución en el marco de la OMC y que se abordan en los capítulos dedicados a Cuba y Venezuela. No cabe duda, por otra parte, que el hecho de que no se hayan logrado reformas significativas en materia agrícola ha supuesto una decepción importante para muchos exportadores latinoamericanos.

Aunque estas reflexiones se refieren principalmente al pasado, esta obra también se asoma al futuro de los países de América Latina en la OMC y analiza el poder de atracción que ejerce la negociación de acuerdos regionales y los desafíos que este plantea. La caída de los precios de los productos básicos ha contribuido a debilitar el crecimiento económico y el comercio en muchos países latinoamericanos. Tampoco está claro en qué momento empezará a disiparse la situación de debilidad de la economía mundial. No obstante, la historia económica de la región, desde la década de los '80, contiene el valioso recordatorio de que el comercio abierto y la pertenencia al sistema de multilateral de comercio, fundamentado en normas estables y equitativas, puede actuar como una fuerza estabilizadora en tiempos difíciles como los actuales. Estoy convencido de que en los próximos 20 años de la OMC, los países de América Latina seguirán desempeñando, con fe y determinación, un papel preponderante en el sistema.

SECCIÓN I:
AMÉRICA LATINA HOY

EL COMERCIO EXTERIOR DE AMÉRICA LATINA: ASPECTOS SALIENTES DE SU DESEMPEÑO DESDE LA CREACIÓN DE LA OMC

Ricardo Carciofi y Romina Gayá

Hacia la finalización de la Ronda de Uruguay, en 1994, el frente externo de los países de América Latina (AL) atravesaba un panorama caracterizado por los contrastes. Por el lado financiero, se normalizaban los flujos de fondos. Los acuerdos de la deuda y las políticas macroeconómicas puestas en marcha lograban superar la difícil coyuntura de los años ochenta. Por el lado comercial, el balance exhibía signos contrapuestos. Los precios de los principales productos de exportación atravesaban una fase descendente. A su vez, los países de la región habían emprendido reducciones arancelarias unilaterales.

Los acuerdos en el plano multilateral habían sido efectivos para liberalizar el comercio de manufacturas, pero el intercambio agrícola habría de continuar obstaculizado por la presencia de subsidios y por restricciones y otras dificultades de acceso a mercado para los países de AL. No obstante, la institucionalidad multilateral aparecía fortalecida con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que ampliaba y revitalizaba el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), que para ese entonces había cumplido una trayectoria de cincuenta años de existencia.

La situación, a fines del siglo XX, hacía difícil pronosticar lo que ocurriría posteriormente. En los últimos veinte años, el comercio exterior de AL se ha caracterizado por un importante dinamismo respecto de la historia previa de la región, aunque con ritmos desiguales a lo largo del período. De una parte, se ha asistido a un incremento de los niveles de intercambio, participando así de una tendencia global que en la región ha respondido a factores singulares. Este nuevo panorama no se limita

a los bienes solamente, sino que también envuelve al comercio de servicios. No obstante, la elevada presencia de las exportaciones de materias primas y recursos naturales sigue como una nota dominante en varios países de la región. De esta forma, el esquema de inserción internacional de AL sigue ocupando un lugar destacado en los debates y en el diseño de políticas. Por otra parte, el crecimiento del comercio se ha caracterizado por la aparición de nuevos socios, que en algunos casos han desplazado a los tradicionales. Estas modificaciones en la dirección de los flujos son de importancia no solo en cuanto a su magnitud, sino también por la velocidad a la que han ocurrido. Asimismo, este panorama ha sido acompañado por importantes cambios en la política comercial que, con importantes diferencias de estilo y propósito, desplegaron los distintos países.

El objetivo de este capítulo es reseñar los aspectos más destacados de la evolución del comercio de AL desde la creación de la OMC hasta la actualidad, poniendo especial atención a la dinámica, la composición de la canasta exportadora regional, los mercados de destino y la aparición de nuevos socios del intercambio y, finalmente, las líneas directrices de la política comercial y cómo se han plasmado en nuevos acuerdos comerciales regionales (ACR), con países de dentro y fuera de la región. El recorrido de estos aspectos estará referido mayormente al comercio de bienes, pero también se señalarán las tendencias en materia de servicios, fenómeno que viene cobrando un interés creciente para la mayor parte de los países de AL. Asimismo, el capítulo incursiona de manera breve en los temas de integración regional y su conexión con la participación en las cadenas regionales y globales de valor.

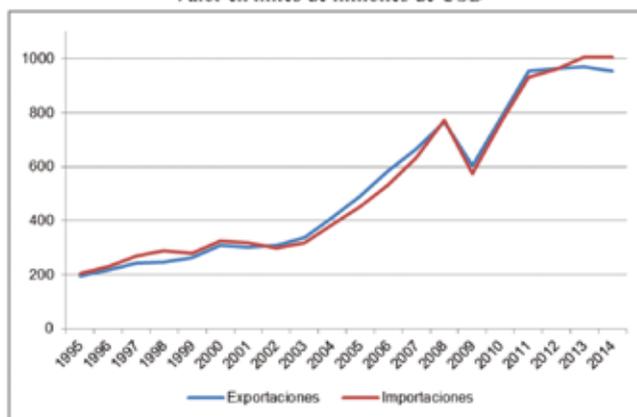
Si bien interesa señalar los trazos más notables en los distintos tópicos arriba indicados a lo largo de estas dos décadas, en algunos casos se ha creído conveniente referir la información a algunos años singulares. El primero (1995) es el punto de partida de los datos y corresponde a la creación de la OMC. El segundo (2001) coincide con el lanzamiento de la Ronda de Doha, la incorporación de China a la OMC y el cambio en la política monetaria de Estados Unidos, que contribuyó a la expansión de la economía y el comercio a escala global. Esta fase expansiva culmina en 2008, el tercer año seleccionado, cuando se inicia la Gran Recesión asociada a la crisis financiera y la caída de Lehman Brothers, seguida por la rápida salida en 2010-2011. Desde entonces y hasta 2014, el último año seleccionado, el producto y el intercambio global asisten a una vacilante recuperación. El trabajo deja fuera del análisis la evolución de la coyuntura de los meses recientes. En la primera mitad de 2015 se ha desacelerado el comercio mundial y el descenso de los precios de las materias primas, iniciado el año anterior, se va imponiendo como un nuevo escenario

que habrá de prevalecer en el futuro próximo.¹

1.- La evolución del comercio de América Latina y su participación en los flujos globales

Durante el período bajo estudio, el comercio de AL (incluyendo el intercambio intrarregional) creció a una tasa anual acumulativa (a.a.) de 8,7%. De todas maneras, es posible identificar tres períodos con características bien distintas (Gráfico 1): una meseta con pendiente levemente positiva entre 1995 y 2002, seguida de una rápida expansión entre 2003 y 2011 -descontando la caída de 2009- y un nuevo estancamiento durante el último trienio, donde incluso se reducen las exportaciones.

Gráfico 1. Exportaciones e importaciones de mercancías de AL
Valor en miles de millones de USD



Nota: No incluye Guyana, Surinam ni Venezuela por datos incompletos.
Fuente: Elaboración propia con datos de DATAINTAL.

Son varios los factores que influyen en la configuración del panorama de estas dos décadas y, en particular, de los años de mayor dinamismo. Por un lado, ha habido un significativo impulso de la demanda del resto del mundo y también de la propia

¹ El volumen de comercio mundial descendió 3,4% en los primeros cinco meses de 2015, la mayor caída en el curso de los últimos seis años (Oficina Holandesa de Estadística, World Trade Monitor). Sobre la reciente evolución de precios, véase Gráfico 4, más adelante en el texto. En cuanto a la proyección de las cotizaciones de energía, metales y agricultura para 2015, se pronostican caídas de 35%, 15% y 10% respectivamente, con relación a los promedios de 2014 (véase Banco Mundial 2015).

región, lo cual incidió en las ventas y en las compras de AL, respectivamente, destacándose tanto un aumento del volumen comercializado como una importante alza de los precios de las materias primas y sus derivados². Asimismo, como se destacará al final de la sección 2, la difusión de las tecnologías de la información ha favorecido la incorporación de nuevos servicios al comercio de la región. Por otro lado, la política comercial ha cumplido también su papel, facilitando este significativo crecimiento del intercambio.

Finalmente, la gestión macroeconómica se benefició y contribuyó, a la vez, a dicho desempeño. Debe observarse que durante el período expansivo, gran parte de AL fue acumulando saldos externos superavitarios, que en parte se neutralizaron con el incremento de reservas, las inversiones externas de la región en el resto del mundo y con apreciaciones nominales y reales de las monedas domésticas³.

El gráfico exhibe, además, otro aspecto a destacar. Los años iniciales del período (1995-2002) registran déficit en la balanza comercial, no obstante el aumento de las exportaciones. Esta situación es aún más marcada en el último bienio (2013-2014) y se ha agravado en los meses recientes. Esto supone un desafío para las políticas económicas en la mayor parte de los países de la región: en la medida que no se reanimen los factores de demanda externa, o que no se acceda a nuevos mercados y nichos de productos, será necesario apelar al financiamiento externo para cubrir la brecha comercial.

Si se presta atención a la totalidad del período bajo análisis, debe observarse que la expansión del intercambio superó a la del Producto Interno Bruto (PIB) regional, convirtiendo así a AL en una región comercialmente más abierta de lo que era dos décadas atrás: el peso del comercio de bienes en el producto de AL pasó de 22,7%, en 1995, a 35,9%, en 2014.⁴

Debe destacarse que en este período el coeficiente de apertura se incrementó en todos los países de la región, con excepción de Panamá. Aun así, la economía del

² Entre diciembre de 2002 y junio de 2008, el índice de precios de los productos básicos, excluidos los combustibles, se duplicó y, en el mismo período, el petróleo crudo creció 370% (Fuente: FMI).

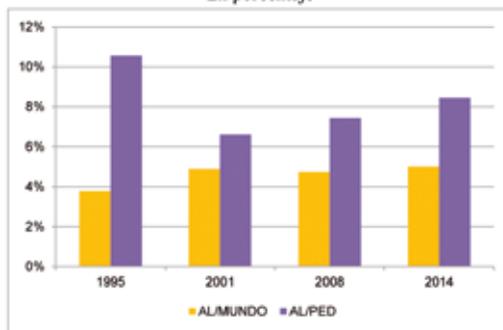
³ CEPAL (2015).

⁴ Promedio ponderado. No incluye a Guyana, Surinam y Venezuela, por datos incompletos. El promedio simple de la región pasó de 35,3% a 52,7% entre los años mencionados (Fuente: Elaboración propia con datos de la OMC y el FMI).

istmo, lejos de cerrarse al comercio, exhibió la mayor tasa de crecimiento del PIB de AL desde 2000 a la fecha.

Sin embargo, este ha sido un fenómeno de características globales. En rigor, la expansión del comercio regional ha permitido mantener la participación en el intercambio internacional -AL representa alrededor del 5% de las exportaciones mundiales, ganando marginalmente terreno con relación a veinte años atrás- (Gráfico 2). No obstante, en comparación con otros países en desarrollo, las exportaciones latinoamericanas han perdido terreno, respecto de mediados de los noventa, ante el mayor protagonismo de los países de Asia-Pacífico, en particular China.

Gráfico 2. Participación de América Latina en las exportaciones mundiales y en las de países en desarrollo
En porcentaje



Nota: No incluye Venezuela ni República Dominicana por datos incompletos.
Fuente: Elaboración propia con datos de DATAINTAL y OMC.

2.- Cambios en el perfil exportador y la aparición de nuevos socios comerciales

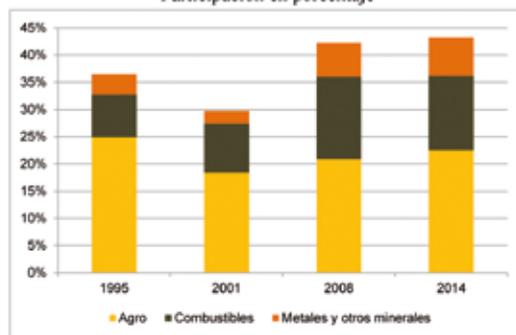
a. América Latina y la composición de sus exportaciones: heterogeneidad subregional

El dinamismo comercial al que se hizo referencia en la sección anterior, puede ser leído como una evidencia de que AL ha logrado modificar los parámetros básicos de su inserción comercial externa. Como es sabido, durante buena parte del siglo XX, los países de AL adoptaron políticas de industrialización por sustitución de impor-

taciones (ISI) liderada por el Estado que, con distintas intensidades e instrumentos, redujeron la porción de bienes transables internacionalmente⁵. Una parte importante de este entramado arancelario y de protección fue desmantelado en las proximidades de la Ronda de Uruguay y continuó, en cierta medida, durante las últimas dos décadas, según las opciones de política comercial que siguieron los países⁶. De esta forma, y habida cuenta de la expansión comercial reciente, podría sugerirse que en los veinte años pasados se ha desandado parte de ese camino en muchos países de la región. Lo ocurrido con las importaciones, tal como se anotó arriba, puede ser citado en apoyo de esta afirmación.

Por otro lado, el Gráfico 3 también apunta en la misma dirección del argumento anterior. Se puede sostener que la reducción del sesgo anticomercio propio de la ISI ha contribuido al crecimiento de los sectores donde AL tiene ventajas comparativas reveladas coincidentes, además, con su dotación de recursos naturales: agro, minerales e hidrocarburos.

Gráfico 3. Composición de las exportaciones de ALC: Importancia de los RRNN y sus derivados
Participación en porcentaje



Notas: No incluye Venezuela ni República Dominicana por datos incompletos. Agro: capítulos 1-24, Metales y otros minerales: capítulos 25-26, Combustibles y energía: capítulo 27.

Fuente: Elaboración propia con datos de DATAINTAL.

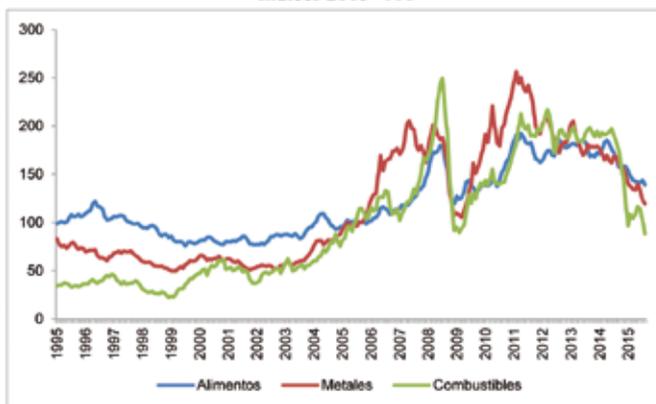
Comparando la composición de las exportaciones regionales de inicio y fin de período, AL exhibe en la actualidad una mayor participación de los recursos naturales, lo cual ha sido motivo de debate. Por una parte, las opiniones críticas de este proceso

⁵ Cárdenas, Ocampo y Thorp (2003).

⁶ Bértola y Ocampo (2010).

han señalado que la “primarización” implica el predominio de actividades menos intensivas en mano de obra; con menor dinamismo tecnológico y economías de escala que otros sectores; vulnerabilidad de precios, y premios a la renta de la propiedad. Los argumentos contrarios cuestionan precisamente esta caracterización, señalando, principalmente, que estas actividades son muy distintas de lo que eran décadas atrás, como consecuencia de la modernización tecnológica y productiva, y que incluso generan más valor que algunas ramas manufactureras. El punto de encuentro de ambas posiciones es el referido a los precios de los principales productos de exportación y los términos del intercambio.

Gráfico 4. Evolución de los precios de los productos básicos
Índices 2005=100



Fuente: FMI.

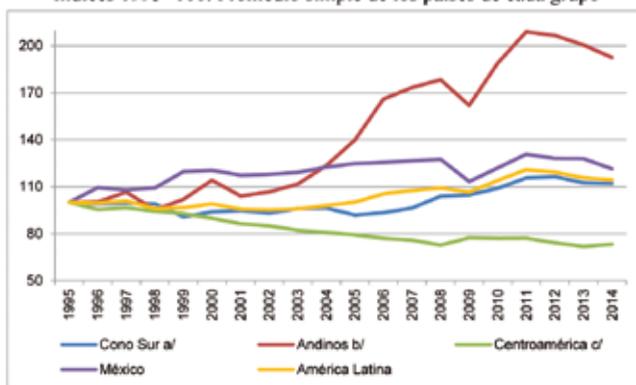
Los índices de precios de los productos básicos del Gráfico 4 son útiles para observar lo ocurrido con los valores de los principales commodities que exporta AL⁷. En los años previos a 2003, los alimentos y los metales se mantuvieron relativamente estables, mientras que los combustibles iniciaron una escalada de precios en 1999, que habría de prolongarse posteriormente. La fase de aceleración de precios se registra entre 2003 y 2008: el aumento es generalizado en toda la canasta de productos básicos. La trayectoria se interrumpe con la crisis de 2008 y 2009, para luego recuperar los valores previos -y para el caso del petróleo, los máximos de la serie se alcanzan en 2011-.

⁷ Los índices del FMI recogen una canasta de productos más amplia que los productos de exportación de AL.

Tal como se señaló al comienzo del capítulo, a partir de 2014 se va configurando gradualmente un nuevo panorama. En este caso, nuevamente los combustibles se anticiparon con una fuerte caída que comenzó a mediados de ese año, seguida por los metales y, en menor medida, por los alimentos. Los factores que operan detrás de cada uno de estos mercados reconocen elementos propios. Así, en el caso del petróleo, la expansión de la producción en Estados Unidos de las fuentes no convencionales (shale oil), sumada al objetivo de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de mantener sus respectivas cuotas de mercado, dispararon la caída.

En los metales, las expansiones de capacidad productiva y fuertes inversiones alentadas por los años de altos precios, llevaron asimismo a un aumento de oferta, que se ha enfrentado recientemente al menor impulso de la demanda. En el caso de los alimentos, el aumento del consumo y los límites impuestos por la disponibilidad de tierras agrícolas derivaron en el alza sostenida, que se interrumpió recientemente con la desaceleración de la demanda. Pero con independencia de la dinámica de cada uno de estos mercados, todos ellos están influidos por fenómenos de alcance más general: la desaceleración del crecimiento de China, la revalorización del dólar y las incertidumbres sobre la economía global, también explican el cuadro que se insinuó en 2014 y que se ha plasmado con mayor fuerza en el curso de 2015.

Gráfico 5. Evolución de los términos del intercambio (bienes, precios FOB)
Índices 1995=100. Promedio simple de los países de cada grupo



Notas: a/ Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. b/ Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. c/ Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

Fuente: Elaboración propia con datos de CEPAL.

Analizando las tendencias recientes del comportamiento de los precios de los productos básicos, algunos autores sostienen la existencia de un “superciclo” de commodities que ha recorrido su fase expansiva en los últimos 10 años y que ingresaría ahora en un período de caída y estancamiento que podría durar dos o tres décadas⁸.

Las trayectorias de precios presentadas en el Gráfico 4 permiten entender la evolución de los términos de intercambio (TI) que ha experimentado la región (Gráfico 5). Los veinte años en los que se concentra este trabajo señalan un cuadro favorable para AL, aunque nuevamente se detectan las apreciables diferencias subregionales.

Los grandes beneficiados del período 1995-2014 han sido las economías productoras de metales y combustibles (los países andinos y en menor medida México, que exporta petróleo pero no metales). En el otro extremo, Centroamérica ha enfrentado una cuenta desventajosa en razón de que es una fuerte importadora de alimentos y petróleo. En una posición intermedia se encuentra el Cono Sur, donde los países son exportadores netos de alimentos y escasamente dependientes de la importación de petróleo⁹. De continuar el sendero de precios que se viene registrando, muy probablemente 2015 concluirá con un índice regional de TI similar al que se observaba dos décadas atrás.

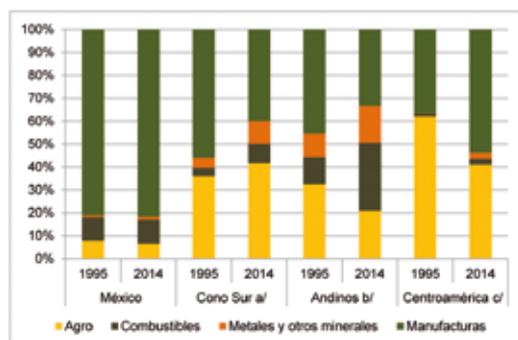
La situación analizada anteriormente con relación a precios y TI implica que sería equivocado circunscribir la inserción internacional de la región a los recursos naturales. Hay dos razones que sugieren una mirada más amplia. Primero, las ventas de manufacturas ocupan un porcentaje importante del total y esto señala la relevancia económica de las mismas, especialmente para la generación directa e indirecta de empleo. No obstante, este es un universo muy heterogéneo no solo en cuanto a la complejidad tecnológica, sino también al tamaño y características de las empresas que operan dentro del mismo. También, según se menciona más abajo, hay diferencias importantes entre países.

En segundo lugar y desde el punto de vista subregional, porque el peso relativo de exportaciones asociadas a recursos naturales y manufacturas es marcadamente distinto en América del Sur vis-à-vis México y América Central. Los datos del Gráfico 6 ilustran el punto.

⁸ Erten y Ocampo (2012).

⁹ Paraguay y Uruguay se abastecen con petróleo importado, Brasil registra una cuenta neutral y hasta 2011 Argentina era exportador neto de combustibles líquidos.

Gráfico 6. Composición de las exportaciones de AL según grupos de países
En porcentaje



Notas: No incluye Venezuela ni República Dominicana por datos incompletos. ^{a/} Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. ^{b/} Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. ^{c/} Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Agro: capítulos 1-24, Metales y otros minerales: capítulos 25-26, Combustibles: capítulo 27, Manufacturas: capítulos 28-99.
Fuente: Elaboración propia con datos de DATAINTAL.

Las manufacturas representan casi el 80% de las exportaciones de México y más de la mitad de las de América Central, donde se observa un claro aumento de las mismas a lo largo del período. El contrapunto entre el Norte y el Sur de AL resulta muy marcado y el indicador citado no es más que una aproximación ilustrativa. En realidad, no se trata solo de señalar la presencia de manufacturas. México y América Central están estrechamente ligados al mercado estadounidense, a través de una relación comercial de larga data y que se ha perfeccionado con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Acuerdo de Libre Comercio de Centroamérica y República Dominicana con Estados Unidos (DR-CAFTA, por sus siglas en inglés).

Sin embargo, la importancia económica de estas exportaciones de manufacturas requiere considerar no solo el valor agregado de las mismas, sino también el potencial dinamismo de estas actividades en el espacio interno de cada una de estas economías. Así, por ejemplo, en el caso de México se critica la calidad del empleo y la escasa transferencia de tecnología de la actividad maquiladora¹⁰, aunque también ha contribuido a desarrollar la actividad económica en el norte de México, en una proporción que difícilmente se habría logrado en ausencia de inversiones¹¹. Más aún, la vigencia del TLCAN ha permitido el desarrollo de inversiones de manufactura de bajo contenido tecnológico y de servicios vinculados a las mismas, que han crecido

¹⁰ Dutrénit (2015).

¹¹ Hufbauer et al (2014).

sin el amparo de los regímenes especiales de comercio. Los datos del trabajo realizado conjuntamente por la OCDE y OMC sobre la composición del valor agregado en las exportaciones, confirman estas apreciaciones. Mientras que, por ejemplo, en Brasil y Argentina el valor agregado extranjero en las exportaciones de 2011 oscila entre 15 y 19%, respectivamente; en México y Costa Rica es considerablemente mayor: 43% y 39%.¹²

Hasta aquí la discusión ha estado referida a los bienes y es pertinente extender el análisis al comercio de servicios. Al igual que en el caso de las mercancías, AL ocupa un lugar relativamente marginal en el comercio global de servicios: representa aproximadamente 3% de las exportaciones mundiales, habiendo declinado levemente su participación en los 20 años del período estudiado¹³. No obstante, para AL en su conjunto, la contribución de los servicios representa el 13% de las exportaciones totales (2013), y medido según su valor absoluto, el crecimiento ha sido muy dinámico: 7.7% a.a. en los últimos 18 años.

Sin embargo, el panorama por países es muy diverso. Las economías de mayor tamaño (Brasil, México y, en menor medida, Argentina) son también las principales exportadoras de servicios en la región, aunque en términos *per cápita* o del PIB se destacan Uruguay y Costa Rica, entre otras. Los servicios no tradicionales -es decir, excluyendo transporte y turismo- son los más dinámicos en el comercio mundial y también ganan relevancia en las exportaciones de Brasil, Argentina, Chile, México y Costa Rica, los cuales representan conjuntamente el 90% de las exportaciones de servicios no tradicionales de AL. El fenómeno adquiere así cierta relevancia económica: representa una oportunidad para incorporar actividades que requieren mano de obra calificada, sumar valor agregado y, a la vez, es una vía para la participación en cadenas globales de valor¹⁴.

De todas maneras, no debe perderse de vista que el camino para avanzar tiene márgenes acotados. Primero, porque los mercados de este tipo de servicios están sujetos a intensa competencia de oferentes de otras regiones -tal el caso de India y otros países de Asia-, que también poseen recursos humanos en cantidad y calidad abundante. Segundo, las tecnologías -principalmente, informáticas y organizacionales- son similares, y tercero, porque el propio desarrollo de la actividad puede impulsar el alza de los salarios locales, motivando así localizaciones alternativas, en razón que

¹² OECD-OMC. Base de datos TiVA, Julio 2015.

¹³ Gereffi (2014) y López, Niembro y Ramos (2014).

¹⁴ Gereffi (2014) y López, Niembro y Ramos (2014).

las inversiones son fácilmente trasladables (footloose). Siendo así, la búsqueda de nichos de mercados y ventajas comparativas que no resulten fácilmente replicables, son elementos claves para el crecimiento de exportaciones de servicios apoyados en el conocimiento. De ahí la conveniencia de vincular estas actividades con el resto del entramado productivo a nivel local, el cual ofrece la perspectiva del aprendizaje, la especialización e indirectamente tiene el potencial de vincular los servicios a cadenas globales de valor.

b. Las modificaciones de los mercados de origen y destino del comercio

Un breve repaso a los datos de la composición geográfica de las exportaciones, tal como lo indica el Gráfico 7, muestra cambios importantes ocurridos en las dos últimas décadas: Asia-Pacífico y el “resto del mundo” ganan terreno. Dentro del primer grupo sobresalen China y, en menor medida, India, Japón y República de Corea; en tanto que en el segundo, destacan Canadá, Rusia, Suiza y países de Medio Oriente. La mayor importancia relativa de estos bloques, en todos los agrupamientos subregionales, tiene lugar a expensas de los socios tradicionales de Europa y Estados Unidos, aunque con importantes diferencias entre sí.

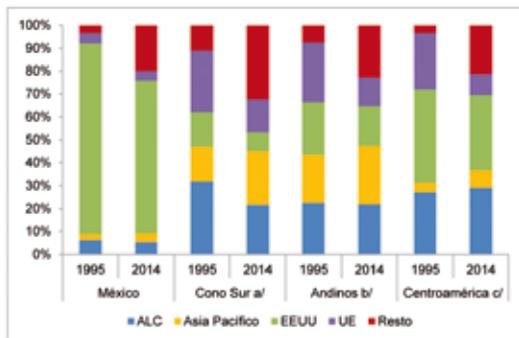
En Centroamérica y México, la integración comercial con la economía norteamericana es sólida. No obstante, para el caso de México se observa una disminución relativa del mercado estadounidense y, para los años aquí reseñados, pone de manifiesto la intensa disputa con las exportaciones provenientes de China.

El contraste con el panorama de América del Sur es marcado: allí existe una mayor diversificación geográfica para sus exportaciones y sobresale la creciente participación asiática en las ventas externas, especialmente de China, que se ha convertido en uno de los principales socios comerciales de estos países. Más aún, América del Sur ha sido el escenario donde China ha desplegado una activa diplomacia económica y comercial, habiendo firmado tratados de asociación estratégica, incluyendo formas y herramientas de cooperación en una amplia variedad de temas: obras de infraestructura, pesca, acceso a recursos naturales, tecnología nuclear, para citar solo algunas de ellas¹⁵. Este proceso, iniciado en la década pasada, es un desarrollo de largo plazo que muy probablemente habrá de continuarse en el futuro y con respuestas singulares, según las necesidades de cada una de las economías sudamericanas¹⁶.

¹⁵ Carciofi (2015).

¹⁶ Da Motta Veiga y Ríos (2015).

Gráfico 7. Composición geográfica de las exportaciones de ALC según grupos de países
En porcentaje



Notas: No incluye Venezuela ni República Dominicana por datos incompletos. ^{a/} Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. ^{b/} Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. ^{c/} Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

Fuente: Elaboración propia con datos de DATAINTAL.

La creciente importancia de China también se manifiesta por el lado del origen de los bienes que compra AL. En 2014, China abasteció más del 13% de las importaciones latinoamericanas, incrementando 12 p.p. su participación en veinte años. Esta mayor penetración comercial operó en desmedro de Estados Unidos y la Unión Europea (UE), que cedieron terreno en proporciones similares.

El Gráfico 7 también pone de manifiesto cierta constancia a lo largo del tiempo: la escasa importancia relativa del mercado regional. La fracción del comercio intrarregional, considerando el promedio simple de exportaciones e importaciones de 2014, es de 19,6% en América del Sur y 22,6% en América Central¹⁷. Estos datos se contraponen a una dilatada historia de integración regional, que se remonta a mediados del siglo XX, donde se han ensayado estrategias diversas: creación de uniones aduaneras, áreas de libre comercio, acuerdos bilaterales, reducciones arancelarias para la región en su conjunto (ALADI) e incluso proyectos para la creación de un mercado común (MERCOSUR)¹⁸. Las razones que explican la poca relevancia del comercio intrarregional -especialmente en comparación con otras latitudes- son múltiples: la similar dotación de factores, recurrencia de shocks e inestabilidad macroeconómica, persistencia de obstáculos para la circulación interna de bienes, elevados costos de transporte en razón de falta de inversiones en infraestructura, ausencia de bienes

¹⁷ Fuente: Elaboración propia con datos de DATAINTAL.

¹⁸ Bouzas y Pnaack (2009); UNCTAD (2010).

públicos regionales, entre otras¹⁹.

3.- Política comercial y estrategias de inserción internacional

En línea con lo sucedido en el resto del mundo, durante los últimos 20 años AL redujo significativamente sus barreras al comercio en pasos sucesivos y en distintos frentes. El cambio en la estrategia de inserción internacional combinó inicialmente la decisión unilateral de dismantelar restricciones con la implementación de los compromisos multilaterales, asumidos en la Ronda Uruguay, seguida por la proliferación de acuerdos regionales, mediante los cuales liberalizaron el intercambio con algunos socios.

Como puede observarse en el Cuadro 1, en 2014 todos los países de AL -con excepción de Argentina, Bolivia, Guyana y Venezuela- aplicaban aranceles más bajos que en 1996. Debe mencionarse que estas alícuotas afectan las importaciones que reciben trato de nación más favorecida (NMF), las cuales excluyen las compras que ingresan libres de arancel o con tarifas reducidas en el marco de ACR. Dado que en casi todos los casos los flujos con los principales socios comerciales gozan de algún tipo de preferencia, el arancel efectivamente aplicado es muy inferior al que consigna el Cuadro 1 para el año 2014.

Cuadro 1. Arancel NMF *ad valorem* promedio aplicado

Años seleccionados. Alicuota en porcentaje.

País	1996	2014	Variación (p.p.)
Argentina	13,0	13,6	0,6
Bolivia	9,7	11,6	1,9
Brasil ^{**}	16,0	13,5	-2,5
Chile	11,0	6,0	-5,0
Colombia	12,2	5,8	-6,3
Costa Rica	50,9	5,6	-45,3
Ecuador	11,8	11,1	-0,8
El Salvador	8,8	6,0	-2,8
Guatemala ^{**}	8,2	5,7	-2,5
Guyana ^{**}	11,0	11,2	0,1
Honduras	6,9	5,7	-1,2
México	14,7	7,4	-7,3
Nicaragua	9,2	5,7	-3,5
Panamá ^{**}	32,3	6,8	-25,5
Paraguay	12,9	10,0	-2,9
Perú ^{**}	13,4	3,4	-10,0
Uruguay ^{**}	13,7	10,5	-3,2
Venezuela ^{**}	12,7	12,9	1,0

Notas: ^{**} Per falta de información, en algunos casos no se tomó 1996 sino el primer dato disponible que corresponde a 1997 (Brasil, Panamá y Venezuela), 1998 (Guatemala, Perú y Uruguay) y 1999 (Guyana). En los casos en que no se contaba con información de 2014 se consideró la más reciente disponible: 2013 (Brasil, Guyana, Panamá y Venezuela) y 2012 (Guatemala).

Fuente: Elaboración propia con datos de la OMC (Tariff Download Facility).

¹⁹ Carciofi y Gayá (2015).

Hasta los años noventa, los países de AL contaban con pocos ACR: se circunscribían al ámbito regional con proyectos de integración ambiciosos, que en su mayoría habían enfrentado serias dificultades. Los años finales de la Ronda Uruguay, sin embargo, coincidieron con el comienzo, en varios países, de una política comercial basada en la multiplicación de acuerdos que habrían luego de generalizarse y sumar más adeptos.

Su expresión en AL fue el regionalismo abierto, que dio lugar, por ejemplo, a la creación del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en 1991; a la revigorización del proceso de integración en Centroamérica, mediante la conformación del Sistema de Integración Centroamericana (SICA)²⁰, en el mismo año, y a la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en 1992, el primer acuerdo de Estados Unidos y Canadá con un país en desarrollo (México).

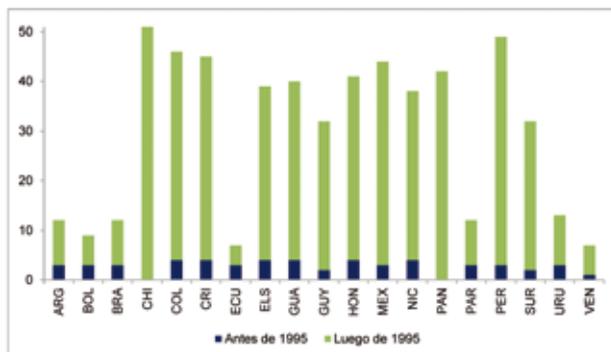
De todas maneras, al momento de crearse la OMC, los países de AL contaban con pocos ACR: ninguno formaba parte de áreas de libre comercio ni uniones aduaneras con más de cuatro socios comerciales y, con excepción del TLAN, no habían firmado acuerdos con economías desarrolladas ni con otros socios fuera de AL.

Durante las últimas dos décadas, sin embargo, muchas economías latinoamericanas suscribieron ACR con socios regionales y extrarregionales, tanto con países en desarrollo como desarrollados. Los más activos, en este sentido, han sido Chile, Perú, Colombia y las economías centroamericanas. Bolivia, Ecuador y los miembros del MERCOSUR, en cambio, han firmado pocos ACR y de menor profundidad, y mantienen niveles más elevados de protección (Gráfico 8).

Así como en el ámbito multilateral se pasó de negociar exclusivamente la reducción de aranceles, en las primeras décadas del GATT, a discutir más temas y con mayor grado de profundidad, especialmente desde la creación de la OMC, los ACR firmados durante los últimos veinte años son de mayor alcance que sus predecesores. Además de la desgravación de mercancías, incluyen compromisos sobre comercio de servicios, tratamiento de las inversiones, contratación pública, normas técnicas, medidas sanitarias y fitosanitarias, propiedad intelectual y comercio electrónico, entre otros.

²⁰ Actualmente integrado por Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

Gráfico 8. ACR¹ suscritos antes y después de la creación de la OMC
Cantidad de países



Nota: ¹ Uniones aduaneras y zonas de libre comercio. No se incluyen acuerdos marco ni de alcance parcial.

Fuente: Elaboración propia en base a SICE.

Durante los últimos veinte años, también se produjeron cambios importantes en los procesos de integración dentro de AL. Centroamérica ha ido perfeccionando la libre circulación en el mercado de bienes y, más recientemente, ha iniciado esfuerzos para consolidar la unión aduanera. Asimismo, los países del istmo han llevado a cabo negociaciones de manera conjunta como el DR-CAFTA (entre los países del Mercado Común Centroamericano –MCCA²¹– Estados Unidos y República Dominicana) o el acuerdo de asociación con la UE, que involucró al MCCA y Panamá.

También debe mencionarse que la subregión está embarcada en un proceso muy importante de integración física, en el marco del Proyecto Mesoamérica, un esquema institucional flexible, inicialmente impulsado por México y al que posteriormente se sumó Colombia²². El MERCOSUR²³, por su parte, durante los años noventa registró avances significativos en la integración, los cuales fueron interrumpidos por las crisis económicas que afectaron a estos países entre 1999 y 2002. El comercio intraregional se resintió y el proyecto integrador perdió impulso, incluso en la fase de recuperación posterior. No obstante, el bloque exhibe el mayor grado de intercambio intraindustrial en toda la región²⁴. En Argentina y Brasil se asienta la plataforma de la industria automotriz mayormente integrada dentro del bloque y construida al amparo de un régimen especial de intercambio. De todas formas, los obstáculos y

²¹ Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

²² Carciofi y Gayá, op cit.

²³ Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela, este último miembro pleno desde 2012.

²⁴ Gayá y Michalczewsky (2014).

las medidas comerciales, han limitado el acceso al mercado ampliado, y el comercio intrazona ha registrado situaciones de conflictividad recurrente, lo cual ha motivado la insatisfacción de los miembros de menor tamaño -Paraguay y Uruguay-²⁵.

Asimismo, el bloque ha carecido de una coordinación mínima de sus políticas económicas y el sector privado no dispone de la certidumbre necesaria para operar a escala regional. Durante los últimos años, destaca la incorporación de Venezuela como miembro pleno, proceso que también ha iniciado Bolivia.

En cuanto a la agenda externa, los acuerdos con socios de extrazona que ha logrado el bloque, representan mercados de entidad menor²⁶. El objetivo más ambicioso, el acuerdo con la UE, se ha venido negociando con interrupciones a lo largo de 20 años y aún no está concluido²⁷.

A pesar de los avances en el proceso de integración, la Comunidad Andina (CAN) enfrentó algunas dificultades, especialmente durante la última década. En gran medida, estas se relacionan con las distintas estrategias de inserción internacional seguidas por sus países miembros. El bloque flexibilizó los compromisos para concretar la unión aduanera, al permitir a sus miembros negociar individualmente ACR con terceros países.

Venezuela decidió salir de la CAN y unirse al MERCOSUR, en tanto que Bolivia aspira a convertirse en miembro pleno de ese bloque sin abandonar la CAN. Colombia y Perú optaron por un mayor grado de apertura y negociaron múltiples ACR con socios extrarregionales, destacándose los firmados con Estados Unidos y la UE, en tanto que Ecuador tiene una posición intermedia y ya ha concluido las negociaciones con la UE.

La búsqueda de una inserción internacional más profunda llevó a la confluencia de intereses de Colombia y Perú con Chile y México. Estos cuatro países crearon, en 2011, la Alianza del Pacífico (AP), un bloque con un nivel relativamente bajo de comercio intrarregional, pero con facilidad de acceso a mercados externos. La aspiración de la AP es, precisamente, aprovechar los acuerdos existentes para “acumular origen” en el intercambio entre sus miembros y convertirse en una plataforma de proyección al mundo, con especial énfasis en Asia Pacífico.

²⁵ BID-INTAL (2013).

²⁶ Palestina, Egipto e Israel.

²⁷ Makuc, Duhalde y Rozemberg (2015).

Es preciso señalar que durante los últimos años, en un contexto de menor dinamismo económico global y escasos avances en la Ronda de Doha, se observa una nueva tendencia en materia de regionalismo: la negociación de “mega acuerdos” que involucran a los principales actores de la economía y el comercio mundial, sobresaliendo las del Acuerdo de Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversiones (TTIP, por sus siglas en inglés)²⁸, Acuerdo de Asociación Transpacífica (TPP, por sus siglas en inglés)²⁹, Asociación Económica Integral Regional (RCEP, por sus siglas en inglés)³⁰, UE-Japón, UE-India, etc.

Si bien los mega acuerdos aún están siendo negociados, es posible vislumbrar que su principal impacto no provendrá de la eliminación de aranceles (al menos en el caso de los bienes industriales), porque estas economías aplican impuestos relativamente bajos sobre sus importaciones o porque ya cuentan con ACR entre sí. Los efectos más significativos vendrán, pues, de lo acordado en materia de servicios, inversiones, compras gubernamentales, derechos de propiedad intelectual y, en particular, los aspectos regulatorios, como normas técnicas, medidas sanitarias y fitosanitarias, regulación ambiental, normas de etiquetado, entre otras.

Los nuevos estándares que puedan surgir, no afectarán solamente a los países involucrados, sino también al resto del mundo³¹.

La situación de los países latinoamericanos frente a los mega acuerdos es heterogénea. En primer lugar, todos los miembros de la AP -excepto Colombia- participan de la negociación del TPP y podrían beneficiarse de su concreción. Dado el patrón de comercio que tienen con el resto de los integrantes del TPP, es posible que México busque mejorar su inserción en las cadenas globales de valor (ya cuenta con un elevado grado de integración productiva con América del Norte) y que Chile y Perú procuren mejorar las condiciones de acceso para los derivados de los recursos naturales que actualmente exportan³²

En segundo lugar, cabe destacar la situación de los países centroamericanos, los cua-

²⁸ Estados Unidos-UE.

²⁹ Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam.

³⁰ ASEAN (Brunei Darussalam, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam), Australia, China, República de Corea, Japón, India y Nueva Zelanda.

³¹ Rozemberg y Gayá (2014).

³² BID-INTAL (2013b).

les también tienen ACR con algunas de las economías que negocian mega acuerdos, aunque ellos no participen de ninguna de estas tratativas. Dependiendo de la flexibilidad de las reglas de origen de los mega acuerdos, Centroamérica podría beneficiarse de la exportación indirecta, mediante la incorporación de sus ventas en las cadenas de valor articuladas en torno a dichos ACR. A pesar de ello, es posible que sus exportaciones a algunos de los mercados más relevantes sean desplazadas por la competencia de otros países, siendo especialmente sensibles los envíos centroamericanos de manufacturas al mercado estadounidense frente a la competencia de los países asiáticos del TPP³³.

En tercer lugar, el MERCOSUR, Bolivia y, en menor medida, Ecuador, enfrentan una situación de mayor vulnerabilidad en el escenario de los mega acuerdos. Al no contar con acceso preferencial a los principales mercados del mundo, cada nuevo acuerdo que suscriben estas economías incrementa la desventaja en la cual se sitúan las exportaciones de estos países sudamericanos frente a competidores que ingresan en mejores condiciones. Esto es particularmente relevante en el caso del sector agropecuario, donde se concentran las ventajas comparativas del MERCOSUR, ya que en todos los mega acuerdos participan grandes exportadores de estos productos y existen barreras significativas frente al resto del mundo, por lo cual el riesgo de perjudicarse por el desvío de comercio es elevado. Asimismo, esto reduce el atractivo de estos países como destino de inversiones e incrementa las dificultades para insertarse en cadenas globales de valor³⁴.

Como se señaló previamente, el mayor impacto de los mega acuerdos será de carácter regulatorio. Quienes no forman parte de estas negociaciones, no participarán en la definición de muchas reglas que se verán obligados a cumplir para acceder a los principales mercados y que, posiblemente, sienten las bases para futuras negociaciones multilaterales. La adecuación a estándares más exigentes, incluyendo los requisitos que suma el sector privado, habrán de generalizarse -principalmente en el sector agropecuario y alimentos, pero también en sectores como el automotor o el químico- e incrementará los costos para los exportadores de todo el mundo, y aquellos que no puedan hacerlo quedarán fuera del mercado. Como muchos temas no forman parte del ámbito de la OMC, no será posible cuestionar allí posibles medidas discriminatorias. Nuevamente, los países del MERCOSUR serían los más vulnerables a esta situación³⁵.

³³ BID-INTAL (2013b).

³⁴ Gayá (2014), Rozemberg y Gayá (2014).

³⁵ Ibid.

4.- A modo de conclusión

Este capítulo ha analizado los aspectos más destacados de la evolución del comercio internacional de AL durante las últimas dos décadas. En esta mirada retrospectiva, el primer hecho que cabe subrayar es el contexto de la economía global y sus importantes cambios: la fase de crecimiento acelerado concluyó en un final abrupto -la Gran Recesión-, seguida por una rápida recuperación que posteriormente dio lugar a una expansión débil y, más recientemente, a una mayor volatilidad de los mercados e incertidumbre sobre el crecimiento de la economía mundial. Más allá de los vaivenes en el nivel de actividad, en estas dos décadas el mundo ha asistido a una reorganización y redespiegue de la producción. Estas transformaciones se plasmaron en la magnitud y composición de los flujos de comercio: las exportaciones mundiales crecieron muy rápidamente, el intercambio de partes e insumos superó largamente a los bienes finales, y se experimentaron profundos cambios en el dinamismo y la composición del comercio de servicios.

AL participó del proceso mencionado, aunque con ciertas singularidades. Primero, la región acompañó la expansión global del comercio de bienes y mantuvo su participación, y algunos países se sumaron activamente a las nuevas modalidades en el intercambio de servicios. El conjunto del período fue beneficioso para el promedio de la región, donde los altos precios que predominaron en una apreciable porción del mismo, dieron lugar a términos del intercambio favorables.

En el curso de estos veinte años se fueron haciendo más marcadas las diferencias subregionales. México aparece sólidamente vinculado al mercado estadounidense y, en menor medida, a otros mercados extrarregionales, y allí radica una importante estructura de la manufactura regional latinoamericana. América Central va formando gradualmente parte del mismo entramado. Por su parte, América del Sur se destaca por la concentración de sus exportaciones en recursos naturales, los cuales siguen constituyendo la columna vertebral de la inserción internacional de la subregión. Estos países han reorientado tanto sus exportaciones como sus importaciones en dirección de China. La bonanza que se hizo presente en parte de este período ayudó al crecimiento y modernización de la subregión, pero no alteró la modalidad de vinculación comercial con la economía mundial.

Segundo, los países de AL llevaron una activa agenda en materia de estrategia y política comercial. Los esfuerzos iniciales de apertura unilateral fueron seguidos luego por ACR con socios de dentro y fuera de la región. Los intentos de revitalizar

los mecanismos de integración entregaron resultados que se quedaron a mitad de camino de los objetivos buscados: la integración y modernización de la estructura productiva. Siendo así, los diferentes bloques ensayaron nuevos caminos. La CAN se reorganizó internamente y algunos de sus miembros se lanzaron a la firma de acuerdos con socios extrarregionales. América Central siguió un camino similar. Por su parte, Chile y México llevaron a cabo acuerdos en forma separada, especialmente con socios de extrazona, dado su vínculo singular con los otros agrupamientos intrarregionales, y constituyeron la AP junto a Colombia y Perú, con el objetivo de insertarse en las cadenas de valor con base en Asia Pacífico.

Las disciplinas comerciales que forman el cuerpo de estos ACR van más allá de los acuerdos alcanzados en la OMC y su propósito no es otro que ofrecer una plataforma para la transformación productiva, la radicación de inversión extranjera directa y la participación en las cadenas globales de valor. Más allá de la dirección de estas políticas, la búsqueda de la nueva inserción internacional de este grupo de países tarda en materializarse.

Distinto es el panorama que ofrecen los países del MERCOSUR. Allí se dan cita economías con mayor diversificación productiva, similares al caso de México, y tanto en Brasil como en Argentina se radica una base industrial de cierta entidad, especialmente en sectores de baja y mediana tecnología. Recientemente, junto a Uruguay, también se han sumado al flujo internacional de servicios no tradicionales. Sin embargo, a diferencia del resto de la región, el bloque del sur no ha participado de la nueva generación de ACR. Tampoco lo han hecho Bolivia y Ecuador. De esta forma, el MERCOSUR enfrenta un triple desafío: primero, sus intereses y ventajas en el mercado latinoamericano vienen siendo erosionados por la presencia de nuevos participantes; segundo, la nueva vinculación comercial con China ubica a la manufactura del bloque bajo intensa presión competitiva, y tercero, está pendiente el impacto que tendrían, en caso de adoptarse, las disciplinas propias de los ACR de segunda generación sobre la estructura productiva vigente. De esta forma, son varios los obstáculos que aún se interponen entre el bloque y la participación en las cadenas regionales y globales de valor.

Tercero, si bien no ha sido materia de análisis, el texto advierte acerca del nuevo panorama de la economía global, que habría comenzado a esbozarse a partir de mediados del año pasado y que ha continuado en 2015, asociado al rebalanceo de la economía de China, la pendiente modificación de la política monetaria de Estados Unidos y los visibles impactos sobre los precios de las commodities.

AL deberá readecuarse al nuevo escenario y puede, para ello, capitalizar sobre los años de crecimiento. Para los países que ya reformaron y pusieron en marcha la estrategia comercial asentada sobre nuevos acuerdos, tendrán la tarea del diseño de políticas complementarias de manera de diversificar y aumentar el valor agregado de sus exportaciones, en la medida que exista el suficiente “policy space” para la acción de las mismas. En los otros casos, donde se cuenta con mayor experiencia y práctica con las políticas de desarrollo productivo, corresponderá dosificar en qué medida y qué sectores pueden ser la plataforma para ampliar la competitividad internacional del conjunto de la estructura productiva. Unos y otros enfrentarán la necesidad de gestionar la macroeconomía en un desfiladero de paredes estrechas y que carece de los márgenes de los años previos.

Referencias Bibliográficas

- Bértola, L. y Ocampo, J. (2010). Desarrollo, vaivenes y desigualdad: Una historia económica de América Latina desde la independencia. Madrid: SEGIB
- BID-INTAL (2013a). Informe MERCOSUR N° 18. IDB-TN 602. Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo – Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (BID-INTAL).
- BID-INTAL (2013b). “Negociaciones de mega acuerdos: ¿Cómo influirán en América Latina?”. Carta Mensual INTAL N° 204. Buenos Aires, BID-INTAL, agosto.
- BID-INTAL (2013). Informe MERCOSUR N° 18. IDB-TN 602. Buenos Aires: BID-INTAL.
- Bouzas, R. y Pnaack, P. (2009). El BID y medio siglo de integración regional en América Latina y el Caribe. Revista Integración y Comercio, No. 29, Año 13, Enero.
- Carciofi, R. (2015). “Argentina-China. Una parceria estratégica integral”. Revista Brasileira de Comercio Exterior, Año XXIX, No. 123, Mayo-Junio.
- Carciofi, R. y Gayá, R. (2015). Physical Integration in Latin America. A Review of Recent Experiences and Policy Lessons. UNCTAD Report. Mimeo.
- Cárdenas, E.; Ocampo J. y Thorp, R (Comp.) (2003). Industrialización y Estado en la América Latina. La leyenda negra de la posguerra. Serie de Lecturas 94. Fondo de Cultura Económica, El Trimestre Económico
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2015). Estudio Económico de América Latina 2015. Santiago: CEPAL. Julio.
- Da Motta Veiga, P. y Ríos, S. (2015). “El Capitalismo del Estado Chino, su Agenda de Reformas y sus Implicaciones para América del Sur”. Boletín Informativo Techint No. 349. Buenos Aires.

- Erten, B. y Ocampo, J. (2012). Super-cycles of commodity prices since the mid nineteenth century. UN-DESA Working Paper No. 10, Febrero.
- Dutrénit, G. (2015). Política de innovación para fortalecer las capacidades en manufactura avanzada en México. 2015. Santiago de Chile: CAF - CIEPLAN.
- Elms, D. y Law, P. (2013.) Global Value Chains in a Changing World. WTO, Fung Global Institute, Temasek Foundation Centre for Trade and Negotiations, Ginebra.
- Gayá, R. y Michalczewsky, K. (2014). El comercio intrarregional sudamericano: Patrón exportador y flujos intraindustriales. IDB-TN 583. Buenos Aires, BIDINTAL.
- Gayá, R. (2014). “Mega acuerdos y multilateralismo en crisis, amenazas para el MERCOSUR”, Informe Económico Mensual. Buenos Aires: Universidad del Salvador (agosto).
- Gereffi, G. (2014). Nuevas Tendencias en las Cadenas de Valor y el Escalamiento Industrial en México. Seminario UNAM/INEGI, México.
- Hufbauer, G.; Cimino, C. y Moran, T. (2014). NAFTA at 20: Misleading Charges and Positive Achievements. Peterson Institute of International Economics, PB14-13. Washington.
- López, A.; Niembro, A. y Ramos, D. (2014). “La competitividad de América Latina en el comercio de servicios basados en el conocimiento”, Revista de la CEPAL, Agosto 2014, pp. 24-41.
- Makuc, A.; Duhalde, G. y Rozemberg, R. (2015). La Negociación MERCOSUR-Unión Europea. A veinte Años del Acuerdo Marco de Cooperación: Quo Vadis? IDB-TN 841. Buenos Aires, BID-INTAL (agosto).
- Rozemberg, R. y Gayá, R. (2014). Los Mega Acuerdos: nuevas reglas, nuevos actores. Impactos sobre el MERCOSUR. Buenos Aires: Cámara de Exportadores de la República Argentina (CERA) – Instituto de Estrategia Internacional (IEI).
- UNCTAD (2010). Integración Regional en América Latina: Desafíos y Oportunidades. Ginebra.
- World Bank (2015). World Commodity Outlook, Washington: World Bank. July.

Abreviaturas y siglas

- a.a.:** Anual acumulativo.
- ACR:** Acuerdos comerciales regionales.
- AL:** América Latina.
- AP:** Alianza del Pacífico.
- CAN:** Comunidad Andina.

DR-CAFTA: Dominican Republic-Central America Free Trade Area.
FMI: Fondo Monetario Internacional.
GATT: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
ISI: Industrialización por sustitución de importaciones.
MCCA: Mercado Común Centroamericano.
MERCOSUR: Mercado Común del Sur.
OMC: Organización Mundial del Comercio.
OPEP: Organización de Países Exportadores de Petróleo.
PIB: Producto Interno Bruto.
RCEP: Asociación Económica Integral Regional.
SICA: Sistema de Integración Centroamericana.
TI: Términos del Intercambio.
TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
TPP: Acuerdo de Asociación Transpacífica.
TTIP: Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversiones.
UE: Unión Europea.

SECCIÓN II:
AMÉRICA LATINA: POLÍTICAS
COMERCIALES, PARTICIPACIÓN Y
APRENDIZAJES EN LA OMC

POLÍTICAS COMERCIALES, PARTICIPACIÓN Y ¿APRENDIZAJES? DE ARGENTINA en el vigésimo aniversario de la OMC ¹

Julieta Zelicovich²

Introducción

El vigésimo aniversario de la Organización Mundial de Comercio (OMC) constituye una oportunidad para analistas, diplomáticos y funcionarios para reflexionar sobre la manera en la cual, a lo largo de estos primeros veinte años, los países miembros han desarrollado sus vínculos con el régimen multilateral de comercio. En este capítulo nos referiremos a un caso específico, el de Argentina, preguntándonos, en primer lugar, cuáles fueron las características de su participación en la OMC, entre 1995 y 2015. De manera secundaria indagamos en si se produjeron procesos de aprendizaje en dicha participación.

Los acuerdos firmados en Marrakech en 1994 dieron inicio a una nueva etapa en las relaciones comerciales internacionales³. En ese marco, Argentina, quien hasta la Ronda Uruguay había tenido una participación acotada, fue incrementando la in-

¹ Se agradecen los comentarios de Roberto Bouzas, Adrián Makuc y Esteban Actis. La autora asume toda responsabilidad en cuanto a los errores y omisiones existentes.

² Profesora, investigadora en Relaciones Internacionales Universidad Nacional de Rosario - CONICET.

³ En materia de negociaciones la nueva etapa no supuso grandes transformaciones por parte del diseño institucional. La OMC como foro para las negociaciones mantuvo los mismos rasgos estructurales del GATT: la toma de decisiones por consenso y la práctica de negociaciones en espacios informales reducidos siguieron siendo una constante que contribuía a limitar las posibilidades de influencia de los países con menor poder relativo (Steinberg 2007). En este aspecto la mayor participación de países emergentes y en desarrollo producida desde 1995 a 2015 puede adjudicarse más que a reformas institucionales, al aprendizaje realizado por estos países en las negociaciones previas.

tensidad de sus acciones dentro de la OMC, llegando a ser uno de los promotores de varios documentos pilares de la Ronda Doha. Dicho incremento no fue lineal, sino que desde 1995 a 2015 puede observarse cómo ha ido cambiando la prioridad otorgada por los distintos gobiernos al foro multilateral de comercio y cuáles han sido los objetivos y la posición sostenida en el mismo; también qué tipo de estrategias utilizó y cómo las articuló con su política comercial. En función de esos cambios, resulta útil identificar tres períodos que, siguiendo además cambios de gobierno⁴, ilustran la forma en la cual se sucedieron esas variaciones, y permiten divisar si en esos contextos fue posible realizar procesos de aprendizaje.

La mirada sobre estos procesos permite también considerar si a partir de la experiencia acumulada se logró reducir los “costos” procedimentales (políticos, económicos o sociales) internos y externos de la participación en la OMC. Según Wolfe (2010) toda negociación implica un aprendizaje, el cual puede ser simple -adquisición de información sobre las propias preferencias, el contexto de la negociación y/o las preferencias de las partes- o complejo -construcción de un entendimiento común-. En ambos casos, lo que se observa es una internalización de ese nuevo conocimiento, que genera una adaptación de la conducta (Dupont, Beverelli, y Pezard, 2006), tanto a nivel de los individuos (las burocracias o los negociadores) como de las instituciones (cuando estas lecciones se internalizan y trascienden a los funcionarios) (Ventura- Diaz, 2003; Botto, 2007). Observaremos entonces qué ajustes, presumiblemente derivados de la participación, se produjeron en las acciones de la Argentina en la OMC en los últimos 20 años.

El caso es expuesto en tres etapas: la primera se centra en la etapa inicial de la OMC, coincidente con el gobierno del presidente Menem en la Argentina. Luego, un segundo período se inicia en el contexto del lanzamiento de la Ronda Doha y se prolonga durante los años que ésta estuvo activa. En ese tiempo Argentina transita, nacionalmente, desde el fin del gobierno de la Alianza a la llegada del gobierno de Néstor Kirchner y el cambio en el modelo de desarrollo. El tercer período se inicia coincidente con el gobierno de Fernández de Kirchner, en 2007, en el contexto de la crisis financiera de 2008, la cual impactó en las dinámicas tanto de la OMC como

⁴ Coincidimos con Busso (2014) y con Bouzas y Gosis (2014) en que la política exterior argentina y, como parte de ésta, la política comercial externa, se han caracterizado por presentar una alta variabilidad en función de condicionantes domésticos, especialmente de tipo macroeconómicos, siendo que los factores externos desempeñaron un papel secundario y esencialmente instrumental. Por este motivo fundamentamos el recorte de tres etapas de la participación de Argentina en la OMC en función de esta variable doméstica.

de la política comercial externa argentina.

1.- La participación argentina durante los años 90

Hasta mediados de la década del 80, el régimen multilateral de comercio plasmado en el GATT no había sido un factor relevante en la política comercial ni en la política externa de la Argentina. Los vaivenes de la política económica nacional y la marginación del tema agrícola de la agenda del GATT, convertían a este en muy poco relevante para Argentina. Sin embargo, a medida que la política económica fue poniendo en valor la apertura externa y el tema agrícola se constituyó en un componente de la agenda del régimen multilateral, Argentina se empezó a involucrar de una manera más activa⁵.

En los años 90, la Argentina adoptó una política macroeconómica de orientación neoliberal, que produjo -por primera vez en la historia del país- una sintonía única de convergencia entre la ideología del gobierno de turno y la del régimen multilateral de comercio (Makuc y Ablin 1994). La flamante OMC daba amparo a las reformas económicas impulsadas por el gobierno menemista, a la vez que implicaba una posibilidad más certera para negociar de manera multilateral nuevas aperturas de mercados, y ofrecía la oportunidad de reclamar en casos de incumplimientos.

La globalización económica y comercial que la OMC plasmaba, era vista por el gobierno argentino como una fuerza positiva: se entendía que traía oportunidades y amenazas, pero curiosamente las amenazas solo se producirían si la Argentina se resistía a la tendencia global hacia la liberalización.⁶ Los temas comerciales eran considerados como parte del núcleo principal de la inserción del país en el mundo global, luego de las cuestiones financieras que desde los años 70 habían tenido mayor jerarquía. En consonancia, la OMC era considerada cuestión con mayor jerarquía que en períodos anteriores. Desde las altas esferas de la Cancillería se sostenía que “para la Argentina el fortalecimiento de la OMC no constituye una opción más:

⁵ Sobre la participación de Argentina durante el GATT véase Makuc (1985) Tussie (1992) Tussie, (1993) Miller, (2000).

⁶ El presidente Menem a comienzos de 1991 sostenía “El aumento incesante del comercio mundial ha generado un fenómeno a menudo citado bajo el nombre de globalización de la economía internacional. Este fenómeno es un signo de la mayor importancia. Nosotros lo observamos conscientes de que encierra, al mismo tiempo, oportunidades y peligros. Oportunidades, pues de nuestra capacidad de insertarnos en este mundo depende el terminar con el subdesarrollo de la región. Peligros, porque si no nos adaptamos rápidamente y con eficiencia, la historia nos dejará de lado” (26/03/91: 52)” en Fair (2011:62).

es una pieza central para la conducción de sus relaciones económicas internacionales. Por ello no podemos dejar de reiterar nuestro compromiso con este Sistema”.⁷

Dentro del renovado régimen multilateral de comercio, Argentina se presentaba como un país relativamente abierto en cuanto a los instrumentos que aplicaba: desde comienzos de la década había procedido de manera unilateral a la apertura de las fronteras para bienes, servicios e inversiones⁸. El objetivo que se perseguía con la política comercial era la elevación de la competitividad de la economía, y el medio para lograrlo era precisamente tal apertura. En ese contexto, la participación del país en el organismo era muy activa, tanto en la utilización de los nuevos acuerdos (por ejemplo, en la política de defensa comercial, donde la Argentina se contaba entre los siete países con mayor número de investigaciones antidumping iniciados cada año), como en las negociaciones que se fueron desarrollando. La implementación de los acuerdos de la Ronda Uruguay (ARU), principal tema de estos primeros años, no suponía en su mayoría complicaciones para el gobierno (a excepción de cuestiones como propiedad intelectual)⁹.

Las vinculaciones con la OMC se organizaban a partir de un trípode compuesto por dos ministerios con base en Buenos Aires¹⁰, el Ministerio de Economía (MECON) y el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRECIC) y la Representación Perma-

⁷ Declaración del Excmo. Sr. Juan C. Sánchez Arnau. Embajador, Representante Permanente. Presentado ante el Consejo General de la Organización Mundial de Comercio. 19 de diciembre de 1997. WT/GC(97)/ST/3.

⁸ La principal rebaja arancelaria se produjo a comienzos de la década. Entre 1989 y 1992 el arancel promedio pasó de 28,9% al 12,2%. El resto de la década tuvo un pequeño ajuste, siendo para 1998 el 13,5%. Los sectores de las industrias de tabaco, el azúcar, la silvicultura, la pesca, los vehículos motorizados, los productos farmacéuticos, el papel, los textiles y las prendas de vestir y el calzado fueron considerados sectores sensibles en el período y resultaron objeto de una mayor protección relativa que el resto. Sobre servicios véase Bouzas y Soltz (2005).

⁹ En particular resultaba compleja la internalización de las medidas relativas a patentes farmacéuticas. Éste se trató además de un tema de frecuentes ruidos en la relación argentina-norteamericana (Tussie y Wagner 1991; Corigliano, 2000). Los compromisos se plasmaron finalmente en la Ley N° 24.481 (1995) y en la ley N° 24.766 (1996), tras la inclusión de algunas modificaciones al proyecto original.

¹⁰ En el año 1992, mediante la ley 24.290/92, se produjo una reforma importante en el diseño institucional de la política comercial externa. Según esta reforma las prerrogativas en materia de política comercial anteriormente exclusivas del Ministerio de Economía, pasaban a dividirse entre este y el Ministerio de Relaciones Exteriores. Si bien en términos formales el Poder Legislativo es el que posee la facultad para legislar sobre el comercio exterior, en la práctica ha sido el Ejecutivo el que ha desarrollado la mayor parte de esta

nente de la Argentina ante los Organismos Internacionales en Ginebra (a cargo del MRECIC). Cabe señalar que en algunos casos, se crearon Direcciones y Secretarías dentro de estos ministerios, para dedicarse específicamente a los temas del comercio multilateral¹¹. Los sectores empresarios -fundamentalmente agrícolas-, con intereses en la agenda del comercio multilateral, mantenían contactos estrechos con estos ministerios, aunque en su mayoría mediante canales informales.

En las negociaciones, Argentina participó en los grupos de trabajo sobre Comercio y Medio Ambiente; también lo hizo en las negociaciones de Servicios (financieros, de transporte marítimo y de telecomunicaciones básicas. OMC, 1998)¹². Sin embargo, el principal asunto para el país seguía siendo el tema agrícola. El núcleo de la posición negociadora de este primer período era el pedido por la implementación de los ARU, y por el pronto lanzamiento de nuevas negociaciones que condujeran a equiparar las normas del comercio agrícola con el resto del comercio regulado por la OMC. En ese contexto, la apertura de carácter unilateral llevada a cabo a principios de la década, era esgrimida como un argumento en favor de la liberalización¹³.

La estrategia diplomática se articuló alrededor de coaliciones negociadoras y la presentación de documentos de base más bien técnica que política. Respecto del

tarea. A lo largo del período analizado nuevas modificaciones fueron introducidas a este diseño en 2008, 2009 y 2011.

¹¹ Por ejemplo, en el año 1994 se creó la Comisión Nacional de Comercio Exterior, encargada de analizar e investigar los daños causados a la producción nacional por terceros países, siendo así el área encargada de las cuestiones reguladas en el Acuerdo Antidumping (Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994).

¹² Asimismo Desde julio de 1997, la Argentina ha participado en la labor del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, del Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones y del Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública. Y ha mantenido su condición de observador en el Comité del Comercio de Aeronaves Civiles, desde noviembre de 1996. (OMC, 1998).

¹³ Por ejemplo durante la Conferencia Ministerial de Singapur (1996) el Secretario de Relaciones Económicas Internacionales de la Argentina, Campbell, declaró que “Las políticas autónomas asumidas por la Argentina generaron mayor eficiencia a su propia economía, contribuyeron al proceso multilateral y al crecimiento del intercambio mundial. (...) Esta apertura nos obliga a esperar un tratamiento equivalente para nuestras exportaciones, hecho que lamentablemente aún no se advierte. En el caso de un sector vital para la economía argentina, como la agricultura, sólo registramos tímidos progresos en materia de acceso a los mercados y una escasa voluntad política para eliminar los subsidios a la producción y el comercio. (...) Nuestro objetivo sigue siendo una agricultura totalmente integrada a las reglas del Sistema Multilateral de Comercio”.

primer punto, se destaca la participación en el Grupo Cairns, creado en 1986, y en el MERCOSUR, el cual había devenido en una pieza clave de la inserción externa de la Argentina en el período menemista.

Argentina había participado del Grupo Cairns desde su creación. Durante la Ronda Uruguay, esta coalición había sido el núcleo de la estrategia negociadora en el pilar agrícola. La experiencia previa indicaba el alto valor de esta coalición para los intereses de la Argentina. Así, con posterioridad a los Acuerdos de Marrakech, el Grupo Cairns continuó concentrando los principales esfuerzos de la estrategia diplomática del país en Ginebra. A través de esta coalición se buscó impulsar el desarrollo de nuevas negociaciones comerciales¹⁴, y el fortalecimiento de los reclamos por una mayor apertura en agricultura y la implementación de los ARU.

Al interior del Grupo Cairns, el estilo diplomático de Argentina siguió siendo de alto perfil técnico, lo cual posibilitó la presentación de documentos de dicho carácter. Con este accionar se buscaba, según un diplomático de alto rango de la Cancillería argentina, convertir al país en un “formador de posiciones”.¹⁵ Así, Argentina presentó estudios en la Reunión Ministerial del Grupo de Cairns, celebrada en 1997 en Río de Janeiro (OMC, 1998,) y en la Reunión de 1999, en Buenos Aires¹⁶.

El MERCOSUR era, en cambio, un elemento novedoso dentro de la estrategia diplomática en la OMC. Conforme el Tratado de Asunción, el accionar externo común, entendido como “la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales”, era uno de los objetivos del proceso de integración. Así, si bien en la OMC cada miembro actuaba a título individual, se realizaba un esfuerzo explícito por la coordinación del accionar diplomático conjunto con diferentes grados de éxito¹⁷. Esta variación se debía, por un lado,

¹⁴ Véase G/C/COM/1 de 1995.

¹⁵ Entrevista personal realizada a un diplomático de alta jerarquía perteneciente a la Misión permanente de la República Argentina ante los Organismos Internacionales en Ginebra, y a la Dirección de Asuntos Económicos Multilaterales del MRECIC. 29/10/2012.

¹⁶ Valente, Marcela (1999); “Agriculture: US-Cairns Group Alliance Against subsidies” Inter Press Service. (disponible en <http://www.ipsnews.net/1999/08/agriculture-us-cairns-group-alliance-against-subsidies/>).

¹⁷ La experiencia negociadora en el marco de la ALADI permitió incrementar el conocimiento sobre las ambiciones y sensibilidades de cada país y así dar lugar al desarrollo de una posición negociadora en común basada en los intereses compartidos entre los cuatro países.

a que esa coordinación no era vinculante y, por otra, a que muchas veces se prefería el accionar en coaliciones más amplias. En los hechos, la representación externa del bloque, en los casos que se conviniera, se ejercía desde la presidencia pro-tempore del bloque, y conforme al testimonio de negociadores como Roberto Lavagna¹⁸, ello “acrecentaba la importancia de Argentina” en las negociaciones. Esta posición se tradujo, a partir del año 2000, en la presentación de algunos documentos y propuestas de negociación, fundamentalmente en el tema agrícola, y de manera secundaria, en Acceso a Mercados No Agrícolas (AMNA), tal como se detalla más adelante.

Los documentos presentados por la Argentina¹⁹ se caracterizaban por buscar establecer una base técnica para las negociaciones futuras, y de esa forma, generar una base común que influenciara la posición de otros países en desarrollo. El tema agrícola también se encontraba en las presentaciones del país en comités no específicos, como el Comité de Medio Ambiente. Pueden mencionarse, en ese sentido, las comunicaciones y propuestas presentadas en materia de eliminación de las restricciones y distorsiones del comercio y sus beneficios para el medio ambiente, preocupaciones no comerciales, o bien impacto ambiental de las subvenciones a la exportación en agricultura²⁰. Algunos de estos documentos -como el de preocupaciones no comerciales- exhiben capacidad de aprendizaje y adaptación de los propios negociadores argentinos, puesto que se trató de reposicionar, en favor de los intereses del país, cuestiones que habían sido utilizadas sistemáticamente por los países desarrollados para justificar algunas de sus estructuras proteccionistas²¹.

¹⁸ Embajador extraordinario y plenipotenciario ante los Organismos Económicos Internacionales (Ginebra) y ante la Unión Europea (Bruselas) entre el 2000 y 2002. De abril de 2002 a noviembre de 2005 fue Ministro de Economía y Producción de la Rep. Argentina.

¹⁹ En términos cuantitativos la presentación de propuestas y documentos restringidos (JOB) durante el período 1995-2001 fue semejante a la de Brasil, principal socio regional de Argentina, y superior a la de países como Tailandia, quien presenta la participación en el comercio agrícola más semejante a la del país estudiado en este capítulo. Argentina impulsó 27 propuestas y 2 JOBS; Brasil 29 y 4; y Tailandia 17 y 1.

²⁰ Documentos WT/CTE/W/24, WT/CTE/W/97 y WT/CTE/W/106, respectivamente.

²¹ Entrevista personal realizada a diplomático de alta jerarquía perteneciente a la Misión permanente de la República Argentina ante los Organismos Internacionales en Ginebra, y a la Dirección de Asuntos Económicos Multilaterales del MRECIC. 29/10/2012. La multifuncionalidad de la Agricultura había sido la vía a través de la cual los países desarrollados, especialmente la Unión Europea, habían querido generar dentro de la OMC un margen para la aplicación y/o justificación de políticas proteccionistas. Argentina buscó activamente oponerse a un uso indefinido de este criterio, y luego utilizarlo en su propio beneficio, sosteniendo que las subvenciones a las exportaciones generaban para el país “preocupaciones no comerciales”. De cara a las negociaciones de la Ronda Doha esta posición se volcó entre otros en documentos como el G/AG/NG/W/88.

En las Conferencias Ministeriales de Singapur, Ginebra y Seattle, se reflejaron estas características de la participación de Argentina en la OMC: posición negociadora ofensiva en agricultura y participación reciente en la nueva agenda; centralización de la estrategia diplomática en el Grupo Cairns y, secundariamente, en MERCOSUR, y finalmente, perfil técnico plasmado en documentos y comunicaciones. Como elemento adicional, los mensajes de los diplomáticos y/o ministros durante estas reuniones, incorporaban un aspecto político, realizando declaraciones resonantes que buscaban desencadenar o acelerar los tiempos de la negociación.

En la Conferencia Ministerial de Singapur (1996), el representante argentino, Campbell, sostuvo: “Queremos expresar claramente, aquí y ahora, que nuestra aceptación y cumplimiento de los resultados de la Ronda Uruguay, no supone que estemos satisfechos con el progreso alcanzado (en las negociaciones)”. De modo semejante, en la Conferencia Ministerial de Ginebra, el canciller Guido di Tella insistió con el lanzamiento de una nueva negociación. “Las futuras negociaciones agrícolas deben ser más constructivas, eficaces y breves que las anteriores. Tienen que servir, de una vez, para poner la agricultura en pie de igualdad con las disciplinas y concesiones de los bienes no agropecuarios”.²² En la Conferencia Ministerial de Seattle (1999) se sostuvo el mismo reclamo: una “renegociación ambiciosa del Acuerdo sobre Agricultura” (Di Tella, 1999). La “multifuncionalidad” de la agricultura esgrimida por la Unión Europea fue denunciada como forma moderna de proteccionismo, junto a los créditos a las exportaciones agrícolas y la proliferación de subsidios por parte de los países miembros de la OCDE.

En cuanto a los nuevos temas, durante dicha Conferencia Ministerial, Argentina apoyó la propuesta norteamericana sobre comercio electrónico, en un contexto de alta sintonía en la relación bilateral. En servicios, Argentina avaló el lanzamiento de una negociación ambiciosa, “que no excluyera ningún sector ni modo de suministro” (WT/GC/W/231), contemplándose, entre otros, inclusive el apoyo a la continuación de las negociaciones sobre la contratación pública vinculadas a servicios. Las alianzas claves continuaron siendo las del grupo Cairns y el MERCOSUR, tal como se evidencia en los documentos elaborados como “Preparativos para la Con-

²² Declaración distribuida por el Excmo. Sr. Guido Di Tella, Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto ante la Conferencia ministerial de la Organización Mundial de Comercio. Ginebra, 20 de mayo 1998. WT/MIN/(98)/ST/97.

ferencia Ministerial”.²³

Sin embargo, también durante estos años Argentina enfrentó varios reclamos ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD). Entre 1995 y 2000 fueron más los casos a los que Argentina tuvo que responder como demandado que los que llevó adelante como reclamante (9 y 2, respectivamente). Como consecuencia de algunas de estas instancias, Argentina tuvo que desarticular algunos de los instrumentos que utilizaba -ej las tasas de estadística-²⁴. Los dos casos iniciados como demandante, uno contra Hungría en el marco de una solicitud plurilateral, y otro contra los EE.UU., por las exportaciones de maní, no llegaron a establecer el Grupo Especial. No obstante, estas instancias contribuyeron a generar experiencia que, a partir del año 2000, sería incorporada a la participación de Argentina en el OSD, con resultados más favorables para esta.

En conjunto, este primer período muestra un interés creciente por parte de la Argentina hacia la OMC, y el desarrollo incipiente de algunos procesos de aprendizaje por parte de los funcionarios a cargo de la representación en Ginebra, en particular en cuanto a las estrategias de negociación.

2.- La participación de Argentina en la OMC durante la Ronda Doha: el viraje hacia una perspectiva neodesarrollista

A partir del año 2000, las actividades de la OMC se centraron en la negociación para la definición del mandato de las próximas negociaciones. La Ronda Doha fue prácticamente el tema exclusivo de la Organización. Para la Argentina esta nueva etapa coincidió con un nuevo gobierno, el de la Alianza, y con la profundización de la crisis doméstica. En ese escenario, los problemas de la deuda externa concentraban la agenda de la política exterior, quedando la OMC desplazada a un segundo plano, en el que también se presentaban otros escenarios de negociación como el del

²³ WT/GC/W/230, junto a con Australia; Chile; Costa Rica; Hong Kong, China; Hungría; Marruecos; México; Nueva Zelanda; la República Checa; la República de Corea; Singapur; Suiza; Tailandia y el Uruguay; con lineamientos generales para una nueva ronda. Y los documentos WT/GC/W/334/Add.1, WT/GC/W/335/Add.1, WT/GC/W/336/Add.1, WT/GC/W/337/Add.1, junto a MERCOSUR y Chile sobre Transparencia en la ayuda alimentaria, Contingentes arancelarios, Salvaguardias especiales (SSGs), y Empresas comerciales del Estado.

²⁴ Referimos a la diferencia DS56. Argentina — Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos.

ALCA o el del MERCOSUR-Unión Europea²⁵.

De cara al futuro mandato negociador, la posición negociadora en la OMC se centraba inicialmente en la eliminación de los subsidios agrícolas y de las barreras al comercio agroalimentario, aplicadas por los países desarrollados, buscando establecer “un sistema de comercio agropecuario equitativo y orientado al mercado” (G/AG/NG/W/39)²⁶. Esta importancia asignada al tema agrícola resultaba de la composición de la canasta exportadora del país y del diseño de políticas macroeconómicas del gobierno de De La Rúa, según el cual la inserción económica internacional se apoyaba en las ventajas comparativas del país, acorde a la imagen de “granero del mundo”. En segundo lugar, derivaba del nivel de protección que el sector agrícola tenía a nivel mundial hacia el año 2000, donde los aranceles eran hasta ocho veces superiores a los impuestos a los productos industriales²⁷, y donde se realizaba un uso sistemático de subsidios y subvenciones distorsivas de los mercados. En tercer lugar, la posición negociadora se estructuraba a partir de un contacto fluido con los lobbies agrícolas, complementado con una continuidad en los cuadros burocráticos intermedios a cargo de estos temas en los diversos ministerios involucrados.

Aunque las caracterizaciones generales han resaltado la fragmentación y debilidad burocrática del proceso decisorio en la Argentina, en el caso de la participación en la OMC durante la Ronda Doha, hemos detectado una inusitada continuidad en las burocracias de nivel técnico, desde las negociaciones previas al lanzamiento de la Ronda y hasta el 2008, así como la presencia de una sinergia positiva entre los

²⁵ Para investigadores como Nofal ello le valió a la Argentina el carácter de “pragmatismo negociador”, el cual se sostendría al menos hasta 2004 (Nofal, 2006).

²⁶ En el pilar de acceso a mercados se impulsaba la aplicación de una “fórmula armonizadora agresiva”, que condujera a un arancel máximo del 21% para los países desarrollados y del 28% para los en desarrollo; se reclamaba también la eliminación de la Salvaguardia Especial sobre Agricultura y se apoyaba la incorporación de un mecanismo especial para los países en desarrollo (G/AG/NG/W/1; G/AG/NG/R/6). En la llamada “competencia de las exportaciones”, el principal reclamo consistió en la eliminación de las subvenciones a las exportaciones y el sometimiento del comercio internacional de productos agropecuarios a las normas generales del sistema multilateral de comercio (G/AG/NG/W/20; G/AG/NG/W/38). Por su parte, en el pilar de ayuda interna, se requería la eliminación de todas las medidas de ayuda interna distorsivas del comercio en un plazo a determinar, y la incorporación de disciplinas para evitar el entrecruzamiento de las ayudas (box shifting). Asimismo, Argentina se oponía a incorporar al mandato de negociaciones agrícolas temas que se consideraban más vinculados al acuerdo de derechos de propiedad intelectual como las indicaciones geográficas, la inocuidad de los alimentos y el etiquetado.

²⁷ Véase por ejemplo el documento G/AG/NG/W/54 “Propuesta de negociación del Grupo de Cairns - Acceso a los mercados”.

diversos actores involucrados (Presidencia de la Nación, MECON, MRECIC y Representante permanente ante los organismos internacionales en Ginebra).

Para la Ronda Doha, los equipos técnicos y diplomáticos argentinos ya estaban conformados para la Conferencia Ministerial de Seattle (1999), y habían comenzado a trabajar conjuntamente también con las negociaciones del MERCOSUR-Unión Europea²⁸. Estos funcionarios tenían, a su vez, buenas relaciones, muchas veces a título personal, tanto en la articulación entre ministerios como con el sector privado. Al respecto, debe destacarse la creación de “Unidad de Política”, diseñada por la Secretaría de Agricultura Ganadería Pesca y Alimentos (SAGPyA), que entonces dependía del MECON, cuya función era desarrollar modelos de análisis y generar interacción -más formalizada- con el sector privado. En cuanto a la delegación diplomática en Ginebra, esta estuvo compuesta por funcionarios con elevada formación técnica y capital social. Conforme a los testimonios de varios diplomáticos entrevistados, dicha preparación le valió a los negociadores un alto prestigio y dio sustento a la estrategia “activista”, en tanto que su capital social individual permitió el desarrollo de alianzas importantes para el posicionamiento de varios documentos²⁹.

Esta continuidad, a nuestro criterio, contribuyó a mantener la curva de aprendizaje en este segundo período en la participación negociadora y a concretar la activa presentación de documentos que caracterizó la primer etapa también. Como se indica, la prolongación en sus funciones de varios técnicos tanto del MRECIC como del MECON, ha contribuido a estos procesos de aprendizaje al menos en tres sentidos:

²⁸ Cuando Roberto Lavagna fue designado como representante en Ginebra éste propuso la centralización en un solo embajador de las Embajadas de Bruselas y Ginebra, en tanto las negociaciones MERCOSUR-Unión Europea aparecían con una agenda de temas similares a los de la OMC, que se podían relacionar entre sí. Precisamente en la relación entre la esfera multilateral y dichas negociaciones birregionales se buscó reducir la complejidad que planteaba su superposición simplificando los canales de comunicación, sin tener que triangular permanentemente con la capital para el diálogo entre una negociación y la otra. Conforme relató Lavagna en la entrevista realizada, para comunicarse con Ginebra, la Embajada de Bruselas debía transmitir su mensaje vía Buenos Aires (solicitando a la cancillería tal acción). La centralización en un solo embajador permitiría mayor fluidez en este sentido, y habilitaría al diseño de mayores tácticas de pago cruzado entre la negociación MCS-UE y la de OMC. (Entrevista personal, realizada 12/11/2012).

²⁹ Entrevista personal a diplomático que estuvo a cargo de la Misión permanente de la República Argentina en ante los Organismos Internacionales en Ginebra en los períodos de 1999 a 2002 y de 2005-2010. 29/10/2012. Entrevista personal a diplomático a cargo de la Dirección de Negociaciones Económicas Multilaterales hasta el año 2009. 03/12/12.

uno técnico, vinculado a la acumulación de conocimiento de la materia negociada, incluidos los intereses y sensibilidades nacionales; otro social, referido al establecimiento de vínculos personales con los funcionarios de otros países en Ginebra, y por último, uno estratégico, concerniente al conocimiento del estilo negociador de los demás Estados.

Estas particularidades del proceso decisorio y del modelo económico, hicieron que para el lanzamiento de la Ronda la participación argentina en la OMC mostrara una línea de continuidad con sus posicionamientos previos. Si bien el impacto de la crisis doméstica de 2001 recortó las capacidades negociadoras y marginó la participación de Argentina de la Conferencia Ministerial, privando incluso a la delegación de su ministro³⁰, la intensa presentación de documentos realizada entre marzo de 2000 y noviembre de 2001³¹, condujo a que la posición del país, al igual que la de otros países en desarrollo, estuviera reflejada en la Declaración Ministerial. Ello hizo que esta fuera valorada positivamente, tanto por funcionarios argentinos³², como por diversos analistas de las relaciones comerciales internacionales, como por ejemplo Paranagariya (2002).

Tras la Conferencia Ministerial de 2001, el proceso negociador de la Ronda Doha -y la gran parte de las actividades de la OMC- se abocaron a la precisión del mandato. Tres hechos marcan la evolución de tal proceso: uno, el intercambio de propuestas

³⁰ Existió una decisión presidencial que condujo a que el Ministro de Relaciones Exteriores no asistiera a la Conferencia Ministerial y la delegación argentina como resultado quedase a cargo de funcionarios de segundo rango, perdiendo la posibilidad de ejercer la vicepresidencia que se había obtenido meses antes en las negociaciones de la previa a Doha (Lavagna, entrevista personal, 12/11/2012). Se produjo así un quiebre en la participación negociadora entre la activa dinámica observada durante las negociaciones del establecimiento de la agenda que permitió llegar a esta Conferencia Ministerial, y la del lanzamiento de la Ronda Doha, donde la participación se vio reducida por factores domésticos. Véase Zelicovich, 2013.

³¹ Se realizaron, al menos, tres comunicaciones individuales: sobre subvenciones a las exportaciones, preocupaciones no comerciales legítimas, y sobre el proceso negociador; cuatro propuestas con el grupo Cairns, acorde a lo establecido en el documento Vision Statement de 1998, y dos propuestas conjuntas en el marco del MERCOSUR: una sobre empresas comercializadoras del Estado, y otra referida a disciplinas a los créditos a las exportaciones de los productos agropecuarios (uno a propuesta de Brasil y otro a propuesta de Argentina). En su conjunto, la Argentina fue autora, individual o colectivamente en el 20% de los documentos discutidos en el comité agrícola.

³² La Nación (2001) “La OMC acordó liberar el comercio”, edición impresa, Jueves 15 de noviembre de 2001 (disponible en <http://www.lanacion.com.ar/351396-la-omc-acordo-liberalizar-el-comercio>).

que se sucedió previo a la Conferencia Ministerial de Cancún, y que dio lugar al surgimiento del G20; otro, el acuerdo del Paquete de Julio de 2004, y tercero, la Conferencia Ministerial de Hong Kong. En cada uno de estos hitos, la participación de Argentina fue incrementando su activismo y logrando cierta influencia a medida que se iban produciendo cambios en el plano doméstico, se fortalecían las bases materiales del poder negociador, y se incrementaban los recursos técnicos de las capacidades negociadoras.

En efecto, desde 2003 Argentina realizó varios ajustes en su participación en la OMC. Por un lado, se produjo una modificación en las preferencias, que provocó un cambio en la posición negociadora. A partir de la asunción el gobierno de Néstor Kirchner, la devaluación y la adopción de un modelo económico bajo las premisas neodesarrollistas (el cual implicó cambios en la política comercial aplicada por el país)³³ actuaron en este sentido. Por otro lado, se produjo un ajuste en las estrategias de negociación: en primer término, a raíz de la superación de la crisis doméstica se produjo la recuperación de las bases materiales de la capacidad negociadora y, con ello, un incremento en la intensidad de la participación; en segundo término, debido a la cosmovisión del nuevo gobierno³⁴, se evidenció un cambio en las alianzas dentro del proceso negociador, privilegiándose a la región latinoamericana y las vinculaciones del eje sur-sur.

Para el gobierno kirchnerista, el comercio exterior jugaba un papel importante para la inserción internacional, e incluso la política exterior (y con ello el accionar en la Ronda Doha) fue definida en los propios marcos del modelo de desarrollo, adquiriendo una impronta fuertemente economicista³⁵. Se buscaba “el fortalecimiento de las relaciones económicas” mediante “una apertura inteligente de los mercados, la que permita una integración de nuestros sectores productivos con aquellos de los

³³ Uno de los cambios en la política comercial de este período fue la implementación de aranceles a las exportaciones. En cuanto a la protección arancelaria, al misma se ubicó – hasta 2007- en un 10,4 promedio (OMC, 2007). Esta tendencia fue parcialmente compensada por una creciente utilización de instrumentos no arancelarios de protección y de prácticas de administración del comercio (Bouzas y Gosis, 2014).

³⁴ Tras la crisis de 2001, Argentina fue definida como un “país en desarrollo”, “latinoamericano” (Bielsa, 2005:19).

³⁵ En los discursos de Néstor Kirchner ante el Congreso de la Nación se desprende que la inserción internacional era entendida en términos de comercio exterior e inversiones. Se sostiene que “inserción en el mundo debe ser comercio exterior e inversión extranjera productiva directa.” (Kirchner 2005).

países que tengan una vocación de complementación y especialización”.³⁶

Dentro de la OMC, la definición del país como un actor centrado prioritariamente en lo agrícola -propia de los 80's y 90's- fue reemplazada en los documentos de los ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía por una idea de país “pluritemático” (MECON, 2004). Así, a partir de 2003, en consonancia con esa definición, se observa de manera cada vez más frecuente la presentación de documentos y posiciones en AMNA. Asimismo, se incorporó a la estrategia negociadora la participación en otras coaliciones no-agrícolas, como el NAMA-11 (a partir de 2005), el “grupo de amigos de los peces” y el de “propuesta conjunta en propiedad intelectual” (desde 2011).

A la par de esta “ampliación” en el alcance temático de la posición negociadora, se asumieron como principios definiciones más cercanas al precepto del desarrollo. De tal forma, y como reflejo de los cambios de pensamiento en la esfera doméstica, se proponía, en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, “el objetivo de lograr mayores niveles de bienestar y de equidad social [se correspondió] con el derecho de acceso a los mercados internacionales sin subsidios ni competencia desleal”.³⁷ En esta nueva concepción también se establecieron nuevas alianzas, cobrando relevancia las vinculaciones en el eje sur-sur, especialmente la relación con Brasil, y con el resto de los países emergentes. Si bien las negociaciones comerciales siguieron teniendo menor importancia que las de la deuda externa, la participación de Argentina en las Conferencias Ministeriales volvió a tener jerarquía ministerial³⁸.

Con los primeros indicadores de recuperación de la economía nacional, la participación negociadora recobró su carácter activo. En el mes de abril de 2003, Argentina fue invitada a la reunión miniministerial del Montreal. Ese mismo año, el país fue parte de la creación del G-20. Debe señalarse que Argentina tuvo un papel central en la creación de esta coalición, por un lado, a través del accionar del Embajador argentino en Ginebra, Alfredo Chiaradia -quien tenía una estrecha vinculación con Luis Felipe Seixas de Correa y Chanrasekhar, los embajadores de Brasil y de India,

³⁶ MECON (2004), Lineamientos de la política comercial externa de Argentina. (disponible en http://www.sice.oas.org/ctyindex/ARG/PolEco_s.pdf).

³⁷ Bielsa, R. (2005). “La política exterior argentina” en Bielsa, R., Rosatti, H. y Lavagna, R. Estado y Globalización. El caso argentino. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p 22.

³⁸ Para los años 2003, 2005, 2009 y 2013. Se constata también la participación del Canciller en reuniones del Consejo General y encuentros mini-ministeriales.

y formó parte del armado de la propuesta de coalición³⁹, y por otro, mediante la elaboración de documentos que fueron la base para la primera posición del grupo⁴⁰.

Integrar esta coalición significó un cambio táctico en la negociación agrícola: mientras que le otorgó más importancia a las demandas de reducción de los subsidios distorsivos, se produjo una reducción en el nivel de ambición pretendido para acceso a mercados. Este objetivo no era descartado, sino que, a raíz del aprendizaje realizado, se estipulaba que podría ser asegurado mediante una estrategia free-rider (por el derrame del accionar de otros actores) (SCREI, 2003), a la vez que se mantenía este reclamo mediante la participación en el grupo Cairns, dándose lugar entonces a esta adaptación en la conducta negociadora. Al interior del G-20 Argentina se posicionó a través de una diplomacia activa y mediante una sistemática presentación de documentos de carácter técnico, que servían de insumo o bien permitían justificar y legitimar las posiciones del grupo (Narlikar y Tussie, 2009; Zelicovich, 2013).

En la Conferencia Ministerial de Cancún, el G-20 fue clave para oponerse a la propuesta agrícola de EE.UU. y de la Unión Europea⁴¹, meta que Argentina no hubiera podido alcanzar de forma individual. La coalición también contribuyó, en el año 2004, a la concreción del “Paquete de Julio”. Argentina obtuvo allí, mediante el accionar en esta coalición y la insistencia de algunos reclamos en el Grupo Cairns, logros importantes en función de sus objetivos, como el establecimiento en el mandato de la eliminación de los subsidios a las exportaciones, la incorporación de la armonización en los cortes arancelarios, los recortes de la ayuda interna sobre la base de productos específicos, el reemplazo de la fórmula mixta por la fórmula estratificada⁴² en acceso a mercados agrícolas, el abordaje de productos específicos sujetos a mayores flexibilidades y el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo⁴³.

³⁹ Conforme a testimonios de la entrevista realizada a este diplomático, el 22/10/2012.

⁴⁰ Véase Narlikar y Tussie (2009); SCREI (2003).

⁴¹ Referimos a la propuesta OMC, 2003, JOB(03)/157).

⁴² Ello era el reclamo aceptado por Argentina dentro del G20, aunque en el grupo Cairns el país impulsaba y avalada una fórmula mixta que incorporaba la fórmula suiza de reducción.

⁴³ En cambio no encontraron eco los reclamos como la eliminación de las ayudas en caja azul, adoptándose su reducción; un enfoque más general y flexible en el comportamiento verde, y flexibilidades para productos sensibles de los países desarrollados. Se acordó allí además la incorporación de un mecanismo de salvaguardia especial (MSE), que sería fuertemente rechazado entre los lobistas privados en la esfera doméstica argentina,

En 2005, dado que muchas de las ganancias del comercio agrícola se estaban obteniendo por otras vías (incremento de precios) y que el diseño de política macroeconómica ponía mayor énfasis en las políticas industriales, se produjo un cambio en la valoración de la agenda de negociación por parte de Argentina. Para algunos funcionarios, el impacto negativo de la reducción del margen de maniobra para las políticas de desarrollo que se desprendía de los borradores de AMNA, era superior a los beneficios que sugerían los borradores en Agricultura. Por lo tanto, las negociaciones eran caracterizadas como de una “agenda negativa”, y “pura negociación mercantilista”, “favorecedora de las asimetrías”,⁴⁴ lo que justificaba un reordenamiento de la posición y estrategia negociadora. Si bien la agricultura seguía siendo el tema central para la Argentina y para la Ronda Doha, los temas de la agenda no agrícola resultaban, en ese nuevo escenario, mucho más relevantes que antes.

Plasmando estos cambios, Argentina intensificó la presentación de documentos en AMNA, y discursivamente enfatizó sus reclamos en cuanto a la flexibilidad necesaria para los países en desarrollo y el equilibrio entre AMNA y la agricultura. Dentro de esa última, se adoptó una propuesta de recorte por bandas, que venía siendo trabajada dentro del G-20, dejando de lado las fórmulas más ambiciosas que habían surgido del documento Vision Statement del Grupo Cairns, del año 1998⁴⁵. En cuanto al nivel de equilibrio referido, el país elevó una propuesta específica en el marco de la Conferencia Ministerial de Hong Kong.

La propuesta, volcada en el párrafo 24 de la Declaración Ministerial de dicha Conferencia, fue el resultado de una serie de trabajos técnicos que se habían realizado desde la Cancillería, y consistía en un “cerrojo” entre los niveles de recortes de una y otra área. Acorde a los testimonios de los negociadores⁴⁶, algunas ideas ya se habían anticipado en las reuniones internas del MERCOSUR. Sin embargo, el grueso de esta propuesta se desarrolló en los días de la Conferencia Ministerial, siendo centrales en ello la coordinación entre las delegaciones negociadoras del bloque en el exterior

⁴⁴ Estas valoraciones corresponden a testimonios del ex ministro de relaciones exteriores, Taiana, y de funcionarios de alta jerarquía de la cancillería, entrevistados por la autora durante el 2012.

⁴⁵ El documento conocido por Vision Statement fue un posicionamiento elaborado por los miembros del Grupo Cairns previo a la Conferencia Ministerial de Seattle, en el que establecen los puntos centrales de sus objetivos de negociación para el área agrícola en la OMC.

⁴⁶ Entrevista realizada a funcionario de la Dirección Nacional de Política Comercial Externa desde 1998 a 2013. 09/06/2011.

y las de estos con otros Estados “del sur”.⁴⁷ Se recurrió a las coaliciones negociadoras, las que mostraron gran receptividad al proyecto. Su promoción fue posible no solo porque la propuesta expresaba una elevada convergencia de intereses dentro del MERCOSUR y del G-20, sino también porque permitía el fortalecimiento de la cohesión entre los países en desarrollo vis-a-vis los países desarrollados, siendo un claro ejemplo de una estrategia negociadora de tipo integrativa. El texto finalmente promulgado estableció como condición para el avance de la negociación, la existencia de un “nivel de ambición en acceso a los mercados para la agricultura y el AMNA, comparablemente elevado”, que se alcanzara “de una manera equilibrada y proporcionada, compatible con el principio del trato especial y diferenciado”.⁴⁸

Así, apelando al compromiso de los miembros de la OMC con un discurso del “desarrollo”, Argentina pudo ampararse en “una reciprocidad menos que plena”. La misma permitiría alcanzar un balance en el plano nacional entre el desarrollo de una producción agrícola altamente competitiva, que se veía beneficiada con la apertura de mercados externos, con un entramado industrial de características PyME, cuya sustentabilidad dependía de la aplicación de una serie de políticas industriales que el gobierno de Néstor Kirchner venía llevando adelante, y que conducía a que este no pudiera asumir grandes compromisos de reducción arancelaria y liberalización en materia de AMNA.

Tras la Conferencia Ministerial, la presentación de documentos continuó siendo uno de los pilares de la participación argentina. Posteriormente, el Centro de Economía Internacional (CEI) de la Cancillería llevaría adelante algunos estudios que derivarían en el documento de aplicación de la fórmula de comparabilidad enunciada en el párrafo 24 de la Declaración Ministerial de Hong Kong. Otros documentos y comunicaciones presentadas apuntaron a, por ejemplo, que los países en desarrollo que habían consolidado aranceles NMF entre la Ronda Uruguay y la Ronda Doha, obtuvieran un crédito (puntos en el coeficiente de reducción aplicable) por esa liberalización unilateral; flexibilidades adicionales para las economías pequeñas y vulnerables, y plazos de aplicación más largos para los países de reciente adhesión. En el pilar agrícola, en 2006, Argentina presentó documentos claves en materia de Salvaguardia Especial, conocido como propuesta APU, por sus promotores: Argentina Uruguay y Paraguay.

⁴⁷ Entrevista realizada a Secretario de Relaciones Económicas Internacionales del MRECIC durante el período 2004 a 2010. 22/10/12

⁴⁸ Declaración Ministerial de Hong Kong, WT/MIN(05)/DEC.

Del año 2006 al 2008 no se pudo, en la OMC, encontrar áreas de consenso especialmente en agricultura y AMNA. Ello provocó que, en al menos dos ocasiones, el Director General decidiera la suspensión del proceso negociador, y que se intensificara la modalidad de negociaciones en espacios informales y reducidos. El fracaso de la Ministerial de Ginebra de 2008 acentuó la sensación de irresolución de la Ronda, generando una imagen de parálisis, la cual se volvió pétrea luego del estallido de la crisis financiera internacional. Tras el fracaso de este encuentro, Argentina entró en la misma tendencia que el resto de los países: fortalecimiento de la economía nacional para evitar los impactos de la crisis financiera internacional y, por ende, un menor incentivo a la negociación multilateral, y un “retorno” a la vía preferencial, plasmado, por ejemplo, en la reactivación de las negociaciones MERCOSUR-Unión Europea.

En cuanto al OSD, durante este período la participación fue menos sistemática. Entre enero de 2000 y marzo de 2003, Argentina participó en 12 paneles, 6 como reclamante y 6 como demandado. El caso de “Chile-Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas” fue especialmente relevante, puesto que fue el primer caso ganado por el país. Conforme a los negociadores involucrados⁴⁹, este caso brindó la posibilidad de realizar aprendizajes respecto de la utilización de esta instancia en la OMC⁵⁰. A partir de ese momento, Argentina también se enfrentó a la Unión Europea y a los EE.UU., en parte como respuesta a las demandas que estos países presentaban contra Argentina. En el año 2000, Brasil fue uno de los demandantes contra Argentina (esquivando el procedimiento de MERCOSUR). No obstante, en el período en cuestión, Argentina no presentó un contra-reclamo contra su socio regional. Posteriormente, el recurso al OSD fue menos frecuente, disminuyendo especialmente la cantidad de casos en los cuales Argentina era demandada⁵¹. Entre 2003 y 2005, solo hubo dos diferencias que involucraron a la Argentina, una como demandante y otra como demandado; mientras que en 2006 se presentaron 5, en cuya totalidad Argentina fue el reclaman-

⁴⁹ Entrevista a realizada a Lavagna, 12/11/12.

⁵⁰ Véase Tussie y Delich (2005). La interacción que se produjo en el marco de este reclamo entre el sector público y el sector privado argentino resultó un antecedente importante para el desarrollo de mayores vinculaciones en el marco de la Ronda Doha.

⁵¹ Conforme uno de los negociadores entrevistados tras el caso de Chile- Bandas de Precio y las demás presentaciones iniciadas por la Argentina se habría revertido una tendencia extendida en Ginebra según la cual muchos de los reclamos que el país había enfrentado previamente se debían en parte a que era un país fácil de confrontar en el OSD, permitiendo a las delegaciones lucirse ante sus capitales con victorias de bajo costo. No obstante esta hipótesis no ha sido aún corroborada.

te (dos contra Chile, una contra Brasil, una contra EE.UU. y otra contra la Unión Europea).

Por su parte, en cuanto al uso de medidas de defensa comercial, continuando con el aprendizaje del período 1995-1999, en los años siguientes Argentina ocupó el cuarto lugar entre los Miembros de la OMC con mayor número de investigaciones antidumping iniciados cada año. En el informe de la OMC del año 2007 se constata que “la Argentina ha hecho uso activo de medidas antidumping, especialmente durante los años que precedieron a la devaluación del peso en 2002. Entre enero de 1999 y diciembre de 2005, la Argentina inició 111 investigaciones antidumping, y adoptó 62 medidas provisionales y 88 medidas definitivas durante el mismo período”.⁵²

Los procesos de aprendizaje se produjeron así en materia de solución de disputas y de la política de defensa comercial, donde la internalización del conocimiento sobre el funcionamiento de estas instancias permitió un uso más adecuado que en el período anterior. En el caso de las negociaciones de la Ronda Doha, debe destacarse el impacto que han tenido los negociadores y funcionarios en el desarrollo de las distintas etapas de la misma. Aquí existieron aprendizajes, pero estos más bien en el plano de las individualidades que institucionales.

3.- La participación de Argentina en la OMC durante los gobiernos de Fernández de Kirchner

La crisis financiera internacional del año 2008 dio lugar a un escenario muy diferente tanto en el plano de la OMC, como en el plano nacional. La crisis gatilló una contracción de los intercambios comerciales, y con ello se produjo una menor predisposición de los países a continuar las negociaciones. A nivel nacional, la crisis se sumó a algunos desequilibrios domésticos, y actuó como catalizador de cambios que ya se venían gestando en la política comercial y en el modelo de desarrollo. La reacción del gobierno de Fernández de Kirchner frente a estas dificultades fue el giro hacia un neodesarrollismo más “nacionalista” (Actis y Zelicovich, 2012). Si a comienzos de los años 90 se evidenciaba una clara sintonía entre el modelo de desarrollo adoptado por el país y la ideología de la OMC, tras la crisis de 2008 el escenario había dado un giro de 180 grados.

En cuanto a la política implementada, las modificaciones más destacadas fueron

⁵² OMC, (2007). Órgano de Examen de las Políticas Comerciales - Examen de las políticas comerciales - Informe de la Secretaría – Argentina. WT/TPR/S/176.

el incremento de aranceles a las exportaciones, la extensión del uso de licencias de importación y otras restricciones al comercio y la aplicación de medidas de defensa comercial⁵³. La política comercial comenzó a ser utilizada como instrumento para “alcanzar objetivos de corto plazo como la contención de la inflación y el equilibrio de la balanza de pagos”.⁵⁴ Estas variaciones condujeron a que en algunas ocasiones resultara menos obvia la concordancia de estas medidas con los compromisos asumidos dentro del régimen multilateral de comercio, e incluso con los propios reclamos impulsados en la posición negociadora en la Ronda Doha.

En los discursos de la administración Fernández de Kirchner se observa un cambio del foco respecto del papel de la OMC en el desarrollo de la política comercial del país. De aquellas afirmaciones sobre la necesidad de avanzar en la liberalización del sector agrícola, se pasó a “la defensa de los derechos de los países emergentes a cuidar sus procesos de industrialización y a tener una negociación equitativa entre países en desarrollo y países desarrollados” (Fernández de Kirchner, 2010). Asuntos como los acuerdos sobre medidas relacionadas con la inversión, sobre propiedad intelectual, sobre servicios, sobre subvenciones y los compromisos arancelarios, fueron considerados como instrumentos que restringen las posibilidades de aplicar políticas para la industrialización, pero que otrora otros habían podido utilizar, traduciéndose ello en situaciones de inequidad (Bosch, 2009).

A raíz de un enfrentamiento del gobierno de Fernández de Kirchner con el sector rural, en lo que se denominó “la crisis del campo”⁵⁵, a mediados de 2008 también se produjo un cambio en el diseño institucional del proceso de toma de decisión vinculado a la política comercial y a la participación en OMC. Al distanciamiento de los lobbies agrícolas producto de tal enfrentamiento, le sucedió en 2009 la transformación de la SAGPyA a Ministerio de Agricultura. Ello puso fin a la “Unidad de

⁵³ Según el examen de políticas comerciales, durante el período examinado se introdujo una nueva legislación para reglamentar las investigaciones y exámenes de medidas existentes. Durante 2006-2011, Argentina impuso 57 medidas anti-dumping. Sin embargo, no impuso ninguna medida compensatoria, durante el mismo periodo, ni se inició investigación alguna.

⁵⁴ OMC, (2013). Órgano de Examen de las Políticas Comerciales - Examen de las políticas comerciales - Informe de la Secretaría – Argentina. WT/TPR/S/277/Add.1 pag. ix

⁵⁵ Enfrentamiento entre los sectores ruralistas y el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner suscitado durante el primer semestre de 2008 a partir de la promulgación de una resolución ministerial (RES 125), la cual modificaba la aplicación de los aranceles a las exportaciones de los productos agrícolas. Sobre el conflicto véase Leiras y Cruzalegui (2009).

Política” y generó un desplazamiento de varios cuadros técnicos que por años se habían dedicado al seguimiento de las negociaciones agrícolas. El tema de las negociaciones de Ronda Doha se volvió cada vez menos relevante, en términos relativos, para los ministerios pertinentes, los cuales reenfocaron su agenda externa en otros procesos. Solamente la Cancillería permaneció con una perspectiva multilateral más dinámica.

En el plano de la OMC, mientras que la función de foro para las negociaciones quedaba detenida, cobró relevancia la vigilancia del comercio, en el marco de una tendencia que se continuaba en el G-20 financiero y en la OCDE y UNCTAD. Frente a este giro, Argentina tomó una actitud propositiva, proponiendo a los miembros dotar a la OMC de una base institucional más sólida para la supervisión y vigilancia en el comercio internacional⁵⁶; a la vez que, como mencionamos anteriormente, hacía un uso intensivo de distintos instrumentos de política comercial para gestionar la crisis.

En cuanto al OSD, luego de varios años de un uso mucho menos intenso, en 2012 este fue el centro de la participación de Argentina en la OMC, con 8 casos en los que se involucraba al país de manera directa -3 como demandante y 5 como reclamado-. De todos ellos, el más importante fue el que cuestionaba las políticas que afectaban las importaciones, que el gobierno había venido implementando desde la crisis de 2008. Se trataba de medidas tales como las licencias no automáticas y la declaración jurada anticipada de importación (DJAI); así como los requisitos informales y de compensación de impuestos a los importadores, y la sistemática demora o denegación en la validación de las importaciones en función de tales exigencias.

El proceso contra la Argentina -que agrupó cuatro reclamos, DS438, DS444, DS445 y DS446- se inició en mayo de 2012, con el establecimiento de consultas entre las partes, luego de que Australia, la UE, Israel, Japón, Corea, México, Nueva Zelanda, Noruega, Panamá, Suiza, Taiwan, Tailandia, Turquía y EE.UU., presentaran ante el Consejo del Comercio de Mercancías de la OMC una declaración conjunta contra el país. El informe del Grupo Especial se distribuyó en agosto de 2014, concluyendo que tanto las DJAI, como las prescripciones relacionadas con el comercio cuestionadas por los peticionantes, constituían una restricción a la importación, debiendo Argentina desarticular estas medidas. Luego de que el Órgano de Apelaciones confirmara lo dispuesto por el Grupo Especial, se acordó como plazo para la adopción

⁵⁶ Documento WT/GC/W/639.

de las recomendaciones, diciembre de 2015.

En el plano doméstico la presentación de esta diferencia generó rechazo en el gobierno de Fernández de Kirchner, fortaleciéndose aquellas lecturas del orden internacional, según las cuales la globalización es asumida como una amenaza y donde las instituciones existentes reproducen un orden injusto y restringen las posibilidades de desarrollo de los países menos poderosos. La embajadora Nahón sostuvo ante la OMC que se trataba de un “hecho político” en contra de Argentina y no un cuestionamiento de medidas precisas, fundado en aspectos técnicos. Fue considerada como “una línea de acción que procura estrechar los márgenes de política económica legítima de los países emergentes, con el objetivo último de volcar en sus dinámicos mercados internos los excedentes exportables de los países desarrollados”.⁵⁷ Para esta embajadora, se buscaba convertir a la Argentina en “un caso testigo que desincentive la utilización de las políticas públicas a las que los países en desarrollo tenemos justo derecho”.⁵⁸

En cuanto a las negociaciones de Doha, estas tuvieron un ritmo casi imperceptible entre 2011, cuando se publicaron los documentos del Paquete de Pascuas, y 2013, con la Conferencia de Bali. La reactivación se produjo tras la elección de Azevêdo como Director General de la OMC, y se concentró en poder alcanzar un pequeño paquete de medidas aceptable para los países miembros. En ese marco, aún si la Ronda Doha había sido desplazada de la agenda de la política externa argentina, la diplomacia especializada se mantuvo activa.

Para Argentina la cuestión central siguió siendo la agrícola, y el equilibrio entre agricultura y AMNA. Respecto del Paquete de Bali, Argentina condicionó su apoyo a un Acuerdo sobre Facilitación de Comercio, a que se produjeran avances en estas otras áreas⁵⁹. El discurso en favor del desarrollo fue el que primó en los diplomáticos argentinos en el período. También el deseo de seguir siendo considerado un miembro “constructivo” en el proceso de negociaciones de la organización. Así, por ejemplo, varios documentos y comunicaciones fueron presentados por el país a comienzos del 2015, con el objetivo de contribuir a superar los obstáculos que bloquean a las negociaciones de acceso a mercados en agricultura, AMNA y Servicios⁶⁰.

⁵⁷ Declaración Emb. Cecilia Nahón ante el Consejo del Comercio de Mercancías. Disponible en <http://eoirs.mrecic.gob.ar/node/5675>.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Documento WT/MIN(13)/ST/103.

⁶⁰ Referimos a los documentos JOB/AG/36 ; JOB/MA/116 ; JOB/SERV/199 ; JOB/TNC/45.

Conjuntamente con Australia, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Malasia, Nueva Zelanda, Pakistán, Paraguay, Perú, Sudáfrica, Tailandia, Uruguay y Vietnam, también se presentó una propuesta relativa a la eliminación de subsidios a las exportaciones y el establecimiento de disciplinas para las medidas de efecto equivalente.

En cuanto a la agenda “Post Bali” la posición que sostuvo el país fue que “no beneficia al sistema pretender avanzar hacia una supuesta “agenda del siglo XXI”, cuando todavía subsisten, sin resolverse, serios problemas de larga data en la agenda del siglo XX”.⁶¹ A pesar de los cambios en la política comercial, Argentina condicionaba el avance en nuevos temas a la concreción del proceso de reforma de la agricultura en los tres pilares, particularmente en Competencia de las Exportaciones, y a la consideración de las flexibilidades, como los principales elementos pendientes del Programa de Doha⁶². Solo en temas muy vinculados a la cuestión agrícola se presentaron documentos para una agenda Post Bali. Es el caso de la comunicación relativa a normas privadas vinculadas a las cuestiones sanitarias y fitosanitarias, y sobre el Grupo de Trabajo Electrónico (GTE), sobre estándares privados. En conjunto, Argentina ha continuado desarrollando el perfil técnico de su participación negociadora, y buscando potenciales aliados para sus propuestas, por ejemplo, mediante la iniciativa “Friends of Industrialization”.⁶³

Esta última etapa muestra cómo la modificación de algunos de los lineamientos centrales del modelo de desarrollo durante la administración de Fernández de Kirchner, impactó en varios de los componentes de la participación de Argentina en la OMC. La política comercial se tornó más difusa y a veces inconsistente, en tanto que los cuadros burocráticos a cargo de llevarla adelante y de articularla en el escenario multilateral, fueron en varios casos desplazados. Con ellos se limitó también la internalización de los procesos de aprendizaje que pudieran haberse realizado.

⁶¹ Esta frase se reproduce textual tanto del discurso de Chiaradia en 2011 (WT/MIN(11)/ST/19) como el de Timerman en 2013 (WT/MIN(13)/ST/103).

⁶² Esta frase se reproduce textual tanto del discurso de Chiaradia en 2011 (WT/MIN(11)/ST/19) como el de Timerman en 2013 (WT/MIN(13)/ST/103).

⁶³ Esta, publicada por el CEI en 2015, tiene dos objetivos principales: (i) identificar aspectos concretos en el paquete normativo de la OMC en los que una flexibilización para los países en desarrollo permitiría recuperar herramientas de política industrial ahora prohibidas o limitadas; (ii) sugerir propuestas concretas que la Argentina podría presentar en la OMC para recuperar estos espacios de política pública y posibles aliados para empujar dichas iniciativas, como el conjunto del NAMA 11 y el Like Minded Group (CEI, 2015).

Conclusiones

A lo largo del artículo se han considerado los rasgos centrales de la participación de Argentina en los primeros veinte años de la OMC. Lo analizado permite afirmar que aún con algunas variaciones, Argentina hizo del régimen multilateral de comercio un elemento constitutivo de su inserción internacional, mantuvo una participación activa en el organismo y, en algunos casos, incluso pudo lograr cierta influencia. Se han considerado la adecuación de la política comercial externa a las normas de la OMC, la conformación de las preferencias y el diseño institucional que posibilita y moldea la participación del país ante el organismo, así como las estrategias implementadas. Resta, como reflexión final, responder a la pregunta respecto de si en esos veinte años existió un proceso de aprendizaje.

El recorrido realizado muestra que existió una experiencia acumulada que ha permitido al país generar una mayor “eficiencia”, tanto en su participación en las negociaciones, como en el aprovechamiento de los márgenes de maniobra que habilitan los acuerdos, y en su participación ante el OSD. La experiencia de la Ronda Uruguay ya había mostrado que, a través de una participación activa, el país podía obtener resultados positivos del régimen multilateral de comercio. Ese antecedente fue el hilo conductor de las siguientes dos décadas.

El conocimiento adquirido en las instancias previas de negociación fue internalizado dentro de los ministerios con sede en Buenos Aires, y ello volcado en la intensa presentación de documentos. Las adaptaciones en la participación producto de esos procesos pueden verse, por ejemplo, en la presentación de documentos tales como el de “preocupaciones no comerciales”, o bien en la vinculación de la estrategia de negociación con la de otros foros.

También existió un aprendizaje en relación a la expectativa de las conductas de otros países, a partir de las experiencias compartidas dentro de las coaliciones, lo cual ha facilitado la identificación de posturas comunes para nuevas posiciones y la generación de otras instancias de negociaciones conjuntas, como lo ilustran la creación del G-20 o del grupo NAMA-11 y la gestión del párrafo 24 de la Declaración Ministerial de Hong Kong. En este último aspecto, en relación a la forma en la cual los objetivos se volcaron en estrategias y tácticas de negociación, parece haber resultado más influyente el aprendizaje realizado a nivel individual de los funcionarios involucrados en los procesos de negociación, especialmente quienes estaban en Ginebra, que el aprendizaje institucional, siendo entonces más volátil.

Por su parte, la existencia del aprendizaje en materia del OSD debe concebirse de manera gradual a lo largo de las dos décadas. En efecto, la experiencia entre 1995 y 2000, le ha servido a la Argentina para incorporar información sobre el funcionamiento del OSD, y poder utilizar este mecanismo como instrumento en sus relaciones comerciales internacionales. También ha habido una práctica recurrente en el uso de instancias tales como las investigaciones antidumping, que ha permitido generar un aprendizaje que volvió sustentable su uso. En cuanto a otras políticas comerciales y su articulación con la OMC, en cambio, no se observan aprendizajes que generen efectos identificables en la participación de Argentina ante este organismo.

Referencias Bibliográficas

- Bielsa, R. (2005). "La política exterior argentina" en Bielsa, R., Rosatti, H. y Lavagna, R. Estado y Globalización. El caso argentino. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Bosch, R. (2009). "Las negociaciones comerciales y la reducción del espacio de políticas para el desarrollo industrial" en Revista del CEI, N°14.
- Botto, M. (2007). "Saber y Política en América Latina. El uso del conocimiento en las negociaciones comerciales internacionales". Buenos Aires: Ed. Prometeo Libros.
- Bouzas, R. y Soltz, H. (2005). "Argentina and GATS: A Study on the Domestic Determinants of GATS Commitments" en Gallagher, Peter; Low, Patrick y Stoler, Andrew (2005) Managing the Challenges of WTO Participation - 45 Case Studies. Ginebra: WTO.
- Bouzas, R. y Gosis, P. (2014). "Institucionalidad y actores de la política comercial argentina". En: Carlos Acuña, ed., Dilemas del estado argentino: política exterior, económica y de infraestructura en el siglo XXI, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Busso, A. (2014). "Los vaivenes de la política exterior argentina re-democratizada 1983 – 2013. Reflexiones sobre el impacto de los condicionantes domésticos", Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile, N° 177.
- CEI (2015). "Momento de redefiniciones en el sistema multilateral de comercio. ¿Oportunidad para recuperar las herramientas de política industrial perdidas? (Iniciativa "Friends of Industrialization")". Serie Estudios. Enero 2015.
- Corigliano, F. (2000). "La dimensión bilateral de las relaciones entre Argentina y los Estados Unidos durante la década de 1990: El ingreso al paradigma de "relaciones especiales" ". En Escudé, Carlos y Cisneros (coord.) Historia de las Relaciones Exteriores Argentinas. Tomo XV: Las "relaciones carnales": Los vínculos con las grandes potencias, 1989-2000.
- Dupont, C.; Beverelli, C.; Pézard, S. (2006). "Learning in Multilateral Trade Negotiations: Somer Results from Simulation for Developing Countries" en Odell, John. Developing Countries and Trade Negotiations. Cambridge University Press.

- Fair, H. (2011). "El mito de la "aldea global" en el discurso menemista". Revista Argentina de Sociología, vol. 8-9, núm. 15-16, 2011, pp. 53-79.
- Fernández de Kirchner, C. (2010). Discurso ante Asamblea Legislativa en ocasión de Inauguración del 128° período de sesiones del Congreso de la Nación. 1 marzo 2010.
- Kirchner, N. (2005). Discurso ante Asamblea Legislativa en ocasión de Inauguración del 123° período de sesiones del Congreso de la Nación. 1 marzo 2005.
- Leiras, M. y Cruzalegui, I. (2009). "Argentina: problemas macro-económicos, conflicto social y debilitamiento de la coalición de gobierno." En Revista de Ciencia Política, N° 29, vol 2.
- Makuc, A. (1985). "Argentina y el GATT" en el Boletín Informativo Techint, N° 246.
- Makuc, A. y Ablin, E. (1994). "La política comercial argentina luego de la Ronda Uruguay" Trabajo presentado en el Concurso organizado por la Asociación Argentina de Economía Política (AAEP), con el patrocinio del Centro de Economía Internacional (CEI) Buenos Aires.
- Mecon (2004). Lineamientos de la política comercial externa de Argentina.
- Miller, C. (2000). Influencia sin poder. El desafío argentino ante los foros internacionales. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- Nofal, B. (2006). "Las Negociaciones Comerciales Internacionales y el Futuro de Argentina y del MERCOSUR" trabajo presentado en Seminario para Académicos Latinoamericanos "Las negociaciones en la OMC y los procesos de integración en América Latina" organizado por la OMC y el BID-Intal, Buenos Aires.
- OMC (1998). Examen de las políticas comerciales - Argentina - Informe de la Secretaría WT/TPR/S/47.
- OMC (2007). Órgano de Examen de las Políticas Comerciales - Examen de las políticas comerciales - Informe de la Secretaría – Argentina. WT/TPR/S/176.
- OMC (2013). Órgano de Examen de las Políticas Comerciales - Examen de las políticas comerciales - Informe de la Secretaría – Argentina. WT/TPR/S/277/Add.1
- Panagariya, A. (2002). "Developing countries at Doha: A political Economy Analysis" en The World Economy, Vol. 25.
- SCREI (2003). "Reunión informativa con Sres. Legisladores Naciones. Negociaciones Económicas Internacionales". Buenos Aires, 21 de octubre de 2003. Comisión Bicameral de Seguimiento del Tratamiento de Las Negociaciones Agrícolas en el Marco de la Organización Mundial del Comercio.
- Steinberg, F. (2007). "Cooperación y conflicto". Madrid: Ed. AKAL

- Tussie, D. (1992). “Seminario: Argentina y el comercio internacional reflexiones sobre el GATT - Ronda Uruguay” en Revista de Relaciones Internacionales Nro. 2.
- Tussie, D. (1993) (1986). “Los países menos desarrollados y el sistema de comercio mundial”. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Tussie, D. y Delich, V. (2005). “Dispute Settlement between Developing Countries: Argentina and Chilean Price Bands” en Gallagher, P.; Low, P., y Stoler, A. (2005). *Managing the Challenges of WTO Participation - 45 Case Studies*. Ginebra: WTO.
- Tussie, D. y Wagner, M. (1991). “Cruel Deception?: Argentine bargaining at a crossroads”. Paper to be delivered at IDRC-sponsored seminar, Geneva, Nov 1991.}
- Ventura-Dias, V. (2003). “Reglas Multilaterales e intereses nacionales en América Latina: nota de investigación”, en *Perfiles Latinoamericanos* N°23.
- Wolfe, R. (2004). “Informal Political Engagement in the WTO: Are Mini-Ministerials a Good Idea?”, en Curtis, J. y Ciuriak, D., *Trade Policy Research 2004*. Toronto: Minister of Public Works and Government Services – Canada.
- Wolfe, R. (2010). “Endogenous learning and consensual understanding in multilateral negotiations: arguing and bargaining in the WTO”. *Canadian Agricultural Trade Policy and Competitiveness Research Network - Working Paper 2010-02*.
- Zelicovich, J. (2013). “Argentina en las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Doha (2001 – 2011). Análisis de su participación en el proceso negociador”, Tesis presentada para la obtención del título de Doctora en Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Rosario, Argentina: Mimeo.

ESTÁNDARES PRIVADOS O ESTÁNDARES DE MERCADO: en búsqueda de la legitimidad y accountability en el sistema internacional de comercio

Vera Thorstensen¹ & Andreia Costa Vieira²

Introducción

En las últimas décadas, muchos autores han discutido el impacto de la globalización y la extensión de un nuevo fenómeno que apareja la gobernanza global, que implica la multiplicación de los actores internacionales, la proliferación de normas diferentes y la manifestación de distintas preocupaciones que surgen de tal multiplicidad de reguladores y regulaciones.

Las iniciativas gubernamentales y multilaterales han sido incapaces de abordar estos desafíos globales, que han crecido con la emergencia de regulaciones de mercado de nuevos actores no estatales dirigidas a gobernar la producción, el proceso de producción y cadenas de oferta a través del globo, de acuerdo a un set de estándares no gubernamentales privados. Estas son regulaciones que abordan complejas y diferentes cuestiones, tales como inocuidad de los alimentos, protección medioambiental, condiciones laborales, protección de derechos humanos y otros³.

Existen muchos argumentos en favor y en contra de los estándares privados, pero ninguno de ellos puede ignorar el hecho de que los estándares privados han devenido una realidad del comercio global. Por ello, es urgente entenderlos mejor y

1 Vera Thorstensen, PhD in Economics (FGV), Professor at the São Paulo School of Economics (EESP) from Getulio Vargas Foundation (FGV), Head of the Center on Global Trade and Investments (CGTI), and WTO Chair Holder in Brazil. Since 2014, president of the Brazilian Committee on TBT.

2 Andreia Costa Vieira, PhD in International Law (USP), Visiting Scholar at the University of Cambridge (2013) and LLM in International Commercial Law (University of Nottingham) is Fellow at CGTI-FGV.

3 Axel Marx, Miet Maertens, Johan Swinnen y Jan Wouters, Private standards and global governance, Leuven Global Governance Series, 2012, at 01

analizarlos desde la perspectiva de los países en desarrollo, para así maximizar sus dimensiones positivas y minimizar las negativas, superando la inercia política, así como las fallas de mercado.

En general, los estándares privados generan muchas preocupaciones y han devenido un gran desafío para el sistema multilateral de comercio. Algunos de los desafíos que la gobernanza del sistema internacional de comercio enfrenta se refieren a:

- i) La interoperabilidad de los estándares: falta de armonización y equivalencia entre estándares equivalentes o similares, incluyendo costos de cumplimiento (ya que existen múltiples estándares por un mismo producto).
- ii) La marginalización de los pequeños productores y de los países en desarrollo y menos desarrollados, debido a que los estándares son complejos, rigurosos y multidimensionales.
- iii) El hecho de que los estándares privados puedan minar la estructura de los acuerdos de la OMC, en particular del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS) y del de Barreras Técnicas al Comercio (TBT).
- iv) El riesgo de que los estándares privados sean medidas arbitrarias y encubiertas que minen la estructura global del libre comercio.
- v) Que la multiplicación de estándares privados pueda poner en riesgo objetivos de sustentabilidad y crear confusión en productores y consumidores ('green-washing').
- vi) La falta de perspectiva multidimensional al abordar la composición de los estándares privados, visto que muchos de ellos no están basados científicamente.
- vii) Los efectos de los estándares privados que son parte de la cadena global de oferta sobre las políticas y prioridades locales, así como respecto de los países exportadores intensivos de recursos naturales⁴.

En suma, todas las preocupaciones enumeradas se relacionan con tres cuestiones principales: legitimidad, *accountability* y barreras comerciales.

En este marco, para comprender mejor la cuestión de los estándares privados, este artículo busca señalar las principales características e interrogantes relacionadas con su terminología, legitimidad y *accountability*.

Para ello, este artículo primero propone una nueva terminología para los estándares privados -estándares de mercado- lo que supone diferenciarlos de otros estándares

⁴ UNFSS Forum on Sustainability Standards, Geneva, 2013. Documentos disponibles en www.unfss.org (accedido el 2 de febrero de 2015).

internacionales privados bien establecidos.

Luego, este trabajo concluye que, para lidiar con los problemas asociados con la proliferación de los estándares privados, la negociación de una metaregulación que lidie con su complejidad es urgente y necesaria. Se argumenta aquí que es imperativo crear una nueva regulación para construir una metaestructura para estos estándares y así desarrollar principios básicos, reglas e instrumentos para el establecimiento, cumplimiento, supervisión y resolución de conflictos de tales estándares.

Tercero, defendemos la creación de una organización internacional sobre estándares privados, que sería la responsable de negociar las reglas básicas así como también incluir la representación de actores interesados como la OMC, la metaorganización que administra el TBT y el SPS.

Cuarto, este artículo argumenta que el trabajo relevante de algunas organizaciones internacionales como ISO, IEC y UNFASS y las plataformas de los principales estándares internacionales, como Codex y la OIE deben ser tenidas en cuenta. La complejidad del comercio global demanda que algunas reglas básicas, como la transparencia, la no discriminación, la rendición de cuentas y la supervisión deben ser negociadas y devenir parte de este nuevo conjunto de estándares.

Quinto, se promueve la creación de plataformas nacionales en todos los países interesados, con el apoyo de organizaciones públicas y privadas, para organizar la información y ofrecer puntos focales a los interesados, con el objetivo de mejorar la transparencia y disminuir las barreras comerciales, más allá de fortalecer la eficiencia en todos los sectores.

Finalmente, hacer frente al impacto significativo de los estándares privados en el comercio implica reconocer que deben ser seriamente discutidos en la OMC (en los Comités de SPS y TBT) y que la maniobra política de no enfrentar los problemas que los estándares privados crean es un enorme despropósito estratégico. Al final del día, los efectos de los estándares privados en el comercio internacional son claramente responsabilidad de los gobiernos y deberían ser tratados en la OMC. Otro error político es pasar años discutiendo la definición de qué constituye un estándar solo en el Comité de SPS, posponiendo la discusión en el Comité de TBT. Una evaluación del problema claramente muestra que los estándares privados incluyen preocupaciones sobre la sustentabilidad, que son, por excelencia, cuestiones TBT. Los estándares privados deberían ser analizados en reuniones conjuntas de los Comités

de SPS y TBT, porque la separación de las dos categorías de medidas es un falso dilema. Ellas tienen el mismo origen: el Código de Estándares de la Ronda Tokio. Por ello, esta actitud política debería cesar para que los estándares transnacionales, privados, de mercado, no gubernamentales o como quiera que se los llame, no se transformen en una amenaza significativa que mine la meta estructura de la OMC, creada con un gran esfuerzo de los miembros por los últimos setenta años.

1. Principales características: definición, terminología e interacción entre la regulación, los estándares privados y los internacionales:

Los estándares son documentos que proveen guías, características, requisitos o especificaciones para asegurarse que los productos, procesos, servicios y materiales son adecuados para su objetivo. Teóricamente, los estándares deberían ayudar a las firmas a tener acceso a los mercados, así como también beneficiar a los países en desarrollo, en tanto y en cuanto nivelan el campo de juego, facilitando el comercio internacional⁵.

En las normas OMC, la definición de estándar se encuentra en el Acuerdo TBT, en el Anexo 1, párrafo 1(2), (como una norma):

“Documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas”.

Los estándares pueden ser establecidos por entidades públicas o privadas. Los estándares privados difieren de los públicos porque no han sido preparados por las autoridades regulatorias sino por organizaciones no gubernamentales.

Muchas publicaciones sobre estándares privados han confundido los términos y han empleado “estándares privados” como sinónimo de estándares voluntarios. En realidad, estándares voluntarios son aquellos que no son obligatorios⁶. Es cierto que es bastante habitual que las autoridades públicas produzcan estándares obligato-

⁵ Ibid.

⁶ Henson, S. e Humphrey, J. (2010). “Understanding the Complexities of Private Standards in Global Agri-Food Chains as They Impact Developing Countries”, *Journal of Development Studies*, Vol. 46, N° 9, pp. 1628 -1646.

rios, pero también existen algunos voluntarios que fueron producidos por autoridades públicas⁷.

Durante el año 2005 surgió la discusión sobre estándares privados en el Comité SPS⁸ y otro debate se generó en el año 2006⁹. En ambos casos, los argumentos se centraron en si el gobierno había apoyado o promovido los estándares privados (EurepGap/GlobalGAP and Nature Choice's, particularmente). En ambos casos también, una vez que se le demandó a la Comisión de la Comunidad Económica Europea, esta solo confirmó la existencia de los estándares y que eran privados pero que ellos no eran conflictivos con la legislación europea o con la OMC.

En el año 2008 se estableció un Grupo de Trabajo sobre estándares privados, el cual presentó en 2001 un Informe titulado "Acciones posibles del Comité de SPS en relación a los estándares privados relacionados con SPS"¹⁰. Algunas de las recomendaciones de este Informe fueron aprobadas por el Comité, entre ellas: la necesidad de definir los estándares privados e intercambiar información acerca de si los estándares privados podrían ser comparados con una regulación.

En el año 2012 hubo un gran debate en el Comité de SPS en relación a la definición de estándares privados, pero las divergencias entre los Miembros no permitió adoptar una conclusión final sobre este punto. La definición que se presentó en el año 2012 no fue aprobada pero decía así:

"Estándares privados relacionados a SPS son requisitos (voluntarios) que son formulados, aplicados, certificados y controlados (establecidos y/o adoptados y aplicados) por entidades no gubernamentales (relacionados con) (el cumplimiento de uno de los objetivos establecidos en el Anexo A, párrafo 1 del Acuerdo sobre SPS) y que puede (directa o indirectamente) afectar el comercio internacional"¹¹.

La definición de un estándar privado como voluntario es altamente cuestionable. Si el exportador no conforma el producto al estándar, no puede vender su producto en el mercado importador, que entonces hace al estándar obligatorio *de facto*. El 5 de

7 Liu, P. (2009). "Private Standards in International Trade: Issues and Opportunities", WTO's Workshop on Environment-related Private Standards, Certification and Labelling Requirements, Geneva.

8 G/SPS/R/37, 11 de agosto de 2005.

9 G/SPS/R/39, 21 de mayo de 2006.

10 G/SPS/W/256, 3 de marzo de 2011.

11 G/SPS/W/265, Proposed Working Definition on SPS-Related Private Standards, 6 de marzo de 2012.

agosto de 2014, el Comité de SPS estuvo de acuerdo en trabajar sobre la definición de un estándar privado relacionado a SPS, basado en la definición de trabajo incluida en el documento G/SPS/W/276:

Un estándar privado relacionado a SPS es un requisito escrito o un conjunto de requisitos de una entidad no gubernamental que se relacionan con la inocuidad de los alimentos, de la vida animal o vegetal y para uso común y repetido¹².

De esta definición, el término *voluntario* fue excluido. Esta última definición, que está todavía bajo escrutinio del Comité, es más objetiva que la anterior. Debería remarcarse que incluye la frase “para uso común y repetido”, lo que excluye otras formas de estándares para uso interno dentro de las entidades no gubernamentales. Además, la definición debería terminar con la excusa de que las entidades privadas no caen dentro de los requisitos de “entidad no gubernamental”¹³.

Pascal Liu presenta los estándares privados como estándares que son elaborados por entidades no gubernamentales, sean organizaciones con fines de lucro (firmas privadas) o sin fines de lucro¹⁴.

En cuestiones de terminología, se ha realizado la propuesta de llamarlos “regulación de estándares transnacionales” (transnational standard regulation), refiriéndose a algunas clases de estándares privados¹⁵. El término transnacional fue adoptado en el derecho internacional, en general, para referirse a actores multinacionales, supermercados y ONGs. Cubriría asimismo el trabajo de ISO, Codex y entidades internacionales similares, porque son también no gubernamentales.

Nuestra propuesta terminológica es que se los llame estándares de mercado, para así puntualizar que nos referimos al tipo de estándares privados que son preparados por multinacionales, cadenas de supermercados y ONGs, pero queda afuera la estandarización formal internacional del tipo ISO. Estándares de mercado serviría para distinguir en casos de que surja la discusión sobre su legitimidad y *accountability*.

12 G/SPS/GEN/1334/Rev.1, circulada el 5 de agosto de 2014.

13 Ver la discusión sobre las entidades no gubernamentales en la sección sobre Legitimidad.

14 Liu, P. (2009). “Private Standards in International Trade: Issues and Opportunities”, WTO’s Workshop on Environment-related Private Standards, Certification and Labelling Requirements, Ginebra, at. 2.

15 Ver L. Dobusch, P. Mader y S. Quack. Governance across borders (eds.). Transnational fields and Transversal themes. A Blogbook. Berlin: Epubli, 2013.

De esta discusión sobre la definición, uno puede observar algunas de las principales características relacionadas con los estándares de mercado/privados: su naturaleza voluntaria y su estatus no gubernamental.

Existen algunos estándares privados voluntarios que han devenido obligatorios de acuerdo a la legislación, como algunos estándares elaborados para los productos orgánicos, como los que generaron la Soil Association and Demeter, que han sido adoptados en la legislación local en la Unión Europea o que han sido reconocidos en cuerpos internacionales como el Codex Alimentarius¹⁶.

La International Organization for Standardization (ISO), que es el mayor desarrollador de estándares internacionales voluntarios es una entidad no gubernamental pero, al mismo tiempo, tiene 165 países miembros representados por sus agencias nacionales de estándares, sean estos públicos o privados¹⁷. Más allá de que, en general, los estándares de ISO son voluntarios, mucho de los estándares que ellos preparan devinieron obligatorios en la legislación local.

Los estándares voluntarios de mercado pueden devenir obligatorios -entonces obligatorios *de facto*-, como en el caso del sector alimentos, las cadenas de supermercados, las cooperativas y los productores¹⁸. Aunque no son vinculantes para los productores, la única opción que estos tienen es cumplir con el estándar para quedar afuera del mercado¹⁹. Como los estándares han ganado el mercado internacional, los productores que los cumplen ganan reconocimiento internacional, aunque se generan cuestiones de legitimidad. Por ello, en la práctica, que sean estándares públicos o privados no es tan significativo para los productores, sino que ambos crean una carga para el proceso de producción y barreras en el comercio internacional²⁰.

Por ejemplo, la búsqueda de energías renovables ha llevado al establecimiento de estándares en el sector. La mayoría de estos estándares fueron establecidos mediante normas gubernamentales, como la Directiva de la CE 2008/28/CE, que estableció

16 Santacoloma, P. (2014). "Nexus Between Public and Private Food Standards: Main Issues and Perspectives", Workshop of the FAO/UNEP Programme on Sustainable Food System – Voluntary Standards for Sustainable Food Systems: Challenges and Opportunities, Roma.

17 <http://www.iso.org/iso/home/about.htm> (Access on 31 October 2014).

18 Wouters, J. e Geraets, D. (2012). "Private Food Standards and the World Trade Organization: Some Legal Considerations", *World Trade Review*, Vol. 11, N° 3, at 479.

19 *Ibid.*, Wouters, J. e Geraets, D. (2012), "Private Food Standards and the World Trade Organization: Some Legal Considerations", *World Trade Review*, Vol. 11, N° 3, at 479.

20 Engler, A., Nahuelhual, L., Cofré, G., Barrena, J. (2012). "How Far from Harmonization are Sanitary, Phytosanitary and Quality-related Standards? An Exporter's Perception Approach". *Food Policy*, Vol. 37, pp. 162 – 170.

el objetivo de consumir un 20% de energía renovable para el año 2020 (del total, 10% debe ser en el sector transporte) o la Directiva 2009/28, también de la Unión Europea, que estableció objetivos de sustentabilidad, tales como la reducción de las emisiones del orden del 35%, de los cuales al menos el 50% debe producirse a partir de 2017 y el 60% del año 2018 en adelante²¹.

Finalmente, más allá de que no sean obligatorios, los estándares son utilizados a lo largo de la cadena de valor, lo que hace que las opciones de los proveedores sean limitadas²². En muchas circunstancias, los estándares privados pasan a formar parte de una cultura de un mercado específico y representa un aumento de poder de algunos mayoristas y, por ello, adquieren fuerza vinculante *de facto*²³.

2. Tipos, sectores y ejemplos

Los estándares privados o de mercado pueden ser clasificados de acuerdo a sus tipos, sectores, categorías y sujetos. Como lo remarca Arcuri, “dentro de la categoría amplia de las regulaciones privadas transnacionales, se pueden distinguir al menos cuatro tipos de esquemas regulatorios: i) los estándares privados de inocuidad de los alimentos; ii) las regulaciones civiles o códigos privados y estándares que controlan los aspectos sociales y medioambientales de las operaciones de negocios; iii) los estándares técnicos y de calidad, y iv) los marcos privados metaregulatorios”.²⁴

La primera preocupación que surgió en los Comités de la OMC acerca de la difusión de los estándares de inocuidad de los alimentos fue si constituían una barrera al comercio. Los estándares privados de inocuidad de los alimentos fueron establecidos como una forma de lidiar con la responsabilidad de la seguridad de los alimentos de los mayoristas y como respuesta a algunas crisis que afectaron al sector de alimentos²⁵. Estas razones legítimas inspiraron el desarrollo de los estándares privados en relación a la inocuidad de los alimentos. Sin embargo, son sus efectos los que generan controversias. El problema es que algunas pocas cadenas de supermercados dominan el mercado de los alimentos y ellos son los que requieren el cumplimiento; mientras tanto, los productores pequeños, en general de países en desarrollo, no

21 Rodrigo C. A. Lima. Padrões Privados e Responsabilidade do Estado na OMC. 2014, at 7. (publicación en curso).

22 Rúa, L. R., 2014., at 14.

23 Liu, P. (2009). “Private Standards in International Trade: Issues and Opportunities”, WTO’s Workshop on Environment-related Private Standards, Certification and Labelling Requirements, Ginebra.

24 Alessandra Arcuri. “The TBT Agreement and private standards” en: Tracey Epps and Michael J. Trebilcock, Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade, 3013, at 488.

25 Fabrizio Cafaggi. ‘Private Regulation, Supply Chain and Contractual Networks, The Case of Food Safety’, EUI RSCAS, 2010/10 Private Regulation Series n. 03 (2010), at 490.

siempre están en condiciones de cumplir con las costosas certificaciones y, por ello, quedan excluidos *de facto* de esos mercados²⁶.

El término que se utiliza para definir la estructura de la regulación privada que lidia con el impacto social y medioambiental de las operaciones de negocios, es el de regulaciones civiles. La creación de estos estándares está ligada a las preocupaciones de los ciudadanos-consumidores. Pueden ser vistos como un mecanismo que extiende el reino de lo político a los mercados, permitiendo actos de consumo político²⁷.

Por otro lado, los estándares técnicos y de calidad son los estándares primeros y primarios, por excelencia, para la facilitación del comercio. En 1947, se estableció la ISO con el objetivo de que los estándares técnicos ayudaran a facilitar el comercio que, aunque son voluntarios, son reconocidos y seguidos globalmente en todo el mundo²⁸.

En el mismo sentido, en el campo de la electrónica, la Comisión Internacional Electrotécnica (IEC), fundada en 1906, ayudó a difundir y expandir la compatibilidad de los dispositivos electrónicos globalmente²⁹. El trabajo de ISO se extendió a otros campos y, bajo sus auspicios, se crearon estándares en el campo de los derechos humanos (ISO 26000), gestión del medioambiente (ISO 14000 y posteriores) e inocuidad de los alimentos (ISO 22000). Además, ISO tiene estatus de observador en el Comité TBT de la OMC y en el Codex Alimentarius. Bajo el TBT, el cumplimiento de los estándares ISO es compatible con las normas de la OMC (TBT, Anexo 3).

Se ha señalado que muchos estándares de mercado son ejemplos de estándares privados con efectos significativos en los mercados globales. El cuadro 1 muestra algunos de esos estándares y sus respectivos “creadores”

Finalmente, los marcos metaregulatorios fueron desarrollados para abordar la cuestión de cómo producir y gestionar los esquemas regulatorios privados³⁰. ISO también ha producido metaregulaciones: por ejemplo, la Guía 65, que fue publicada en 1996 y versa sobre los requisitos generales para organizaciones que operan sistemas de certificación de productos.

26 Arcuri, *supra*, at 491.

27 Arcuri, *supra*, at 488.

28 La información sobre ISO está disponible en <http://www.iso.org/iso/home.html> (accedida el 9 de enero de 2015).

29 La información sobre IEC está disponible en <http://www.iec.ch/> (accedida el 9 de enero de 2015).

30 Arcuri, *supra*, at 495.

Cuadro 1: Ejemplos de estándares privados

Creados por firmas individuales	Creados por cadenas nacionales	Creados por cadenas internacionales
Nature's Choice (TESCO)	Assured Food Standards (GB)	GlobalGAP
Filières Qualité (Carrefour)	British Retail Consortium Global Standard	International Food Standard
Field-to-Fork (marks & Spencer)	Freedom Food (GB)	Safe Quality Food (SQF) 1000/2000
Filière Contrôlée (Auchan)	Qualitat Sicherheit (QS)	Marine Stewardship Council (MSC)
P.Q.C. (Percorso Qualità Conad)	Assured Combinable Crops Scheme (GB)	Forest Stewardship Council (FSC)
Albert Heijn BV: AH Excellent	Farm Assured British Beef and Lamb	
	Sachsen Ahrenwort	
	QC Emilia Romagna	
	Stichting Streek-production Vlaams Brabant	

Fuente: OMC, Comité SPS y M. K. Amaral (2014)

3. Legitimidad y *accountability* de los estándares de mercado/privados

Uno de los grandes desafíos que se enfrenta por la proliferación de estándares de mercado ha sido la legitimidad en la creación y establecimiento de los estándares, así como también la responsabilidad o rendición de cuentas en relación a la conducta de los organismos que los emiten.

Las preocupaciones en torno a la legitimidad se refieren a quién está produciendo los estándares y de dónde proviene esa autoridad creadora.

Las preocupaciones en torno a la *accountability* se refieren a la existencia y uso (o no) de base científica en la creación de los estándares y quién es responsable de establecer esos estándares en el caso de una falla de mercado o desde la perspectiva

del sistema multilateral de comercio.

- **Legitimidad**

Los estándares de mercado son emitidos por diferentes motivos y entidades. El cuadro que presentamos más arriba da cuenta de los principales estándares en el mercado contemporáneo y sus respectivos “reguladores”. La preocupación se centra en la legitimidad de esos creadores de estándares y cómo el mercado colocó la “confianza” en ellos.

Bajo el Acuerdo de TBT, las entidades estandarizadoras deben cumplir con el Código de Buenas Prácticas (Anexo 3) y los Miembros no deben tomar medidas que tengan por efecto directo o indirecto requerir o promover que las entidades certificadoras actúen de manera inconsistente con el Código de Buenas Prácticas. En este sentido, cualquier estándar creado por una entidad estandarizadora -irrespectivamente de mandato gubernamental- cae bajo la incumbencia del Acuerdo TBT y, como tal, es también un caso claro de regulaciones privadas del TBT³¹. Como lo remarca Arcuri, la cuestión que queda pendiente es si las entidades regulatorias privadas encajan dentro de la definición que da el Acuerdo TBT. Dada la definición amplia del en el Anexo I (8), quedan dudas si caben las entidades que no establecen estándares rutinariamente, así como también si todos los tipos de estándares están cubiertos por el Artículo 3.³²

De la misma definición de estándares bajo el TBT, uno podría preguntarse qué clase de entidades caerían en su definición. Sin ninguna duda las entidades internacionales, regionales, locales y de la administración central. ¿Pero qué ocurre con las no gubernamentales? El Anexo 1, párrafo 8, expresamente dispone que una entidad no gubernamental es un órgano que no pertenece a la administración central o local, incluyendo a los entidades no gubernamentales que tienen poder legal para hacer cumplir regulaciones técnicas. ¿Incluiría, por ejemplo, entidades que no son regulatorias pero desarrollan estándares ocasionalmente, de forma azarosa?

Es importante destacar que en la nota explicativa a la definición de estándar desarrollada en el proceso de construcción del Acuerdo TBT (en la Ronda de Tokio), se acordó que la definición no cubre las reglas técnicas hechas por firmas individuales

31 Arcuri, *supra*, at 501.

32 Arcuri, *supra*, at 501.

para su propia producción y consumo³³. En el texto final del Acuerdo, esta exclusión no quedó incluida, lo cual puede indicar que desde la Ronda Uruguay la definición de entidad no gubernamental es más vasta de lo que fue inicialmente previsto en la Ronda de Tokio³⁴.

Esto llevaría a plantear otra cuestión que se relaciona con la aceptación de los estándares internacionales dentro del TBT y de otros acuerdos de la OMC, como parte de lo que se debe hacer para cumplir con las normas OMC. Como el TBT no tiene definición de estándares internacionales, la que adoptan los académicos y la jurisprudencia de la OMC es la definición establecida en ISO, tomando en consideración que los estándares ISO son señalados en la cláusula introductoria del Anexo 1 del TBT³⁵. Así, la respuesta aparece en la Guía 2 de ISO/IEC:

“Los estándares deben ser adoptados por organizaciones internacionales estandarizadoras y estar disponibles al público”.

En el caso conocido como Estados Unidos-atún II, el Órgano de Apelación de la OMC entendió que esa definición sugiere que es la naturaleza de la entidad que aprueba los estándares lo que convierte al estándar en internacional³⁶.

Por otro lado, en el Acuerdo TBT, anexo 1, párrafo 4, una entidad internacional es definida como una entidad o sistema cuya membresía es abierta a las reparticiones relevantes de todos los Miembros.

¿Qué significa exactamente que deben ser abiertas? ¿Debiera ser abierta al momento en que el estándar es negociado o es suficiente con que sea abierta una vez que el estándar ha sido adoptado?³⁷

La respuesta vino con la Decisión del Comité del TBT del año 2000, que interpretó, en la sección 2, que:

La membresía de una entidad de estandarización deber ser abierta en bases no discriminatorias a las agencias relevantes de todos los Miembros de la OMC. Esto incluye apertura sin discriminación en relación a su participación

33 Arcuri, *supra*, 505.

34 Arcuri, *supra*, 505.

35 Arcuri, 507.

36 US – Tuna II, nota 45, para. 353.

37 Arcuri, *supra*, at 508.

en el desarrollo de las políticas y en cada nivel del desarrollo de los estándares, tales como:

- a. Propuesta y aceptación de nuevos temas de trabajo.
- b. Presentación de comentarios sobre los borradores para ser tomados en consideración.
- c. Revisión de estándares existentes.
- d. Votación y adopción de estándares.
- e. Difusión de los estándares adoptados³⁸.

Más allá de la apertura, la Decisión del Comité del TBT del año 2000, las Guías y Recomendaciones con relación a los artículos 2, 5 y Anexo 3 del Acuerdo, listan también a la transparencia, la imparcialidad y el consenso, la efectividad y relevancia, la coherencia y la dimensión del desarrollo, como principios para ser observados en la construcción de los estándares internacionales.

En el caso Estados Unidos-atún II, el Órgano de Apelación entendió que la Decisión puede ser considerada un “acuerdo posterior” en el sentido del artículo 31 (3) (a) de la Convención de Viena. Sin embargo, la extensión de esta interpretación y su aplicación a un término o disposición del Acuerdo TBT en un caso específico dependerá del nivel de interpretación y aplicación del término o provisión respectivo³⁹.

Arcuri nota que, por un lado, la Decisión introduce principios que podrían fortalecer la transparencia y la dimensión participativa de las entidades internacionales estandarizadoras. Pero, por el otro lado, puede ser criticado como un intento de dar forma y restringir el establecimiento de estándares internacionales, a la luz de las normas y prioridades de Ginebra⁴⁰.

Desde una perspectiva económica, muchas reglas de certificación encajarían en la definición de la Decisión del 2000, en términos de necesidades de mercado y necesidades regulatorias, ya que la necesidad de regulación, entendida desde el punto de vista de la economía neoclásica, ocurre cuando existe una falla de mercado y muchos de los estándares internacionales de etiquetado encajarían en este requisito, porque lidian con cuestiones de asimetrías⁴¹.

Además, en el Caso Estados Unidos – Atún II, el Órgano de Apelación, en una interpretación del término “entidad reconocida”, entendió que el significado debería ser

38 G/TBT/9, 13 de noviembre de 2000, para. 20 and Annex 4.

39 US – Tuna II (Informe del Órgano de Apelación), supra note 45, para. 372

40 Arcuri, supra, at 509.

41 Arcuri, supra, at 509.

amplio, relacionando su interpretación con la definición del ISO/EIC: la definición de la Guía 2 de 1991 ISO/IEC agrega y complementa la definición del Acuerdo TBT, especificando que la entidad debe ser “reconocida” en relación a sus actividades de estandarización⁴².

El Órgano de Apelación entendió que la participación en el desarrollo de los estándares puede constituir una evidencia de que una entidad tiene un rol reconocido en la estandarización⁴³. Sin embargo, al mismo tiempo, una organización que ha desarrollado un único estándar puede ser también muy reconocida en sus actividades de estandarización⁴⁴.

En el Acuerdo SPS, la única cláusula que podría acomodar a los estándares privados es la definición incluida en el Anexo A, párrafo 1, según la cual “Medida Sanitaria o Fitosanitaria” es toda medida aplicada:

- a) Para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades.
- b) Para proteger la vida y salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos.
- c) Para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas.
- d) Para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.

Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo

42 US-Tuna II (Informe del Órgano de Apelación) *supra*, at 357.

43 US-Tuna II, at 357.

44 US-Tuna II, at 394.

pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos.

Muchos académicos se preguntan si esta definición incluiría las medidas no gubernamentales si tienen las características de estándares privados. Algunos alegan que las normas relevantes, decretos, regulaciones, requisitos y procedimientos no incluirían medidas no gubernamentales dentro de la interpretación que hicieron algunos paneles de la OMC en casos específicos⁴⁵.

Además, el Preámbulo del Acuerdo SPS se refiere a los Miembros, lo que sugeriría que solo las medidas de los Miembros serían cubiertas por el Acuerdo⁴⁶.

Sin embargo, estas interpretaciones solo podrían mantenerse si el Acuerdo SPS fuera visto como un acuerdo separado, totalmente dissociado del resto de las normas OMC, lo que no es el caso. Marceau y Trachtman nos recuerdan que los acuerdos de la OMC forman un único tratado bajo el principio que se usó en la negociación: *el paquete único*⁴⁷.

Por esto, en aquellas cuestiones que no son específicas del Acuerdo SPS, los principios y definiciones en otras partes de las normas de la OMC deben acomodarse en un diálogo de complementariedad. La definición de estándares provista en el TBT puede ser fácilmente trasladable al SPS, ya que es el único acuerdo que establece una definición de estándar, lo que no significa que viole la exclusión específica que tiene el TBT en su artículo 1.5 (excluye de la aplicación de las disposiciones del TBT a las medidas SPS), pero no excluiría la validez de las definiciones de términos por él realizada.

Adicionalmente, el Acuerdo SPS, en su artículo 13, establece una regla de implementación del acuerdo, que extiende las medidas de los Miembros a las no gubernamentales:

...Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del presente Acuerdo por las instituciones que no sean del gobierno central. Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entida-

45 Ver Arcuri y la mención a un trabajo no publicado sobre esta cuestión, *supra*, at 517.

46 Arcuri, *supra*, 516.

47 Gabrielle Marceau and Joel P. Trachtman. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade'. *Journal of World Trade* 48, no. 2 (2014).

des no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros se asegurarán de que solo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si estas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo”.

Aunque algunos autores argumentan que esta cláusula saca a los estándares privados del Acuerdo SPS⁴⁸, nosotros no lo entendemos de esa manera. Por el contrario, esa interpretación restrictiva de la cláusula no se condice con el trabajo que se está desarrollando en el Comité de SPS sobre la definición de estándares privados, tal y como lo hemos remarcado. Por ello, los estándares privados no están solo bajo la estructura del TBT, sino que pueden acomodarse en las provisiones del SPS. Bajo el principio del paquete único deberían ser interpretados conjuntamente en nombre de la coherencia y la armonía dentro de la normativa OMC.

Arcuri finaliza sus comentarios sobre los estándares privados levantando la cuestión desde el punto de vista normativo. En este sentido, afirma que puede ser complejo trazar una línea entre estándares privados que pueden ser y los que no pueden ser legítimamente sujetos a las normas OMC. Destaca el hecho de que la cuestión binaria (deseable/no deseable llevar los estándares privados a la normativa de la OMC) puede ser no tan fácilmente respondida. Más bien, la cuestión puede ser reformulada como una cuestión de grado: ¿hasta qué punto puede el marco normativo de la OMC dar cuenta de los problemas de comercio relacionados con la emergencia y operación de los estándares privados sin perder legitimidad?⁴⁹

Mas allá de la OMC, el mercado mismo ha legitimado varios estándares privados, que proliferan y se acomodan dentro de las cadenas globales de valor. El problema es mantener esa legitimidad por mucho tiempo, ya que la proliferación de nuevas reglas y nuevos certificados han devenido los básicos comunes en varios sectores, generando confusión en los productores y consumidores y deslegitimándolos. La manutención de la legitimidad para la mayoría de los estándares privados actualmente existentes podría encontrarse en una metaregulación, tal cual se propondrá

48 Ver Arcuri, *supra*, at 520.

49 Arcuri, *supra*, at 522.

en este ensayo. La cuestión de la *accountability* le agrega una preocupación a la de la legitimidad, porque en la OMC la inocuidad es una cuestión de certeza.

- **Accountability**

En el año 2005, una pequeña isla caribeña (St. Vincent), que es Miembro de la OMC, presentó una preocupación específica comercial en el Comité de SPS. Básicamente, se quejaba de las restricciones a la venta de bananas a la Unión Europea. Esta preocupación no se refería a los requisitos oficiales de la Unión Europea sobre los residuos de pesticidas, sino más bien a los requisitos de una organización privada, sin fines de lucro, llamada GLOBAL GAP (en 2005 conocida como EUREPGAP⁵⁰). Esta fue la primera vez que la cuestión de los estándares privados se puso en discusión en la OMC.

En general, la OMC solo toma en consideración a los estándares voluntarios cuando provienen de agencias internacionales estandarizadoras, como ISO y Codex, y los acuerdos de la OMC se refieren a ellos como medios de armonización (en el TBT y en el SPS⁵¹). Cada vez que los países utilizan estos estándares internacionales para productos que entran en su territorio hay una “presunción de conformidad”.

Como ya lo hemos remarcado, la definición de estándares privados como voluntarios es cuestionable. Si el exportador no se atiene al estándar, no puede vender sus productos en el mercado de importación. Por ejemplo, una Directiva del año 2009 de la CE establece que los biocombustibles y biolíquidos no pueden ser producidos con materias primas extraídas de tierras ricas en diversidad, que desde enero de 2008 son: ser primariamente bosques, áreas indígenas protegidas por la ley, áreas de especies protegidas o pasturas ricas en biodiversidad, sean estas naturales o cultivadas⁵².

Se espera que los operadores económicos cumplan con los requisitos de las Directivas, lo cual puede ser hecho a través de regímenes voluntarios o acuerdos multilaterales, incluyendo procedimientos de certificación⁵³. Sin embargo, la cuestión principal en relación al sistema multilateral de comercio es si las directivas que adoptó la Unión Europea fueron adoptadas sobre la base de un modelo científico confiable, lo

50 G. H. Stanton. Food safety-related private standards: the WTO perspective, en: A. Marx, M. Maertens, J. Swinnen and J. Wouters. Private Standards and Global Governance. Economic, Legal and Political Perspectives, 2012, pag 235.

51 Ver TBT, Código de Buenas Prácticas (Anexo 3) y SPS, Preamble y article 3(1).

52 Rodrigo Lima Ibid., at 9.

53 Rodrigo Lima, Ibid., at 10.

cual permitiría tomar medidas consistentes con los efectos laterales que provocó, lo que a su vez lo hace abierto a disputa bajo el sistema de solución de disputas de la OMC, fundamentalmente bajo el TBT⁵⁴.

Además, más allá de tener o no base científica, la creación de esos estándares también abre preocupaciones sobre la *accountability* en caso de una falla de mercado o de gobierno y desde la perspectiva del sistema multilateral de comercio.

En el marco del TBT se promueven los estándares internacionales. Para armonizar regulaciones a gran escala, los miembros deberían involucrarse en la preparación de esos estándares en entidades internacionales (art. 2.6 TBT) y cuando una regulación es preparada, adoptada o aplicada de acuerdo a los estándares internacionales, según el art. 2.5 del TBT, se la presume como no creadora de un obstáculo innecesario al comercio internacional.

Además, el TBT también prevé qué ocurre cuando no existe un estándar relevante a nivel internacional o cuando una regulación no es similar técnicamente a un estándar internacional reconocido. En estos casos, de acuerdo al art. 2.9, los Miembros deben notificar tempranamente (cuando aún existe la oportunidad de enmendar el estándar) los contenidos que, en sustancia, se desvían del estándar relevante internacional.

El Anexo 3 del TBT es el Código de Buenas Prácticas para la Preparación, Adopción y Aplicación de Estándares. Como provisión general se establece que el Código está abierto a la aceptación por cualquier entidad estandarizadora -sea una agencia gubernamental, una agencia municipal o una organización no gubernamental-.

A su vez, el artículo 4 del TBT obliga a los Miembros a asegurar las agencias estandarizadoras de la administración central así como también las organizaciones no gubernamentales aceptan y cumplen con el Código de Buenas Prácticas. También dispone que la obligación de los Miembros en relación con la observancia de las entidades estandarizadoras de las buenas prácticas incluye que estas deben ser aplicadas irrespectivamente que estas entidades hayan o no aceptado el Código.

En el párrafo E del Código de Buenas Prácticas se dispone que una entidad estandarizadora, que puede ser no gubernamental, debe garantizar que los estándares no se preparan, adoptan o aplican para crear o con el efecto de generar obstáculos

54 Rodrigo Lima, *Ibid.*, at 11.

innecesarios al comercio internacional.

Una de las discusiones que tuvo lugar en el Comité del SPS giró en torno a la redacción del artículo 13 del Acuerdo SPS y la obligación de los Miembros en relación a la conducta de las organizaciones no gubernamentales en su territorio. La obligación para los Miembros es clara: deben tomar medidas razonables para asegurar que las organizaciones no gubernamentales observen las disposiciones del Acuerdo de SPS.

El TBT establece un requisito similar en su artículo 3: En lo que se refiere a sus instituciones públicas locales y a las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio:

3.1.- Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que dichas instituciones cumplan las disposiciones del artículo 2, a excepción de la obligación de notificar estipulada en los apartados 9.2 y 10.1 del artículo 2 (...)

3.4.- Los Miembros no adoptarán medidas que obliguen o alienten a las instituciones públicas locales o a las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio a actuar de manera incompatible con las disposiciones del artículo 2.

3.5.- En virtud del presente Acuerdo, los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las disposiciones del artículo 2. Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del artículo 2 por las instituciones que no sean del gobierno central.

En el Comité del TBT, las negociaciones sobre estándares privados no arrojaron resultados⁵⁵. El corazón de la discusión es la adopción del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades privadas⁵⁶.

Recientemente, se ha observado que los gobiernos explícita o implícitamente apoyan los estándares de mercados y que han devenido en cuestiones de certificación, una barrera regulatoria al comercio. Algunas de ellas han sido mencionadas incluso en regulaciones y contratos estatales de procuración del Estado. El área gris entre el involucramiento del Estado y del sector privado hace todavía más difícil señalar una violación de las normas OMC. Sin embargo, pareciera que siempre que sea posible mostrar evidencia del involucramiento del Estado en la implementación privada de los estándares, sería posible alegar la responsabilidad del Estado⁵⁷.

La dificultad sería, en todo caso, establecer cuál sería el nivel de involucramiento

55 Manuela K. Amaral, supra, at 244.

56 G/TBT/13; G/TBT/26; G/TBT/32.

57 Manuela k. Amaral, supra, at 248.

del Estado para poder establecer si ese estándar privado ha devenido de un estándar privado apoyado por el Estado y, como tal, obligatorio bajo la ley.

En las Directivas a las que hacíamos referencia, la UE aceptó estándares de mercado como manera de cumplimiento de los requisitos de su legislación. Pareciera entonces razonable que se pudiera alegar responsabilidad del Estado bajo el TBT y el SPS, ya que de acuerdo a ellos los Miembros deben garantizar el cumplimiento por parte de las entidades no gubernamentales de ellos⁵⁸.

Los Estados pueden ser responsables por las acciones de los privados. En el caso Japón-Kodak se argumentó que aún cuando pueda no ser fácil determinar reglas que establezcan líneas claras sobre la cuestión, cuando existe involucramiento suficiente del gobierno, la medida es gubernamental⁵⁹. Esta interpretación fue adoptada en el marco del GATT/OMC, pero podría ser extensible a otros ámbitos y cuestiones.

En esta línea, por ejemplo, en cuestiones que hacen a la evidencia científica, la proliferación de estándares de mercado se ha extendido sin ninguna base científica, sino más bien por puras preferencias del mercado, subrayando el rol de las cadenas globales de valor. Por ello, se pueden detectar preocupaciones sobre la *accountability* en la OMC y en otros acuerdos plurilaterales o regionales, las cuales pueden ser abordadas en el marco de la responsabilidad estatal por las entidades no gubernamentales.

4. Gobernanza transnacional de los estándares de mercado

La observancia social está a la orden del día en la mayoría de los negocios contemporáneos. Esto debido a la expansión de iniciativas de estándares privados, que regulen las condiciones de producción en las industrias que participan de las cadenas globales de valor. “Desde la perspectiva de la firma, esta multiplicidad hace al mercado saturado y costoso en términos de observancia social, ya que las firmas proveedoras de varias marcas deben lidiar con varios códigos y certificaciones y, algunas veces, se producen demandas contradictorias”.⁶⁰

En el año 2003, algunas organizaciones de la sociedad civil, así como también en-

58 Rodrigo C. Lima, *supra*, at 23.

59 Informe de Panel, Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, adoptado el 22 de abril de 1998, para. 10.56.

60 Boudevijn Derkx, *Meta-governance in the Realm of Voluntary Sustainability Standards: early experiences and their implications*, UNFSS Discussion Papers. N. 1, Geneva, 2013, at 2.

tidades en el campo de los derechos de los trabajadores, crearon la Iniciativa Conjunta sobre Responsabilidad Corporativa y los Derechos de los Trabajadores (Joint Initiative on Corporate Accountability and Worker's Rights, JO-IN)⁶¹. Cada una de las entidades participantes se involucró en la tarea de mejorar las condiciones laborales, especialmente en la cadena global de textiles, identificando las mejores prácticas, mejorando la implementación y observancia de los códigos de conducta, y compartiendo las experiencias⁶². Los últimos esfuerzos de este proyecto datan del año 2007, porque no pudieron consensuar un sistema de implementación de los códigos ni tampoco un sistema de verificación⁶³.

Otro sector que aunó esfuerzos para tener una metagobernanza sobre los estándares de mercado fue el sector de la agricultura orgánica⁶⁴. La multiplicidad de etiquetados, certificaciones y procedimientos de evaluación, tenía un impacto profundo sobre los productores, que mayoritariamente eran pequeños productores insertos en el comercio internacional. La International Task Force on Harmonization and Equivalence in Organic Agriculture (ITF) se lanzó en el año 2003, en un esfuerzo conjunto de la UNCTAD, FAO y la International Federation of Organic Agriculture Movements (IFOAM)⁶⁵.

Entre 2003 y 2008 se lograron muchos acuerdos individuales entre el sector público y el privado, sobre cómo reducir las barreras en el comercio de productos orgánicos. Las herramientas ITF se desarrollaron en 2008: la “International Requirements for Organic Certification Bodies” (IROCB) y la “Tool for Equivalence of Organic Standards and Technical Regulations” (EquiTool)⁶⁶. El trabajo de ITF se fortaleció con el proyecto “Global Organic Market Access” (GOMA) que se desarrolló entre 2009 y 2012, cuyo objetivo era facilitar y dar apoyo a la armonización regional y a los procesos de equivalencia en el sector⁶⁷.

El ITF y el Proyecto GOMA tuvieron un desarrollo exitoso. Primero, ambos fortalecieron la colaboración público-privada para el establecimiento de los estándares de mercado en el sector. Segundo, promovieron la armonización y la equivalencia entre

61 Las seis entidades privadas eran: Clean Clothes Campaign, Ethical Trading Initiative, Fair Labor Association, Fair Wear Foundation, Social Accountability International and Workers Rights Consortium (“the organizations”).

62 Ver información sobre JO-IN en <http://www.jo-in.org/english/about.html> (acceso el 5 de febrero de 2015).

63 Derkx, 2013, at 3.

64 Ver Diane Bowen and Ulrich Hoffmann. Review of Key Systemic Issues and Findings Resulting from Activities of the International Task Force on Harmonization and Equivalence in Organic Agriculture (ITF) and the Global Organic Market Access (GOMA) Project. UNFSS Discussion Papers, N. 2, 2013.

65 Ver información sobre ITF en <http://www.organic-world.net/itf.html> (acceso el 5 de febrero de 2015).

66 Información disponible en <http://www.organic-world.net/itf.html> (acceso el 5 de febrero de 2015).

67 Ver información sobre el proyecto GOMA en <http://goma.tops.net/about/project/> (acceso el 5 de febrero de 2015).

los actores. Tercero, algunas herramientas de alta calidad, por ejemplo, EquiTools, se desarrollaron bajo sus auspicios⁶⁸. Sin embargo, “a nivel general, la adhesión de las herramientas que generó ITF es aún limitada y existen algunas evidencias de que las recomendaciones realizadas por Task Force han tenido un impacto tangible en los procesos de toma de decisiones en la arena regulatoria de los principales jugadores”⁶⁹.

En general, la implementación del proyecto fue exitoso: desarrolló recomendaciones y herramientas técnicas de alta calidad. Sin embargo, “como el ITF es una institución orientada hacia afuera, cuyo objetivo es ampliar el ambiente regulatorio más que simplemente cambiar las prácticas y estándares de sus participantes, la puesta en marcha del proceso no fue suficiente para lograr los cambios deseados en la regulación”.⁷⁰

En 2002, algunas organizaciones certificadoras -Forest Stewardship Council (FSC), la International Federation of Organic Agriculture Movements (IFOAM), Fairtrade y Marine Stewardship Council (MSC), la International Organic Accreditation Service, Marine Aquarium Council y Rainforest Alliance and Social Accountability International- crearon la International Social and Environmental Accreditation and Labelling Alliance (ISEAL Alliance)⁷¹.

En el año 2010 se estableció el Consejo de ISEAL que incluyó a representantes de las compañías, el gobierno, la sociedad civil y la academia. En el año 2012, ISEAL expandió su programa de trabajo para abordar cuestiones de sustentabilidad en Brasil, India y China. Después de un trabajo muy elaborado sobre mejores prácticas para estándares de sustentabilidad, ISEAL presentó sus Códigos de Buenas Prácticas (2004), el Código de Impacto de ISEAL (2010) y el Código de Seguros (2012), los cuales proveen procedimientos sobre cómo los sistemas de estándares pueden efectivamente medir y contribuir con evidencia los impactos sociales y ambientales⁷².

Sin embargo, los otros programas de trabajo de ISEAL que combinan trabajo conceptual sobre el desarrollo de buenas prácticas con actividades de capacitación y aprendizaje compartidos han sido menos efectivas, progresando más lentamente.

68 Derkx, 2013, at 7.

69 Derkx, 2013, at 7.

70 Derkx, 2013, at 8.

71 Ver información sobre ISEAL Alliance en <http://www.isealalliance.org/about-us/our-history> (acceso el 6 de febrero de 2015).

72 Ver información en <http://www.isealalliance.org/about-us/our-history>

La cooperación dentro de ISEAL ha producido pocos resultados en términos de proyectos concretos de colaboración tangibles y exitosos⁷³.

En general, se puede apreciar un aumento de la necesidad de contar con una meta-regulación de los estándares de mercado para poder resolver las preocupaciones en relación a legitimidad y la *accountability*. La dificultad es encontrar un piso común en el cual una entidad pueda jugar ese rol.

4.1 El rol de ISO

La ISO categoriza los estándares privados de distintas maneras, de acuerdo a su propio trabajo sobre los estándares: i) estándares en el sector de tecnologías de la información y comunicación (en inglés, PS in the Information and Communication Technologies sector, ICT); ii) estándares privados en el sector de agro-alimentos, y iii) estándares relacionados con los aspectos sociales y ambientales⁷⁴.

Se ha señalado a ISO como una posible agencia de meta regulación en materia de estándares privados. “En el área de medioambiente y relacionadas, ISO provee estándares internacionales que dan cuenta de cuestiones tales como gestión ambiental (ISO 14001/4); etiquetado medioambiental (ISO 14020/21/24/25), evaluación de ciclo del producto (ISO 14040/44); medición del efecto invernadero, verificación y validación (ISO 14064/65); agua potable y servicios de agua (ISO 24510/11/12)”.⁷⁵

Además, recientemente ISO ha empezado a desarrollar nuevos estándares -ISO 26000- sobre responsabilidad social empresarial. “Esta cuestión de alta visibilidad, que involucra a más de 400 expertos globales, de 91 países y 42 organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, también muestra cómo el proceso de desarrollo de los estándares ISO pueden abordar cuestiones sociales complejas y cuestiones de sustentabilidad. Otros ejemplos de estándares en desarrollo incluyen la huella de carbono para productos y servicios; criterios de sustentabilidad para biocombustibles; sustentabilidad en gestión de riesgos, y de las organizaciones de huella de agua”.⁷⁶

Aún valorando el rol de estandarización cumplido por la ISO, existen muchas críticas sobre el estatus de la ISO en el marco de la OMC. La ISO ha sido estigmatizada

⁷³ Derkx, 2013, at 10.

⁷⁴ Ver ISO, International Standards and Private Standards, Geneva, 2010, at 6.

⁷⁵ ISO, International Standards and Private Standards, Geneva, 2010, at 7.

⁷⁶ ISO, International Standards and Private Standards, Geneva, 2010, at 7.

como un club privado de industrias en donde la sociedad civil no tiene un rol real. Los miembros de la ISO son agencias certificadoras locales, muchas de las cuales son grupos privados sin fines de lucro, en general dominadas por las firmas privadas. No solamente la sociedad civil está excluida del proceso de toma de decisiones, sino que no puede ejercer un rol crítico porque los estándares adoptados no son de acceso gratuito. Estas cuestiones de legitimidad y *accountability* pueden aparecer como irreconciliables con el estatus privilegiado que los estándares ISO parecen tener en la OMC⁷⁷.

Como se remarcó, ISO también produjo metaregulaciones. Sin embargo, es bastante cuestionable -por las razones expuestas más arriba- que ISO sea la entidad apropiada para lidiar con las metaregulaciones, visto que los estándares de mercado deben lidiar con los cambios en la producción global en países desarrollados y en desarrollo. Tal vez una institución más relacionada con los impactos sociales y ambientales de los estándares privados, principalmente en los países en desarrollo, sería una mejor opción para la metaregulación.

4.2 El rol de UNFSS y la construcción de plataformas locales de VSS

The United Nations Forum on Sustainability Standards (UNFSS) es una iniciativa conjunta de FAO, ITC, UNCTAD, UNEP y UNIDO, que consiste en una plataforma para el Diálogo Internacional Voluntario de Estándares de Sostenibilidad (International Dialogue on Voluntary Sustainability Standards, VSS). Básicamente trata de cuestiones relacionadas con la seguridad mediambiental, social y ocupacional, así como también con el bienestar animal⁷⁸.

En la plataforma de UNFSS, los estándares privados están incluidos en la estructura del VSS, que se define de manera amplia pero directa. Así, “estándares voluntarios de sustentabilidad son estándares que especifican los requisitos que deben cumplir productores, comercializados, mayoristas o proveedores de servicios en relación a una amplia gama de indicadores de sustentabilidad, incluyendo el respeto por los derechos humanos básicos, salud y seguridad de los trabajadores, impacto medioambiental, relaciones de la comunidad, uso planificado de la tierra y otros”.⁷⁹ En general, los VSS pueden ser tanto preparados por entidades gubernamentales como no gubernamentales.

⁷⁷ Arcuri, *supra*, at 495.

⁷⁸ Ver información sobre UNFSS en <http://unfss.org/about-us/objectives/> (Access on 18th December 2014).

⁷⁹ La plataforma de UNFSS está disponible en http://unfss.files.wordpress.com/2012/05/unfss-report-issues-1_draft_lores.pdf (acceso el 15 de enero de 2015).

La UNFSS ha devenido en un fórum para el diálogo de los actores estatales entre sí y con los grupos principales, como comercializadores, consumidores, productores, entidades certificadoras, diplomáticos, organizaciones no gubernamentales y académicos. “El objetivo principal de UNFSS es hacer que los VSS sean un impulso, evitando que se transformen en un obstáculo para el desarrollo sustentable en los países en desarrollo”.⁸⁰ Además, la UNFSS busca llamar la atención hacia la marginalización de las pequeñas y medianas compañías⁸¹. Esto puede ser logrado por medio de estudios y actividades, intercambio de experiencias y construcción de redes entre los actores interesados⁸².

Aunque no excluya a los VSS producidos por las agencias estatales, el foco principal de UNFSS son los estándares desarrollados por organizaciones no gubernamentales y firmas privadas. En efecto, ellos categorizan los estándares de la siguiente manera: i) estándares de firma a firma; ii) estándares orientados al consumidor; iii) metaestándares que cubren diferentes cuestiones y grupos de productos; iv) estándares específicos a los *commodities*, y v) estándares específicos de una compañía.

Bajo los auspicios de UNFSS, las principales preocupaciones sobre VSS se relacionan con:

- i) Que sean proporcionales al riesgo (real) que se supone aborda.
- ii) Basadas científicamente.
- iii) Que la carga del cumplimiento se distribuya justamente⁸³.

Estas preocupaciones fueron tratadas en sesiones organizadas por la Secretaría de UNFSS. Durante el 2013 tuvieron lugar muchas de ellas: Ginebra (18 de febrero), China (4 de marzo), Tailandia (13 de marzo), Kenia (marzo), Panamá (9 de mayo), Camerún (27 de junio) y las Filipinas (24 de octubre).

En la conferencia de lanzamiento de esta serie de reuniones, titulada “Estándares de Sustentabilidad y Elaboración de Políticas: ¿cómo pueden los gobiernos y el sector privado trabajar conjuntamente para lograr los objetivos del desarrollo sustentable?”, hubo acuerdo sobre la importancia del diálogo nacional entre los principales grupos interesados. Por ello, se realizó una propuesta de establecer plataformas

80 UNFSS, disponible en <http://unfss.org/about-us/objectives/> (acceso el 18 de diciembre 2014).

81 UNFSS.

82 UNFSS.

83 UNFSS, en: http://unfss.files.wordpress.com/2013/02/unfss-presentation-briefing-18feb2013_as.pdf (acceso el 13 de febrero de 2015).

multiactores para realizar estudios de políticas y diálogo con la asistencia de UNFSS y sus organizaciones Miembros.

India es el primer país que ha lanzado su plataforma nacional de UNFSS, con el objetivo de construir capacidades técnicas e institucionales en relación a los VSS (estándares, indicadores, testeo y evaluación de calidad, etc.), así como también de estructurar las políticas de manera que tomen en cuenta los verdaderos costos sociales y medioambientales⁸⁴.

Algunos de los VSS más importantes implementados ya en India son el ECOMark, AgroMark, IndGAP, Fruit Product Order (FPO) y los estándares obligatorios para la producción de granja implementados bajo el Programa Nacional de Producción Orgánica⁸⁵. Al contrario de otros países, en India, los sistemas de VSS se implementan bajo esquemas integrados de gestión gubernamental, aún si estos parecen estar centrados en las necesidades y demandas de la industria⁸⁶.

La plataforma está ayudando a crear un punto focal de UNFSS en India para coordinar entre la UN-Ginebra, UNFSS India que a su vez está compuesta por el sector público y privado, la industria, los tomadores de decisión indios, etc, estableciendo entonces un sistema de intercambio de información y opinión que servirá de marco para todos los estándares privados⁸⁷.

China está interesada en establecer una plataforma nacional de VSS. El objetivo es anclar los beneficios de los VSS y mejorar la competitividad así como tener una idea estratégica de cuáles son las cuestiones de VSS importantes para el país⁸⁸. El foco de China serían los estándares privados de sustentabilidad en el área de inocuidad y calidad, así como su interacción con sus estándares en materia de sistemas de control de calidad en agricultura⁸⁹.

La construcción de plataformas para los VSS es una cuestión de transparencia, así como también de planeamiento estratégico. Los gobiernos no debieran ignorar la urgencia de esta cuestión y deberían planificar antes que de las preocupaciones devengan problemas políticos inmanejables.

84 Ver <http://unfss.org/2014/08/20/unfss-in-ciiissd-conference-new-delhi-india/> (acceso el 29 de enero de 2015)

85 UNFSS, National Platform on Private Sustainability Standards in India, Concept Note, 2014, at 4.

86 UNFSS, National Platform on Private Sustainability Standards in India, Concept Note, 2014, at 4.

87 UNFSS, National Platform on Private Sustainability Standards in India, Concept Note, 2014, at 6.

88 UNFSS, National Platform on Private Sustainability Standards in China, Concept Note, 2014, at 1.

89 UNFSS, National Platform on Private Sustainability Standards in China, Concept Note, 2014, Annex.

Ahora bien, como la cuestión de los estándares de mercado es urgente, una cuestión de transparencia, gobernanza, coherencia regulatoria y planeamiento estratégico, el gobierno brasileño debería también empezar a construir un punto focal que junte a todos los actores interesados, así como a los co-relacionados, esos que clasificaríamos como TBT o medidas SPS.

Teniendo en cuenta la estructura ministerial del poder ejecutivo brasileño y teniendo como buen ejemplo la composición de la plataforma de VSS en India, un buen paralelismo para Brasil podría ser tener una agencia interministerial como punto focal, que podría incluir a INMETRO (una entidad certificadora bajo el Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Internacional), MAPA (un representante del Ministerio de Agricultura), así como también otros ministerios y entidades como ABNT (Asociación Brasileña de Normas Técnicas), el Ministerio de Medio Ambiente, el Ministerio de Relaciones Exteriores y algunas instituciones académicas que puedan desarrollar investigación estratégica.

5. Conclusión

Aunque la definición de estándar privado no es pacífica, podemos acordar que pueden ser estándares internacionales y que su carácter no gubernamental no los excluye del sistema multilateral de comercio. En realidad, los podríamos acomodar bien en el Acuerdo TBT y en el SPS. Los estándares privados han sido considerados de naturaleza voluntaria, pero son obligatorios *de facto* y cuando son apoyados por los gobiernos, pueden caer bajo el escrutinio de los comités del SPS y el TBT.

Más allá de la terminología que actualmente se utiliza (estándar privado), proponemos en este artículo el término de estándares de mercado, que incluye de manera más comprehensiva todo el desarrollo regulatorio transnacional en marcha. Pero utilizar terminología diferente no termina con las preocupaciones sobre la proliferación de estos estándares.

La proliferación de los estándares de mercado trae aparejado un gran desafío en términos de legitimidad en su creación, así como también *accountability* y responsabilidad estatal en relación a las entidades que los crean.

Las preocupaciones sobre la legitimidad se relacionan con quién está produciendo los estándares y de dónde deriva esa autoridad.

Por otro lado, las preocupaciones sobre la *accountability* se relacionan con la existencia de bases científicas que sustenten la creación de los estándares y quién es responsable por establecer esos estándares de mercado en una situación de falla de mercado y desde una perspectiva del sistema multilateral de comercio.

Este ensayo plantea que la metaregulación es la llave para responder estas inquietudes y calmar las preocupaciones asociadas a ellas.

Se están llevando a cabo muchos esfuerzos de metaregulación, divididos por sector y por áreas estratégicas. En general, hasta ahora, los esfuerzos han sido más bien “colaboración interna (al sector) entre un número limitado de pares con ideas parecidas, en un proceso inclusivo cuyo objetivo es incorporar e influir en la mayor cantidad de iniciativas sobre estándares”.⁹⁰ Al final, la poca eficacia de estas iniciativas se relaciona con la legitimidad y la *accountability*, porque no disminuye el problema de la proliferación de estándares, la estandarización de los estándares, ni la confusión general entre productores y consumidores, dejando al mercado demasiado libre para decidir lo que quiere hacer.

Debido a la fragmentación de las iniciativas en el proceso de metaregulación de los estándares de mercado, es tan grande la necesidad de relaciones más fuertes, de confianza y comprensión entre los actores, que los efectos secundarios de la metaregulación son considerados tan importantes, sino más que los actuales resultados que generan estos procesos⁹¹.

Tal vez, una estructura multilateral que contenga a todos los interesados, incluyendo a ISO o UNFSS, pueda juntar un número importante de interesados y tener más legitimidad en el establecimiento de una megaregulación sobre estándares de mercado, lo que disminuiría los problemas de ‘greenwashing’, prácticas anticompetitivas y malas prácticas.

Uno de los desafíos más importantes sería la elección entre un modelo de metaregulación basado en una secretaría o uno basado en membresía⁹². Un modelo de membresía -como el de ISO- generaría más apoyo para proceso de metagobernanza entre las organizaciones y Estados y, tal vez, lleve a una colaboración plurilateral o multilateral más sencilla⁹³. Por otro lado, un modelo basado en una secretaría -como la

90 Derkx, 2013, at 15.

91 Derkx, 2013, at 18.

92 Derkx, 2013, at 21.

93 Derkx, 2013, a t 21.

creada en el UNFSS- tendría más autonomía y, por ello, podría liderar un proceso de metaregulación que operara de manera más rápida, decisiva y productiva⁹⁴.

ISO ha sido estigmatizada como un club dominado por grupos industriales privados, en el cual la sociedad civil no tiene un rol real. Los miembros de ISO son las entidades certificadoras nacionales, muchas de las cuales son entidades sin fines de lucro, muchas también dominadas por firmas privadas. No solamente la sociedad civil está excluida del proceso de toma de decisiones, sino que ni siquiera puede ejercer un rol crítico, ya que los estándares que se proponen no son accesibles. Aún los adoptados no son de acceso gratis, sino que deben ser comprados. Estas cuestiones de legitimidad y *accountability* pueden parecer irreconciliables con el estatus privilegiado que tienen los estándares ISO en la OMC⁹⁵.

“Visto el alcance global, su cualidad técnica, su importante legitimidad, la percepción de neutralidad y su habilidad para actuar como una entrada para un mayor involucramiento de los gobiernos, las agencias de Naciones Unidas están particularmente bien posicionadas para tomar exitosamente el rol de metagobernanza (...) El involucramiento de Naciones Unidas sería también beneficioso ante las preocupaciones particulares sobre los campos en los que se establecen estándares privados”.⁹⁶ Por ello, el UNFSS podría estar bien posicionado para tomar ese rol. En realidad, bajo los auspicios del UNFSS, de las plataformas nacionales que emergieron en China e India, devengan puntos focales de UNFSS para poder coordinar entre las certificadoras públicas-privadas y los tomadores de decisión, estableciendo un sistema de intercambio que podría construir el escenario general de los estándares privados.

Este artículo también propone la creación de un punto focal de estándares de mercado en todos los países con intereses en juego, particularmente en naciones emergentes, como Brasil, para así acomodar las preocupaciones en torno a las medidas SPS y TBT, y ser una estructura que lidie con las diferentes barreras al comercio causadas por la proliferación de los estándares de mercado. Este punto focal nacional podría ser un agencia interministerial capaz de combinar el trabajo y el staff de las diferentes agencias públicas y privadas de certificación.

Esta iniciativa, sin duda, fortalecería la legitimidad y la *accountability*, que es una de las preocupaciones principales en los esfuerzos concretos de metaregulación de

94 Derkx, 2013, at 21.

95 Arcuri, supra, at 495.

96 Derkx, 2013, at 19.

los estándares de mercado. Debería involucrar directamente a las entidades estatales y privadas, nivelando el campo de juego entre países desarrollados y en desarrollo.

En suma, este artículo defiende la creación de una agencia internacional de estándares privados, que debería tener la responsabilidad de negociar el marco básico así como representar a los actores con intereses en juego en otros foros internacionales comerciales como, por ejemplo, la OMC -la metaorganización a cargo de la regulación del comercio- y sus Acuerdos de TBT y SPS.

En conclusión, los estándares pueden ser obligatorios, voluntarios, privados, públicos, transnacionales o de cualquier tipo, pero todos afectan el comercio internacional y, por ello, deben seguir principios básicos, reglas y representar a sus actores interesados. Además, debe existir una entidad internacional que garantice su legitimidad y su *accountability*, y que las defienda cuando colisionen con otras reglas establecidas en el ámbito comercial.

Los Comités del TBT y del SPS de la OMC están cometiendo un error estratégico al no tomar más seriamente la cuestión de los estándares privados. Las maniobras políticas de siempre de posponer las decisiones en el Comité SPS y la estrategia de no discutir la cuestión seriamente en el Comité TBT, dañarán los intereses de los Miembros de la OMC. Los estándares de mercado privados están afectando el comercio multilateral y deberían ser sometidos a un escrutinio minucioso y conjunto por los comités del SPS y del TBT, porque nacen en un área gris, entre las medidas TBT y SPS.

Ha pasado el tiempo en que uno podía, en esta materia, seguir el anciano dicho de Hipócrates: “prevenir es mejor que curar”. Sin importar el lapsus que haya en la estrategia comercial, no es tarde para remediar la inesperada multiplicación de los estándares de mercado. Por supuesto, mejor tarde que nunca metaregular el mercado.

EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO EN COLOMBIA

José Manuel Álvarez Zárate¹

Introducción

Los cambios políticos y económicos a nivel global de los años 80 y comienzos de los 90², trajeron consigo modificaciones en las estructuras de poder que llevaron a modificar constituciones y modelos económicos de desarrollo en toda América Latina. Colombia no fue la excepción, pues inició el proceso de desmonte de las políticas de sustitución de importaciones a finales de los años 80 y modificó su constitución en 1991, para adaptarse a un nuevo orden internacional que marcó el comienzo del fin del Estado como suprema autoridad en el Derecho Internacional³, por lo menos desde lo económico.

En efecto, el final de la Guerra Fría parece haber traído, al menos en principio, una mayor convergencia de políticas internacionales e ideologías legales, así como algún cambio en la estructura de prioridades de la sociedad internacional⁴, lo cual facilitó la terminación de la Ronda Uruguay en 1994, en la cual Colombia fue un actor más del grupo de países en vías de desarrollo.

La legitimación del Derecho Económico Internacional liberal de los años 80, que se estaba gestando en el proceso de negociación de la Ronda Uruguay del GATT, no podía darse en el marco de las estructuras de poder hegemónicas del enfrentamiento ideológico-económico norte-sur que aún se discutía a mediados de los años 80⁵. Ese

-
- 1 Profesor de Derecho Económico Internacional y Director de Maestría de Derecho Económico Internacional, Universidad Externado de Colombia. Asesor en asuntos económicos internacionales.
 - 2 El auge y desarrollo de las políticas neoliberales impulsadas por Margaret Thatcher y Ronald Reagan, la caída del Muro de Berlín y el fin de la Guerra Fría.
 - 3 Martin Dixon. *Textbook on International Law*, Blakstone, London, 1993, p. 17. Para algunos autores, la autoridad –entiéndase la soberanía económica– de los países en vías de desarrollo, ligada al comercio y la inversión, siempre ha sido dependiente de poderes hegemónicos y más fuertes. Ver Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 245.
 - 4 Christopher M. Ryan. *Sovereignty, Intervention, and the Law: A Tenuous Relationship of Competing Principles*. *Rev. Millenium, Journal of International Studies*, London School of Economics, 1997 Vol. 26 No. 1, p. 77.
 - 5 En América Latina, el libro *Derecho Económico Internacional en 1976* del Fondo de Cultura Económica de México, publicada alentada por el Centro de Estudios Económico y Sociales del Tercer Mundo de la UNAM, reunió importantes abogados de Argentina, Colombia, Chile, etc., para discutir sobre los alcances del derecho económico internacional, producto de los principios de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados para América Latina. El libro fue editado por Jorge Castañeda, Jorge Witker y Javier López Moreno, profesores en esa época de la UNAM.

proceso se dio en el marco de una convergencia ideológica mundial sobre las políticas aperturistas⁶, que facilitó la creación de las nuevas instituciones, dentro de un marco multilateral como el GATT⁷, y que da como resultado la creación de la OMC, en 1994.

Con el fin de la Guerra Fría y la creación de la OMC, algunos principios internacionales como el de la autodeterminación y el control soberano de la economía cambiaron. Por un lado, las intervenciones humanitarias son un claro ejemplo. Durante la Guerra Fría, parte de la sociedad internacional buscó resolver los conflictos armados centrandose su atención en aspectos como el mantenimiento del poder del Estado y la inviolabilidad de la soberanía territorial⁸. Y por el otro, las instituciones económicas locales tendrían que cambiar los paradigmas sobre los que se sustentaban para favorecer los flujos de comercio e inversión pactados, todo lo cual fue elevado a principio jurídico⁹.

La legitimación de los cambios globales en países que transitaban de dictaduras y democracias frágiles al libre mercado, requería de cambios institucionales-legales internos. Ello terminaría consolidando y preservando, para el futuro, los nuevos paradigmas económicos y de ejercicio del poder global. Esa legitimación se dio desde lo legal, a nivel interno, a través de reformas constitucionales que se adelantaron en toda América Latina¹⁰ para poder incorporar las obligaciones que se estaban negociando en la OMC, las derivadas de acuerdos de inversión y las de orden financiero, y a nivel internacional, a través de la negociación y firma de los anteriores acuerdos. Esas reformas produjeron cambios en las estructuras institucionales de poder al interior de los países, en los ámbitos de los derechos humanos y en lo económico. En el campo de los derechos humanos, se promueve desde el reconocimiento de libertades fundamentales básicas hasta el respeto y reconocimiento de tratados de derechos humanos, al punto de afirmar -por algunos- el surgimiento y la existencia de

6 Varios hechos coincidieron en aquella época. La toma del poder en Estados Unidos y el Reino Unido por políticos neoliberales -Ronald Reagan y Margaret Thatcher, respectivamente-; el fracaso del modelo soviético y la caída del Muro de Berlín, fueron hechos que marcaron el comienzo de la época aperturista que hoy vivimos y ayudaron a la consolidación institucional de entidades como la OMC y la red de Tratados de Protección de Inversión (BITs). Ver también Anghie, op. cit. p. 246.

7 Este proceso debería haberse dado en un marco de respeto racional de ciertas normas aceptadas por todos los Estados, en un proceso de acción comunicativa, en el sentido propuesto por Jurgen Habermas, en *Teoría de la Acción Comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987.

8 Christopher M. Ryan. *Sovereignty, Intervention, and the Law: A Tenuous Relationship of Competing Principles*. Rev. *Millennium, Journal of International Studies*, London School of Economics, 1997 Vol. 26 No. 1, p. 77.

9 El principio de conformidad, como un todo único de aceptación y adaptación normativa e institucional para el ámbito local, se ha establecido en el artículo XVI apartado 4 de la OMC: "4. Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos."

10 Los cambios constitucionales coinciden en las fechas y en instituciones. Argentina 1994, Bolivia 1994, Brasil 1993, Chile 1991, 1994, 1997, Colombia 1991, Costa Rica 1993, 1994, Ecuador 1993, 1996, 1998, México 1988-1994, Paraguay 1992, Perú 1993, 1995, Uruguay 1996 y Venezuela 1989.

un *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*¹¹, que recogería los elementos comunes de respeto y promoción de derechos fundamentales y derechos humanos.

Frente a esos rasgos comunes constitucionales de los derechos humanos, también se consolidaron otros derechos de naturaleza económica, que ayudaron a legitimar las instituciones económicas globales que estaban en proceso de creación, entre ellas la OMC y los tratados de protección de inversión. Así habría surgido también un *Ius Economicus Commune Latinoamericanum*, como palanca de transmisión necesaria para la implementación del nuevo modelo económico internacional, pro-competitivo, privatizador y globalizador.

La legitimidad positivista¹² del sistema económico global-nacional, ha llevado a que las normas de la OMC sean percibidas como legítimas y sean cumplidas por la mayor parte de los países que la conforman. Este proceso de incorporación normativa en la conciencia económica global, es el que más ha ayudado al cambio de percepción sobre la obligatoriedad del derecho internacional del comercio. En la post Guerra Fría, son las normas que en mayor medida los Estados están dispuestos a cumplir, por cuanto su contenido ya es compatible con los sistemas jurídicos nacionales que han incorporado en sus constituciones los elementos de una economía de mercado. Las normas creadoras de los sistemas de integración¹³, financieras¹⁴, de protección de la inversión o comerciales, son el mejor ejemplo de esta aceptación y sometimiento del Estado y sus habitantes al nuevo derecho económico internacional. Este respeto a las disciplinas impuestas, ha supuesto una pérdida de la autodeterminación estatal en áreas económicas que antaño eran total competencia interna.

Desde un punto de vista operativo, lo anterior se explica por la mayor interdependencia económica entre los Estados, un orden cada vez más multipolar, donde los polos no son solo los Estados sino compañías multinacionales y los capitales del mercado financiero internacional. Esta interdependencia ligada al capital y a un sistema económico, es reconocida jurídicamente a través de los distintos acuerdos de comercio e inversión suscritos por los Estados. Una vez que el Estado se obliga a abrir su economía por la suscripción de un tratado internacional de carácter económico, este pierde parte de su autonomía en las materias precisas donde ha adquirido las

11 Ver Mariela Morales Antoniazzi, *Protección Supranacional de la Democracia en Suramérica*, Un estudio sobre el acervo del *Ius Constitutionale Commune*, UNAM, México, 2015, quien durante varios años ha logrado organizar publicaciones, seminarios y presentaciones sobre esos rasgos comunes y diálogo entre cortes, con diferentes académicos del continente.

12 En el sentido de Max Weber, *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1993, citado en ¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad? Tanner Lectures, Jurgen Habermas, 1986. *Facticidad y Validez*, p. 535.

13 Desde el Tratado de Roma hasta las del Acuerdo de Cartagena.

14 ¿Quién desde la posguerra no ha cumplido con las previsiones del Fondo Monetario Internacional o el BIRF?

obligaciones. En consecuencia, su potestad reguladora derivada de la constitución se ve limitada¹⁵, generando algunas tensiones con grupos sociales que no ven representados sus intereses en el acuerdo comercial. He aquí los retos del sistema multilateral de comercio para los años por venir.

Del GATT a la OMC

Hace tiempo que el manejo de las relaciones internacionales en Colombia dejó de ser asunto exclusivo de los diplomáticos nombrados por el Presidente y la Cancillería. Por un lado, la dinámica internacional de los años '70 y '80 permitió observar que un mayor número de actores diferentes a los Estados se integró a las discusiones internacionales e influyó en la determinación de cuáles eran los temas prioritarios, y cuál la orientación que debía darse a ellos para bien de la humanidad. Por otro lado, estos nuevos actores¹⁶ influyeron de manera importante en el ámbito externo, pero también en la formación de intereses y políticas a nivel interno en Colombia, y en su adhesión al GATT. En este sentido, su aparición, el incremento de las tensiones internas y externas, las dinámicas políticas, interrelaciones y condicionantes que antes eran inexistentes, generaron un escenario complejo frente a la tradicional actividad interna colombiana en el manejo de sus relaciones comerciales internacionales¹⁷, pero finalmente se pudo dar cabida al ingreso de Colombia al GATT.

En el contexto de una tensión entre intereses diversos, Colombia solicitó su adhesión provisional al GATT desde 1974,¹⁸ pero se hizo miembro activo del mismo solo desde el 3 de octubre de 1981¹⁹. Sin embargo, participó en la Ronda de Tokio, en su calidad de miembro provisional.

Ante el fracaso de la inclusión de los nuevos temas de negociación en la reunión Ministerial del GATT de 1984, esto es, propiedad intelectual, servicios e inversión, como miembro activo, tomó un rol importante en las reuniones previas a la reunión de septiembre de 1986 en Punta del Este, Uruguay. El embajador de alterno de Co-

15 Ver, José Manuel Álvarez Zárate, *La O.M.C. Comentarios jurídico-económicos para Colombia*, UEC, 1998.

16 Nuevos actores entre los cuales se encuentra una sociedad civil plural y dispersa, apoyada e influida por diversa clase de intereses económicos o sociales.

17 Ver Álvarez Zárate, José Manuel, *El Control Simbólico en las relaciones internacionales*, Revista Con-Texto, 1998, Universidad Externado de Colombia.

18 En esta época se expidió la Decisión 24 del Pacto Andino, como un régimen común para capitales que beneficiaba la ampliación del mercado a los capitales regionales; limitaba los beneficios a las inversiones extranjeras; prohibía la venta de empresas a inversionistas extranjeros; los inversionistas solo podían aceptarse para nuevas empresas, entre otras.

19 Justo cuando empieza a desatarse la crisis de la deuda externa en América Latina, que aunque Colombia no declaró su moratoria, si restringió severamente la importación de bienes y pago de obligaciones.

lombia, Felipe Jaramillo, fue nombrado presidente de las partes contratantes, y en esa calidad ayudó a coordinar la agenda que se presentaría para la reunión Ministerial de 1986. En ese período, junto con Suiza, preparó el borrador de agenda donde se logró incluir los intereses de países en vías de desarrollo (agenda para el desarrollo) y los desarrollados (agenda nuevos temas), que finalmente se cristalizó en la Declaración de Punta del Este, que dio inicio a la Ronda Uruguay²⁰.

Actividad institucional

Desde el punto de vista de su actividad dentro de las instituciones comerciales del GATT a la OMC, Colombia participó como miembro activo durante toda la Ronda Uruguay, hasta su firma en Marrakech en 1994, que resultó con el establecimiento de la Organización Mundial de Comercio. Con este paso, para Colombia se crearon derechos y obligaciones sustancialmente nuevas en esferas que antes quedaban abarcadas por las disciplinas del GATT y en otras más nuevas, derivadas de la conclusión de la Ronda Uruguay, como los Acuerdos sobre el Comercio de Servicios, los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio y las Medidas en materia de inversiones relacionadas con el Comercio²¹.

Breviario: resultados de la RU y Colombia

Aranceles: El nivel general de desgravación para el acceso de productos provenientes de Colombia fue importante, pero no suficiente, pues seguía dependiendo más de las concesiones obtenidas vía SGP de los países desarrollados económicamente.

Derecho y transparencia: La creación y consolidación de la OMC supuso un avance del respeto al derecho internacional y un triunfo del multilateralismo sobre las tendencias hegemónicas de acudir a soluciones unilaterales. Se esperaba que la OMC sirviera para que los Estados pequeños se protegieran de ciertas prácticas hegemónicas que usaban la condicionalidad aplicada como mecanismo de política comercial²², pero para el caso de Colombia no funcionó.

20 Ver Gustavo Tobón Londoño, Participación de Colombia en la Ronda Uruguay, Revista de Integración Latinoamericana, BID, noviembre, 1989, p. 32.

21 Obligaciones Reglamentarias y otras consecuencias de los Acuerdos de la Ronda Uruguay. OMC, WT/COMTD/W/6, junio 13 de 1995, p. 1.

22 La condicionalidad en la política contemporánea expresa una situación de dependencia: un conjunto de actores, Estados, agentes no gubernamentales, instancias multinacionales, etc., con grandes atributos de poder hace depender a otro conjunto de actores estatales y societarios con menores o escasos recursos de poder de una serie de condiciones, para asegurar la integración o no-exclusión de estos últimos al esquema mundial económico y político. Juan Gabriel Tokatlian, Condicionalidad y Drogas: El caso de Colombia. En rev. Colombia Internacional CEI No. 37, 1997.

En efecto, Colombia obtuvo de la Unión Europea²³ y de los Estados Unidos²⁴ preferencias arancelarias derivadas de los sacrificios económicos y en vidas, que asumía en su lucha contra el narcotráfico. Pero para acceder a esos beneficios, el país debía cumplir una serie de requisitos en varias áreas comerciales, de inversión y propiedad intelectual, que tal vez hacían más gravosa la situación general del país en materia comercial, ya que todo se hacía sin contraprestaciones duraderas. Solo hasta que se negoció un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y luego con la Unión Europea, donde se bajaron los aranceles, este tipo de condicionalidad bajó.

Según la OMC, la Ronda Uruguay incrementó considerablemente la transparencia y la previsibilidad del sistema de comercio mediante el fortalecimiento de normas comerciales y la aplicación de disciplinas a nuevas esferas²⁵. En virtud del principio de conformidad previsto en el artículo XVI párrafo 4,²⁶ Colombia realizó varios cambios normativos en su sistema de valoración aduanera, reglas antidumping, licencias de importación, permisos previos a la importación de alimentos, medicamentos y productos agrícolas, entre otros.

Los nuevos temas: Frente a las disciplinas nuevas, para Colombia y los demás países del Acuerdo de Cartagena, la aprobación de la OMC implicó también modificar su ley de propiedad intelectual, la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, para permitir a nivel multilateral el patentamiento de productos farmacéuticos hasta por 20 años, y la protección de datos de prueba divulgados en revistas científicas²⁷, entre otros.

Servicios: En materia de servicios, los cambios más relevantes se dieron en la privatización de las empresas de telecomunicaciones y de energía, la apertura del mercado a nuevos inversionistas en esas áreas y el acceso a servicios de telecomunicaciones de valor agregado.

Las obligaciones o compromisos específicos que Colombia adquirió en materia de telecomunicaciones, en el marco del acuerdo sobre servicios, son aplicables para casi

23 El Programa Especial de Cooperación (PEC) de 1990, que concretó la elaboración de un SGP para reducir derechos de aduana de los países que sufrían problemas relacionados con el narcotráfico. Muriel Laurent, La cooperación externa de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga. Revista Colombia Internacional, enero-marzo, 1997., p. 17-29.

24 El ATPA, Andean Trade Preference Act de 1991 y luego el ATPDEA, Andean Trade Preference Drug Enforcement Act de 2001. 25 WT/COMTD/W/6. p. 2.

26 Artículo XVI, párrafo 4: "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos".

27 Ver artículo 39 ADPIC. Posteriormente, esos estándares de protección fueron elevados a través de los TLCs que negoció con Estados Unidos, que por medio de la cláusula de nación más favorecida, se ha multilateralizado a todos los Miembros de la OMC.

todas las actividades del sector servicios. Los sectores de telecomunicaciones que fueron excluidos de los compromisos del GATS fueron los servicios de radiodifusión y televisión, que aún mantienen algunas restricciones de trato nacional.

Servicios de telecomunicaciones: En general, la prestación de los servicios de telecomunicaciones no es libre, es decir, no hay acceso automático, pues todos los sectores deben obtener del gobierno licencia o concesión para proceder a proveer estos.

Para obtener la licencia o concesión es necesario que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones se constituyan legalmente en el territorio nacional. La constitución de estas sociedades es libre y puede presentarse de cualquiera de las formas empresariales establecidas en la legislación comercial.

Las obligaciones de Colombia frente al GATS se dividen en dos: a) Prestación de servicios para uso público, basados exclusivamente en la utilización de instalaciones y b) Prestación de servicios para uso no público, basados exclusivamente en la utilización de instalaciones, las cuales se refieren a la red privada de telecomunicaciones, establecidas por personas naturales o jurídicas para su uso particular y exclusivo, sin prestación de servicios a terceras personas y sin conexión a la red de telecomunicaciones del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones²⁸.

Colombia adquirió compromisos en telefonía local y local extendida, para lo cual eliminó las limitaciones de acceso a los mercados para el suministro transfronterizo o el consumo en el extranjero. La presencia comercial o inversión extranjera se consolidó en un máximo de 70% del capital de la empresa con licencia para operar, pero en la práctica hoy en día se admite inversión extranjera del orden del 100% del capital. De otro lado, no existen limitaciones frente al trato nacional.

A partir de las negociaciones en servicios de telecomunicaciones dentro del Comité de Servicios de la OMC, los servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional; los servicios portadores, de transmisión de datos con conmutación de paquetes, de transmisión de datos con conmutación de circuitos, télex y telégrafo, y los servicios de telefonía móvil celular (banda 800 MHz), quedaron liberados.

En general, la lista de compromisos de Colombia dispuso que en relación con el suministro transfronterizo y el consumo en el extranjero no había limitaciones de trato

28 Ver José Manuel Álvarez Zárate, La OMC... P.223-262.

nacional o acceso a los mercados. En un principio, el gobierno colombiano se había reservado el derecho a que los servicios de larga distancia nacional e internacional fueran prestados por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, pero al final la dinámica del sector llevó a que se abriera el mercado completamente y se privatizara esa empresa.

En el marco de las obligaciones adquiridas por Colombia ante el GATS, se reservaron algunas salvaguardias frente a la política de competencia. El proceso de privatizaciones mostró que era necesario para prevenir prácticas anticompetitivas de las empresas, que venían de operar como monopolios naturales a mercados oligopólicos.

De esta manera y con el fin de impedir que aquellos proveedores que, individual o conjuntamente, se constituyeran como proveedores importantes, emplearan o siguieran empleando prácticas que atentaran contra la libertad del mercado y los derechos de los consumidores, se mantendrían medidas adecuadas con el fin de controlarlos²⁹ y de controlar el acceso a instalaciones esenciales para la prestación de los servicios³⁰.

Interconexión de telecomunicaciones: En materia de interconexión de redes con un proveedor importante, Colombia se obligó a que esta quedaría asegurada en cualquier punto técnicamente viable de la red. La interconexión se debía facilitar en términos y condiciones y con tarifas que no fueran discriminatorias, y tendría que ser provista con una calidad no menos favorable que la facilitada para sus propios servicios similares o para servicios similares de proveedores de servicios no afiliados o para sus filiales u otras sociedades afiliadas. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió las normas para asegurar la interconexión, al punto de favorecer más a los extranjeros que entraban que a los operadores locales.

La interconexión además se debía facilitar en una forma oportuna, en términos y condiciones y con tarifas basadas en el costo, que sean transparentes y razonables; que tengan en cuenta la viabilidad económica, y estén suficientemente desagregados

29 Se entiende por proveedor importante aquel que tenga capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y del suministro) en un mercado dado de servicios de telecomunicaciones básicas, como resultado del control de las instalaciones esenciales o la utilización de la posición en el mercado como, por ejemplo, realizar actividades de subvención cruzada; utilizar información obtenida de competidores con resultados anticompetitivos, y no poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que estos necesiten para suministrar servicios.

30 Debe entenderse como instalaciones esenciales todas aquellas de una red o servicio públicos de transporte de telecomunicaciones que sea suministrada, exclusivamente o de manera predominante, por un proveedor o por un número limitado de proveedores, y que adicionalmente su sustitución con miras al suministro de un servicio, no sea factible en lo económico o en lo técnico.

para que el proveedor no pagara por componentes o instalaciones de la red que no necesite para el suministro del servicio, y además previa solicitud, en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red ofrecidos a la mayoría de los usuarios, a un precio que refleje el costo de construcción de las instalaciones adicionales necesarias. Dentro de lo anterior se garantiza el principio de transparencia, en el sentido de poner a disposición del público los acuerdos de interconexión de todo proveedor importante, así como sus ofertas de interconexión de referencia³¹.

Colombia en el sistema de solución de controversias

El sistema de solución de diferencias de la OMC es considerado como una forma de gobernanza global³². En el caso de Colombia, el país ha actuado en cuatro casos como demandado, tres de ellos involucran a Panamá por las medidas que ha tomado para combatir las irregularidades que se cometen desde la zona de Colón, con la declaración de los precios de las mercancías de terceros países que usan ese puerto para introducirlas posteriormente a Colombia³³.

Como demandante ha participado en cinco casos: Bananos contra las Comunidades Europeas (DS361), Salvaguarda azúcar contra Chile (DS230 y DS228, DS188)³⁴, contra Nicaragua y contra Estados Unidos, por las restricciones a las importaciones de escobas de sorgo.

El caso de los Bananos (DS361), ha sido tal vez el de mayor impacto económico para Colombia, y el que más frustración legal ha producido. La disputa forma parte de una larga serie de disputas de países de América Latina sobre este tema³⁵. Se inició en marzo de 2007, con solicitud de celebración de consultas, por cuanto el régimen para la importación de bananos aplicado por Europa desde el 1º de enero de 2006, gravaba con un arancel a los bananos de origen NMF con 176 euros/tonelada, y los bananos ACP podían importarse en régimen de franquicia arancelaria hasta 775.000 toneladas/año.

31 GATS/SC/20/Suppl.2, p.10

32 Ver Carolina Vásquez Arango y José Toro, *La Gobernanza Global y la Solución de Diferencias en el Derecho Económico Internacional: la Actuación de Colombia en la OMC. Estado y Futuro del Derecho Económico Internacional en América Latina*, (Ed) Holger Hestermayer y otros.

33 Ver casos DS348, DS366 y DS461. Colombia usó una firma internacional para defenderse en estos casos, pero perdió por falta de pruebas, como lo señaló el panel.

34 Esta reclamación se quedó en el nivel de consultas, puesto que posteriormente Colombia decidió iniciar la reclamación en el ámbito del Acuerdo de Cooperación, celebrado entre Colombia y Chile. Allí Colombia ganó la diferencia e impuso medidas de retorsión al encontrar que Chile no había cumplido lo decidido por el Panel.

35 Ver DS27, DS158, sumado a varios arbitrajes de cumplimiento iniciados por Ecuador y Estados Unidos. El conflicto también había sido conocido por el GATT desde 1991 a petición de Costa Rica.

Desde los años 90, la Unión Europea había venido siendo demandada por países en vías de desarrollo, por la aplicación de regímenes arancelarios incompatibles con las normas del GATT y luego de la OMC. En todos los casos perdió, y nunca cumplió con lo ordenado por el Órgano de Solución de Diferencias³⁶.

El 8 de noviembre de 2012, la Unión Europea y Colombia notificaron al OSD, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 3 del ESD, una solución mutuamente convenida, donde Colombia aceptó términos menos ventajosos que los que había decidido el OSD en contra de Europa.

También ha actuado activamente como tercero en 47 casos, dentro de los cuales está el caso de Bananos contra las Comunidades Europeas (DS27) y los casos contra las Comunidades Europeas por las subvenciones a la exportación de azúcar (DS265, DS266 y DS283), entre otros.

Colombia en las negociaciones multilaterales

Durante los 20 años de vigencia de la OMC, con un número limitado de funcionarios, pero profesionales de gran formación y capacidad³⁷, Colombia ha logrado participar exitosamente en los procesos de negociación en casi todos los temas y, al mismo tiempo, participar en varios grupos de interés en el marco de las negociaciones multilaterales, como el Grupo de los 20, del cual se retiró en el año 2003, justo cuando se estaba posicionando³⁸; el Grupo Cairns; el Grupo de Productos Tropicales; los Amigos de los Peces, y los Amigos de las Negociaciones Antidumping.

La OMC en el derecho interno colombiano

Desde el punto de vista de la acción local-internacional, esto es, las instituciones domésticas que deben lidiar con la incorporación de las obligaciones del tratado, surgen varios asuntos legales que aún no están totalmente resueltos ni en la práctica ni en la doctrina.

36 Ver, WT/DS361/2, WT/DS364/2, 22 de diciembre de 2009. Informe del Director General sobre el uso de sus buenos oficios en las diferencias (de conformidad con el párrafo 12 del artículo 3 del ESD).

37 En general, los funcionarios públicos encargados de las relaciones comerciales colombianas ante la OMC han sido técnicos y capaces. Sin embargo algunos ministros (as) han querido llevar algunas personas sin experiencia en algunas ocasiones, eso le ha quitado capacidad a la delegación en Ginebra.

38 Colombia se retiró del Grupo de los 20, países en vías de desarrollo, por razones ideológicas del presidente de la época, durante la negociación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

Por un lado, la tensión entre los criterios clásicos del derecho administrativo, que legalmente se deben seguir cuando se adoptan políticas públicas (que privilegian el interés general sobre el particular), y los criterios pro-acceso al mercado previsto en los acuerdos de la OMC, han generado no pocas controversias a nivel interno en materia agrícola, acceso a medicamentos y el desarrollo de políticas industriales³⁹.

De otro lado, en estos 20 años surgieron algunas discusiones sobre las tensiones de orden jerárquico constitucional frente al derecho internacional de los tratados de libre comercio, que necesariamente influirían en el manejo local de las cuestiones relacionadas con la OMC⁴⁰.

Desde lo jurídico formal, el estudio de constitucionalidad del Acuerdo de la OMC por parte de la Corte Constitucional colombiana, no tuvo discusión al interior de la Corte⁴¹, ni tampoco a nivel político, dado que la reforma constitucional de 1991 contiene suficientes elementos económico-institucionales para adaptarse a la economía de mercado que se estaba consolidando. Este arreglo institucional permitió justificar la firma y aprobación del Acuerdo de Marrakech sin discusión alguna en el Congreso y la Corte Constitucional. Las discusiones jurídicas vinieron después, cuando se produjeron nuevos procesos de apertura con la negociación de los tratados de libre comercio con países económicamente desarrollados, como Estados Unidos⁴².

De otro lado, ha existido cierta discusión en Colombia y otros países en vías de desarrollo económico, respecto del margen de acción del Estado para adoptar políticas públicas pro desarrollo, o respecto de que el interés general podría verse limitado por la aprobación de la OMC en sus órdenes internos⁴³. La discusión legal se pudo enmarcar, nuevamente, en la tensión de principios entre la norma internacional económica y el derecho constitucional y administrativo colombiano.

Para los sucesivos gobiernos que han manejado las relaciones internacionales desde la época de la independencia de España, en el siglo XIX, que provienen de una

39 Algunas publicaciones dan cuenta de esas tensiones, p.ej. Juicio al Libre Comercio. Aspectos Jurídicos del TLC, Revista El Otro Derecho, No. 33, ILSA, 2005; La Guerra contra los Medicamentos Genéricos, Germán Holguín, Ed. Aguilar, 2014; Integrando la Salud Pública en la Legislación sobre Patentes en los Países en Desarrollo, Carlos M. Correa, South Centre, 2001.

40 Ver sentencia Corte Constitucional C-750 de 2008, que revisó la constitucionalidad del proceso de negociación y los resultados finales del TLC con Estados Unidos, donde en más de 400 páginas da cuenta de las intervenciones y discusiones de la sociedad civil con el equipo negociador del gobierno.

41 Ver Sentencia Corte Constitucional C-137 de 1995.

42 Colombia inició negociaciones comerciales con Estados Unidos en el marco del Acuerdo de Libre Comercio de Las Américas (ALCA), en el año 1998, y al fracasar este, pasa a firmar un Tratado de Libre Comercio con ese país, luego con la Unión Europea.

43 Ver Sonia Rolland, Development at the WTO, OUP, 2012, p. 266 ss.

tradicción positivista y que ha debido adelantar las reformas para adaptarse a los mandatos de la OMC, en la práctica, se ha adoptado el punto de vista de la teoría monista del derecho internacional, con primacía de este último. En efecto, cada vez que ha existido un debate sobre el alcance y obligatoriedad del acuerdo internacional, respecto de normas locales que son contrarias, se ha escogido aplicar la norma de la OMC sobre la local⁴⁴.

De todas formas, no se debe desconocer que con la adhesión de Colombia a la Organización Mundial de Comercio, algunas de las facultades constitucionales del Estado en materia económica se vieron limitadas. El Consejo Superior de Comercio Exterior colombiano señaló, en su momento⁴⁵, que el principal efecto de este nuevo contexto es la generación de unas reglas de juego jurídicas e institucionales que reducen la discrecionalidad de la política comercial de los países que han adherido a los Acuerdos. Así, Colombia se desprendió voluntariamente de una parte de su soberanía, e impuso algunos límites mediante el Acuerdo de la OMC y sus Acuerdos abarcados, que pueden ser clasificados en:

a) **Directos:** cuando los criterios para legislar en las materias pertinentes no pueden ser cambiados por el Estado, por contener obligaciones claras y determinantes, por ejemplo, la concesión de patentes por 20 años.

b) **Indirectos:** en el sentido de conciliar⁴⁶ las normas que se expidan con los criterios generales de política, por ejemplo, la adecuación a los principios generales de comercio, como trato nacional, acceso al mercado o a los pactados en los acuerdos de la OMC.

No hay que perder de vista la historia y la finalidad de las negociaciones de la Ronda Uruguay, donde no se buscaba limitar las posibilidades de desarrollo de los países. Todo lo contrario, un principio *in dubio pro desarrollo* permea todo el acuerdo de la OMC, desde la formación de la agenda, hasta la adopción de los textos definitivos⁴⁷.

44 La reforma al régimen de telecomunicaciones mediante la Ley 142 de 1994 es un ejemplo de ello. En esta ley se abrió el mercado y permitió el acceso a las redes de propiedad del Estado al uso por nuevos competidores. No se debe olvidar que las normas generales de carácter económico que se encuentran en la Constitución, han servido de apoyo también para realizar las reformas necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la OMC y justificar sus acciones.

45 Ministerio de Comercio Exterior. Política de Comercio Exterior. Documento aprobado por el Consejo de Comercio Exterior, el 15 de septiembre de 1997, p. 17.

46 Tal vez usando la palabra subordinar, nos acercamos más a la idea que queremos expresar.

47 José Manuel Álvarez Zárate, *The In Dubio Pro Development Principle: A Right to Development in Trade and Investment Regimes*, DENV. J. INT'L L. & POL'Y, VOL. 43:4, P. 333-350

En consecuencia, la aspiración a la cual se debe llegar ante un posible conflicto entre las normas internacionales de la OMC y las internas, es a que exista una convivencia de principios⁴⁸, pues si cada principio y cada valor se toma como concepto absoluto, sería imposible admitir otros junto a ellos⁴⁹. No se trata, pues, de que debe prevalecer un solo valor o un solo principio, sino que en una sociedad internacional reconocidamente plural es necesario salvaguardar varios simultáneamente.

Legitimidad constitucional de la OMC

Se puede alegar que la Constitución es el primer límite a la acción internacional del Poder Ejecutivo, que negoció los acuerdos de la OMC. Desde el punto de vista local, un asunto que surge es si los compromisos adquiridos en el ámbito de la OMC han sido asumidos legítima y legalmente por quienes tuvieron a su cargo negociar y luego suscribir el acuerdo. El punto de partida, desde lo legal, fue resuelto mediante la formalidad de la declaración de la Corte Constitucional de que la OMC era constitucional⁵⁰. De esta forma, la acción de los negociadores y de quien ratificó el acuerdo por parte del ejecutivo fue legal.

De otro lado, respecto de la legitimidad, como la redacción de la Constitución fue el resultado de una negociación de intereses de los diferentes sectores sociales y económicos representados en la Asamblea Nacional Constituyente, y esta constitución adopta los principios pro-mercado y pro-globalización, en el marco de un estado social de derecho, parecería que la OMC también cuenta con un alto grado de legitimidad.

Por otra parte, quienes hoy representan a Colombia en la OMC, están obligados a promover varios valores y principios constitucionales durante las negociaciones en curso, como aquel de obliga a propender por el respeto del interés general y el bienestar, ya que son intereses nacionales que se deben respetar y promover a nivel internacional⁵¹.

En materia de relaciones y tratados internacionales, la Constitución colombiana divide en las tres ramas del poder público las funciones relacionadas con la aprobación de

48 El término es usado en el mismo sentido que usa V. Sagrebleski, *El Derecho Dúctil*, para el caso de la Constitución.

49 Op. cit. p.16.

50 Ver Sentencia C-137 de 1995.

51 Ver *El Interés Nacional en Colombia*, ed. Universidad Externado de Colombia, noviembre de 2002. José Manuel Álvarez Z. A manera de ejemplo, algunos intereses constitucionales protegibles son: la independencia nacional, la independencia o soberanía alimentaria o comúnmente llamada seguridad alimentaria, la integridad territorial, los derechos humanos y colectivos como el de la vida, la salud, la educación, etc.

tratados y el desarrollo de las relaciones internacionales. El Poder Ejecutivo negocia los acuerdos, el Congreso los aprueba mediante ley, y la Corte Constitucional revisa que los compromisos asumidos por el país sean compatibles con la constitución⁵².

Una serie de artículos constitucionales justificaron ante la Corte Constitucional, la firma, aprobación e incorporación, al orden jurídico colombiano del Acuerdo de la OMC y sus acuerdos anexos.

Durante el proceso de negociación de la Ronda Uruguay, el ejecutivo colombiano tenía el deber de promover la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas, pero no a cualquier precio. Debía tener en cuenta el equilibrio de derechos constitucionales a la hora de firmar el Acuerdo de la OMC y sus anexos (como lo ordenan los artículos 226⁵³ y 227⁵⁴ de la Constitución, respectivamente, que indican que debe ser sobre bases de equidad).

Asimismo, la Constitución colombiana establece en el artículo 9º, que las relaciones exteriores se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia. Esta obligación contiene un equilibrio local-internacional, donde la autodeterminación encuentra sus límites económicos en las obligaciones contraídas en los acuerdos comerciales y de inversión, que contienen otros principios como el de acceso al mercado, libre competencia o libertad de circulación del capital, servicios y bienes. Es decir, que la soberanía y la autodeterminación están marcadas por la afirmación de unos valores económicos particulares, formulados como universales y exclusivos en el ámbito del comercio y la inversión, que se trasladan al funcionamiento de las instituciones locales, que tienen el deber de seguir los postulados constitucionales.

El principio de no-discriminación también tiene rango constitucional en Colombia, como derecho fundamental a la igualdad de toda persona, incluidas las personas jurídicas⁵⁵. También lo tiene la promoción de la competencia, donde el Estado colombiano tiene el deber de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica;

52 Ver artículos 189.2, 150.16 y 241.10 de la Constitución.

53 El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

54 El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y, especialmente, con los países de América Latina y el Caribe, mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

55 Ver artículo 13 de la Constitución.

además de evitar y controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional⁵⁶. Inclusive, el ordenamiento constitucional colombiano sostiene que la libre competencia económica es un derecho o interés de carácter colectivo, de similar naturaleza que los derechos relacionados con el medio ambiente⁵⁷.

Con todo lo anterior, el acuerdo de la OMC fue aprobado mediante la Ley 170 de 1994 y declarado constitucional por la Corte Constitucional. Así se decidió “que la creación de la Organización de Comercio, y en particular la suscripción de sus anexos, entre los que se encuentra el de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC), promueven la internacionalización de las relaciones políticas y comerciales del Estado colombiano y propugnan una integración económica con las demás naciones”⁵⁸, con lo que se da cuenta de la visión de la Corte respecto de la integración de los principios de la constitución liberal de 1991 con los postulados de la organización de la OMC.

En efecto, en ese orden de ideas, la Corte Constitucional afirmó que “puede sostenerse que la creación de la Organización Mundial del Comercio interpreta el artículo 226 de la Constitución, según el cual “el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”⁵⁹. Y consulta, además, el espíritu del artículo 227, de acuerdo con el cual “el Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones... mediante la celebración de tratados que, sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales”. En esta ocasión no dijo nada sobre las competencias regulatorias que podían afectar la aprobación del tratado internacional.

Más adelante, cuando la Corte Constitucional estudia el TLC celebrado entre Chile y Colombia, se ocupa de estudiar las competencias regulatorias, pero afirma -sin base doctrinaria o legal internacional sólida- que este tipo de tratados no afecta las competencias regulatorias. Dijo la Corte que: “en este orden de ideas, se concluye y precisa que la declaratoria de exequibilidad de un tratado internacional de comercio, no afecta (i) la existencia y vigencia plena de competencias normativas del Congreso y del Ejecutivo; (ii) la aplicación, en casos concretos, del bloque de constitucionalidad queda intacta, y (iii) la eventual procedencia de alcance de las acciones constitucionales. Un tratado de libre comercio no puede llevar al vaciamiento o desconocimiento

56 Artículo 333 inc. 4°. Constitución Nacional.

57 Artículo 88 C.N.

58 Ver sentencia C-137 de 1995.

59 *Ibidem*

de las competencias de los órganos judiciales que propenden por la defensa de los derechos fundamentales. De hecho, no se puede olvidar que un tratado internacional de libre comercio no es más que una ley y, por ende, debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la Constitución”.⁶⁰

Al contrario de lo afirmado por la Corte Constitucional frente a los tratados comerciales, otras altas cortes colombianas, como el Consejo de Estado, le han dado un alcance diferente a las obligaciones internacionales derivadas de la OMC dentro del ámbito interno. Incluso, en otra sentencia, la misma Corte Constitucional da un paso en el sentido correcto, al afirmar que las normas internacionales se incorporan en el orden interno, y que es necesario cumplirlas, con lo cual, en la práctica, la doctrina de la Constitucional respecto de que las normas constitucionales son superiores a otras ha quedado sin respaldo.

En esa ocasión, dijo que “el hecho de que, por regla general, los tratados internacionales no sean referentes directos de constitucionalidad, no implica que los mismos carezcan de valor normativo, pues si ellos han sido incorporados al derecho interno y entran a formar parte del conjunto de disposiciones válidamente aplicables en el territorio nacional -en su condición de leyes de la República-, su cumplimiento es igualmente ineludible por parte de las autoridades competentes”.⁶¹

Este último pronunciamiento ha servido de apoyo para que otras cortes y entidades del gobierno, encargadas de ejecutar las normas de la OMC y otros tratados de naturaleza económica, hayan aplicado estas normas, incluso sobre las locales cuando han encontrado antinomias frente al orden local.

Los tratados de la OMC en las cortes locales

Cuando la norma internacional, en su aplicación, entra en conflicto con la norma nacional, en cierta medida se desbordan los límites de la Constitución y la ley interna. Por ello, los criterios de la interpretación se amplían, pues se deben tener en cuenta los principios, normas del derecho internacional y los del acuerdo comercial, para dar el alcance y contenido correcto al derecho que se debate. En efecto, las normas de Derecho Internacional Económico, como algunas de las de la OMC, han confe-

⁶⁰ Sentencia Corte Constitucional C-031/09, estudio de constitucionalidad del TLC Colombia-Chile.

⁶¹ Ver Sentencia C-155 de 2007.

rido directamente derechos y obligaciones a los individuos⁶². Por ello, es importante apreciar el proceso de aplicación por los operadores jurídicos nacionales.

Los operadores jurídicos nacionales (jueces o funcionarios públicos), en un proceso de aplicación de las disposiciones internacionales, deben tener en cuenta la naturaleza de las normas con las que deben trabajar. En el proceso de aplicación e interpretación de normas internacionales económicas, el operador jurídico podrá observar que el contenido y fines de estas normas puede compenetrarse sin mayor tensión con aquellas normas económicas internas. Ello ocurre más fácil en los países miembros de la OMC y el FMI que han aceptado el modelo liberal económico. En consecuencia, verá -además- que los principios económicos que fundamentan ambas categorías jurídicas son los mismos, es decir, que las fuentes ideológicas que las inspiran son las mismas: libertad de mercado, libertad de circulación de capitales, bienes y servicios, etc. En efecto, la Constitución colombiana contiene estos principios económicos. Un ejemplo es el artículo 333 que reconoce y garantiza que la actividad económica y la iniciativa privada son libres; que la libre competencia económica es un derecho, y que el Estado impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica⁶³.

En caso de conflicto entre la norma internacional y la local, en virtud de la tesis monista del derecho internacional, el derecho económico internacional debe prevalecer sobre el nacional. Las razones en que se fundamenta este postulado son de diferente categoría:

- a) El derecho internacional es un orden superior, porque ofrece la mejor garantía de protección de los derechos humanos de los individuos, porque a veces el derecho interno en vez de proteger a estos, los persigue.
- b) El derecho internacional es el garante de las libertades individuales⁶⁴.
- c) Porque es el derecho que mayor participación democrática tiene en su formación⁶⁵. En consecuencia, detenta mayor legitimidad que cualquier orden nacional.

62 Por ejemplo, los derechos a que se conceda una patente a un particular cuando se cumplen ciertos requisitos, artículo 27 ADPIC.

63 Alvarez, La OMC...

64 Martin Dixon, op. Cit. p. 70.

65 En el sentido de participación voluntaria de los Estados, quienes de no aprobar los textos legales del tratado, pueden no aceptarlos o aceptarlos con reservas. Adicionalmente, las discusiones en la formación de los acuerdos internacionales permite exponer los diferentes puntos de vista e intereses, llegando a fórmulas intermedias que en mayor medida satisfacen los intereses de la mayoría.

d) El derecho internacional es un orden superior, porque es la expresión de la suma de soberanías.

Los operadores jurídicos colombianos, por costumbre aplican y respetan el derecho internacional⁶⁶. Esto ha sido reforzado mediante doctrina local, que entiende la obligatoriedad y superioridad de las normas derivadas de tratados internacionales sobre las normas locales⁶⁷.

Según lo establecido en el Acuerdo de la OMC, surgen dos tipos de obligaciones de carácter legislativo o regulatorio: primero, obligaciones de adaptación de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos internos, y segundo, obligaciones de determinar estas leyes, reglamentos y procedimientos futuros, a principios de economía abierta y sin barreras. La adaptación de las leyes internas incluye, para el caso colombiano, la limitación de ciertas facultades a legislar en ciertas materias que se encuentran en los Acuerdos Anexos.

La Sección Quinta del Consejo de Estado ha señalado, respecto del cumplimiento y desarrollo de tratados de naturaleza económica, que el Ejecutivo puede producir actos unilaterales para desarrollar y dar efectos a las obligaciones internacionales adquiridas⁶⁸, incluso para reconocer derechos derivados del tratado a las personas, así: “la ejecución y aplicación de los tratados por los tribunales nacionales, se pone en evidencia especialmente cuando se establecen derechos y obligaciones para los individuos”.⁶⁹

De particular importancia resulta la sentencia de la Sección Cuarta, del 31 de marzo de 2012, donde afirmó su jurisdicción para conocer de la legalidad de actos administrativos que adoptan decisiones del Grupo Arbitral designado por la Comisión Administradora del Acuerdo de Comercio con Chile, para confrontarlos con las obligaciones asumidas mediante el tratado. En esta sentencia se ratifica la obligación de actuar de buena fe del Estado colombiano “en concordancia con la Convención de Viena, que precisa que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

66 El Consejo de Estado ha determinado en varios casos que las normas internacionales son superiores a las locales. Es de aclarar que esta alta corporación no ha evitado dar el debate respecto de si la Constitución es una norma inferior. Sección Tercera, nulidad de laudo arbitral, Caso ETB v. COMCEL (Claro), ETB v. TELMEX.

67 Ver Marco Gerardo Monroy Cabra. *El Derecho Internacional como Fuente del Derecho Constitucional*, en ACDI, No. 1, Bogotá, 2008, p. 107-138.

68 Ver *Los Tratados de Libre Comercio en el Derecho Colombiano*, Juan David Barbosa, Mauricio Andrés Salcedo y Miguel Antonio Villamizar, Universidad del Rosario.

69 Citado en *infra*. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de enero de 2003, CP Mario Alario Méndez.

Ahora bien, vale la pena resaltar la decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 31 de mayo de 2001, en la que se afirmó la posibilidad que tiene un particular de exigir el cumplimiento de una norma contenida en un tratado internacional incorporada en el derecho interno. El Consejo de Estado indicó que: “no cabe duda de que el accionante puede reclamar, a través de esta acción, por las acciones u omisiones de la autoridad pública que desconozcan tratados internacionales debidamente incorporados al derecho interno”.

Los retos y futuro

A pesar del cambio de política, respecto de privilegiar el bilateralismo con la firma seguida y sin descanso de Tratados de Libre Comercio, sobre el multilateralismo de la OMC, Colombia no ha descuidado su participación en esta institución. La delegación en Ginebra cuenta hoy en día con una mayoría de funcionarios de carácter técnico que participan en las diferentes comisiones y grupos de negociación. Incluso, el embajador Gabriel Duque fue nombrado, en 2015, Presidente del Grupo de Negociación del Consejo de Servicios.

En efecto, para Colombia la OMC sigue siendo un foro importante de discusión sobre la política comercial y para la resolución de diferencias comerciales. La firma de los TLCs introdujo mecanismos de diálogo para solucionar las diferencias comerciales, pero estos no alcanzan a garantizar la eficacia del sistema multilateral de la OMC.

En el ámbito de las obligaciones del Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con Comercio de la OMC, y las obligaciones asumidas en los TLCs, que han limitado el espacio de política pública para desarrollar políticas industriales, el reto para Colombia es cómo aprovechar las ventajas del comercio con aquellas limitaciones.

Después de más de diez años de iniciado el proceso de firma de los TLCs y veinte de la vigencia de la OMC, Colombia no ha podido avanzar en la creación de nuevos sectores que dinamicen sus exportaciones y el crecimiento económico. Sus exportaciones, diferentes a las de petróleo, carbón y níquel, siguen estancadas y no se ven signos de mejoría. Al contrario, como ha ocurrido en muchos lugares del mundo, se ha presentado un proceso continuo de desindustrialización.

CUBA EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO: UNA APROXIMACIÓN A SU PARTICIPACIÓN

MSc. Jonathán Quirós Santos¹

La membresía de Cuba en la Organización Mundial del Comercio (OMC), aún con rasgos comunes a la mayoría de los otros de la región y a la de numerosos países en desarrollo, tiene singularidades muy marcadas, propias de su sistema económico, político y social, y de sus relacionamiento internacional, incluyendo sus relaciones comerciales.

El país fue una de las 23 partes contratantes del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947, y junto a Brasil y Chile, las únicas de América Latina y el Caribe. Desde 1959 inició un proceso revolucionario que casi de inmediato condujo a transformaciones socialistas, en las que predomina la propiedad estatal sobre los medios de producción y hasta hace muy poco el monopolio estatal del comercio exterior. Es el único país del mundo que entre los siglos XX y lo que ha transcurrido del XXI, ha sufrido más de cincuenta años de bloqueo económico, comercial y financiero² por parte de Estados Unidos, país cuyas presiones provocaron el aislamiento regional de Cuba durante años, incluyendo la ruptura de relaciones diplomáticas (exceptuando a México).

¹ Centro de Investigaciones de la Economía Mundial (CIEM). Cuba

² El llamado embargo por Estados Unidos. Más allá de polémicas sobre el término, bloqueo es la denominación más acertada para definirlo, amén de que invariablemente Cuba ha presentado ante la Organización de las Naciones Unidas desde 1992 informes Sobre la resolución 69/5 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada “Necesidad de poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por los Estados Unidos de América contra Cuba”. Los informes periódicos presentados con esta denominación son aprobados por una inmensa mayoría de los países. En la última votación, en 2014, 188 países votaron a favor de la resolución, solo tres se abstuvieron y dos votaron en contra, Estados Unidos e Israel. En 2015 también se presentará, pues aunque se hayan restablecido las relaciones diplomáticas entre ambos países, se mantiene el bloqueo.

En líneas gruesas, la gran mayoría de los países de América Latina y el Caribe incorporaron los procesos de apertura y liberalización en la década de 1980, como parte de sus estrategias de desarrollo. Sus esfuerzos de reformas coincidieron con las negociaciones de la Ronda Uruguay, de ahí que estas últimas no significaron grandes esfuerzos de ajuste, con excepción de algunas materias, como la institucionalidad en propiedad intelectual o el desafío ante el sistema de solución de controversias de la OMC (CEPAL, 2005).

Más recientemente, en la inserción de la mayoría de los países de la región a la economía mundial globalizada, tuvo una notable eclosión de tratados de libre comercio con países desarrollados, básicamente con Estados Unidos, y en menor medida entre sí y con países de otras latitudes, así como la modificación de la filosofía de los esquemas de integración regional “clásicos”, a lo que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) denominó “regionalismo abierto” y con la cual había surgido el Mercosur a inicios de los años 1990.

Cuba, que ha sido impactada de forma brusca en dos ocasiones, por la desconexión forzada de sus principales socios económicos³ e interlocutores comerciales, y que no es miembro de los esquemas de integración subregionales ni comparte la filosofía de los tratados de libre comercio en boga, a inicios de los años '90 inició transformaciones, incluyendo las de su sector externo, unidas a un proceso de desregulación, descentralización y reducciones arancelarias, por la adhesión a la OMC y a las previas negociaciones de la Ronda Uruguay, cuyo impulso inicial provino por el cambio en las condiciones externas en ese período mencionado anteriormente (Álvarez, 1995).

En cualquier caso, en los análisis de impacto y de la participación pasada, actual y futura del país en la OMC, tendrá una influencia significativa el bloqueo económico, comercial y financiero de los gobiernos de Estados Unidos contra Cuba. Según las últimas informaciones disponibles, hasta junio de 2015 el daño económico ocasio-

³ En el período previo a 1959, Estados Unidos concentraba 67% de las exportaciones y 70% de las importaciones cubanas. Tras la Revolución, la forzada reorientación geográfica del comercio exterior cubano, provocado por el bloqueo estadounidense y los vínculos con la ex Unión Soviética a partir de los inicios de la década de 1960 hasta 1990, hicieron que este país concentrara 70% del intercambio comercial cubano. Si se suma a esta inserción preferente del país en las relaciones comerciales y políticas a los restantes países del “socialismo real” de Europa central y oriental, con el ingreso en 1972 de Cuba al Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME) en la “división internacional socialista del trabajo”, entre el 80 y el 85% de los intercambios externos de Cuba hasta 1989 fue con esta entidad (y la especialización en las exportaciones de azúcar, níquel y tabaco y las importaciones de combustibles y bienes de capital y consumo).

nado al pueblo cubano por la aplicación del bloqueo, considerando la depreciación del dólar frente al valor del oro en el mercado internacional, asciende a 833 mil 755 millones de dólares, a pesar de la reducción del precio del oro en comparación con el período anterior, pero a precios corrientes, durante todos estos años, el bloqueo ha provocado perjuicios por más de 121 mil 192 millones dólares (MINREX, 2015).

Algunas implicaciones del bloqueo contra Cuba

El largo bloqueo de los gobiernos de los Estados Unidos contra Cuba se inició formalmente el 3 de febrero de 1962, mediante la Proclama Presidencial 3447 del demócrata John F. Kennedy, aunque antes de esta fecha la administración republicana de Dwight Eisenhower había impuesto contra Cuba muy severas medidas económicas y políticas que pueden calificarse como tal (Miranda, 1996).

Las facultades para administrar sanciones económicas contra un país (de igual forma que las de aprobar las excepciones al conjunto de prohibiciones establecidas mediante el proceso de otorgamiento de licencias), provenientes de la Proclama Presidencial 3447, están contemplada en la Sección 5, inciso (b) de la Ley de Comercio con el Enemigo de 1917 (Trading with the Enemy Act), de la cual emana la autoridad legal necesaria para instituir las reglas y regulaciones que autoricen la emisión de instrucciones, licencias u otras disposiciones que sean necesarias para instrumentar tales medidas.

Si bien el bloqueo de las sucesivas administraciones estadounidenses contra Cuba tiene su epicentro en la Ley de Comercio con el Enemigo, no es una construcción jurídica unitaria, pues está conformado por un conjunto de normas jurídicas y regulaciones administrativas (Valido, 2013). De ahí que ante el impacto de todo tipo que tuvo para Cuba la desintegración de la Unión Soviética y la desaparición del llamado “socialismo real”, se aprobó y comenzó a regir, a finales del gobierno del republicano George H. Bush, la llamada Ley para la Democracia Cubana de 1992 (Cuba Democracy Act of 1992), conocida como Ley Torricelli, por el apellido de su impulsor.

Esta reforzó la extraterritorialidad del bloqueo, ya que se prohibió el otorgamiento de licencias a subsidiarias estadounidenses asentadas en terceros países a que realicen transacciones con Cuba y sus ciudadanos⁴; impidió que los barcos de terceros

⁴ Lo que había sido permitido por la administración demócrata de James Carter (1976-1980).

países que entren a puertos cubanos para el comercio de bienes o suministro de servicios, puedan cargar o descargar mercancías o suministrar servicios en Estados Unidos hasta pasados 180 días de haber estado en el archipiélago vecino (excepto que dispongan de una licencia emitida por el Secretario del Tesoro), e impide de igual manera el atraque en los puertos de Estados Unidos (excepto que haya sido autorizado por el Secretario del Tesoro) a los barcos de terceros países que carguen bienes o pasajeros desde o hacia Cuba, o respecto a los cuales Cuba o un nacional cubano tengan algún tipo de interés.

Otros nefasto y notable hito en la ampliación del bloqueo de los gobiernos estadounidenses contra Cuba lo constituyó la puesta en vigor de la llamada Ley para la Libertad Cubana y la Solidaridad Democrática (LIBERTAD) de 1996 (Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996), más conocida por Ley Helms Burton, por los apellidos de sus proponentes. Firmada en marzo de 1996 por el demócrata William J. Clinton, codifica el bloqueo contra Cuba, y su promulgación y entrada en vigor impidió al ejecutivo la posibilidad de modificarlo o eliminarlo, que pasa ahora al legislativo.

Contiene cuatro títulos: el primero está referido a incrementar y fortalecer el bloqueo; el segundo a un programa de “transición” para el cambio del sistema económico, político y social de Cuba, afín a los intereses geopolíticos de Estados Unidos, y los títulos III y IV, los más difundidos internacionalmente, están referidos a la “protección de los derechos de las propiedades de los nacionales de Estados Unidos” y la “exclusión de ciertos extranjeros”, respectivamente.

Estos últimos le dan derecho a nacionales estadounidenses a demandar a personas naturales y jurídicas que “trafiquen” con bienes confiscados por el gobierno cubano a partir de 1959 (aún si eran ciudadanos cubanos cuando esto sucedió), es decir, demanda a quienes inviertan o posean propiedades nacionalizadas a partir del triunfo de la revolución, desconociendo la tradición jurídica reconocida de que un Estado tiene la capacidad de nacionalizar las propiedades a sus ciudadanos, de acuerdo a sus propias leyes, aunque estos adquieran más tarde otra ciudadanía, y la aplicabilidad de la ley vigente en el lugar donde se encuentra la propiedad para determinar la titularidad del bien nacionalizado; además de que es aceptable como acto soberano de un Estado la potestad de nacionalizar propiedades extranjeras que estén en su territorio y ofrecer compensación justa. Asimismo, niega visas de entrada a Estados Unidos a los extranjeros que hayan violado las disposiciones de la Helms Burton, y a los directivos y funcionarios de esas empresas y a sus familiares.

Por los títulos III y IV, países de América, como Canadá y México, aprobaron leyes antidotos, al igual que la UE. Esta última pidió, en mayo de 1996, la celebración de consultas, alegando, entre otros argumentos que contiene, “... una serie de disposiciones⁵ cuya finalidad y efecto es limitar la libertad de la CE de exportar a Cuba o de comerciar con productos de origen cubano, así como restringir la libertad de tránsito por los puertos de los Estados Unidos a los buques matriculados en la CE y su carga” (OMC, 2006). En noviembre de ese año, el Órgano de Solución de Diferencias concretó la creación de un Grupo Especial, el cual suspendió sus trabajos a instancias de las mismas Comunidades Europeas en abril de 1997, y este quedó sin efecto un año después.

El arreglo logrado para la culminación del contencioso fue la suspensión de los Títulos III y IV por parte de los Estados Unidos, y la firma -el 11 de mayo de 1998- de un Entendimiento extendido, que estableció concesiones mutuas sobre protección de inversiones europeas en Cuba (y en Libia e Irán, por la promulgación de una ley similar a la Helms Burton, conocida como Ley D’Amato-Kennedy). Como es evidente, no fue motivo de discusión el carácter injerencista de los dos primeros títulos, y prevaleció el sentido común propio de las grandes potencias, y que no se afectase la credibilidad de la aún recién creada OMC por un conflicto de este tipo.

Además de todas las regulaciones ya citadas del bloqueo, y como parte del entramado de leyes asociadas a este, Cuba no puede utilizar el dólar estadounidense en sus transacciones financieras internacionales o tener cuentas en dicha moneda en bancos de terceros países⁶, ni se le permite tener acceso a créditos de bancos en Estados Unidos o en sus filiales en terceros países o del Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o del Fondo Monetario Internacional (FMI).

Asimismo, Estados Unidos prohíbe a cualquier persona de Estados Unidos transferir dinero o propiedades de cualquier naturaleza, dondequiera que radique, a Cuba

⁵ Según la solicitud, infringen los artículos I, III, V, XI y XIII del GATT y los artículos I, III, VI, XVI y XVII del AGCS

⁶ En junio de 2014 el banco francés BNP Paribas fue sancionado a pagar una multa de 8 834 millones de dólares a Estados Unidos, por transacciones con países calificados como terroristas por Estados Unidos. La sanción, la más alta de las penalizaciones estadounidenses hasta la fecha a entidades extranjeras, se le aplicó por violar las sanciones económicas impuestas contra Sudán, Irán y Cuba. Esta última fue incluida, de forma espuria, intencionada y sin fundamento alguno desde 1982, durante la administración del republicano Ronald Reagan, hasta 2015, en que fue retirada de esa lista por el presidente demócrata Barack Obama.

o a un nacional cubano, dondequiera que esté radicado, y participar en cualquier transacción financiera que involucre a Cuba o a nacionales cubanos; prohíbe a los norteamericanos pagarle a Cuba o a nacionales cubanos por gastos relacionados con viajes tales como pagos por hotel y comidas (con algunas excepciones); prohíbe las transferencias de propiedad, lo que incluye la extensión de cualquier crédito o garantía; prohíbe a estadounidenses brindar un servicio a Cuba o a un nacional cubano; prohíbe a estadounidenses renunciar a un derecho a favor de Cuba o de un nacional cubano o condonar una deuda.

La membresía y los intereses de Cuba en la OMC

La ratificación del ingreso de Cuba en la OMC se produjo en un contexto en el que se había producido la implosión del llamado “socialismo real” en Europa central y oriental y la desintegración de la Unión Soviética.

A partir de 1990 la economía cubana inició un marcado declive. Ese año el PIB cayó 2,9%, 10,7% en 1991, 11,6% en 1992 y 14,9% en 1993. La crisis fue de tal magnitud que el PIB cayó casi 35% entre 1989 y 1993; el déficit fiscal creció hasta 33% del PIB en 1993 y las importaciones a precios corrientes se redujeron 75% en esos cuatro años. No obstante los esfuerzos gubernamentales por evitarlo, las condiciones de vida se deterioraron notablemente (Rodríguez, 2011).

Resistir y superar los efectos de la crisis al menor costo social posible, simultáneamente crear las premisas de reinserción de la economía nacional en el nuevo contexto internacional y mantener el proyecto socialista, implicó desafíos en todos los órdenes, enfrentados con un programa económico de emergencia, que en el lenguaje político cubano, y en la propia cotidianidad, se denominó Período Especial en tiempos de paz.

Las primeras medidas tomadas se asociaron a la apertura al capital extranjero, a las modificaciones en la estructura empresarial vinculada con el exterior (por la vía comercial o por la relación con la inversión extranjera), además de la adopción de algunos esquemas de autofinanciamiento en divisas, fundamentalmente en apoyo a la actividad exportadora. En 1992, la Asamblea Nacional del Poder Popular (Parlamento) aprobó cambios constitucionales tanto de orden político como económico, entre estos últimos, estuvieron la limitación a la extensión de la propiedad socialista, la trasmisión de la propiedad socialista, el reconocimiento a nuevas formas de propiedad (se adicionan la mixta y las sociedades y asociaciones), la modificación

del ejercicio del comercio exterior por parte del Estado y se cambió el régimen de planificación económica⁷.

El proceso de desregulación, descentralización y reducciones arancelarias, que significó la adhesión a la OMC, y las negociaciones previas de la Ronda Uruguay, implicó que los promedios simples del arancel se redujeran de 23,8% a 16,9% en la Tarifa General, y de 11,9% a 10,7% en el de nación más favorecida, estos últimos en niveles similares a los de muchos otros países de América Latina y el Caribe, todo lo cual contribuyó a mejorar el acceso de las importaciones al mercado nacional; en tanto que las exportaciones cubanas pueden beneficiarse de las reducciones arancelarias y consolidaciones otorgadas por otros miembros de la Organización a productos de interés, si bien también aumentó la competitividad en el comercio internacional, lo cual es un reto aún para las exportaciones cubanas.

El nivel de consolidación en la Ronda Uruguay para los productos agrícolas del país fue de 40% *ad valorem*, pero en el caso de los productos industriales, se redujo casi un tercio de arancel vigente antes de la creación de la OMC. No obstante, los niveles de protección son más bajos, por las reducciones arancelarias autónomas realizadas a partir de 1991 (Labora, 1996).

Al ampliarse el alcance de las normas a otras disciplinas no contempladas en el GATT de 1947, y por el carácter vinculante de todos los acuerdos comerciales multilaterales⁸, se incrementaron las obligaciones en la adecuación de leyes y reglamentos nacionales a las nuevas disposiciones, como en el establecimiento de mecanismos institucionales y administrativos que aseguren el cumplimiento de todos los compromisos, de ahí que se crease el Grupo Nacional de Atención a la OMC

⁷ Se produjeron otros cambios en ese período, entre ellos: el incremento de oportunidades para la inversión extranjera; la adopción de medidas para acelerar las exportaciones de productos de biotecnología e industria, farmacéutica e incrementar la construcción y el aprovechamiento de las instalaciones para el turismo internacional; la despenalización de la tenencia de divisas (más adelante se implantó un nuevo signo monetario convertible de circulación paralela), se autorizó el ejercicio del trabajo por cuenta propia; se crearon las Unidades Básicas de Producción Cooperativa; se aprobó la nueva Ley del Sistema Tributario y se reorganizó la Administración Central del Estado. Posteriormente se implementaron otras.

⁸ Cuba, al igual que el resto los otros países de América Latina y el Caribe, no se adhirió al plurilateral Acuerdo Sobre Contratación Pública, ni tampoco es observador (como sí lo son unos pocos miembros latinoamericanos). No se adhirió, al igual que el resto de los países latinoamericanos y caribeños al otro acuerdo plurilateral vigente, sobre el Comercio de Aeronaves Civiles.

(Labora, 1996) -presidido por el Ministro de Comercio Exterior-, que ejerce una función evaluadora y coordinadora, y define las acciones a tomar. En el exterior, la representación del país ante la OMC la ostenta la Misión Permanente de Cuba ante los Organismos Internacionales con sede en Ginebra.

Respecto de los Obstáculos Técnicos al Comercio, el ingreso de Cuba condujo a un complejo trabajo de revisión de las normas y procedimientos de evaluación de conformidad de los productos, cuya coordinación estuvo a cargo de su Oficina Nacional de Normalización (autoridad competente en la materia). Derivado de los Acuerdos sobre Salvaguardias, Subvenciones y Medidas Compensatorias y Antidumping, se inició un arduo trabajo legislativo (aún sin culminar), pues no se dispone en Cuba de una legislación específica en estos temas. Con periodicidad, el país informa de la no aplicación de medidas antidumping ni compensatorias, ni salvaguardias. La última información disponible sobre salvaguardias ratificaba que no se notificó alguna (no se contaba con la de antidumping ni derechos compensatorios) (OMC, 2014).

Derivado de las transformaciones económicas que se estaban produciendo en el país a partir de la década del '90, y de la propia pertenencia de Cuba a la institución de comercio multilateral, se priorizaron los desarrollos legislativos en las diferentes áreas de la propiedad intelectual, previendo una introducción gradual posible por los plazos de gracia establecidos en las disposiciones transitorias del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, que finalmente culminó con la derogación de la anterior legislación regulatoria de las diferentes modalidades de propiedad industrial.

En su lugar se aprobaron el Decreto Ley número 203 de Marcas y Otros Signos Distintivos, de diciembre de 1999; el Decreto Ley número 290 de las Invenciones y Dibujos y Modelos Industriales, de noviembre de 2011; el Decreto Ley número 291 de Protección de las Variedades Vegetales, de noviembre de 2011, y también de esa fecha, el Decreto Ley número 292 de los Esquemas de Trazado de Circuitos Integrado.

En relación con el Acuerdo sobre Normas de Origen, se notificaron a la OMC las disposiciones relativas a estas, tanto las preferenciales⁹ como las no preferenciales.

⁹ Vinculadas a los Acuerdos de Alcance Parcial firmados por Cuba en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), de la que comenzó a ser miembro pleno en agosto de 1999. Cuba tiene Acuerdos de Alcance Parcial Regional con Bolivia; Ecuador, Paraguay. De alcance parcial con Venezuela, Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú, México y con Argen-

En el Acuerdo sobre Agricultura Cuba, no notificó ayuda interna comprometida en la Medida Global de Ayuda Total, que está sujeta a compromisos de reducción. Sus exportaciones de productos agrícolas ha venido disminuyendo paulatinamente y los diversas estrategias internas para la reanimación del sector no han arrojado los resultados que se esperan.

Habitualmente, dadas las peculiaridades del país y las anomalías ya mencionadas de su relacionamientos externo, y como como importador neto de alimentos, las subvenciones otorgadas al sector se incluyen dentro de las medidas exentas de compromisos de reducción (compartimiento verde).

Así, para el último año del que dispone de información, Cuba notificó a la OMC que otorgó subvenciones en esta caja a los Servicios Generales (de ciencia y tecnología; investigación básica; investigación aplicada; de sanidad animal y vegetal; de educación y formación profesional rural en todos los niveles de enseñanza. Además, en ayuda alimentaria interna -la partida más cuantiosa-, referida al subsidio de los precios minoristas de determinados productos que conforman la canasta básica alimenticia de la población; así como en pagos por concepto de socorro en caso de desastre natural; asistencia para el reajuste estructural, otorgada mediante ayuda para la inversión, y en programas de asistencia al desarrollo regional (OMC, 2015).

En otras medidas externas de compromisos de reducción, incluidas como beneficiarias del trato especial y diferenciado y como parte de Programas de Desarrollo, se conceden subvenciones a los insumos agrícolas que sean de disponibilidad general para los productores con ingresos bajos o pobres en recursos (por Compensación del Presupuesto del Estado a los insumos de productores agrícolas).

El país ha exigido que por sus particularidades (miembro en desarrollo importador neto de alimentos; nación a la que se le impone un bloqueo económico, comercial y financiero, e impedido de acceder a créditos de instituciones financieras internacionales)¹⁰ sean debidamente tomadas en cuenta. Por tal razón, en el acuerdo tomado en la Declaración Ministerial de Hong Kong, donde se convino la eliminación de todas las formas de subvenciones a la exportación para finales del 2013, está

tina, Brasil, Paraguay y Uruguay como miembros del Mercosur, así como con Venezuela, Bolivia y Nicaragua como miembros de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA).

¹⁰ Por lo que Cuba anuncia que se ve imposibilitada de notificar la identidad de los otorgantes del crédito por cuanto pasa a ser una cuestión de seguridad nacional.

en desacuerdo con las modalidades del párrafo 5 del Anexo J. En este se dispone de un plazo de reembolso de entre 360 y 540 días, y se prevé una prórroga de este plazo para países que tienen dificultades excepcionales para obtener financiación y/o para acceder a préstamos concedidos por instituciones financieras internacionales, lenguaje que Cuba considera insuficiente, por las razones antes expuestas de su particular situación.

Aduce el preámbulo del Acuerdo sobre Agricultura, que se reconoce que “... los compromisos en el marco del programa de reforma deben contraerse de manera equitativa entre todos los Miembros, tomando en consideración las preocupaciones no comerciales, entre ellas la seguridad alimentaria...” (OMC, 2003).

Por tanto, Cuba requiere “... una solución que atienda de manera particular su caso, el cual amerita un trato excepcional por tener una situación de vulnerabilidad especial impuesta por factores ajenos a su voluntad...” y que se mejore la previsibilidad respecto a la prórroga que se concibe para los Países Menos Adelantados y los Países en Desarrollo Importadores Netos de Productos Alimenticios.

Tanto por su alcance y por los compromisos que adquirió Cuba, como por la evolución de su economía y del sector, en especial en los últimos años, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) tiene importantes implicaciones para el país. Tal como en el Preámbulo del AGCS, considera sus intereses en consecuencia al “... marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios, con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo” (OMC, 2003).

El miembro latinoamericano y caribeño sostiene enfáticamente la validez de los artículos XIX (párrafo 2) y IV de ese Acuerdo, de que el proceso de liberalización se llevará a cabo respetando debidamente los objetivos de las políticas nacionales y el nivel de desarrollo de los distintos miembros (en general, como en los distintos sectores). Asume como país en desarrollo la apertura de menos sectores, la liberalización de menos tipos de transacciones, el aumento progresivo del acceso a sus mercados asociado a su nivel de desarrollo y de que cuando otorgue a los proveedores extranjeros acceso a su mercado, lo hará de forma que asegure su participación creciente por su condición de no desarrollado (OMC, 2003).

La lista de compromisos sectoriales específicos de Cuba, incluidos en la oferta que

presentó durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, incorpora los servicios profesionales, comunicaciones, construcción e ingeniería, financieros, turismo, esparcimiento, culturales y deportivos, y transporte marítimo y aéreo (AGCS, 1994).

Con el mandato de la Ronda de Doha sobre las negociaciones de servicios y el cronograma que establece, Cuba recibió peticiones de 8 países, en los sectores antes mencionados. En 2005, Cuba presentó su oferta inicial condicionada (sujeta al balance final de las negociaciones de la Ronda), la que contiene modificaciones básicas de carácter técnico -referida fundamentalmente la forma adecuada con que se deben consignar los compromisos- y actualizó los compromisos. También se intentaba responder a las peticiones presentadas. Ante las ofertas cubanas, la Unión Europea, demandante tradicional de apertura en el sector, juzgó que dichos ofrecimientos introducían nuevas limitaciones en los modos de suministro presencia comercial y movimiento de personas físicas, que reducían el alcance de los compromisos asumidos en la Ronda Uruguay.

La nueva fase de negociaciones de servicios, con la presentación de las ofertas revisadas, no ha tenido avances, pues se han fijado varias fechas desde entonces, sistemáticamente incumplidas por el estancamiento de las negociaciones de la llamada Ronda del Desarrollo en áreas claves de esta, como agricultura y acceso a mercados para productos no agrícolas.

Cuba ha abogado tradicionalmente, en afinidad con muchos países en desarrollo y por sus intereses defensivos en el sector, por una previa evaluación integral de los procesos de liberalización de los servicios, para confirmar con antelación el verdadero alcance de estos y de las ventajas para esos miembros, y luego emprender liberalizaciones más ambiciosas. Además, la promoción de la liberalización del movimiento de personas físicas, donde son muy limitados los compromisos de los países desarrollados y en donde existen intereses ofensivos de los países en desarrollo, sostiene también un efectivo trato especial y diferenciado para estos segundos.

Una de las particularidades de su membresía es la exención del cumplimiento de las disposiciones del párrafo 6 del Artículo XV del GATT de 1948, relacionado con la no pertenencia de Cuba al FMI, puesto que se estipula que todos los miembros de la OMC, que también lo sean de la entidad financiera, deben concertar un acuerdo especial de cambio. El país fue eximido de firmar un Acuerdo Especial de Cambio con los miembros de la OMC en 1996, debido a que el bloqueo de los gobiernos de Estados Unidos se mantiene y, en consecuencia, presenta informes sistemáticos

para solicitar la extensión de la prórroga, la cual se acepta porque la utilización de la exención no ha tenido repercusiones negativas para los demás miembros de la OMC.

Es igualmente atípico que Cuba, por las implicaciones del bloqueo estadounidense, no haya presentado nunca un informe para el examen de sus políticas comerciales, a pesar de que, acorde con su participación en el comercio mundial y con las normas de la OMC, le correspondería cada 6 años. El país defiende, sin que haya oposición formal a pesar de solicitud con la periodicidad requerida, que no está obligado a suministrar informaciones cuya divulgación sería contraria a los intereses esenciales de su seguridad, a tono con el Artículo XXI del GATT de 1947.

En el sistema de solución de diferencias, Cuba ha tenido una muy limitada participación, similar a la de otros miembros latinoamericanos y caribeños, pero distinta de países de la región, como Brasil, México y Argentina. Hasta la fecha, no ha sido demandada en el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), y se ha reservado su derecho como tercero en 18 demandas. Está participando muy recientemente como reclamante en una sola disputa, a Australia, relacionada con determinadas leyes de ese país que considera imponen restricciones a las marcas de fábrica o de comercio y otras prescripciones de empaquetado genérico a los productos de tabaco, de las que el Grupo Especial espera dar traslado de su informe definitivo al OSD no antes del primer semestre de 2016.

Sin embargo, en el OSD hay un caso de particular significación para Cuba, relacionado con el bloqueo, aun cuando -a pedido de las Comunidades Europeas- no participa en el proceso como parte reclamante ni como tercero con interés sustancial. Se trata del diferendo en esa instancia de estas contra Estados Unidos por el Artículo 211 de la Ley Ómnibus de Asignaciones de 1998, que afecta a la marca de ron Havana Club.

En octubre de 1998, se aprobó en el Congreso estadounidense la Sección 211 de la Omnibus Appropriations Act, que entró en vigor en 1999 e impide el registro o prórroga en ese país de una marca de fábrica o comercio previamente abandonada por sus titulares, cuyo negocio o activos hubieran sido confiscados en virtud de las leyes cubanas posteriores a 1959. De hecho, se estableció que ningún Tribunal de Estados Unidos reconocería ni observaría ninguna afirmación de estos derechos. La titularidad de la marca de ron Havana Club es de Cubaexport, empresa estatal cubana, que la registró en Estados Unidos en 1976, tres años después que su antiguo

titular (cuyas propiedades fueron nacionalizadas tras 1959) no renovase sus derechos sobre su registro en Estados Unidos, que a sabiendas, vendió la marca a Bacardí. En 1993 se creó la empresa mixta franco-cubana Havana Club International S.A., que se encargó de la comercialización del ron Havana Club, marca registrada en 183 países, y había sido renovada en Estados Unidos en 1996 por diez años¹¹, pero en 1997 la empresa Bacardí-Martini USA (y sus afiliadas Bacardí) comenzó la comercialización de un ron con este mismo nombre, por lo que Havana Club International S.A. inició contra dicha empresa una acción legal en el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York.

Tras la celebración de consultas por las partes, en julio de 1999, respecto del artículo 211 de la Ley Ómnibus de Asignaciones por las infracciones de varios artículos del Acuerdo sobre los ADPIC, se creó un Grupo Especial, que distribuyó su informe en agosto de 2001, en el cual rechazaba la mayoría de las alegaciones realizadas contra Estados Unidos, apelado por los demandantes.

A inicios de 2002, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación, por lo que se solicitó a Estados Unidos que reformara la Sección 211 para adecuarla a las obligaciones jurídicas establecidas en los acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual. En febrero, en el propio OSD, el país demandado pidió un plazo prudencial para cumplir las resoluciones y recomendaciones, y un mes más tarde, de común acuerdo con la Comunidades Europeas, le informaron a dicho Órgano que habían alcanzado un acuerdo sobre el plazo de que dispondría Estados Unidos para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD (que no debía exceder el 3 de enero de 2003).

Luego de cuatro prórrogas aceptadas por demandantes y demandados, y al caducar el plazo de la última, notificaron -en junio de 2005- al OSD el entendimiento entre ambas partes, mediante el cual los europeos se reservaban el derecho a solicitar la autorización del citado Órgano para suspender concesiones u otras obligaciones -previo aviso a Estados Unidos-, mientras que los norteamericanos convenían en no

¹¹ Cuando correspondía renovar el registro del Havana Club ante la Oficina de Marcas y Patentes de Estados Unidos, este se negó, al amparo del artículo 211 de la Ley Ómnibus de Asignaciones de 1998. El titular de la marca demandó a la Oficina para el Control de Activos Extranjeros del este país, pero en 2009 el tribunal del Distrito de Columbia dictó una resolución desfavorable contra el propietario, que apeló, y en marzo de 2011 la Corte de Apelaciones para el Circuito del Distrito de Columbia confirmó la decisión de no renovación de registro de la marca Havana Club, con lo que el propietario pierde el derecho en ese país

bloquear la petición de las Comunidades Europeas de autorización del OSD.

Luego de este, nada ha cambiado, y se ha entronizado una liturgia en que ese país presenta informes de situación (153 hasta septiembre de 2015) donde solo se cambia la fecha y la signatura, pues la esencia es la misma: “...en el período de sesiones en curso del Congreso de los Estados Unidos se han presentado los textos legislativos pertinentes. Los Estados Unidos seguirán trabajando en una solución que resolvería este asunto” (OMC, 2015a). La dura y sistemática reacción de la representación de Cuba en OMC es justificada, al exigir la derogación del Artículo 211 y la eliminación del bloqueo, pues Estados Unidos continúa sin ofrecer información novedosa ni da indicios de que exista una proyección encaminada al cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones adoptadas.

En última instancia, las dilaciones en la aplicación de lo resuelto por el OSD duran ya trece años, aún con los entendidos entre las partes contendientes. Corresponde razonablemente estar de acuerdo con la tesis con que se inicia el Manual relativo al Sistema de Solución de Diferencias, de que el mejor de los acuerdos internacionales no funciona adecuadamente si sus obligaciones no pueden hacerse valer cuando una de sus partes falla en el cumplimiento de tales obligaciones (WTO, 2004).

Cuba es un país que ha perdido participación en el comercio mundial tras 1990. En el año 2013 ocupaba la posición 108 de los exportadores de mercancías (una proporción de 0,03% del comercio mundial de bienes), mientras que en las importaciones de mercancías ocupa el lugar 86 (una proporción de 0,08% del total mundial). En las exportaciones e importaciones de servicios, su participación es poco mejor, por la tercerización de sus exportaciones en los últimos años: ocupó ese mismo año el lugar 52 en las exportaciones (una proporción en el total mundial de 0,27%) y el lugar 102 en las importaciones (la proporción en el total mundial de 0,06%) (OMC, 2014).

El país tiene un bajo perfil en la OMC. Cuba, como principio, en su política exterior aboga por el multilateralismo y considera que la Organización aporta estabilidad y previsibilidad al comercio internacional debido a que sus normas son jurídicamente vinculantes, al igual que lo son las listas de compromisos en materia de acceso a los mercados de bienes y servicios negociadas por cada miembro, y sostiene asimismo que la ausencia de un marco regulatorio del comercio internacional, multilateralmente acordado, se traduciría en guerras comerciales entre los principales países desarrollados, el reforzamiento de las tendencias proteccionistas, mayor discrimina-

ción comercial y aumento de medidas unilaterales y coercitivas, lo que entorpecería aún más las perspectivas de los países en desarrollo.

No obstante este reconocimiento, en las declaraciones oficiales del gobierno cubano en las sucesivas Ministeriales y foros de discusión de la Organización, se ha denunciado que aún la OMC no ha tenido la capacidad de forjar un sistema multilateral de comercio que responda adecuada y eficazmente a los problemas de la mayoría de los miembros, y no a los intereses de algunos de ellos, así como la de garantizar la participación efectiva de los países en desarrollo en todas las fases de toma de decisiones dentro de la Organización (Quirós, 2006).

Una de las líneas básicas de la participación cubana en la OMC es el cuestionamiento de la influencia estadounidense, que no beneficia a los países en desarrollo, así como la denuncia de su bloqueo contra Cuba. Por otra parte, critica el alto nivel de protección en el sector agrícola de los países desarrollados, fundamentalmente de la Unión Europea y del propio Estados Unidos, mientras que se exige a los países en desarrollo que no protejan sus mercados de productos no agrícolas y de servicios

En tal sentido, critica y denuncia sistemáticamente que el libre comercio predicado no es tal, tanto por disímiles razones expuestas por los países en desarrollo, como por una de especial significación e impacto para el país: el bloqueo económico, comercial y financiero que Estados Unidos impone a Cuba, que es obstáculo de primera magnitud. En este sensible aspecto de oposición al bloqueo, la OMC ha sido pasiva. Es también una línea básica de actuación de Cuba en la OMC la defensa de su sistema económico, social y político, y el derecho a elegir libremente el modelo de desarrollo que considera acorde a sus intereses.

Cuba, en ocasiones a contracorriente y a veces sola, se ha opuesto a propuestas a punto de imponerse o ha estado en contra de procedimientos en la toma de decisiones, a riesgo de que, por su bajo perfil negociador y limitada influencia en el comercio mundial, su acción sea “políticamente incorrecta”.

Como ejemplos está su papel (junto a otros países en desarrollo) respecto de los “enfoques complementarios”, incluidos en el Anexo C, referido al texto de servicios de la Declaración Ministerial de Hong Kong en 2005, lo que debilitó el lenguaje obligatorio y prescriptivo de la versión original. Respecto de los procedimientos sobre este y otros aspectos en la adopción de la Declaración Ministerial aprobada, aunque no quebró el consenso, presentó una reserva escrita y circulada a dicho documento,

algo inédito para una Declaración Ministerial, a la que se unió otra de Venezuela, en este tema y en acceso a mercados para productos no agrícolas.

De igual manera, en la VIII Conferencia Ministerial (Ginebra, 2011) se opuso, junto con países del ALBA, a la adopción de una Declaración Ministerial, por el intento del Presidente de esta cita a su aprobación, de forma poco transparente y antidemocrática, lo que incidió en que no se lograra y que el resultado fuese una Declaración final a título personal de Olusegun Olutoyin Aganga, Ministro nigeriano de Comercio e Inversión, en donde se manifestaron las diferentes y encontradas posiciones de los miembros. También en la IX Ministerial (Bali, Indonesia, 2013), el país tuvo una fuerte oposición al texto final sobre Facilitación del Comercio y su conversión en Acuerdo, hasta que consideró que sus intereses, limitados por el bloqueo estadounidense, se tomaron en cuenta.

En las inconclusas negociaciones de la Ronda de Doha, Cuba mantiene sus tradicionales posiciones, y enfatiza en recuperar la “dimensión” del desarrollo con que fue lanzada en 2001; en el cumplimiento de las cuestiones olvidadas de la aplicación de los acuerdos de la Ronda Uruguay (de poner en práctica los mandatos sobre aspectos de esencial interés para los países en desarrollo; en revitalizar y hacer efectivo el Trato Especial y Diferenciado; en mantener la prioridad en las negociaciones agrícolas en el centro de los trabajos de la Ronda y de que haya un nivel de ambición adecuado y respetarse el debido equilibrio entre agricultura, acceso a mercados para productos no agrícolas y servicios.

Ratifica su posición de defensa al multilateralismo y rechaza los intentos de enfoques plurilaterales ante la falta de progresos en las negociaciones¹², y se opone a la inclusión de nuevos temas cuando en los acordados no se han obtenido los resultados previsibles, al mismo tiempo que reafirma su compromiso con el Todo Único acordado bajo el mandato de Doha como única agenda de trabajo.

En la OMC y en la Ronda de Doha, afín a su política exterior, Cuba mantiene el carácter unitario de sus posiciones en apoyo a las demandas de los países en desarrollo, aunque su situación social y política no sea similar a la de la gran mayoría de estos. Tal como la tendencia en la OMC de mayor participación de los países en desarrollo en las negociaciones mediante coaliciones, el país caribeño forma parte del

¹² En Servicios, con respecto a las negociaciones plurilaterales, sostiene que no son complementarias con las negociaciones de la OMC, y que son procesos diferentes donde se están violando varios de los artículos del AGCS en materia de discriminación y transparencia

Like-Minded Group, del Grupo del 20 (G-20), no obstante los intereses defensivos del país en una coalición que busca liberalizar el comercio agrícola); en el Grupo de los 33 (G-33, para mayor flexibilidad para una apertura limitada de sus mercados agropecuarios); en el grupo Asia, Caribe y Pacífico (ACP); en el Grupo de los 90 (G-90); países del Grupo Africano, más los países del Grupo ACP y los países menos adelantados, así como también en el de las economías pequeñas y vulnerables (en el caso de Cuba para agricultura y normas).

Reflexiones finales

La participación a futuro de Cuba en la OMC dependerá, como es obvio, de los resultados finales de la dilatada y estancada Ronda de Doha, pero una influencia notable tendría la llamada “actualización del modelo económico cubano”, que supone el tránsito de un modelo excesivamente centralizado hacia un sistema descentralizado, en el que primará la planificación, pero que no ignorará las tendencias presentes en el mercado y en el que mantendrá como base al sistema socialista.

El inicio de los cambios fue la discusión popular y aprobación de un documento emitido por el Partido Comunista en 2011, que contiene los lineamientos de los cambios que se introducirán paulatinamente, donde se ratifica que ha comenzado un proceso de transformaciones estructurales en el modelo estatal centralizado cubano, que se combina con una rigurosa política de ajuste para enfrentar los desequilibrios macroeconómicos. En la configuración que se prevé para el sistema económico y social cubano, se reconoce que el nivel de las fuerzas productivas demanda la heterogeneidad de las formas de propiedad, y que las formas no estatales son funcionales al desarrollo económico y social, y resultarían necesarias para detener el deterioro de determinados sectores y, por tanto, coherentes a las pretensiones de cambio.

En los lineamientos se plantea que la política económica está dirigida a enfrentar los problemas de la economía, con soluciones a corto y largo plazo, y para lograr estos y otros, incluyendo los cambios políticos e institucionales necesarios, se incorporarán a la Constitución de la República.

Este contexto de implementación de los cambios, incluyó la aprobación de la Ley de Inversión Extranjera (Ley N° 118 de 2014), que deroga la anterior y más favorable a la inversión extranjera (que se considera ahora un elemento activo y fundamental para el crecimiento de determinados sectores y actividades económicas, y no

un complemento, como antes). Antes se aprobó el impulso a las zonas económicas especiales, y ya funciona la del Mariel (desde enero de 2014).

Estos y otros cambios son indicativos del inicio de una reestructuración del comercio exterior cubano. Oficialmente, y dada la importancia del comercio exterior para el país, los objetivos inmediatos definidos tienen como prioridad estratégica la sustitución de importaciones, el fomento de la diversificación de los socios comerciales, el reordenamiento de la política comercial para mejorar la calidad de la gestión de acceso a mercados para las exportaciones, e incentivos para la diversificación y competitividad.

Un hecho reciente tendrá impacto en las relaciones exteriores de Cuba, y como previsible, en la participación del país en la OMC: el reciente restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre Estados Unidos y Cuba en 2015.

Con la cautela que el caso requiere, y ante el alud mediático que se ha desatado desde entonces, no es ocioso resaltar que tras largos años de diferendo, el contexto latinoamericano y caribeño y mundial, y la resistencia de Cuba ante las hostilidades de todo tipo de los gobiernos estadounidenses, sin ceder en sus principios, propiciaron en gran medida este suceso. La actitud del presidente Barack Obama en restablecerlas, y su anuncio de algunas favorables (aunque insuficientes) es de destacar positivamente, pero el mismo ha señalado que se trata de cambiar una política de larga data que no ha funcionado, pero que mantendrán sus intereses tradicionales de subvertir el sistema económico y político cubano.

En igual sentido, el restablecimiento de relaciones diplomáticas no es *per se*, para Cuba, la tan manida “normalización” que una parte no pequeña de los analistas y de la prensa internacional alude. No existirá tal si se mantiene, entre otras diferencias sustanciales, el bloqueo económico, comercial y financiero que Estados Unidos impone, y el cual el propio Presidente demócrata ha solicitado eliminar al legislativo, de mayoría republicana. En un año previo a elecciones, con precandidatos republicanos opuestos a los pasos dados por Obama, es demasiado temprano aún para lanzar las campanas al vuelo por el fin del bloqueo. El tiempo dirá.

Referencias Bibliográficas

- Acuerdo General del Comercio de Servicios (AGCS) (1994). República de Cuba. Lista de compromisos específicos, GATS/SC/24, 15 de abril.

- Álvarez, E. (1995). La apertura externa cubana. Revista Cuba. Investigación Económica, No. 1, enero-marzo, INIE, La Habana, Cuba.
- CEPAL (2005). Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe, 2004. Tendencias 2005, División de Comercio Internacional e Integración, LC/G.2283-P, ISBN: 9213227523, Santiago de Chile.
- Labora, C. (1996). La participación en la Organización Mundial del Comercio: experiencia de Cuba. Minutesis presentada por la autora en el Curso sobre Negociaciones Comerciales Multilaterales y la OMC, México DF, 26 de agosto al 6 de septiembre.
- Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Cuba (MINREX) (2015). Sobre la resolución 69/5 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada “Necesidad de poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por los Estados Unidos de América contra Cuba”, en <http://www.cubavsbloqueo.cu/>
- Miranda, O. (1996). Cuba USA. Nacionalizaciones y Bloqueo. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- Quirós, J. (2006). Cuba: Apuntes sobre su inserción internacional en la globalización, Revista de Análisis de la Asociación Boliviana de Economía Política de la Globalización, No. 7, año 6, julio, La Paz, Bolivia.
- Rodríguez, J. (2011). Notas sobre economía cubana. Instituto Cubano de Investigación Cultural Juan Marinello; Ruth Casa Editorial, La Habana.
- Organización Mundial del Comercio (2003). Los Textos Jurídicos. Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. Dirección de Información y Publicaciones con los Medios de la OMC, Ginebra, Suiza.
- Organización Mundial del Comercio (2014) Perfiles comerciales 2014, septiembre.
- Organización Mundial del Comercio (2015) Notificación. G/AG/N/CUB/49, 5 de agosto.
- Organización Mundial del Comercio (2015a). Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley Ómnibus de Asignaciones de 1998. Informe de Situación presentado por los Estados Unidos. Addendum, WT/DS176/11/Add.153, 18 de septiembre.
- Valido, A. (2013). Primer acercamiento al análisis y evolución de las regulaciones normativas y jurídicas en lo Estados Unidos de América relacionadas con el bloqueo económico, comercial y financiero impuesto a la República de Cuba. Informe Final de Investigación, Centro de Investigaciones de Política Internacional (CIPI), La Habana, 20 de diciembre.
- World Trade Organization (2004). A Handbook on the WTO Dispute Settlement System, Cambridge University Press.

MÉXICO EN LA OMC

Mateo Diego-Fernández¹

La política de comercio exterior de México en los últimos veinte años ha girado alrededor de dos ejes: Estados Unidos y China. Con el primero ha buscado exponenciar las ventajas comparativas que le da su cercanía geográfica, y respecto del segundo, ha buscado neutralizar los efectos de su poder comercial en el mercado interno. Muchas de las decisiones de política comercial de México han tenido que ver con la necesidad de lograr los mayores beneficios en el comercio bilateral con Estados Unidos; otras han buscado -sin mucho éxito- generar condiciones que permitan a México diversificarse, y otras han tenido el objetivo de proteger a la industria nacional de la amenaza que China representa.

La política de México como Miembro de la Organización Mundial del Comercio no ha sido ajena a esta realidad. No obstante, durante estos últimos veinte años ha demostrado que el tener intereses comerciales muy específicos no impide trabajar constructivamente en un ambiente multilateral. Así, la postura de México ha evolucionado para dejar de ser mayormente defensiva a mostrar que países como este pueden aportar mucho desde una perspectiva sistémica.

El presente documento analiza la relación de México con la OMC. En primer lugar, describe las grandes decisiones de política de apertura al comercio exterior adoptadas por México en los últimos veinte años; en segundo lugar, estudia la evolución de las posturas que ha sostenido en el seno de la OMC, y por último, presenta algunas conclusiones que derivan de este análisis.

I.- Grandes decisiones de política comercial de México en los últimos veinte años

El documento definitorio de la política comercial de México es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Dicho acuerdo entró en vigor un año

¹ Socio fundador en Agon Economía y Derecho, S.C. Anteriormente fue Director General de Asuntos Jurídicos en la Comisión Federal de Competencia de México y Ministro de la Representación de México ante la OMC. Las opiniones del autor son personales.

antes que los acuerdos de la Ronda Uruguay, pero los compromisos adquiridos por dicho tratado fueron de una profundidad tal, que México debió reformar diversos regímenes de política interna para adecuarse a las disciplinas del Tratado y, de paso, modernizarse.

En su momento, los compromisos asumidos en el TLCAN representaron la mayor apertura comercial de la historia de México, superando por mucho la que tuvo lugar casi una década antes con su entrada al GATT². Sus compromisos arancelarios en la Ronda Uruguay consistieron en reducir los aranceles consolidados de 50% a 35%³, mientras que a través del TLCAN se dejaron de cobrar aranceles a más del 35% de las líneas tarifarias de manera inmediata, a más del 80% en un plazo de 10 años y al 100% de la tarifa en 15 años⁴. El plazo de desgravación terminó en 2009.

Además de esta apertura sin precedentes, México llevó a cabo una serie de reformas que permitieron actualizar muchas de las instituciones gubernamentales relacionadas con la actividad económica. Así, entre otros, por primera vez se adquirían compromisos en el comercio de servicios, se establecieron parámetros para promover y proteger la inversión extranjera, se establecieron disciplinas internacionales en materia de contratación pública, y se liberalizó el comercio agrícola. Cualquier persona que haya vivido esa época recordará el cambio de actitud de 180 grados que el gobierno mostraba frente a la inversión extranjera: antes, se satanizaba; ahora, se incentivaba.

En vísperas del Tratado (y posiblemente como resultado), se reformó el régimen de propiedad industrial, incluyendo la creación del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; se estableció una ley de competencia económica y se instituyó una autoridad reguladora en la materia; los regímenes financiero y fiscal se actualizaron y se crearon leyes en materia de normalización; se modernizó de manera importante el régimen aduanero y se promulgó una Ley de Comercio Exterior, que contenía disciplinas congruentes con los acuerdos -aún no implementados- de la Ronda Uruguay. Paralelamente, la tendencia reformista asumida a principio de los 90's incluyó la adhesión del país a la OCDE y al Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC).

² Véase SERRA PUCHE, Jaime, "El TLC y la formación de una región", Fondo de Cultura Económica, México, 2015, pp. 12 – 13.

³ Véase WT/TPR/S/29.

⁴ SERRA PUCHE, op. cit.

Durante los siguientes 20 años, México negociaría acuerdos con lógicas muy similares a las del TLCAN: en 1995 logró un acuerdo con Colombia y Venezuela⁵, así como con Bolivia y Costa Rica; en 1998 alcanzó acuerdos con Nicaragua y Uruguay; en 2000 con Israel y la Comunidad Europea (que en aquel entonces únicamente se componía por 15 Estados Miembros⁶); en 2001 con EFTA⁷ y con el Triángulo del Norte⁸; en 2005 con Japón; en 2012 con Perú, y en 2015 con Panamá. Adicionalmente, México negoció más de veinticinco acuerdos para proteger la inversión extranjera⁹.

No obstante, esta ola liberalizadora vino acompañada de un incremento de medidas proteccionistas respecto de mercados que no formaban parte del TLCAN. Así, por ejemplo, México modificó la base de valoración en aduana de FOB a CIF¹⁰. En segundo lugar, llevó a cabo un esfuerzo a gran escala para proteger a sectores específicos (en particular, textiles, vestido, calzado, juguetes y herramientas) que dio lugar a la imposición de diversas cuotas antidumping, en particular a productos de origen chino¹¹. México llegó a imponer cuotas compensatorias a casi mil productos, con márgenes que alcanzaban el 500% o 1000% y, además, obligó a los importadores a demostrar que sus productos no eran de origen chino¹². En tercer lugar, sectores específicos fueron objeto de incrementos en arancel para encarar la crisis económica generada en 1994-1995. Adicionalmente, en 1998, hubo un incremento generalizado del arancel nación más favorecida del 3%, con excepción de los productos considerados suntuarios, los cuales fueron objeto de un incremento arancelario del 10%¹³.

⁵ Venezuela denunció el Tratado durante el mandato de Hugo Chávez.

⁶ Dicho acuerdo ha sido ampliado en dos ocasiones: en 2004 para permitir la entrada de Chipre, la República Checa, la República Eslovaca, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia; y en 2007 para permitir el acceso a Bulgaria y Rumania.

⁷ Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

⁸ Guatemala, El Salvador y Honduras. Los acuerdos celebrados con Centroamérica fueron objeto de una consolidación en 2013.

⁹ WT/TPR/S/279.

¹⁰ Este cambio hace que el valor de las mercancías se incremente, toda vez que se toman en cuenta los costos de seguros y transporte como base para pagar impuestos de importación. Dado que en el TLCAN ya existía una disposición que obligaba a México a valorar sin tomar en cuenta estos gastos, la modificación efectivamente encareció las importaciones de todos los países menos los de EE.UU. y Canadá.

¹¹ Recuérdese que China entró formalmente a la OMC en diciembre de 2011, por lo que México no tenía compromisos internacionales para respetar las obligaciones del Acuerdo Antidumping respecto de ese país antes de esa fecha.

¹² Véase Diario Oficial de la Federación, 30 de agosto de 1994.

¹³ Véase ZABLUDOVSKY, Jaime y PASQUEL, Linda en “México” en “Governments, Non-State Actors and Trade Policy-Making”, editado por CAPLING, Ann Capling y LOW,

Esta tendencia cambió a mediados de la década del 2000, cuando México se embarcó en una ola de reducciones unilaterales a sus impuestos de importación a los países con los que no tenía celebrado un TLC. En 2005, 10 años después de la entrada en vigor de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, México redujo de manera unilateral sus aranceles de nación más favorecida a niveles anteriores a la crisis de mediados de los 90's; posteriormente, en 2006, se redujeron los aranceles a más de seis mil productos, y finalmente, decidió hacer frente a la crisis económica internacional de 2008 al reducir de manera importante (y en muchos casos eliminar) los aranceles a la mayoría de sus productos industriales¹⁴. Esta serie de reducciones tuvo lugar entre 2009 y 2013¹⁵, teniendo como resultado no solo una reducción importante, sino también una simplificación de su estructura arancelaria.

En 2001, México logró un acuerdo bilateral con China, con objeto de la adhesión de este país a la OMC. Conforme a dicho acuerdo, ambas partes acordaron una moratoria de seis años, según la cual China se comprometió a no iniciar procedimientos de solución de diferencias en contra de México por la imposición de dichas cuotas, en el entendido que este las reduciría paulatinamente¹⁶. Dicha moratoria fue renegociada en 2008 y finalmente desapareció en 2010.

Por último, México concluyó las negociaciones de la Alianza del Pacífico (con Chile, Perú y Colombia) y finalizó la negociación del acuerdo comercial más ambicioso al momento: el Acuerdo de Cooperación Transpacífico (TPP). Este constituye la apertura de seis mercados nuevos: Australia, Brunei, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur y Vietnam, así como la profundización de sus lazos con Japón, pero de manera más importante con Estados Unidos.

A pesar de todo esto, al día de hoy, ninguno de los acuerdos logrados por México ha tenido un impacto similar al del TLCAN. En particular, Estados Unidos sigue siendo la principal fuente de exportaciones de México y el más grande exportador a ese país¹⁷. De conformidad con las cifras de la OMC, en 2015 EE.UU. continúa siendo el destino de más del 80% de las exportaciones mexicanas y el origen de cerca del

Patrick, Cambridge University Press, Reino Unido, 2010.

¹⁴ Op. Cit., pp. 94 y 95.

¹⁵ En particular, en 2010, México eliminó aranceles a casi 4,000 productos.

¹⁶ Anexo 7 del Protocolo de Adhesión de China a la Organización Mundial del Comercio.

¹⁷ De conformidad con el perfil comercial de México, las importaciones estadounidenses a México representaban casi el 50% del total, pero China ya se encuentra en segundo lugar con casi un 17%.

50% de las importaciones a ese país¹⁸. Asimismo, EE.UU. representa cerca del 60% de la inversión extranjera directa que llega a este país¹⁹.

II.- Evolución de las posturas de México en el seno de la OMC

La relación entre México y Estados Unidos, por una parte, y con China, por la otra, ha coloreado la actuación mexicana en la OMC. No obstante, en años más recientes México ha adoptado una posición más conciliadora y propositiva, mostrando una legítima preocupación sistémica por el mantenimiento del sistema multilateral del comercio. Para efectos de nuestro análisis dividiré los últimos 20 años en tres grandes etapas: antes de Doha (1995-2001); de Doha al TPP (2001-2008), y época actual.

Para empezar, recordemos que México había llevado a cabo la mayor liberalización de su historia en 1994, cuando entró en vigor el Tratado de América del Norte. Esto es muy relevante, toda vez que la implementación de los acuerdos de la OMC resultó ser relativamente simple para México. En términos de liberalización arancelaria, los compromisos asumidos con su mayor socio comercial, tanto en aranceles agrícolas como industriales, fue mucho más profunda que la consolidación comprometida unilateralmente. Por otra parte, la apertura en materia de servicios fue mucho más ambiciosa a nivel trilateral que en el seno del AGCS. El Acuerdo de los ADPIC contenía una serie de obligaciones que habían sido asumidas y superadas en el TLCAN; las disciplinas de los acuerdos en materia de remedios comerciales ya habían sido incorporadas en la Ley de Comercio Exterior de México, así como las relativas a obstáculos técnicos al comercio fueron incorporadas en la Ley Federal de Metrología y Normalización. Salvo por cuestiones muy específicas (por ejemplo, México mantuvo requisitos de contenido nacional en el sector automotriz)²⁰, el país no tuvo problemas en asumir los compromisos resultantes de la Ronda Uruguay y, de hecho, estuvo en posición de asumir compromisos adicionales, en el contexto de los Cuarto y Quinto Protocolos del AGCS sobre telecomunicaciones básicas y servicios financieros²¹.

Durante los primeros años de existencia de la OMC, la posición de México tuvo

¹⁸ <http://stat.wto.org/CountryProfile/WSDBCountryPFView.aspx?Language=E&Country=MX>

¹⁹ <http://www.cnnexpansion.com/economia/2015/11/24/inversion-extranjera-directa-sub-41-en-nueve-meses>

²⁰ WT/TPR/S/29.

²¹ WT/TPR/S/97.

un carácter más defensivo. No son claras las razones que lo llevaron a oponerse, por ejemplo, a la creación de un Comité de Acuerdos Comerciales Regionales²², de su participación en iniciativas sectoriales de liberalización comercial²³, de la relación entre la OMC y diversas organizaciones no gubernamentales²⁴ o del carácter reservado de los documentos de la organización²⁵. Posiblemente, México sentía que ya había dado todo lo que podía dar como parte del TLCAN, o consideró que el cambio institucional entre el GATT y la OMC se dio con demasiada rapidez, o posiblemente sospechaba de cualquier intento por tener mayor exposición ante la sociedad civil, por considerar que afectaría indebidamente la capacidad del Gobierno mexicano para adoptar políticas libremente. Conforme se acercaba la Tercera Conferencia Ministerial, que tendría lugar en Seattle, en 1999, y de la cual se esperaba surgiera una nueva Ronda de Negociaciones, México asumió una postura cautelosa, haciendo énfasis en la necesidad de tener negociaciones balanceadas, de no reabrir las negociaciones de la Ronda Uruguay y buscando minimizar el alcance de negociaciones sobre los llamados “Temas de Singapur”^{26 27}. México se unió a una serie de países que presentaron una propuesta consistente en que no se abordarían las disciplinas de los acuerdos de la OMC hasta no lograr un paquete de liberalización de bienes agrícolas e industriales²⁸.

Por otra parte, la posición de México en esa época reflejaba una polarización entre los países en desarrollo y los países desarrollados. Así, adoptó una posición definida dentro del primer grupo, al grado que en 1998 y 1999 llegó a presidir el Grupo Informal de Países en Vías de Desarrollo. Esta polarización fue evidente al momento de elegir al candidato que sucedería a Renato Ruggiero en la Dirección General de la Organización. Conforme se fueron eliminando los candidatos con menor número de apoyo (entre ellos, el canadiense Roy McLaren, a quien México había apoyado inicialmente), solo quedó el neozelandés, Mike Moore, y el tailandés, Supachai Panitchpakdi. El enfrentamiento mostró una clara división entre los miembros que apoyaban a uno (mayormente países en desarrollo) y los que apoyaban al otro (mayormente países desarrollados), al grado que se llegó a un impasse, en el cual se

²² WT/GC/M/8, WT/GC/M/29.

²³ WT/GC/W/138.

²⁴ WT/GC/M/14, WT/GC/M/27, WT/GC/M/49, WT/GC/M/51.

²⁵ WT/GC/M/26, WT/GC/M/28, WT/GC/M/29, WT/GC/M/31, WT/GC/M/35.

²⁶ Los temas acordados en la Reunión Ministerial de la OMC, celebrada en Singapur en 1996, eran comercio e inversiones, comercio y competencia, transparencia en las compras públicas y facilitación del comercio.

²⁷ WT/GC/M/30, WT/GC/M/31, WT/GC/M/34, WT/GC/M/43, ET/GC/M/47.

²⁸ W/GC/W/230.

cuestionó la recomendación del Presidente del Consejo General de nombrar a uno de ellos y se tuvo que lograr una solución salomónica, según la cual cada uno de ellos serviría a la organización durante tres años (en lugar de los cuatro originalmente previstos), sin posibilidad de reelección. Esta división norte-sur siguió hasta la víspera de la Cuarta Sesión de la Conferencia Ministerial, que tendría lugar en Doha, capital de Qatar, en 2001.

Para ese entonces, la posición de México en la OMC sufriría un cambio drástico: en primer lugar, por primera vez en más de setenta años, el Partido Acción Nacional había asumido la Presidencia de la República y la visión del país fue muy distinta; en segundo lugar, con el cambio de gobierno se dio un cambio de estafeta en la dependencia encargada de negociar los tratados comerciales (la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, que a partir de entonces se habría convertido en la Secretaría de Economía). El último Secretario de Comercio, Herminio Blanco, había sido el Negociador en Jefe del TLCAN y había buscado, por diversos medios, mantener la exclusividad resultante de la negociación de dicho tratado. Su sucesor, Luis Ernesto Derbez, tenía una postura radicalmente distinta. Por otra parte, el puesto de Embajador de México ante la OMC sufrió un cambio en esa misma época. El Embajador Alejandro de la Peña, un experimentado diplomático que conocía el sistema GATT/OMC íntimamente, fue sucedido por Eduardo Pérez Motta, otro experto comercial que, si bien había sido una pieza clave en la administración de Blanco, buscaba posicionar a México como un jugador sistémico y no como un líder únicamente identificado con los países en desarrollo.

Por otra parte, la dinámica dentro de la OMC estaba por sufrir cambios sustanciales: en primer lugar, el largo y tortuoso proceso de adhesión de China a la OMC estaba por concluir, lo cual generaba toda clase de expectativas respecto de cómo cambiarían los balances de poder dentro de la organización; en segundo lugar, la disputa del banano²⁹ había dividido al mundo en desarrollo. De un lado se encontraba una serie de países latinoamericanos productores de dicha fruta y que buscaban un mayor acceso al mercado europeo y, por la otra, había una serie de países ubicados en África, el Pacífico y el Caribe, también productores de dicha fruta, pero benefactores de un régimen preferencial otorgado por las Comunidades Europeas. En tercer lugar, la voz de los países en desarrollo que clamaba por abordar diversos temas de desarrollo económico como parte de la nueva ronda de negociaciones era cada vez más fuerte. Y, por último, las epidemias de SIDA, malaria, paludismo y

²⁹ WT/DS/27. “Comunidades Europeas – Régimen de Importación, Venta y Distribución de Bananos”.

otras, habían forzado a una negociación sobre la necesidad de contar con medicamentos accesibles para países africanos y otros en condiciones precarias, sin necesidad de pagar regalías excesivas por la vigencia de las patentes. El resultado fue que los Miembros llegaron a Qatar con una agenda sumamente complicada y poquísimas probabilidades de éxito. Sin embargo, los atentados que tuvieron lugar apenas tres meses antes -el 11 de septiembre del mismo año en Nueva York, Washington y Pennsylvania- habían constituido una afrenta al mundo moderno de tal magnitud, que era necesario mandar el mensaje de que los Miembros de la OMC no estaban dispuestos a permitir que el progreso del sistema multilateral del comercio se detuviera. Contra todo pronóstico, en Doha se logró lo que pocos meses antes había sido impensable: una nueva Ronda de Negociaciones con una agenda ambiciosa de liberalización comercial, con mandato para mejorar algunas disciplinas y aclarar otras, así como con un sinnúmero de referencias a las necesidades de los países en desarrollo y los países menos adelantados.

Mientras la dupla Blanco-De la Peña había sido eficaz en posicionar a México como defensor de sus preferencias; la dupla Derbez-Pérez Motta fue muy eficaz en mostrar una nueva cara de México. Desde el primer momento, el Secretario Derbez se posicionó como uno de los facilitadores designados para dirigir el proceso negociador. Su labor no era fácil, pues estaba encargado de encontrar acuerdos en el polémico tema de las licencias obligatorias para epidemias como el SIDA, paludismo y malaria. Dicho tema enfrentaba a varios países desarrollados detentores de patentes en medicamentos con países en desarrollo con capacidad de producir esos medicamentos a un costo mucho menor, con el apoyo de muchas naciones africanas. Con un manejo audaz, e incluso poco ortodoxo, de la mesa de negociación, Derbez logró anunciar un acuerdo antes que cualquiera de sus pares. Dicho acuerdo fue central en elevar el ánimo de los negociadores y, al mismo tiempo, para forzar que se logran consensos en otros temas. El resultado final: la Declaración de Doha para el Desarrollo.

El liderazgo mostrado por México en la Reunión Ministerial de Doha motivó, tanto a su gobierno como a la comunidad internacional, a proponer que la Quinta Sesión de la Conferencia Ministerial se llevara a cabo en México en 2003, fecha en que debía tener lugar la revisión de medio término de los avances de Doha. Esta reunión tendría lugar un año después de que México hubiera detentado la Presidencia en APEC y hubiera sido el anfitrión de la cumbre de líderes de dicha región. La sede para la reunión de la OMC sería Cancún, destino turístico por excelencia en la Península de Yucatán.

El *momentum* parecía continuar en 2002, cuando el Embajador Pérez Motta fue encargado de dirigir las negociaciones para dar forma a una enmienda legal al Acuerdo sobre los ADPIC, que implementara la posibilidad de expedir licencias obligatorias en determinadas circunstancias. A pesar de haber avanzado de manera importante, no fue posible lograr un consenso y hacia finales de ese año los ánimos se volvieron a enfriar.

El ambiente en Cancún sería muy distinto al de Doha. Por una parte, ya no resultaba apremiante enviar un mensaje de progreso y optimismo a la comunidad internacional; por otra, los avances en los grupos de negociación habían vuelto a polarizar las posiciones.

Cancún fue un fracaso por donde se viera. Las protestas de las organizaciones civiles, tan eficientemente contenidas en Doha, volvieron a mostrarse como lo habían hecho en Seattle. El hecho de que un manifestante coreano se suicidara frente a los ojos del mundo entero no ayudó para nada a la reputación de la organización. Por otra parte, ni los países desarrollados ni los países en desarrollo encontraron la voluntad política para hacer concesiones suficientes que permitieran tener un resultado exitoso. Los países en desarrollo no estaban dispuestos a cumplir con las exigencias de abrir sus mercados a los productos industriales y servicios de los desarrollados, y estos últimos se negaban a ceder ante las demandas de mayor acceso a los productos agrícolas y a otorgar beneficios exclusivos, por ejemplo, a los países africanos cuyas economías dependían del comercio del algodón. El encono tuvo como consecuencia no solo que no hubiera un resultado positivo de la reunión ministerial, sino que se establecieron los parámetros para reducir el grado de ambición de la Ronda, al eliminar los temas de Singapur de la agenda de negociaciones³⁰.

No obstante el desánimo que siguió a la Conferencia de Cancún, meses después se recuperó el camino vía un acuerdo marco para continuar las negociaciones en una reunión informal de Ministros celebrada en el seno de la OCDE en París.

Cancún fue la muestra más fehaciente del cambio de actitud que había tenido México ante la OMC. Si bien en el pasado había sido defensivo y había liderado un enfrentamiento entre países desarrollados y en desarrollo, ahora México se asumía a sí mismo como parte del sistema y como un líder dispuesto a sacar adelante a la organización, así ello representara erosionar los privilegios que tanto le habían

³⁰ Eventualmente, el tema de facilitación al comercio pudo ser rescatado y una década después se ha implementado un Acuerdo en este sentido.

costado, pero que francamente cada vez valían menos. De esta forma, los diplomáticos mexicanos comenzaron a tener papeles más relevantes en la organización, asumiendo presidencias de órganos subsidiarios, y el propio Pérez Motta asumiendo la presidencia del Grupo de Negociación de Normas y promoviendo la agenda de Doha, tanto internamente como ante la comunidad internacional.

Para 2005, ni Derbez ni Pérez Motta estaban en la escena OMC, habiendo los dos asumido otras responsabilidades dentro del Gobierno mexicano. No obstante, la semilla que habían plantado seguía dando frutos. La llegada de un nuevo Embajador a Ginebra permitió que dicho país consolidara el liderazgo y la posición sistémica que había venido asumiendo desde que tuvo lugar la Declaración de Doha.

Así, en enero de 2005 llega Fernando de Mateo, otro diplomático con años de experiencia a cuestas, que había representado a México en diversas negociaciones, tanto de una perspectiva técnica -es un experto en la negociación de servicios- como desde una perspectiva más diplomática/política -había estado al frente de la relación con la Unión Europea desde antes que se negociara el acuerdo comercial con dicho país. Más tarde, añadió a su abultada cartera de responsabilidades la negociación con América Latina. Así, este diplomático asumió la representación de México y comenzó a aportar desde el principio, asumiendo la presidencia del Grupo de Negociación de Servicios, cartera que llevó desde 2006 hasta 2014, fecha en que asumió como Presidente del Órgano de Solución de Diferencias y, posteriormente, Presidente del Consejo General, cargo que detenta actualmente.

Por otra parte, recordemos que el propio Herminio Blanco, quien había sido percibido como un agente ajeno al sistema multilateral, compitió en 2013 por el puesto de Director General de la Organización, quedando en segundo lugar en la contienda, frente al Director actual, Roberto Azevêdo.

Retomando el punto de partida: que los intereses comerciales de México han estado ligados a Estados Unidos y a China, la adhesión de China a la Organización representó una de las negociaciones comerciales más difíciles que México había tenido que encarar. China es considerada por muchos países como un peligro comercial. En el caso de México, no solo existe un clamor por detener la importación de productos chinos al mercado interno, sino que México y China compiten en muchos aspectos por el mercado estadounidense. Como se mencionó más arriba, México ha impuesto una serie de cuotas compensatorias en contra de China por una gran cantidad de

productos y con márgenes muy elevados³¹. La negociación bilateral entre México y China fue políticamente complicada y requirió talento y prudencia de ambas partes para lograr un acuerdo. Si bien se llegó a hablar sobre la posibilidad de invocar la cláusula de “no aplicación”³² entre ambos países, se reconoció que ello generaría un costo político innecesario y que pondría a México como un país intransigente ante la comunidad internacional, todo ello a cambio de beneficios comerciales no muy claros respecto de su ámbito y duración.

Esta actitud proactiva de México le ha permitido tener un rol central en negociaciones donde sus intereses comerciales no son marcadamente ofensivos ni defensivos, como lo es en la negociación de apertura comercial para productos no agrícolas. Asimismo, ha sido muy activo en diversos frentes en la negociación de servicios y en el tema de facilitación del comercio. En el tema de antidumping, a pesar de ser uno de los mayores usuarios del sistema, se ha alineado con los países que buscan mejorar y aclarar las disciplinas de dicho acuerdo. Es un miembro activo del G-20 agrícola y tiene participación en propuestas en otros temas, como propiedad intelectual y solución de diferencias.

Por otra parte, su ambiciosa agenda de negociaciones bilaterales y plurilaterales ha acaparado buena parte de su energía y su capacidad negociadora. De alguna manera, México se ha permitido a sí mismo un buen grado de independencia en la OMC, toda vez que los empresarios mexicanos no otorgan a dicho foro su mayor prioridad y los negociadores ubicados en la Ciudad de México tienen que hacer esfuerzos sobrehumanos para cubrir todos los foros. La representación de México ante la OMC tradicionalmente ha contado con funcionarios talentosos y conocedores de la sustancia, lo cual les ha permitido tener una participación mayor que la que podrían tener los delegados de otros países. De esta manera, México no solo ha comprendido la utilidad de ser un Miembro sistémico de la organización, sino que la manera en que ha funcionado le ha permitido poner en ejercicio esa postura y ha pasado de ser un opositor sistémico a un actor sistémico y proactivo en los trabajos de la organización.

³¹ Hoy, la cuota antidumping más alta en términos *ad valorem* impuesta a China es de 250% para electrodos de grafito; además de diversas cuotas específicas y precios de referencia.

³² La Cláusula de No Aplicación, prevista en el artículo XIII del Acuerdo por el que se establece la OMC dispone que un Miembro podrá considerar a otro Miembro de la Organización como si no lo fuera. Ello le permite aplicar medidas de política comercial sin sujetarse a los principios de la OMC ni tenerle que extender el trato de nación más favorecida.

Mención especial merece la participación de México en el mecanismo de solución de diferencias. Este constituyó uno de los resultados más importantes de la Ronda Uruguay, por cuanto introdujo, por primera vez, el concepto de “consenso negativo”³³, así como la posibilidad de contar con una chance de revisión, en segunda instancia, de las recomendaciones emitidas por un Grupo Especial. En efecto, el mecanismo de solución de diferencias es conocido como “la joya de la corona”.

México es uno de los principales usuarios del mecanismo de solución de diferencias, no solo por encontrarse dentro de los diez participantes del comercio internacional, sino porque también ha defendido posturas sistémicas como tercero en disputa, en las cuales su interés comercial es menor, pero se busca una adecuada interpretación de las reglas de la organización.

Al día de hoy, México ha sido demandante en 23 casos (casi la mitad en contra de Estados Unidos); ha sido demandado en 14 ocasiones (casi la mitad de los casos por Estados Unidos) y ha participado en 75 disputas como tercero interesado³⁴.

La mayoría de las disputas de México se refieren a remedios comerciales (principalmente cuotas compensatorias impuestas por México o en su contra), aunque sus participaciones más emblemáticas se refieren a otro tipo de asuntos. Por ejemplo, el asunto del etiquetado del atú, que ha estado en la agenda comercial entre México y Estados Unidos desde la época del GATT (cuando aún era posible bloquear la adopción del informe de un grupo especial). También ha sido particularmente relevante el asunto del banano, donde la participación de México era más bien discreta, pero le tocó participar en discusiones que definirían los límites de actuación del Órgano de Solución de Diferencias, tratándose de desacuerdos sobre el cumplimiento y solicitudes para adoptar medidas de retorsión.

Si bien, el record de cumplimiento de México ha sido positivo, ha habido ocasiones

³³ Existen diversas disposiciones en el Entendimiento de Solución de Diferencias en el sentido de que el Órgano correspondiente adoptará decisiones, salvo que exista consenso para no hacerlo. Ello es particularmente relevante, por ejemplo, tratándose de la adopción de informes de Grupos Especiales, ya que por primera vez se impide al país que haya perdido en un litigio a bloquear la adopción de las recomendaciones correspondientes. Este tipo de consenso también se encuentra en contextos tales como el establecimiento de un Grupo Especial, o la autorización para adoptar medidas de retorsión en respuesta al incumplimiento por parte de un Miembro.

³⁴ Atrás de Estados Unidos, la Unión Europea, China, Japón, Australia, Brasil, India, Taipei y Corea.

en que ha tenido que aplicar medidas de retorsión por el incumplimiento de sus contrapartes.

Asimismo, México ha sido activo en las negociaciones para enmendar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias, presentando una de las propuestas más ambiciosas en materia de generar los incentivos para lograr un cumplimiento más rápido y eficaz de las recomendaciones del órgano correspondiente. Para ello, hubo de llevar a cabo un diagnóstico de lo que en su momento se percibía como todos los problemas en el funcionamiento de dicho mecanismo, y ello le permitió afirmar que el mayor problema se encuentra en los incentivos para cumplir.

Por otra parte, desde 2009 México ha contado con la presencia de Ricardo Ramírez en el Órgano de Apelación, máximo tribunal dentro de la organización. Asimismo, diversos funcionarios y ex funcionarios del Gobierno mexicano han fungido como panelistas en diversas disputas.

Una de las razones por las cuales México ha optado por dirimir sus disputas comerciales en el seno de la OMC se debe a que este ha sido, hasta ahora, el foro más eficaz para tal efecto. Los paneles arbitrales previstos en el TLCAN llevan años en un impasse, lo cual ha impedido un mayor número de disputas sometidas ante ese foro. Asimismo, a pesar de contar con una plétora de acuerdos comerciales, se ha estimado que la OMC es la vía idónea y la que brinda mayor seguridad jurídica para la solución de disputas comerciales.

III.- Conclusiones

La realidad de México es que sigue teniendo una dependencia importante del mercado estadounidense. No obstante su amplia red de acuerdos, la diversificación comercial lo elude. Eso puede ser visto como una bendición o como una maldición. Sea como fuere, la economía mexicana está íntimamente ligada a la estadounidense.

China, por su parte, representa el gran peligro, no solo para México, sino para todo el mundo. A menos de 15 años de haber ingresado a la OMC, se ha convertido en uno de los principales actores comerciales -si no es el mayor- en todo el mundo. México ha buscado proteger su industria de las importaciones chinas, pero ello no ha impedido que las mercancías entren a su mercado, en ocasiones, legalmente y en otras no.

La participación de México en el sistema multilateral muestra cómo el tener espacio para negociar permite que los Miembros participen de manera positiva. Las prioridades de México difícilmente van a cambiar en el futuro próximo, pero ello le brinda la libertad para ver a largo plazo y apoyar decididamente el sostenimiento en los esfuerzos liberalizadores llevados a cabo a nivel multilateral.

A pesar de que no es claro el futuro de la organización³⁵, el poder contar con espacio para negociar permite que países como México asuman una actitud madura y propositiva. Esto nos lleva a la eterna discusión de si los esfuerzos regionales son complementarios a las iniciativas multilaterales o si las entorpecen. En este caso, el resultado parece ser claro.

Referencias Bibliográficas

Libros:

- Bouzas, R. ed. (2005). *Domestic Determinants of National Trade Strategies: A Comparative Analysis of Mercosur Countries, Mexico and Chile*. Interamerican Development Bank.
- Capling, A. y Low, P. eds (2010). *Governments, Non-State Actors and Trade Policy-Making*. Cambridge University Press: Reino Unido.
- Leycegui, B. y Porrúa, M. eds. (2013). *Reflexiones sobre la Política Comercial Internacional de México 2006-2012*. México.
- Serra Puche, J. (2015). *El TLC y la formación de una región*. Fondo de Cultura Económica: México.

Documentos oficiales del Gobierno mexicano:

- Diario Oficial de la Federación.
- Secretaría de Economía. Tratado de Asociación Transpacífico (TPP).
- H. Senado de la República, sesión de trabajo 4 de noviembre de 2015.

Documentos oficiales de la OMC:

- Examen de la política comercial de México. Informe de la Secretaría 1997. WT/TPR/S/29.
- Examen de la política comercial de México. Informe de la Secretaría 2002. WT/TPR/S/97.

³⁵ Al momento de la publicación de este artículo debe haber tenido lugar la Décima Sesión de la Conferencia Ministerial, celebrada en Nairobi, Kenia.

- Examen de la política comercial de México. Informe de la Secretaría 2008. WT/TPR/S/195.
- Examen de la política comercial de México. Informe de la Secretaría 2013. WT/TPR/S/279.
- Diversas actas del Consejo General y documentos de disputas.
- Protocolo de Adhesión de China a la Organización Mundial del Comercio. Anexo 7. WT/L/432.

LA PARTICIPACIÓN DE LOS PAÍSES CENTROAMERICANOS EN LA OMC

Luis Gil Abinader¹

1.- Introducción

En la Organización Mundial del Comercio (OMC), las decisiones importantes, en principio, se adoptan por consenso. Teóricamente, cada país cuenta con poder de veto, independientemente de su tamaño o estatus de desarrollo. Esto implica que, a diferencia de otros foros internacionales en los que la autoridad es delegada, la OMC se considera una organización conducida por sus miembros. Esta además cuenta con un sistema para la solución de disputas comerciales, en el cual los procedimientos y las decisiones se basan principalmente en reglas, en lugar de relaciones de poder.

Estas características pueden resultar ventajosas para Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y República Dominicana (en adelante, CARD). Sus rasgos estructurales, en términos económicos, tecnológicos, políticos, demográficos, y comerciales, colocan a estos países en el terreno de los más débiles de las asimetrías internacionales. En los escenarios condicionados por la disponibilidad de recursos de poder, estas naciones prácticamente carecen de la capacidad para influir. En cambio, la posibilidad de negociar su adhesión al consenso o de acudir a un sistema basado en reglas para dirimir las disputas, en principio, les otorga a los países de CARD una inusual oportunidad para reflejar sus intereses en las normas que rigen al comercio internacional.

Sin embargo, aún prevalecen factores que pueden limitar la participación de esos países en la definición de reglas multilaterales. Uno de ellos es la carencia de sufi-

¹ Investigador CIETIC, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la República Argentina e investigador de la Cátedra OMC- FLACSO Argentina.

ciente personal competente radicado en Ginebra. Las características institucionales y procesales inherentes a una organización en la cual se dilucidan numerosos temas, y que a tales fines celebra miles de reuniones al año, es otro factor. Esto plantea las siguientes interrogantes: ¿Los países de CARD han hecho uso efectivo de esa oportunidad de influencia en la OMC? ¿En qué medida participan dinámicamente, influenciando sus negociaciones y acudiendo al mecanismo de solución de disputas?

Este capítulo encarará esas preguntas. Para esto, se realizará un análisis descriptivo de la participación de los países de CARD en la OMC. Este estudio se basa en la revisión de más de 200 documentos desclasificados, presentados por países de CARD desde que iniciaron su participación en el sistema multilateral del comercio hasta la fecha. Esos documentos fueron consultados a través de la base de datos digital de la OMC² e incluyen declaraciones ministeriales, comunicaciones y propuestas de negociación. También se revisaron documentos que mencionan a países de CARD, como actas de reuniones en órganos de la OMC y reclamos en los que figuran como parte.

En la siguiente sección se analizarán las membresías y liderazgos de los países de CARD en los órganos que conforman la OMC. También se describirán las coaliciones a las que pertenecen. A esto le sigue otra sección sobre los principales temas de negociación elegidos por los países de CARD. Posteriormente, se examina su participación en el sistema de solución de diferencias.

Finalmente, este estudio concluye con una reflexión sobre las implicancias paradójicas de la OMC: el multilateralismo ofrece a los países pequeños y en desarrollo, como los de CARD, uno de los pocos foros en los que realísticamente pueden reflejar sus intereses en las reglas que rigen el comercio internacional. A pesar de esto, ciertos escollos institucionales, procesales y políticos, aún presentes en esa organización, limitan la participación efectiva de los países de CARD.

2.- Membresía, liderazgo y coaliciones

Nicaragua y República Dominicana formaban parte del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) desde el 1950. Costa Rica solicitó su adhesión en 1987, y tres años más tarde se convirtió en su centésimo miembro³. El Salvador y Guatemala ratificaron sus respectivos protoco-

² docs.wto.org.

³ Costa Rica becomes GATT's 100th Member. Documento GATT/1493. 25 de octubre 1990.

los de adhesión al GATT en 1991⁴. En 1983, Honduras solicitó ser reconocida como observadora⁵, pero llegó a concretar su adhesión finalmente en 1994⁶. Es decir, para el año 1994 ya todos los países de CARD formaban parte del GATT, pero solo Nicaragua y República Dominicana lo suscribieron previo al lanzamiento de la Ronda de Uruguay. El resto de estos países se adhirieron con la intención, en ocasiones explícita⁷, de participar en esas negociaciones que finalmente derivaron en la creación de la OMC, en el año 1995.

Mientras que las decisiones más importantes de la OMC se toman en su Conferencia Ministerial, las actividades diarias se delegan al Consejo General, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) y el Órgano de Examen de las Políticas Comerciales. Tres consejos específicos y más de veinte comités, subcomités y grupos de trabajos, componen el tercer y cuarto nivel organizacional de la OMC. Esos órganos sirven, en parte, como foro para la realización de negociaciones ordinarias y extraordinarias. Su mandato también incluye monitorear el cumplimiento de los acuerdos existentes y, en ciertos casos, explorar la relación de nuevos temas con el sistema multilateral de comercio. Como la OMC en su conjunto, todos estos órganos son o deberían ser dirigidos por el consenso de sus miembros. Y, en efecto, son presididos por los representantes de los países que integran la OMC. Dado que los presidentes son elegidos con el consenso de todos los miembros, ocupar esos puestos puede considerarse un indicador de influencia.

Algunos países de CARD han logrado ejercer posiciones formales de liderazgo en esos órganos. Un caso notable es el de Costa Rica. Durante los primeros veinte años de la OMC, esa nación fue representada por el embajador Ronald Saborío Soto, reconocido en su capital como el “arquitecto e impulsor de la política comercial multilateral”⁸ costarricense. Mientras ejerció como embajador, Saborío Soto presi-

⁴ Guatemala signs protocol of accession. Documento GATT/1508. 16 de abril 1991; Accession of El Salvador. Documento L/6795. 20 de diciembre 1990.

⁵ Honduras – Request for observer status. Documento L/5538. 23 de septiembre 1983.

⁶ Accession of Honduras. Documento L/7424. 14 de marzo 1994.

⁷ Por ejemplo: “The Government of the Republic of El Salvador took the decision to accede to the General Agreement on Tariffs and Trade by reason of the Punta del Este Ministerial Declaration, so as to be able to participate in the Multilateral Trade Negotiations of the Uruguay Round” en Statement by H. E. Mr. Guillermo Aceto Marini, Ambassador-Negotiator to GATT, Ministry of Foreign Trade. Documento MTN.TNC/MIN(88)/ST/66.

⁸ Nacion.com/opinion/foros/Homenaje-embajador-Ronald-Saborio_0_1470452948.html

dió varios órganos de la OMC⁹. Estos son: el Consejo del Comercio de Mercancías (1998), el Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública (1999 a 2003), el Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (2004 a 2005) y el Órgano de Solución de Diferencias en Sesión Extraordinaria (2006 a 2014). En el año 2012, quien entonces se desempeñaba como Ministra de Comercio Exterior de Costa Rica, Anabel González, fue propuesta por su gobierno como candidata a sustituir a Pascal Lamy en la Dirección General de la OMC¹⁰. Sin embargo, el consenso se inclinó hacia el ex Embajador de Brasil en la OMC, Roberto Azevêdo.

Los órganos en los que Costa Rica ha ocupado posiciones formales de liderazgo trabajan con temas a los que ese país dedica particular atención. Tal es el caso de la transparencia en la contratación pública, uno de los cuatro temas de Singapur de los cuales Costa Rica es proponente original¹¹. La presidencia de Saborío Soto en el Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (2004 a 2005) prácticamente coincidió con la negociación y notificación a la OMC¹² del Acuerdo de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (US-DR-CAFTA, por sus siglas en inglés). Durante años, el país ha estado activo en los debates que apuntan a mejorar el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, y ha patrocinado propuestas en ese sentido¹³. Es decir, la participación de Costa Rica en posiciones de liderazgo, además de ser constante, ha sido coherente con los intereses estratégicos de ese país en el sistema multilateral de comercio.

El liderazgo formal de los demás países de CARD en organismos de la OMC ha

⁹ En wto.org/spanish/thewto_s/secre_s/current_chairs_s.htm existe una lista completa de los antiguos y actuales presidentes de cada órgano de la OMC.

¹⁰ Nombramiento del próximo Director General. Proceso de presentación de candidaturas. Documento WT/GC/INF/11. 19 de diciembre de 2012.

¹¹ “La agenda de trabajo de la OMC incluye los esfuerzos para alcanzar acuerdos multilaterales sobre inversión, facilitación del comercio, competencia y transparencia en la contratación pública, temas en los que Costa Rica es uno de los proponentes originales”, en Declaración del Excmo. Sr. Dr. Alberto J. Trejos, Ministro de Comercio Exterior de Costa Rica. Documento WT/MIN(03)/ST/29. 11 de septiembre de 2003.

¹² Acuerdo de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos. Notificación de las Partes. Documento WT/REG211/N/3. 17 de agosto de 2006.

¹³ Propuesta de modificación del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Comunicación del Canadá, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, Corea, Costa Rica, Ecuador, Eslovenia, Hungría, Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Perú, República Checa, Suiza, Tailandia y Venezuela. Documento WT/MIN(99)/8. 22 de noviembre de 1999; Propuesta de Costa Rica – Derecho de terceros. Comunicación de Costa Rica. Documento TN/DS/W/12. 24 de julio de 2002.

sido relativamente menos frecuente. La Embajadora Leonora de Sola Saurel, de El Salvador, presidió el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional entre 1995 y 1996, entonces conocido como el Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales. En 2003, el Embajador Santiago Urbina, de Nicaragua, presidió el Grupo de Trabajo sobre las Normas del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. El Embajador Eduardo Sperisen-Yurt, de Guatemala, presidió el Grupo de Negociación sobre la Facilitación del Comercio, desde 2007 hasta su disolución en 2013, cuando se adoptó un acuerdo sobre ese tema. El Embajador Dacio Castillo, de Honduras, actualmente preside el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Consejo de los ADPIC) y ha presidido el Consejo del Comercio de Mercancías.

Aunque República Dominicana ha sido interlocutora de organismos informales, como el Grupo de Países en Desarrollo durante las reuniones ministeriales de 2011 y 2013, todavía no ha ocupado puestos en órganos formales. Por ende, salvo Costa Rica, que ha ocupado puestos de liderazgos constantemente desde 1998, el lapso de seis años en los que Guatemala presidió uno de los grupos de trabajos, y Honduras, que en años recientes ha fungido como presidente de dos consejos, la participación de países de CARD en los puestos formales de liderazgo de la OMC ha sido esporádica. Esto, en parte, puede deberse a la poca disponibilidad de recursos de poder. Pero también puede obedecer a otros factores, como el tamaño de las misiones de esos países ante la OMC y demás organismos internacionales en Ginebra.

Dado que los países de CARD son relativamente pequeños, sus misiones también tienden a serlo. Uno de los retos prácticos que afrontan estos países es monitorear las miles de reuniones, en muchos casos simultáneas, que se celebran anualmente en Ginebra. El tiempo que estos países deben dedicar a un tema cuando ejercen posiciones formales de liderazgo, puede competir con la posibilidad de asistir o monitorear los demás órganos de la OMC. Esto les puede resultar inviable.

Por razones similares, los países de CARD tienen incentivos para participar en coaliciones. Como otras naciones pequeñas, los países de CARD por sí solos tienen poco acceso a recursos de poder. Estructuralmente, están en el lado débil de las asimetrías internacionales. Sin embargo, una estrategia de negociación a la que pueden recurrir en el sistema multilateral de comercio es la dinámica de coaliciones. Cuando entre varios miembros existe suficiente afinidad sobre uno o más puntos, estos pueden formar espacios de cooperación explícita para promoverlos.

Los países de CARD han utilizado esta estrategia en negociaciones sobre agricultura, propiedad intelectual, turismo, y otros temas discutidos en la OMC¹⁴. Por ejemplo, cinco de los quince países que pertenecen al grupo denominado Economías Pequeñas y Vulnerables - Agricultura¹⁵ son de la región CARD. Cinco de los veinte países que integran el grupo Economías Pequeñas y Vulnerables - Acceso a los Mercados para los Productos no Agrícolas, también son de la región. En ambos casos, la única excepción es Costa Rica. Tres de los ocho miembros que integran el Grupo de Productos Tropicales pertenecen a CARD. En estos casos, la asociación se extiende a otros países en desarrollo, que además tienen características estructurales similares a los países centroamericanos y República Dominicana. Pero también se han formado coaliciones con países desarrollados o países en desarrollo con economías emergentes. De hecho, todos los países de la región CARD proponen el establecimiento de una base de datos voluntaria para el registro de indicaciones geográficas de vinos y bebidas espirituosas¹⁶. Esta postura justificó la creación del grupo Propuesta Conjunta (Propiedad Intelectual), integrado por veinte miembros entre los cuales están Argentina, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, México, Corea, y los países de CARD.

En ciertas ocasiones se han conformado coaliciones con una membresía exclusiva o mayoritariamente compuesta por CARD. Este es el caso del Grupo Paradisus, integrado por El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana. Este grupo fue creado durante el preludio de la Ronda de Doha, y puso énfasis en reformas institucionales y procesales en la OMC¹⁷. Sin embargo, cesó su actividad después de transcurrida la reunión ministerial de 2001.

3.- Influencia en las negociaciones

A través de los temas de negociación que eligen promover los países, también se puede analizar su participación en el sistema multilateral de comercio. En adición a los factores comerciales, la elección de temas de negociación depende del capital técnico y político de cada país. Una misión con suficientes recursos humanos puede realizar discriminaciones relativamente laxas al momento de elegir en cuáles temas

¹⁴ En https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/negotiating_groups_s.htm se puede consultar una lista con algunas de las coaliciones que se han formado en el marco de las negociaciones de la OMC.

¹⁵ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/negotiating_groups_s.htm.

¹⁶ TN/IP/W/10/Rev.4

¹⁷ 'New Faces in the Green Room', Mayur Patel.

comerciales incide con dinamismo. Mientras más reducido es el número de personas con las que se cuenta en Ginebra, menor será el número de temas en que se incide con dinamismo. Similarmente ocurre con la variable política. Prácticamente todos los temas que se discuten en la OMC afectan intereses económicos, sociales o ambientales. En los países desarrollados los representantes de esos intereses generalmente están bien organizados, y cuentan con acceso y capacidad de presionar en sus capitales para que adopten o abandonen posturas. Las posturas negociadoras de esos países tienden a ser determinadas por esas interacciones políticas. Esos países eventualmente trasladan las presiones hacia los demás miembros de la OMC.

Dado que los países pequeños y en desarrollo tienen poco capital político para enfrentar ese tipo de presiones, el dinamismo en las negociaciones generalmente se circunscribe a cuestiones consideradas críticas. La decisión de invertir capital político en un tema específico, presumiblemente también depende de la expectativa del éxito alcanzable con la adopción de esa postura. Por consiguiente, analizando cuáles temas han elegido los países de CARD y examinando cómo lo han promovido, también se puede explorar su capacidad de influencia en la OMC.

3.1.- Agricultura

Agricultura es uno de los principales temas sobre los que la región CARD es *demandeurs*. República Dominicana y Nicaragua emplearon gran parte de su espacio político en el GATT para exigir que ese rubro sea sujeto a una liberalización similar a la de otros sectores productivos¹⁸. Los demás países de la región, históricamente han compartido el mismo objetivo¹⁹. Predeciblemente, la principal expectativa que tenía la región en la Ronda de Uruguay, como otros países en desarrollo, era una eventual apertura comercial en agricultura. De hecho, abrir mercados agrícolas se percibía como uno de los

¹⁸ Por ejemplo: “Since developing countries are highly dependent on agriculture, we cannot agree that the vulnerability to which trade in that sector is subject is not being studied in GATT when it is established that preferential treatment for these countries is important.” Statement by H.E. Mr. Alejandro Martínez Cuenca, Minister of Foreign Trade of Nicaragua. Documento SPEC(82)153. 24 de noviembre 1982.

¹⁹ Por ejemplo: “The characteristics of our economy, which is fragile and highly dependent on agriculture, lead us to hope that multilateralism can provide a solution to the major problems of poverty and ensuing political instability, since peace and the well-being of society cannot be ensured without minimum satisfaction of the people's material needs. To achieve this, our main trading partners must open up and facilitate market access for our principal exports.” Statement by Mrs. Marithza Ruiz de Vielman, Minister for Foreign Affairs of Guatemala. Documento MTN.TNC/MIN(94)/ST/98. 14 de abril 1994.

pocos beneficios que equilibraría el resto de las obligaciones aceptadas²⁰.

“Lamentablemente, la previsión no se concretó”²¹. En el acuerdo sobre agricultura alcanzado en la Ronda de Uruguay “abundan las injusticias y los desequilibrios”²². Pese a la expectativa de los países en desarrollo, unas cuantas naciones desarrolladas siguieron implementado medidas ampliamente consideradas proteccionistas, tales como subvencionar las exportaciones.

Por esto, los países de CARD todavía dedican gran parte de su espacio político en la OMC a la reducción de las distorsiones agrícolas. Por ejemplo, en la reunión ministerial de Seattle, Costa Rica propuso que “la agricultura tendrá que recibir la mayor atención en la agenda de negociaciones”²³. Durante esa participación, el representante de Costa Rica explicó que su país “no puede aceptar que, a pesar de los conocidos desequilibrios de este sector, algunos Miembros se opongan a la eliminación de las medidas distorsionantes [...] que ahondan la brecha entre los países desarrollados y el mundo en desarrollo”²⁴. Los demás países CARD habitualmente se expresan en tonos similares.

No obstante, reducir las distorsiones agrícolas ha demostrado ser políticamente difícil. En algunos países desarrollados existen actores con gran poder económico, beneficiándose de esas distorsiones y que interactúan con eficiencia en sus capitales. Para los países de CARD esto significa poca capacidad para influenciar en las negociaciones sobre distorsiones agrícolas, salvo participando en coaliciones conformadas por países fuera de esa región. El Grupo Cairns es una de las iniciativas más notables en ese sentido. Su membresía incluye a países como Argentina, Australia, Brasil y Canadá. Además de Costa Rica y Guatemala, que lo integran formalmente, otros países de CARD han manifestado sus coincidencias generales con las propues-

²⁰ Por ejemplo: “Desde el punto de vista del equilibrio entre los derechos y las obligaciones derivados de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, el sector agropecuario era uno de los pocos para los que se preveían beneficios en favor de los países en desarrollo.” Comunicación de Cuba, Egipto, El Salvador, Honduras, la República Dominicana, Sri Lanka, Uganda y Zimbabwe. Documento WT/GC/W/374. 15 de octubre de 1999.

²¹ *Ibídem*.

²² *Ibídem*.

²³ Declaración del Excmo. Sr. Samuel Guzowski, Ministro de Comercio Exterior de Costa Rica. Documento WT/MIN(99)/ST/37. 1º de diciembre de 1999.

²⁴ *Ibídem*.

tas de ese grupo²⁵.

En el tema agrícola, asociarse con otros países fuera de CARD, en la práctica, puede constituir una condición imperativa para influenciar en las negociaciones. Esa necesidad ha sido explícitamente reconocida, por ejemplo, por Costa Rica: “es a través del sistema multilateral de comercio donde podemos paliar las asimetrías entre países desarrollados y países en desarrollo, y resolver cuestiones que el regionalismo no puede resolver, como es la lucha por la eliminación de subvenciones a la exportación agrícola y el recorte de ayudas internas de países altamente proteccionistas”.²⁶

Esas declaraciones se produjeron en 2005, poco después de concluir las negociaciones del US-DR-CAFTA, cuyo mandato excluyó las distorsiones agrícolas implementadas por EE.UU.

3.2 Propiedad intelectual

Similarmente ha ocurrido en negociaciones sobre propiedad intelectual. CARD, en general, tiene intereses defensivos en este ámbito. Nicaragua expresamente se opuso a su inclusión en Punta del Este, donde se lanzó la Ronda de Uruguay²⁷. Otros países de CARD históricamente también se expresaron en tono defensivo en relación a la adopción de compromisos sobre propiedad intelectual. No obstante, ese tema se impuso en las negociaciones comerciales, y en Marrakech los miembros de la OMC finalmente aceptaron el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), como parte del todo único. Este acuerdo constituye un gran desafío para los países de CARD, particularmente en cuanto al cumplimiento de las obligaciones relativas al otorgamiento de patentes farmacéuticas sin menoscabar sus objetivos en salud pública.

Por esta razón, varios países de CARD diligentemente han defendido los espacios para implementar políticas públicas que tengan como fin promover el acceso a medicamentos asequibles. De hecho, Honduras y República Dominicana estuvieron entre los patrocinadores originales de la comunicación sobre este acuerdo y la salud

²⁵ Declaraciones de la República Dominicana, Honduras, Cuba y El Salvador. Documento G/AG/NG/W/129. 16 de febrero de 2001.

²⁶ Declaración del Excmo. Sr. Manuel González, Ministro de Comercio Exterior de Costa Rica. Documento WT/MIN(05)/ST/70. 15 de diciembre de 2005.

²⁷ Nicaragua: Statement at the meeting of the GATT contracting parties at ministerial level. Documento MIN(86)/ST/29. 17 de septiembre 1986.

pública, circulada en el Consejo de los ADPIC en junio de 2001²⁸. Meses más tarde, ambos países copatrocinaron la propuesta de declaración ministerial presentada en la reunión de Doha, a través de la cual se defendía el derecho soberano a implementar políticas en propiedad intelectual acorde con las necesidades puntuales en salud pública²⁹.

Esa declaración ministerial fue acogida³⁰. Pero, aunque Honduras y República Dominicana defendieron activamente los principios finalmente reconocidos, el rol de actores influyentes, como Brasil, es el que generalmente se ha considerado determinante³¹. Por consiguiente, si bien la postura de varios países CARD en torno al acuerdo sobre los ADPIC ofrece otro ejemplo de participación activa en el sistema multilateral de comercio, la promoción relativamente exitosa de este tema difícilmente sería posible sin la asociación con países influyentes que operan como protagonistas.

Esto se confirmó pocos meses después de adoptada la declaración de Doha, cuando Honduras y el resto de los países de Centroamérica iniciaron negociaciones comerciales con EE.UU. República Dominicana adhirió a ese proceso a través de un acoplamiento o docking en la etapa final, aceptando los compromisos previamente negociados. El resultado introdujo nuevas obligaciones sobre propiedad intelectual que probablemente encarecerán el acceso a los medicamentos³². Es decir, el discurso que varios países de CARD ayudaron a construir en la OMC tuvo poca utilidad para evitar adoptar nuevos y costosos compromisos a través del US-DR-CAFTA.

Fuera del multilateralismo y sin su dinámica de coaliciones, en la que los países de

²⁸ Comunicación del Grupo Africano, Barbados, Bolivia, Brasil, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Pakistán, Paraguay, Filipinas, Perú, Sri Lanka, Tailandia y Venezuela. Los ADPIC y la salud pública. Documento IP/C/W/296. 29 de junio de 2001.

²⁹ Propuesta de Bangladesh, Barbados, Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador, Filipinas, el Grupo Africano, Haití, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Pakistán, Paraguay, Perú, República Dominicana, Sri Lanka, Tailandia y Venezuela. Documentos IP/C/W/312 y WT/GC/W/450. 4 de octubre de 2001.

³⁰ Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública. Documento WT/MIN(01)/DEC/2. 20 de noviembre de 2001.

³¹ TRIPS, Pharmaceutical Patents and Access to Essential Medicines: Seattle, Doha and Beyond Ellen F. M. 't Hoen.

³² Greivin Hernández-González. Evaluación del Impacto de las Disposiciones de ADPIC + en el Mercado Institucional de Medicamentos de Costa Rica; Medicamentos y propiedad intelectual: Evaluación del impacto de los nuevos estándares de derechos de propiedad intelectual en el precio de los medicamentos: el caso de la República Dominicana.

CARD pueden coordinar junto a miembros más influyentes, las asimetrías de poder se exacerbaban. De esa manera, los compromisos en propiedad intelectual se profundizaron con menos dificultades.

3.3 Fortalecimiento institucional

En muchas otras ocasiones, las posturas de los países de CARD han mostrado poca capacidad de influencia. Esto con frecuencia se ha atribuido a debilidades institucionales y procedimentales de la OMC. Nicaragua, junto a otros países, ha considerado que “la OMC se ha convertido en una organización que no es conducida por todos sus Miembros, en la cual la toma de decisiones, en los hechos, no se rige por el consenso y donde las reuniones de negociación no son abiertas a la participación de todos los Miembros”.³³ En este mismo sentido, República Dominicana ha sugerido que la “transparencia” y “la búsqueda urgente de nuevos procedimientos para la toma de decisiones que aseguren la participación de todos sus Miembros”, sean abordadas con prioridad en las discusiones para fortalecer institucionalmente a la OMC³⁴. Esas críticas, en general, responden a las prácticas de negociaciones informales y reducidas, en las que solo una parte de la membresía tiene acceso. Pese a que el resultado de esas negociaciones tiende a ser reflejado en los proyectos de textos presentados, solo están abiertas a la participación de unos cuantos miembros. A los países excluidos de las negociaciones informales, se les presenta el dilema de intentar vetar o entrar al consenso, aún cuando las propuestas con frecuencia soslayan sus verdaderos intereses.

Precisamente por esta razón, algunos países de CARD han invertido capital técnico y político en la formulación de propuestas concretas para fortalecer institucionalmente al sistema multilateral de comercio. Por ejemplo, Honduras y República Dominicana propusieron, junto a otros miembros, que el proceso preparatorio de todas las consultas o reuniones de la OMC se llevara a cabo bajo la supervisión del Consejo General; que todos los procedimientos de negociación se aprobaran por el consenso de toda la membresía, y que la orden del día se redacte solo después de que todos los países hayan tenido la oportunidad de expresar sus opiniones y, una vez

³³ Comunicación del Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Cuba, la República de Ecuador, la República de Nicaragua y la República Bolivariana de Venezuela. Documento WT/MIN(11)/W/4. 15 de diciembre de 2011.

³⁴ Declaración del Excmo. Sr. Luis Manuel Bonetti Veras, Secretario de Estado de Industria y Comercio de República Dominicana. Documento WT/MIN(99)/ST/42. 1 de diciembre de 1999.

acordados sus parámetros, se pueda modificar solo si lo deciden todos sus miembros por consenso³⁵.

Pero el aspecto institucional prioritario para varios países de CARD ha sido la defensa del principio de *todo único* y la necesidad de que las decisiones importantes se adopten por consenso. En la OMC, las negociaciones normalmente incluyen una amplia gama de compromisos. En principio, un país entra al consenso cuando el balance de costos y beneficios que implica el panorama de compromisos le resulta equilibrado. Es decir, las aspiraciones ofensivas de cada país deben verse representadas en los compromisos, y la cesión de intereses defensivos debe ser aceptable. La facultad de veto puede ofrecerles a los países con poca participación en el comercio mundial -como los de CARD-, la posibilidad de influir en las negociaciones. El principio del *todo único*, que implica que nada queda acordado mientras no se haya acordado todo, permite recibir concesiones a cambio de la cesión de intereses defensivos. Sin embargo, excepcionalmente, cuando alcanzar el consenso es considerado inviable, algunos países se han inclinado por promover acuerdos plurilaterales; es decir, compromisos en los que solo participa una parte de la membresía de la OMC.

Entre los países de CARD está vigente la opinión de que esos enfoques plurilaterales, en la práctica, se emplean para eludir la necesidad de equilibrar las negociaciones, favoreciendo principalmente a las economías desarrolladas. En efecto, “Nicaragua no apoya la adopción de iniciativas plurilaterales, pues atenta contra el principio de multilateralidad, transparencia e inclusividad del sistema, y considera que cualquier enfoque de las negociaciones debe basarse en el consenso, respetando el principio del *todo único* y las disposiciones de trato especial y diferenciado”.³⁶

Pero no todos los países en desarrollo o de CARD se oponen al plurilateralismo. Costa Rica, por ejemplo, entiende que este puede ser un enfoque pragmático para avanzar en las negociaciones³⁷. Incluso, esta fue una de las posturas recalcadas por

³⁵ Comunicación de Cuba, Egipto, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Kenya, Malasia, Mauricio, Pakistán, República Dominicana, Sri Lanka, Tanzania, Uganda y Zimbabwe. Documento WT/GC/W/471. 24 de abril de 2002.

³⁶ Declaración del Excmo. Sr. Silvio Zambrana, Ministro Consejero - Misión Permanente de Nicaragua. Documento WT/MIN(11)/ST/44. 16 de diciembre de 2011.

³⁷ “Al hacerlo, debemos favorecer enfoques pragmáticos, avanzando en áreas que son de beneficio directo de todos los Miembros, como facilitación del comercio y explorando nuevas maneras más efectivas de avanzar, incluyendo a través de la vía plurilateral.” Declaración de la Excmo. Sra. Anabel González, Ministra de Comercio Exterior de Costa Rica. Documento WT/MIN(11)/ST/32. 16 de diciembre de 2011.

la ex Ministra de Comercio Exterior de Costa Rica, Anabel González, durante su candidatura para el puesto de Directora General de la OMC³⁸.

Estas diferencias sobre enfoques multilaterales o plurilaterales se reflejaron en torno a los temas de Singapur. En la reunión ministerial de 1996, se acordó establecer tres nuevos grupos de trabajo en la OMC: sobre comercio e inversiones, sobre política de competencia y sobre transparencia de la contratación pública. Los ministros también encomendaron al Consejo del Comercio de Mercancías que estudiara posibles formas de facilitar los procedimientos comerciales. Estos denominados *temas de Singapur*, generalmente se han promovido a través de enfoques plurilaterales.

Costa Rica es uno de los proponentes originales de esos cuatro temas³⁹. Sin embargo, otros países de CARD han reflejado menos empatía por los *temas de Singapur*, especialmente debido a su enfoque plurilateral. Por ejemplo, aunque Guatemala “ha mostrado flexibilidad en los debates sobre los *temas de Singapur*”, la prioridad de ese país es “que el proceso se complete con transparencia. Numerosos países en desarrollo no están listos para negociar y han manifestado su deseo de continuar con el proceso de aclaración. El requisito de 'consenso explícito', previo al inicio de las negociaciones, nos obligará a tomar en consideración las prioridades de todos”.⁴⁰ El Salvador⁴¹, Honduras⁴², República Dominicana⁴³, han realizado declaraciones similares, reclamando que las negociaciones de estos temas se conduzcan por el consenso explícito de todos los miembros.

Pese a esto, al menos uno de los *temas de Singapur* ha avanzado en la OMC, al

³⁸ “It is a diverse membership, obviously. And with such a wide membership it is important to look at other formats as possible ways of reaching agreement. It would be great if the 158 members could advance in tandem on all issues. That can happen in certain areas, but to be realistic, in other areas it could be different formats such as plurilateral agreements... The important part... is that all of this is open to all WTO members.” <http://www.cgdev.org/blog/interview-wto-candidate-anabel-gonzalez>.

³⁹ Declaración del Excmo. Sr. Dr. Alberto J. Trejos, Ministro de Comercio Exterior de Costa Rica. Documento WT/MIN(03)/ST/29. 11 de septiembre de 2003.

⁴⁰ Declaración de la Excmo. Sra. Patricia Ramírez Ceberg, Ministra de Economía de Guatemala. Documento WT/MIN(03)/ST/84. 12 de septiembre de 2003.

⁴¹ Declaración del Excmo. Sr. Miguel E. Lacayo, Ministro de Economía de El Salvador. Documento WT/MIN(03)/ST/77. 11 de septiembre de 2003.

⁴² Declaración del Excmo. Sr. Norman García, Secretario de Estado de Industria y Comercio de Honduras. Documento WT/MIN(03)/ST/58. 11 de septiembre de 2003.

⁴³ Declaración del Excmo. Sr. Orlando Jorge Mera, Ministro de Telecomunicaciones de República Dominicana. Documento WT/MIN(03)/ST/55. 11 de septiembre de 2003.

igual que los enfoques plurilaterales. En la reunión ministerial de Bali, de 2013, se adoptó un paquete incluyendo, entre otros puntos, un acuerdo sobre facilitación comercial. Conforme a Nicaragua y otros países, ese paquete “tiene un desbalance significativo”.⁴⁴ Para esa nación, ese resultado expuso la necesidad de “incluir a todos los Miembros, sean países grandes o pequeños”⁴⁵, en todas las negociaciones.

3.4 Turismo

En tercer lugar, también existen ejemplos, aunque excepcionales, evidenciando que la propia iniciativa de países de CARD en ocasiones puede influenciar la agenda de la OMC. Este es el caso de las negociaciones sobre turismo, un rubro importante en todos los países de la región CARD. Desde los primeros años de la OMC, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, han manifestado múltiples veces su interés en que se profundice la liberalización de este sector⁴⁶. Esos países propusieron varios puntos de discusión en ese sentido, entre ellos: facilitación del movimiento de las personas físicas que suministran servicios en el sector del turismo y reconocimiento de sus calificaciones profesionales; supresión de determinadas prácticas anticompetitivas y la competencia desleal; supresión de los requisitos de establecimiento o presencia comercial, y supresión de los requisitos de nacionalidad o residencia.

En términos generales, las directrices para negociar temas específicos al sector turismo propuestas por países de CARD fueron favorablemente recibidas por la membresía de la OMC. De hecho, la otrora Comunidades Europeas (CE) y sus estados miembros, acogieron “con interés la iniciativa presentada por El Salvador, Honduras y República Dominicana”, y ofrecieron respaldo hacia “las principales líneas directrices de su comunicación”.⁴⁷ Estados Unidos también se mostró satisfecho por

⁴⁴ Declaración final de Bolivia, Cuba, Ecuador, Nicaragua y la República Bolivariana de Venezuela en la IX Conferencia Ministerial de la OMC. Documento WT/MIN(13)/30. 7 de diciembre de 2013.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Comunicación de la República Dominicana y Honduras. Documento WT/GC/W/119. 30 de noviembre de 1998; Comunicación de El Salvador, Honduras y la República Dominicana. Documentos WT/GC/W/372 y S/C/W/127. 14 de octubre de 1999; Comunicación de la República Dominicana. Conclusiones y recomendaciones de la reunión de expertos sobre el turismo organizada por la UNCTAD. Documento S/C/W/149. 23 de mayo de 2000.

⁴⁷ Comunicación de las Comunidades Europeas y sus estados miembros. Observaciones sobre la comunicación de El Salvador, Honduras y República Dominicana relativa a la necesidad de un anexo sobre el turismo. Documento S/CSS/W/5. 28 de septiembre de 2000.

la propuesta presentada⁴⁸. Por supuesto, también se generaron expresiones de reserva sobre varios puntos. El representante de la CE, por ejemplo, adujo lo siguiente: “creemos que es necesario proceder a este examen por partes de dimensiones razonables y que la lista de sectores presentada en la comunicación de El Salvador, Honduras y República Dominicana es demasiado amplia”.⁴⁹

Independientemente, las propuestas de El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana sobre el turismo, constituyen un ejemplo de una iniciativa promovida por países de la región CARD, colocada en la agenda de la OMC. Al mismo tiempo, una gran cantidad de países tiene participación en este sector económico. Esto implica que la oposición política a profundizar la liberalización comercial de este sector, en términos relativos, es presumiblemente baja.

Recapitulando, la participación de los países CARD en las negociaciones de la OMC es disímil y depende de cada tema. Históricamente, estos países han utilizado gran parte de su espacio político en el sistema multilateral del comercio para exigir la liberalización del sector agrícola. Sin embargo, su involucramiento en esta cuestión se puede considerar poco influyente. El protagonismo en esas negociaciones generalmente se comparte o delega a otros países en desarrollo o desarrollados. De hecho, en negociaciones recientes entre países de CARD con Estados Unidos, el proteccionismo agrícola ni siquiera se llegó a plantear. CARD también ha defendido los espacios de política que ofrece el ADPIC, y su postura fue acogida en Doha. Pero aunque la participación de Honduras y República Dominicana en esos debates fue especialmente activa, es el rol de otros países el que generalmente se considera determinante. Esto se corrobora con la profundización de los compromisos en propiedad intelectual durante negociaciones regionales llevadas a cabo poco después de la reunión en Doha, contradiciendo el discurso previamente defendido en la OMC.

Además, hay ejemplos en los que las posturas de CARD han tenido poco o ningún efecto sobre las negociaciones. Varios países de CARD tienden a atribuir esa limitada capacidad de influencia a las debilidades institucionales y procesales de la OMC. Algunos países de CARD entienden que los enfoques plurilaterales, que han proliferado desde la creación de la OMC, ilustran estas debilidades debido a que pueden utilizarse para eludir la necesidad de equilibrar las negociaciones.

⁴⁸ Comunicación de los Estados Unidos. Turismo y hoteles. Documento S/CSS/W/31. 18 de diciembre de 2000.

⁴⁹ Documento S/CSS/W/5. Op. Cit.

Finalmente, existen casos excepcionales en los que CARD, con cierto éxito, han colocado temas de su interés en la agenda de negociaciones. Esto ocurrió con las negociaciones en el sector turismo. Sin embargo, la controversia alrededor de este tema es relativamente menor, dado que las economías de una gran cantidad de miembros de la OMC tienen participación de ese sector.

4.- Solución de disputas

4.1.- Participación en el GATT 1947

Además de las posiciones de liderazgo y las posturas de negociación, la participación de los países de CARD en la OMC se puede analizar a través de su incidencia en el Órgano de Solución de Diferencias (OSD). Nicaragua y República Dominicana, los únicos países de CARD signatarios del GATT antes de la Ronda de Uruguay, rara vez convocaron a su mecanismo de solución de disputas. Solo Nicaragua lo utilizó dos veces: en 1983, debido a la reducción drástica de sus cuotas de exportación de azúcar hacia Estados Unidos, y en 1985, para intentar solucionar satisfactoriamente el embargo comercial también impuesto por Estados Unidos. Para Nicaragua, ambas experiencias fueron “decepcionantes”⁵⁰. Si bien en la primera el rol del mecanismo de solución de disputas fue aceptable según Nicaragua, las recomendaciones “nunca se implementaron”⁵¹. El segundo caso sobre la imposición de un embargo comercial destacó las debilidades procesales del sistema, por ejemplo, debido al veto del propio país reclamado sobre la realización de consultas⁵².

Eso motivó a Nicaragua a formular propuestas concretas sobre solución de disputas durante la Ronda de Uruguay. Esquemáticamente, sus planteamientos se pueden sintetizar en dos: a) ningún país debía tener el poder para vetar la realización de consultas o el establecimiento de un panel, y b) si un país menos desarrollado era afectado, las recomendaciones formuladas debían incluir la compensación por los daños causados⁵³. Estas dos propuestas resumían las principales debilidades del mecanismo de solución de disputa, desde la perspectiva de un país pequeño y en desarrollo: a) en la práctica, su activación dependía de la voluntad del país reclamado o la disponibilidad de recursos de poder del reclamante, y b) debido a las asimetrías estructurales, un país pequeño tenía pocas opciones para hacer implementar las re-

⁵⁰ Communication from Nicaragua. Documento MTN.GNG/NG13/W/15. 6 de noviembre de 1987.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

comendaciones eventualmente formuladas. Esto último obedece a que, teóricamente, se podía autorizar al país afectado para que suspendiera concesiones comerciales otorgadas al país reclamado, si este incumplía las recomendaciones. Sin embargo, en un contexto de asimetrías comerciales, esa posibilidad de retaliación legal es poco útil. Los países pequeños representan una ínfima parte de las exportaciones de los desarrollados. Por ende, la suspensión de concesiones otorgadas por un país pequeño a otro desarrollado puede ser estéril.

La fórmula aceptada al concluir la Ronda de Uruguay ofreció respuestas parciales a estas problemáticas. La principal fue invertir la regla del consenso. Ahora, para impedir el avance procesal de una disputa es necesario el consenso explícito de todos los miembros de la OMC, incluyendo al propio reclamante. La imposibilidad práctica de evitar la realización de consultas, el establecimiento de un panel o la eventual suspensión de concesiones, transformó al OSD en un foro basado primordialmente en reglas. Le restó importancia a las relaciones de poder. Esto ha sido ampliamente reconocido por los países de CARD como uno de los principales logros de la OMC⁵⁴.

A pesar de ese inusual logro, para varios países de CARD en el OSD todavía prevalece la otra debilidad sistémica señalada por Nicaragua durante la Ronda de Uruguay. El cumplimiento de las recomendaciones del OSD, en muchos casos, todavía está sujeto a la voluntad de los países poderosos. Esto se debe a que el último recurso procesal disponible sigue siendo la suspensión de concesiones, lo cual es potencialmente estéril cuando estructuralmente existen profundas asimetrías comerciales. Por esta razón, para Honduras “es prioritario fortalecer” los procedimientos del OSD “a fin de garantizar a los países más débiles hacer uso de su pleno derecho dentro de esta Organización”.⁵⁵ Guatemala y El Salvador consideran, respectivamente, que la credibilidad del sistema “depende de una expedita y cabal implementación de

⁵⁴ Declaración del Excmo. Sr. José Rossi, Ministro de Comercio Exterior de Costa Rica. Documento WT/MIN(96)/ST/65. 11 de diciembre de 1996; Declaración distribuida por el Excmo. Sr. Víctor Manuel Lagos Pizzati, Embajador, Representante Permanente de El Salvador. Documento WT/MIN/(98)ST/115. 20 de mayo de 1998; Declaración del Excmo. Sr. Sergio Núñez, Viceministro de Comercio y Economía de Honduras. Documento WT/MIN(96)/ST/104. 12 de diciembre de 1996; Declaración del Excmo. Sr. Juan Mauricio Wurmser, Ministro de Economía de Guatemala. Documento WT/MIN(96)/ST/121. 12 de diciembre de 1996; Declaración del Excmo. Sr. Pablo Pereira, Ministro de Economía y Desarrollo de Nicaragua. Documento WT/MIN(96)/ST/42. 10 de diciembre de 1996.

⁵⁵ Declaración del Excmo. Sr. Oscar Kafati, Ministro de Industria y Comercio de Honduras. Documento WT/MIN(01)/ST/62. 11 de noviembre de 2001.

las recomendaciones”⁵⁶ y la existencia de “reglas claras y sólidas” que permitan que esas recomendaciones se apliquen plenamente⁵⁷.

4.2 Participación en la OMC

A pesar de esas debilidades, la posibilidad de acudir a un sistema primordialmente basado en reglas para intentar dirimir diferencias comerciales, previsiblemente ha generado interés entre los países de CARD. Hasta la fecha, estas naciones han iniciado 22 reclamos. Los países CARD también figuran como reclamados en al menos 11 diferencias iniciadas ante el OSD. Además, han participado solo como terceros en 42 ocasiones. Es decir, los países de CARD se asociaron a 67 diferencias iniciadas en la OMC, sea como reclamantes, reclamados o terceros.

Con frecuencia, los países de CARD han acudido al OSD para resolver diferencias intrarregionales. Esto ocurrió en ocho de los primeros 22 reclamos presentados por al menos un país de la región; es decir, el 36%. En esos ocho casos, la diferencia principal giraba en torno a salvaguardias⁵⁸, el principio del trato de la nación más favorecida⁵⁹, o el principio del trato nacional⁶⁰. Siete de los ocho casos abordaban políticas promovidas por Santo Domingo. La única excepción fue una diferencia entre Tegucigalpa y Managua, en torno al principio de la nación más favorecida⁶¹.

En los 14 casos en los que un país de CARD reclamó contra otro miembro fuera de esa región, las diferencias giraron en torno a antidumping⁶², licencias de importación, medidas sanitarias y fitosanitarias, propiedad intelectual, subvenciones, textiles y vestido, y valoración en aduanas. El único tema en el que los países de CARD iniciaron diferencias intrarregionales y, a la vez, contra un miembro fuera de la región, fue en salvaguardia. Las diferencias extra CARD se iniciaron contra medidas auspiciadas por Bruselas (3), Canberra (2), Lima (1), México (3), Pekín (1), Puerto España (2), Santiago (1) y Washington (1). Por consiguiente, si bien el número total de reclamos iniciados por países de CARD es relativamente escaso para analizarlos

⁵⁶ Declaración distribuida por el Excmo. Sr. Juan Mauricio Wurmser, Ministro de Economía de Guatemala. Documento WT/MIN/(98)/ST/118. 20 de mayo de 1998.

⁵⁷ Declaración distribuida por el Excmo. Sr. Víctor Manuel Lagos Pizzati, Embajador, Representante Permanente de El Salvador. Documento WT/MIN/(98)ST/115. 20 de mayo de 1998.

⁵⁸ DS415, DS416, DS417, DS418.

⁵⁹ DS201, DS300.

⁶⁰ DS302, DS333.

⁶¹ DS201.

⁶² DS185, DS187, DS331.

cuantitativamente, se pueden empezar a verificar algunos patrones: en primer lugar, las diferencias intrarregionales y extrarregionales, habitualmente se realizan sobre temas distintos. En segundo lugar, la mayoría de las diferencias implementadas por países de CARD ha sido contra otros países en desarrollo. Las ocasiones en que estos países han reclamado contra las medidas de un país desarrollado han sido excepcionales.

Para los países de CARD, los escenarios intrarregional y sur-sur reducen las asimetrías internacionales. En esos tipos de reclamos, las normas legales cobran relativa importancia frente a las relaciones de poder. Esta puede ser una de las principales explicaciones a por qué los países de CARD están inclinados a utilizar el OSD para procurar que uno de sus vecinos u otro país también en desarrollo, compatibilice sus normas con los compromisos acordados en la OMC.

Ocasionalmente, estos países además han usado el OSD para reclamar contra miembros con poder político y comercial. En 1995, San José solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos respecto de las restricciones estadounidenses a las importaciones de textiles procedentes de su país. El Grupo Especial, constituido en 1995, llegó a la conclusión de que las limitaciones estadounidenses eran inconsistentes con el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido (ATV). En 1997, Estados Unidos informó al OSD que la medida objeto de esta diferencia había expirado y no había sido renovada. Para José Rossi, quien se desempeñaba en ese momento como Ministro de Comercio Exterior costarricense, esa participación ante el OSD demostró que “el sistema multilateral de comercio funciona y que países pequeños como Costa Rica tienen opciones de defenderse”.⁶³

Sin embargo, en las demás diferencias contra un país desarrollado, el resultado hasta ahora ha sido desalentador. Esto resulta evidente en los distintos reclamos presentados por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y otros países, en contra del régimen de importación, venta y distribución de bananos en la Unión Europea. El Grupo Especial constituido constató que, en varios aspectos, ese régimen era inconsistente con el GATT de 1994. El Órgano de Apelación confirmó, en septiembre de 1997, la mayoría de esas conclusiones. Sin embargo, la Unión Europea pospuso la modificación de ese régimen durante años. Para Guatemala las postergaciones de la Unión Europea defraudaban las expectativas de todos

⁶³ http://www.nacion.com/archivo/OMC-ordena-EEUU-quitar-textil_0_1408459329.html

los miembros de la OMC⁶⁴.

Ecuador y Estados Unidos, reclamantes en esta diferencia, solicitaron al OSD que les autorizara a suspender concesiones a la Unión Europea equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo que implicaban sus medidas. Los árbitros asignados determinaron que Estados Unidos podía suspender obligaciones por un monto máximo de 191,4 millones de dólares estadounidense por año. El OSD autorizó a Ecuador para que suspendiera obligaciones equivalentes a 201,6 millones de dólares. Ninguno de los países de CARD presentó una solicitud similar ante el OSD. La conclusión de esta diferencia esperó hasta 2009, cuando se celebró el Acuerdo de Ginebra⁶⁵.

Finalmente, Honduras y República Dominicana presentaron reclamos contra Australia, por sus normativas sobre el empaquetado genérico de los cigarrillos. Cuba, Indonesia y Ucrania, iniciaron reclamos contra la misma medida. El empaquetado genérico busca estandarizar la apariencia de las cajetillas de cigarrillos, dejándolas sin atractivo publicitario. La medida también pretende hacer las advertencias de salud más visibles. Sin embargo, Tegucigalpa y Santo Domingo entienden que esa normativa es incompatible con las obligaciones de Australia, en relación a la propiedad intelectual y los obstáculos técnicos al comercio. Puntualmente, esos gobiernos consideran que las medidas de Cambera restringen el ejercicio de los derechos de marcas y carecen de sustento científico.

Aunque esa diferencia todavía se sigue dilucidando, sus características ya son interesantes. Honduras y República Dominicana exportan una ínfima cantidad de tabaco hacia Australia. Por esto, el daño directo que le puede causar la medida es reducido. Inversamente, la última alternativa procesal que tienen esos países contra Cambera puede resultar estéril. La economía de Australia difícilmente sería afectada si Honduras y República Dominicana suspendieran sus concesiones en el marco de la OMC, debido a que sus exportaciones hacia esos países también resultan ínfimas. Lo mismo se verifica en relación a los compromisos del ADPIC, lo cual se evidencia, por ejemplo, en el número de patentes solicitadas por australianos en ambos países de CARD. Por consiguiente, la alternativa procesal que le ofrece el OSD a Honduras y República Dominicana para impedir el empaquetado genérico, si se llegara a determinar que es incompatible con el ADPIC, luce endeble.

⁶⁴ Declaración del Excmo. Sr. José Guillermo Castillo, Ministro de Economía de Guatemala. Documento WT/MIN(99)/ST/53. 1 de diciembre de 1999.

⁶⁵ Acuerdo de Ginebra sobre el comercio de Bananos. WT/L/784, 15 de diciembre de 2009.

Incluso, la eventual suspensión de concesiones tampoco es el principal interés de los reclamantes. En cambio, su objetivo central, según han señalado, es emplear al OSD como foro para construir discursos. De hecho, “[l]o que realmente teme [República Dominicana] es el 'efecto dominó' que amenaza provocar”.⁶⁶ Si la medida de Australia tiene éxito, otros países estarán motivados a adoptar políticas similares. Eso sí representa un riesgo para las exportaciones de los reclamantes. República Dominicana ha comunicado esa preocupación al Consejo de los ADPIC, manifestando que la medida “sienta además un precedente peligroso con relación a los efectos del empaquetado en el consumo de bienes [...]”.⁶⁷ Honduras y Nicaragua han adoptado la misma postura⁶⁸. De ahí que han instado a otros miembros de la OMC, que han decidido implementar medidas relativas al empaquetado genérico, a que “reconsideren esta decisión, a la espera del resultado de las reclamaciones formuladas por Ucrania, Honduras, República Dominicana, Cuba e Indonesia”.⁶⁹

No obstante, la viabilidad de esta estrategia está en dudas. En parte, porque el número de países que está considerando medidas similares a la australiana sigue proliferando rápidamente. Además, para defender su medida, Australia ha utilizado un discurso reminiscente del que habitualmente emplean los países en desarrollo ante la OMC. Ese país entiende que el empaquetado genérico está amparado entre las flexibilidades del acuerdo sobre los ADPIC, y pide respeto hacia su derecho a aprovechar esos márgenes de maniobra para implementar políticas que promuevan la salud pública. Ese discurso, de hecho, es muy similar al que Honduras y República Dominicana han defendido con dinamismo en relación al acceso a los medicamentos asequibles. Por consiguiente, esa estrategia puede significar una contradicción discursiva para los países reclamantes.

5.- Reflexión Final

Para los países de CARD, la OMC es un foro paradójico. El multilateralismo, la toma de decisiones por consenso y el mecanismo de solución de diferencias comerciales basado en reglas, ofrecen -en teoría- una inusual oportunidad para hacer reflejar sus intereses en las normas que rigen al comercio internacional. De hecho, aunque excepcionalmente, estos países han podido colocar ciertos temas en la agenda de ne-

⁶⁶ <http://www.diariolibre.com/economia/economia-personal/el-pas-teme-efecto-domin-en-empaquetado-genrico-de-tabaco-GADL1113151>.

⁶⁷ IP/C/M/75/Add.1

⁶⁸ IP/C/M/75/Add.1

⁶⁹ IP/C/M/75/Add.1

gociaciones y han resuelto diferencias contra países desarrollados a través del OSD.

Fuera del multilateralismo, recobra importancia el acceso a los recursos de poder, se exacerbaban las asimetrías y, por consiguiente, se diluye notablemente la probabilidad de alcanzar este tipo de logros. Esto resulta evidente en procesos recientes como el US-RD-CAFTA, donde las distorsiones agrícolas promovidas por Washington ni siquiera se abordaron y los compromisos en propiedad intelectual se profundizaron, pese a las constantes posturas defensivas de los CARD.

Al mismo tiempo, en la OMC prevalecen prácticas y normas procesales que menoscaban la transparencia de las negociaciones, restringen la participación de algunos miembros, y dificultan a los países pequeños y en desarrollo, la defensa de sus intereses. Para varios países de CARD esas prácticas han convertido a la OMC en una institución que no es conducida por todos sus miembros.

LA OMC Y VENEZUELA: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Oscar Hernández Bernalette¹

Antecedentes

Venezuela es un país miembro de la OMC desde el 1° de enero de 1995, luego de haber ingresado al GATT el 31 de agosto de 1990. Su ingreso a este último esquema normativo de comercio es bastante tardío, toda vez que a causa de su incipiente industria y a su condición de país exportador de petróleo, no le interesaba tener que hacer concesiones dentro del GATT, ya que el petróleo fluía dentro de un esquema de oferta y demanda, y sus precios internacionales eran influidos principalmente por las decisiones de la OPEP. Además, siendo el comercio petrolero el centro de la actividad exportadora del país, el acceso al bien y sus derivados eran internacionalmente tributados con aranceles muy bajos y, por lo general, por aquel entonces no se sometían a barreras arancelarias como sí ocurría con la mayoría de los bienes transables.

También durante la Ronda Uruguay, algunos países hicieron intentos para someter las reglas multilaterales a ciertas políticas relacionadas con el petróleo y sus derivados. Fueron iniciativas del grupo de negociaciones sobre productos naturales².

El contexto económico, cuando se inicia el proceso para el ingreso a esta “nova” organización, se caracterizaba por una vocación integracionista que situaban a Venezuela en la búsqueda de múltiples escenarios y opciones. Por una parte, aplica un programa de reforma comercial, cuyo objetivo era incentivar la economía no petrolera, fortalecer su principal espacio económico -que lo representaba la Comunidad Andina-, apoyar los primeros trazos de la creación de la comunidad sudamericana

¹ Oscar Hernández Bernalette. Embajador de carrera retirado. Entre múltiples responsabilidades a lo largo de una extensa carrera diplomática, fue Representante Alterno de Venezuela ante las Naciones Unidas y la OMC en Ginebra. Fue Director General de Economía y Cooperación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Director General de Negociaciones Internacionales del Instituto de Comercio Exterior. Actuó como panelista en el Órgano de Solución de Diferencias y fue Presidente del Comité de Inversiones de la OMC.

² The WTO Agreements and Petroleum Products. UNCTAD, Geneva 2000, Pag.19.

de naciones (SAFTA), así como jugar un papel importante en la creación del ALCA.

Al mismo tiempo, Venezuela -a pesar de contar con un sector exportador incipiente- adelantó negociaciones de libre comercio con CARICOM y con los países de Centroamérica. El país estaba sumergido en una visión liberal de las negociaciones comerciales y dispuesto a insertarse en el proceso de globalización, a pesar de algunas resistencias tanto dentro del Gobierno como del propio sector privado, aún cuando este último debió haber sido el que mejor comprendiera los retos que la economía global exigía.

El país tenía, pues, poca capacidad competitiva y un desarrollo industrial bastante incipiente. Como país monoexportador de petróleo la economía era dominada por la producción casi exclusiva del mineral y hacía esfuerzos para ampliarse a otros sectores como el hierro, que requería poco valor agregado. Con una moneda sobrevaluada, la posibilidad de desarrollar una capacidad exportadora no estaba entre las opciones de crecimiento y desarrollo. Por el contrario, el país se acostumbró a medidas arancelarias y paraarancelarias, en un sistema que lo situaba como fundamentalmente proteccionista. Sus pocas industrias eran poco competitivas y ni siquiera dentro del marco del proceso de integración latinoamericano como, por ejemplo, la Comunidad Andina, lograron obtener mayores beneficios.

Cuando Venezuela se incorpora al GATT, en 1990, lo hace bajo el segundo Gobierno de Carlos Andrés Pérez (1989-1992) y esta es una época en la que se cambia la estrategia de desarrollo, se toman nuevas medidas económicas, entre ellas la de liberar el control de cambio; se implementa una nueva política comercial que eliminaba restricciones comerciales, y los aranceles son reducidos de un promedio de 35% a uno de 10%. El país se lanzaba por una corriente de apertura económica de corte liberal, que asumía una política industrial ajustada a fortalecer la producción, estimular las exportaciones, desarrollar una nueva estrategia de integración y buscar la inserción del país en la economía global, a través de una serie de medidas conformes con el sistema multilateral de comercio y que fortaleciera, a su vez, la integración con sus principales socios comerciales, mientras que aprovechaba sus ventajas comparativas en el sector energético para atraer inversiones.

Hubo críticas al ingreso de Venezuela al GATT. Se afirmaba que Venezuela sacrificaba su autonomía en materia arancelaria. La verdad es que ingresa sin modificar los aranceles. Por el contrario, las restricciones de Venezuela estaban relacionadas con los compromisos que se originaban con el Arancel Externo Común del Acuerdo

de Cartagena³. Venezuela ingresó al GATT sin ningún cambio en sus aranceles. Su compromiso fue no subir sus aranceles a más de 60% ad-valorem. El arancel más alto vigente en Venezuela, en 1990, era de 20%. Es decir, Venezuela tenía derecho a elevar sus aranceles de manera unilateral en caso de que lo considerase necesario. Su mayor limitación a esos efectos no venía del GATT, sino del Arancel Externo Común del Acuerdo de Cartagena. Se había comprometido a reducir su tope arancelario a 35% para el año 2004.

Prepararse para las Grandes Ligas

El ingreso al sistema multilateral de comercio se convirtió en una política importante para el nuevo gobierno. Se crearon los primeros equipos negociadores con el apoyo del Banco Mundial y el BID; se contrataron asesores, como el keniano Patrick Low, para apoyar el proceso de ingreso al GATT, y se formaron equipos de trabajo dirigidos por Miguel Rodríguez Mendoza⁴, los cuales funcionaron desde la sede misma de la Presidencia -el Palacio de Miraflores- como indicación de la importancia que el gobierno le daba al tema, en el marco de la nueva estrategia económica del país. Posteriormente, los equipos de trabajo comienzan a funcionar desde el Ministerio de Relaciones Exteriores -en la llamada Casa Amarilla- y se cuenta con recursos presupuestarios propios. Eso les permite conseguir el apoyo de varios expertos internacionales como Patricio Leyva y Carlos Monetta, entre otros.

La formación de equipos especializados era fundamental, especialmente porque la agenda del GATT ya no era limitada al comercio de bienes, sino que también había incluido en las negociaciones de la llamada Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, nuevos temas en la agenda que obligaba a los países a fortalecer sus capacidades negociadoras, especialmente en el área de servicios y propiedad intelectual. El ámbito del GATT se amplió significativamente en esos años y, desde aquel entonces, la mayoría de los negociadores y especialistas que se formaron en esos años cumplieron responsabilidades directivas en distintos gobiernos

³ Afirma Juan Misle al respecto que “Venezuela ingresó al GATT manteniendo sin ningún cambio en sus aranceles. Su compromiso fue no subir sus aranceles a más de 60% ad-valorem. El arancel más alto vigente en Venezuela en 1990 era de 20%. Es decir, Venezuela tenía derecho a elevar sus aranceles de manera unilateral en caso de que lo considerase necesario”. CP Oct 2015.

⁴ Miguel Rodríguez Mendoza fue el negociador jefe para ingreso de Venezuela al GATT y posteriormente Ministro de Comercio y Director General adjunto de la OMC.

nacionales⁵.

Cuando se crea la OMC, por ser Venezuela parte contratante, ingresó directamente la nueva estructura del sistema multilateral del Comercio. Se puede, entonces, afirmar que a diferencia de muchos de los países de América Latina, tiene un ingreso tardío, lo que explica en alguna medida las limitaciones negociadoras y la falta de equipos multidisciplinarios de negociación durante los primeros años.

Por aquellos tiempos era Miguel Rodríguez Mendoza quien hacía seguimiento al GATT en el SELA y Reinaldo Figueredo⁶, director de manufacturas, en la UNCTAD. Ellos eran de los pocos venezolanos familiarizados con las disciplinas multilaterales, porque además les había correspondido coordinar la preparación de la posición de América Latina ante el GATT en la reunión ministerial de 1982, en Ginebra. En esa reunión, el SELA coordinó la postura de la región. No se planteaba la opción del ingreso de Venezuela precisamente por la poca relevancia que tendría -como referimos anteriormente- para un país fundamentalmente petrolero. Quizás se podría afirmar que esa reunión marcó, a través de esos dos venezolanos, la primera semilla para ver un futuro ingreso que se materializa, posteriormente, cuando ambos llegan a cumplir altas responsabilidades en el Gobierno de Pérez.

Venezuela no participó muy activamente en la Ronda Uruguay, precisamente porque estaba negociando su ingreso al GATT, aunque se hizo presente en la última etapa. Cuando se crea formalmente la OMC, ya Venezuela entra como miembro fundador y había fortalecido capacidades técnicas en muchos de los temas. Hay que recordar el complicado trecho para muchos de los países que posteriormente han negociado su adhesión a la organización.

Quizás donde más complejo fue el proceso de adhesión al GATT fue en las negociaciones con los Estados Unidos, que aspiraba -en aquel entonces- a que Venezuela adoptara algunos códigos sobre medidas no arancelarias que había sido negociadas en la Ronda Tokio, pero no aceptadas -en general- por los países en desarrollo. Se creó un grupo de trabajo que lo presidía el entonces Embajador de Suecia e. En el GATT -según afirma Laura Rojas- “a Venezuela se le exigió asumir obligaciones que otros países de su mismo nivel no habían asumido en épocas previas y que no formaban parte de las disciplinas del GATT, pero sí de las negociaciones de la Ronda

⁵ Entre los expertos que formaron parte de esos equipos estaban Juan Misle, Gonzalo Capriles, Laura Rojas, María Estela Bermúdez, Alfredo Zuloaga Gladys Genua entre otros.

⁶ Fue Canciller durante el Gobierno de Carlos Andrés Pérez.

Uruguay”⁷. Entre estas estuvieron los subsidios directos a las exportaciones, entre los que solo se aceptó el subsidio referido al crédito fiscal.

El ingreso se logra después de muchas consultas y negociaciones. Para aquel entonces, el representante de la Unión Europea, de origen vietnamita, Tran Van-Thinh, destacó el impecable y persistente esfuerzo del jefe de la negociación venezolana, para finalizar el proceso de ingreso de Venezuela⁸.

Desde aquel entonces, y pese a la asunción al poder del Presidente Rafael Caldera, Venezuela jugó un papel importante y de liderazgo como país en desarrollo, en el marco de la organización. Es en un par de años, con el Gobierno del Presidente Hugo Chávez, que Venezuela pierde liderazgo y asume un papel controversial y de poco apoyo al fortalecimiento del sistema multilateral, como veremos más adelante.

Militando en el Sistema Multilateral de Comercio

Fue Juan Francisco Misle el primer venezolano quien, en la práctica y en su condición de Ministro Consejero y Representante alterno ante la OMC, coordinó e hizo seguimiento a esta compleja nueva responsabilidad de Venezuela de ser miembro de la OMC. Tenemos que recordar que después de dos intentos de golpes de Estado y de un proceso de enjuiciamiento, el Presidente Pérez fue destituido de la presidencia. En un corto interinato, el Dr. Ramón J. Velázquez asume la presidencia del gobierno y mantiene la línea de pensamiento económico de su antecesor y compañero de partido (Acción Democrática). Por lo demás, eleva al rango de Ministro de Estado para Comercio al propio Miguel Rodríguez Mendoza, quien fungía como Presidente del Instituto de Comercio Exterior. Entre las pocas medidas que asume en conocimiento de su corto período al frente de la presidencia y toda vez que contaba con “poderes especiales” (ley habilitante), introdujo el Impuesto al Valor Agregado al final de 1993, como medida para financiar el déficit y obtener recursos fiscales.

La oferta exportable para aquel momentos se concentraba en el Petróleo y derivados que correspondían al 76% de las exportación de bienes y servicios; las manufacturas estaban por el orden del 12%. Los principales productos de exportación, además del combustible, eran el aluminio, vehículos, hierro y derivados, carbón y pescados.

⁷ Laura Rojas, Políticas de Comercio e Industria después de la Ronda Uruguay en La OMC como espacio Normativo. Velea: Caracas, 2000.

⁸ Estuvieron es esa ocasión el propio Reinaldo Figueredo y Gabriela Febres.

En esa época, Venezuela continuó su política de fortalecimiento de la CAN y especialmente de sus relaciones con Colombia, país con el cual había desarrollado una muy estrecha relación económica y comercial. Sin duda, la mejor experiencia de integración bilateral que había alcanzado el país. De la misma manera, se fortaleció la relación con un grupo de países del Caribe, con los cuales se había firmado un acuerdo de libre comercio unilateral.

En 1994 nuevamente llega al poder Rafael Caldera⁹, quien asume el gobierno con sectores ideológicos diversos, pero fundamentalmente de izquierda. El Presidente Caldera se distancia del proceso de reforma económica de su antecesor, aunque mantiene -sin el mismo impulso- compromisos bilaterales y las relaciones de integración regional, así como los acuerdos que se originaron con la adhesión de Venezuela al GATT y otros relacionados con las inversiones extranjeras.

En esta primera etapa, Venezuela afronta uno de los retos más importantes, como fue demandar a Estados Unidos por el caso de la gasolina reformulada, primer litigio comercial en la OMC, en el marco del Órgano de Solución de Diferencias¹⁰.

Es precisamente en 1996, durante la primera revisión de la política comercial de Venezuela, cuando la administración Caldera reconoce -a pesar de su agenda menos liberal- que “una de las principales estrategias comerciales de Venezuela es la de llamar la atención a todos los niveles en el país, sobre los compromisos que había adquirido en cada uno de los acuerdos, así como prevenir cualquier incumplimiento, así como los derechos de los acuerdos para beneficiarnos de ellos”.

Venezuela reiteraba también que su estrategia se enfocaría en prepararse adecuadamente para las futuras negociaciones, así como en los nuevos temas que se derivaron de la Ronda Uruguay, la negociación más ambiciosa que se inició el 20 de septiembre de 1986, en Punta del Este, y que terminó en Marrakech, formando el acervo normativo de la OMC.

Claramente se refleja, para aquel entonces, una posición positiva y constructiva desde las autoridades venezolanas con relación a su participación en la organización.

⁹ Luchador socialcristiano, fue presidente de Venezuela entre 1969-74. En su segunda Presidencia indulto al Tte. Coronel Chávez, lo que le permitió recuperar sus derechos políticos y lanzarse a la Presidencia.

¹⁰ Pocos meses después se designa a un RP en Ginebra con conocimiento de los temas comerciales, Werner Corrales, Ex-ministro de Comercio de Caldera.

El Órgano de Solución de Diferencias

Es esta la joya de la corona del sistema multilateral de comercio. El GATT quedó superado precisamente con esa nueva herramienta de solución de controversias entre los países miembros. Fue precisamente a Venezuela a quien le correspondió estrenar el mecanismo con el caso de la “gasolinas reformuladas”. En ese sentido, J. Misle afirma que “Venezuela usó exitosamente los mecanismos de solución de controversia del GATT/OMC. Participó, junto a México, como parte demandante contra EE.UU., en el conflicto sobre el embargo a las exportaciones de atún a EE.UU. El panel creado para esos efectos sentenció a favor de Venezuela y México, y ordenó a EE.UU. levantar el embargo atunero. De igual manera, Venezuela participó como demandante de la Unión Europea en contra del régimen de importación de bananas, que discriminaba en contra de las exportaciones venezolanas de ese producto al mayor mercado importado de bananas del mundo. Una vez más, los paneles de la OMC que examinaron este reclamo en distintas ocasiones, fallaron a favor de los alegatos de Venezuela, Colombia, Ecuador y Guatemala, por lo que la UE se vio obligada a cambiar su régimen de importaciones bananeras y a compensar a los afectados”.

Finalmente, “Venezuela junto a Brasil, demandó a EE.UU. en la OMC por sus medidas discriminatorias en contra de las gasolinas reformulada proveniente de Venezuela y que, al momento de la demanda, afectaba un valor de exportaciones de PDVSA de \$60 millones anuales. La OMC sentenció que EE.UU., en efecto, violaba las disposiciones de Trato Nacional del GATT en contra de Venezuela y ordenó a ese país tomar medidas correctivas que evitaran esa discriminación. Ese fue el primer caso de solución de diferencias resuelto por la recién creada OMC, y de allí su significación histórica. Esta disputa, además, tenía el agregado de que demostraba que con la OMC era posible, para un país pequeño como Venezuela, salir victorioso ante un reclamo comercial frente a un país grande, por demás, su principal socio comercial.

Por último, pero no menos importante, el caso de las gasolinas reformuladas puso a prueba a la OMC en un terreno en el que existía, y sigue existiendo, una gran sensibilidad mundial como lo es la preservación del aire y del medio ambiente en general. Venezuela demostró que era posible cumplir con los objetivos ambientales planteados en otros foros internacionales, sin tener que recurrir a la discriminación

comercial entre países”¹¹.

Jorge Castro reafirma esta idea en los siguientes términos: “El mecanismo de solución de diferencias de la OMC fue estrenado en 1995 por Venezuela. Ese año, junto con Brasil, Venezuela impugnó exitosamente ante la OMC ciertos reglamentos medioambientales que daban un trato distinto a las gasolinas importadas frente a las gasolinas producidas en Estados Unidos. El equipo de abogados que defendió a Venezuela contó con la asesoría del profesor John Jackson. Esto fue de considerable ayuda, ya que Venezuela estaba navegando en aguas de un sistema que apenas se inauguraba y nunca había sido ensayado”¹².

Revisión de la Política Comercial de Venezuela 1996

El informe reconoce las dificultades económicas de Venezuela, incluyendo la crisis bancaria de 1994, y registra que por ello había frenado el programa de reformas económicas iniciado en 1989, durante el Gobierno del Presidente Pérez. Examinaba que el control de cambio que había impuesto el gobierno podía, como efectivamente lo hizo, ahuyentar el flujo de capitales; desestimular inversiones extranjeras, y retroceder el régimen comercial.

El informe concluye que Venezuela debe solventar sus problemas macroeconómicos y, a su vez, debe adelantar la reforma de la política comercial que había iniciado. Asimismo, determina que medidas como el control de cambio debían ser superadas para que no afectaran los intereses de sus socios comerciales. En el informe se recomienda que Venezuela mantenga su política de liberalización comercial y que establezca los escenarios para desarrollar una política de menor injerencia por parte del Estado y que amplíe su capacidad exportadora.

Venezuela hizo poco por seguir los consejos y observaciones de los países miembros que participaron en esa revisión¹³.

La OMC y la Revolución

En el año 1999 llega al poder Hugo Chávez. Para ese momento era difuso cuál

¹¹ Juan Misle, economista, fue uno de los 18000 funcionarios PDVSA que fueron destituidos por Chávez en el 2002. Cumple alta responsabilidades en la NASA.

¹² Jorge Castro. "John Jackson y el Comercio Internacional". El Universal, Nov. 2015.

¹³ Ver [www.wto.org / Venezuela/Revisión políticas Comerciales](http://www.wto.org/Venezuela/Revisión_políticas_Comerciales).

sería el programa internacional del nuevo Gobierno y la verdadera visión que este tenía de la agenda internacional. Ya la misión en Ginebra contaba con un excelente equipo diplomático, en su mayoría especializados en los temas del comercio internacional. El Representante Permanente ante Naciones Unidas era Werner Corrales y el alterno para la OMC era el suscrito¹⁴. La actuación internacional de los primeros tres años de la política exterior del Gobierno de Chávez se puede catalogar como una diplomacia de baja intensidad y una etapa de “reacomodo” para lo que sería en definitiva la instauración de un gobierno anticapitalista, antiliberalización comercial y fundamentalmente estatista.

“La Cancillería y sus ministros de turno se asentaron en una actuación internacional de aproximación moderada, basada en los preceptos tradicionales de una política exterior de Estado, respetuosa del Derecho Internacional y fundamentalmente centrada en una agenda exterior similar a la que el país había mantenido durante los gobiernos democráticos de la llamada Cuarta República. La relación entre la actuación internacional y las decisiones de política interna no parecían proyectadas por pretensiones distintas a las de mantener relaciones armoniosas con la comunidad internacional en su conjunto, incluyendo a los Estados Unidos y a Europa. Esta no se presentaba como una extensión de la política interna y el Gobierno mantenía un equilibrio en su actuación diseñada por la burocracia institucional y en donde el Presidente, en términos generales, mantenía una actuación cimentada en las recomendaciones que le hacía la Casa Amarilla”¹⁵.

Sin embargo, no fueron pocos los esfuerzos que hicieron muchos especialistas en tratar de hacer entender al Presidente Chávez el contexto internacional y la conveniencia para Venezuela de que jugara un papel moderado y proactivo en los organismos internacionales. Fue una reunión del G-15, en febrero de 1999, la primera aproximación de Chávez a un foro multilateral. En esa ocasión pudo conocer, de boca del propio Corrales, la temática global que se manejaba en ese entonces.

No pasó mucho tiempo antes que el proceso se radicalizara (2002) y la actuación de Venezuela en la OMC entrara en un receso y posteriormente en una actuación signada por la confrontación y la crítica permanente al papel del sistema multilateral del comercio y, en general, al de los organismos internacionales. No fue difícil

¹⁴ Los funcionarios adscritos :W. Corrales, O. Hernández Bernalette, Gerardo Thielen, M.A. Aristiguieta, Elbey Borrero, Martha Colomina, David Vivas, A. Perfecto.

¹⁵ Oscar Hernández Bernalette en “Efectos Electorales del Apoyo Internacional a Chávez en las próximas elecciones”. Simón Bolívar ANALYTIC, Mayo-Agosto, 2012.

convencer a Chávez de que la OMC era un club de países ricos.

Durante esos primeros años, el Ministerio de Industria-Comercio y la Cancillería mantenían posiciones más cimentadas en la recomendaciones de los expertos de la misión Ginebra que en una definición propia y diáfana de la política comercial.

Tres hechos notorios y hasta contradictorios marcaron la agenda de esos primeros años (1999): la ratificación del equipo negociador en Ginebra, el apoyo a la candidatura de Mike Moore a la Secretaría General y la aprobación para promover la candidatura del venezolano Miguel Rodríguez Mendoza como candidato por América Latina a la Dirección General adjunta de la OMC. Fue durante la gestión del canciller José Vicente Rangel que se aprueba tal candidatura. Unos años después hubiese sido imposible pensar que un ex ministro de la llamada “Cuarta República” alcanzase a ser presentado para un cargo de esa naturaleza.

En el año 2001, mientras cumplía funciones directivas en la Cancillería logramos incluir en la agenda de Chávez, en el marco de una visita oficial a la ONU-Ginebra, una reunión con Mike Moore, Director General de la OMC, quien con su experiencia política y aprovechando la presencia de un venezolano como su adjunto, pudiera ayudar a que el Presidente Chávez entendiese mejor las bondades de la OMC para un país en desarrollo como Venezuela. Fue, sin duda, interesante haber sentado al Presidente en la sede de lo que ya muchos de sus asesores nacionales e internacionales le vendían como “la cuna de todos los males de la humanidad”¹⁶.

Algunos años después¹⁷, la radicalización del gobierno llegó a niveles tales que en el último programa de gobierno de Chávez, en su “Propuesta del Candidato de la Patria”, entre los objetivos estratégicos, podía constatarse la propuesta de aplicar políticas para deslindar a Venezuela de los mecanismos internacionales de “dominación imperial”, como los denominan, y proponían denunciar los tratados multilaterales que limiten la soberanía nacional frente a los intereses de las potencias neocoloniales, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

¹⁶ Venezolanos en la Secretaría de la OMC Marina Tudja (Traducción); Raúl Torres (Comercio y Desarrollo); Gerardo Thielen (Instituto de Formación); Jorge Castro (Asuntos Jurídicos); Juan Flores (Servicio de Conferencias). Venezolanos que han sido panelistas somos seis (somos uno de los países con panelistas en más casos). En orden alfabético: Jorge Castro; Oscar Hernández Bernalte; Enie Neri (panelista en 10 casos); Miguel Rodríguez (panelista en 7 casos); Gerardo Thielen; y David Vivas.

¹⁷ El Comandante Chávez gobernó autocráticamente a Venezuela por casi 16 años hasta su muerte.

También aspiraban a retirar a Venezuela de la Corte Penal Internacional. Parecía que el gobierno quería aislarse definitivamente de la CIDH, la OEA, OMC, FAO, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, y seguramente la ONU, bajo el precepto de que esta última organización está dominada por un puñado de potencias con derecho a veto¹⁸.

Referen en ese programa que denunciarán los “Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones”, toda vez que estos limitan la soberanía nacional frente a las llamadas potencias neocoloniales. Esto significaría que los más de 27 acuerdos de inversiones bilaterales que existen con un grupo importante de países llegarían a su fin.

Contrariamente a esta nueva posición del gobierno, a finales de los años 90, la delegación en Ginebra había presentado algunas ideas para contribuir a la reflexión sobre el régimen de protección de inversiones en Venezuela. La visión central se refería a instrumentos de política que garantizaran seguridad jurídica a los inversionistas, mientras que se auspiciaban políticas orientadas a inversiones con objetivos específicos de desarrollo¹⁹.

La Conferencia Ministerial de Seattle

La Conferencia Ministerial de la OMC en Seattle, Estados Unidos, fue un fracaso y puso de manifiesto que la OMC tenía un largo camino que recorrer para consolidarse. La convocatoria fue polémica y las demostraciones en la calles eran una señal de que los movimientos antiglobalización estaban por marcar una nueva agenda. Los ministros no acordaron ni una agenda ni lanzar una nueva ronda de negociaciones. El Presidente de Estados Unidos era Bill Clinton, quien no tenía en su agenda ver el fracaso de esa conferencia. Los países se retiraron y ni siquiera se pudo acordar un documento de agradecimiento al país anfitrión. Fracasa Seattle por las protestas de la sociedad civil, por las objeciones de los países en desarrollo y por la falta de transparencia y tácticas antidemocráticas en el proceso de negociación. Por supuesto, la diferencia entre los Estados Unidos y la UE aceleraron los resultados. El fiasco se entendió como una victoria de los países en desarrollo.

Fui uno de los delegados a los que en algún momento los manifestantes le obstaculizaron el ingreso a la conferencia. Aún recuerdo el grito de guerra: “No new round,

¹⁸ Plan de la Patria

¹⁹ W. Corrales y M. Rivera. "Algunas ideas sobre el nuevo régimen de promoción y protección de inversiones en Venezuela". En La OMC como espacio normativo. Velea Caracas, 2000

turn around”. La delegación de Venezuela la presidía el Ministro de Agricultura, Juan de Jesús Montilla, un tanto ajeno a la propia agenda de la reunión de Seattle y con poca experiencia en el contexto la multilateral. La delegación de Ginebra lo había preparado para su participación. En algún momento recuerdo que me preguntó si se vería mal que se uniera a las protestas. Le respondí: “Ministro, las protestas son también contra usted”. El estaba de acuerdo con los manifestantes.

La delegación de Venezuela actuó insistentemente en relación a la falta de transparencia en el proceso y -además- por primera vez propone para la declaración final que se negociaba el concepto que originó el propio Werner Corrales y que era el de “espacios de política”. En los extractos del proceso de negociación para una declaración, debe haber quedado registrada la insistencia de Venezuela de que se incluyera ese concepto.

Recuerdo que al calor de las negociaciones, un delgado de la UE me comentó que apoyaría la inclusión del párrafo por nosotros propuesto, siempre y cuando explicara qué significaba el nuevo concepto²⁰. Lo cierto es que muchas de las demandas apoyadas activamente por Venezuela, formaron parte de los avances que se lograron a raíz de esa conferencia.

Espacios de Política

Hay que darle el debido reconocimiento a Werner Corrales por crear este concepto que hoy forma parte de agenda multilateral. Se ha definido como la opción y la libertad que pueden tener gobiernos para diseñar e implementar políticas, para alcanzar objetivos acordados sin renunciar a sus obligaciones internacionales. El tema ha sido ampliamente discutido y existe suficiente investigación sobre las variables de los espacios de política. Los “policy space” y sus diferentes perspectivas están insertos tanto en el argot como en las opciones para la negociación en el marco multilateral. El concepto se introdujo formalmente y por consenso en la declaración de Sao Paulo, que emanó de la reunión de la UNCTAD en 2004.

Un Director de Venezuela

La designación, por parte de Mike More, de Miguel Rodríguez Mendoza como

²⁰ En Seattle no se logró una Declaración Final. Por ello no se recogió el termino tal como lo había plantado la delegación de Venezuela.

Director Adjunto de la OMC (2000) contó con el apoyo de los países latinoamericanos y fue una respuesta al reconocimiento de la experiencia de este venezolano y un reconocimiento de la capacidad proactiva y de negociación de la Misión en Ginebra en aquel momento. Durante su gestión, él se destacó en el proceso de aplicación de los acuerdos pendientes, quizás uno de los temas más políticos y complejos de la etapa post Seattle. Fue el responsable del Comité de Negociaciones Comerciales que creó la estructura para el lanzamiento de las negociaciones en Doha, algo que ayudó a recomponer la confianza en la OMC luego del estrepitoso fracaso en Seattle.

Formación del equipo negociador

Un gran esfuerzo se hizo por esos años para formar y fortalecer un equipo negociador en temas comerciales. Werner Corrales logró poner en práctica una serie de cursos de capacitación tanto para funcionarios en Caracas como para el equipo en Ginebra. Desde ese entonces los equipos de expertos en materia comercial de Venezuela se han diluido y su formación actual ha estado signada más por una visión ideológica que crítica, la misma esencia de los acuerdos multilaterales. No es petulante reconocer que dentro de los equipos negociadores de la América Latina y de los países en desarrollo, los venezolanos eran reconocidos por su especialización temática y su actuación proactiva.

Un ejemplo de los frutos que de ese esfuerzo que fue preparando un equipo de expertos en temas OMC, lo comprueba la excelente preparación institucional que se realizó para la cuarta conferencia ministerial de la OMC en Doha. Se organizaron cuatro equipos de trabajo, cada uno con coordinadores y técnicos de apoyo para el bloque de temas que incluía el proceso negociador. Se dividieron en Implementación, Inversiones y Transparencia (W. Corrales); Aranceles, Agricultura, Ambiente, Servicios (J.F. Misle); Adipic-Salud, E-Commerce, facilitación de Comercio, Solución de Diferencias (Oscar Hernández Bernalette); Competencia, Laboral, Normas (Luis Velásquez)²¹.

Se realizó una matriz de posiciones por temas que incluían tanto el texto propuesto, como comentarios sustantivos al mismo para presentar la posición país, así como las alianzas por países con relación al tema.

²¹ Los técnicos temáticos fueron Luis Bernal, Roberto Arias, Elbey Borrero, Silvia Chacón, Virginia Pérez, Elba Rodríguez, Eduardo Porcarelli y Aldo Perfecto.

El esquema de trabajo se complementaba con textos previamente elaborados sobre las cuestiones y preocupaciones para permitir presentar con claridad la posición de Venezuela ante los distintos temas de la agenda. Ese esquema sirvió para futuros trabajos y como modelo a seguir.

Centro de Asesoría Legal en asuntos de la OMC

En una de las sesiones del Comité del OSD, propuse se iniciara un proceso de evaluación entre un grupo de países miembros de la organización para crear un mecanismo de apoyo legal a los países en desarrollo en posibles litigios comerciales dentro del marco del OSD. El centro ofrece asesoría legal gratuita y entrenamiento en asuntos legales de la OMC a costos muy reducidos. Hoy existen 42 miembros en esta organización. A pesar de ser Venezuela quien sembró la semilla inicial para esta organización que hoy funciona exitosamente en Ginebra, no fue uno de los miembros fundadores. La burocracia no procedió a desembolsar los recursos requeridos para que Caracas ingresara como miembro fundador. Sin duda frustrante, luego del intenso trabajo que se realizó para constituir el centro. Fue precisamente en Seattle en donde se formalizó la creación de esta instancia.

La revolución y la OMC: retroceso

A partir del año 2003, tanto los decisores de política como la misión en Ginebra entran en una acelerada contradicción entre el discurso original del gobierno de Chávez y la práctica negociadora en la OMC. Venezuela arremete contra los Estados Unidos en varios frentes, cuestiona abiertamente la globalización y radicaliza su posición. Fueron los tiempos en que Chávez apunta sus baterías contra el ALCA. Los organismos competentes en Caracas no daban instrucciones a Ginebra y prácticamente la misión estaba a la deriva. Su actuación era reactiva y se pronunciaba en distintos temas más basados en los criterios comerciales de los negociadores que en una estrategia definida desde Caracas.

Por ejemplo, Venezuela presentó en el año 2003, sin lograr hacerle seguimiento posterior en el Consejo de Servicios de la OMC, una clasificación de los servicios energéticos para la posible adopción de compromisos específicos, cubriendo todos los servicios comercializados en relación a todas las fuentes de energía. Incluía tanto los servicios consumidos por la industria de la energía, así como los que ella provee. En otras palabras, comprendía todos los servicios que se comercializan en el sector energético.

Como objetivo, esta clasificación permitiría a los países productores de petróleo, al momento de asignar licitaciones a empresas extranjeras, determinar, con mayor facilidad, los alcances y cobertura de esas licitaciones. Es decir, definir qué servicios podrían otorgarse en las licitaciones y cuáles podrían reservarse para la pequeña y mediana industria nacional.

Quien para aquel entonces era el Embajador alterno ante la OMC, Luis Velásquez (había sido Vice Ministro de Comercio), resume su frustración en los siguientes términos: “Una de las grandes trabas para los negociadores venezolanos fue la falta de instrucciones por parte del Ministerio de Producción y Comercio. Fue tan evidente que tuvimos que colocar un párrafo cada vez que se solicitaban instrucciones, el cual se leía de la siguiente manera: “De no recibir instrucciones en contrario, se procederá a mantener la siguiente posición en la reunión de...”

Velásquez afirmó que el mayor aporte de ese Ministerio fue enviar, en algunos momentos, a funcionarios de ese despacho, para que nos apoyaran en algunas negociaciones. Pero su labor se centró, básicamente, en actuar como fiscales políticos, dedicándose a vigilar a los funcionarios y a acusarlos de ser pagados por las empresas transnacionales. Sin contar que demostraban una falta profunda de preparación profesional, particularmente sobre aquellos temas en los cuales participarían.

“Si bien es cierto que negociar en la OMC es sumamente complejo por la diversidad de intereses comerciales que allí se manejan, también lo es sentarse en una mesa de negociación cuando no se tienen instrucciones y ni mucho menos idea de los planes de desarrollo que en materia de agricultura e industria se tienen en el país. En ese momento, como ahora todo está centrado en política, en restricciones, confiscaciones etc., y no en que el país se incorpore en las corrientes mundiales de comercio, tan necesarias para nuestro desarrollo”²², sentenció Velásquez.

Una de las anécdotas de esos tiempos de cambios está referida a la “persecución” de aquellos funcionarios que eran considerados como liberales o “WTO friendly”. Muchas de las posiciones e intervenciones que hacía la delegación de Venezuela, contaba con el apoyo de asesores externos que usaron la plataforma de la Misión para oponerse a los países desarrollados dentro de la organización.

²² Luis Velásquez fue retirado del Servicio exterior de Venezuela cuando se inició un proceso de apartheid contra los funcionarios de carrera durante el Gobierno del Presidente Chávez.

Última revisión de Política Comercial (27-29 de noviembre, 2002)

En las conclusiones de esta revisión se indicó que aún para aquel entonces, se reconocía el “esfuerzo de Venezuela por fortalecer el Sistema Multilateral de Comercio”. Sin embargo, se registraba que Venezuela aún tenía pendiente cumplir con compromisos y notificaciones relacionadas con regulaciones técnicas. El informe destacó que la actuación de la economía había variado considerablemente desde 1996; que el país se encontraba en recesión en el año 2002; insistieron que era un error la dependencia de Venezuela en el sector petrolero y las fluctuaciones de ese mercado global; reconocieron lo incipiente de la base exportadora no tradicional, la falta de competitividad y la dificultad de Venezuela para integrarse en la economía global; examinaron el tipo de cambio fluctuante para aquel entonces, y recomendaron a Venezuela expandir su oferta exportable.

Asímismo, se reconoció los intentos de Venezuela por liberalizar su régimen de Inversiones y la promulgación de una nueva Ley de Inversiones. Algunos miembros le recomendaron tomar medidas más amplias, que garantizaran que el sistema jurídico fuera predecible y estable. Era una preocupación la recurrente utilización de mecanismos paraarancelarios. Los miembros, en aquel momento, veían a Venezuela atravesando un camino difícil, pero a su vez recomendaban que se mantuviera bajo las disciplinas de la OMC y que no abandonara las políticas de liberalización comercial, que evidentemente ya indicaban no formar parte de las prioridades del gobierno.

Se criticó el reiterado uso de medidas paraarancelarias, así como el abusivo régimen de licencias al comercio. Se señalaron preocupaciones diversas, entre otras las relacionadas al régimen de cambio, política monetaria y fiscal, y sobre las medidas tomadas para controlar la inflación. Igualmente, el tema de la propiedad intelectual generó críticas por parte de algunos miembros.

Habría que recordar que, en esos años, el acercamiento y los vínculos de Venezuela con Cuba determinaron el comportamiento del país en su agenda internacional. La actuación de Cuba en la OMC era de muy bajo perfil y evidentemente su estructura económica, después de la revolución, en poco se parecía a los postulados del comercio multilateral. La intensa relación y dependencia del país con Cuba obligaba la reciprocidad de Venezuela en la mayoría de los organismos internacionales. Cuba se fue acercando a Venezuela hacia una actuación de confrontación y poco constructiva en la OMC. Venezuela se fue sumando casi automáticamente a la posición de La

Habana e hizo trinchera con aquellos países más críticos, independientemente de su interés comercial en un momento determinado.

Reunión Ministerial Cancún

La Quinta Conferencia Ministerial de la OMC se celebró en Cancún (México), entre el 10 y el 14 de septiembre de 2003. La tarea principal consistió en hacer un balance de los progresos realizados en las negociaciones y otros trabajos, en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo. La reunión de Cancún se convirtió para Venezuela en una cruzada para “desenmascarar” a la OMC y el proceso negociador. El propio Presidente Chávez transmitía en vivo por TV los resultados de la actuación de la delegación de Venezuela.

El Ministro de la Producción y el Comercio, Ramón Rosales Linares, presentó un documento denominado “Privilegiando el derecho al desarrollo”, donde fijaba la posición del Gobierno “revolucionario”. Con ese documento, Venezuela se desmarca de una visión de apoyo al multilateralismo y la liberalización del comercio, adopta una visión cuestionadora de los acuerdos de Marrakech y traza lo que sería la futura actuación de Venezuela en esta nueva etapa, llena de contradicciones, como que mientras renegaba de las economías de mercado, aceptaba destacar a Rusia en su proceso de adhesión a la OMC como “una economía de mercado”.

El gobierno cuestionó que:

- 1.- No obstante la exigencia de reciprocidad en el cumplimiento de muchas de las normas acordadas, ignoró las grandes diferencias existentes entre las economías vinculadas al sistema multilateral y los diferentes niveles de desarrollo. Al obligar a los países con economías desiguales a comportarse como iguales, se originaron grandes perjuicios para las naciones en desarrollo.
- 2.- Que hay algunas previsiones adoptadas respecto del Trato Especial y Diferenciado, estas -en su mayoría- no se han cumplido. En algunos casos no existe la capacidad suficiente para que los países en desarrollo puedan obtener alguna ventaja de la aplicación de tales normas, generándose mayores desequilibrios en las relaciones de intercambio entre los países desarrollados y en desarrollo.
- 3.- A partir de ese momento, Venezuela decide no adoptar nuevos compromisos en los siguientes términos: “Como puede apreciarse, persiste y se incrementa con

el tiempo la brecha de desigualdad y beneficios que resultan del fiel cumplimiento de esos mecanismos, llevando a cuestionar la eficacia del libre comercio, en los términos en los que se encuentra planteado y en la forma en que ellos se ejecutan, imposibilitando que el sistema pueda, efectivamente, constituir un factor clave para atender de manera justa y equilibrada el desarrollo humano. La evidencia indica que a pesar de los esfuerzos de los países en desarrollo para adaptarse a esas normas, la calidad de vida no ha mejorado y son preocupantes las limitaciones de acceso a los bienes y servicios básicos de subsistencia de la mayoría de la población mundial”.

Y plantea la necesidad de “no adoptar nuevos compromisos hasta no resolverse la extensa y variada gama de asuntos pendientes, fundamentalmente los que afectan a los países en desarrollo”.

Solicita se considere una revisión pública de las consecuencias de los acuerdos de Marrakech y de su impacto sobre el crecimiento económico, la reducción de las desigualdades entre países, según sus niveles de desarrollo, empleo, ambiente.

La crítica se centraba fundamentalmente en la Economía de Mercado. En el documento se afirmaba que “el mercado por sí solo no será, como no la ha sido nunca, capaz de garantizar ni el crecimiento económico, ni la superación de la pobreza, ni el logro de la equidad en el mundo en desarrollo”.

Insistían en afirmar que en las últimas dos décadas se ha producido un acelerado proceso de liberalización y desregulación a escala planetaria y simultáneamente se han acentuado las desigualdades tanto al interior de los países como entre los países.

Para la delegación era fundamental darle espacio a una “adecuada intervención del Estado y reivindicar el papel de las políticas públicas como condiciones, sin las cuales no sería posible alcanzar la meta deseada de un desarrollo equitativo, democrático y ambientalmente sostenible”.

Alegaban que “las relaciones entre el mercado y el Estado no son un asunto que se pueda resolver de manera inmediata para las futuras situaciones y coyunturas, con base en supuestos teóricos o políticos generales. Ni la hegemonía del Estado ni el fundamentalismo de mercado son las alternativas en las cuales Venezuela y los países del sur podrán encontrar las claves para el desarrollo económico y social”.

Se desprendía de la retórica “omeciana”, al asegurar: “No se trata, entonces, de

limitar la acción reguladora de los estados para allanar el camino de la liberalización económica, a través de la adopción irreversible de acuerdos internacionales de obligatorio cumplimiento. No basta con liberalizar el comercio y las inversiones para garantizar el avance hacia mayores niveles de crecimiento y bienestar colectivo. Sin mecanismos expresos que faciliten el diseño y ejecución de políticas públicas dirigidas a lograr una reducción significativa de las disparidades entre las diferentes regiones, países y actividades productivas, la libre competencia entre desiguales, no puede conducir sino al fortalecimiento de los más fuertes y a un debilitamiento aún mayor de los más débiles”.

La visión del Gobierno de Venezuela reiteraba que “en estos procesos hay una marcada tendencia a priorizar los derechos mercantiles por sobre los humanos, desplazándolos hacia el comercio. Se trastoca así la filosofía de los derechos humanos al imponer la libertad de comercio y la rentabilidad de la inversión como paradigma de la materialización de estos. La creación de un nuevo sujeto de derecho en torno a los derechos comerciales, coloca a las empresas en un nivel equivalente al de las personas y los estados. La supremacía que se le otorga a los derechos mercantiles sobre los derechos humanos se traduce en una seria amenaza a estos últimos. Esto es particularmente preocupante dado que, en general, los tratados para la liberalización del comercio y la inversión, tienen mecanismos mucho más efectivos para garantizar su cumplimiento -mediante fuertes sanciones- que los previstos en los acuerdos y tratados de derechos humanos, laborales, culturales y ambientales”.

Con esta frase final, el país selló lo que sería su futura actuación en la OMC: “Para el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, los derechos económicos, culturales y civiles son y serán interdependientes, indivisibles e irrenunciables. En consecuencia, los intereses comerciales no podrán tener supremacía por encima de los derechos humanos y la soberanía de los estados”.

Las Alianzas

Venezuela forma parte del G-20, grupo de países en desarrollo que ejerce presión para que se efectúen reformas ambiciosas en la agricultura de los países desarrollados, con flexibilidad para los países en desarrollo. Además, pertenece al G-33, conocido como “Amigos de los productos especiales” en la agricultura. Países en desarrollo que ejercen presión para que “se dé flexibilidad a los países en desarrollo a fin de que puedan efectuar una apertura limitada de sus mercados agropecuarios”. Igualmente participa en el grupo AMNA, otro bloque de países en desarrollo que

pretenden obtener flexibilidad para limitar la apertura de los mercados de productos industriales.

Sin embargo, en donde realmente está circulando Venezuela es con un grupo de países “like minded” en temas políticos bajo la dirección de Cuba, que incluye a Bolivia y Nicaragua, naciones que forman parte del ALBA²³ y que tienen una postura ideológica contra el mercado, la liberalización del comercio y se declaran fundamentalmente socialistas.

En el documento oficial que presentaron en la Reunión Ministerial de la OMC, en Bali²⁴, queda clara la actitud obstruccionista basada en un lenguaje retórico y de confrontación contra la organización. Resaltar la figura de Chávez y sus postulados demuestra el carácter ideológico en los siguientes términos²⁵:

- Intenta presentar el llamado paquete (de acuerdos) como si fuera de interés para el mundo en desarrollo. Peor aún, lo han conseguido mediante manipulaciones, trasladando la imagen de que somos los mayores beneficiarios de estos resultados, cuando es justamente lo contrario.

- Al aceptar lo que se nos presenta, enfrentaremos las mismas dificultades que tuvimos para la aplicación de los acuerdos de la Ronda Uruguay. Lamentablemente muchos olvidan, pero cada vez son mayores los costos que asumen nuestros pueblos. Lo que se nos presenta sigue siendo desbalanceado y reforzará el camino hacia un orden económico internacional más injusto y menos equitativo y, por ello, haremos todo lo que esté a nuestro alcance para que la OMC no continúe siendo utilizada como instrumento de la globalización neoliberal. Mientras se nos impone un acuerdo de facilitación del comercio de obligatorio cumplimiento, los temas del desarrollo, particularmente agricultura, se presentan mediante fórmulas engañosas, siempre limitadas, porque se continúan perpetuando las políticas de subsidios y ayudas de los países desarrollados, ya que permanecen intocables.

²³ La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América es una organización internacional de ámbito regional, conformada por Nicaragua, Bolivia, St.Vincent y las Grenadinas, Dominica, Cuba y Venezuela. Pone énfasis en la lucha contra el Capitalismo, el imperialismo, la pobreza y la exclusión social. El principal soporte económico proviene ha sido Venezuela.

²⁴ WT/MIN(13)/29 7 de diciembre de 2013 (13-6768) Página: 1/2 Conferencia Ministerial Noveno período de sesiones Bali, 3-6 de diciembre de 2013 Original: español

²⁵ Es inusual en un foro como el de la OMC que los delegados usen un lenguaje estridente y menos exalten figuras históricas o políticas.

- Resulta inconcebible que la organización que propugna un comercio libre y no discriminatorio sea incapaz, por las presiones de la superpotencia mundial, de aprobar un párrafo que simplemente llame a la no aplicación de medidas discriminatorias a las mercancías en tránsito, ni a las embarcaciones u otros medios de transporte por razones de cualquier índole. Nunca nos dejaremos amedrentar.

- Hemos sido burdamente bloqueados no solo en nuestro derecho legítimo de negociar durante todos estos años y en el transcurso de esta conferencia, sino también a ejercer la mera palabra. Estas constituyen acciones repudiables que no podemos aceptar.

- Por estas razones, las delegaciones de Bolivia, Cuba, Nicaragua y Venezuela, rechazamos categóricamente los documentos presentados y, en consecuencia, nos oponemos formalmente a la adopción de estos textos, conforme al artículo 9.1 del Acuerdo de Marrakech.

- Nuestros países, ejemplos de la aplicación práctica de la cooperación internacional sin condicionamientos, basada en la solidaridad, el respeto mutuo, la soberanía y el principio de compartir lo que tenemos, no lo que nos sobra, seguiremos defendiendo las más legítimas causas de los pueblos del mundo en desarrollo.

- Nuestros países, inspirados en el ejemplo vivo que nos han legado del entrañable amigo Nelson Mandela, nuestro querido Madiba y nuestro Comandante Chávez, no cejaremos en nuestra lucha por alcanzar un comercio sin discriminación, justo y equitativo, que efectivamente represente a los pueblos más débiles.

Conclusión

El periodista Andrés Oppenheimer afirmó, con razón, que “la historia reciente de Venezuela debería ser de enseñanza obligatoria en todas las universidades del mundo, como ejemplo de un milagro económico al revés: a pesar de haberse beneficiado del boom petrolero más grande de su historia, el país hoy en día tiene niveles de pobreza más altos que antes”²⁶. De igual manera, un estudio de varias prestigiosas universidades venezolanas (Universidad Central de Venezuela, Simón Bolívar, Católica Andrés Bello), concluyó que, al examinar las condiciones de vida del venezolano (seguridad personal, situación social, trabajo, nutrición y alimentación, salud, edu-

²⁶ Andrés Oppenheimer. Art. La Nación, Buenos Aires, 10 Feb.2015

cación, pensiones, vivienda y servicios, vulnerabilidad físico-ambiental, economía, desarrollo local, la institucionalidad y circunstancias electorales), los niveles de pobreza se dispararon en el país.

Venezuela ha pagado caro por el populismo y por la política de distanciamiento de las recomendaciones de los organismos internacionales en varios frentes. Disociarse de las disciplinas multilaterales y proponerse una estrategia de desarrollo de la que precisamente intentaban salir muchos países, hizo que el país destruyera su aparato productivo, no aprovechara los beneficios de los altos precios del petróleo y de las bondades de la apertura económica y comercial.

Hay que reconocer el esfuerzo que hizo Venezuela, desde su ingreso tardío al GATT, en la década de los 90 y hasta el 2002, por jugar positivamente en el marco de la OMC, defendiendo sus derechos y, al mismo tiempo, honrando sus obligaciones. Con matices y diferencias en cuanto al tratamiento de algunos temas, el país le dio una importancia destacada a su participación constructiva en el marco de la organización. Así se reconoció en distintas instancias. Venezuela utilizó debidamente el OSD y entendía que a pasar de los problemas endémicos que se derivaban de la propia estructura de la organización, apostar a sus beneficios como país en desarrollo tenía sentido. No solo por su incipiente papel en la economía global de bienes y servicios, sino por la oportunidad que brindaba para que el país mantuviera disciplinas comerciales y económicas, que debían dar sus frutos a largo plazo si se lograba que independientemente de los gobiernos de turno, se respetaran las premisas fundamentales de la OMC.

Al poco tiempo del inicio del Gobierno de Chávez, Venezuela cambió su postura, se alió a países con posiciones poco constructivas en el proceso negociador y, si bien en algún momento se planteó hasta retirarse del organismo, entendió su presencia en la organización como dándole la oportunidad de jugar un papel obstruccionista. Como foro internacional ha utilizado a la OMC para sus denuncias sobre supuestas intervenciones del llamado “imperio”. Un alto funcionario en Indonesia, en el marco de la Ministerial, denunció el terrorismo económico como arma de desestabilización política por parte de la oposición Venezolana o la “guerra económica que promueve la derecha en el país”.

Se puede concluir que Venezuela, al marginarse de los postulados del sistema multilateral del Comercio, perdió una gran oportunidad. El duro golpe que se le infringió al multilateralismo, entre otros por parte de Caracas al oponerse al frágil acuerdo que se

había alcanzado en Bali, fue una estocada para las ya estancadas negociaciones desde Doha. No se entiende el mérito ni el tísico triunfo con esa postura, sobre todo con la excusa de incluir una referencia al embargo a Cuba, texto más que trillado y reiterado en cuanto a documento multilateral que se ha producido en los últimos años en el sistema de Naciones Unidas.

Para un país en desarrollo, como Venezuela, la OMC con sus obligaciones y derechos es, sin duda, un gran reto y una oportunidad para aprovechar los grandes beneficios del intercambio comercial, como palanca para el desarrollo económico. No es casual que sean cada vez más los países que se suman a la OMC organización que por lo visto está para quedarse y si no existiese, habría igualmente que inventarla.

Referencias Bibliográficas

- Hernández, O. (2003). Efectos electorales del apoyo a Chávez en las próximas elecciones. En Campaña Electoral. Analytic, Mayo-Agosto 2012. N° 25.
- Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales (1994). Textos Jurídicos. Secretaría del GATT: Ginebra.
- Tineo, L. y Barragán, J. comp (2000). La OMC como espacio normativo: un reto para Venezuela. Ed. Velea: Caracas.
- Trade Agreements, Petroleum and Energy Policies (2000). UNCTAD/ITCD/TSB/9. Ginebra.
- www.wto.org/Venezuela/varios.

SECCIÓN III:
SECTORES

LAS NEGOCIACIONES AGRÍCOLAS EN LA OMC: UNA MIRADA DESDE AMÉRICA LATINA

Sofía Boza¹, Ángeles Sánchez² y Juan Rozas³

1. Introducción

El sector agrícola ha experimentado una progresiva disminución en su nivel de participación en el valor de los flujos comerciales internacionales a nivel mundial, siendo ampliamente superado por la industria extractiva y, sobre todo, la manufactura. No obstante, las negociaciones agrícolas multilaterales son especialmente controvertidas.

En este sentido, los importantes avances que supuso la Ronda de Uruguay, en la cual se generó un marco normativo que abarcaba acceso a mercados, regulación de los subsidios y de las medidas técnicas no arancelarias, contrasta con la falta de acuerdos durante la Ronda de Doha. Lo anterior se encuentra muy relacionado con la polarización del posicionamiento de los distintos países miembros de la OMC, coincidente -en gran medida- con sus niveles de desarrollo. América Latina no ha quedado en absoluto al margen del proceso señalado, dado el importante lugar de la agricultura en su canasta exportadora.

El presente capítulo tiene por objetivo exponer la evolución de las negociaciones agrícolas, primero en el contexto del GATT y posteriormente de la OMC, desde el inicio de la Ronda de Uruguay hasta el punto en el que actualmente se encuentra la Ronda de Doha, haciendo un especial énfasis en el papel de América Latina al respecto. Para ello, el documento se estructura en las siguientes partes: contextualización del rol de la agricultura en las economías latinoamericanas y su participación actual, especialización comercial en materia agrícola de Latinoamérica, revisión del origen y alcances de la Ronda de Uruguay, así como de los acuerdos de ella emanados y, finalmente, exposición de la evolución hasta la fecha de las negociaciones

1 Departamento de Economía Agraria, Facultad de Ciencias Agronómicas e Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile.

2 Departamento de Estructura Económica y Economía del Desarrollo, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Autónoma de Madrid.

3 Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile.

sobre agricultura en el ámbito de la Ronda de Doha.

2. La agricultura en la estructura de las economías latinoamericanas

La agricultura es, desde las primeras décadas del siglo XX, un sector determinante para la economía de América Latina. Esta especialización primaria (tanto agrícola como minera) originó, inicialmente, un deterioro de los términos de intercambio, dado que se exportaban productos con menor valor agregado que aquellos importados. Posteriormente, y con el objetivo de superar estas restricciones, se empezaron a articular estrategias de desarrollo nacional enmarcadas en la denominada “industrialización sustitutiva de importaciones”. Con ello se buscaba transformar la inserción internacional de América Latina, apostando por la industria nacional, un papel predominante del Estado como actor económico y la focalización en producciones con mayor valor agregado. En el ámbito agrícola, distintos países ensayaron reformas agrarias, muy heterogéneas en su forma, fondo e intensidad⁴, como instrumento de redistribución de renta y riqueza, así como para reorientar la producción de alimentos al mercado nacional, garantizando con ello su abastecimiento.

No obstante, a finales de la década de los ‘70, la gran mayoría de las reformas señaladas habían perdido intensidad o habían sido revertidas. A finales de los ‘80, los cambios en el modelo económico que se derivaron de la aplicación del conocido “Consenso de Washington”, transformaron nuevamente la realidad del sector agrícola. La necesidad de los gobiernos de proveerse de divisas para afrontar los pagos de la deuda y la creciente factura de las importaciones, favorecieron la denominada “agricultura de exportación”.

Por su parte, el comienzo del siglo actual llevó consigo nuevamente algunos importantes cambios que han afectado al sector agrario. Por un lado, durante los años 2007 y 2011 se produjo un importante crecimiento de los precios agrícolas, lo que favoreció las balanzas comerciales de los países exportadores, esencialmente en el Cono Sur. Asimismo, el crecimiento de China y otros países emergentes ha conllevado un aumento de la demanda de recursos naturales, entre ellos de los alimentos, impulsando las exportaciones agrarias latinoamericanas. No obstante, el efecto de estos hechos sobre la región ha sido muy dispar, puesto que frente a los beneficios que ha obtenido América del Sur, se ha producido un fuerte deterioro de los térmi-

4 Aunque hay experiencias previas como la Reforma Agraria de México, en 1917, la gran mayoría de las reformas y leyes agrarias se desarrollaron en las décadas de los cincuenta, sesenta y setenta: Bolivia (1953), Cuba (1959), Venezuela (1960), Chile (1968 y 1970), Colombia (1968), Perú (1970) o Nicaragua (1979).

nos de intercambio en los países de Centroamérica, debido a que son importadores netos de materias primas (alimentos e hidrocarburos)⁵.

A lo señalado se unen algunos retos adicionales, como son: la existencia de bolsas de pobreza y desnutrición en la región, en convivencia con crecientes problemas de obesidad, sobre todo infantil; la progresiva escasez de recursos y la reorganización de los patrones productivos como consecuencia del cambio climático; los importantes cambios en la ideología política de algunos gobiernos latinoamericanos, entre otros hechos, los cuales sitúan de nuevo a la agricultura en el centro de las estrategias de desarrollo y, por supuesto, del modelo de inserción internacional que la región y cada uno de sus países desea.

3. La especialización comercial agraria de América Latina en la actualidad

América Latina es una de las regiones con mayor participación en el comercio agrícola⁶ a nivel global. Conforme a datos del Banco Mundial, el 10% de las exportaciones agrícolas internacionales, en 1995, y el 15%, en 2014, fueron realizadas por América Latina⁷.

Asimismo, la agricultura es muy importante en la especialización comercial latinoamericana, de forma que en 2014 un 20,8% de las exportaciones totales regionales correspondieron a productos agrícolas, un porcentaje similar al registrado en 1995. El comercio agrícola se concentra en pocos países. Más de un 70% de las exportaciones son realizadas por Brasil, Argentina y México, y más del 50% de las importaciones del sector por México, con una tendencia creciente, y Brasil, decreciente.

La importancia del sector exportador agrario difiere mucho de unos países a otros y registra tendencias diversas en el período 1995-2014. Las exportaciones agrícolas son extremadamente elevadas en Paraguay y Uruguay (en torno al 65% del total), donde además han crecido en las últimas décadas. Argentina y algunas economías centroamericanas, como Guatemala, Nicaragua y Panamá, también tienen una especialización agrícola muy elevada, que se refleja en que sus exportaciones en dichos rubros se sitúan entre el 40 y el 55%. Brasil, pese a ser una potencia industrial,

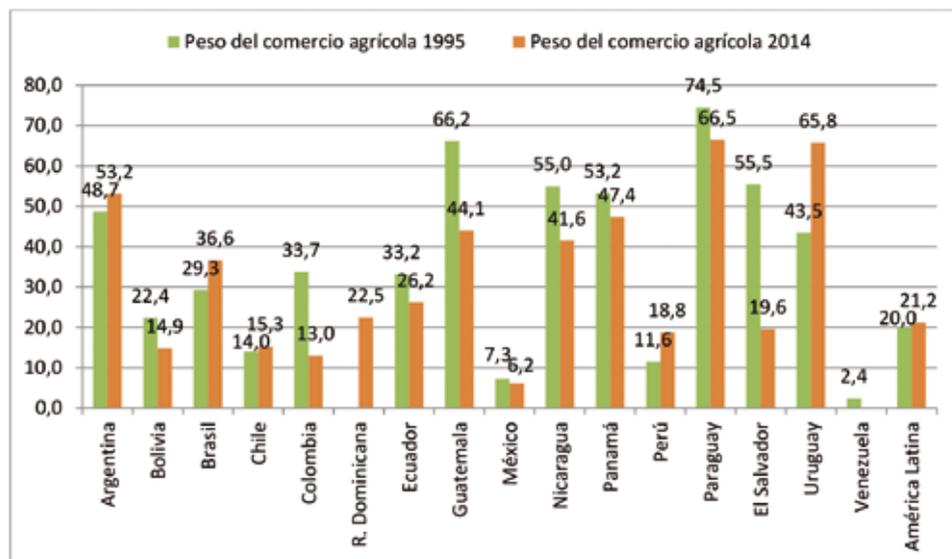
5 Para consultar la evolución de los precios de las materias primas se puede revisar UNCTADSTAT y para los términos de intercambio CEPALSTAT.

6 Se consideran las líneas arancelarias en el Anexo A del Acuerdo sobre Agricultura de la OMC.

7 Se han incluido solo los países con información disponible en la base WITS del Banco Mundial: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana (solo en 2014), Uruguay y Venezuela (solo en 1995).

mantiene un dinámico sector agrario, responsable de más de un tercio de sus exportaciones globales, que además han ganado importancia desde 1995, al igual que en Chile y Perú (véase gráfico 1).

Gráfico 1
Importancia del sector exportador agrícola. Exportaciones agrícolas sobre el total de las exportaciones 1995 y 2014 (en porcentajes)

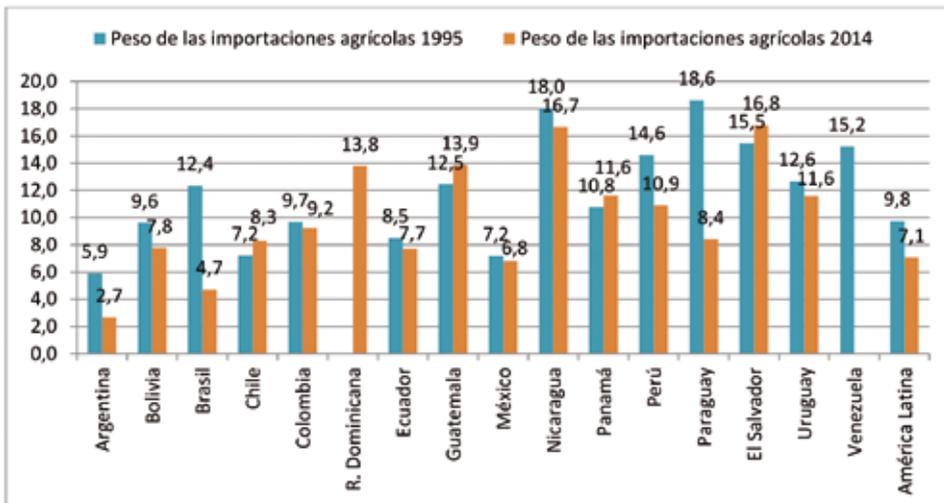


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de WITS del Banco Mundial.

Las importaciones agrícolas suponen tan solo un 7,1% del total de las importaciones, es decir, un valor muy inferior al de las exportaciones. Sin embargo, países como Guatemala, Nicaragua, el Salvador y, en menor medida, Panamá, Perú o incluso Uruguay, tienen un volumen superior a la media regional de importaciones agrícolas (véase gráfico 2).

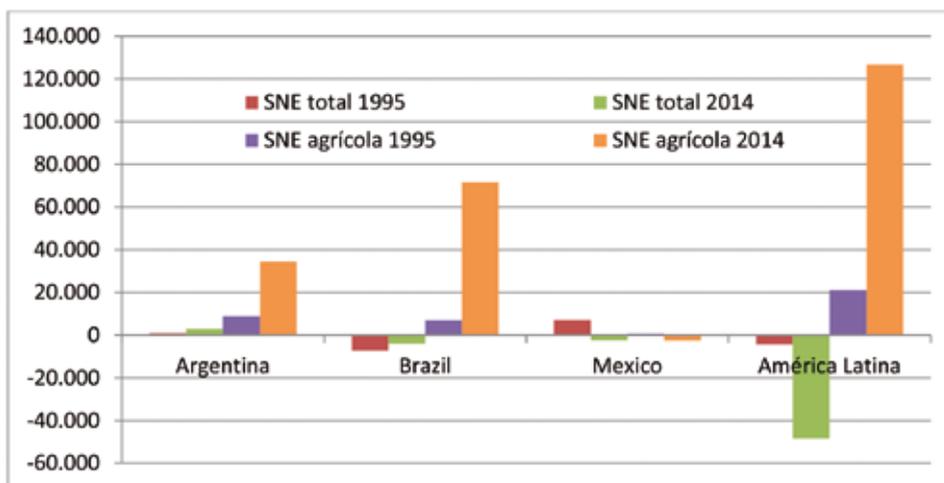
Con carácter general, América Latina registra superávit comercial en el sector agrario, que alcanzó un valor de 126.839 miles de millones de dólares en 2014, especialmente alimentado por Brasil y Argentina. Este superávit agrario amortigua el déficit comercial global de la región (véase gráfico 3). No obstante, México, Panamá, El Salvador y República Dominicana, son importadores netos de alimentos. Por lo tanto, estos países se han visto negativamente afectados por el incremento de precios registrados en 2007 y 2011, y el mantenimiento de los precios en niveles muy supe-

Gráfico 2
Importancia del sector importador agrícola. Importaciones agrícolas sobre el total de las importaciones 1995 y 2014 (en porcentajes)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de WITS del Banco Mundial.

Gráfico 3
Saldo neto exportador (exportaciones menos importaciones) de los principales países exportadores y América Latina 1995 y 2015 (en miles de millones de dólares)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de WITS del Banco Mundial.

riores a los de comienzos de siglo. Además, en algunas zonas de estos países hay aún importantes problemas de desnutrición que hacen de este hecho no solo un asunto de balanza de pagos, sino de subdesarrollo.

Por su parte, al analizar la especialización agrícola latinoamericana respecto de los productos comercializados, se pueden encontrar los siguientes patrones (véase tabla 1 del anexo):

- **El Patrón del Cono Sur:** donde se encuentran dos de los grandes exportadores de la región, Argentina y Brasil, además de Paraguay y Uruguay, caracterizado por la importancia de semillas y semillas oleaginosas en los cuatro países; residuos y desperdicios de la industria alimentaria en Argentina y Paraguay; cereales en Uruguay y Paraguay; carne y despejos comestibles en Brasil, Paraguay y Uruguay; animales y vegetales grasos, frutas y frutos comestibles en Argentina; azúcares y productos de confitería en Brasil, y lácteos y huevos en Uruguay.
- **El Patrón Andino:** donde destacan las frutas y frutos comestibles y productos tradicionales (café o cacao) en Colombia, Perú y Ecuador; plantas vivas en Colombia y Ecuador; preparados de carne, pescado y crustáceos en Ecuador; residuos de la industria alimentaria en Perú, y azúcares y confitería en Colombia.
- **El Patrón Centroamericano:** que se caracteriza por las exportaciones de productos tradicionales como el café, azúcares y artículos de confitería en El Salvador y Guatemala; preparados alimenticios de distinto tipo en El Salvador y Nicaragua; frutas y frutos comestibles en Guatemala, y semillas oleaginosas en Nicaragua. En este mismo contexto, aunque estrictamente República Dominicana no es un país de la región centroamericana, presenta también una especialización basada en productos tradicionales (tabaco y cacao) y frutas y frutos comestibles.
- **Chile y México:** no se ajustan a los patrones anteriormente mencionados, pero tienen algún elemento en común. Ambos países exportan frutas y frutos comestibles y bebidas, líquidos alcohólicos y vinagres. Además, México vende al exterior y de manera significativa, hortalizas y legumbres.

La heterogeneidad de la especialización comercial se reproduce también en las políticas agrícolas de los países donde conviven estrategias con un alto grado de protección al sector, interviniendo en las variables definitorias del funcionamiento del mercado tanto nacional como exterior, con otros modelos basados en el apoyo directo

a los productores y, finalmente, casos como el de Chile, muy abiertos al exterior y con fomento de los productores a partir de asesorías, transferencia tecnológica y ayuda a la inversión.

Además, no ha habido un gran desarrollo de políticas agrarias supranacionales, como sí ha sucedido en el seno de la Unión Europea con la Política Agraria Común (PAC). No obstante, el MERCOSUR, el Mercado Común Centroamericano y la Comunidad Andina, han desarrollado una suerte de políticas agrarias conjuntas. En este sentido, el MERCOSUR ha establecido tres instrumentos que buscan una coordinación de las políticas agrarias de los Estados Miembros: el Subgrupo de trabajo N° 8 sobre Agricultura, la Reunión de Ministros de Agricultura y la Reunión Especializada de Agricultura Familiar. Las decisiones tomadas por estos son de carácter consultivo y pretenden asesorar al Consejo del Mercado Común. Por su parte, la Política Agropecuaria Común Andina (PACA) pretende mejorar la seguridad agroalimentaria de los países miembros, incrementar las exportaciones agrícolas y fortalecer la agroindustria. Para ello se crearon tres instrumentos: el Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria, el Sistema de Franjas de Precios y el Sistema de Seguimiento de la Política Sectorial Agropecuaria. El Mercado Común Centroamericano también ha establecido una política agraria común, que ha quedado definida oficialmente para el período 2008-2017 y que cuenta con financiación del Banco Centroamericano de Integración Económica (Consejo Agropecuario Centroamericano, 2007).

En este contexto de heterogeneidad en la especialización sectorial y en el enfoque del sector público, y debilidad de políticas supranacionales, América Latina debe abordar el reto de intentar avances favorables en las negociaciones multilaterales en materia agrícola, las cuales, a su vez, se han desarrollado con numerosas limitantes, como se verá a continuación.

4. La Ronda de Uruguay: el fin de la excepción agrícola

La Ronda de Uruguay supuso un punto de inflexión para el comercio agrícola internacional, rompiendo definitivamente con su no consideración en las negociaciones multilaterales, al alero de la denominada “excepción agrícola” (Daugbjerg, 2012). De hecho, la Declaración Ministerial de Punta del Este, que dio inicio a la Ronda en septiembre de 1986, explicitaba a la agricultura como uno de los temas de negociación, señalando “la necesidad apremiante de dotar de mayor disciplina y previsibilidad al comercio mundial de productos agropecuarios, mediante la corrección y pre-

vención de las restricciones y distorsiones”. Lo anterior, a partir de la negociación en torno, principalmente, a los tres temas siguientes: acceso a mercados, subsidios y reglamentaciones, y barreras sanitarias y fitosanitarias.

En efecto, como resultado de la Ronda de Uruguay emergieron tres acuerdos multilaterales aún vigentes y de gran relevancia para el sector: el Acuerdo sobre la Agricultura, el Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, cuyo origen y contenidos se sintetizan a continuación.

a) Acuerdo sobre Agricultura (AsA):

Gran parte de los temas de negociación respecto del comercio agrícola establecidos en la Declaración de Punta del Este se encuentran recogidos en el Acuerdo sobre Agricultura, el cual establece disposiciones, principalmente, en torno a tres ejes: i) acceso a mercados, ii) apoyo interno y iii) competencia de la exportación, teniendo como propósito final limitar las políticas que pudieran provocar distorsiones (Orden, Blandford & Josling, 2011).

En lo relativo a acceso a mercados, en primer lugar el AsA impulsó un proceso de conversión de las medidas no arancelarias en aranceles que derivaran en un nivel de protección equivalente, considerando como referencia el período 1986-1988. Por otro lado, los países tanto desarrollados como en desarrollo se comprometieron (en distintos niveles) a la reducción de las tasas arancelarias en tramos anuales iguales durante un período de aplicación. Todo ello quedó fijado en Listas Nacionales elaboradas por cada miembro. En este mismo contexto, para los productos agrícolas se estableció un sistema de contingentes arancelarios, diferenciando la tasa arancelaria aplicada según la cantidad total exportada. No obstante, con el fin de que estas medidas de facilitación del acceso a mercados no tuvieran un impacto excesivamente dramático en las producciones agrícolas nacionales, el AsA establece, por un lado, ciertas excepciones para los países en desarrollo, entre los cuales se incluye América Latina, así como la posibilidad de fijar salvaguardias especiales a productos identificados previamente en las Listas.

Por otra parte, el AsA diferencia en el apoyo interno al sector agrícola entre ayudas exentas de compromiso de reducción y ayudas con compromiso de reducción. La primera categoría, se entiende, no tendría efectos distorsionadores en la producción y comercio agrícolas o, de tenerlos, sería muy bajo el impacto. Dentro de lo ante-

rior se distinguen ayudas en las denominadas “caja verde” y “caja azul”. La “caja verde” se refiere a ayudas no vinculadas de manera inmediata con el desarrollo de la producción. La “caja azul”, a aquellos pagos directos que estén relacionados con la limitación de la producción. Asimismo, el Acuerdo establece ciertas excepciones especiales para las ayudas agrícolas en los países en desarrollo, lo que algunos autores han denominado como “caja trato especial y diferenciado”. Finalmente, a lo anterior se suma la inclusión en el AsA de la *Cláusula de Minimis*, conforme a la cual pueden quedar exentas ayudas potencialmente distorsionadoras del comercio, siempre que no excedan el 5% del valor total de la producción agropecuaria del país o del producto al cual se destinan (10% para los países miembros en desarrollo). Respecto de las ayudas con compromiso de reducción, estas quedaron contenidas en la conocida como “caja ámbar”. El agregado de todas las ayudas susceptibles de ser reducidas configura la Medida Global de Ayuda (MGA), la cual se tomó como base para el cálculo de los compromisos asumidos por los miembros. Durante la Ronda de Uruguay se estableció que los países desarrollados redujeran sus ayudas en un 20% respecto de la MGA, mientras que el compromiso era del 13,3% para los países en desarrollo y del 0% para los países menos adelantados. Al igual que en los aranceles, se estableció que dichas reducciones se realizaran en tramos anuales iguales durante el período de aplicación fijado, lo cual quedó consignado en las Listas Nacionales de cada país miembro (Hag Elamin, 2000).

Finalmente, en relación a las exportaciones se establecen limitaciones a los subsidios. Estos son entendidos como incentivos económicos dotados de manera tanto directa como en especie, al igual que distintos tipos de programas y acciones públicas que privilegien la exportación por sobre la producción para el mercado local. El AsA estableció que cada miembro especificara en su Lista sus compromisos concretos respecto de su reducción.

América Latina, a pesar de que en ese momento era considerada como región en desarrollo dentro de la OMC, asumió significativos compromisos en el contexto del AsA. Un ejemplo de ello es la reducción de la ayuda interna a los productores, donde México comprometió una disminución de más de mil millones de dólares, o de los subsidios a la exportación, con recortes de alrededor del 25% en México, Brasil, Colombia y Uruguay (FAO, 1999).

b) Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF):

Como fue señalado, la Declaración Ministerial de Punta del Este incidía en la nece-

sidad de reducir el impacto adverso que pudieran tener en el comercio internacional las medidas sanitarias y fitosanitarias. En consecuencia, en 1988 se conformó un grupo de trabajo específico, el cual generó el Acuerdo MSF, aprobado al término de la Ronda de Uruguay. Dicho acuerdo tiene por objetivo asegurar que los países miembros puedan imponer las medidas necesarias para garantizar la inocuidad de los alimentos, así como la salud de las personas, animales y vegetales, sin que esto se utilice con fines de proteccionismo comercial.

Lo anterior se basa en la aplicación de los siguientes principios:

- **No discriminación:** Los Miembros se asegurarán de que sus medidas no discriminen de forma arbitraria o injustificable a otros Miembros, garantizando que no se apliquen de manera que constituyan una restricción encubierta al comercio internacional.
- **Armonización:** La adopción de medidas debe prioritariamente ajustarse a normas, guías y/o recomendaciones de entidades internacionales.
- **Equivalencia:** Si se logra el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria en base al riesgo existente, las medidas impuestas por otros Miembros deben ser aceptadas como equivalentes, aun cuando existan ciertas diferencias.
- **Testimonios científicos:** Cada Miembro debe someter sus medidas a una evaluación científica que refleje la gravedad de no regular (análisis de riesgo).
- **Regionalización:** Los Miembros deben asegurarse de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias son adecuadas a las de las zonas de origen y de destino del producto, ya se trate de todo un país, de parte de un país o de la totalidad o partes de varios países.
- **Transparencia:** Los Miembros han de notificar a la Secretaría de la OMC su intención de hacer entrar en vigor o modificar medidas sanitarias o fitosanitarias.
- **Asistencia técnica y trato especial y diferenciado:** Los miembros han de reconocer las necesidades especiales de los países en desarrollo y, en particular, de los menos adelantados.

Conforme a datos en la base I-TIP de la OMC, entre 1995 y 2012 se informaron más de diez mil notificaciones en medidas sanitarias y fitosanitarias. Dentro de lo anterior, los países de América Latina con mayor participación fueron, en este or-

den, Brasil, Chile, Perú, Colombia, México, Argentina y Costa Rica. Todos ellos se sitúan entre los veinte países miembros de la OMC con mayor número de notificaciones en el período señalado, destacando el caso de Brasil, segundo a nivel mundial solo por detrás de Estados Unidos. También la participación de América Latina en el Comité MSF de la OMC ha sido muy activa en la discusión respecto de las medidas impuestas por otros miembros. Ello se ha manifestado en la presentación de Preocupaciones Comerciales Específicas, así como sobre todo en el apoyo a aquéllas planteadas por otros países miembros. En este sentido, destaca el papel de Argentina, Chile, Brasil y México (Boza, Rivers & Rozas, 2014).

c) Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC):

Muchos de los principios en el Acuerdo MSF son coincidentes con aquellos contenidos en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, resultado a su vez de la Ronda de Uruguay. No obstante, el Acuerdo OTC se focaliza, conforme a lo establecido en su preámbulo, en garantizar la potestad de los países de adoptar las medidas necesarias para asegurar, además de los aspectos señalados en el Acuerdo MSF, la calidad de las exportaciones, la protección del medioambiente y la prevención de prácticas que puedan inducir a error, añadiendo a estos objetivos -en su artículo 2.2- la protección de la seguridad nacional.

En este contexto, las medidas en el ámbito del Acuerdo OTC son de tres tipos: reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de conformidad. La principal diferencia entre los dos primeros reside en su obligatoriedad. Mientras que los reglamentos técnicos son de debido cumplimiento; las normas son de carácter voluntario. No obstante, ambos establecen características de los productos, procesos o métodos de producción, así como requerimientos referentes a terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado. Por su parte, los procedimientos de evaluación de conformidad se refieren a los métodos para la verificación de que las importaciones cumplen los reglamentos técnicos y/o las normas.

Una diferencia importante con el acuerdo MSF es que, si bien se considera relevante la armonización de las medidas, no se detallan instituciones internacionales específicas de referencia. Por otra parte, el Acuerdo OTC establece que sus miembros no tendrán como finalidad en la aplicación de las medidas, el generar obstáculos innecesarios al comercio. En este sentido, el concepto de “necesidad” se evalúa considerando los riesgos que conllevaría no perseguir los objetivos legítimos que fueron ya señalados. Dicha evaluación de riesgo establece que se tome en consideración:

información disponible científica y técnica, tecnología de elaboración conexas y usos finales a los que regularmente se destinan los productos.

Entre 1995 y 2012 se informaron más de quince mil notificaciones sobre OTC a la Secretaría de la OMC. Dentro de lo anterior, los países con mayor número de notificaciones fueron, en este orden, Estados Unidos, China, Israel, Unión Europea, Japón y Brasil. Otros países de América Latina, como México, Argentina y Chile, se situaron entre los veinte primeros en número de notificaciones informadas referentes a OTC. Por otra parte, en lo que se refiere al planteamiento de Preocupaciones Comerciales Específicas ante el Comité OTC, también resulta destacable la participación de México, Argentina, Brasil y Chile.

5. América Latina ante las negociaciones de la Ronda de Doha

La Ronda de Doha supuso el inicio de un nuevo proceso de negociaciones tras el término de la Ronda de Uruguay, en 2001. Su enfoque fue puesto en los países en desarrollo y menos desarrollados, lo que se reflejó en su agenda titulada “Programa de Doha para el Desarrollo” (PDD) y en el texto de la Declaración Ministerial inicial. En dicha Declaración también se establece el compromiso de retomar las negociaciones sobre comercio agrícola en los pilares del Acuerdo sobre Agricultura: acceso a mercados, ayudas internas y subsidios a la exportación, con el principio de trato especial y diferenciado a los países menos desarrollados como transversal. Para ello, se consideraron como insumos, además del propio AsA, las negociaciones que los países miembros habían comenzado un año antes.

Inicialmente se estableció el año 2003 como límite para la definición de compromisos por parte de los países miembros. Sin embargo, más de una década después aún no se ha podido alcanzar dicha meta. Uno de los puntos críticos fue el fracaso de la Conferencia de Cancún (2003), por falta de acuerdos entre los países participantes, la cual da paso, en 2005, a una Conferencia Ministerial en Hong Kong, también fallida. Tras ello, en diciembre de 2008, el presidente de las negociaciones sobre agricultura, Crawford Falcone, presenta el documento denominado “Paquete de Julio de 2008”, el cual plantea lineamientos concretos para la adscripción de las ayudas agrícolas a las distintas “cajas” en el AsA, así como para la reducción de los aranceles y la confirmación del compromiso de los países desarrollados de eliminar los subsidios a la exportación antes del final de 2013.

La Ronda de Doha se retomó mediante dos conferencias ministeriales en Ginebra,

celebradas en 2009 y 2011, las cuales cerraron sin acuerdos, dado que no se plantearon formalmente como reuniones de negociación. En este complejo escenario se inicia la Conferencia Ministerial de Bali, en 2013, la cual trató principalmente los siguientes temas: i) búsqueda de compromisos definitivos de reducción del apoyo a las exportaciones, ii) metodologías de aplicación de los contingentes arancelarios, iii) flexibilidad para el apoyo interno en los países en desarrollo a las producciones en pro de la seguridad alimentaria, y iv) ampliación de programas públicos a ser incluidos en la “caja verde”.

La Conferencia de Bali se clausura sin formalizar acuerdos por parte de los países miembros, aunque se generan declaraciones ministeriales en los distintos ámbitos donde se establecen ciertos compromisos, como mayor transparencia en las ayudas a las exportaciones, atención al modo de utilización de los contingentes arancelarios, mayor permisividad ante ayudas a productores para la protección de la seguridad alimentaria, y adición a la “caja verde” de programas públicos en temáticas como la gestión de tierras y de recursos hídricos.

Las razones de los reiterados encuentros para avanzar en la liberalización del comercio agrario a lo largo de la Ronda de Doha se habría visto influida significativamente por la coyuntura económica internacional, donde destaca el alto crecimiento de los países en desarrollo frente al estancamiento de los desarrollados (Bouët y Laborde, 2009). Al respecto, el mayor empoderamiento de los países en desarrollo estuvo muy presente en el *impasse* que experimentaron las negociaciones agrícolas a partir de 2008. En este sentido, destaca el papel desempeñado por el Grupo de Cairns, conformado en 1986 por 19 países miembros, de los cuales 10 son latinoamericanos⁸. El eje vertebrador de este grupo es la importancia que las exportaciones agrícolas tienen en sus economías y, por ende, su coincidencia en la defensa de la liberalización del comercio sectorial. Dicha liberalización pasaría fundamentalmente por la supresión de los subsidios agrícolas por parte de los países desarrollados. En este sentido, a partir de la Conferencia Ministerial de Cancún, a la presión ejercida por el Grupo de Cairns en contra de la intención de la Unión Europea y Estados Unidos de aumentar los subsidios en la “caja verde” y la “caja azul”, se le unen los países del G-20⁹ y el G-90, este último agrupando a los miembros menos adelantados (García-Matamoros, 2010), debido esencialmente a que consideran que, pese

8 Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay.

9 Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Aclarar adicionalmente que el G-20 aquí referido es distinto al Grupo de los 20 que sirve como foro para los ministros de finanzas y gobernadores de Banco Central de las principales economías del mundo.

a los cambios realizados, los subsidios que se entregan siguen teniendo un efecto distorsionador en la producción y, por ende, en el comercio. En efecto, en el caso específico de la Unión Europea, algunos autores señalan que la desvinculación de la dotación de las ayudas de las características de la producción agrícola, no conlleva necesariamente que hayan minorado su impacto (Galperín & Doporto-Míguez, 2009; Rizov, Pokrivcak & Ciaian, 2013).

Ante el *impasse* en las negociaciones y las situaciones de bloqueo, se han planteado posibles vías de acción en adelante, como el cierre de la Ronda de Doha, la flexibilización de la cláusula de “*single undertaken*” o las negociaciones por bloques. Además, han avanzado otras fórmulas para la liberalización comercial, como son los mega acuerdos regionales (Rosales, Herreros, Frohmann & García-Millán, 2013).

En este sentido, los países de América Latina parecen haber optado efectivamente por el bilateralismo, mediante la firma de acuerdos comerciales en el marco del regionalismo abierto. Tras revisar los Tratados de Libre Comercio (TLCs) latinoamericanos y sus cláusulas en materia agrícola, se pueden señalar los siguientes puntos al respecto¹⁰:

- Con carácter general, se excluye la completa liberalización de intercambios de productos agrícolas, que el Acuerdo de Agricultura a nivel multilateral identifica como acceso a mercados. En algunos casos se regula el acceso a mercados, basado en la eliminación o reducción de los aranceles de la cláusula de nación más favorecida, pero manteniendo excepciones para aquellos productos que pudieran resultar más sensibles, como en el caso del TLC de Colombia y México, y el TLC de Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (CAFTA-DR).
- Más común es la aceptación de la prohibición de los subsidios a la exportación de productos agropecuarios, que también recoge el AsA. Algunos acuerdos que lo incluyen son el TLC de Bolivia-México, el CAFTA-DR, el TLC de Costa Rica-Perú, el TLC de Costa Rica-Singapur, el TLC de Taiwán-Salvador-Honduras, el TLC de México-Uruguay, el TLC de Perú-Japón, el TLC de América del Norte, el TLC de Canadá-Costa Rica, el TLC de Canadá-Honduras, el TLC de Canadá-Panamá, el TLC de Chile-Australia, el TLC de Chile-Colombia, el TLC de Chile-EE.UU., el TLC de Chile-Japón o el TLC de Chile-Panamá.

10 Se ha elaborado a partir de la consulta de los Tratados de Libre Comercio en vigor que están registrados en el Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de Estados Americanos (OEA) (http://www.sice.oas.org/agreements_s.asp). Las referencias a los acuerdos son expuestas a modo de ejemplo y no pretende ser una recopilación exhaustiva.

- Es relativamente habitual reconocer la legalidad de los instrumentos de apoyo a la agricultura nacional, aunque si bien no se suele hacer referencia a la tipología de cajas (verde, azul y ámbar) establecidas en el AsA. No obstante, se admite que de tener efectos sobre el comercio bilateral de los países firmantes, estos deberían limitarse. Algunos ejemplos son el TLC de Bolivia-México, el TLC de América del Norte, y los TLC de Canadá con Costa Rica, Honduras y Panamá.
- Varios acuerdos recogen particularidades sobre algún producto o sistema de precios específico. Por ejemplo, el TLC firmado entre Guatemala y Taiwán recoge cuotas para el azúcar, y en el caso del CAFTA-DR existe un mecanismo de Compensación del Azúcar, de forma que Estados Unidos compensa a sus socios por las restricciones mantenidas. En otros se garantiza mantener los sistemas de Franja de Precios de alguno de los socios, como para el caso de Perú en su tratado con Canadá y de Chile en su tratado con Turquía.
- Aunque no es tan habitual, algunos acuerdos, como el de México y Japón, o el de Chile y la Unión Europea, establecen la cooperación en el sector agrario, a través del traspaso sostenido de información, asistencia técnica, etc.

Tras la Conferencia de Bali, pese a las declaraciones emitidas, se siguen sin formalizar acuerdos multilaterales respecto del comercio agrícola, prolongando una indefinición que no parece presentar una salida rápida, ni mucho menos evidente.

6. Comentarios finales

La producción de alimentos experimenta, a nivel mundial, una serie de tendencias que llevan a importantes cuestionamientos a futuro. Entre ellas destacan: el crecimiento de la demanda y los cambios en los patrones de la misma, una mayor exigencia de información por parte de los consumidores, así como la amenaza que supone la escasez de recursos naturales y el cambio climático para los modelos productivos. A todo ello se suma la pérdida de peso relativo del comercio agrícola, lo que se relaciona con una disminución, en adelante, de los precios en términos reales de los productos básicos (FAO, CEPAL e IICA, 2013).

En este entorno cambiante y cada vez más interdependiente, se buscan las fórmulas para equilibrar el aprovechamiento de las oportunidades que supone una apertura al comercio agrícola, con la mejora de los niveles de seguridad alimentaria y el apoyo a los productores nacionales. Respecto de lo último, es especialmente sensible la agricultura familiar, la cual si bien presenta importantes dificultades en su inser-

ción a los mercados internacionales, es en muchos países en desarrollo garante del abastecimiento sostenido de los mercados internos y de la superación de la pobreza rural.

América Latina se encuentra particularmente vinculada a los procesos señalados, dada la importancia que la producción de alimentos tiene aún para muchas de sus economías, así como su fuerte nexo con los mercados internacionales. A este respecto, según recogen Chaherli y Nash (2013), el comercio agrícola regional se enfrenta a un nivel de restricción (tanto arancelaria como no arancelaria) significativamente superior a otras actividades. Lo anterior, al contrario de lo que cabría suponer, se hace especialmente notorio en el comercio intrarregional. Esto se une a las escasas políticas supranacionales en materia agrícola en las experiencias de integración regional, y a la poca apertura en acceso a mercados en los tratados de libre comercio suscritos por los países de América Latina.

Como fue visto, en un inicio las negociaciones comerciales multilaterales tuvieron un papel esencial en el fin de la “excepción agrícola” y la mitigación de las restricciones comerciales señaladas. No obstante, el *impasse* en el que hoy se encuentran supone un desmedro a la capacidad de los países en desarrollo de avanzar hacia un marco institucional más equilibrado, lo que previsiblemente afectará los intereses comerciales latinoamericanos.

Referencias Bibliográficas

- Bouet, A. & Laborde, D. (2009). Eight years of Doha Trade talks: Where do we stand? IFPRI Issue Brief 61.
- Boza, S., Rivers, R. & Rozas, J. (2014). Participación y capacidades de ALC en medidas sanitarias y fitosanitarias. Puentes. Vol. 15(1): 14-17.
- Chaherli, N. & Nash, J. (2013). Agricultural exports from Latin America and the Caribbean: Harnessing trade to feed the World and promote development. World Bank: Washington DC.
- Consejo Agropecuario Centroamericano (2007). Política agrícola centroamericana: 2008-2017. IICA: San José.
- Daugbjerg, C. (2012). Reforming the Common Agricultural Policy in the shadow of the WTO. Danish Institute of International Studies Policy Brief.
- FAO (1999). El Acuerdo sobre la Agricultura de la Ronda de Uruguay: repercusiones en los países en desarrollo. FAO: Roma.

- FAO, CEPAL e IICA (2013). *Perspectivas de la agricultura y del desarrollo rural en las Américas: una mirada hacia América Latina y el Caribe 2014*. IICA: San José.
- Galperín, C. & Doporto-Miguez, I. (2009). Subsidios de caja verde y la ayuda distorsiva al comercio: ¿hay un impacto acumulativo?. *Revista del Centro de Economía Internacional: Comercio Exterior e Integración*, N°16, 129-142.
- García-Matamoros, L. (2010). La Ronda de Doha para el Desarrollo ocho años después: de grandes propósitos a modestos acuerdos. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N°16, 213-258.
- Hag Elamin, N. (2000). *Multilateral trade negotiations on agriculture: a resource manual*. FAO: Roma.
- Orden, D., Blandford, D. & Josling, T. (2011). *WTO Disciplines on agricultural support: seeking a fair basis for trade*. Cambridge.
- Rizov, M., Pokrivcak, J. & Ciaian, P. (2013). *CAP Subsidies and the Productivity of EU Farms*. Center for European Policy Studies.
- Rosales, O., Herreros, S., Frohmann, A. & García-Millán, T. (2013). *Las negociaciones megarregionales: hacia una nueva gobernanza del comercio mundial*. Serie Comercio Internacional No. 121. CEPAL.

ANEXO

Tabla 1
Principales exportaciones agrarias según capítulos del SA de los países de América Latina (en porcentaje sobre el total de las exportaciones del sector)

Argentina			El Salvador		
HS23	Residuos y desperdicios de industria alimentaria	35,4	HS17	Azúcares y artículos de confitería	24,4
HS10	Cereales	14,4	HS19	Preparados de cereales, harinas	13,7
HS15	Animales o vegetales grasos	12,2	HS9	Café, té, mate y especias	10,8
HS12	Semillas y frutos oleaginosos	11,6	HS16	Preparados de carne, pescados y crustáceos	10,4
	Subtotal	73,6		Subtotal	59,4
Bolivia			Guatemala		
HS23	Residuos y desperdicios de industria alimentaria	36,2	HS17	Azúcares y artículos de confitería	21,9
HS15	Animales o vegetales grasos	18,8	HS8	Frutas y frutos comestibles	21,2
HS10	Cereales	11,2	HS9	Café, té, mate y especias	19,0
HS12	Semillas y frutos oleaginosos	10,7		Subtotal	62,2
HS2	Carne y despojos comestibles	10,2	México		
	Subtotal	87,0	HS7	Hortalizas, legumbres	21,8
Brasil			HS8	Frutas y frutos comestibles	16,9
HS12	Semillas y frutos oleaginosos	28,5	HS22	Bebidas, líquidos alcohólicos y vinagre	16,6
HS2	Carne y despojos comestibles	18,7		Subtotal	55,2
HS17	Azúcares y artículos de confitería	11,7	Nicaragua		
	Subtotal	58,9	HS23	Residuos y desperdicios de la industria alimentaria	22,6
Chile			HS19	Preparados de cereales, harinas	19,4
HS8	Frutas y frutos comestibles	49,1	HS12	Semillas y plantas oleaginosas	11,7
HS22	Bebidas, líquidos alcohólicos y vinagre	16,2		Subtotal	53,6
	Subtotal	65,2	Panamá		
Colombia			HS8	Frutas y frutos comestibles	38,8
HS9	Café, té, mate y especias	35,4	HS23	Residuos y desperdicios de la industria alimentaria	11,9
HS6	Plantas vivas, flores	19,4		Subtotal	50,7
HS8	Frutas y frutos comestibles	12,9	Paraguay		
HS17	Azúcares y artículos de confitería	11,5	HS12	Semillas y plantas oleaginosas	38,1
	Subtotal	79,2	HS2	Carne y despojos comestibles	21,3
Rep. Dominicana			HS23	Residuos y desperdicios de la industria alimentaria	17,8
HS24	Tabaco y sucedáneos	26,7	HS10	Cereales	9,6
HS8	Frutas y frutos comestibles	18,3		Subtotal	86,8
HS18	Cacao y sus preparados	10,2	Perú		
	Subtotal	55,1	HS8	Frutas y frutos comestibles	21,2
Ecuador			HS23	Residuos y desperdicios de la industria alimentaria	21,0
HS8	Frutas y frutos comestibles	40,3	HS9	Café, té, mate y especias	11,8
HS16	Preparados de carne, pescado y crustáceos	18,7		Subtotal	54,0
HS6	Plantas vivas, flores	11,9	Uruguay		
HS18	Cacao y sus preparados	10,5	HS2	Carne y despojos comestibles	27,8
	Subtotal	81,4	HS12	Semillas y plantas oleaginosas	27,0
			HS10	Cereales	14,4
			HS4	Leche, lácteos, huevos	13,7
				Subtotal	82,8

*Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de WITS del Banco Mundial.

**Nota: Incluye solo las partidas arancelarias que suponen más del 10% de las exportaciones agrícolas de cada uno de los países considerados.

VEINTE AÑOS DEL AGCS: AVANCES Y FRUSTRACIONES

Francisco Javier Prieto¹

A. Antecedentes

a. La Reunión Ministerial de 1982:

La idea de normar multilateralmente el comercio de servicios surgió en una reunión ministerial del GATT, celebrada en el año 1982.² En dicha reunión se proponía iniciar una nueva ronda de negociaciones multilaterales, que ampliara el ámbito de cobertura del régimen multilateral de comercio para incluir “nuevos temas”³ de creciente interés para algunos países, especialmente desarrollados. Si bien existían varios acuerdos internacionales para regular el comercio de servicios específicos (transportes, financieros, telecomunicaciones y otros), no existía un símil del GATT que contuviera un conjunto de derechos y obligaciones para todo el sector de los servicios.⁴

A la fecha, muchas industrias de servicios comenzaban a ver el acceso a mercados extranjeros y la internacionalización de sus operaciones, como una parte esencial de sus estrategias de negocios, y ello requería avanzar en la creación de un régimen específico para dicha internacionalización a escala multilateral.

b. Reunión de Punta del Este de 1986: Lanzamiento de la Ronda Uruguay:

En el período 1982-1986, las partes contratantes del GATT y los ministros reunidos en la ciudad de Punta del Este, Uruguay, lograron acordar una agenda para las nuevas negociaciones comerciales multilaterales que están contenidas en la Declaración Ministerial de Punta del Este. En esta Declaración se establecieron los objetivos y el

1

2 Iniciativas que a su vez tuvieron su origen, entre otros, en la presión de gremios empresariales como la Coalition of Service Industries (CSI) de los EE.UU.

3 A la fecha, también se propuso establecer un régimen multilateral para los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y un acuerdo multilateral de inversiones. Esta última iniciativa no concitó el apoyo necesario para ser incluida en la nueva ronda, pero la anterior devino en el ADPIC.

4 Los mayores antecedentes eran los textos incluidos en la Carta de La Habana para la frustrada creación de la Organización Internacional del Comercio y en algunos Acuerdos de Cooperación de la OECD.

programa de trabajo que incluía diversos temas, tales como una serie de mejoras en la aplicación de las normas sobre comercio de mercancías (como la plena inclusión de los productos agrícolas, el término del Acuerdo Multifibras, la multilateralización de los Códigos de la Ronda de Tokyo, entre otros), así como el compromiso de negociar reglas y disciplinas en materias de Comercio de Servicios y Propiedad Intelectual. Todo ello, pese a una férrea oposición de algunos países en desarrollo, como Brasil y la India, manifestada con fuerza en los años previos a la reunión de Punta del Este. Así, el 20 de septiembre de 1986 se dio inicio a la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, con la más ambiciosa agenda para mejorar el régimen jurídico del comercio internacional.

Entre 1986 y 1993 tuvo lugar una reunión de mitad de período, celebrada en Montreal (1988), para evaluar los resultados preliminares de las negociaciones y la Conferencia de Bruselas (1990). En Bruselas debían concluir las negociaciones. Sin embargo, el 7 de diciembre, el Presidente de la Reunión anunció la prolongación de la Ronda Uruguay. Si bien se habían alcanzado progresos importantes, los participantes requerían tiempo adicional para reconsiderar y conciliar posiciones en esferas claves de las negociaciones. Estas concluyeron, en lo sustancial, el 13 de diciembre de 1993.

c. Reunión de Marrakech: Finalización de la Ronda Uruguay y creación de la OMC:

El 15 de abril de 1994, los ministros de 124 gobiernos y las Comunidades Europeas adoptaron la llamada Declaración de Marrakech, en la que se recoge: “a) un marco jurídico más eficaz y más claro para el desarrollo del comercio internacional, el que incluye un mecanismo de solución de diferencias más eficaz y fiable; b) una reducción global de aranceles del 40% y los acuerdos más amplios de apertura de mercados en el sector mercancías, y una mayor previsibilidad y seguridad, que representa la importante expansión del alcance de los compromisos arancelarios, y c) el establecimiento de un marco multilateral de disciplinas para el comercio de servicios (AGCS) y para la protección de los derechos de propiedad intelectual, relacionados con el comercio (ADPIC). El Acuerdo también incluyó un reforzamiento de las disposiciones multilaterales sobre el comercio de productos agropecuarios y de textiles y prendas de vestir”⁵. En la Declaración de Marrakech, los ministros también adoptaron la decisión que establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), encargada de administrar los diferentes acuerdos de la Ronda Uruguay.

5 “Los Resultados de la Ronda Uruguay: Los Textos Jurídicos”.

B. El AGCS: Conjunto de principios y normas para el Comercio de Servicios

a. Contenido del texto principal, anexos y apéndice:

La necesidad de contar con un conjunto de disciplinas multilaterales para los intercambios internacionales de servicios se fue haciendo cada vez más evidente, como resultado de los cambios ocurridos tanto en la división doméstica como internacional del trabajo. En la base de estos cambios está, entre otros, la extraordinaria expansión y mejoramiento de las redes nacionales e internacionales de telecomunicaciones, así como la revolución digital. Ambos factores permitieron desagregar una cantidad de tareas desde las unidades productivas tradicionales para su provisión “desde afuera”. Así ha sido cada vez más fácil generar complejas mallas productivas integradas por unidades establecidas en diferentes puntos del globo, todas ellas gerenciadas y controladas, en tiempo real, a través de las redes internacionales de telecomunicaciones y un flujo cada vez mayor de datos que se desplazan por el mundo a costos que se acercan progresivamente a cero.

Así, al comercio internacional de transportes, viajes y algunos seguros, se fueron añadiendo una infinidad de servicios históricamente no transables, pero que ahora, gracias a su digitalización, ha sido posible intercambiar en forma remota desde cualquier lugar físico. A lo anterior se suma el hecho que el cambio tecnológico ha ido progresivamente reduciendo el número de industrias en situación de “monopolio” natural y que hoy operan en mercados competitivos. Ello facilitó también que muchas de estas industrias se transformaran de monopolios estatales en empresas privadas, operando en mercados más competitivos.

Sin embargo, la construcción del AGCS presentó un conjunto de desafíos, algunos de los cuales aún no han sido resueltos completamente, pese a los avances respecto de un conocimiento más acabado del sector, de sus impactos en el desarrollo económico y social de los países, y de sus implicaciones en términos de avance en los intereses comerciales de todos los países, desarrollados y en desarrollo. Igualmente, las estadísticas sobre los intercambios internacionales de servicios han tenido una lenta pero constante mejoría en estos últimos veinte años.

Así, el AGCS resultó tener un diseño notoriamente más complejo que el GATT. Ello es el resultado no solo del hecho que el Acuerdo se aplica a las medidas adoptadas por los miembros, que afecten al comercio de todos los servicios (a nivel central, regional o local), y a las adoptadas por otros organismos, en virtud de la autoridad delegada

por los gobiernos, sino también por la existencia de cuatro modos de suministro.⁶

Es conveniente describir la estructura del AGCS en relación al tipo de obligaciones que este contiene. Así, el texto principal del Acuerdo, en su Parte II, establece las llamadas Obligaciones Generales. Sin embargo, algunas de estas obligaciones son Incondicionales (obligaciones que aplican con independencia de la adopción de compromisos específicos). Estas son: Art. II: NMF (con posibilidad de exenciones); Art. IX - Prácticas Comerciales. También hay Obligaciones Generales que contienen algunos párrafos Incondicionales y otros Condicionales. Entre los primeros están: Art. VI párr. 2 - Reglamentación Doméstica; Art. VIII párr. 1 - Monopolios y Proveedores exclusivos; Art. XVI párr. 2 - Subvenciones.

Entre las segundas (Obligaciones Generales Condicionales), se encuentran aquellas que se aplican solo a los sectores consignados en la Lista de Compromisos Específicos de un Miembro. Este es el caso de las obligaciones sobre Reglamentación Nacional (Párr. 1-3-5-6 del Art. VI), Monopolios (Párr. 2-4 del Art. VIII) y Pagos y Transferencias (Art. XI y Art. XII).

Como la mayoría de los acuerdos comerciales, el AGCS también contempla la posibilidad de establecer algunas Excepciones. Entre estas cabe mencionar aquellas referidas a: Acuerdos de Integración Económica (Art. V y V bis); Reconocimiento (Art. VII), en que pese a la obligación NMF hay margen para otorgar -unilateralmente o mediante acuerdos- reconocimiento a normas para otorgamiento de licencias y certificados de aptitud; así como las Excepciones Generales (Art. XIV) o las Excepciones de Seguridad (XIV bis).

En adición a lo descrito, el AGCS establece, en su Parte III, las obligaciones medulares para la adopción de Compromisos Específicos. Dichos compromisos son aplicables a aquellos sectores y subsectores, y de modos de suministro incluidos en una Lista de Compromisos Específicos y para los cuales se establecen dos obligaciones medulares, potencialmente condicionales: el Acceso a los Mercados (Art. XVI) y el Trato Nacional (Art. XVII), que determinan las condiciones de entrada y de participación en los mercados. Además, es posible establecer Compromisos Adicionales conforme al Art. XVIII.

Tales características arrojan una compleja modalidad de negociación que incluye:

6 Parte I Art. I, Modo 1: Comercio transfronterizo; Modo 2, Consumo en el exterior; Modo 3: Presencia Comercial; Modo 4: Presencia de personas físicas.

un enfoque de “lista positiva” para la elección de sectores, subsectores y modos de suministro, y uno de “lista negativa”, en cuanto a las condiciones y limitaciones que los miembros deseen inscribir en relación a los Artículos XVI y XVII. Así, “las consignaciones correspondientes al acceso a los mercados o al trato nacional, pueden variar en un rango cuyos extremos son: compromisos totales, sin limitaciones ('ninguna'), y discreción total, lo que permite aplicar cualquier medida que esté prohibida por el artículo correspondiente ('sin consolidar')”.⁷

Esta aparente complejidad también presenta un grado de flexibilidad que es vista por algunos como “*development friendly*”, ya que otorgaría a los países miembros un considerable espacio de acomodo para establecer sus compromisos específicos y para avanzar en la liberalización de sus sectores de servicios de una manera compatible con sus niveles de desarrollo, sus intereses comerciales y sus objetivos de política nacional.

C. El AGCS en acción: 20 años desde su entrada en vigor

a. Calidad y cantidad de los Compromisos Específicos de los miembros y las exenciones al trato NMF:

La calidad y cantidad de Compromisos Específicos varía considerablemente entre los diferentes países miembros de la OMC. Mientras los países desarrollados han consolidado un amplio abanico de sectores y subsectores en sus Listas de Compromisos Específicos, los países en desarrollo y las economías en transición han consignado un número limitado de compromisos. Por otra parte, los países de adhesión reciente (aquellos que adhirieron con posterioridad a la entrada en vigor de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y del nacimiento de la OMC) han debido consignar una considerable cantidad de compromisos específicos, en virtud de las demandas exigidas por los miembros fundadores de la OMC. Finalmente, los Países Menos Adelantados (PMAs), aprovechando las flexibilidades contenidas tanto en el Preámbulo del AGCS, donde se reconoce -en su último apartado- la situación especial de estos países: “teniendo particularmente en cuenta las graves dificultades con que tropiezan los países menos adelantados, a causa de su especial situación económica y sus necesidades en materia de desarrollo, comercio y finanzas”⁸, así como en el Art. IV párr. 3 del Acuerdo, que señala que debe tenerse “particularmente en cuenta la gran dificultad de los países menos adelantados para aceptar compromisos negociados específicos, en vista de su especial situación económicas y de sus necesidades en materia de desarrollo, comercio

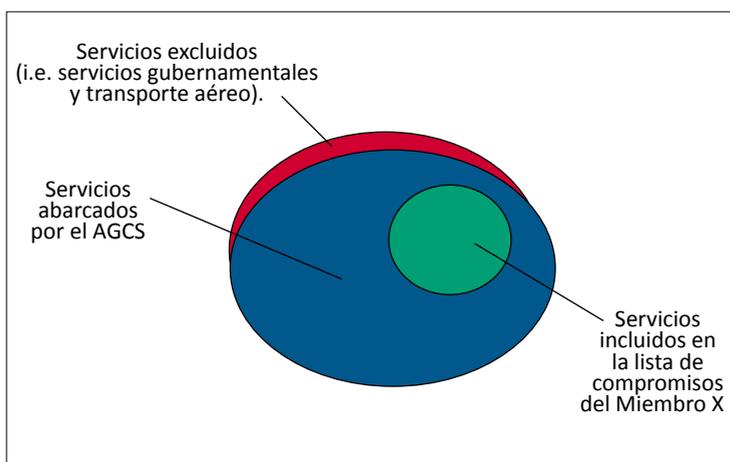
⁷ El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios. Doc. OMC INT/SUB/SERV7. 31 de enero de 2013.

⁸ “Los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio: Servicios”. Págs. 348 y 352.

y finanzas”, han consignado un número limitado de compromisos.

Como se indicó más arriba, el AGCS abarca todos los servicios, excepto aquellos suministrados en ejercicio de las facultades gubernamentales y algunos importantes servicios de la industria de transporte aéreo. El Gráfico 1 muestra cómo se distribuye el total de servicios entre aquellos que están excluidos del Acuerdo, los servicios abarcados por el Acuerdo y aquellos servicios para los cuales se han consignado compromisos específicos.

Gráfico 1
El universo de los servicios y el AGCS



Fuente: Secretaría de la OMC

Tal como se observa en el Gráfico 1, el porcentaje promedio de servicios que han sido objeto de compromisos específicos es bastante reducido. Ello da una idea del gran potencial que tiene el AGCS para ampliar la cobertura de sectores y subsectores, para los cuales se puede consolidar un determinado nivel de acceso a mercado y, por esa vía, otorgar una mayor certeza jurídica respecto del nivel mínimo de apertura de esos servicios.

Por otra parte, en la Tabla 1 se muestra el número promedio de compromisos para diferentes grupos de países clasificados según su nivel de desarrollo o en relación a su fecha de incorporación a la OMC. Son evidentes las diferencias en el número promedio de sectores comprometidos por cada grupo de países (muy bajo para los PMAs, relativamente bajos para los en desarrollo y relativamente alto para los

desarrollados y los de adhesión reciente. En todo caso, todos los grupos están en promedio, muy por debajo del total potencial de sectores (160). También se muestran variaciones importantes en el rango de compromisos (número más bajo y más alto de compromisos) para cada uno de dichos grupos, donde los países desarrollados son los que muestran un rango más reducido que el resto de los grupos.

Tabla 1
Nº de compromisos específicos por grupos de países

Países	Nº Promedio de sectores por miembro	Rango (Nº más bajo / Nº más alto de sectores en la lista)
PMA's	24	1 - 110
Países en Desarrollo y Economías en Transición	54	1 - 154
Países Desarrollados *	108	87 - 117
Acciones desde 1995 **	104	37 - 154

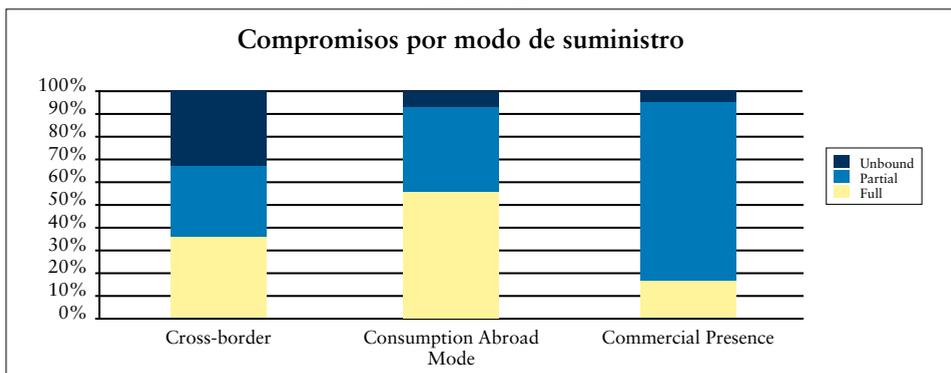
* Europa Occidental, Canadá, Australia, N. Zelandia, Japón y EE.UU.

** Principalmente economías en transición

Nº Total de Sectores: ~160

Fuente: Secretaría de la OMC

Gráfico 2



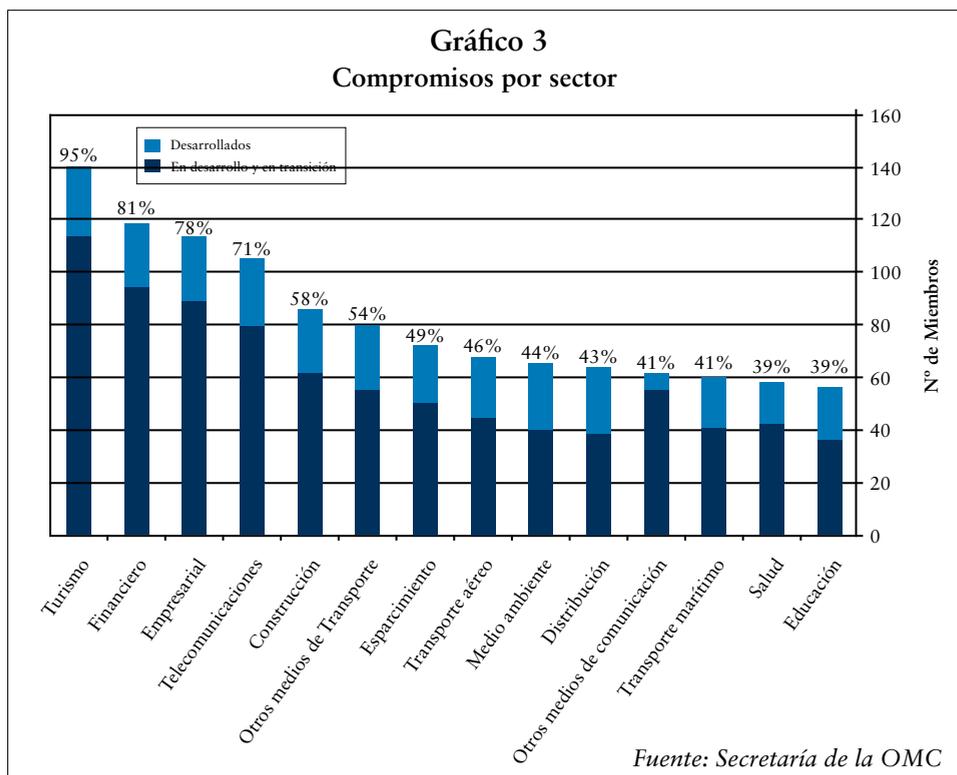
Fuente: Secretaría de la OMC

También existen marcadas diferencias entre los compromisos consignados por modo de suministro. El Gráfico 2 nos muestra la diferencia de compromisos por modo de suministro (solo muestra los modos 1, 2 y 3) y la cantidad de modos “sin consolidar”

con compromisos “parciales” y la proporción de compromisos totales (“ninguna”) para cada modo de suministro.

Mientras el Modo 1, “Comercio Transfronterizo”, muestra un porcentaje de compromisos similares en relación a las tres posibilidades respecto de la profundidad del compromiso: pleno (“full” en el gráfico); parcial (“partial” en el gráfico), y sin consolidar (“unbound” en el gráfico).

En el mismo gráfico, podemos observar que en cuanto al Modo 2, “Consumo en el Exterior”, la mayoría de los compromisos se consignaron como “plenos”, seguido por la proporción de sectores con consolidación “parcial” y un porcentaje menor “sin consolidar”. Finalmente, en el Modo 3, “Presencia Comercial”, una proporción moderada (alrededor del 15%) tiene compromisos “plenos”, una alto porcentaje (82%) muestra compromisos “parciales” y apenas un 2% deja este modo “sin consolidar” en sus compromisos específicos.



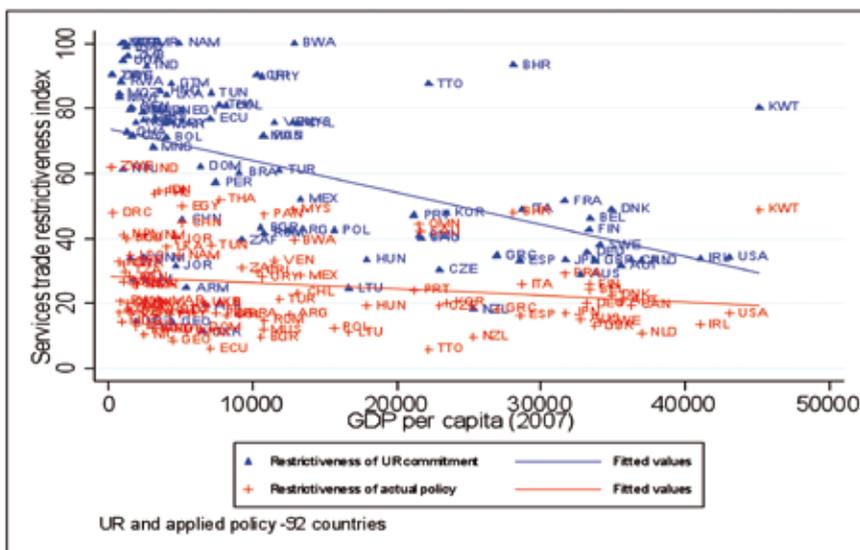
El Gráfico 3, por su parte, nos da el número total de compromisos por sector para dos grupos de países (“desarrollados” y “en desarrollo y en transición”). Allí se observa que, en el caso de los países en desarrollo y en transición, “los sectores con un mayor número de compromisos específicos son los de “Turismo”, “Financieros”, “Empresariales” y “Telecomunicaciones”. En tanto, los servicios de “Salud” y “Educación” son los que consignan el menor número de compromisos. Por otra parte, los países desarrollados muestran un menor grado de dispersión en cuanto al número de sectores consolidados en sus listas de compromisos específicos, confirmando en menor rango el número de compromisos que se mostró la Tabla 1 más arriba.

b. Apertura efectiva y compromisos consolidados en el AGCS

El Gráfico 4 muestra los interesantes resultados de un estudio realizado por Borchert, Gootliiz y Mattoo en 2010, que compara el nivel de compromisos consolidados en el AGCS al concluir la Ronda Uruguay, con el régimen efectivo aplicado en un grupo de 92 países de diferentes niveles de ingreso per cápita.

El gráfico muestra que, al ajustar estadísticamente los niveles de protección aplicados,

Gráfico 4
Compromisos vs. restricciones aplicadas



Source: Borchert, Gootliiz, Mattoo 2010

el nivel de protección efectiva en el sector servicios no varía considerablemente en función de las diferencias en el nivel de desarrollo de los países, medidos en función del ingreso per cápita.

Sin embargo, también podemos observar que a menor nivel de ingreso, mayor es la diferencia entre el nivel de liberalización consolidado en sus listas de compromisos y el nivel efectivo de liberalización de dichos mercados. Un “agua” sustancial para futuras necesidades de modificar el nivel de apertura. A más alto nivel de ingreso per cápita, menor es la diferencia entre el nivel consolidado de acceso a mercado y el nivel efectivo aplicado por esos gobiernos.

c. Las Listas de Exenciones al Trato de Nación Más Favorecida:

De acuerdo a información de la OMC y el Banco Mundial⁹, un total de 51 países miembros han presentado sus Listas de Exenciones al Trato de Nación más Favorecida, conforme a lo dispuesto en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II. Dichos miembros han listado un total de 98 exenciones en diferentes sectores y subsectores de servicios. Un número importante de estas se refieren al sector de transporte marítimo, servicios audiovisuales y servicios financieros. Si bien estas exenciones debieron revisarse una vez transcurridos los primeros cinco años del AGCS y debieron eliminarse, en principio, al cabo de diez años desde esa misma fecha, ninguno de estos plazos logró avances en esta materia. A raíz de las decisiones adoptadas en el lanzamiento de la Ronda de Doha, las negociaciones para eliminar o reducir las exenciones al trato NMF fueron incluidas en la Agenda de Doha dentro de las negociaciones sobre servicios.

d. Reglas y Normas del AGCS

En adición a los temas de acceso a mercados, la Agenda de Doha también incluyó las negociaciones de servicios, las cuales incorporaron las negociaciones sobre normas (Regulación Nacional: Art. VI.4) y sobre reglas: Medidas de salvaguardia urgentes (Art. X) y Subvenciones (Art. XV).

Las medidas de salvaguardia urgentes debieron ponerse en efecto en un plazo de tres años, después de la entrada en vigor de la OMC, mientras que el Consejo de Servicios debía elaborar las normas para la implementación del Art. VI. 4. Por otra parte, los

⁹ I-TIP Services (i-tip.wto.org)

miembros deberían entablar negociaciones para elaborar disciplinas multilaterales para evitar las distorsiones de las subvenciones en servicios. Estas negociaciones se conocieron con el nombre de “Agenda Incorporada”, las que tampoco arribaron en su momento a ningún resultado y, por lo tanto, fueron incluidas en el paquete negociador de la Ronda de Doha.

e. Completo marasmo en las negociaciones de acceso a mercado en el AGCS

Desde la incorporación de las negociaciones sobre servicios a la Ronda de Negociaciones de la Declaración de Doha (2001), se han hecho varios intentos por avanzar en mejorar el acceso a los mercados en el sector de los servicios. Pese a ello, y examinando las ofertas iniciales que han intercambiado los miembros de la OMC, los avances no han sido satisfactorios para la mayoría de los miembros.

Así lo ha resumido el Presidente de la Sesión Especial del Consejo del Comercio de Servicios, en julio de 2005 (documento TN/S/20), al señalar que “...se ha reconocido ampliamente que la calidad general de las ofertas iniciales y revisadas es insatisfactoria. Se crearían pocas oportunidades para los proveedores de servicios, si es que se crea alguna. La mayoría de los miembros siente que las negociaciones no están progresando como deberían...”

f. El AGCS y el Mecanismo de Solución de Diferencias:

Un buen número de analistas del Régimen Multilateral de Comercio reconoce que, tal vez por su relativamente corta existencia, las controversias comerciales sobre servicios no han sido muy numerosas en sus 20 años de existencia.

Como es sabido, las controversias surgen cuando un miembro se siente afectado por lo que estima es un incumplimiento de algún o algunos acuerdos de la OMC por parte de otro miembro. Como parte de los procedimientos del Mecanismo de Solución de Diferencias, el miembro reclamante solicita la celebración de consultas, señalando el o los acuerdos que el miembro estima están siendo infringidos.

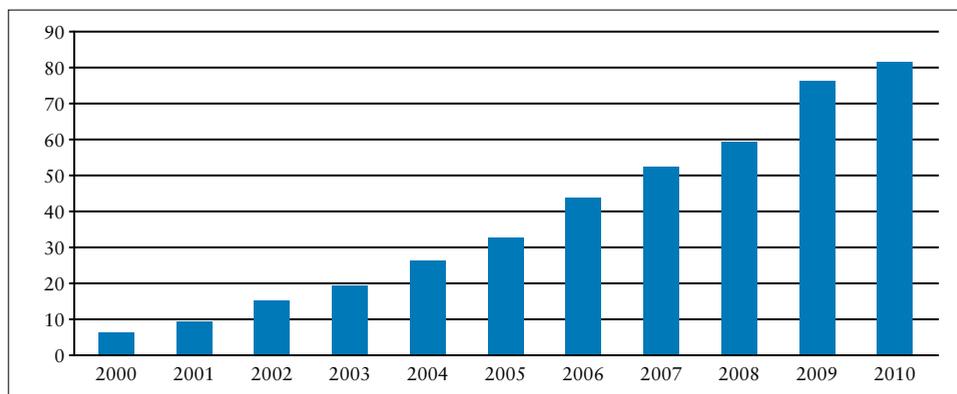
Entre 1995 y 2014, la OMC registra un total de 23 casos que, en la solicitud de consultas, citan el AGCS. La mayoría de los casos aluden a alguna infracción derivada de los compromisos respecto del Art. XVII sobre el Trato Nacional (23 casos), seguida por reclamos (20 casos) relacionados con incumplimiento de las obligaciones del Art. XVI (Acceso a los Mercados). Nueve de ellos se encuentran con la diferencia resuelta

o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento de las partes), mientras que el resto está en fase de consultas o bien en etapa de constituir el Grupo Especial.

D. El AGCS y los Acuerdos Comerciales Preferenciales:

El Gráfico 5 muestra el importante crecimiento de Acuerdos Regionales Preferenciales sobre Servicios, especialmente entre los años 2000 y 2010, los que aumentan de 5 acuerdos a más de 80 en la década. Este fenómeno ha seguido ampliándose en el quinquenio siguiente.

Gráfico 5
Notificaciones al Art. V



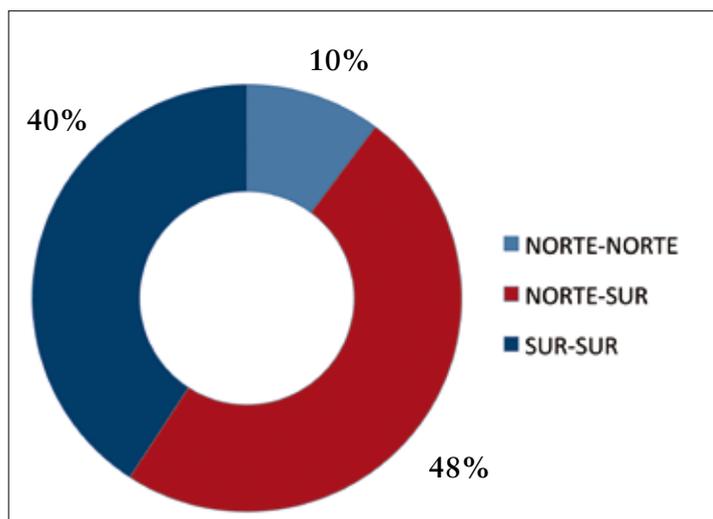
Opening Markets for Trade in Services: Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations". Edited by Juan A. Marchetti and Martin Roy" Cambridge University Press.

Una información más reciente nos indica que entre el 1 de enero de 1989 (Firma del Acuerdo Australia-Nueva Zelanda: Anzerta) y el 1 de Julio del 2015 (Asean-India) han entrado en vigor un total de 133 Acuerdos Regionales Preferenciales que contienen disciplinas sobre Comercio de Servicios. Desde la creación de la OMC, todos estos acuerdos han sido notificados a la Organización.

Tampoco puede descartarse el efecto de "arrastre" que generaron los primeros acuerdos preferenciales entre otros países que no quisieron marginarse de las ventajas obtenidas por los países pioneros en la suscripción de acuerdos preferenciales. Es importante tener en cuenta que un número significativo de estos acuerdos preferenciales han sido suscritos entre países desarrollados y países en desarrollo (Ver

Gráfico 6). Eso añadió un interés especial para países en desarrollo que vieron en estos acuerdos una posibilidad para diferenciarse cualitativamente del resto de los países en su condición.

Gráfico 6
APR por grupos de países



En un interesante estudio elaborado por el secretariado de la OMC “Services Commitments in Preferential Trade Agreements: An Expanded Dataset”, se comparan los logros alcanzados en materia de cobertura de sectores y de profundidad de los compromisos entre el AGCS y en los Acuerdos Preferenciales Regionales.

Para ello se examinan los “mejores” compromisos en los modos 1 y 3 en ambos tipos de acuerdo.

Como se observa en la Tabla II, los “mejores” Acuerdos Preferenciales Regionales presentan una notoria mejoría respecto de los compromisos en AGCS al menos bajo dos criterios: una reducción en las limitaciones y condiciones existentes en los compromisos AGCS y, simultáneamente, un muy importante en la adición de nuevos sectores y subsectores incluidos en los compromisos de los Acuerdos Regionales. Esta característica se observa en ambos modos de suministro, modo 1 y modo 3. En consecuencia, los Acuerdos Regionales contienen un número mucho más limitado de sectores “sin consolidar”.

avanzar en la liberalización por la vía de acuerdos regionales. También es posible que, dada la gran heterogeneidad de intereses y realidades entre los miembros del sistema multilateral, haya favorecido el entendimiento entre grupos de países afines pero más reducido.

E. Las frustraciones para alcanzar una mayor liberalización progresiva del comercio en el marco del AGCS

Los prolongados fracasos para llevar adelante la agenda negociadora de la Ronda de Doha ha dejado en evidencia las principales frustraciones de los países miembros de la OMC para poder avanzar en el propósito expresado por sus Miembros en el Preámbulo del AGCS, que señala el objetivo de promover la “expansión del comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva, y como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo del comercio”, así como el propósito de “facilitar la participación creciente de los países en desarrollo y la expansión de sus exportaciones de servicios mediante, en particular, el fortalecimiento de su eficacia y competitividad”. Asimismo, junto con reconocer el derecho de los miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, también reconocen, en especial, la necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones de servicios en los distintos países. (Prólogo del AGCS, Anexo 1B: Los Acuerdos de la OMC). Este preámbulo deja a la luz dos grandes tropiezos en los buenos propósitos para cumplir con los objetivos planteados en el prólogo:

a. Escaso avance en cobertura y profundidad de compromisos a nivel multilateral.

Tal como se señaló más arriba, hasta la fecha los APR más que convertirse en “building blocks” para el régimen multilateral, han devenido “stumbling blocks” del multilateralismo. Su extrema proliferación ha ido haciendo crecientemente irrelevante el rol de la OMC como foro para la liberalización multilateral de los servicios. Es más, la iniciativa TISA (“Trade in Services Agreement”), concebida como un acuerdo plurilateral por un grupo de países con afinidad de intereses en materia comercial y, particularmente, en servicios y que operaría al margen del sistema multilateral, constituiría una nueva amenaza de fragmentación del sistema y un serio cuestionamiento a su eficacia en la liberalización progresiva del comercio mundial de servicios.

No obstante lo anterior, hay que reconocer una virtud importante a la apertura “preferencial” conseguida a través de los APR’s. En verdad estos acuerdos tienen un muy limitado alcance verdaderamente “preferencial”. Es muy difícil, por no decir imposible, que las concesiones de acceso a mercados otorgadas en el contexto preferencial puedan restringirse solo a los socios comerciales de dichos acuerdos. Lo más probable es que dichas concesiones se extiendan “de facto” a todos los países, sean o no sean miembros del sistema multilateral. El debate sobre las normas de origen, tan importante en la negociación de acuerdos preferenciales sobre mercancías, es prácticamente inexistente en el diseño de normas para los Acuerdos Comerciales Preferenciales en Servicios.

b. La inconclusa Agenda Incorporada: Negociaciones sobre reglas.

Tal vez uno de los factores más debilitantes del AGCS ha sido la incapacidad de los miembros de la OMC para avanzar en lo que se conoce como la agenda incorporada de Servicios: el desarrollo de disciplinas en materia de Salvaguardias (Art. X), Subvenciones (Art. XV) y particularmente en Reglamentación Doméstica (Art. VI.4). Si bien existe un mandato desde la entrada en vigor de los acuerdos de la OMC para elaborar disciplinas en estas materias. Es más, en el caso de l Art. VI.4, se señala que el Consejo del Comercio de Servicios, por medio de los órganos apropiados que establezca, elaborará las disciplinas necesarias para asegurar que las medidas relativas a prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, normas técnicas y prescripciones en materia de licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios.

Este último aspecto de la agenda incorporada es especialmente gravoso para los países en desarrollo. Es ampliamente reconocida la extrema asimetría entre la calidad y coherencia de los procedimientos en materia de títulos de aptitud, normas técnicas y licencias entre los países desarrollados y los en desarrollo. Por lo genrral el mundo en desarrollo no tiene un nivel de exigencia en estas materias que se asimile al desarrollado en los países industrializados. La mayoría de los títulos de aptitud son otorgados en procedimientos muy heterogéneos, carentes de sistemas de acreditación adecuados. El otorgamiento de licencias, cuando existe, también carece de todo rigor y el sistema de normas técnicas es limitado.

Todo ello debilita enormemente las posibilidades reales de los servicios y proveedores de servicios de países en desarrollo de acceder a mercados más exigentes en estas materias como son aquellos con los mercados más dinámicos y atractivos en el

comercio de servicios. Superar estas limitaciones es una tarea de largo aliento y que demanda cuantiosos recursos humanos y financieros que no están disponibles en un buen número de países en desarrollo. El resultado es que si bien los obstáculos en materia de acceso y trato nacional pueden no ser considerables, esa apertura teórica queda absolutamente menoscabada por la imposibilidad de satisfacer los requisitos en materia de reglamentación doméstica referida a títulos de aptitud, normas técnicas y procedimientos para el otorgamiento de licencias.

En adición a los problemas reales para desarrollar una mejor capacidad de oferta que efectivamente permita que los países en desarrollo puedan acceder a los mercados de los países desarrollados, debe reconocerse que los países en desarrollo enfrentan crecientes problemas derivados de la apertura de algunos de sus mercados de servicios. Ello ocurre de preferencia como resultado de la falta de competencia y de una adecuada normativa e institucionalidad de materia de defensa de la competencia en los mercados nacionales. No son escaso los casos en que los monopolios estatales en algunas empresas de servicios (especialmente servicios básicos, éstas han sido reemplazadas por empresas extranjeras (muchas veces de propiedad estatal) que aprovechan su situación monopólica o semi monopólica para elevar las barreras de entrada a nuevos proveedores y abusar de su situación de poder con elevadas tarifas y la entrega de servicios de dudosa calidad. La precariedad financiera de las instituciones fiscalizadoras nacionales hace extremadamente fácil que estas instituciones sean capturadas por los intereses de las industrias fiscalizadas.

Ejemplos de este tipo son numerosos, especialmente en empresas de servicios de utilidad pública que aún retienen elementos de monopolio natural como es la entrega y distribución de agua potable, gas, electricidad, telecomunicaciones, banca y seguros, retail, transporte aéreo y otros. Las disciplinas en materia de Prácticas Comerciales (Art. IX) son meramente declarativas solicitando a los Miembros examinar “cabalmente y con comprensión “ las peticiones presentadas pro otros miembros para de prácticas comerciales que limiten la competencia.

Claramente, este tipo de lenguaje es absolutamente inconducente para evitar la utilización de prácticas comerciales que limiten la competencia y en consecuencia restrinjan el comercio de servicios. Las propias debilidades institucionales y normativas de los países en desarrollo los expone todavía más a padecer todos los daños y abusos que dichas prácticas pueden generar en mercados relativamente pequeños, opacos y con débil organización de los consumidores y usuarios de muchos servicios.

F. Conclusiones

A la luz de lo reseñado en estas páginas, tal vez pueda deducirse que la mayor contribución del AGCS ha sido ayudar a que progresivamente la complejidad de avanzar en la liberalización progresiva de servicios haya ido ocupando un lugar en la agenda de los encargados de conducir la política comercial de los países así como los actores privados que participan de este comercio.

Ello ha permitido ir mejorando progresivamente las bases de datos que registran las transacciones internacionales de servicios proveyendo un material indispensable para diseñar e implementar políticas públicas en esta materia.

Asimismo, el desarrollo de nuevas bases de datos que proveen una mayor transparencia respecto de los compromisos de liberalización alcanzados por diversos medios (multilaterales, plurilaterales y bilaterales) así como respecto del régimen aplicado por los países respecto del comercio de servicios han ayudado a los países a clarificar sus verdaderos intereses comerciales así como a identificar sus intereses ofensivos y defensivos en estas materias.

Es más, algunos organismos nacionales e internacionales están haciendo un importante aporte al desarrollar metodologías que nos permiten aproximarnos al desarrollo de índices de protección (*restrictiveness index*) que nos ayudan a traducir y clasificar un listado heterogéneo de normas y reglamentos que afectan el comercio de servicios según su impacto restrictivo en el comercio de determinados servicios.

Todavía falta mucho camino por recorrer. Tampoco el GATT 94 se construyó en un día. Tomó casi 50 años perfeccionar el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, período en el cual también fue posible ir mejorando las bases de datos sobre el comercio de bienes, perfeccionando y homologando las partidas arancelarias, así como las metodologías cuantitativas para evaluar los diferentes impactos en el comercio, la distribución del ingreso, los ingresos fiscales, el empleo y otros de la liberalización del comercio de mercancías.

Esperemos que el mejor conocimiento de las implicancias del régimen comercial para los servicios genere los mismos efectos positivos que el GATT.

Una reflexión final, más allá de los tropiezos para avanzar en la OMC, creo que esta organización retiene un rol insustituible al menos en tres grandes temas:

- Uno, el desarrollo de reglas y normas en las cuales tampoco se ha logrado avanzar en el contexto de los acuerdos preferenciales , me refiero al desarrollo de disciplinas sobre subsidios, salvaguardias y regulación doméstica. En prácticamente todos los APR, las disciplinas en esta materia se refieren a los futuros avances que sobre ellas alcancen las negociaciones el AGCS.

- Dos, el mecanismo integrado de Solución de Diferencias ha probado ser insustituible en la mayoría de las controversias comerciales en servicios. Probablemente esto continuará con mayor fuerza en los años venideros. Su agilidad, credibilidad, seriedad y eficacia ha probado ser tal vez el mecanismo más sólido y completo de solución de diferencias de todo el sistema multilateral.

- Tres, visto la profundidad y extensión de la liberalización alcanzada por la vía de los acuerdos preferenciales y al hecho que de facto, esa liberalización se otorga en condiciones de NMF, debemos pensar en formas concretas de hacer converger dichos compromisos hacia el sistema multilateral. Cada vez so menos los argumentos para que ese número creciente de países dispuestos a liberalizar en el contexto plurilateral o bilateral, no lo haga en el contexto multilateral.

20 AÑOS DE LA OMC: LA INSTRUMENTACIÓN DEL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO DE AMÉRICA LATINA

Carlos M. Correa y Juan I. Correa

Resumen

La adopción de un conjunto de normas mínimas vinculantes para la protección de los derechos de propiedad intelectual (DPI) en el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC), dio lugar a cambios masivos en los regímenes nacionales de propiedad intelectual en los países de América Latina. Las principales diferencias que se encontraban con la protección otorgada en los países desarrollados (por ejemplo, la no patentabilidad de los productos farmacéuticos) fueron eliminadas, lo que limitó a los países de América Latina su margen de maniobra para el diseño de políticas públicas en materia DPI adecuadas a su nivel de desarrollo tecnológico y económico. Mientras que algunos de estos países han utilizado, en cierta medida, las flexibilidades permitidas por las normas de la OMC, otros entraron en acuerdos de libre comercio que erosionaron aún más dicho margen. Hay poca evidencia empírica, hasta la fecha, sobre el impacto de estos cambios, pero varios estudios apuntan a considerables costos derivados de la aplicación de normas más estrictas de protección; en particular, el aumento de los precios y el acceso más limitado a los medicamentos.

Introducción

Los vínculos entre la propiedad intelectual y el desarrollo socioeconómico son difíciles de establecer. En particular, es problemático determinar la relación causal entre ciertos niveles de protección de la propiedad intelectual y los indicadores de co-

mercio, inversión, innovación y transferencia de tecnología. Aunque varios estudios econométricos han explorado la relación entre la propiedad intelectual y algunas de estas variables, los resultados están lejos de ser concluyentes¹. Los economistas suelen ser escépticos sobre el papel de la propiedad intelectual en la promoción de la innovación, incluso en los países desarrollados².

A pesar de la escasez de evidencia sobre el impacto de los derechos de propiedad intelectual, cambios enormes han tenido lugar en la región en los últimos quince años. Estos cambios no se han basado en una evaluación racional de la evidencia disponible sobre los efectos de tales derechos. En los países desarrollados, estas reformas fueron impulsadas por las acciones persuasivas y cabildeo de ciertas industrias, mientras que en los países en desarrollo ha sido, gran parte, resultado de la aplicación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, firmado en Marrakech en 1994), de las exigencias de los países desarrollados y, más recientemente, de los acuerdos de libre comercio (TLC) que prevén normas ADPIC-Plus³.

¹ Ver C. Fink y K. Maskus, editores. *Intellectual Property and Development. Lessons from Recent Economic Research* (World Bank and Oxford University Press, 2005); 'Assessing the impact of new IPR provisions on public health. Summary of key points raised during the two day ICTSD–WBI–WHO workshop in Geneva, 31 July to 1 August 2006. Note prepared by the organizers.' International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). Disponible en <http://ictsd.org/downloads/2009/01/workshop20summary_impact20assessment1.pdf>.

² Ver J. Lerner. 'Patent Protection and Innovation Over 150 Years' (European Policy for Intellectual Property, 2002), disponible en http://www.epip.eu/papers/20030424/epip/papers/cd/papers_speakers/Lerner_Paper_EPIP_210403.pdf; Y. Qian, 'Do Additional National Patent Laws Stimulate Domestic Innovation in a Global Patenting Environment? A Cross-Country Analysis of Pharmaceutical Patent Protection, 1978–2002', *Review of Economics and Statistics* 89, no. 3 (Agosto 2007): pág. 436–453, <http://users.nber.org/~yiqian/rest.89.3.pdf>; J. Bessen y M. Meurer. *Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk* (Princeton University Press, 2008); J. Hudson y A. Minea. 'Innovation, Intellectual Property Rights, and Economic Development: A Unified Empirical Investigation', *World Development* 46 (Junio 2013):pág. 66–78; H.V.J. Moir, 'What are the costs and benefits of patent systems?', in *Intellectual Property Policy Reform: Fostering Innovation and Development*, edited by C Arup and W van Caenegem (Edward Elgar, 2009); M. Boldrin y D.K. Levine, 'The Case Against Patents', Federal Reserve Bank of St. Louis Research Division, 2012, disponible en: <http://research.stlouisfed.org/wp/2012/2012-035.pdf>.

³ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (Marrakech, 15 de abril 1994 cita 1869 UNTS 299; 33 ILM 1197 (1994)); Ver, por ejemplo, S.K. Sell, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights* (Cambridge University Press, 2003). Muchos países de Latino-

Dada la condición de "países en desarrollo" de las naciones latinoamericanas, se les permitió, bajo los períodos de transición previstos en el Artículo 65 del Acuerdo sobre los ADPIC, cumplir sus obligaciones a partir del 1 enero de 2000. También se les permitió retrasar la concesión de la protección, mediante patentes de productos, a las áreas de la tecnología que no eran protegibles en su territorio hasta esa fecha, por un período adicional de cinco años. Sin embargo, como veremos más adelante, ningún país latinoamericano hizo pleno uso de esta posibilidad. De hecho, el uso por parte de los países latinoamericanos de las diversas flexibilidades previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC ha sido desigual⁴. Algunos países que hicieron uso de ellas han retrocedido, como resultado de tratados de libre comercio (TLC) firmados con los EE.UU., como se examina a lo largo del presente trabajo.

En este trabajo se revisa brevemente, en primer lugar, la más bien escasa literatura sobre el impacto económico y social de la propiedad intelectual en América Latina. En segundo término, se destacan los principales cambios en la legislación que tuvieron lugar en la región desde la década de 1990 y, en particular, el grado en que se calibraron las leyes y normas nacionales para responder a las condiciones y necesidades locales⁵. En tercer lugar, considera las medidas relativas a la protección del conocimiento tradicional (CT) adoptadas en algunos países de América Latina. Aunque hay otras medidas⁶ que comparten algunos de los objetivos de los derechos de propiedad intelectual -fomento de la creatividad y la innovación-, la gama de este

américa fueron amenazados (Brasil en 1987 y Argentina diez años después) de ser sujetos a represalias bajo la sección especial 301 de la Ley de Comercio de los Estados Unidos.

⁴ Ver C. Correa, 'Implementing the TRIPs Agreement in the Patents Field—Options for Developing Countries', *The Journal of World Intellectual Property* 1, no. 1 (Enero1998): pág. 75–99, DOI: 10.1111/j.1747-1796.1998.tb00004.x; M.A. Oliveira et al, 'Has the implementation of the TRIPS Agreement in Latin America and the Caribbean produced intellectual property legislation that favours public health?', *Boletín de la Organización Mundial de la Salud* 82, no. 11 (Noviembre2004): pág. 811-890, disponible en <http://www.who.int/bulletin/volumes/82/11/en/815.pdf>; C. Deere, *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries* (Oxford University Press, 2008).

⁵ El análisis realizado no es exhaustivo; solo tiene por objeto proporcionar una visión general de los principales aspectos de la reforma de los regímenes de propiedad intelectual en América Latina después del comienzo de la Ronda Uruguay.

⁶ Por ejemplo, los subsidios en investigación y desarrollo, exenciones impositivas, y los premios. Una variedad de instrumentos de este tipo se puede encontrar en los países latinoamericanos. Véase, por ejemplo, D. de Ferranti et al., 'Closing the Gap in Education and Technology' (World Bank, 2003). Ver también respecto de los incentivos en Brasil, D. Barbosa (org) et al., *Direito da Inovação (Comentários à Lei 10.973/2004, Lei Federal da Inovação)* (Lumen Juris, 2006).

tipo de medidas es demasiado amplia y no pueden considerarse sistemáticamente aquí.

1. Evaluación del impacto de los derechos de propiedad intelectual

Los efectos de los derechos de propiedad intelectual, en particular de la adopción de estándares más estrictos de protección, han planteado considerables debates y estimulado algunos estudios sobre el tema en América Latina. Especial preocupación ha creado el impacto probable de las patentes y la protección de los datos de prueba en el área de la salud pública⁷.

Durante la década de 1990 se realizó una serie de estudios prospectivos sobre el impacto de los resultados de la Ronda Uruguay en materia de derechos de propiedad intelectual, en particular respecto de los productos farmacéuticos. Por ejemplo, Nogués estimó las pérdidas de bienestar que la introducción de las patentes farmacéuticas generaría en Argentina, Brasil, México y otros países, así como los beneficios potenciales en términos de transferencia de tecnología, inversión extranjera directa, innovación nacional y elusión de represalias comerciales que podrían ser aplicadas por los países desarrollados. Estimó que el resultado de la introducción de patentes farmacéuticas sería un aumento sustancial de los precios⁸.

Más recientemente, se realizaron varios estudios sobre el posible impacto en la salud pública de disposiciones ADPIC-Plus contenidas en los acuerdos de libre comercio negociados entre los EE.UU. y los países andinos⁹. La mayoría de estos estudios

⁷ Ver, por ejemplo, J.A.Z. Bermudez y M.A. Oliveira, eds., *Intellectual Property in the Context of the WTO TRIPS Agreement* (WHO/PAHO, Fiocruz, ENSP, 2004).

⁸ J. Nogués, 'Patents and Pharmaceutical Drugs: Understanding the Pressures on Developing Countries', *Journal of World Trade* 24, no. 6 (1990): pp. 81–104, http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1990/09/01/000009265_3960929170142/Rendered/PDF/multi0page.pdf. Ver también P. Challú, *Patentamiento de Productos Farmacéuticos. Consecuencias* (Mercado, 1991); A. Chambouleyron, 'La Nueva Ley de Patentes y su efecto SOBRE LOS PRECIOS de los Medicamentos. Análisis Propuestas y ', *Estudios* 18, no. 75 (1995).

⁹ M.E.C. Gamba et al, 'Modelo prospectivo del Impacto de la Protección a la Propiedad Intelectual Sobre el Acceso a Medicamentos en Colombia' (Organización Panamericana de la Salud-Colombia - Fundación IFARMA, 2004), disponible en <http://www.ifarma.org/web/wp-content/uploads/2009/02/cortes-zerda-sarmiento-de-la-hoz-2004-modelo-prospectivo-ppi-y-acceso-a-mdcmto.pdf>; Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), 'Serie Estudios de Investigación. Equilibrio del Conocimiento y Propiedad Intelectual en El Comercio '(mayo de 2005);

prevé que las disposiciones que exigen la extensión del plazo de la patente en el caso de retrasos en el examen de la solicitud, la aprobación de la comercialización de un producto farmacéutico o la concesión de derechos exclusivos respecto de los datos de prueba, conducirían a aumentos de precios con impacto negativo en el acceso a los medicamentos. Por ejemplo, un estudio para el Perú, en relación con cuarenta y tres productos que podrían haber sido objeto de exclusividad de datos de prueba, calculó que el precio medio de estos productos habría sido entre 94,3 y 114,4 por ciento más alto que el precio que tendrían sin la exclusividad de esos datos¹⁰.

Como se dijo, se han realizado pocos estudios empíricos sobre el impacto de la propiedad intelectual. El impacto sectorial de patentes ha sido examinado en el caso de Argentina. El estudio concluyó que las patentes en las industrias de media y alta tecnología están dominadas por los solicitantes extranjeros, y que hay poca relación entre la innovación nacional y el sistema de patentes¹¹. A una conclusión similar llegó Aboites en México, quien encontró que el fortalecimiento del régimen de patentes que se introdujo en 1991 no fomentó la innovación local, por el contrario, resultó en un aumento significativo de las patentes extranjeras¹². Otro estudio concluyó que el régimen de exclusividad de los datos de prueba introducidos en 2002 en Colombia, dio lugar a gastos adicionales en los productos farmacéuticos de

INDECOPI, 'Serie Estudios de Investigación. Incidencia de los Derechos de Propiedad Intelectual en el gasto de las Familias en el marco del TLC' (mayo de 2005), ambos disponibles en <www.indecopi.gob.pe>; G. Valladares et al, 'Evaluación de los potenciales Efectos Sobre el Acceso a Medicamentos del Tratado de Libre Comercio Que se Negocia con los Estados Unidos de América' (República del Perú. Ministerio de Salud, abril de 2005), disponible en www.minsa.gob.pe; E.J. Archila y otros, 'Estudio del sector Sobre la Propiedad Intelectual en el sector farmacéutico Colombiano' (Fedesarrollo / Fundación Santa Fe de Bogotá, junio de 2005); 'Impacto de las Negociaciones del TLC con EE.UU. en materia de Propiedad Intelectual en los Mercados de Medicamentos y plaguicidas' (CAF / Apoyo Consultoría, abril de 2005); J.P. Serna, 'Posible Impacto del TLC entre Estados Unidos y Perú sobre el Acceso a Medicamentos Debido a protección de datos de exclusividad de las Drogas' (ICTSD, la OMS y el Instituto del Banco Mundial, 31 julio-1 agosto, 2006), disponible en <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/dialogue/2006-07-31/9Peru%20Study-PichihuarevisedAug10.pdf>.

¹⁰ Apoyo Consultoría, Impacto de las negociaciones del TLC con EEUU en materia de propiedad intelectual en los mercados de medicamentos y plaguicidas, Lima, 2005.

¹¹ 'Lógica sectorial del uso del sistema de patentes en Argentina, Síntesis de la Economía Real N° 51—Segunda Epoca 2006' (Centro de Estudios para la Producción, Buenos Aires, 16 marzo 2006).

¹² J. Aboites, 'Innovación, Patentes y globalización', en *Innovación, Aprendizaje y Creación de Capacidades Tecnológicas*, editado por J. Aboites y G. Dutrénit (UAM, 2003), pp. 163-206.

US\$396 millones entre 2003-2011¹³.

En el área de copyright, un estudio sobre la importancia económica de los derechos de autor en los países miembros del MERCOSUR¹⁴ y Chile, encontró un peso considerable de las industrias relacionadas con el derecho de autor en Argentina y Brasil (alrededor de seis por ciento del PBI), pero señaló que el mayor valor agregado se aporta por la distribución de obras protegidas por derecho de autor importadas, en lugar de por la producción local de las mismas, e identificó severos déficits comerciales en esta área¹⁵.

Jeroen van Wijk examinó el impacto de la protección de las obtenciones vegetales en América Latina. Llegó a la conclusión de que puede reducir los flujos de germoplasma y la competencia, y que esa protección puede ayudar a la industria local de semillas "para restringir el comercio de semillas acopiada de sus variedades y aumentar sus ingresos. Hay poca evidencia, sin embargo, que este ingreso adicional conduzca a la disponibilidad de más y mejores variedades para los agricultores"¹⁶.

Estos estudios sugieren que los diferentes países y sectores se ven afectados de forma diferenciada por los derechos de propiedad intelectual, en función de su capacidad científica y tecnológica, la disponibilidad de capital para la financiación de actividades innovadoras, y la naturaleza de los productos involucrados, entre otros factores. Como señala el profesor Boyle, la suposición de que "promover la propiedad intelectual es automáticamente promover la innovación y, en ese proceso, cuantos

¹³ Ver M.E.C. Gamba, F.R. Buenaventura y M.D.V. Serrano, 'Impacto de 10 Años de Protección de Datos en Medicamentos en Colombia' (IFARMA, Bogotá, marzo de 2012).

¹⁴ Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

¹⁵ Estudio sobre la Importancia Económica de las Industrias y Actividades Protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos en los Países de Mercosur y de Chile" (OMPI-Universidad Estadual de Campinas, 14 de Mayo de 2013) pp. 62-63.

¹⁶ J. van Wijk, 'How does stronger protection of intellectual property rights affect seed supply? Early evidence of impact', Overseas Development Institute Natural Resources Perspectives, no. 13 (November 1996), <http://www.odi.org.uk/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/2965.pdf> disponible en ; J. van Wijk and W.R. Jaffé, Intellectual Property Rights and Agriculture in Developing Countries (University of Amsterdam, 1996); and J. van Wijk and W.R. Jaffé, 'The Impact of Plant Breeders' Rights in Developing Countries: Debate and experience in Argentina, Chile, Colombia, Mexico, and Uruguay', Biotechnology and Development Monitor, no 23 (1995): pp. 15-19, <http://www.biotech-monitor.nl/2306.htm>.

más derechos, mejor" es incorrecta¹⁷. Obviamente, como cualquier otro incentivo, el impacto de los derechos de propiedad intelectual dependerá del contexto en que se aplican. Estos derechos no pueden fomentar la innovación en América Latina, del mismo modo que es posible en los países con sistemas de innovación más sofisticados¹⁸. En ese sentido, no existe evidencia que sugiera que el aumento de los niveles de protección, resultado de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, haya sido fundamental para atraer inversiones directas o transferencia de tecnología extranjera¹⁹.

2. Los cambios en la legislación de propiedad intelectual

Derecho de Patentes

La aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC condujo a cambios significativos en la legislación sobre patentes en América Latina. Previamente al Acuerdo, la mayoría de los países de la región había excluido históricamente la protección de los productos farmacéuticos, no preveía la inversión de la carga de la prueba, ni la ampliación de la protección a los productos directamente obtenidos con un proceso protegido, entre otras normas luego exigidas por el Acuerdo. En algunos casos, en el momento de la adopción del Acuerdo sobre los ADPIC, se aplicaban leyes muy antiguas²⁰.

A pesar del derecho de retrasar la introducción de las patentes de productos para

¹⁷ J. Boyle, 'A Manifesto on WIPO and the future of intellectual property', *Duke Law & Technology Review* 3, no. 9 (2004): pp. 1–13, [http://www.law.duke.edu/j Law 9.279 \(Industrial Property Code\), May 14, 1996.ournals/dltr/articles/PDF/2004DLTR0009.pdf](http://www.law.duke.edu/j Law 9.279 (Industrial Property Code), May 14, 1996.ournals/dltr/articles/PDF/2004DLTR0009.pdf).

¹⁸ De hecho, los países latinoamericanos generalmente se han opuesto a una mayor armonización del derecho de patentes, como se propuso en el contexto del proyecto de Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes (SPLT) en la OMPI. Véase, en general, por ejemplo, C. Correa and S. Musungu, 'The WIPO Patent Agenda: the risks for developing countries' (Working Paper No. 12, South Centre, Geneva, 2002), disponible en <http://www.south-centre.org/publications/workingpapers/wp12.pdf>.

¹⁹ Contrariamente a las promesas acerca de un impacto positivo de una mayor protección de la propiedad intelectual en la inversión extranjera directa, se encuentran pruebas de desinversión en el sector farmacéutico después de que las patentes de productos farmacéuticos se introdujeran en América Latina. Por ejemplo, en Colombia veinticinco de treinta y dos plantas de fabricación de empresas extranjeras se cerraron; en el Perú, quince de dichas plantas cerradas y solo dos se mantuvieron; mientras que en Venezuela veintidós fueron cerradas y solo cuatro se mantuvieron. En Chile todas esas fábricas fueron cerradas. Ver G. Holguin, *La Bolsa y la vida. Impacto de los TLC en acceso a medicamentos (Misión Salud, 2004)*, p. 78.

²⁰ Tal como en el caso de Argentina donde se aplicaba la Ley n° 111 de 1864.

los farmacéuticos, la mayoría de los países de América Latina comenzó a conceder este tipo de patentes antes de que expirara el período de transición, el 1 de enero de 2005²¹. Esto se debió, principalmente, a la presión ejercida por el gobierno y la industria farmacéutica de Estados Unidos. Argentina, por ejemplo, cambió su Ley de Patentes en 1995, después de un proceso legislativo turbulento, y concedió las patentes de productos farmacéuticos a partir de octubre de 2000. Uruguay comenzó a conceder patentes para productos farmacéuticos (y agroquímicos) a partir del 1 de noviembre de 2001. Brasil fue aún más allá, con la adopción del mecanismo de 'pipeline' promovido activamente por la industria y el gobierno de Estados Unidos, lo que permitió el reconocimiento retroactivo de patentes -hasta entonces prohibidas- de productos y procesos farmacéuticos²², sobre la base de las solicitudes presentadas antes de la entrada en vigor de la nueva legislación, siempre que las invenciones cubiertas no se hubieran comercializado previamente en cualquier mercado, o no se hubiese realizado ninguna preparación seria para la explotación de la invención en Brasil²³. En 2012, un Tribunal Federal de Río de Janeiro declaró inválida una patente relativa a 'Kaletra', un medicamento anti-retroviral, que había sido concedida en el marco del mecanismo de 'pipeline' y consideró que era inconstitucional²⁴.

Por otra parte, la constitucionalidad de este mecanismo fue impugnada por el Fiscal General brasileño ante el Tribunal Supremo de su país, argumentando -entre otras

²¹ México y los miembros de la Comunidad Andina modificaron sustancialmente sus regímenes de propiedad intelectual, incluso antes de la aprobación formal del Acuerdo sobre los ADPIC en 1994. Luego, en el 2000, el Régimen Común Andino sobre Propiedad Industrial debió ser revisado nuevamente (a través de la Decisión 486) con el fin de garantizar la coherencia con todos los aspectos del Acuerdo sobre los ADPIC.

²² En Brasil, ni las patentes de productos ni procesos para los productos farmacéuticos se permitía bajo la ley anterior.

²³ Artículo 230, la Ley n° 9.279 (Código de Propiedad Industrial), 14 de mayo de 1996. Aunque la Decisión 344 de la Comunidad Andina no aceptó el principio de 'pipeline', en el marco de un acuerdo bilateral con los Estados Unidos, Ecuador (uno de los miembros de la Comunidad Andina) aceptó esa medida y retroactivamente concedió algunas patentes con respecto a productos farmacéuticos que no eran "novedosos". La Junta del Acuerdo de Cartagena inició una acción contra Ecuador por incumplimiento del régimen andino. El Tribunal Andino de Justicia decidió (el 30 de octubre de 1996) que el requisito de novedad era absoluto y que el Grupo Andino había rechazado explícitamente el principio 'pipeline'. El Tribunal Supremo declaró que las patentes otorgadas en Ecuador, de acuerdo con dicho principio eran nulas (PROCESO N° 1-AI-96 disponible en <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/1-AI-96.doc>).

²⁴ L. Taylor, 'Brazilian judge annuls Abbott's Kaletra patent', *PharmaTimes*, 23 de marzo 2012, http://www.pharmatimes.com/Article/12-03-23/Brazilian_judge_annuls_Abbott_s_Kaletra_patent.aspx.

cosas- que el Congreso no tenía derecho a eliminar, a través de la revalidación de patentes extranjeras, el conocimiento que se encontraba en dominio público²⁵.

El Cuadro 1 muestra la cantidad de patentes solicitadas en un grupo de países latinoamericanos. Sugiere una clara correspondencia entre dicha cantidad y el tamaño de las respectivas economías, y un franco predominio de solicitudes de origen extranjero.

Cuadro 1.
Cantidad de solicitudes de patente en algunos países de Latinoamérica (2013)²⁶

País	Residentes	No Residentes
Argentina	643	4129
Brasil	4959	25925
Chile	340	2732
Colombia	251	1781
Costa Rica	0	106
Cuba	27	143
Guatemala	4	319
Honduras	6	211
México	1210	14234
Nicaragua	3	124
Panamá	9	78
Perú (d)	73	1193
República Dominicana	11	256
Uruguay	22	678

Materia patentable

Una de las cuestiones más controversiales en relación a las patentes es la materia patentable, en particular, la cuestión de si la materia viva es patentable. Varios países han aclarado en su legislación que las sustancias preexistentes en la naturaleza no son "invenciones", utilizando para ello el margen dejado por el Acuerdo sobre

²⁵ Expediente 4234, abril de 2009. Las decisiones finales sobre este caso aún están pendientes.

²⁶ Datos de Uruguay respecto de las solicitudes de patente corresponden al 2012.

los ADPIC para definir qué es una invención²⁷. La Decisión 344 de la Comunidad Andina consideró que las sustancias que existen en la naturaleza o que las 'replican', no son patentables. La Decisión 486, que sustituyó a la Decisión 344, considera sustancias no patentables a las que existen en la naturaleza aunque fueran aisladas²⁸. Del mismo modo, las leyes mexicanas y argentinas excluyen la patentabilidad de sustancias preexistentes en la naturaleza, aunque no está claro hasta qué punto la materia aislada puede considerarse patentable en el caso de México. El Código brasileño de Propiedad Industrial, de 1996, es más preciso al respecto. Excluye de la patentabilidad a los seres vivos o "materiales biológicos encontrados en la naturaleza", aun aislados -incluyendo el "genoma o germoplasma"- de cualquier ser vivo (Artículo 10.IX). La Ley de Biodiversidad de Costa Rica, de 1998, establece la no patentabilidad, entre otras cosas, de las secuencias de ADN en sí²⁹.

Además, las leyes de patentes de América Latina, en general, excluyen a las plantas y animales de la patentabilidad, en línea con la excepción prevista en el Artículo 27.3 (b) del Acuerdo sobre los ADPIC³⁰.

Los países que han suscrito acuerdos de libre comercio con los EE.UU., sin embargo, tomaron compromisos de reconocimiento de patentes sobre las plantas. Chile, por ejemplo, se comprometió en su acuerdo de libre comercio a llevar a cabo "esfuerzos razonables", a través de un proceso transparente y participativo, para elaborar y proponer legislación para tal fin dentro de cuatro años, a partir de la entrada en

²⁷ Ver por ejemplo, J. Straus, 'Implications of the TRIPs Agreement in the field of patent law', in *From GATT to TRIPs—The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, edited by F-K Beier and G Schricker (Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, 1996), p. 187.

²⁸ Artículo 15 Decisión 486.- No se considerarán invenciones: b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural.

²⁹ El Artículo 78 de la Ley de Biodiversidad nro. 7788 Se exceptúa: 1. Las secuencias de ácido desoxirribonucleico per se. 2. Las plantas y los animales. 3. Los microorganismos no modificados genéticamente. 4. Los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales. 5. Los procesos o ciclos naturales en sí mismos. 6. Las invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado a prácticas biológicas tradicionales o culturales en dominio público. 7. Las invenciones que, al ser explotadas comercialmente en forma monopólica, puedan afectar los procesos o productos agropecuarios considerados básicos para la alimentación y la salud de los habitantes del país.

³⁰ En el caso de Argentina, la exclusión no está contenida en la ley, sino en el Reglamentación (Decreto 260/96).

vigor del acuerdo³¹. En el RD-CAFTA se hizo un compromiso para llevar a cabo todos los esfuerzos razonables para que la protección de patentes para plantas fuera posible para la fecha en que el acuerdo entrara en vigor³². Estas obligaciones³³ harían que la protección de patentes sea posible para las plantas transgénicas, entre otras cosas³⁴.

Todas las leyes nacionales de América Latina han excluido explícitamente de la patentabilidad (como permite el Artículo 27.3 (a) del Acuerdo sobre los ADPIC) los métodos de tratamiento quirúrgicos, terapéuticos o de diagnóstico. La exclusión de los métodos terapéuticos puede implicar la no patentabilidad del "segundo uso" de un producto conocido, ya que las patentes sobre nuevos usos de un medicamento conocido son esencialmente equivalentes a las patentes sobre métodos terapéuticos. Las Decisiones 344 y 486 de la Comunidad Andina explícitamente excluyen de la patentabilidad los segundos usos³⁵. Sobre esta base, la Secretaría de la Comunidad Andina cuestionó la concesión de una patente sobre el segundo uso de Sildenafil

³¹ Sin embargo, pocos esfuerzos se realizaron hasta el momento para introducir las patentes de plantas, probablemente debido a la falta de interés en este tipo de protección entre los actores chilenos relevantes en la materia. Ver R.M. Plaza, "Patentes en Chile: Aspectos Económicos e Institucionales" (Seminario para optar al título de Ingeniero Comercial, Mención Economía, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2012), disponible en http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2012/ec-mellafe_p/pdfAmont/ec-mellafe_p.pdf. Un proyecto de ley se presentó en 2008 al Congreso para adoptar la protección de variedades vegetales bajo UPOV 1991, como también fuera requerido por los EE.UU. en el TLC. Sin embargo, este proyecto debió ser retirado posteriormente por el gobierno debido a la fuerte oposición de organizaciones agrarias al cambio de legislación.

³² Sin embargo, las variedades de plantas todavía no son patentables en la mayoría de los países del DR-CAFTA.

³³ Compromisos similares están contenidos en los acuerdos de libre comercio entre los EE.UU., Perú y Colombia.

³⁴ No se establece una obligación equivalente con respecto a los animales. Esto ha suscitado las críticas del grupo consultivo del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR), IFAC-3, el que señaló su decepción porque no hay ningún requisito explícito en el CAFTA para implementar la protección de patentes a animales transgénicos: 'IFAC-3 señala que los Estados Unidos prevé la concesión de patentes sobre animales novedosos, que entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial y que el TLC con Singapur requiere el patentamiento de plantas y animales transgénicos' (IFAC-3 Informe al USTR en el CAFTA), disponible en http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA/CAFTA_Reports/asset_upload_file571_5945.pdf.

³⁵ Artículo 21 de la Decisión 486: 'Los productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica, de conformidad con el Artículo 16 de la presente Decisión, no serán objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial'.

(Viagra) por la oficina de patentes de Ecuador³⁶, mientras que el Tribunal Andino de Justicia declaró posteriormente la patente inválida³⁷.

En otros países de América Latina, la concesión de patentes por segundos usos depende de los criterios aplicados por la oficina de patentes. En Argentina, las directrices de examen de patentes de la oficina de patentes excluyen de la patentabilidad los segundos usos³⁸. En Brasil se ha producido una divergencia entre la oficina de patentes y la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA), la autoridad reguladora nacional de medicamentos³⁹. Según las "Diretrizes para o exame de pedidos de Patentes em áreas de Biotecnologia e Farmacêutica depositados após 31.12.1994", emitidas por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial, las patentes que cubren el segundo uso de un producto farmacéutico pueden ser concedidas bajo las llamadas "reivindicaciones suizas"⁴⁰. Esto no era aceptable, sin embargo, para ANVISA⁴¹, que fue facultada por la ley para decidir si una patente podría ser emitida o no, en relación con las invenciones farmacéuticas (a través de un mecanismo de "consentimiento previo"). El papel de ANVISA en el examen de las solicitudes de patentes farmacéuticas fue impugnado a través de diferentes procedimientos legales, que acabaron con la reducción de su competencia. De conformidad con la Resolución RDC n° 21/2013, ANVISA, debe centrar su análisis en los intereses de salud pública. Una solicitud de patente puede ser considerada contraria a dichos intereses cuando el producto reivindicado plantea un riesgo para la salud, y cuando el pro-

³⁶ Véase la Resolución 476 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (2001), disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r476sg.htm>.

³⁷ Véase el Proceso N° 34-Ai-2001 Sumario por Incumplimiento de Sentencia (2003), disponible en 'Documentos' en el sitio de la comunidad principal, <http://www.comunidadandina.org>.

³⁸ Ver Resolución P-243-Directrices Sobre patentamiento, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=188371.

³⁹ Ley N° 10.196/2001.

⁴⁰ El documento está disponible en http://www.inpi.gov.br/images/stories/Diretrizes_Farmacutica_e_Biotech.pdf.

⁴¹ Ver, por ejemplo, M. Basso, 'Intervention of Health Authorities in Patent Examination. The Brazilian Practice of the Prior Consent', *Intl J. of Intellectual Property Management* 1, no. 1/2 (2006): pp. 54-74. La propuesta de reforma de la ley brasileña de propiedad industrial (Bill no. H.R. 5402/2013) está disponible en <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=572965>. Ella persigue aclarar, entre otras cosas, que los nuevos usos -así como nuevas formas de sustancias conocidas no forman parte de la materia susceptible de patentamiento, en línea con la Sección 3 (d) de la Ley de Patentes de la India modificada en 2005.

ducto reivindicado es de interés para el sistema nacional de salud, pero la invención no cumple con los requisitos de patentabilidad. A las solicitudes de patente que no entran en estas dos situaciones se les da el consentimiento de ANVISA. El examen se lleva a cabo a través del Instituto Nacional de Propiedad Industrial⁴².

Requisitos de patentabilidad

Si bien el Acuerdo sobre los ADPIC determina los requisitos de patentabilidad, los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) pueden definir la forma en que se efectivizan, con el fin de conceder o no una patente. En algunos países (por ejemplo, los EE.UU.) se ha producido una relajación significativa en la forma en que dichas normas se aplican, lo que lleva a una proliferación de patentes de "baja calidad"⁴³ y el empleo de estrategias de "evergreening" de las patentes, principalmente en el sector de la industria farmacéutica⁴⁴.

Aunque los requisitos de patentabilidad se definen en términos similares en la mayoría de las leyes de patentes de América Latina (y en algunos de ellos se aplican las mismas directrices de examen)⁴⁵, las prácticas de las oficinas de patentes parecen diferir considerablemente. Por ejemplo, para las invenciones farmacéuticas, Ecuador parece aplicar criterios más rigurosos que Colombia y Perú. Un estudio que abarca Argentina, Brasil y Colombia, mostró que, a la luz del número de patentes concedidas, Brasil parece aplicar normas más estrictas de patentabilidad que los otros dos países⁴⁶. En mayo de 2012, sin embargo, Argentina aprobó, mediante una Resolu-

⁴² Ver 'Novas regras para anuência prévia de patentes são publicadas', ANVISA, 15 April 2013, <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu+-+noticias+anos/2013+noticias/novas+regras+para+anuencia+previa+de+patentes+sao+publicadas>.

⁴³ Federal Trade Commission, "To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy" (Report, Federal Trade Commission, 2003), disponible en <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>; A. Jaffe and J. Lerner, *Innovation and Its Discontents: How Our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It* (Princeton University Press, 2004)

⁴⁴ Ver, T.A. Faunce and J. Lexchin, "Linkage" pharmaceutical evergreening in Canada and Australia', *Australia and New Zealand Health Policy* 4, no. 8 (2007).

⁴⁵ Los miembros de la Comunidad Andina aplican el "Manual para el Examen de Solicitudes de Patentes de invención en las oficinas de Propiedad Industrial de los Países de la Comunidad Andina".

⁴⁶ Ver C.M. Correa, 'Pharmaceutical Innovation, Incremental Patenting and Compulsory Licensing' (Research Paper No. 41, International Development Research Centre, South

ción Conjunta (N° 118/2012, 546/2012 y 107/2012) del Ministerio de Industria, Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, un conjunto de directrices que se refieren a invenciones farmacéuticas destinadas a garantizar que no se otorguen patentes -que de otro modo podrían bloquear la competencia legítima- cuando no supongan una auténtica actividad inventiva. Las directrices se ocupan de formulaciones, combinaciones, sales, polimorfos (es decir, las formas cristalinas de una sustancia química), isómeros y otros tipos de reivindicaciones que a menudo conducen al fenómeno del “evergreening” de las patentes⁴⁷.

Los procedimientos de oposición previstos en muchos países de la región parecen contribuir a una reducción en el número de concesiones de patentes farmacéuticas. En la Argentina, entre 2007 y 2012, 257 oposiciones fueron presentadas por empresas farmacéuticas locales. De las 107 solicitudes de patente en las que se concluyó el trámite, solo tres fueron concedidas (el resto fue rechazada o abandonada)⁴⁸.

Es importante destacar que los estándares de patentabilidad no solo están determinados por las políticas y las prácticas de las oficinas de patentes, sino por las interpretaciones que hacen los tribunales, en última instancia, en el caso de controversias. Los jueces latinoamericanos han tenido, en general, poca experiencia, en litigios sobre patentes, aún cuando estas se han incrementado después de la introducción de las patentes de productos farmacéuticos en la legislación. En algunos casos, diferentes tribunales del mismo país han llegado a decisiones contradictorias. Por ejemplo, en Colombia dos secciones del mismo tribunal juzgaron de modo distinto la patentabilidad de los polimorfos. Mientras que una de las decisiones sostuvo que la obtención y selección de un polimorfo era el resultado de la aplicación de los conocimientos elementales y el trabajo de rutina en el sector químico⁴⁹, la otra consideró que una reivindicación de un polimorfo entrañaba una actividad inventiva y,

Centre, Geneva, 2011).

⁴⁷ El proyecto de Ley brasileño HR 5402/2013, propone una serie de enmiendas al Código de la Propiedad Industrial, que aumentaría el nivel de la actividad inventiva para desalentar “evergreening” exigiendo un “avance técnico importante en lo que respecta al estado de la técnica” (Artículo 3) (véase <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=572965>).

⁴⁸ En Brasil, a pesar de que ya existe un sistema de oposición, el Proyecto de Ley HR 5402/2013 propone el establecimiento de un mecanismo de oposición previa a la concesión, incluyendo la presentación electrónica de pruebas respecto de las invenciones y del estado de la técnica relacionado así como la posibilidad de incorporar opiniones técnicas de académicos y otros expertos.

⁴⁹ Warner-Lambert Company v Superintendencia de Industria y Comercio, [17 julio de 2008 (Colombia, Tribunal Contencioso Administrativo)].

por lo tanto, era patentable⁵⁰.

Los acuerdos de libre comercio firmados por algunos países de América Latina con los EE.UU. han introducido una estándar de "utilidad", que tradicionalmente se encuentra previsto en la legislación de Estados Unidos, en aquellos países que hasta ahora habían basado sus leyes de patentes en el concepto más restrictivo de "aplicación industrial". Así, el RD-CAFTA y el TLC entre Estados Unidos y Panamá (Artículo 15.9.11), así como también los TLC entre Estados Unidos y Perú, y Colombia con Estados Unidos (Sección 16.9.11), estipulan que "cada parte dispondrá que una invención reivindicada será susceptible de aplicación industrial si posee una utilidad específica, sustancial y creíble"⁵¹.

Plazo de Patentes

El Acuerdo sobre los ADPIC requiere un período de protección mínimo de veinte años (Artículo 33). Este es el término previsto en la legislación latinoamericana. Aunque, como se mencionó anteriormente, el Acuerdo solo se convirtió en vinculante para los países de América Latina el 1 de enero de 2000, en algunos países los titulares de derechos intentaron invocar solicitudes anteriores a esta fecha, con el fin de obtener una ampliación del plazo de las patentes preexistentes. En Argentina, por ejemplo, algunas empresas extranjeras iniciaron acciones judiciales antes de esa fecha (sin éxito), con el fin de ampliar el plazo -de quince años a partir de la concesión- a veinte años desde la fecha de presentación, de conformidad con el Artículo 33 del Acuerdo. Casos similares fueron informados en Brasil⁵².

La extensión para compensar las demoras en el examen de las solicitudes de patentes no se reconoce en la mayoría de países. Ella no se requiere bajo el Acuerdo sobre

⁵⁰ Warner-Lambert Co. v Superintendencia de Industria y Comercio, 13 agosto de 2009 (Colombia, Tribunal Contencioso Administrativo). La patentabilidad de los polimorfos también ha sido admitida por los tribunales chilenos. Véase, por ejemplo, M.P. C. / JAIME ALFONSO RAMÍREZ Kattan, s / Infracción LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, RUC: 0510012831-6, RIT: 185 a 2007, 10 de septiembre de 2007 (Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago).

⁵¹ Notoriamente, el estándar no se encuentra contemplado en la Ley de Patentes estadounidense como tal, sino que es adoptado por la Oficina de Marcas y Patentes en '2107 Guidelines for Examination of Applications for Compliance with the Utility Requirement' (see <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2107.html>).

⁵² El Dupont de Nemours and Co v INPI (Tribunal Superior de Justicia-TSJ), Tercera Jurisdicción No: 2004 / 0048736-1, Review de Apelaciones No 652172 / RJ, caso original No.98,0001955-3 (Origen: 14o Distrito Federal) patente No 8401507-1.

los ADPIC⁵³. Tal extensión ignora que las leyes de patentes a menudo confieren derechos a los solicitantes, después de que la solicitud se ha publicado (normalmente dentro de los dieciocho meses desde la fecha de presentación). Ella se basa en la presunción no probada de que veinte años, menos el tiempo necesario para el examen, no sería suficiente para recompensar al inventor por cualquier contribución que hubiera hecho.

La ley brasileña, sin embargo, establece que el término no será menor de diez años (Artículo 40, párrafo único); esto significa que el período de veinte años puede extenderse si los procedimientos de concesión fueran a durar más de diez años⁵⁴.

Los acuerdos de libre comercio negociados por los EE.UU. con Chile, Colombia, Perú, así como el DR-CAFTA, obligan a las partes contratantes a ampliar el plazo de la patente para compensar los retrasos irrazonables más allá de cierto período de tiempo en: a) la obtención de la autorización de comercialización de un medicamento, y b) en el examen de las solicitudes de patentes.

Los TLC con los Estados Unidos requieren que cada parte, a petición del titular de la patente, ajuste la duración de una patente "para compensar las demoras injustificadas que se produzcan en la concesión de la patente" (por ejemplo, TLC Chile, Artículo 17.9.6; DR-CAFTA, el Artículo 15.9 0.5)⁵⁵. El TLC EE.UU.-Chile y el Acuerdo de Libre Comercio de Centroamérica (CAFTA), definen lo que significa "demora irrazonable o injustificada": más de cinco años desde la fecha de presentación de la solicitud en el país parte, o tres años después de que se solicite el examen de una solicitud, la que sea posterior.

⁵³ Según el Artículo 62 (2) del Acuerdo sobre los ADPIC, "Cuando la adquisición de un derecho de propiedad intelectual esté condicionada al otorgamiento o registro de tal derecho, los Miembros se asegurarán de que los procedimientos correspondientes, siempre que se cumplan las condiciones sustantivas para la adquisición del derecho, permitan su otorgamiento o registro dentro de un período razonable, a fin de evitar que el período de protección se acorte injustificadamente".

⁵⁴ El proyecto de Ley ya mencionado, HR 5402/2013, propone derogar el Artículo 40, párrafo único. Ver <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=572965>.

⁵⁵ Este tipo de cambio fue introducido por la Patent Term Guarantee de EE.UU. de 1999, cuando se reemplazó el término de diecisiete años de protección desde la fecha de concesión por veinte años a partir de la fecha de presentación. El término debe extenderse cuando la USPTO conceda una patente dentro de los tres años posteriores a la fecha de presentación. (35 USC § 154).

Otra característica común en acuerdos de libre comercio con los Estados Unidos -TLC Chile, por ejemplo, el Artículo 17.10.2 (a); CAFTA, el Artículo 15.9.6 (b)- es una disposición que obliga a una extensión del plazo de la patente para compensar al titular de la patente para un retraso "irrazonable" en la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos. La mayoría de los acuerdos de libre comercio de Estados Unidos no menciona si la extensión se aplicará únicamente a los retrasos en el país en el que se solicita la aprobación (aunque sería legítimo interpretar que este es el caso), o si también debe considerarse el retraso en el país donde se obtuvo la primera aprobación⁵⁶. No se proporciona ningún plazo máximo de extensión de la patente. Esto constituye una diferencia notable entre los acuerdos de libre comercio y la ley actual en los EE.UU., donde sí se proporcionan algunos plazos. La extensión en los EE.UU. para compensar las demoras en el proceso de aprobación de comercialización no debe exceder los cinco años y, en ningún caso, el derecho de exclusividad podrá exceder los catorce años desde la fecha de aprobación por parte de la Administración de Alimentos y Medicamentos (35 USC § 156). Además, la extensión se aplica solo a una patente sobre el producto.

Dado que los motivos de la extensión de los plazos de patentes bajo los referidos TLC son independientes, acumulativos y sin plazo máximo, nada parece impedir, a menos que la legislación nacional lo haga, que una patente se extienda durante 'x' años debido al retraso en su concesión, y por 'y' años más debido a un retraso en el proceso de aprobación de la comercialización. En otras palabras, las patentes sobre productos farmacéuticos pueden durar varios meses o años después del término de veinte años exigido por el Acuerdo sobre los ADPIC.

La posibilidad de una extensión crea incertidumbre para los productores de genéricos y, cuando es efectiva, tiene consecuencias obvias para la salud pública: se retrasa la introducción de productos que compiten con la consiguiente pérdida de bienestar de los consumidores y el aumento de las barreras en el acceso a los medicamentos por la población. El impacto positivo en la investigación y el desarrollo de los ingresos adicionales obtenidos por los titulares de patentes es mínimo, ya que los mercados de América Latina contribuyen con una pequeña porción de las ventas globales de la industria farmacéutica⁵⁷.

⁵⁶ Esto se aclara, sin embargo, en el caso del TLC entre EE.UU. y Bahrein (Art 15.6. (b) (ii)), que obliga a tener en cuenta los retrasos en un país extranjero.

⁵⁷ De acuerdo con el perfil de la Industria Farmacéutica realizado por PhRMA en 2010 (disponible en http://keionline.org/sites/default/files/PhRMA_Profile_2010_FINAL.pdf ,

Las excepciones a los derechos exclusivos

El Artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC aclara que el titular de la patente no goza de derechos exclusivos absolutos, ya que pueden ser objeto de "excepciones limitadas"⁵⁸. Una de las posibles excepciones es el uso por parte de terceros de la materia protegida para la experimentación o investigación. Si bien la experimentación o investigación no forman parte del derecho de exclusividad que posee el titular de la patente, es necesario, con el fin de llevar a cabo con normalidad esas actividades, fabricar o utilizar el producto o proceso patentado. Permitir que terceros lleven a cabo experimentación, incluso para fines comerciales, es fundamental para promover la innovación basada en, o alrededor de, una invención patentada.

Excepciones de este tipo se han incorporado a las leyes de Europa y muchos otros países⁵⁹, mientras que la investigación sin la autorización del titular de la patente solo ha sido admitida en forma acotada por los EE.UU. El Tribunal del Circuito Federal de Apelaciones, en la decisión *Madey V. Duke*, establece que, independientemente de si una institución o entidad en particular se dedica a una tarea con ánimo de lucro, siempre y cuando el acto es en consecución del negocio legítimo del presunto infractor y no es solo por entretenimiento, para satisfacer la curiosidad ociosa o para la investigación estrictamente filosófica, no califica para la muy acotada y estrictamente limitada defensa de uso para experimentación. Por otra parte, el carácter con o sin fines de lucro del usuario no es determinante⁶⁰.

Los actos con fines experimentales se consideran específicamente como una excepción a los derechos exclusivos en los países de América Latina (véase Cuadro 1). Sin embargo, en algunos países la excepción es aplicable para actos que se realicen sin fines de lucro. Esta limitación puede impedir la subsecuente innovación de los competidores y disminuir el ritmo del desarrollo tecnológico. En cambio, el Artículo 42 del Código de Propiedad Industrial de Brasil establece, por ejemplo, que una

cuadro 9), las ventas de las compañías de PhRMA en América Latina sólo representa 3,9 por ciento de sus ventas totales en 2008.

⁵⁸ Véase en general sobre esta cuestión, C. Garrison, 'Exceptions to Patent Rights in Developing Countries' (UNCTAD-ICTSD, 2006).

⁵⁹ Ver, por ejemplo, W.R. Cornish, 'Experimental Use of Patented Inventions in European Community States', *Intl Rev of Intellectual Property and Copyright L(IIC)* 29, no. 7 (1998): p. 736. O también C.M. Correa, 'International Dimension of the Research Exception' (study, SIPPI Project, AAAS, 2004), disponible en <http://sippi.aaas.org/intlexemptionpaper.shtml>.

⁶⁰ *Madey V. Duke University* 307 F 3d 1351 (US Ct of Apps (Fed Cir), 2002).

patente confiere el derecho de impedir a un tercero la producción, uso, oferta para la venta, venta o importación con dichos fines. Entre las excepciones admisibles, la ley enumera los “actos practicados por terceros no autorizados, con finalidad experimental, relacionados con estudios científicos o tecnológicos”. El Artículo 53 (b) - (c) de la Decisión 486 de la Comunidad Andina establece que no existe infracción cuando se utiliza la invención con fines experimentales o académicos, sin especificar si es para fines comerciales o no.

En Argentina, la ley de patentes estableció una excepción para las actividades de investigación "sin ánimo de lucro", pero más tarde una excepción de uso experimental con fines comerciales fue introducida por la Ley N° 24.766 de diciembre de 1996 (Artículo 8)⁶¹. Para ver las excepciones de investigación o experimentación en la legislación de Latinoamérica, referirse al Anexo I.

Una excepción importante para la salud pública se refiere a la 'explotación temprana' de la patente de un producto farmacéutico -también conocida como la “excepción Bolar”-, es decir, la utilización de la invención antes de la fecha de expiración de la patente, con el fin de solicitar el registro de un producto genérico para ser comercializado después de esa fecha. Una excepción de este tipo se reconoce en los EE.UU., Canadá, Australia y muchos otros países. Desde que la excepción ha sido reconocida como legítima por un panel de la OMC⁶², y aceptada actualmente en los EE.UU. y Europa⁶³, quejas ante la OMC relativas a esta excepción son poco probables.

A pesar de la importancia de la excepción Bolar para permitir la competencia de medicamentos genéricos tan pronto como expira la patente, ella solo se ha previsto en un número relativamente pequeño de países de América Latina: Argentina (Ley N° 24.766, 1996), República Dominicana (Ley N° 20- 00 sobre Propiedad Industrial, abril de 2000) y Brasil (Ley N° 10.196 / 2001). La ausencia de esta excepción en la mayoría de las leyes de la región, sugiere que los parlamentos nacionales no

⁶¹ En *Novartis AG c/ Laboratorios LKM s/ USO de Patentes* Causa 11.565 / 07, 3 de julio de 2012, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala III), encontró que no es una infracción la experimentación por una empresa respecto de un producto patentado, cuando se estudia para así evitar una infracción de la patente.

⁶² Ver “Comunidades Europeas - Protección Mediante Patente De Los Productos Farmacéuticos y los Productos Químicos Para La Agricultura” (acción iniciada contra el Canadá ante la OMC, WT/ DS153/ 1, 7 diciembre de 1998).

⁶³ La excepción Bolar se introdujo en la legislación comunitaria por una Directiva adoptada por el Consejo Europeo de Ministros el 10 de marzo de 2004.

han tomado en cuenta plenamente las consideraciones de salud pública en el diseño de los regímenes de patentes. Paradójicamente, quizás la excepción Bolar se ha introducido en algunos países de la región a partir de acuerdos de libre comercio firmados por los EE.UU.⁶⁴

Basado en el principio de agotamiento de los derechos (Artículo 6 del Acuerdo sobre los ADPIC), los Miembros de la OMC también pueden admitir importaciones paralelas de productos legítimamente introducidos en un mercado extranjero y, de ese modo, promover la competencia y precios más bajos para los consumidores. Varios países de América Latina, como Argentina, los miembros de la Comunidad Andina, República Dominicana, Honduras y Panamá⁶⁵, han previsto el principio de agotamiento internacional, admitiendo con ello las importaciones paralelas, aunque en algunos casos sujetas a algunas limitaciones⁶⁶. Países como México no contienen tales disposiciones dentro de su normativa de patentes⁶⁷, y Brasil, donde no se permiten las importaciones paralelas, excepto en ciertos casos en los que se ha concedido una licencia obligatoria (Código de Propiedad Industrial, el Artículo 68 (4)). Esta limitación contrasta con la posición que Brasil ha mantenido en los foros internacionales sobre la materia, en particular con motivo de los debates que llevaron a la adopción de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC

⁶⁴ Estos acuerdos, sin embargo, establecen que "si la parte permite la exportación, el producto sólo será exportado fuera del territorio de esa parte a los efectos de cumplir con los requisitos de aprobación de comercialización de esa parte", lo que limita la posibilidad de solicitar la aprobación regulatoria en un país extranjero.

⁶⁵ Ver Oliveira et al., 'Has the implementation of the TRIPS Agreement in Latin America and the Caribbean produced industrial property legislation that favors public health policy?', *Who Bulletin*, Nro. 82, II, Noviembre de 2004.

⁶⁶ En particular, las importaciones paralelas están permitidas si los productos se comercializaron en el país exportador por o con el consentimiento del titular de la patente. La legislación argentina permite las importaciones paralelas por cualquier "tercero autorizado", potencialmente incluyendo productos comercializados bajo licencias obligatorias. Los EE.UU. cuestionó esta disposición, entre otras, en los procedimientos de la OMC en el marco del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Sin embargo, los EE.UU. y Argentina llegaron a un acuerdo en la fase de consulta y la cuestión no se presentó a un panel. Ver "Organización Mundial del Comercio Órgano de Solución de Diferencias, notificación de una solución mutuamente convenida de acuerdo con las condiciones establecidas en el Acuerdo" (OMC, WT / DS171 / 3, WT / DS196 / 4, IP / D / 18 / Add.1, IP / D / 22Add.1 20 de junio 2002).

⁶⁷ Las importaciones paralelas pueden ser, en cambio, permitidas bajo ciertas condiciones, para las marcas.

y la Salud Pública⁶⁸.

Para mayor información sobre la legislación latinoamericana respecto de importaciones paralelas, referirse al Anexo II.

Licencias obligatorias

Los países miembros de la OMC pueden establecer diferentes formas de licencias obligatorias, que se encuentran expresamente aceptadas por el Acuerdo sobre los ADPIC (Artículo 31). Tales licencias tienen como finalidad mitigar los derechos monopólicos conferidos por una patente y pueden, por lo tanto, promover la competencia por parte de terceros, sin negar el derecho del titular de la patente para continuar con la explotación de la invención (a través de la importación o la producción local) y recibir una remuneración por el uso de su invención.

La mayoría de los países en el mundo prevé la concesión de licencias obligatorias. Se han utilizado ampliamente en los EE.UU., con el fin de corregir las prácticas anticompetitivas y como parte del derecho preeminente del gobierno para explotar cualquier invención patentada⁶⁹. El uso de las licencias obligatorias en los países en desarrollo, en general, se ha encontrado con la oposición de los EE.UU. y la Comisión Europea, así como de la industria farmacéutica. Por ejemplo, en 1997 los EE.UU. amenazó con imponer sanciones a las exportaciones tailandesas si Tailandia no abandonaba su plan para utilizar licencias obligatorias. En 1998, cuarenta fabricantes farmacéuticos presentaron una demanda contra la legislación de Sudáfrica sobre las importaciones paralelas y las licencias obligatorias⁷⁰. Algunos países en desarrollo han, sin embargo, comenzado a hacer un uso más eficaz de esta salvaguardia⁷¹, dos de ellos son latinoamericanos.

⁶⁸ Véase WT / MIN (01) / DEC / W / 2, 14 de noviembre de 2001.

⁶⁹ Ver, J.H. Reichman, 'Non-Voluntary Licensing of Patented Inventions: The Law and Practice of the United States' (UNCTAD-ICTSD, 2006).

⁷⁰ J-F Morin, 'Tripping Up: TRIPS Debates, IP and Health in Bilateral Agreements', 1 *International Journal of Intellectual Property Management* 1, nos. 1-2 (3 de octubre de 2006): pp. 37-53; JC Nowobike, 'Pharmaceutical corporations and access to drugs in developing countries: The way forward', *Sur—Intl Journal on Human Rights* 3, no. 4 (2006): pp. 126-143, disponible en http://www.surjournal.org/eng/conteudos/artigos4/ing/artigo_nwo-bike.htm.

⁷¹ Ver, por ejemplo, C. Oh, 'Compulsory licences: Recent experiences in developing countries', 1 *Intl Jof Intellectual Property Management* 1 no. 1-2 (2006): pp. 22-36.

Brasil otorga una licencia obligatoria (en mayo de 2007), después de un acuerdo fallido con el titular de la patente para reducir el precio de un antirretroviral (Efavirenz). También había amenazado con el uso de dichas licencias en 2001, pero sin llegar a otorgarlas, ya que los precios de los medicamentos patentados a los que apuntaba se redujeron considerablemente como consecuencia de la amenaza del gobierno⁷².

Cuadro 2.
Las licencias obligatorias en la legislación latinoamericana⁷³

Motivos de la emisión de una licencia obligatoria	Países
Falta de explotación	Comunidad Andina, Argentina, Brasil, República Dominicana, Honduras, México
Interés público	Comunidad Andina, Brasil, República Dominicana, Honduras, México
Emergencia nacional	Comunidad Andina, Argentina, Brasil, República Dominicana, Honduras, México
Corregir prácticas contrarias a la competencia, competencia desleal	Comunidad Andina, Argentina, Brasil, República Dominicana
Condiciones razonables	República Dominicana, Honduras
Si no se producen localmente	Brasil
Patentes dependientes	Comunidad Andina, Argentina, Brasil, República Dominicana, Honduras
La negativa a tratar	Argentina, República Dominicana
Ninguna disposición sobre licencias obligatorias	Panamá

Ecuador concedió varias licencias obligatorias desde el año 2010 en relación también con antirretrovirales y otros medicamentos, de conformidad con el Decreto Presidencial N° 118, del 16 de noviembre de 2009, que declaró "de interés público

⁷² Ver 'Public Health, Innovation and Intellectual Property Rights' (Report of the Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health, World Health Organization, 2006), p. 135, disponible en <http://www.who.int>.

⁷³ Elaborado en base a Oliveira et al., 'Has the implementation of the TRIPS Agreement in Latin America and the Caribbean produced industrial property legislation that favors public health policy?' p. 819.

el acceso a los medicamentos utilizados para el tratamiento de enfermedades que afectan a la población de Ecuador y que son prioritarias para la salud pública”. Este Decreto abrió el camino para la concesión de licencias obligatorias sobre patentes relativas a medicamentos que se consideren una prioridad desde una perspectiva de salud pública.

La posibilidad de conceder licencias obligatorias o permitir que se realice un uso gubernamental de invenciones patentadas se encuentra en las normativas latinoamericanas y posee diferentes fundamentaciones (véase el cuadro 3).

En varios países de América Latina, la falta de explotación de una patente puede constituir un motivo válido para la concesión de una licencia obligatoria, pero la importación de los productos protegidos se considera como explotación. Solo Brasil ha previsto la posibilidad de otorgar licencias obligatorias, en casos de falta de uso industrial local de la patente (Artículo 68 del Código de Propiedad Industrial)⁷⁴. Argentina y República Dominicana, permiten explícitamente la concesión de licencias obligatorias en casos de “negativa a tratar”, es decir, cuando el titular de la patente rechaza conceder una licencia voluntaria que ha sido solicitada, conforme a términos comerciales razonables del comercio⁷⁵.

Algunos acuerdos de libre comercio restringen la libertad de los miembros de la OMC para determinar los motivos de concesión de licencias obligatorias, contrariamente con lo confirmado por la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública⁷⁶. Así, en el caso de los acuerdos de libre comercio de Estados Unidos con Jordania, Australia y Singapur, dichas causas se limitan a los casos de prácticas contrarias a la competencia, el uso público no comercial, emergencia

⁷⁴ EE.UU. solicitó un panel contra Brasil en el marco del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC en relación con esta disposición, argumentando que era incompatible con el artículo 27.1 del Acuerdo sobre los ADPIC. La denuncia fue, sin embargo, retirada por el gobierno de Estados Unidos antes de la creación del panel, al alcanzar un acuerdo con el gobierno de Brasil según el cual, antes de la concesión de una licencia obligatoria, este último informará las causas alegadas. Ver, Brazil – Measures Affecting Patent Protection, Request for the Establishment of a Panel by the United States’, (WTO, WT/DS199/3, 9 January 2001).

⁷⁵ Ver, C Correa, ‘Refusal to deal and access to an essential facility: balancing private and public interests in intellectual property law’, in *Mélanges Victor Nabhan*, edited by Y Blais (Série Les cahiers de Propriété Intellectuelle, 2004).

⁷⁶ Declaración Ministerial OMC (DOHA, 2001); WT/MIN(01)/DEC/1; Disponible en https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm

nacional u otras circunstancias de extrema urgencia. Esta limitación no aparece en otros tratados de libre comercio suscritos con los países en desarrollo (incluidos los de América Latina), después de la adopción de la Declaración de Doha. Sin embargo, algunas disposiciones de los acuerdos de libre comercio, a saber, la exclusividad de datos y el vínculo patente-registro⁷⁷, puede limitar, en la práctica, el uso de invenciones patentadas bajo licencias obligatorias y para fines estatales no comerciales⁷⁸.

Ningún país de América Latina ha introducido modificaciones en su legislación con el fin de aplicar la Decisión de la OMC del 30 de agosto de 2003, que establece exenciones que permiten el suministro de productos farmacéuticos a los países que no posean capacidad de fabricación de productos farmacéuticos o cuando esta sea insuficiente. Sin embargo, hasta el año 2015, doce países de América Latina habían ratificado la enmienda al Acuerdo sobre los ADPIC (Artículo 31 bis), que de ser finalmente aprobado conforme con las normas de la OMC, incorporará a dicho Acuerdo el mecanismo establecido por dicha Decisión⁷⁹.

Divulgación

Algunos países de América Latina, especialmente Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, han llevado adelante una iniciativa para modificar el Acuerdo sobre los ADPIC, a fin de introducir la obligación de divulgar el origen de los recursos

⁷⁷ Los acuerdos de libre comercio negociados por los Estados Unidos requieren una vinculación entre el registro de medicamentos y la protección de las patentes –no contemplado en el Acuerdo sobre los ADPIC-. Como resultado de esta vinculación, la autoridad nacional de salud puede ser obligada a denegar la aprobación de comercialización de una versión genérica de un producto si una patente sobre el mismo se encuentra en vigor, a menos que cuente con el consentimiento o la aquiescencia del titular de la patente. Además, dicha autoridad deberá informar al titular de la patente sobre las solicitudes de aprobación de productos genéricos. Véase, por ejemplo JR Sanjuan, ‘Patent–Registration Linkage’, (Discussion Paper No. 2, Consumer Project on Technology, 3 April 2006), disponible en <http://www.cptech.org/publications/CPTechDPNo2Linkage.pdf>.

⁷⁸ Ver C. M. Correa, ‘Bilateralism in Intellectual Property: Defeating the WTO System for Access to Medicines’, *Case Western Reserve J of Intl L* 36, no. 1 (Invierno, 2004).

⁷⁹ Argentina (20 de octubre de 2011), Brasil (13 de noviembre de 2008), Chile (26 de julio de 2013), Colombia (7 de agosto de 2009), Costa Rica (8 de diciembre de 2011), El Salvador (19 de septiembre de 2006), Honduras (16 de diciembre de 2011), México (23 de mayo de 2008), Nicaragua (25 de enero de 2010), Panamá (24 de noviembre de 2011), República Dominicana (23 de mayo de 2013), Uruguay (31 de julio de 2014). https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/amendment_s.htm

biológicos en las solicitudes de patentes⁸⁰. Los países en desarrollo han elaborado los argumentos que justifican la obligación de la divulgación origen en el sistema de patentes de la siguiente manera:

La obligación jurídicamente vinculante de divulgar la fuente y el país de origen del recurso biológico y/o los conocimientos tradicionales utilizados en las invenciones, servirá de guía a los inspectores de patentes, ya que garantizará que estos tengan a su disposición toda la información pertinente sobre el estado anterior de la técnica. La divulgación también será pertinente para ayudar a que los inspectores de patentes determinen si la invención objeto de solicitud de patente constituye una invención que está excluida de la patentabilidad de conformidad con los párrafos 2 y 3 del Artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC. Además, la divulgación serviría como parte de un proceso de sistematización de la información disponible sobre recursos biológicos y conocimientos tradicionales, que acumulará continuamente información sobre el estado anterior de la técnica a disposición de los inspectores de patentes y del público en general⁸¹.

Una obligación de divulgación del tipo propuesto está contenida en la Ley de Biodiversidad N° 7.788 de Costa Rica (Artículo 80), en la Decisión 486 (Artículo 26 (h)), y en el Medida Provisional 2.186-16 brasileño (Artículo 31).

Medidas Precautorias

En muchos países de América Latina, el Acuerdo sobre los ADPIC se ha considerado de autoejecución, incluso en el caso de las disposiciones incluidas en la parte III, referidas a la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Este fue espe-

⁸⁰ Ver OMC, IP/C/W/474, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_s.htm.

⁸¹ Ver 'Elements of the obligation to disclose the source and country of origin of biological resources and/or traditional knowledge used in an invention', (submission from Brazil, India, Pakistan, Peru, Thailand, and Venezuela, IP/C/W/429 of 21 September 2004, para. 4-5). Y la propuesta de enmienda (TN/C/W/59, 19 Abril 2011) presentada entre otros países en desarrollo, por Brasil, China, Colombia, Ecuador y Perú, reformulado a la luz del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a la genética Recursos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Derivados de su Utilización. Ver también, JD Sarnoff and CM Correa, 'Analysis of Options for Implementing Disclosure of Origin Requirements in Intellectual Property Applications' (UNCTAD/DITC/TED/2004/14, Ginebra, 2006) disponible en http://unctad.org/en/Docs/ditcted200514_en.pdf.

cialmente el caso de Argentina⁸², donde los tribunales han otorgado generosamente medidas cautelares *inaudita altera parte* sobre la base de las alegaciones de infracción, incluso en casos de patentes débiles, donde se reivindican sales, polimorfos, y otras modificaciones menores de los productos en el dominio público. Con el fin de evitar interrupciones a la competencia legítima, Argentina presentó una enmienda a la ley de patentes, bajo términos negociados con los EE.UU. en la disputa que fuese resuelta en la OMC entre ambos países. La Ley N° 25.859 (2004) somete la concesión de medidas cautelares provisionales a una serie de requisitos⁸³ similares a los establecidos en la legislación estadounidense⁸⁴. El cambio legislativo introducido

⁸² Este fue el caso, por ejemplo, del artículo 50 del Acuerdo sobre los ADPIC en la Argentina. ver C Correa, "Medidas cautelares en materia de Patentes de invención", Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina JA-2002-IV, no. 8 (2002): pp.21-28; J Kors (coordinador), Patentes de invención. Diez años de jurisprudencia-Comentarios y Fallos (La Ley-Colección CEIDIE, 2005).

⁸³ Sustitúyese el artículo 83 de la Ley N° 24.481 y su modificatoria (t.o. 1996) por el siguiente: Artículo 83: I.- Previa presentación del título de la patente o del certificado de modelo de utilidad, el damnificado damnificado podrá solicitar bajo las cauciones que el juez estime necesarias, las siguientes medidas cautelares: a) El secuestro de uno o más ejemplares de los objetos en infracción, o la descripción del procedimiento incriminado; b) El inventario o el embargo de los objetos falsificados y de las máquinas especialmente destinadas a la fabricación de los productos o a la actuación del procedimiento incriminado. II.- Los jueces podrán ordenar medidas cautelares en relación con una patente concedida de conformidad con los artículos 30, 31 y 32 de la ley, para: 1) Evitar se produzca la infracción de la patente y, en particular, para evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana; 2) Preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción, siempre que en cualquiera de estos casos se verifiquen las siguientes condiciones: a.- Exista una razonable probabilidad de que la patente, si fuera impugnada de nulidad por el demandado, sea declarada válida; b.- Se acredite sumariamente que cualquier retraso en conceder tales medidas causará un daño irreparable al titular; c.- El daño que puede ser causado al titular excede el daño que el presunto infractor sufrirá en caso de que la medida sea erróneamente concedida, y d.- Exista una probabilidad razonable de que se infrinja la patente. Cumplidas las condiciones precedentes, en casos excepcionales, tales como cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas, los jueces podrán otorgar esas medidas *inaudita altera parte*. En todos los casos, previamente a conceder la medida, el juez requerirá que un perito designado de oficio se expida sobre los puntos a) y d) en un plazo máximo de quince (15) días. En el caso de otorgamiento de alguna de las medidas previstas en este artículo, los jueces ordenarán al solicitante que aporte un fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos'.

⁸⁴ Ver, J Reichman and M Zinnani, 'Las medidas precautorias en el derecho estadounidense: el justo balance entre las partes', Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina IV, no. 8 (2002): pp. 15-21.

estableció el equilibrio necesario en los procedimientos y produjo un impacto tangible en el modo en que los tribunales consideran actualmente las solicitudes de este tipo de medidas, que son objeto de una evaluación más rigurosa y solo concedidas *inaudita altera parte* de forma excepcional⁸⁵.

Las legislaciones de algunos países de América Latina han ido más allá del Acuerdo sobre los ADPIC⁸⁶ y, posiblemente, ignoraron el equilibrio necesario entre los intereses de las partes en la aplicación de las medidas de ejecución. En virtud del artículo 186 de la Ley de Propiedad Industrial de Guatemala, por ejemplo, se deben conceder todas las medidas provisionales *inaudita altera parte* y dentro de los dos días en que se solicita, requiriendo solo una carga probatoria mínima.

Derechos de Autor y Conexos

Muchos cambios significativos fueron introducidos en algunos países de América Latina, con el fin de poner en práctica las normas ADPIC sobre derechos de autor y derechos conexos, por ejemplo, respecto de la duración de la protección para las obras de personas jurídicas, derechos de alquiler, y la protección de programas de ordenador.

La Decisión 351 de la Comunidad Andina, adoptada en 1993, incluso antes de la aprobación definitiva del Acuerdo sobre los ADPIC, introduce la protección de programas de ordenador y bases de datos, de acuerdo con el Artículo 10 del Acuerdo. Esta Decisión también define el alcance de la protección (respecto de la expresión), en términos similares al Artículo 9.2 del Acuerdo, e incorpora de forma explícita los "derechos de alquiler". En México, una nueva ley de derechos de autor fue aprobada en diciembre de 1996. En ella, los programas de ordenador están protegidos como obras literarias y el titular puede ejercer los 'derechos de alquiler' (también confiere estos derechos a los productores de fonogramas). Curiosamente, México

⁸⁵ Ver las decisiones de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, en *Novartis AG c / Laboratorios Richmond SACIYF s / incidente de apelación* ", caso N° 9485/20072, julio de 2009; y *Novartis AG c / Laboratorios Richmond SACIYF s / Medidas Cautelares*, caso N ° 5080/2007, 16 de Junio de 2011.

⁸⁶ De conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC "Estos procedimientos [de aplicación] se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso" (artículo 41.1 in fine) y "Los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos" (artículo 41.2).

es el único país de América Latina donde no solo las bases de datos originales son protegidas como 'compilaciones', como lo exige el Acuerdo sobre los ADPIC, sino que también se encuentran protegidas por un término de cinco años las bases no originales (Artículo 108). La ley mexicana es, por lo tanto, la única en Latinoamérica que sigue el modelo de protección adoptada por la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

En Argentina, la Ley N° 25.036 extendió explícitamente la protección de los derechos de autor a programas de ordenador, e incorporó sanciones penales para los casos de reproducción y comercialización no autorizadas. Brasil promulgó una ley especial para la protección de software (Ley N° 9.609 de febrero de 1998), por el que los programas de ordenador se asimilaron a las obras literarias, como se prescribe en el Acuerdo sobre los ADPIC. Otros países, como Honduras (1993) y Costa Rica (1994), también introdujeron la protección de derechos de autor para los programas de ordenador.

La mayoría de los países de América Latina adhieren a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y los Tratados sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)⁸⁷ y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)⁸⁸ de 1996 (Brasil es un ausente notable respecto de la ratificación de estos Tratados).

El Acuerdo sobre los ADPIC permite a los miembros establecer excepciones a los derechos exclusivos, sujeto a una prueba de tres pasos, en línea con el Artículo 9.2 del Convenio de Berna. Estas excepciones pueden ser cruciales para garantizar el acceso a las obras sujetas a derechos de autor para la educación y el uso personal. Las leyes de derechos de autor de América Latina, en general, enumeran una serie de excepciones acotadas. Algunas permiten la reproducción con fines educativos de

⁸⁷ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (Total Partes Contratantes : 94) http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=20

⁸⁸ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (Total Partes Contratantes : 93) http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16

obras protegidas⁸⁹, así como ciertos usos por las bibliotecas⁹⁰.

Varios países latinoamericanos también han expresado la necesidad de establecer normas internacionales mínimas sobre limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos. En la 12ª Sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Conexos de la OMPI, Chile hizo una propuesta para definir internacionalmente excepciones y limitaciones al derecho de autor y derechos conexos⁹¹. Argumentó que la falta de regulación y armonización de las excepciones y limitaciones a nivel internacional había hecho difícil, en los países en desarrollo, la aplicación de medidas que son socialmente prioritarias, tales como el acceso a obras protegidas por las bibliotecas públicas, las personas con discapacidad, y la educación a distancia⁹².

Curiosamente, tres países latinoamericanos (Brasil, Ecuador y Paraguay) se encontraron en la primera línea de la iniciativa para adoptar un nuevo tratado internacional que prevea excepciones de derechos de autor para las personas con discapacidad visual. En 2009, se presentó un proyecto (elaborado con la Unión Mundial de Ciegos -UMC- y expertos en derechos de autor), que finalmente llevó a la adopción, en junio de 2013, del "Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso".⁹³

⁸⁹ Por ejemplo el artículo 22 (b) de la Decisión 351 de la Comunidad Andina establece "Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro".

⁹⁰ En el mismo sentido el artículo 2 (c) de la Decisión 351 establece "Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines: 1) Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o, 2) Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.

⁹¹ Véase el documento de la OMPI SCCR / 12/3 2 de noviembre de 2004. La propuesta recibió el apoyo, entre otros, por Argentina, Paraguay, Uruguay, Brasil, Costa Rica y la República Dominicana.

⁹² Ver S Shashikant, 'Development: Debate at WIPO on limitations and exceptions to copyright' disponible en http://www.twn.my/title2/intellectual_property/wipo_standing_13th/SUNS.LandEdebateat_SCCR.28Nov2005.doc.

⁹³ Disponible en http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=241683.

Los acuerdos de libre comercio firmados con los EE.UU. por varios países de América Latina han desencadenado una nueva serie de reformas en la legislación de derechos de autor, pero en la dirección de ampliar la protección. De particular importancia ha sido el fortalecimiento de los derechos de los productores de fonogramas, intérpretes y ejecutantes, que en virtud de los acuerdos de libre comercio reciben una protección comparable, en muchos aspectos, a la que se le confiere a los titulares de derechos de autor⁹⁴. Además, los TLC de Chile y Perú, y el DR-CAFTA, extendieron la duración de la protección a la vida del autor más setenta años desde su muerte, para la mayoría de las obras. El plazo de protección de las grabaciones sonoras y obras audiovisuales también se amplió a setenta años a partir de su publicación. Otras normas introducidas por los acuerdos de libre comercio incluyen⁹⁵:

- Los derechos de reproducción de copias transitorias (como las realizadas en la memoria RAM de una computadora).
- El derecho de controlar cualquier forma tecnológica la transmisión de obras, incluyendo las transmisiones interactivas a través de redes electrónicas como Internet, con excepciones menores para las reproducciones analógicas y transmisiones de grabaciones sonoras y actuaciones.
- Medidas tecnológicas de protección (TPM) con acotadas excepciones.
- Prohibición de la remoción o alteración de la información electrónica sobre gestión de derechos.

La introducción de medidas tecnológicas de protección puede resultar problemática en países que deben aumentar drásticamente el acceso a la información y la educación. Aunque el objetivo original de medidas tecnológicas de protección ha sido evitar las actividades infractoras de derechos de autor en el entorno digital, si la legislación contra su elusión no requiere una conexión entre la prohibición y una infracción de los derechos de autor, tales medidas pueden impedir el acceso a, y el uso de cualquier contenido, sea que esté protegido o no. Además, la prohibición de comerciar dispositivos de elusión, incluso cuando puedan ser necesarios para el acceso o usos permitidos de obras protegidas, puede disuadir el ejercicio de los usos

⁹⁴ En el caso del TLC de Estados Unidos con Perú, se mantiene una diferenciación entre los derechos de autor y los derechos conexos. Ver 'Report of the Industry Trade Advisory Committee on Intellectual Property Rights (ITAC-15)', 11, disponible en http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Peru_TPA/Reports/asset_upload_file473_8978.pdf.

⁹⁵ Informe del ITAC-15, 11-12.

permitidos, como el uso justo⁹⁶.

Los cambios legislativos en Colombia y Panamá ofrecen ejemplos del impacto de dichos acuerdos de libre comercio. Colombia aprobó la "Ley Lleras", el 13 de abril de 2012, que fortalece la protección de los derechos de autor y reduce las excepciones y limitaciones, en particular en materia de obras digitales. Por ejemplo, la ley colombiana impide la "radiodifusión a través de Internet por vía terrestre, por cable o por satélite, de señales de televisión", sin el permiso del propietario de los derechos de autor "independientemente de" todas las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos. Asimismo, establece la responsabilidad por eludir las medidas tecnológicas impuestas para controlar "el acceso y uso no autorizado de las obras", incluso más allá de lo requerido bajo la ley de Estados Unidos y el TLC EE.UU-Colombia⁹⁷.

La Ley 510 de Panamá se introdujo para cumplir con los requisitos de su TLC con los EE.UU.⁹⁸ Sus normas estrictas y medidas de ejecución han generado una fuerte reacción de la sociedad civil. La ley, aprobada por el Parlamento el 26 de septiembre de 2012, sustituyó una cláusula de "uso justo", sin límites, para incorporar un listado acotado de limitaciones y excepciones que deben ser "estrictamente interpretadas" (Artículo 66) y, entre otras modificaciones, extendió la protección del derecho de autor a las copias temporales, incluyendo el almacenamiento temporal electrónico⁹⁹.

Un ejemplo contrario es, sin embargo, el caso de Chile, que reformó la ley de derechos de autor en mayo de 2010 (Ley N° 20.435) e introdujo un nuevo conjunto de excepciones y limitaciones que expandió sustancialmente las circunstancias en las que los individuos pueden legítimamente hacer uso de obras protegidas sin ninguna autorización de, o pago a los titulares de derechos¹⁰⁰. Brasil, que no ha firmado acuerdos de libre comercio con obligaciones ADPIC-Plus, ha modificado su Ley de

⁹⁶ Ver CM Correa, 'Fair use in the digital era', IIC 33, no. 5 (2002).

⁹⁷ Ver, C Rossini and C Botero, "Copyright in Latin America: New Enforcement Measures Pose Major Threats to Internet Users in Panama and Colombia", Electronic Frontier Foundation, 28 de setiembre 2012, <https://www.eff.org/deeplinks/2012/09/copyright-latin-america-new-enforcement-measures-pose-major-threats-internet-users>.

⁹⁸ Op. cit. C Rossini and C Botero, 'Copyright in Latin America'.

⁹⁹ Ver S Flynn, 'Panama Passes Incredibly Unbalanced Copyright Bill: Internet and User Rights Threatened', Infojustice.org, 27 de septiembre 2012, <http://infojustice.org/archives/27372>.

¹⁰⁰ Ver DA Valenzuela, "The Quest for a Normative Balance: The Recent Reforms to Chile's Copyright Law", (Policy Brief 12, Programme on Innovation, Technology and Intellectual Property, ICTSD, Ginebra, 2011).

derechos de autor en varias oportunidades. Una modificación fue motivada en el Mundial de Fútbol que se realizó en Brasil en 2012¹⁰¹, donde se establecieron disposiciones respecto de las marcas y derechos de autor relacionados con la Copa del Mundo FIFA, y otra modificación más reciente (2013), que establece controles sobre la gestión colectiva de derechos¹⁰². Asimismo, se encuentran en trámite parlamentario diferentes proyectos de Ley que buscan revisar los derechos y excepciones¹⁰³.

Marcas

Al igual que en otras áreas, la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC trajo algunos cambios importantes en relación con las marcas en muchos países de América Latina¹⁰⁴, en particular respecto de las marcas notoriamente conocidas, uno de los aspectos claves tratados por el Acuerdo sobre los ADPIC¹⁰⁵. Por ejemplo, la Decisión 344 de la Comunidad Andina, reforzó la protección de dichas marcas¹⁰⁶. Ellas serán protegidas si son "similares hasta el punto de producir confusión con una marca notoriamente conocida, independientemente de la clase de los productos o servicios para los cuales se solicita el registro" (Artículo 83e), así como cuando la marca es "la reproducción, la imitación, la traducción o la transcripción, total o parcial, de un signo distintivo, notoriamente conocido en el país en el que solicita el registro o en el comercio subregional o internacional sujeto a reciprocidad, por los sectores interesados y que pertenezca a un tercero" (Artículo 83d).

Como exige el Acuerdo sobre los ADPIC, la "intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción", fue uno de los elementos que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia de marcas notoriamente conocidas (Artículo 84b)¹⁰⁷.

¹⁰¹ http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=335085.

¹⁰² <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12853-14-agosto-2013-776771-publicacaooriginal-140779-pl.html>.

¹⁰³ <http://www2.camara.leg.br/busca/?wicket:interface=:0:7::>

¹⁰⁴ Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay son los países latinoamericanos que firmaron el Tratado sobre el Derecho de Marcas. Ver <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/tlt/>.

¹⁰⁵ Ver, D Gervais, "The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis", 2nd ed. (Sweet and Maxwell, 2003), pp. 171–175.

¹⁰⁶ Véase PB Martínez, 'La marca notoria y la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina', *Revista del Derecho Industrial y de la Competencia* 5, (2001): pp. 61–106.

¹⁰⁷ La Decisión 486, que sustituyó la Decisión 344 de 2000, introdujo cambios a estas disposiciones.

México también ha incrementado la protección de las marcas notoriamente conocidas, en línea con las normas ADPIC (incluyendo las marcas conocidas sobre la base de su promoción o publicidad), a través de la ley de la propiedad industrial enmendada en 1991 y 1994. La nueva ley aprobada en Brasil en 1996, también introdujo una "protección especial" para las marcas notoriamente conocidas, un área donde se habían observado debilidades.

Otro acontecimiento importante fue la revisión, en 1994, del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial. La revisión abordó una serie de temas en los que el Convenio original era incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC, en particular la protección de las marcas notoriamente conocidas, incluyendo las marcas de servicio. El tratado revisado también estipulaba que el uso de buena fe de una marca antes de su registro, por cualquier parte contratante de la Convención, confería un derecho preferente para obtener el título¹⁰⁸.

Los acuerdos de libre comercio firmados por algunos países de América Latina con los EE.UU. aumentaron el nivel de la protección conferida a las marcas y pueden requerir nuevos cambios en la legislación de las partes en dichos acuerdos. Los signos protegibles no se limitan a los signos visibles; las "marcas sonoras" también pueden ser objeto de protección¹⁰⁹. Además, los TLC modificaron la norma contenida en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC¹¹⁰. Por ejemplo, el Artículo 15.2.2 del DR-CAFTA establece que:

En vista de las obligaciones del Artículo 20 del Acuerdo ADPIC, cada Parte garantizará que las medidas que obliguen al uso de designaciones comunes en el lenguaje corriente como el nombre común para una mercancía o servicio ("nombre común") incluyendo inter alia, los requisitos relativos al tamaño, ubicación o estilo de uso de la marca en relación con el nombre común, no menoscaben el uso o eficacia de las marcas utilizadas en relación con dichas mercancías.

Este artículo puede ser interpretado como una limitación sobre la forma en que los

¹⁰⁸ Este Convenio fue derogado, a partir del año 2000, por el Protocolo suscrito el 17 de septiembre de 1999, en San José de Costa Rica, disponible en <http://www.ftaa-alca.org/intprop/natleg/Costa/l7982.asp>.

¹⁰⁹ Ver Artículo 15.2.1 del DR-CAFTA.

¹¹⁰ Op. Cit. Gervais, "The TRIPS Agreement", 179–182.

nombres genéricos pueden ser utilizados en el etiquetado de los medicamentos, una medida importante que muchos países adoptan con el fin de promover la competencia de los genéricos y precios más asequibles para los pacientes¹¹¹.

Dos países de América Latina, Honduras y República Dominicana, iniciaron en abril y mayo de 2012, respectivamente, una disputa ante el mecanismo de solución de controversias de la OMC, cuestionando las medidas empleadas por Australia respecto del empaquetado genérico de cigarrillos, argumentando -entre otras cosas- que estas medidas son incompatibles con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC¹¹². Esta es la primera vez en que los países en desarrollo, paradójicamente, tratan de limitar las flexibilidades disponibles en virtud de dicho Acuerdo. La decisión en estos casos, así como en un caso similar iniciado por Ucrania contra Australia¹¹³, pueden tener importantes implicancias respecto de la interpretación de las obligaciones establecidas en la sección de marcas comerciales del Acuerdo, en particular respecto de si el Acuerdo sobre los ADPIC prevé o no un derecho al uso de una marca, y no solamente a su registro¹¹⁴.

El siguiente cuadro presenta datos sobre el número de solicitudes de registro de marcas en algunos países de la región, el que sugiere una cierta relación entre el tamaño de las economías, el número de solicitudes y su distribución entre solicitantes locales y del exterior. Brasil, México y Argentina, son en este orden, los países con mayor intensidad de solicitudes, con predominio de solicitudes de residentes.

¹¹¹ Ver el informe del IFAC-3 (Comité Asesor de Industria y derechos de propiedad intelectual para Asuntos de Política Comercial) de 12 de marzo de 2004, al Presidente, el Congreso y la USTR (disponible en http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Reports/asset_upload_file813_3398.pdf) con respecto a una disposición similar contenida en el TLC con Australia (“El Artículo 17.3 reafirma el artículo 20 de ADPIC según el cual el uso de la propia marca no debe ser gravado. Así, el artículo aclara y mejora las obligaciones ADPIC existentes que prohíben la interferencia con el uso de marcas registradas, derechos y productos tales como productos farmacéuticos, que también están sujetos a los requisitos en cuanto al uso del nombre genérico o común del producto”).

¹¹² Ver https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds435_s.htm.

¹¹³ Ver, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds434_s.htm.

¹¹⁴ Ver A Mitchell, ‘Australia’s move to the plain packaging of cigarettes and its WTO compatibility’, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 5 (2010): pp. 409-410.

Indicaciones Geográficas

Cuadro 3.
Cantidad de solicitudes de registro de marcas
en algunos países de Latinoamérica (2013)

País	Residentes	No Residentes
Argentina	65434	22487
Brasil	132330	31092
Chile	14221	7947
Colombia	15538	10776
Costa Rica*	3917	4902
Cuba	494	1807
Honduras	2073	5535
México	77263	26731
Nicaragua	669	7285
Panamá	3459	5698
Perú*	16092	9203
República Dominicana	5248	4165
Uruguay	2304	3717

* Los datos ingresados corresponden a 2012.

Fuente: http://www.wipo.int/ipstats/es/statistics/country_profile/

Las indicaciones geográficas tradicionalmente han recibido escasa atención en la legislación latinoamericana. Algunos países, sin embargo, ahora muestran un creciente interés en la protección de sus propias indicaciones¹¹⁵. El proceso de adapta-

¹¹⁵ Véase Perú. “Los intereses nacionales en la propiedad intelectual y los Tratados de Libre Comercio” (INDECOPI, Lima, 2005); D Vivas-Eugui, ‘Negotiations on Geographical Indications in the TRIPS Council and their Effect on the WTO Agricultural Negotiations: Implications for Developing Countries and the Case of Venezuela’, *The J of World Intellectual Property* 4, no. 5 (septiembre 2001): pp. 703-728. En Brasil, al menos doce indicaciones geográficas locales fueron registradas, incluyendo vino de la Valle de los Viñedos, café de Cerrado Mineiro, carne de Pampa Gaúcho, cachaza de Paraty, el vino de Pinto Bandeira, café de la Serra da Mantiqueira, etc. (ver T Alarcón, ‘Catalogo indicações reunidas Geográficas Registradas ninguna País’, Agência Sebrae de Notícias, 26 de Abril 2012,

ción a las normas del Acuerdo sobre los ADPIC se ha movido lentamente. Hay, sin embargo, diferencias considerables entre los países de América Latina en relación con el nivel deseable de protección de las indicaciones geográficas, que han quedado de manifiesto en las negociaciones en el Consejo de los ADPIC sobre un régimen de registro internacional de vinos y bebidas espirituosas, y sobre la posible mejora de la protección de todas las indicaciones geográficas¹¹⁶.

Si bien el Acuerdo sobre los ADPIC no requiere una forma específica de protección de las indicaciones geográficas y, en particular, no impone el modelo *sui generis* adoptado en los países europeos, muchos países de América Latina han seguido este enfoque. Así, en 1993, la Decisión 344 de la Comunidad Andina consagró la protección del derecho al uso exclusivo de "denominaciones de origen" oficialmente reconocidas. En Brasil, de acuerdo con la Ley de 1996, tanto las "denominaciones de origen" como las "indicaciones geográficas" son protegibles (Artículos 176 a 178), excepto si se han convertido en la denominación habitual de un producto o servicio (artículo 180).

Es evidente que la Unión Europea ha sido el principal demandante de protección en la materia. Los productores europeos que han solicitado protección de sus indicaciones geográficas en algunos países de América Latina se han enfrentado con la diversidad legislativa común en este campo. Por ejemplo, los productores de jamón de Parma encontraron obstáculos para registrar su indicación en Brasil, debido a la obligación impuesta por la ley nacional¹¹⁷.

La Unión Europea ha buscado activamente acuerdos bilaterales para garantizar la protección de las indicaciones geográficas europeas que, de lo contrario, podrían quedar exentas bajo las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. El TLC firmado entre la Unión Europea y Colombia y Perú, muestra la profunda asimetría en los intereses económicos de las partes respecto de la protección de esas indicaciones. Mientras que la Unión Europea ha obtenido en el TLC el reconocimiento de una lista de varias páginas de indicaciones geográficas, se reconocen solo dos colombianas

<http://www.agenciasebrae.com.br/noticia/13416992/ultimas-noticias/catalogo-reune-indicacoes-geograficas-registradas-no-pais/>).

¹¹⁶ Ver S Bowers, 'Location, location, location: the case against extending geographical indications under the TRIPS Agreement', *AIPLA Quarterly J* 31, no. 2 (2003): pp. 129-164; K Raustiala and SR Munzer, 'The Global Struggle over Geographic Indications', *The European Journal of International Law* 18, no. 2 (2007): pp. 337-365.

¹¹⁷ INPI IG980001 PARMA DO 22/08/1997 IT, Nominativa Presunto.

y cuatro indicaciones peruanas¹¹⁸. Mientras que el enfoque europeo en los TLC ha sido la forma *sui generis* de protección aplicadas en los países europeos, los acuerdos de libre comercio firmados con los EE.UU. requieren la protección de las indicaciones geográficas como marcas, “en la medida que dicha indicación geográfica consista en algún signo o combinación de signos que permita identificar a un producto o servicio como originario del territorio de una Parte o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto o servicio, sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico”¹¹⁹.

Los países que han firmado acuerdos de libre comercio con los EE.UU. y la Unión Europea, tendrán que encontrar maneras de desarrollar un sistema compatible con los diferentes enfoques consagrados en dichos acuerdos de libre comercio.

Diseños Industriales y Modelos de Utilidad

Muchos países de América Latina proporcionan una protección *sui generis* de los diseños industriales de carácter estético, en tanto que la protección por derechos de autor también está generalmente disponible. Además, protegen los diseños funcionales bajo el sistema de modelos de utilidad. La protección de estos últimos no es obligatoria en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC ni bajo los tratados de libre comercio establecidos con los EE.UU. o la Unión Europea. Esta es un área donde los países de América Latina consideran que los derechos de propiedad intelectual pueden desempeñar un papel positivo en la promoción de las industrias locales, y donde la legislación no es solo una manera de cumplir con las obligaciones internacionales o satisfacer las demandas extranjeras¹²⁰.

Aunque la evidencia sobre el impacto de los modelos de utilidad es escasa, un estudio del Banco Mundial encontró que en Brasil los modelos de utilidad ayudaron a los productores nacionales a obtener una cuota significativa del mercado de maquinaria agrícola, mediante el fomento de la adaptación de tecnologías extranjeras a las condiciones locales¹²¹. En Brasil, se solicitaron 2.891 modelos de utilidad en el

¹¹⁸ Véase el anexo XIII, disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/tradoc_147725.pdf.

¹¹⁹ Ver artículo 15.2.1 del DR-CAFTA.

¹²⁰ Los modelos de utilidad se protegen, por ejemplo, en Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Perú, Uruguay y Venezuela.

¹²¹ ‘Global Economic Prospects and the Developing Countries 2002’ (World Bank, 2001), p. 123.

2013. 95,35 por ciento de las solicitudes fueron realizadas por residentes, en fuerte contraste con la situación en materia de patentes, donde prevalecen tanto en solicitudes como en concesiones a titulares extranjeros ¹²². Un patrón similar se encuentra en otros países de América Latina (con excepción de Ecuador) para los que están disponibles estadísticas (véase el cuadro 3).

Cuadro 4.
Solicitudes de modelos de utilidad en algunos países de América Latina (2013)¹²³

País	Residentes	No Residentes
Argentina	161	23
Brasil	2891	141
Chile	88	16
Colombia	224	37
Costa Rica	3	7
Cuba	3	0
Guatemala	20	6
Honduras	7	3
México	645	69
Nicaragua	0	2
Panamá	1	8
Perú (d)	124	16
República Dominicana	5	3
Uruguay	38	17

Fuente: <http://www.wipo.int/ipstats/es>

Con la excepción de Brasil, el número de solicitudes y concesiones de los modelos de utilidad no parece responder a las expectativas sobre su papel como un incentivo a las innovaciones incrementales locales. El número de solicitudes y concesiones de los países de América Latina es baja en comparación, por ejemplo, a China (885.226

¹²² En 2013 el 85,78 por ciento de las solicitudes presentadas en Brasil es realizada por no residentes. Como indica el perfil estadístico de la OMPI http://www.wipo.int/ipstats/es/statistics/country_profile/profile.jsp?code=BR.

¹²³ Los datos correspondientes a Uruguay se basan en las solicitudes de 2012

solicitudes por residentes), Alemania (11.644 solicitudes por residentes)¹²⁴, y Corea del Sur (10.463 solicitudes por residentes)¹²⁵.

Circuitos Integrados

La protección de los circuitos integrados no ha dado lugar a muchos litigios a escala mundial ni a ningún reclamo en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio¹²⁶. América Latina no tiene ningún papel en la producción de semiconductores a gran escala, con la notable excepción de Costa Rica, donde Intel comenzó a fabricarlos en 1998.

Como en los casos de indicaciones geográficas y los diseños industriales, el Acuerdo sobre los ADPIC no impone una forma específica de protección a los esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados. Algunos países latinoamericanos los protegen en el contexto de las leyes de propiedad industrial. México, por ejemplo, incorpora disposiciones sobre la materia en la Ley de Propiedad Industrial (Ley publicada el 26 de diciembre de 1997). Se otorga protección por diez años, contados desde la fecha de solicitud del registro. El mismo criterio fue seguido por la Comunidad Andina (Decisión 486). Brasil adopta una legislación *sui generis* en el contexto de una ley más amplia, que establece incentivos para equipos de televisión digital e industrias de componentes electrónicos de semiconductores (Ley N° 11.484, del 31 de mayo de 2007, "Topografías de Circuitos Integrados"). Otros países de América Latina (por ejemplo, Argentina) no han adoptado una legislación específica sobre la materia¹²⁷.

Información no divulgada

El Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los miembros a proteger la información no

¹²⁴ Cabe señalar que el alcance de la protección se amplió en Alemania en 1987 con el fin de incluir las invenciones relativas a los productos químicos y polímeros, además de los dispositivos mecánicos.

¹²⁵ Véase Perfiles Estadísticos, OMPI, http://www.wipo.int/ipstats/es/statistics/country_profile/.

¹²⁶ Ver A Millard, 'Integrated Circuit Topography Protection: Why Bother?' Canadian IPR 21, no. 1 (2004).

¹²⁷ Las topografías de circuitos integrados, sin embargo, pueden considerarse susceptibles de protección por derechos de autor, patentes, u otros títulos, siempre que se cumplan los requisitos pertinentes de protección.

divulgada de valor comercial (Artículo 39.2), así como datos no divulgados presentados para el registro de nuevas entidades químicas (Artículo 39.3). Se otorga protección bajo el título de competencia desleal, según lo regulado en el artículo 10 bis del Convenio de París y, por lo tanto, no es obligatorio reconocer derechos exclusivos sobre tal información.

Legislación especial sobre información no divulgada se introdujo por primera vez en la región bajo la ley mexicana de 1991. Esta ley, a su vez inspirada en gran medida por la Decisión 344 de la Comunidad Andina, incorpora literalmente algunos artículos del proyecto de Acuerdo sobre los ADPIC en la materia (Artículos 39.2 y 39.3). Sin embargo, también introdujo otros elementos no considerados en el Acuerdo. Al igual que la ley mexicana, la Decisión exigía que, con el fin de proteger la información, la misma no puede ser "evidente para un experto en la materia" (Artículo 76)¹²⁸. Sin embargo, este requisito -no incorporado por el ADPIC- desapareció en la Decisión 486. Ecuador, por ejemplo, protege secretos comerciales contra las prácticas desleales comerciales (Artículo 27), en virtud de una ley general que se refiere a la regulación y el control del mercado (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de 2011).

Respecto de la información presentada a las autoridades nacionales para el registro de productos farmacéuticos y agroquímicos que contengan nuevas entidades químicas, la Decisión 344 reconocía un período de uso exclusivo de los datos (Artículo 78) comparable con el artículo 1711 del NAFTA y, por lo tanto, va más allá de las normas del Acuerdo sobre los ADPIC. La Decisión 486, sin embargo, suprimió el requisito de un período de exclusividad para los datos de prueba.

A pesar de esto, Colombia introdujo un período de exclusividad de dichos datos en virtud del Decreto 2085 de 2002, en respuesta a las demandas de Estados Unidos. Sin embargo, esta protección fue impugnada ante el Tribunal Andino de Justicia como una violación de la Decisión 486. El Tribunal determinó la existencia de dicha violación en diciembre de 2005¹²⁹, en el momento en que Colombia se encontraba negociando con los EE.UU. un TLC que incorpora la obligación de proporcionar la exclusividad de datos durante cinco años, para productos farmacéuticos, y diez

¹²⁸ Este requisito también se contempla por NAFTA, pero no por el Acuerdo sobre los ADPIC.

¹²⁹ Proceso 114-AI-2004, disponible en 'Documentos' en el sitio principal de la Comunidad, [http:// www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org).

años, para agroquímicos¹³⁰. En abril de 2006, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó (sin el apoyo de Colombia, Ecuador y Perú) la Decisión 632, que autoriza a los países miembros a prever un período de exclusividad de datos de prueba.

En diciembre de 1996, Argentina aprobó una ley sobre "información confidencial", donde se reproduce literalmente el artículo 39.2 del Acuerdo sobre los ADPIC. La protección se da en el marco de la competencia desleal. Los datos presentados para la aprobación de productos agroquímicos y farmacéuticos están protegidos contra una utilización contraria a los usos comerciales honestos, de acuerdo con las normas del Acuerdo (Artículo 39.3). La legislación argentina permite el registro de productos farmacéuticos por "similitud", es decir, sin necesidad del solicitante de duplicar las pruebas clínicas (Ley de Confidencialidad sobre Información y Productos que estén Legítimamente Bajo Control de una Persona y se Divulgue Indebidamente de manera Contraria a los usos Comerciales Honestos. N° 24.766). Esto significa que no se proporciona ningún período de uso exclusivo de los datos.

EE.UU. tomó represalias contra Argentina en enero de 1997 (es decir, antes del final del período transitorio establecido en el Artículo 65.2 del Acuerdo sobre los ADPIC), con el argumento de que la ley de confidencialidad argentina contradecía "normas internacionales". Argentina fue sujeta a una sanción comercial por parte del gobierno de los Estados Unidos, consistente en el retiro de un cincuenta por ciento de la participación en Sistema General de Preferencias comerciales. En el año 2000, el gobierno de Estados Unidos solicitó consultas en el marco del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC en relación con la protección de datos de prueba. Después de casi dos años de discusiones, la disputa se resolvió en la fase de consulta¹³¹.

Argentina no aceptó la afirmación de Estados Unidos de que deben concederse derechos exclusivos para los datos de prueba de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC y mantuvo su legislación sin cambios. Ninguna otra acción en el marco de la OMC ha sido tomada por los EE.UU. contra Argentina, ni contra ningún otro país

¹³⁰ La misma obligación ADPIC-Plus está contenida en el acuerdo de libre comercio firmado con Perú y en el DR-CAFTA.

¹³¹ Véase "Notificación de la solución mutuamente convenida de acuerdo con las condiciones establecidas en el Acuerdo» (OMC, WT / DS171 / 3, WT / DS196 / 4IP / D / 18 / Add.1, IP / D / 22 / add.1, 20 de junio de 2002), disponible en <https://docsonline.wto.org/>.

que no reconoce la exclusividad de datos¹³². Un número de compañías extranjeras demandó a empresas locales con el argumento de que el uso de los datos de prueba que habían desarrollado era ilegal, ya que dichos datos constituyen una "propiedad" constitucionalmente protegida y que el Artículo 39.3 obliga a los miembros de la OMC a conceder un período de exclusividad¹³³. En uno de estos casos (Novartis Pharma vs. Monteverde S.A., proceso 5619/05 finalizado el 01/02/12), la Cámara Federal de Apelaciones desestimó los argumentos del demandante y sostuvo que la ley argentina era consistente con el Acuerdo ADPIC.

Guatemala adoptó quince años de exclusividad de los datos para las drogas en 2000, es decir tres veces el plazo establecido en los EE.UU. Bajo un proceso legislativo turbulento, en el marco de una intensa presión por parte del gobierno de Estados Unidos y su industria, llevó a la derogación de la exclusividad de datos, para ser luego reincorporada por cinco años, y una nueva derogación en noviembre de 2004¹³⁴. Finalmente, Guatemala debió comprometerse a adoptar cinco años de exclusividad de datos de prueba para productos farmacéuticos y diez para agroquímicos, como condición de ingreso al CAFTA.

En Brasil, el Artículo 195 del Código de la Propiedad Industrial 1996 castiga la divulgación o uso de información confidencial sin autorización, excluida la información de conocimiento público o "evidente" para una persona versada en la materia. En consonancia con el Artículo 39.3 del Acuerdo sobre los ADPIC, también prohíbe la divulgación de los resultados de las pruebas no divulgados y otros datos presentados a las autoridades gubernamentales, para obtener la aprobación para la comercialización de un producto, a condición de que la producción de este tipo de datos "implique un considerable esfuerzo".

La Ley N° 10.603/2002 introdujo la exclusividad de datos en Brasil, pero limitada a los productos agroquímicos y veterinarios. La aprobación para la comercialización de productos farmacéuticos genéricos no está sujeta a ningún período de exclu-

¹³² Sin embargo, el USTR ha enumerado con regularidad, bajo la sección especial 301 de la Ley de Comercio de Estados Unidos, países que, según la USTR, no confieren adecuada (es decir, exclusiva) protección de los datos de prueba.

¹³³ Las decisiones están pendientes en doce casos en que se hicieron estas acusaciones. Los Tribunales rechazaron las solicitudes de medidas cautelares de los demandantes.

¹³⁴ Ver C Correa, 'Efectos del CAFTA sobre la salud pública en Guatemala' (Médicos Sin Fronteras (MSF), 2005) disponible en <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd65/CAFTA-Guatemala.pdf>

sividad¹³⁵. Ecuador protege los datos de prueba contra las prácticas comerciales desleales en el marco de la referida ley de regulación y el control de los mercados. Se aclara que la aprobación de la comercialización de un producto, por una autoridad competente, no implica un uso comercial desleal de datos de pruebas en posesión de dicha autoridad (Artículo 27.7).

Los acuerdos de libre comercio firmados por los países de América Latina con EE.UU. y la Unión Europea, exigen el establecimiento de cinco años de exclusividad de los datos de los productos farmacéuticos que contienen nuevas entidades químicas, y diez años para agroquímicos. En el caso del DR-CAFTA, también se proporciona un período de espera de cinco años para, dentro de la cual el autor de datos puede presentar una solicitud de registro con la otra parte¹³⁶.

Derechos de Obtentor

Durante la década del '90, varios países de América Latina introdujeron legislación para la protección de las obtenciones vegetales. A pesar del amplio espacio de maniobra contemplado por el Artículo 27.3 (b) del Acuerdo sobre los ADPIC para diseñar un régimen *sui generis*, optaron por adherirse a la Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV). La mayoría de los países de América Latina son actualmente miembros de la UPOV 1978. Sin embargo, algunos de ellos han incorporado elementos de UPOV 1991, tales como la ley brasileña de 1997, que introdujo el concepto de "variedad esencialmente derivada". Uno de los casos más notables es el de los países de la Comunidad Andina que, con la Decisión 345, adoptaron en gran medida las normas establecidas por UPOV 1991.

Los acuerdos de libre comercio firmados por los EE.UU. y la Unión Europea establecieron la obligación de adherir a la UPOV 1991, un régimen menos flexible en comparación con UPOV 1978, en particular en relación al "privilegio del agricultor". Costa Rica, Chile, República Dominicana, Panamá y Perú son partes en UPOV 1991.

¹³⁵ Véase A da Silveira e Silva and J Viera Borges Vallini, 'A proteção a informação no divulgada na área da saúde: uma abordagem internacional' en *Propriedade intelectual. Estudos em Homenagem a Profesora Maristela Basso* (Juruá Editora, 2005), pp. 307-314.

¹³⁶ Para una propuesta de aplicación flexible de las disposiciones del DR-CAFTA en materia de protección de datos, ver CM Correa, *Implementación de la Protección de Datos de Prueba de Productos Farmacéuticos y Agroquímicos en el CAFTA-RD-ley Modelo* (INCTSD UNCTAD, 2006), disponible en http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/ICTSD%20CAFTA%20proteccion%20de%20datos_Carlos_C.America.pdf.

Sin embargo, algunos de los países partes en TLCs no se han incorporado todavía al UPOV 1991. El EE.UU.-Chile TLC, por ejemplo, entró en vigor en 2004, pero el Parlamento chileno sigue considerando una enmienda a la ley de protección de variedades vegetales para que sea compatible con UPOV 1991.

La protección de los conocimientos tradicionales

Varios países latinoamericanos han adoptado legislación para proteger los conocimientos tradicionales (CT), especialmente asociados a los recursos genéticos. Examinamos aquí algunos de los regímenes adoptados post ADPIC o propuestas formuladas. Hasta el momento no existen estudios sobre el impacto de los regímenes de protección de los conocimientos tradicionales mencionados aquí. La mayoría de ellos son demasiado recientes para permitir una observación y evaluación de su aplicación y los efectos.

En 1996, la Comunidad Andina adoptó El Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (Decisión 391). Este régimen fue uno de los primeros de acceso, establecidos para aplicar la Convención sobre la Diversidad Biológica. Los recursos genéticos cubiertos por la Decisión 391 se consideran sujetos al derecho soberano de los Estados andinos¹³⁷, y “como bienes o patrimonio de la Nación o del Estado” (Artículo 6). Los derechos sobre esos recursos son, además, considerados “inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran o el componente intangible asociado” (Artículo 6). Con el fin de celebrar un contrato de acceso con la Autoridad Nacional Competente, un contrato accesorio debe ser firmado entre el solicitante y el proveedor por el “componente intangible”, ya sea de una comunidad indígena o no¹³⁸.

La Segunda Disposición Complementaria de la Decisión 391 establece que los Estados miembros no reconocerán derechos, incluidos los derechos de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes

¹³⁷ Artículo 5 Decisión 391. Los Países Miembros ejercen soberanía sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia determinan las condiciones de su acceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente Decisión.

¹³⁸ Ver. C Correa, ‘The access regime and the implementation of the FAO International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture in the Andean Group countries’, *The J of World Intellectual Property* 6, no. 6 (Noviembre 2003): pp. 795–806, DOI: 10.1111/j.1747-1796.2003.tb00243.x.

intangibles asociados, obtenidos o desarrollados sobre la base de las actividades de acceso que no cumplan con la Decisión. Los Estados miembros también podrán solicitar la cancelación de los derechos conferidos en los países no miembros en violación de estas reglas. Además, la Tercera Disposición Complementaria establece que, cuando las oficinas nacionales de propiedad intelectual tengan pruebas razonables o concretas que el producto o proceso para el que se solicita la protección ha sido obtenido o desarrollado a partir de recursos genéticos o su producto derivado de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, las oficinas pueden exigir a los solicitantes presentar el número de registro del contrato de acceso y una copia del mismo, como requisito previo para la concesión de los derechos respectivos. El Artículo 26 (h) de la Decisión 486, por su parte, requiere que los solicitantes de patentes incluyan, en su caso, una copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita hayan sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o productos derivados de que cualquiera de los Estados miembros sea país de origen.

El Artículo 3 de la Decisión 486 también establece que los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos, estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos. Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes.

Costa Rica¹³⁹ adoptó, en 1998, un régimen de acceso a los recursos genéticos, bioquímicos y los conocimientos tradicionales asociados, como un componente de la Ley de Biodiversidad (Nº 7.788). De acuerdo con esta ley, el Estado reconoce y protege, como derechos intelectuales comunitarios *sui generis* al conocimiento, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas y las comunidades locales, relacionadas con el uso de los elementos de la biodiversidad y los conocimientos relacionados.

¹³⁹ Ver. G Aguilar, 'Access to Genetic Resources and Protection of Traditional Knowledge in Indigenous Territories', en *Trading in Knowledge*, editado by C Bellmann, G Dutfield, and R Meléndez-Ortiz (EARTHSCAN, 2003), pp. 179–182.

Este derecho se incorpora y se reconoce jurídicamente solo sobre la base de que existe la práctica cultural o el conocimiento relacionado con los recursos genéticos y bioquímicos. No requiere ninguna declaración previa, reconocimiento expreso o registro.

Con el fin de determinar el alcance y la naturaleza de estos derechos intelectuales comunitarios *sui generis*, la Ley establece que dentro de los dieciocho meses siguientes a su entrada en vigor, un procedimiento participativo debe establecerse con las comunidades indígenas y campesinas para este propósito. La ley prevé, además, que se elabore un inventario de derechos intelectuales comunitarios *sui generis* específicos que las comunidades desean proteger. El registro de estos derechos será voluntario y gratuito. La ley también requiere un consentimiento informado previo de comunidades locales como condición para conceder el acceso a los recursos genéticos. Se les reconoce a los pueblos indígenas el derecho a oponerse al acceso de sus recursos y conocimientos relacionados por razones culturales, espirituales, sociales, económicas o de otra índole. Los requisitos básicos para el acceso también incluyen, entre otras cosas, la transferencia de tecnología y la distribución justa y equitativa de los beneficios. La Ley exige, además, que cualquier solicitud de acceso a elementos de la biodiversidad debe ir acompañada de la prueba de consentimiento informado previo emitido por la autoridad de la comunidad indígena, cuando la actividad se encuentre dentro de su territorio, y por el director del área de conservación.

El gobierno de Perú elaboró una primera propuesta de un Régimen para la Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, relacionados con los Recursos Biológicos en mayo de 1998. Se celebraron amplias consultas con el sector privado, las ONG y los sectores que representan a las comunidades indígenas¹⁴⁰. A pesar de los esfuerzos realizados por el Gobierno para elaborar y aprobar el régimen propuesto, las comunidades tradicionales e indígenas mostraron poco entusiasmo y apoyo a la iniciativa¹⁴¹.

El régimen fue aprobado definitivamente y publicado en agosto de 2002. Reconoce que los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas contribuyen a conser-

¹⁴⁰ B Venero Aguirre, 'The Peruvian Law on Protection of the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Related to Biological Resources', en Bellmann, Dutfield, y Meléndez-Ortiz, *Trading in Knowledge*, p. 285.

¹⁴¹ Ver 'Multi-stakeholder Dialogue on Trade, Intellectual Property and Biological and Genetic Resources in Latin America' (Report, ICSTD Dialogues on IPRs, Cusco, Peru, 22-24 de febrero 2001).

var y hacer un uso sostenible de los componentes de la biodiversidad. Sus objetivos son:

- 1) Promover el respeto, la protección, la conservación, la aplicación y el desarrollo de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas en general.
- 2) Promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos colectivos.
- 3) Garantizar que el uso del conocimiento se lleve a cabo con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.
- 4) Promover el fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de los pueblos indígenas y de los mecanismos tradicionalmente utilizados por ellos, para compartir y distribuir beneficios generados colectivamente.
- 5) Evitar el patentamiento de invenciones obtenidas o desarrolladas utilizando los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú.

El régimen peruano establece un sistema *sui generis* que reconoce a las comunidades indígenas la titularidad y los derechos asociados sobre sus conocimientos tradicionales, así como su derecho a decidir sobre la forma en que se deben utilizar. Para el acceso al conocimiento que no se encuentra en el dominio público, se requiere el consentimiento informado previo de la comunidad pertinente independientemente del fin para el que se solicita el acceso.

La ley establece la necesidad de negociar y firmar un acuerdo de licencia por escrito para el uso del conocimiento colectivo, en términos que aseguren el pago adecuado y una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su uso. El acuerdo debe prever un pago inicial y un canon de no menos de cinco por ciento del valor, antes de impuestos, de las ventas brutas resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa o indirectamente por dicho conocimiento colectivo, según sea el caso. Información suficiente sobre los propósitos, los riesgos y las consecuencias de la actividad de acceso también debe ser suministrado. Los acuerdos de licencia deben estar registrados en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

La ley establece que si el conocimiento colectivo ha pasado a ser de dominio público en los últimos veinte años, un porcentaje del valor, antes de impuestos, de las ventas brutas resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de dicho conocimiento se destinará al Fondo de el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. El Fondo también recibirá un mínimo del diez por ciento de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a

partir del conocimiento colectivo.

La ley establece registros voluntarios de los conocimientos indígenas. Existen tres tipos de registros: el Registro Nacional Público, el Registro Nacional Confidencial y los Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. El registro no es una condición para la protección: los pueblos indígenas tienen derechos sobre los conocimientos colectivos que poseen estando registrados o no. Los pueblos indígenas pueden solicitar el registro de sus conocimientos colectivos a través de sus organizaciones representativas. También pueden crear sus propios registros locales. Entre 2006 y 2009, se presentaron 192 solicitudes de registro y 92 fueron aprobados (setenta por el Registro Nacional Público, diecinueve para el Registro Nacional Confidencial y tres para ambos registros)¹⁴², para 2013 se presentaron 649 solicitudes y fueron aprobadas 643¹⁴³.

La ley peruana tiene como objetivo proteger contra la divulgación, adquisición o uso de los conocimientos indígenas colectivos, cuando cualquiera de esos actos fuera realizado de una manera injusta. Por lo tanto, la finalidad de la ley no es otorgar derechos exclusivos. Tampoco contiene una definición de "injusto" en el contexto de la ley. Aunque el concepto evoca la noción aplicada en el derecho sobre la competencia desleal, es claramente diferente de la última, ya que bajo la ley de competencia desleal-injusticia se juzga en relación con las prácticas comerciales, ya que pueden afectar a los competidores y, en algunos casos, los consumidores¹⁴⁴.

En Brasil, la Medida Provisional N° 2.186-16, del 23 de agosto 2001, estableció un régimen para el acceso a los recursos genéticos¹⁴⁵, incluyendo un capítulo específico sobre la "Protección de los conocimientos tradicionales conexos". El principal objetivo de la medida fue evitar la biopiratería¹⁴⁶. Se aplica a los "conocimientos

¹⁴² 'El Registro de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Asociados con la Biodiversidad' (INDECOPi), disponible en <http://servicios.indecopi.gob.pe/portaltipi/archivos/docs/articulos/4-2009-1/Experiencia%20Registro.pdf>.

¹⁴³ http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/estadisticas_portal_principal/ANUA_2013.pdf

¹⁴⁴ S Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights. National and International Protection*, vol. 3 (Cambridge University Press, 1975), p. 1688.

¹⁴⁵ En virtud del derecho constitucional de Brasil, una "medida precautoria" requiere renovación periódica con el fin de mantenerse en vigor.

¹⁴⁶ El 22 de mayo de 2006, el gobierno brasileño publicó una lista con los nombres científicos de alrededor de 3.000 especies de flora brasileña. La lista, con nombres como cupuacu, kiwi, carambola, pequí, babosa (aloe), y catuaba, tiene por objeto impedir que las empresas extranjeras registren los nombres utilizados en Brasil para referirse a estas plantas. Ver

tradicionales de las comunidades indígenas y locales relacionadas con el patrimonio genético", que abarca "el patrimonio cultural de Brasil. Este conocimiento estaría protegido "contra el uso ilegal y la explotación, y otras acciones que sean perjudiciales o no hayan sido autorizadas" por el Consejo de Gestión establecido por la misma medida o por una institución acreditada (Artículo 8).

Bajo esta legislación, el Estado reconoció el derecho de las comunidades indígenas y locales a decidir sobre el uso de los conocimientos tradicionales asociados a su herencia genética. Las comunidades indígenas o locales que crean, desarrollan, mantienen o preservan los conocimientos tradicionales asociados con la herencia genética fueron garantizadas el derecho a:

- 1) Tener el origen del acceso al conocimiento tradicional que se menciona en todas las publicaciones, los usos, la explotación y la divulgación.
- 2) Evitar a terceros no autorizados que:
 - A) El uso o la realización de pruebas, investigación o investigaciones relativas a los conocimientos tradicionales asociados.
 - B) La divulgación, la radiodifusión o retransmisión de datos o informaciones que incorporan o constituyen conocimientos tradicionales asociados.
- 3) Obtener beneficios de la explotación económica por parte de terceros de los conocimientos tradicionales asociados a los derechos que son propiedad de la comunidad.

En 2015, el gobierno brasilero aprobó la Ley 13.123, que busca regular y establecer normas para los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los mismos. La nueva regulación establece mecanismos para la participación justa y equitativa en los beneficios de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales. De acuerdo a la ley (Artículos 8 a 10):

“Están protegidos por esta Ley los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos de los pueblos indígenas, las comunidades tradicionales o el agricultor tradicional, contra el uso y la explotación ilícita. El Estado reconoce el derecho de los pueblos indígenas, las comunidades tradicionales y los agricultores tradicionales, a participar en la toma de decisiones a nivel

IS Gerhardsen, “Brazil Fights To Make Case For International Biodiversity Protection”, Intellectual Property Watch, 31 May 2006, <http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=322&res=1024&print=0>.

*nacional, sobre asuntos relacionados con la conservación y el uso sostenible de sus conocimientos tradicionales asociados a patrimonio genético del país, bajo esta Ley y los reglamentos(...) Los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos es parte del patrimonio cultural de Brasil y puede ser depositado en una base de datos, según lo dispuesto en el CGEN o legislación específica”.*¹⁴⁷

La Ley N° 20, del 26 de junio de 2002, del Panamá estableció un Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales¹⁴⁸. Su objetivo es proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas a través del registro, promoción, comercialización, y mercadeo de sus derechos, de tal manera que otorgue protagonismo a los valores socioculturales indígenas, las identidades culturales y la justicia social. Otro objetivo fundamental es la protección de la autenticidad de las artesanías y otras expresiones artísticas tradicionales.

El objeto de la protección abarca las costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, conocimientos tradicionales, y cualquier otro tipo de expresión tradicional de las comunidades indígenas que forman parte de sus bienes culturales (patrimonio cultural).

"Derechos indígenas colectivos", se refiere a los derechos indígenas de propiedad cultural e intelectual indígenas relacionados con el arte, la música, la literatura, los conocimientos médicos, biológicos y ecológicos, y otros aspectos y expresiones que no tienen autor conocido o propietario y/o fecha de origen, y constituyen el patrimonio de todo un pueblo indígena. "El conocimiento tradicional" se refiere al conocimiento colectivo de los pueblos indígenas sobre la base de las tradiciones de

¹⁴⁷ Lei N° 13.123, de 20 de Maio de 2015, artículo 8.

¹⁴⁸ La siguiente descripción se basa esencialmente en B Espino, 'Experiencia de Panamá en la Protección de los Conocimientos Tradicionales Con Énfasis en las Artesanías' (documento presentado a la reunión de expertos de la UNCTAD sobre sistemas y experiencias nacionales para la protección de los conocimientos tradicionales, innovaciones y Prácticas, Ginebra, 30 octubre a 1 noviembre 2000), disponible en http://r0.unctad.org/trade_env/docs/panama.pdf; y A López Martínez, 'Sistemas Sui Generis Para La Protección del Conocimiento Tradicional', (documento presentado a la reunión de expertos de la UNCTAD sobre sistemas y experiencias nacionales para la protección de los conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas, Ginebra, 30 octubre a 1 noviembre 2000), disponible en http://www.unctad.org/trade_env/docs/lopez.pdf.

siglos, que son expresiones tangibles e intangibles que abarcan sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, incluyendo sus recursos genéticos, medicinas y semillas, su conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, diseños y artes visuales y representativas.

Varios ejemplos de materia protegida están dados por la Ley y el Decreto reglamentario, tales como los vestidos tradicionales de ciertas comunidades indígenas, instrumentos musicales, música, danzas, representaciones, expresiones orales y escritas, instrumentos de trabajo y arte tradicional, y las técnicas para hacerlos, como canastas y artesanías con cuentas¹⁴⁹.

Para ser objeto de protección, la materia debe ser capaz de uso comercial, basarse en la tradición (aunque no tiene por qué ser "antigua"), y caer dentro del sistema de clasificación establecido por el Decreto. También debe ser "colectivo", es decir, la materia no debe tener ningún autor o dueño conocido, ni fecha de origen, y constituir el patrimonio de todo un pueblo indígena o ser considerado como perteneciente a una o más de las comunidades indígenas de Panamá. Más de una comunidad puede obtener el registro como titular colectivo de los derechos.

Los derechos colectivos permiten a los titulares a autorizar o impedir:

- 1) El uso y la comercialización.
- 2) La reproducción industrial¹⁵⁰.
- 3) La adquisición de derechos de propiedad intelectual exclusivos sobre la materia.
- 4) La certificación de expresiones culturales como obras de arte tradicional indígena o artesanía y realizados a mano por los nativos.

Las solicitudes son examinadas por un examinador sobre derechos colectivos indígenas (para los que se crea un puesto especial en la oficina de propiedad industrial). Los registros se publican y se podrán presentar apelaciones en contra de ellos.

Esta revisión sugiere que existe una gran diversidad de enfoques, alcance, tipos de derechos y modos de aplicación para la protección de los conocimientos tradicio-

¹⁴⁹ Decreto Ejecutivo No 1 (20 de marzo 2001).

¹⁵⁰ Se permiten excepciones, en ciertos casos, para grupos de danza folclórica y pequeños artesanos no indígenas. Pueden fabricar y comercializar reproducciones, pero no reclamar los derechos colectivos reconocidos por la Ley.

nales en América Latina. En el caso de Panamá y Perú, se han establecido regímenes autónomos, mientras que en otros países se proporciona una protección de los conocimientos tradicionales en el contexto de sistemas más amplios, relacionados con la biodiversidad o el acceso a los recursos genéticos. La protección de los conocimientos tradicionales se concibe, en algunos casos, como una defensa contra la apropiación indebida, mientras que otras normativas crean derechos positivos, como el derecho de excluir a partes no autorizadas del uso del conocimiento protegido.

En la mayoría de los casos, la protección se limita a los conocimientos relacionados con la biodiversidad o el conocimiento que poseen los pueblos indígenas (como en Perú). La ley de Panamá ofrece, sin embargo, un ejemplo de un sistema que abarca todo lo aplicable a las expresiones culturales, así como los conocimientos de carácter técnico, tanto respecto de elementos materiales como inmateriales.

El registro de los conocimientos tradicionales es voluntario bajo algunos regímenes (Perú), mientras que en otros (Panamá) es una condición para la concesión de derechos. Algunos sistemas prevén derechos exclusivos, mientras que otros se basan en conceptos más flexibles referidos a las conductas injustas o desleales.

Curiosamente, el TLC firmado entre la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y Colombia, firmado en noviembre de 2008, contiene una sección sobre "Medidas relacionadas con la Biodiversidad", que "incluyen disposiciones que reconocen la importancia de los objetivos y obligaciones principales en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el reconocimiento de principios básicos como los derechos soberanos sobre los recursos genéticos, y el respeto por el acceso y participación justa y equitativa, a la luz de los principios y disposiciones de las legislaciones nacionales e internacionales". También reconoce las contribuciones de los pueblos indígenas, las comunidades locales y sus conocimientos para el desarrollo económico y social¹⁵¹. Del mismo modo, el capítulo sobre propiedad intelectual del TLC entre la Unión Europea, Perú y Colombia, incluye una sección sobre la "Protección de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales", que -entre otras cosas- reconoce "la importancia y el valor de la diversidad biológica y sus componentes, de los conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales" (Artículo 201.1) y reafirma las obligaciones

¹⁵¹ D Vivas-Eugui, 'Landmark Biodiversity, TK Provisions Accompany EFTA-Colombia FTA', *Bridges Trade BioRes Review* 3, no. 2 (October 2009): pp. 1-3, disponible en <http://ictsd.org/i/news/bioresreview/56908/>.

de las partes en virtud del artículo 15.7 de la CDB (Artículo 201.4) asociados. No hay obligaciones específicas para prevenir o sancionar la 'biopiratería'. Las partes solo acordaron "clarificar el asunto y concepto de la apropiación indebida de los recursos genéticos y de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados, con el objeto de encontrar, según corresponda y de conformidad con las disposiciones de la legislación internacional y nacional, las medidas para abordar este tema" (Artículo 201.5).

4. Conclusión

La legislación sobre propiedad intelectual ha sufrido cambios dramáticos en América Latina en los últimos veinte años. La necesidad de modificar los regímenes existentes e introducir nuevas modalidades de protección compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC fue central en este proceso. Las presiones externas, principalmente del gobierno de Estados Unidos y sus industrias, también influyeron en los procesos legislativos de la región, en algunos casos de manera decisiva. La adopción de reformas (como la Ley de Patentes en Argentina y Protección de Datos en Guatemala) mostró, en algunos casos, fuertes tensiones que llevaron a turbulentos procesos legislativos.

Para el año 2000, la mayoría de los países de América Latina había completado la revisión de sus regímenes de propiedad intelectual en consonancia con el Acuerdo sobre los ADPIC. Aunque algunas cuestiones pendientes quedaron (como en el área de las topografías de circuitos integrados), y todavía hay controversias sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC (como el Artículo 39.3), solo dos países (Argentina y Brasil) fueron sujetos (en el año 2000) a quejas ante la OMC, basadas en la supuesta violación de las normas ADPIC. En ambos casos, se llegó a un acuerdo y ningún panel fue establecido para pronunciarse sobre las cuestiones objeto de controversia. Ninguna otra denuncia se ha presentado ante la OMC contra un país de América Latina desde entonces.

Los países latinoamericanos han utilizado, en un grado variable, pero no en la mayor medida posible, el margen de maniobra que deja el Acuerdo sobre los ADPIC para el diseño de un sistema de propiedad intelectual que favorezca la competencia. Muchos países han utilizado ese margen para desarrollar sistemas de licencias obligatorias. Pocos países, sin embargo, han establecido explícitamente excepciones estilo "Bolar", y muchos no permiten las importaciones paralelas. En varios casos, las empresas extranjeras han tratado de reducir tal margen de maniobra a través

de litigios estratégicos, incluyendo la prevención en la aplicación de los períodos de transición previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC, y tratando de obtener exclusividad sobre el uso de los datos de prueba.

Si bien, en el año 2000, después de las reformas masivas de sus legislaciones, los países de América Latina se encontraban cumpliendo con el Acuerdo sobre los ADPIC, se dispara una nueva ola de modificaciones por la firma de acuerdos de libre comercio con los Estados Unidos. Chile, Colombia, Perú, República Dominicana y los países centroamericanos, ya han llevado a cabo este proceso, lo que implica, entre otras cosas, la ampliación en determinadas circunstancias de la duración de la patente, la exclusividad de datos de prueba y la vinculación patente-registro de los productos farmacéuticos.

Sin embargo, no todos los elementos en los regímenes de propiedad intelectual de los países latinoamericanos han sido determinados por el Acuerdo sobre los ADPIC y los TLC. Además de adherir al WCT y el WPPT, muchos países de América Latina han introducido la protección de modelos de utilidad, como un medio para promover innovaciones menores o incrementales que caracterizan la trayectoria de innovación en países sin una sofisticada infraestructura científica y tecnológica.

Algunos países también han participado activamente en el desarrollo de regímenes *sui generis*, en algunos casos basados en conceptos de propiedad intelectual, para la protección de los conocimientos tradicionales. Más que como un incentivo para el desarrollo de tales conocimientos (que todavía está en evolución), esos regímenes tienen por objeto, principalmente, la prevención de la biopiratería y asegurar la distribución de beneficios en los casos de explotación comercial de los conocimientos tradicionales.

En América Latina, la relación entre la propiedad intelectual y el desarrollo sigue siendo tan nebuloso como en el resto del mundo. Hay muy poca evidencia, hasta el momento, sobre el impacto de los derechos de propiedad intelectual en variables tales como la inversión y la transferencia de tecnología, pero varios estudios apuntan a considerables costos derivados de la aplicación de normas más estrictas de protección, en particular el aumento de los precios y el acceso más limitado a los medicamentos. Tal relación es un motivo de preocupación para muchos países de América Latina, que han expresado la necesidad de examinar la forma en que los derechos de propiedad intelectual pueden afectar el desarrollo.

En particular, Argentina y Brasil, con el apoyo de otros países de América Latina y en desarrollo, pusieron en marcha un proceso para establecer una "agenda de desarrollo" en la OMPI¹⁵². Esta propuesta está dirigida a remodelar profundamente la agenda de la OMPI hacia objetivos de desarrollo y trabajar en nuevos enfoques para apoyar la innovación y la creatividad¹⁵³. Si tiene éxito, este programa puede evitar la simplificación común acerca de la relación entre la propiedad intelectual y el desarrollo y, en definitiva, explorar nuevos mecanismos para fortalecer los sistemas de innovación en América Latina y otros países en desarrollo.

¹⁵² Véase la 'Propuesta de Argentina y Brasil para el establecimiento de una agenda de desarrollo para la OMPI (OMPI, el documento WO / GA / 31/11, Ginebra, 27 de agosto de 2004), disponible en http://www.wipo.int/reuniones/es/doc_details.jsp?doc_id=31.737.

¹⁵³ Véase por ejemplo, "El establecimiento de un Programa para el Desarrollo "de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): comentario de propuesta de Argentina y Brasil" (Centro del Sur, septiembre de 2004), disponible en http://www.southcentre.org/index.php?option=com_content&task=view&id=80

Anexo I

La excepción de investigación/experimentación en las leyes de patentes de los países latinoamericanos

País	Ley	Disposiciones
Argentina	Ley 24.481 (y modificatoria 24.572)	Artículo 36: El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra: a) Un tercero que, en el ámbito privado o académico y con fines no comerciales, realice actividades de investigación científica o tecnológica puramente experimentales, de ensayo o de enseñanza, y para ello fabrique o utilice un producto o use un proceso igual al patentado.
Brasil	Ley 9.279	Artículo 43: Lo dispuesto en el artículo anterior [Art. 42- La patente concede a su titular el derecho de impedir a terceros, sin su consentimiento, de producir, usar, colocar a venta, vender o importar con estos propósitos] no se aplica: I) a los actos practicados por terceros no autorizados, en carácter privado y sin finalidad comercial, desde que no causen perjuicios al interés económico del titular de la patente; II) a los actos practicados por terceros no autorizados, con finalidad experimental, relacionados a estudios o pesquisas científicas o tecnológicas; V) a terceros que, en el caso de patentes relacionadas con materia viva, utilicen, sin finalidad económica, el producto patentado como fuente inicial de variación o propagación para obtener otros productos.
Chile	Ley 19.039	Artículo 52: Serán condenados a pagar una multa a beneficio fiscal de veinticinco a mil unidades tributarias mensuales: c) Los que maliciosamente, con fines comerciales, hagan uso de un procedimiento patentado.
Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú)	Decisión 486	Artículo 53: El titular de la patente no podrá ejercer el derecho a que se refiere el artículo anterior respecto de los siguientes actos: a) actos realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales; b) actos realizados exclusivamente con fines de experimentación, respecto al objeto de la invención patentada; c) actos realizados exclusivamente con fines de enseñanza o de investigación científica o académica; d) actos referidos en el artículo 5ter del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; e) cuando la patente proteja un material biológico excepto plantas, capaz de reproducirse, usarlo como base inicial para obtener un nuevo material viable, salvo que tal obtención requiera el uso repetido de la entidad patentada.

País	Ley	Disposiciones
Costa Rica	Ley 6867	Artículo 16.2: Siempre que las siguientes excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente, ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de su titular o su licenciatario, los derechos conferidos por la patente no se extienden a: a) Los actos jurídicos de cualquier naturaleza, siempre que sean realizados en un ámbito privado y con fines no comerciales. b) Los actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada. c) Los actos realizados exclusivamente con fines de enseñanza o de investigación científica o académica respecto del objeto de la invención patentada. d) Los actos de venta, oferta para la venta, uso, usufructo, importación o cualquier modo de comercialización de un producto protegido por la patente u obtenido por procedimiento patentado, una vez que ha sido puesto en el comercio de cualquier país, con el consentimiento del titular o un licenciatario. e) Los usos necesarios para investigar, tramitar, procesar o cualesquiera otros requisitos para obtener la aprobación sanitaria con el fin de comercializar un producto después de expirar la patente que lo protege.
Cuba	Decreto-Ley N° 290	Artículo 47: Los derechos conferidos por la patente no se extienden a: a) los actos realizados exclusivamente con fines de enseñanza o de investigación científica o tecnológica; b) los actos realizados en un ámbito privado y con fines no comerciales; c) los actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada; d) los actos realizados con fines de experimentación, procesamiento, tramitación o cualesquiera otras finalidades destinadas a obtener el registro y otras formas de autorización sanitaria y a preparar una futura explotación comercial con posterioridad a la expiración de la patente.
Ecuador	Ley de Propiedad Intelectual (Codificación N° 2006-013)	Artículo 150: El titular de una patente no podrá ejercer el derecho prescrito en el artículo anterior, en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando el uso tenga lugar en el ámbito privado y a escala no comercial; b) Cuando el uso tenga lugar con fines no lucrativos, a nivel exclusivamente experimental, académico o científico.
El Salvador	Decreto Legislativo 604 y Modificatorio 912	Artículo 116: Los efectos de la patente no se extienden: “a) A los actos referidos en el artículo 5 TER, del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; b) A actos realizados en el ámbito privado con fines no comerciales, en tanto que no atenten de manera injustificable contra la normal explotación de la invención que el titular pudiera realizar o realice; c) A un tercero que, sin propósitos comerciales, realice actos de fabricación o

País	Ley	Disposiciones
		utilización de la invención con fines experimentales relativos al objeto de la invención patentada, o con fines de investigación científica, académica o de enseñanza, en tanto que no atente de manera injustificable contra la normal explotación de la invención que el titular pudiera realizar o realice; e) A la utilización por un tercero, de la materia objeto de protección cuya patente se encuentra vigente, para generar la información necesaria con el fin de apoyar una solicitud de registro sanitario de un producto farmacéutico o químico agrícola ante el Consejo Superior de Salud Pública o el Ministerio de Agricultura y Ganadería, solicitud que podrá ser presentada una vez expire el plazo de protección de una patente; y en caso el producto sea exportado fuera del territorio nacional, se permitirá dicha exportación únicamente para satisfacer los requisitos de aprobación de comercialización en El Salvador”.
Guatemala	Decreto 57-2000	Artículo 130: La patente no dará el derecho a su titular de impedir: a) Actos realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales; b) Actos realizados exclusivamente con fines de experimentación respecto al objeto de la invención patentada; c) Actos realizados exclusivamente con fines de enseñanza o investigación científica o académica, sin propósitos comerciales, respecto al objeto de la investigación patentada; y d) Actos referidos en el artículo 5ter del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. La realización de cualquier actividad de las relacionadas en el párrafo anterior no constituirá infracción de la patente, ni dará derecho al titular de la patente para proceder contra quien los realice.
Honduras	Decreto 12-99	Artículo 18: Los derechos conferidos por la patente sólo podrán hacerse valer contra actos realizados por terceros con fines industriales o comerciales. En particular, tales derechos no podrán hacerse valer contra actos realizados exclusivamente en el ámbito privado y con fines no comerciales, o con fines de experimentación, investigación científica o enseñanza relativos al objeto de la invención patentada. La patente no confiere el derecho de impedir los actos referidos en el Artículo 5. Del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.
México	Ley de Propiedad Industrial (2012)	Artículo 22: El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra: I. Un tercero que, en el ámbito privado o académico y con fines no comerciales, realice actividades de investigación científica o tecnológica puramente experimentales, de ensayo o de enseñanza, y para ello fabrique o utilice un producto o use un proceso igual al patentado; II. Cualquier persona que comercialice,

País	Ley	Disposiciones
		adquiera o use el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio; V.- Un tercero que, en el caso de patentes relacionadas con materia viva, utilice el producto patentado como fuente inicial de variación o propagación para obtener otros productos, salvo que dicha utilización se realice en forma reiterada.
Panamá	Ley N° 35	Artículo 19: El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra: 1. Un tercero que, en el ámbito privado y a escala no comercial, o con una finalidad no comercial, realice actos relacionados con la invención patentada; 2. Una industria o empresa, en general, o entidad educativa o científica, que realice actos de fabricación o utilización de la invención con fines experimentales, relativos al objeto de la invención patentada, o con fines de investigación científica o de enseñanza.
Paraguay	Ley N° 1.630/2000	Artículo 34: La patente no dará el derecho de impedir: a) los actos realizados exclusivamente con fines de experimentación y sin fines comerciales respecto al objeto de la invención patentada; b) los actos realizados exclusivamente con fines de enseñanza o de investigación científica o académica; d) la utilización de la invención desde treinta días antes del vencimiento de la patente con fines experimentales y con el objeto de reunir la información requerida para la aprobación de un producto por la autoridad competente, para la comercialización con posterioridad al vencimiento de la patente.
Perú	Ley N° 29316 que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de promoción comercial suscrito entre el Perú y EE.UU.	Artículo 8: Incorporación de los artículos 8°A, 25°A, 25°b, 39°A y 120° A al Decreto Legislativo N° 1075, Disposiciones Complementarias a la Decisión 486. Artículo 38. Cuando las excepciones limitadas previstas en el artículo 53° de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina alienten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente o causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente. Teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros, el titular de la patente podrá ejercer los derechos establecidos en el artículo 52° de dicha Decisión.
República Dominicana	Ley 424-06 de Implementación del TLC entre la Rep. Dominicana, Centroamérica y EE.UU. (DR-CAFTA)	Artículo 3: Se modifica el Artículo 30 de la Ley 20-00 sobre Propiedad Industrial, de manera que en lo adelante recé lo siguiente: “Artículo 30.- Limitación y agotamiento de 10s derechos de la patente. “La patente no da el derecho de impedir: a) Actos realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales; b) Actos realizados exclusivamente con fines de experimentación con respecto a la invención patentada; c) Actos realizados exclusivamente

País	Ley	Disposiciones
		con fines de enseñanza o investigación científica o académica; f) Cuando la patente proteja material biológico capaz de reproducirse, el uso de ese material como base inicial para obtener un nuevo material biológico viable, salvo que tal obtención requiera el uso repetido del material patentado; g) Aquellos usos necesarios para obtener la aprobación sanitaria y para comercializar un producto después de la expiración de la patente que lo proteja.
Uruguay	Ley 17.164	Artículo 39: El derecho que confiere una patente no alcanzará a los siguientes actos: A) Los realizados en el ámbito privado y con fines no industriales o comerciales, siempre que no provocaren un perjuicio económico para el titular de la patente. B) La preparación de un medicamento para un paciente individual, bajo receta médica y elaborada con la dirección de un profesional habilitado. C) Entre otros, los casos de preparación de un medicamento bajo receta médica para un paciente individual, elaborado bajo dirección de un profesional habilitado. D) Los realizados exclusivamente con fines de experimentación, incluso preparatorios de una futura explotación comercial, realizados dentro del año anterior al vencimiento de la patente. E) Los realizados con fines de enseñanza o investigación científica o académica.

Anexo II

Regulación de las importaciones paralelas en países latinoamericanos seleccionados

País	Ley	Disposiciones
Comunidad Andina (Bolivia, Ecuador, Colombia and Perú)	Decisión 486	Artículo 54: La patente no dará el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por la patente, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular de la patente, o por otra persona con su consentimiento o económicamente vinculada a él. Artículo 158: El registro de una marca no dará el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por dicho registro, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular del registro o por otra persona con consentimiento del titular o económicamente vinculada a él, en particular cuando los productos y los envases o embalajes que estuviesen en contacto directo con ellos no hubiesen sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro. A los efectos del párrafo precedente, se entenderá que dos personas están económicamente vinculadas cuando una pueda ejercer directa o indirectamente sobre la otra una influencia decisiva con respecto a la explotación de los derechos sobre la marca, o cuando un tercero puede ejercer tal influencia sobre ambas personas.
Argentina	Ley. 24.481	Artículo 36: El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra: c) Cualquier persona que adquiera, use, importe o de cualquier modo comercialice el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, una vez que dicho producto hubiera sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país.
	Ley 11.723	Artículo 72 bis: Será reprimido con prisión de un mes a seis años: e) El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público.
Brasil	Ley de Propiedad Industrial Nro. 9.279	Artículo 43: Lo dispuesto en el artículo anterior (42, derecho del titular) no se aplica: IV- a producto fabricado de acuerdo con patente de proceso o de producto que haya sido colocado en el mercado interno directamente por el titular de la patente o con su consentimiento. Artículo 132: El titular de la marca no podrá: III - impedir la libre circulación de producto colocado en el mercado interno, por sí o por otros con su consentimiento, resguar-

País	Ley	Disposiciones
		guardado lo dispuesto en los § 3º y 4º del art. 68.
Chile	Ley de Propiedad Industrial Nro. 19.039	Artículo 19 bis E: El derecho que confiere el registro de la marca no faculta a su titular para prohibir a terceros el uso de la misma respecto de los productos legítimamente comercializados en cualquier país con esa marca por dicho titular o con su consentimiento expreso. Artículo 49.5: La patente de invención no confiere el derecho de impedir que terceros comercialicen el producto amparado por la patente, que ellos hayan adquirido legítimamente después de que ese producto se haya introducido legalmente en el comercio de cualquier país por el titular del derecho o por un tercero, con el consentimiento de aquél.
Costa Rica	Ley 7.978	Artículo 27: El registro de la marca no confiere a su titular el derecho de prohibir a un tercero el uso de la marca, en productos legítimamente marcados que haya introducido en el comercio, en el país o en el extranjero, dicho titular u otra persona que tenga el consentimiento del titular, a condición de que esos productos y los envases o embalajes que estén en contacto inmediato con ellos no hayan sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro y que no causen perjuicio al titular o derechohabiente.
	Ley 6.867	Artículo 16: 1.- Con las limitaciones previstas en la presente ley, la patente conferirá al titular el derecho a explotar, en forma exclusiva, la invención y conceder licencias a terceros para la explotación. Asimismo, la patente conferirá a su titular los siguientes derechos exclusivos: a) Cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación, para estos fines, del producto objeto de la patente. b) Cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de al menos el producto obtenido directamente mediante dicho procedimiento.
Cuba	Decreto Ley No. 203	Artículo 47: I.-El registro de una marca no confiere a su titular el derecho de prohibir a un tercero el uso de la misma en relación con productos que, legítimamente marcados, hayan sido introducidos lícitamente en cualquier mercado con esa marca por él, o por otra persona con su consentimiento o económicamente vinculada a él, a condición de que los productos y los envases o embalajes que estuviesen en contacto inmediato con ellos no hubiesen sufrido ninguna modificación, alteración, o

País	Ley	Disposiciones
		deterioro, u otro motivo legítimo que justifique que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos.II. A los efectos del párrafo anterior, se entenderá que dos personas están económicamente vinculadas cuando una pueda ejercer directamente sobre la otra influencia decisiva con respecto a la explotación de la marca, o cuando un tercero pueda ejercer directamente tal influencia sobre tales personas.
	Decreto Ley No. 290	Artículo 48.I: Los derechos del titular no se extienden a los actos realizados por un tercero con relación al producto patentado o al producto directamente obtenido a partir de un procedimiento patentado, después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en cualquier territorio por el titular o por otra persona con su consentimiento o económicamente vinculada con él.
Guatemala	Ley de Propiedad Industrial	Artículo 37: El registro de la marca no confiere a su titular el derecho de prohibir la libre circulación de los productos que la lleven legítimamente y que se hubiesen introducido en el comercio, en el país o en el extranjero, por dicho titular o por otra persona con consentimiento del titular o económicamente vinculada a éste, a condición de que esos productos y los envases o embalajes que estuviesen en contacto inmediato con ellos no hubiesen sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro. A los efectos del párrafo anterior, se entenderá que dos personas están económicamente vinculadas cuando una pueda ejercer directa o indirectamente sobre la otra una influencia decisiva con respecto a la explotación de los derechos sobre la marca, o cuando un tercero pueda ejercer tal influencia sobre ambas personas.
		Artículo 131: La patente no dará el derecho de impedir a un tercero realizar negocios mercantiles respecto de un producto protegido por la patente u obtenido por un procedimiento patentado, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular de la patente o por otra persona con consentimiento del titular o económicamente vinculada a él. Para los efectos del párrafo anterior, se entenderá que dos personas están económicamente vinculadas cuando una pueda ejercer directa o indirectamente sobre la otra una influencia decisiva con respecto a la explotación de la patente, o cuando un tercero pueda ejercer tal influencia sobre ambas personas.
	Decreto 33-99	Artículo 21: El derecho pecuniario o patrimonial, confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir total o parcialmente sus derechos sobre ella y de autorizar su

País	Ley	Disposiciones
		utilización u aprovechamiento por terceros. Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra por cualquier medio, forma o proceso; por consiguiente les corresponde autorizar cualquiera de los actos siguientes: f) La de autorizar o prohibir la importación y exportación de copias de su obra o de fonogramas legalmente fabricadas y la de impedir la importación y exportación de copias fabricadas sin su consentimiento.
Honduras	Ley de Propiedad Industrial Decreto No. 12-99-E	Artículo 18: Los derechos conferidos por la patente no podrán hacerse valer contra cualquier persona que comercialice, adquiera o use el producto patentado u obtenido por el procesó patentado, luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio nacional o internacional por el titular de la patente o por sus licenciatarios.
		Artículo 98: El registro de la marca, no confiere a su titular el derecho de prohibir a un tercero la utilización de la marca en relación con los productos legítimamente marcados que dicho titular, su licenciatario o alguna otra persona con consentimiento de titular, hubiese vendido o de otro modo introducido en el comercio en Honduras o en el extranjero, a condición de que esos productos y los envases o embalajes que estuviesen en contacto inmediato con tales productos no hayan sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro.
México	Ley de Propiedad Industrial	Artículo 25: El derecho exclusivo de explotación de la invención patentada confiere a su titular las siguientes prerrogativas: I.- Si la materia objeto de la patente es un producto, el derecho de impedir a otras personas que fabriquen, usen, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto patentado, sin su consentimiento, y II.- Si la materia objeto de la patente es un proceso, el derecho de impedir a otras personas que utilicen ese proceso y que usen, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto obtenido directamente de ese proceso, sin su consentimiento. La explotación realizada por la persona a que se refiere el artículo 69 de esta Ley, se considerará efectuada por el titular de la patente.
		Artículo 92: El registro de una marca no producirá efecto alguno contra: II.- Cualquier persona que comercialice, distribuya, adquiera o use el producto al que se aplica la marca registrada, luego que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio por el titular de la marca registrada o por la persona a quien le haya concedido licencia.

País	Ley	Disposiciones
	Ley Federal de Derecho de Autor	Artículo 27: Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir: V. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización.
Panamá	Ley N° 35 de 10 de mayo de 1996	Artículo 19: Cualquiera persona que comercialice, adquiriera o use el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, luego de que el producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio de cualquier país.
		Artículo 100: El registro de una marca no confiere el derecho de prohibir a un tercero: 1. Realizar actos de comercio en relación con los productos legítimamente marcados que el propio titular, su licenciatario u otra persona autorizada para ello, hubiese vendido o de otro modo introducido lícitamente en el comercio con esa marca, a condición de que esos productos y los envases o empaques que estuviesen en contacto inmediato con tales productos, no hayan sufrido ninguna modificación o alteración.
Paraguay	Ley 1.630	Artículo 34: De las limitaciones al derecho de patente y agotamiento del derecho. La patente no dará el derecho de impedir: c) los actos de comercio realizados por un tercero respecto de un producto protegido por la patente después de que se hubiese introducido lícitamente en el comercio en cualquier país por el titular de la patente o por otra persona con consentimiento del titular o habilitada legalmente.
	Ley de Marcas Nro. 1.294	Artículo 17: No podrá impedirse la libre circulación de los productos marcados, introducidos legítimamente en el comercio de cualquier país por el titular o con la autorización del mismo, fundándose en el registro de la marca, siempre que dichos productos, así como sus envases o embalajes no hayan sufrido alteraciones, modificaciones o deterioros.
	Ley de Derecho de Autor No. 1328/98	Artículo 29: La importación comprende el derecho exclusivo de autorizar o no el ingreso al territorio nacional de copias de la obra que no hayan sido autorizadas expresamente para el país de importación, independientemente de que el tenedor del derecho haya o no autorizado la realización de dichas copias en el país de origen. Los derechos de importación se extienden a la transmisión electrónica de obras. Este derecho suspende la libre circulación de dichos ejemplares en las fronteras, pero no surte efecto respecto de la única copia para uso individual que forme parte del equipaje personal.

País	Ley	Disposiciones
República Dominicana	Ley de Propiedad Industrial No. 20-00 y Ley N° 424-06 de Implementación del TLC entre República Dominicana, Centroamérica y EE.UU. (DR-CAFTA)	Artículo 30: La venta, locación, uso, usufructo, la importación o cualquier modo de comercialización de un producto protegido por la patente u obtenido por el procedimiento patentado, una vez que dicho producto ha sido puesto en el comercio de cualquier país, con el consentimiento del titular o de un licenciatario o de cualquier otra forma lícita. No se consideran puestos lícitamente los productos o los procedimientos en infracción de derecho de propiedad industrial.
		Artículo 88: Limitación de los derechos por agotamiento. 1) El registro de la marca no confiere a su titular el derecho de prohibir a un tercero el uso de la marca en relación con los productos legítimamente marcados que el titular o alguna otra persona con su consentimiento o económicamente vinculada a él hubiese introducido en el comercio, en el país o en el extranjero, a condición de que esos productos y los envases o embalajes que estuviesen en contacto inmediato con tales productos no hayan sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro. 2) Se entiende que dos personas están económicamente vinculadas cuando una queda ejercer directa o indirectamente sobre la otra, una influencia decisiva con respecto a la explotación de la marca, o cuando un tercero pueda ejercer tal influencia sobre ambas personas.
Uruguay	Ley 17.164	Artículo 40: El titular de la patente no podrá impedir que cualquier persona use, importe o comercialice de cualquier modo un producto patentado, después que el mismo ha sido puesto lícitamente en el comercio dentro del país o en el exterior por dicho titular o bien por un tercero con su consentimiento o legítimamente habilitado. No se considerarán puestos lícitamente en el mercado los productos o los procedimientos en infracción de derechos de propiedad intelectual (Parte 111, Sección 4, del Acuerdo ADPIC de la Organización Mundial de Comercio)
	Ley de Marcas No. 17.011	Artículo 12: No podrá impedirse la libre circulación de los productos marcados, introducidos legítimamente en el comercio por el titular o con la autorización del mismo, fundándose en el registro de la marca, siempre que dichos productos y su presentación, así como sus envases o sus embalajes que estuvieren en contacto inmediato con ellos, no hayan sufrido alteraciones, modificaciones o deterioros significativos.

País	Ley	Disposiciones
	Ley de Derecho de Autor. No. 9.739	Artículo 2: El derecho de propiedad intelectual sobre las obras protegidas en esta ley comprende la facultad exclusiva del autor de enajenar, reproducir, distribuir, publicar, traducir, adaptar, transformar, comunicar o poner a disposición del público las mismas, en cualquier forma o procedimiento. La facultad de reproducir comprende la fijación de la obra o producción protegida por la presente ley, en cualquier forma o por cualquier procedimiento, incluyendo la obtención de copias, su almacenamiento electrónico – sea permanente o temporario-, que posibilite su percepción o comunicación. La facultad de distribuir comprende la puesta a disposición del público del original o una o más copias de la obra o producción, mediante su venta, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, arrendamiento, préstamo, importación, exportación o cualquier otra forma conocida o por conocerse, que implique la explotación de las mismas.
Venezuela	Ley de Derecho de Autor (1993)	Artículo 95: Los productores fonográficos tienen el derecho exclusivo de autorizar o no la reproducción de sus fonogramas, así como la importación, distribución al público, alquiler u otra utilización, por cualquier forma o medio, de las copias de sus fonogramas.
	Ley de Propiedad Industrial No. 25.227	Artículo 5: Las patentes de invención, de mejora, de modelo o dibujo industriales y las de introducción de invento o mejora, confieren a sus titulares el privilegio de aprovechar exclusivamente la producción o procedimiento industrial objeto de la patente, en los términos y condiciones que se establecen en esta Ley. Las patentes de introducción no dan derecho a sus titulares a impedir que otros importen al país objetos similares a los que abarquen dichas patentes.

LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO EN LATINOAMÉRICA: REALIDADES Y DESAFÍOS

Fabián Villarroel Ríos¹

1. Introducción a la Facilitación del Comercio

Con la aprobación del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio (AFC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)², se abrió una serie de expectativas para los países Miembros y la comunidad en general, que han apostado por visualizar en el referido Acuerdo una oportunidad de mayor crecimiento del comercio exterior y de mayor competitividad y dinamismo del sector exportador, al tener por fin un marco multilateral vinculante que fijará las reglas en este ámbito.

El AFC es, sin lugar a dudas, un reflejo de una de las preocupaciones que los Miembros han tenido en cuenta durante estos últimos casi veinte años. El tema de la facilitación del comercio apareció tratado, por primera vez y de manera formal, en el seno de la OMC, en la Conferencia Ministerial de Singapur, celebrada en diciembre de 1996, en la que los Miembros encomendaron al Consejo del Comercio de Mercancías “la realización de trabajos exploratorios y analíticos sobre la simplificación de los procedimientos que rigen el comercio... con objeto de evaluar si procede establecer normas de la OMC en esta materia”, en lo que fue conocido, en su momento, como uno de los temas de la “Agenda de Singapur”.

Sin embargo, sería la Ronda de Doha, del año 2001, la que le daría el puntapié inicial y formal al tema de la facilitación del comercio, cuando en la Declaración Ministerial, párrafo 27, se estableciera que existen “...razones en favor de agilizar aún más el movimiento, el despacho de aduana y la puesta en circulación de mercancías, incluidas las mercancías en tránsito”, mandando al Consejo del Comercio de Mercancías “...a examinar y, según proceda, aclarar y mejorar los aspectos pertinentes de los artículos V, VIII y X del GATT de 1994, e identificar las necesidades y prioridades de

¹ Abogado, Master en Derecho Internacional con mención en Comercio, de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Es además profesor de la Universidad de Chile y de la Universidad de Valparaíso, Chile. En la actualidad se desempeña como jefe del Departamento de Asuntos Internacionales del Servicio Nacional de Aduanas de Chile.

² WT/L/931

los Miembros, en particular los que son países en desarrollo y menos adelantados, en materia de facilitación del comercio”.

Con posterioridad y tras algunos años, en julio de 2004, los Miembros acordaron formalmente iniciar negociaciones sobre la facilitación del comercio. En el marco de ese mandato, los Miembros intentarían aclarar y mejorar los artículos V (Libertad de tránsito), VIII (Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación) y X (Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales) del GATT, de acuerdo a las modalidades del denominado “Paquete de Julio”³. Adicionalmente, las negociaciones tendrían por finalidad potenciar la asistencia técnica y la creación de capacidades en este ámbito, y mejorar la cooperación efectiva entre las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes en las cuestiones relativas a la facilitación del comercio y el cumplimiento de los procedimientos aduaneros.

Y es así que cuando revisamos las disposiciones contenidas en el AFC, es posible constatar que la mayoría de sus normas se centran en dotar al sistema multilateral de mayor transparencia y previsibilidad, más certeza jurídica y económica, pero ya no principalmente referido a los derechos aduaneros, como lo fue tradicionalmente, sino más bien a un ámbito relativamente nuevo y que ha venido a cobrar cada vez mayor relevancia. Nos referimos al mundo de las Barreras No Arancelarias.

En efecto, conforme a los datos de la propia OMC, los derechos aduaneros aplicados por los Miembros entre 1996 y el 2013, en promedio, se han reducido en un 15%, resultando un arancel promedio aplicado de 9% por los Miembros en 2013.⁴ Lo anterior, encuentra su explicación en que muchos de los Miembros, salvo algunas excepciones, han venido rebajando progresivamente sus derechos aduaneros, desde principios de la década de los noventa, sea a través de políticas unilaterales, sea a través de la suscripción de acuerdos comerciales, bajo las formas de acuerdos preferenciales, primero, y posteriormente, a través de tratados de libre comercio u otros modelos de integración más profundos. Lo dicho es absolutamente comprobable en el caso de Latinoamérica que, en mayor o menor medida, se ha embarcado en esta “carrera” liderada en la región por México y Chile, pero seguida de cerca por Centroamérica, Colombia y Perú, entre otros, construyendo una vasta red de acuerdos comerciales en la región y fuera de ella.

3 WT/L/579. Decisión del Consejo General sobre el Programa de Trabajo de Doha, acordado el 1º de agosto de 2004, que contiene el marco y otros acuerdos concebidos para focalizar las negociaciones y elevarlas a un nivel superior.

4 Estadística de Comercio Internacional, Perfiles de Tarifas Mundial, OMC.

Sin embargo, pareciera que esta tendencia en pos de la apertura arancelaria no bastase para hacer del movimiento, del despacho y de la circulación de mercancías, un asunto necesariamente más expedito, más rápido y menos costoso.

Y es que, además de la proliferación de acuerdos comerciales y la consecuente rebaja progresiva de las barreras arancelarias, el comercio internacional de hoy puede ser caracterizado por diferentes fenómenos que podemos resumir, entre otros elementos, por la incorporación de la tecnología en la transmisión electrónica de la información, la aparición de nuevos medios de transporte de carga, nuevas formas de producción y distribución del comercio (logística del comercio internacional), y por la irrupción de nuevos actores, sea como empresas multinacionales vinculadas o como procesos de integración supranacionales. Todos estos elementos podrían dejarnos la impresión de estar frente a flujos comerciales que transitan con mayor libertad y rapidez y menos obstáculos, pero la realidad pareciera enfrentarnos a algo diferente. Y es que en el comercio internacional de hoy abundan diferentes barreras u obstáculos que ya no revisten la calidad de tributos, sea derechos aduaneros u otros impuestos. Por diferentes razones, el comercio internacional de hoy se caracteriza por el aumento de las barreras no arancelarias, cuyo origen y causas son variadas y diversas.

Sin pretender agotar las fuentes de las barreras no arancelarias, en primer lugar podemos apuntar a que existen hoy más bienes jurídicos que han obtenido protección a nivel internacional, especialmente en el ámbito del comercio internacional, que hasta hace algunos años no tenían. Todo lo relativo a la aplicación de las medidas en frontera derivadas del Acuerdo ADPIC, las prohibiciones y restricciones aplicadas en virtud de convenciones internacionales que protegen el medio ambiente (Convención de Basilea y Protocolo de Montreal, entre otras), las más tradicionales derivadas de los acuerdos sobre medidas sanitarias y fitosanitarias, y otras normas que protegen el patrimonio arqueológico y cultural, constituyendo las normas que pretenden asegurar la cadena logística, las más nuevas, pudiendo mencionar el Código Internacional para la Protección de los Buques y las Instalaciones Portuarias (Código ISPS) de la Organización Marítimo Internacional (OMI) y el Marco de Estándares para Asegurar y Facilitar el Comercio Mundial (Marco SAFE) de la Organización Mundial de Aduanas (OMA).

Como segunda fuente, podemos mencionar el “velado proteccionismo” que muchos países, por diferentes razones, practican con el objeto de proteger algún sector de la producción nacional, que ha quedado desprotegido como resultado del desmantelamiento arancelario que mencionamos más atrás. Y es que frente a la brusca caída

de los aranceles, y frente a la imposibilidad de elevar los aranceles (“congelados” a niveles más bajos que los consolidados en la OMC, como resultado de las negociaciones bilaterales o regionales), muchos de los Miembros y No Miembros recurren hoy a la aplicación de medidas no arancelarias para prohibir o restringir el acceso de mercancías a sus mercados, utilizando muchas veces, de manera artificial, las excepciones establecidas en el artículo XX y XXI del GATT, u otras medidas que justifiquen un trato discriminatorio frente a mercancías de origen extranjero. Resulta relevante considerar que hoy muchas de las controversias que se llevan en el seno de la OMC son el resultado de la aplicación de este tipo de medidas.

Sin embargo, pareciera que, en principio, respecto de estas dos fuentes o conjunto de causas de la proliferación de barreras no arancelarias, el sistema multilateral de comercio, a través de sus cláusulas fundamentales (MNF, TN) y de sus diferentes acuerdos específicos, diera buena cuenta. ¿Entonces, por qué la necesidad de construir un Acuerdo de Facilitación de Comercio?

Y es que resulta evidente que la sola desgravación arancelaria no ha sido suficiente para asegurar un acceso expedito y en condiciones competitivas más favorables a los mercados internacionales. Se necesita un sinnúmero de otros elementos para alcanzar los mercados de destino, donde ya no solo se compete en precios, sino también en la oportunidad de llegada, entre otros factores.

De ahí que fuera necesario crear un marco multilateral que estableciera reglas armonizadas y universalmente aceptadas en el ámbito de los procedimientos aduaneros y de otras agencias de frontera, en materia de formalidades de importación, exportación y tránsito, en temas como exigencias de información, papeleo, trámites, entre otros. En definitiva, en lo que dice relación con las prácticas asociadas al comercio exterior, que a la fecha no contaban con sistema vinculante, pese a ciertos intentos⁵.

2. La definición de facilitación de comercio

No es fácil encontrar una definición única de lo que debe entenderse por facilitación de comercio, y diferentes organismos multilaterales y regionales han intentado conceptualizar un término que, la mayoría de las veces, resulta bastante amplio en cuanto al número de elementos que incluye.

⁵ Convenio de Kyoto Revisado de la OMA sobre simplificación y armonización de los procedimientos aduaneros de 1999. Solo entró en vigencia en 2014, después de quince años de su conclusión.

Tanto es así que ni el propio AFC intentó una definición, limitándose la Declaración Ministerial de Doha a reconocer que existen “... razones en favor de agilizar aún más el movimiento, el despacho de aduana y la puesta en circulación de mercancías, incluidas las mercancías en tránsito”. Sin embargo, el Mandato esbozó de manera importante algunos de los elementos del concepto, en especial cuando se refirió a que las negociaciones debían tener por objeto aclarar tres artículos del GATT: el Artículo V (Libertad de tránsito), el Artículo VIII (Derechos y formalidades relativas a la importación y exportación) y el Artículo X (Publicación de los reglamentos comerciales).

Para la Organización Mundial de Aduanas, que en los últimos años ha venido trabajando intensamente en esta área, la facilitación del comercio significa evitar restricciones comerciales innecesarias al comercio, lo que puede ser logrado a través de procedimientos aduaneros modernos y la incorporación de tecnologías, así como el mejoramiento de la calidad de los controles que sean aplicados de una manera internacionalmente armonizada.

En definitiva, y sin intentar lograr un concepto único en torno a la facilitación del comercio, es posible distinguir una serie de elementos comunes a las definiciones que se han ido construyendo tanto desde los organismos multilaterales como desde la doctrina. La facilitación del comercio se trataría, entonces, de un conjunto de acciones destinadas a reducir los costos y tiempos de las transacciones comerciales internacionales, otorgando mayor transparencia y publicidad a los procedimientos aduaneros, y a los aplicados por otras agencias de frontera, disminuyendo el papeleo, profundizando la automatización de los procedimientos comerciales y aduaneros, así como estableciendo procesos de mayor coordinación entre las diferentes agencias fronterizas.

3. Las disciplinas del Acuerdo de Facilitación del Comercio

Como ya dijimos, el AFC contiene una serie de disposiciones que obedecen al Mandato y los principios contenidos en la Declaración Ministerial de Doha, y que fueron completados por el programa de trabajo adoptado por el Consejo General, en agosto de 2004, y por los sucesivos trabajos y negociaciones que se fueron dando hasta alcanzar un consenso en Bali, en diciembre de 2013. En efecto, durante el proceso, los Miembros se mostraron muy activos, tanto en la presentación de propuestas, como llevando casos de mejores prácticas en sus respectivos países, y que fueron en-

riqueciendo y, de alguna manera, ampliando los márgenes del mandato a cuestiones bastante operativas⁶.

Es así como el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio⁷ contiene una serie de disposiciones divididas en tres secciones. La sección I, que es a la que nos abocaremos con mayor profundidad en este artículo, contiene las normas sustantivas que pretenden agilizar el movimiento, el levante y el despacho de aduana de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito. En definitiva, en esta sección encontramos las prescripciones que se desprenden de los artículos V, VIII y X del GATT, así como disposiciones de cooperación aduanera.

La sección II, en cambio, contiene las disposiciones sobre trato especial y diferenciado, que permiten a los países en desarrollo y menos adelantados determinar cuándo aplicarán las disposiciones específicas del Acuerdo. Se trata, quizás, de uno de los aspectos más novedosos del Acuerdo, porque esta vez sujeta la exigibilidad de las obligaciones contraídas por cada Miembro, en desarrollo o menos adelantado, a la necesaria asistencia técnica que ese Miembro solicite y reciba efectivamente. Y es que la propia Declaración de Doha ya había anunciado su especial preocupación⁸ por el tema del trato especial y diferenciado, y a propósito de la Decisión sobre Cuestiones y Preocupaciones relativas a la Aplicación se había pronunciado al respecto.⁹ A partir de ahí, el AFC estableció tres tipos de categorías de disposiciones para los Miembros en desarrollo y menos adelantados, a saber:

- **Categoría A:** disposiciones que el Miembro aplicará en el momento de la entrada en vigor del Acuerdo (o, en el caso de un país menos adelantado Miembro, en el plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor).
- **Categoría B:** disposiciones que el Miembro aplicará tras un período de transición, después de la entrada en vigor del Acuerdo.
- **Categoría C:** disposiciones que el Miembro aplicará en una fecha posterior a un período de transición, después de la entrada en vigor del Acuerdo y que requieren la prestación de asistencia y apoyo para la creación de capacidad.

6 Ver Anexo E de la Declaración Ministerial de Hong Kong (WT/MIN/(05)/DEC).

7 WT/L/931.

8 Párrafo 3 de la Declaración de Doha.

9 WT/MIN (01)/17.

Cada Miembro, entonces, debe notificar a la OMC en qué categoría incluirá cada disposición.

Por último, la sección III contiene disposiciones que establecen un comité permanente de facilitación del comercio en la OMC y exigen que los Miembros tengan un comité nacional para facilitar la coordinación interna y la aplicación de las disposiciones del Acuerdo. Se trata acá de una buena oportunidad para construir visiones comunes desde el sector público y privado, vinculados al comercio exterior, en países donde ese diálogo parece no existir o ser muy discontinuo.

4. Las disposiciones de la Sección I del AFC y su concreción en Latinoamérica

En efecto, en la sección I encontramos 12 artículos que tratan alrededor de 35 asuntos o materias, derivados de los artículos V, VIII y X del GATT. Sin perjuicio del contenido del Mandato, las disposiciones del AFC resultaron mucho más variadas de lo que en algún momento se pudo pensar, alcanzando a establecer una serie de instrumentos de facilitación comercial que no habían sido siquiera tratados a la fecha en el seno del organismo multilateral. Analizaremos algunas de esas disposiciones, vinculándolas a la realidad latinoamericana.

4.1. Disposiciones derivadas del Artículo X: Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales

Bajo este título hemos agrupado a todas aquellas normas incluidas en el AFC, y que en términos generales van desde el Artículo 1 al Artículo 5. Se trata de disposiciones que pretenden aumentar la publicidad y la transparencia sobre los procedimientos, derechos e impuestos, documentos, trámites y cualquier otra información que sea relevante para la comunidad comercial y otros Miembros. Su objetivo es asegurar un acceso expedito y completo a la información comercial (Artículo 1.2: Información disponible por medio de Internet y Artículo 1.3: Servicios de información, puntos de contacto), lo que es especialmente relevante en el caso de las barreras no arancelarias, que al no ser impuestas, su origen normativo es disímil y no siempre están dispuestas en leyes o acuerdos internacionales.

En el caso latinoamericano, podemos decir que en los últimos años este tema ha registrado importantes avances. Hoy, en la mayoría de los países de la región, la información se publica de forma mucho más accesible y de manera más oportuna,

utilizando las plataformas electrónicas (páginas web) no solo de las Aduanas, sino también de los demás servicios que participan en el control fronterizo.

Pareciera, entonces, que quizás la norma que represente un mayor desafío para los servicios de frontera de nuestra región resulte ser la incluida en el Artículo 2: Oportunidad de formular observaciones, información antes de la entrada en vigencia y consultas. Y es que esta norma, derivada del Common Law, resulta extraña al derecho continental y de nuestra región en particular, sobre todo en el ámbito del derecho tributario y aduanero. En Latinoamérica pareciera que las Administraciones Aduaneras, llevadas por el impulso de recaudar, muchas veces dictaran las normas sin la difusión necesaria y, como quien diría, “entre gallos y medianoche”, de manera de capturar desprevenido al operador y aplicar sanciones y multas por un incumplimiento. La norma referida en el Artículo 2 es una sana costumbre, pero el propio texto de la disposición reconoce como una cuestión no universalmente aceptada¹⁰. Sin embargo, en la región se logran vislumbrar algunos avances en esta cuestión, como es el caso de Chile, que hace algunos años implementó un sistema que permite dar a conocer a los operadores comerciales y a cualquier persona, las nuevas normas o sus modificaciones en la página web del Servicio Nacional de Aduanas, con la finalidad de recibir consultas y observaciones¹¹. Lo anterior también responde a un cambio de mirada que se deriva de las directrices de la OMA, en especial, de lo que se conoce como “gestión del cumplimiento”. Se trata de focalizar la labor de la administración aduanera en el control efectivo y en la facilitación de los operadores legítimos, pero no su rol sancionador, sin perjuicio que esta facultad nunca se pierda.

Respecto de las resoluciones anticipadas, que permiten dotar al sistema de comercio exterior de mayor certeza jurídica y económica, el AFC en su Artículo 3 se refiere a ellas¹², estableciendo la obligación de contar con resoluciones anticipadas en materia de clasificación arancelaria y origen, dejando la cuestión del valor y otros asuntos a la posibilidad de los Miembros. En este punto, Latinoamérica ha venido haciendo avances sustanciales en los últimos años, vía acuerdos comerciales. Es que si tradi-

10 Art. 2.1.1 Cada Miembro ofrecerá, en la medida en que sea factible y de manera compatible con su derecho interno y su sistema jurídico, oportunidades y un plazo adecuado para que los comerciantes y otras partes interesadas formulen observaciones sobre las propuestas de introducción o modificación de leyes y reglamentos de aplicación general relativos al movimiento, el levante y el despacho de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito.

11 <http://www.aduana.cl/publicacion-anticipada>

12 Las resoluciones anticipadas son decisiones emitidas generalmente por las administraciones aduaneras u otras autoridades competentes, que son dictadas con anterioridad a la importación o exportación efectiva de una mercancía, con la finalidad de determinar aquellos elementos base para la aplicación de los derechos aduaneros e impuestos (clasificación, valor, origen, entre otros), siendo esa decisión vinculante para la Administración emisora al tiempo de concretarse la operación.

cionalmente las Aduanas de la región emitían resoluciones anticipadas en materia de clasificación, con la suscripción de acuerdos comerciales, en especial con los Estados Unidos, las mismas se fueron extendiendo a otros asuntos, tal y como lo describe el Artículo 3 del AFC.¹³

El Artículo 4 se refiere a los procedimientos de recurso o de revisión, reiterando la necesidad de que las personas dispongan de un recurso administrativo independiente y/o un recurso judicial respecto de las decisiones administrativas de la Aduana. Respecto de este punto, resulta especialmente relevante considerar que en la región existen diferentes instancias judiciales que permiten requerir la intervención de tribunales, sea judiciales propiamente tales o contenciosos administrativos, para resolver las controversias que se susciten con ocasión de una decisión de la administración aduanera. Sin embargo, una de las experiencias más destacables por su grado de imparcialidad e independencia, pero también porque consagra una instancia de especialización, lo constituye la creación de los tribunales tributarios y aduaneros en Chile, que son instancias jurídico-tributarias independientes de la Aduana, que resuelven este tipo de cuestiones¹⁴.

4.2 Disposiciones derivadas del Artículo VIII: Derechos y formalidades relativas a la importación y exportación

Del Artículo 6 al 11 se concentran las disposiciones derivadas del Artículo VIII, existiendo un gran número de normas que se derivan del Artículo VIII, numeral 1, letra c¹⁵, y que dicen relación con una serie de mecanismos de facilitación del comercio que se han impulsado en los últimos años.

En particular podemos destacar el Artículo 7.7 (Medidas de facilitación del comercio para operadores autorizados) que, sin lugar a dudas, tomó como base la figura del Operador Económico Autorizado del Marco SAFE de la OMA.

Esta figura pretende asegurar ciertos beneficios a algunos operadores, que satisfagan ciertos estándares en materia de cumplimiento de las leyes, reglamentos y procedimientos aduaneros. Se trata, en definitiva, de clasificar a los operadores, entre los

13 TLC Chile – USA, TLC Colombia- USA, TLC Perú- USA.

14 Ley N° 20.322, 27.01.2009, ley orgánica que crea los tribunales tributarios y aduaneros.

15 Las Partes Contratantes reconocen también la necesidad de reducir al mínimo los efectos y la complejidad de las formalidades de importación y exportación y de reducir y simplificar los requisitos relativos a los documentos exigidos para la importación y exportación.

que representan un alto o bajo riesgo, para concentrar las acciones de control sobre los primeros y garantizar a los segundos ciertos beneficios consistentes en reducción de documentación, bajo índice de inspecciones físicas, posibilidad de presentar garantías para el pago de los derechos, entre otras. Respecto de esta figura, la región de Latinoamérica ha venido trabajando arduamente durante los últimos años, y ya es posible distinguir la implementación de 10 programas, con distintos grados de avance en cuanto al número y tipos de operadores que consideran¹⁶. Adicionalmente, ya negocian entre ellos o con administraciones de otras regiones del mundo, acuerdos de reconocimiento mutuo que les permiten a estos operadores ser reconocidos como tales no solo en el país de origen, sino también en el país de destino, siendo México una de las naciones que más ha avanzado en la materia, tanto con Corea como con los Estados Unidos.

Otro de los instrumentos de facilitación, quizás el de más larga data, pero en el cual, en los últimos años, se han hecho progresos importantes en la región, dice relación con las ventanillas únicas de comercio exterior, establecidas en el Artículo 10.4 del AFC.

Durante la última década, los países latinoamericanos han logrado avanzar en el establecimiento de las ventanillas únicas, siguiendo muchas veces los modelos asiáticos¹⁷. Es así como a la experiencia pionera de Colombia, le han seguido otros, completando a la fecha más de 10 programas en la región, con diferentes grados de avance y de cobertura¹⁸.

Vale la pena advertir, eso sí, que esta obligación puede resultar una de las más onerosas de cumplir, ya que la implementación de una ventanilla única requiere no solo de altos niveles de inversión tecnológica, sino además de cambios a nivel de la cultura organizacional del sector público.

Respecto de la coordinación entre las diversas agencias que participan de la cadena logística, el AFC parece haber marcado una preocupación importante, porque además de establecer la necesidad de que los Miembros mantengan o establezcan una ventanilla única, el Acuerdo se referirá a esta materia en el Artículo 8, también cuando disponga la necesidad de que las autoridades y los organismos de los con-

16 Argentina, Brasil, Uruguay, Perú, Ecuador, Colombia, República Dominicana, Costa Rica, Guatemala y México.

17 Región que lleva la delantera en esta materia, agrupando no solo a los organismos públicos, sino a los entes privados que participan de un proceso de comercio exterior, estableciendo verdaderos portales transaccionales.

18 Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay, Chile, Perú, Ecuador, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Honduras, República Dominicana y México.

troles de frontera cooperen y se coordinen entre sí. Es que pareciera ser que el tema de la coordinación entre las diversas agencias públicas es materia central frente a la proliferación de bienes jurídicos objetos de protección en el comercio internacional, lo que ha acarreado que en un proceso de importación, exportación o tránsito, intervenga más de un organismo.

De ahí que el Artículo 8 se refiera a la cooperación entre los organismos que intervienen en frontera. Se trata, en definitiva, de avanzar en lo que la OMA denomina Gestión Integrada de Fronteras, y que no es otra cosa que los organismos públicos que están físicamente en la frontera, entendida en un sentido amplio (paso terrestre, puerto, aeropuerto), interactúen de manera coordinada, evitando dobles controles y revisiones, tiempos muertos, entre otros elementos, que en definitiva aumentan los costos y tiempos, y no ayudan a asegurar el cumplimiento de las leyes y los procedimientos. Este parece ser uno de los desafíos más relevantes para la región, caracterizada por la presencia de diversos organismos en frontera, tales como las aduanas, servicios agrícolas y de salud, además de los servicios migratorios, que por un parte desarrollan procedimientos y documentación diversa, acarreado costos innecesarios al usuario. Pero, por otra, llevan aparejados costos al propio Estado, que debe mantener en los puntos de frontera -muchos de ellos alejados de los centros urbanos-, funcionarios de diferentes reparticiones públicas para desarrollar funciones que muchas veces son similares.

Otra de las cuestiones muy discutidas durante las rondas de negociación del AFC, fue la propuesta que hasta último minuto mantuvieron algunos Miembros, en especial la Unión Europea, sobre la eliminación de la obligatoriedad del uso del agente de aduanas en el despacho de la mercancía. Concebido como un profesional que es mandado por el dueño de las mercancías para tramitar sus importaciones y exportaciones, en la región, tradicionalmente, el agente de aduanas gozó de un estatuto especial, que le aseguraba que solo él podría realizar este tipo de tramitaciones ante las Aduanas. Pues bien, durante las negociaciones este punto fue muy discutido y, finalmente, el Artículo 10.6 contiene una redacción singular que expresa la preocupación de algunos Miembros por mantener la figura, logrando determinar el “efecto fotográfico”, es decir, aquellos Miembros que a la fecha de entrada en vigor del AFC hubiesen establecido la “libertad de despacho”, es decir, la no obligatoriedad, no podrán volver a introducirla, y aquellos que la tengan vigente, podrán seguir exigiéndola. Sin lugar a dudas, para países como Chile, Paraguay, Uruguay y algunos centroamericanos, la redacción avaló un punto importante frente a un gremio que defiende sus prerrogativas. México, en cambio, gran defensor del sistema hace unos años, aprovechó

esta coyuntura para cambiar su ley, pasando de la obligatoriedad al uso facultativo del agente de aduanas.

Por otro lado, el Artículo 10.8, sobre Envíos Urgentes, es decir, aquellas cargas que son transportadas por vía aérea (empresas de correo rápido o couriers), representa un desafío importante para los Miembros de la región. Es que, en efecto, frente a la concentración del comercio internacional en grandes empresas, ha florecido lo que podemos llamar como la “atomización del comercio exterior”, ya que gracias a Internet hoy el número de personas que compran e importan mercancías de escaso volumen y valor ha aumentado significativamente, lo que presenta un desafío muy importante no solo para las empresas que prometen un servicio expedito y eficiente, sino también para las aduanas que se ven enfrentadas a una demanda cada vez más exigente. Pero es que, además, este tipo de comercio ha traído aparejado una serie de desafíos para las administraciones aduaneras. Problemas con la valoración aduanera, el tráfico ilegal de sustancias psicotrópicas, lavado de dinero, entre otras, resultan actividades que concentran una gran preocupación frente a este tipo de envíos masivos. Corresponde, entonces, atender con sumo cuidado este tema, de manera de regular de mejor forma una industria que tiene grandes expectativas de crecimiento, pero que necesita ser regulada, construyendo alianzas estratégicas con los operadores logísticos.

4.3 Disposiciones relativas a la libertad de tránsito: Artículo X

Al finalizar la sección I, encontramos el Artículo 11, que se refiere a la libertad de tránsito, cuestión muy relevante en la región, en especial, considerando a los países sin litoral, como Bolivia y Paraguay. Resulta especialmente pertinente considerar que en este ámbito la región contiene acuerdos que han logrado asegurar un tráfico fluido de esta destinación aduanera. En particular, el Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT), en el marco de la ALADI, del cual forman parte los miembros de Mercosur, más Chile, Perú y Bolivia. El ATIT ha resultado ser un instrumento muy eficaz, garantizando el tráfico fluido de los medios de transporte y la carga entre los países miembros de este Acuerdo. En Centroamérica se viene desarrollando el proyecto TIM (Tránsito Internacional de Mercancías), financiado por el BID, que pretende aplicarse a la región Mesoamericana y la Comunidad Andina, a través de una racionalización de los trámites y actuaciones que realizan las autoridades de control del tránsito internacional de mercancías en frontera.

4.4 Cooperación Aduanera

Por último, el Artículo 12 trata en extenso sobre la Cooperación Aduanera, un tema no considerado dentro del Mandato de Doha. Sin embargo, el “paquete de julio” consideró la necesidad de avanzar en la cooperación entre las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes en materia de comercio internacional. Se trata, fundamentalmente, de regular el intercambio de información entre las autoridades aduaneras o de frontera, lo que supone un reconocimiento muy especial al importante rol que tiene la comunicación entre las autoridades de frontera para, por un lado, facilitar el comercio legítimo y, por otro, gestionar la información en frontera, de manera de clasificar a los operadores y determinar sus niveles de riesgo. En este punto, la región ha sido particularmente activa, existiendo una vasta red de acuerdos de cooperación aduanera que tienen como fin el intercambio de información para la investigación, prevención y sanción de las infracciones aduaneras, todos siguiendo los lineamientos que da la OMA sobre el particular.

Adicionalmente, hace algunos años la región viene implementando, con diferentes niveles de avances, los controles integrados de frontera, siendo una de las experiencias más aplicadas la de Argentina y Chile, en más cinco pasos fronterizos, sea bajo la modalidad de doble cabecera como de cabecera única.

Conclusiones

Parece apropiado decir que nuestra región se encuentra en un punto medio frente a las obligaciones establecidas en el AFC. Frente a algunas disposiciones, su grado de cumplimiento es alto, y en relación a otras, existe un déficit importante. Sin embargo, si revisamos los rankings sobre competitividad mundial, resulta claro que queda mucho camino por recorrer. Sin embargo, la buena noticia parece ser que muchos de los cambios que son necesarios para alcanzar posiciones más avanzadas, no implican necesariamente grandes inversiones en infraestructura y tecnología, sino más bien cambios culturales, mayor integración y armonización de los procedimientos, y la creación de plataformas y lenguajes comunes no solo entre las administraciones aduaneras, sino también entre las diferentes agencias que participan de la cadena del comercio internacional.

SECCIÓN IV:
EL FUTURO DE LA REGIÓN EN LA
OMC Y EL FUTURO DE LA OMC

CHILE EN LA OMC

Dorotea López & Felipe Muñoz

Durante las últimas décadas, Chile ha implementado un modelo de desarrollo de corte neoliberal, para el cual la política de apertura comercial ha sido un pilar fundamental. Esta política, iniciada durante el régimen militar en los años 70's, se ha profundizado en los sucesivos gobiernos democráticos a través del uso de estrategias de carácter unilateral, preferencial y multilateral, las cuales han estado definidas por las condicionantes del país y su entorno como, por ejemplo, la aislación internacional que vivió la dictadura de Pinochet o el estancamiento de las negociaciones multilaterales de Doha (López & Muñoz, 2015). De esta manera, la rebaja unilateral de aranceles y otras barreras al comercio han estado acompañadas por una activa participación en las negociaciones, primero del GATT y luego de la OMC, así como la búsqueda de acuerdos preferenciales con los principales socios comerciales del país.

Para Chile, su participación en el sistema multilateral de comercio ha sido relevante por diversas razones. Por una parte, al ser un país cuya participación en el comercio internacional es menor al 1%, le es fundamental contar con un escenario de certeza jurídica, con reglas y disciplinas claras. Por otra, con un alto índice de apertura, ha estado comprometido con el libre comercio y, hasta ahora, ha estructurado su modelo de desarrollo en base a la liberalización. En este sentido, el sistema multilateral de comercio garantiza un mecanismo eficiente de solución de diferencias, así como ser un foro de negociaciones donde las decisiones son tomadas por consenso, otorgando a cada miembro, independiente de su tamaño, poder de negociación (DIRECON, 2016). Finalmente la adopción de compromisos económicos internacionales, a nivel multilateral y preferencial, ha sido utilizada como una forma de anclar las reformas de política económica realizadas por Chile y darle continuidad al modelo de desarrollo.

El presente artículo revisa la participación de Chile en la Organización Mundial del Comercio. Primero se retoman los principales lineamientos de la política comercial chilena a partir de la década de los setenta, la institucionalidad y la intervención en las negociaciones multilaterales previas al establecimiento de la OMC en el marco del GATT. Luego, se estudian la participación de Chile en OMC, en las negociaciones

de la Ronda de Doha, el sistema de solución de controversias y la institucionalidad de la organización. A modo de conclusión se presentan algunas reflexiones.

Chile, modelo de desarrollo y el sistema multilateral de comercio

Chile, miembro fundador del GATT desde el 16 de marzo de 1949, a pesar de su tamaño, ha sido un activo participante en todas las Rondas de negociación previas a la creación de la OMC. En cada una, Chile presentó diversas propuestas. Sin embargo, la Ronda de Tokio (1973-1979) sería particularmente relevante para nuestro país, no solo por las propuestas que haría sino también por que consolidó su arancel a un nivel parejo (DIRECON, 2009).

El Embajador Alejandro Jara¹ señala que Chile ofreció de forma innovadora la reducción de todos sus aranceles a cero, con la única condición de que el resto de los miembros hiciera lo mismo, lo cual en su momento resultaría demasiado ambicioso (Abler & Adams, 1977; DIRECON, 2009). Esta propuesta posicionó al país, en el papel que hasta el día de hoy ha ido construyendo como un país de posición claramente favorable a la apertura, y que si bien mantiene su compromiso a nivel multilateral, ha buscado avanzar en diversos caminos. Durante la Ronda de Tokio fue cuando Chile presentó, para reforzar este proceso de apertura, la consolidación de su arancel a un nivel parejo de 35%. Asimismo, en esta etapa dicha decisión enfrentó cuestionamientos internos, ya que hubo cierta oposición a la labor de la recién creada Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON)² por parte del Banco Central, por las posibles alteraciones que sufriría el arancel. Si bien el nivel era superior al arancel efectivo del momento, marcaba una señal de anclaje de las reformas, esto complicaría la posibilidad de modificar los aranceles por arriba del consolidado en el futuro y garantizaría o dificultaría el deshacer total o parcialmente la nueva política arancelaria (Jara, 2005, p. 91).

Durante la Ronda Uruguay (1986-1994), Chile ofreció reducir el nivel de su arancel consolidado al 25%, con la excepción de los productos agrícolas sujetos a bandas de precios (trigo, harina de trigo, azúcar y oleaginosas) y los productos lácteos, para los cuales ofreció reducir el arancel a 31,5%. Esta es la situación actual que

1 Alejandro Jara. Embajador de Chile ante la OMC entre el 2000-2005.

2 La DIRECON fue creada en 1979 por Decreto con Fuerza de Ley 53 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que fusiona la Secretaría Ejecutiva para los Asuntos de la ALALC, el cargo del Director General Económico del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Instituto de Promoción de Exportaciones de Chile (ProChile). Cuyo objeto será ejecutar la política que formule el Presidente de la República en materia de relaciones económicas con el exterior.

se ve distorsionada, ya que el arancel aplicado en NMF es del 6% y ponderado por acuerdo menor al 1%.

Durante el transcurso de la Ronda, cae la dictadura de Augusto Pinochet, con lo que pudieron existir cambios en materia de política económica en particular, como haber modificado la estrategia de política comercial. Sin embargo, con la restauración de la democracia en el año 1990, el nuevo gobierno optó por darle continuidad al modelo económico que se había implementado durante la dictadura, pero buscando algún tipo de elemento diferenciador. En el caso de la política comercial se dio a través de una profundización en el proceso de liberalización, ahora de manera concertada y con una institucionalidad sólida para esta materia (Cuadro 1).

De esta forma, junto con las concesiones arancelarias entregadas, Chile participó activamente en suscribir compromisos en las otras áreas que abarcaría la recién formada OMC, tanto en servicios como en propiedad intelectual, en las que se incursionaba por primera vez a nivel internacional. Pero no se incorporó a los acuerdos plurilaterales que en un inicio también surgieron.

Cuadro 1. Institucionalidad

La tradición legal en Sudamérica es que el poder ejecutivo se haga cargo de la política exterior, entre ellas la política comercial, con un rol secundario del Congreso (Sáez, 2002). Este es el caso de Chile, en el que los tratados internacionales presentados al Congreso por el Presidente de la República se someten al mismo procedimiento que los proyectos de ley nacionales, y tienen rango de leyes ordinarias, pero no pueden modificarse unilateralmente (OMC, 2009). En este sentido, la modificación más importante sufrida por las leyes y las reglamentaciones comerciales de Chile desde 1990 ha sido la adopción de los Acuerdos de la OMC. Estos se incorporaron a la legislación nacional mediante el Decreto Supremo N° 16, emitido por el Presidente después de que los aprobara el Congreso, y se publicaron en el Diario Oficial de 17 de mayo de 1995 (OMC, 2009).

Desde entonces no se han producido cambios en la estructura de la formulación de la política comercial. El Presidente de la República sigue encargándose de ella y la aplicación de las políticas relacionadas con el comercio, principalmente a través de los ministerios de Hacienda; Economía, Fomento y Reconstrucción, y Relaciones Exteriores (a través de la DIRECON). La posición de Chile se fija a través del Departamento OMC de la DIRECON.

Sin embargo, en la definición de las estrategias interviene un gran número de ministerios y servicios públicos, al igual que crecientemente la sociedad civil.

Chile ha destacado como un país con una capacidad institucional y técnica avanzada en el área de comercio exterior, esto se refleja, por un lado, en la preparación de sus negociadores, las misiones y sus embajadores, hasta el Embajador Matus, el cual fuera nombrado como Presidente del Consejo General, el más alto puesto para un miembro y habiendo presidido el Órgano de Solución de Diferencias. Asimismo, el caso de su predecesor, Alejandro Jara, quien fuera, posterior a su gestión, Director General Adjunto de la OMC.

Chile actualmente es el país que más acuerdos preferenciales ha firmado, pero esto es, en parte, resultado de la situación en la que se encuentran las negociaciones en la OMC. Sin embargo, si revisamos las declaraciones en los distintos gobiernos, Chile ha manifestado permanentemente que hay temas que solo es posible abordar de forma multilateral, como la reducción sustancial de los subsidios agrícolas y el mejoramiento de las actuales reglas sobre las medidas *antidumping*. Esta convicción ha hecho que fuera posible observar un alto compromiso durante la Ronda de Doha, que seguiría siendo evidente en las siguientes Conferencias Ministeriales (CM), esto sin exceptuar que hay un compartido escepticismo por el avance que se esté dando a este nivel y en cuanto pueda avanzar en un futuro próximo.

Tras el fracaso de la Conferencia Ministerial de Cancún en 2003, y la suspensión indefinida de las negociaciones en 2006, Chile fue un activo promotor del diálogo para que en el 2009 se retomaran las Conferencias Ministeriales. En este año se llevaría a cabo la VII CM en Ginebra, la cual fue presidida por el Ministro de Hacienda de Chile, Andrés Velasco, el cual reiteraría que “el desarrollo de Chile depende, en un alto porcentaje, de nuestro comercio exterior y es por ello que apreciamos la existencia de reglas claras y predecibles” (Velasco, 2009). En esta reunión se destacaría la relevancia de dar continuidad al trabajo de la OMC. En esta etapa el embajador Mario Matus se destacó entre los miembros por su constante interés y trabajo para mantener tanto las negociaciones como el funcionamiento de la organización. Este trabajo sería parte de un segundo aire que tomarían las siguientes reuniones, en las que si bien la Ronda de Doha no ha sido concluida, se han obtenido algunos resultados para los miembros.

En 2013, en el marco de la IX Conferencia Ministerial desarrollada en Bali, Indonesia, y que marcaba el inicio de la gestión de Roberto Azevêdo como Director General de la OMC, se logró un Acuerdo de Facilitación de Comercio bastante comprehensivo

y que responde a la lógica de aumentar el comercio a través de reglas en las que hay consenso entre los miembros, que a su vez acuerdan sacar este tema del todo único para lograr resultados. Esto opera en la lógica de Chile, en la que hay que buscar caminos alternativos para continuar liberalizando el comercio.

En el caso de Chile, el Acuerdo de Facilitación de Comercio se encuentra en el Congreso para su aprobación, y cuenta con un alto respaldo de los participantes. En esta línea de compromiso con el sistema multilateral, en 2014 Chile notificó la ley que elimina aranceles a la importación de mercancías provenientes de países menos adelantados, siendo el primer país latinoamericano en adoptar la iniciativa libre de derechos y contingentes (DFQF por sus siglas en inglés), invitación realizada por la OMC en la misma reunión.

Finalmente, en 2015, en la X Conferencia Ministerial en Nairobi, Kenia, se celebró la eliminación de las subvenciones agrícolas, lo que constituye para Chile uno de los logros más importantes de la Organización y que podría tener un impacto positivo en nuestro papel de exportadores netos agrícolas.

A lo largo de su membresía en la OMC, nuestro país ha buscado fomentar alianzas y diálogo para avanzar en la liberalización, ha participado en diferentes grupos de negociación como se puede ver en el cuadro 2.

Cuadro 2. Los grupos de negociación

Chile como activo participante en la OMC, ha pertenecido tanto a grupos formales como informales (incluyendo el green room), siendo un actor importante en la geometría variable de las negociaciones.

En los grupos informales es difícil hacer un seguimiento, por las múltiples alianzas que ha ido estableciendo en los distintos períodos de la OMC. Por ejemplo, pertenece al grupo de países latinoamericanos conocido como el Grulac; a los amigos de los servicios; otros vinculados a acceso a mercados y otros temas.

En cuanto a los grupos formales fue fundador del Grupo Cairns, que lo une a países exportadores de productos agropecuarios que ejercen presión para que se liberalice el comercio de dichos productos. Asimismo, es parte del G-20, un grupo que fue muy activo en la Ronda de Doha en presionar a los países desarrollados a cortar sus subsidios, en especial con reformas a la agricultura y flexibilidad para los países en desarrollo (Narlikar & Tussie, 2004).

En materias más específicas, participa en los amigos de las negociaciones *antidumping*, un tema que siempre ha considerado debe estar más regulado para que no se convierta en una barrera al comercio. Y los grupos sobre amigos de los peces y en la propuesta conjunta en propiedad intelectual.

Otra evidencia del compromiso de Chile con la apertura han sido los resultados positivos de los exámenes de política comercial que ha rendido, el último en el 2015. Este fue el quinto examen al cual se sometió el país³, en los que se destaca que Chile continúa siendo abierto, transparente y predecible, además del positivo impacto en esta dirección que generaron las últimas reformas implementadas en el país como parte de su proceso de adhesión a la OCDE (OMC, 2015).

De igual forma, para Chile el trabajo de los comités técnicos en OMC es parte inherente de su política pública. Boza & Fernández (2014) señalan para el caso de los OTC, que Chile es “el decimoquinto a nivel mundial en número de notificaciones presentadas a la Secretaría de la OMC, con un total de 289 entre 1995 y 2012. Parte importante de las notificaciones se han relacionado con reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de conformidad sobre productos agroalimentarios”. Asimismo, ha recibido consultas respecto de sus propias normativas, la más reciente por la aplicación de un nuevo sistema de etiquetado para alimentos, que ha despertado el interés de muchos socios comerciales.

En esta búsqueda de alternativas liberalizadoras, sean de carácter bilateral o multilateral, nuestro país se ha sumado a algunas nuevas iniciativas. Actualmente, 23 países negocian el Acuerdo sobre Comercio de Servicios (TiSA, por sus siglas en inglés), que si bien no es parte de la OMC surge en el marco de los avances multilaterales y el estancamiento de la Ronda de Doha. Para Chile, quien ha definido los servicios como una opción para la diversificación de su canasta, es esencial participar en este Acuerdo que representa el 75% del comercio mundial de servicios. TiSA es para nuestro país una contribución relevante para reforzar la inserción en las cadenas globales; una forma de agregar valor, y una manera de multilateralizar los compromisos en servicios que han sido muy superiores en bilaterales que los de la Ronda Uruguay.

En conclusión, Chile es de vocación aperturista y el multilateralismo es parte de la misma. “Las disciplinas de la OMC son centrales para la adopción de nuestras

3 Chile ha realizado Examen de las Políticas Comerciales, además del último en el 2015, en 1997, 2003, 2009 y en 1991, previo al establecimiento de OMC.

políticas internas, y constituyen el marco en el que se negocian nuestros acuerdos comerciales regionales” (Rebolledo, 2015).

Participación en el mecanismo de solución de controversias

Dentro de los logros de la Ronda Uruguay y el establecimiento de la OMC se encuentra el perfeccionamiento del mecanismo de solución de controversias (MSD). “La función como foro de solución de controversias es crecientemente percibida como la más exitosa que ha tenido la OMC hasta ahora” (Herreros & García-Millán, 2015, p. 10). Los países de la región han sido activos usuarios del sistema, no siendo Chile una excepción de aquello. En los últimos 20 años, ha participado en 66 casos, en la mayoría como tercera parte, 10 como reclamante y 13 como demandado (Gráfico 1). Descontando las diferencias en las cuales ha participado como tercero, Chile es el decimotercer país con mayor uso del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, involucrándose en un 4,53% de las demandas totales a la fecha, pese a representar solo un 0,40% del comercio mundial en el año 2014.



Como demandante, Chile se ha involucrado en importantes casos que, de acuerdo a Francke (2006), han servido de precedente para otras disputas. En este sentido destaca la relativa a la denominación “Coquille Saint Jacques” contra la Unión Europea, en 1995, que estableciera algunos parámetros respecto de la interpretación

futura del acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio, y la disputa contra Estados Unidos por la Enmienda Byrd, que reflejó interpretaciones diferentes entre el panel y el Órgano de Apelación, sobre el alcance y significado de los artículos 16.4 y 17.14 del Entendimiento de Solución de Diferencias. Es interesante destacar que solo esta última demanda llegó a autorización para tomar medidas de retaliación por parte del Órgano de Solución de Diferencias (Davey, 2009; Wilson, 2007). Constatando el carácter diplomático del sistema, seis de las demandas iniciadas concluyeron con una solución mutuamente convenida; dos quedaron en fase de consultas, y una con la aplicación por parte de Argentina de las recomendaciones del grupo especial.

Como contraparte, si bien Chile mantiene una política comercial de apertura y basada en las reglas del sistema multilateral, los pocos espacios de protección remanentes han sido objeto de demandas, principalmente por países de la región. El primer caso en que Chile fuera llevado ante el sistema, en 1997, tenía relación con discriminaciones a favor de la producción nacional de alcoholes, lo que contravenía el principio del Trato Nacional. Ante la constatación del grupo especial de esta inconsistencia con la normativa GATT, Chile procedió a “sancionar y aplicar una ley que modificara de manera adecuada la legislación tributaria pertinente” (OMC, 2016a). En 2000, la demanda presentada por la Unión Europea respecto del pez espada es de particular interés, al verse, por una parte, a la UE reclamando un eventual incumplimiento de las normativas del GATT y Chile, por otra, acudiendo al Tribunal del Mar. Si bien se llegó a una solución mutuamente convenida, el caso destacaba las potenciales tensiones entre diferentes regímenes internacionales (Orellana, 2002; Shamsey, 2002; Yusheng, 2007).

Pero tal vez lo más interesante es el número de demandas presentadas por Argentina, país que -pese a tener un acuerdo de complementación económica con Chile- ha preferido utilizar el sistema multilateral para solucionar sus disputas comerciales, algo que se presenta en diversas relaciones bilaterales en la región (Herrerros & García-Millán, 2015). Respecto de las diferencias iniciadas por motivos de salvaguardias, Delich (2013, p. 19) señala que “el recurso a la OMC es meramente para dejar sentado el malestar argentino, ya que por los tiempos de la OMC no se logrará una solución con panel más rápida que el desmantelamiento normal de la medida (un año)”.

Uno de los más importantes casos que ha enfrentado Chile en el mecanismo es el referente al sistema de bandas de precios presentado por Argentina, y del que otros 18 miembros de la OMC se hicieran parte como terceros. Argentina planteaba que este sistema de bandas de precios y las medidas de salvaguardias provisionales adoptadas

en 1999, violaban las disposiciones del Acuerdo sobre Salvaguardias y del GATT de 1994 (Cofré, 2010). El grupo especial dispuesto para esta disputa confirmó las objeciones realizadas por Argentina, por lo que Chile decide apelar ante el Órgano de Apelación, el que si bien acogió algunas de las reclamaciones realizadas por el país, decide finalmente recomendar que “el Órgano de Solución de Diferencias pida a Chile que ponga en conformidad con las obligaciones que le incumben, en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura, su sistema de bandas de precios que, como se ha constatado en el presente informe y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe, es incompatible con dicho Acuerdo” (OMC, 2016b). Si bien Chile modifica su legislación a causa del fallo, continúa protegiendo estos sectores económicos con un arancel diferenciado, en comparación al resto de los sectores productivos (Gutiérrez, 2012).

De esta manera podemos apreciar que si bien el país ha sido un activo participante del mecanismo, este ha caído con el paso del tiempo, constatándose que gran parte de las controversias en la que se ha involucrado corresponden a procesos iniciados entre 1995 y 2005 (88%). En los últimos 10 años, solo ha participado en 3 controversias, dos en 2006 y una en 2009, todas demandadas por Argentina por salvaguardias.

Si bien Chile ha estado involucrado en el sistema desde sus inicios, esto fue resultado de la adecuación de las normas internas a los compromisos contraídos en los acuerdos OMC. Una vez superada esta etapa no ha vuelto a enfrentar o iniciar disputas. De todos modos, el sistema de solución de controversias para Chile significa un refuerzo a la certeza jurídica y al establecimiento de reglas propias del sistema multilateral.

Otros aspectos de Chile y la OMC

Los miembros de la OMC han considerado fundamental la difusión y el mayor conocimiento de los temas comerciales, así como el desarrollo de mayor investigación en el área. Para lo anterior, la organización ha diseñado diversos programas en los cuales Chile ha tenido una importante participación. Entre el 2005 y 2007, la Universidad de Chile organizó conjuntamente con la OMC el Curso Regional de Política Comercial para funcionarios públicos de América Latina, en el cual se complementó el curso que, históricamente, se imparte en Ginebra con expertos de la región, quienes dictaron conjuntamente con expertos de la Secretaría de la OMC. El curso fue coordinado por un destacado experto en temas comerciales, Francisco Prieto, quien estuvo a cargo de las tres versiones, convocando a un grupo importante de académicos en la materia.

Más allá de los programas de cooperación técnica, que temporalmente tiene la OMC con los distintos países, surgió el primer Programa de Cátedras OMC instalado en fijo en una Universidad. En esta ocasión la OMC y un grupo de expertos seleccionaron catorce en el mundo, en América Latina fueron Argentina, Chile y México, para dar continuidad a sus proyectos de investigación, enseñanza y divulgación de los temas comerciales. En la Universidad de Chile, donde se implementó la Cátedra, esta tuvo un impacto muy importante, creando una línea dedicada a la política comercial que actualmente desarrolla un programa de Magíster, un centro de debate y análisis comercial.

El proyecto de la Cátedra ha tenido como objetivo final el generar un debate de mayor calidad e incorporar actores mejor calificados entre los diferentes sectores vinculados al comercio en Chile. Una labor que, de distintas formas -entre ellas este libro- ha tenido una continuidad relevante.

Reflexiones finales

La OMC, como foro, ha significado para Chile, desde sus inicios, la posibilidad de contar con mayor certeza jurídica en sus relaciones económicas internacionales y apoyar su prioridad en la inserción internacional, como parte esencial de su modelo económico. Por lo anterior, dada su baja participación en el comercio internacional, hace del espacio multilateral el ideal para la creación de normas, en el cual el país ha tenido siempre una activa participación. Sin embargo, últimamente se ha unido al escepticismo generalizado sobre los cambios que pueda lograr por ahora el sistema multilateral, lo cual lo ha llevado a intensificar y destinar mayores recursos en la consecución de acuerdos preferenciales, bilaterales y regionales. Lo anterior sin perder su histórica disposición al camino multilateral.

Desde las Rondas en el GATT, Chile fue de los primeros países de América Latina en participar con propuestas de vocación aperturista y ambiciosa, teniendo actualmente consolidado su arancel en 25% parejo, muy distante al aplicado en NMF del 6%. En servicios y propiedad intelectual ha avanzado en su apertura, desde 1994, de manera significativa, lo que podría eventualmente consignar a nivel multilateral. No solo ha realizado permanentemente propuestas para avanzar en las negociaciones, ha pertenecido a diversos grupos de negociaciones tanto formales como informales. En el marco de su política comercial, y gracias a su pronta participación en los inicios de la negociación, ha formado destacados equipos técnicos que, a pesar de su pequeño tamaño, han logrado reconocimiento entre sus pares.

Asimismo, es un participante del mecanismo de solución de controversias, principalmente como tercera parte, en el cual -excepto por los casos que ha sido demandado por su política de protección agrícola a determinados productos, por ejemplo a través de las bandas de precios- ha mantenido una posición siempre liberalizadora.

La importancia de fortalecer la OMC más allá de su labor en materia de negociación y solución de controversias se vuelve un elemento crítico en la actual situación del sistema. El rol de la organización en materia de transparencia es, para países como Chile, fundamental para dar estabilidad y previsibilidad al comercio internacional. En este sentido, el país ha advertido su relevancia presentando sus notificaciones y llevando regularmente los exámenes de política comercial.

La OMC ha extendido su participación más allá de su relación con los Estados miembros, generando estrechos lazos con la academia e intentando difundir y mejorar el conocimiento de los temas comerciales. En este sentido, las actividades desarrolladas en Chile a través del Curso Regional de Política Comercial y la Cátedra OMC han reforzado el rol de las Universidades en la enseñanza, investigación y difusión de estas materias.

A pesar de los éxitos parciales que se han conseguido en las diferentes Conferencias Ministeriales, es esencial el reencantamiento de los países con el multilateralismo. Chile, un país activo y comprometido, es evidencia de que el desencanto es muy profundo. Además, actualmente enfrenta desafíos internos mayores que reactivar el sistema multilateral, y prisa por integrarse a cadenas globales de valor y complejizar su matriz exportadora, lo que demanda nuevas formas de relacionarse en materia de comercio.

Referencias

- Abler, R., & Adams, J. (1977). The industrial and occupational structure of the American labor force. *Papers in Geography*, 15(15), 42.
- Boza, S., & Fernández, F. (2014). Chile frente a la regulación sobre medidas no arancelarias de la Organización Mundial del Comercio. *Estudios Internacionales*, 46(178), 65-82.
- Cofré, E. (2010). *Agricultura y política comercial internacional en Chile. El caso de las bandas de precios*. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Davey, W. (2009). Compliance problems in WTO dispute settlement. *Cornell Int'l LJ*, 42, 119.

- Delich, V. (2013). Multilateralismo, incertidumbre y reputación. las disputas argentinas en la OMC. *Pensar en derecho* N°2, 9.
- DIRECON (2009). Chile, 20 años de negociaciones comerciales. Santiago: DIRECON.
- DIRECON (2016). OMC.
- Francke, M. (2006). Chile's Participation in the Dispute Settlement System: Impact on Capacity Building. Paper presented at the The WTO dispute settlement system and developing countries, Sao Paulo.
- Gutiérrez, A. (2012). Después de las bandas de precio: la política comercial de Chile frente al trigo y harina argentinos. (Magíster en Estrategia Internacional y Política Comercial), Universidad de Chile, Santiago.
- Herreros, S., & García-Millán, T. (2015). La participación de América Latina y el Caribe en el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC: una mirada panorámica a los primeros 20 años. Retrieved from Santiago.
- Jara, A. (2005). Las virtudes de la promiscuidad: la apertura comercial de Chile. En A. Estevadeordal & R. Torrent (Eds.), *Regionalismo Global: Los Dilemas para América Latina* (pp. 89-122). Barcelona: Fundación CIBOD.
- López, D., & Muñoz, F. (2015). Cuarenta años de apertura comercial chilena. *Cuadernos Americanos*.
- OMC. (2009). Examen de las Políticas Comerciales - Chile. Retrieved from Ginebra:
- OMC. (2015). Examen de las Políticas Comerciales - Chile. Retrieved from Ginebra:
- OMC. (2016a). Chile — Impuestos a las bebidas alcohólicas. OMC.
- OMC. (2016b). Chile — Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas.
- Orellana, M. (2002). The Swordfish Dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO. *Nordic Journal of International Law*, 71(1), 55-81.
- Rebolledo, A. (2015). Intervención Director DIRECON en la plenaria de la MC10. Santiago: DIRECON.
- Sáez, S. (2002). Making trade policy in Chile: an assessment. *ITD*, 35.
- Shamsey, J. (2002). ITLOS vs. Goliath: the international tribunal for the law of the sea stands tall with the appellate body in the Chilean-EU swordfish dispute. *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 12, 513.

- Velasco, A. (2009). Discurso del Excmo. Sr. Andrés Velasco, Ministro de Hacienda de Chile y Presidente de la Séptima Conferencia Ministerial de la OMC. Retrieved from Ginebra:
- Wilson, B. (2007). Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement rulings: the record to date. *Journal of International Economic Law*, 10(2), 397-403.
- Yusheng, T. (2007). EC-Chile "Swordfish Case": From a Perspective of Developing Countries. *Chinese Journal of European Studies*, 3, 006.

UNA MIRADA HACIA EL FUTURO: Posibles escenarios en las negociaciones comerciales internacionales

Félix Peña¹

I.- Cambios globales y sus impactos en el sistema del comercio internacional

Las transformaciones que se observan en la actualidad en el poder mundial y en la competencia económica global, son reconocidas como uno de los desafíos principales para la adaptación de las agendas de negociaciones comerciales internacionales de los próximos años. Y es una adaptación tanto más necesaria, si se toma en cuenta la percepción que muchos países tienen -especialmente los protagonistas emergentes o re-emergentes, según sea la perspectiva histórica en la que se los visualice- en el sentido que, en una medida significativa, instituciones y reglas existentes reflejan una realidad del poder mundial que está siendo rápidamente superada.

A diferencia del mundo en el que se originó el sistema del comercio mundial institucionalizado, primero en el GATT y luego en la OMC, donde pocos países tenían el poder suficiente para adoptar decisiones y generar reglas que penetraran en la realidad, el actual es mucho más diverso, complejo y dinámico. Es un mundo de muchos clubes. Pero no más de un club dominante: el “condominio oligárquico” al que se referían analistas y diplomáticos de los años sesenta y setenta del siglo pasado.

Es difícil efectuar pronósticos sobre la evolución futura del sistema del comercio internacional. La Conferencia Ministerial de Nairobi, en diciembre 2015, y la evolución de las negociaciones de mega-acuerdos comerciales y, en lo inmediato, del Transpacific Partnership (TPP), tendrán una influencia fuerte en el diseño de los posibles escenarios.

¹ Director del Instituto de Comercio Internacional de la Fundación ICBC y de la Maestría en Relaciones Comerciales Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF).

Pero parece existir consenso sobre la gradual erosión del sistema multilateral de comercio institucionalizado en la OMC, que podría resultar del efecto acumulado de, por un lado, el estancamiento de la Ronda de Doha y, por el otro, las nuevas iniciativas que están conduciendo a la proliferación de los mega-acuerdos preferenciales interregionales.

Tal erosión, por sus efectos de fragmentación del marco institucional del comercio mundial, puede no solo afectar los flujos transnacionales de bienes, servicios e inversiones productivas, sino incluso tener connotaciones geopolíticas. El debate en torno a la eventual dimensión geopolítica del denominado TPP lo ilustra de esta manera. Si así fuere, podría contribuir a afectar la ya complicada gobernabilidad global, en lo que se refiere a prevalencia de condiciones para la paz y la estabilidad en el mundo y en sus regiones.

Resulta difícil imaginar, sin embargo, que en cortos plazos -ni tan siquiera medianos- sea factible llegar a consensuar planteamientos refundacionales que impliquen una revisión de fondo del sistema de la OMC, asumiendo que ello fuera eventualmente recomendable. La dificultad de reunir la masa crítica de poder mundial que se requiere para generar nuevas instituciones y reglas de juego, permite anticipar que la transición ya iniciada demandará mucho tiempo antes de que se pueda ingresar a una nueva etapa en el orden internacional. Ello implicaría abrir el debate sobre la revisión de algunos mecanismos e instrumentos del actual sistema multilateral del comercio mundial que, de ser introducidas, pudieran contribuir a mejorar su efectividad, eficacia y legitimidad social. O, al menos, a detener la actual tendencia al deterioro gradual de esas tres indispensables cualidades sistémicas de instituciones y reglas destinadas a perdurar.

Administrar los efectos sobre el sistema multilateral del comercio mundial que puedan resultar de la compleja transición hacia un nuevo orden económico internacional, será entonces uno de los desafíos a encarar en lo inmediato. Más que inclinaciones refundacionales, se requerirá de un gran sentido práctico que permita resolver algunos de los puntos más débiles del sistema actual. No parece recomendable al respecto, imaginar acciones que respondan a planteamientos ideológicos o teóricos. Un signo de los tiempos es precisamente la rapidez con que se están volviendo obsoletas muchas concepciones ideológicas o teóricas aplicadas, entre otras, a las relaciones comerciales internacionales.

Entre otras cuestiones relevantes, por su incidencia en el mencionado deterioro sis-

témico, dos merecen una atención particular. Se refieren, en primer lugar, a cómo pueden encarar los países en desarrollo, miembros de la OMC, medidas de emergencia a través de válvulas de escape que impliquen una mayor flexibilidad de la que toleran las reglas actuales y, en segundo lugar, a cómo fortalecer las disciplinas colectivas en materia de acuerdos comerciales preferenciales, a fin de evitar que contribuyan a una mayor fragmentación del sistema multilateral del comercio mundial e, incluso, a su fractura.

Dani Rodrik, entre otros, ha avanzado en sugerencias sobre cómo tener un sistema de válvulas de escape más flexible, que permitan a los países en desarrollo encarar, en determinadas condiciones, situaciones de emergencia económica que comprometan sus objetivos de desarrollo². Implicaría, entre otras medidas, reformar disposiciones del actual acuerdo de la OMC sobre salvaguardias, a fin de que los países en desarrollo encaren con mayor flexibilidad, aquellas situaciones de emergencia económica y comercial que puedan transitoriamente afectar su capacidad para navegar en la globalización, incluyendo las originadas en eventuales fluctuaciones cambiarias.

Respecto de los acuerdos preferenciales, especialmente aquellos que abarquen a varios países -incluso de distintas regiones- y con compromisos que trascienden a los asumidos en la OMC, teniendo en cuenta sus potenciales efectos de fragmentar el sistema del comercio mundial, parecería recomendable analizar nuevas disciplinas colectivas. Ellas deberían asegurar una efectiva transparencia en cuanto a las medidas preferenciales -por lo tanto, potencialmente discriminatorias respecto de los países que no son miembros de un determinado acuerdo-, que incluyan una periódica apreciación técnica independiente sobre sus efectos en flujos de comercio y de inversión originados en terceros países, y en la cohesión del sistema multilateral del comercio mundial.

Las sugeridas son iniciativas que deberían agregarse a algunas de las cuestiones que están siendo consideradas a abordar en la hipótesis de un estancamiento prolongado de la Ronda de Doha o, incluso, en la de la conclusión de una Ronda de Doha con resultados menos ambiciosos a los imaginados en un contexto mundial muy diferente al actual. Podrían formar parte de una agenda de adaptaciones del sistema del comercio mundial, los requerimientos de la transición hacia un nuevo orden económico internacional que incluyera, además de las mencionadas, las referidas,

² Ver sus propuestas en su libro “The Globalization Paradox”, W.W.Norton and Company, New York 2011, especialmente páginas 252 y siguientes.

entre otras, a la facilitación del comercio, a diferentes modalidades de acuerdos plurilaterales y/o sectoriales, y a la ayuda al comercio.

II.- Hacia un nuevo contexto global de mega-acuerdos preferenciales

Las negociaciones de mega-acuerdos preferenciales de alcance interregional ocupan hoy un lugar central en la agenda de las relaciones comerciales internacionales. A pesar de los resultados de la Conferencia Ministerial de la OMC en Bali (2013) y de los posibles resultados de la próxima Conferencia de Nairobi (Diciembre 2015), la atención de quienes tratan de entender el futuro del comercio internacional está más concentrada en lo que serían, en un plazo aún incierto, los acuerdos que surjan de tres frentes negociadores: el Trans-Pacific Partnership (TPP), el Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) y el Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP).

Se trata de negociaciones comerciales que se insertan en un marco de incertidumbre respecto de su evolución, que se manifiestan especialmente en los casos del TPP y del TTIP. Tienen que ver con resistencias que se observan en algunos de los protagonistas, especialmente los EE.UU. y la UE. Pero también con incertidumbres más amplias respecto de la propia evolución del sistema comercial internacional global y con la de algunas de sus principales regiones. En ambos casos, las tendencias a la fragmentación y confrontación parecen por momentos estar predominando sobre las de cooperación y convergencia. Hay, por cierto, otras negociaciones comerciales internacionales relevantes, tales como las de la UE con la India y con el propio Mercosur. Pero las antes mencionadas concentran una mayor atención por el hecho de abarcar a los EEUU., a la UE y a un grupo aún no definitivo de países de Asia y del Pacífico. Sumados representarían una parte significativa del producto y del comercio mundial.

Por lo demás, quienes impulsan el TPP y el TTIP parecen aspirar a que el contenido de los acuerdos que se logren fije, en adelante, los estándares para las principales reglas de juego del comercio mundial del futuro. Es decir, persiguen objetivos que incluyen, pero a su vez trascienden, al plano del impulso cuantitativo del comercio actual.

El hecho que, en su momento, la Conferencia de Bali no haya restablecido la expectativa de una negociación multilateral global que pudiera concluirse en un tiempo razonable -a través de la actual Ronda de Doha o de algunas de las variantes que

se han planteado en el marco de la OMC-, fue considerado como uno de los incentivos para avanzar a través de los mega-acuerdos interregionales. Sin embargo, es factible argumentar que el tiempo que demandan estas negociaciones de alcance parcial, debilita el esfuerzo político y técnico que requeriría desatar algunos de los principales nudos que traban las negociaciones multilaterales globales. Y, a su vez, lo que está apareciendo con cierta nitidez es que los principales nudos son similares en todos los frentes, tanto en el multilateral global como en el interregional. Tienen que ver, entre otras cuestiones y no siempre con los mismos matices, con aspectos sensibles del comercio de productos agrícolas; con sectores industriales claves, como son los de las tecnologías de la información, la biotecnología, los bienes de capital y el automotriz; con los diferentes marcos regulatorios; con las compras gubernamentales; con la propiedad intelectual, y con el tratamiento de las inversiones y, en especial, la solución de eventuales diferendos que ellas originen entre inversores y países receptores.

En los casos del TTIP y del TPP, dos interpretaciones podrían efectuarse respecto de los motivos que lleva a países que son protagonistas relevantes del comercio y de las inversiones a escala mundial -y que no solo lo han sido durante muchos años, pero que además les ha permitido jugar el papel de “rule makers” en la gestación del GATT y luego en la de la propia OMC- a privilegiar ahora, en los hechos aunque no siempre en la retórica, el plano de los acuerdos interregionales por sobre el multilateral global.

La primera interpretación tiende a enfatizar el hecho de que entre un grupo reducido de países -y más si pueden considerarse como “like minded”- es más factible llegar a acuerdos que vayan más allá de los compromisos actualmente vigentes en el marco de la OMC -los denominados compromisos “OMC plus” y “OMC 2.0”-. Tales compromisos podrían luego extenderse a aquellos interesados en sumarse. Según quienes los impulsan, por esta vía entonces se llegaría con mayor facilidad a aquello que hoy no se visualiza como viable en el ámbito de la estancada Ronda de Doha.

La segunda interpretación atribuye mayor peso a la geopolítica. Ello está muy vinculado a lo que Pascal Lamy -el anterior Director General de la OMC- señalara al afirmar que la “geopolítica ha vuelto a la mesa de las negociaciones comerciales internacionales”. Es una interpretación que tiende a ver el impulso de las negociaciones de mega-acuerdos interregionales, en razones políticas relacionados con la necesidad de contrapesar el valor creciente de economías denominadas “emergentes”, no solo en el comercio mundial, sino que también en la competencia por el poder

mundial. Según algunos analistas, el peso de la geopolítica sería más visible en las negociaciones del TPP, en especial si ellas concluyen sin haber incorporado a China. En realidad, el problema principal no lo plantearían los mega-acuerdos interregionales, pero sí el hecho que ellos pudieran concretarse sin que se hubiera restablecido la fortaleza y eficacia del sistema multilateral global. La razón principal es que todos los mega-acuerdos que se están negociando son preferenciales. Esto es, incluyen compromisos que generan ventajas solo para los países participantes y tienen, por ende, un alcance discriminatorio respecto de aquellos países que en ellos no participan. Tienen, por lo tanto, un potencial efecto de fragmentación del sistema comercial internacional.

Y es aquí donde precisamente puede residir el potencial efecto negativo de una red de mega-acuerdos comerciales preferenciales, inserta en un sistema multilateral global que presenta síntomas de erosión. Sería el de introducir un factor de eventual debilitamiento de las condiciones de gobernanza global. Podría implicar, entonces, acentuar la tendencia a fragmentar el sistema internacional, precisamente en un momento donde tensiones geopolíticas en distintas regiones del mundo recuerdan escenarios con características similares a las del camino que condujo a la catástrofe de 1914³.

En esta perspectiva cobra toda su importancia la idea de promover la convergencia de los acuerdos globales y los preferenciales. Fue una de las recomendaciones principales del informe que produjo un panel de expertos convocado por la OMC y que quizás no ha requerido la atención que se merecía⁴.

Precisamente, la idea de convergencia en la diversidad es también, para la región latinoamericana, un aporte de la estrategia que orienta al gobierno de la Presidenta Bachelet en Chile. Si bien tal idea hace referencia específica a la articulación entre el Mercosur y la Alianza del Pacífico, contiene una aproximación de alcance global y regional, centrada en compromisos de velocidades diferenciadas. Si tales compromisos se insertan en marcos institucionales y normativos comunes, como podría ser la ALADI en el plano regional, o una OMC renovada y fortalecida en el plano global, permitirían neutralizar tendencias a la fragmentación sistémica que se observan en

³ Ver, entre otros, Clark, Christopher, “Los Sonámbulos. Cómo Europa fue a la guerra en 1914”, Galaxia Gutenberg, Barcelona 2014.

⁴ Ver el informe de la OMC, “The Future of Trade: The Challenges of Convergence”, Geneva 24 April 2013, en: http://www.wto.org/english/thewto_e/dg_e/dft_panel_e/future_of_trade_report_e.pdf.

la actualidad. Es una idea que puede ser central para que los acuerdos que se están negociando contribuyan al objetivo de lograr pautas razonables de gobernabilidad global y regional. Implica conciliar aproximaciones de alcance parcial, con una visión de conjunto indispensable para impulsar el comercio mundial, en un contexto de paz y estabilidad política que sea favorable al desarrollo económico y social de todos los países. Implica, a la vez, valorizar la diversidad y neutralizar los efectos más negativos de la fragmentación.

III.- La articulación de intereses latinoamericanos en el frente de las negociaciones comerciales globales e interregionales

En un mundo que se ha vuelto más complejo, diverso y dinámico, se observa que los países latinoamericanos tienden a replantearse sus propias agendas de negociaciones comerciales externas. Ello es especialmente una resultante de los cambios internacionales que se están produciendo en tres planos muy relacionados entre sí. El primero de los tres planos es el mencionado del sistema comercial multilateral institucionalizado en la OMC. Al respecto, el estancamiento de la Ronda de Doha evidencia dificultades en relación a una de sus funciones principales, que es precisamente la de facilitar negociaciones comerciales que abarquen a todos sus países miembros. Son dificultades que están nutriendo las antes mencionadas tendencias por parte de algunos de sus principales países miembros -por su grado de desarrollo económico y por su incidencia en los flujos de comercio e inversión en el plano global- a fugarse hacia otros ámbitos de negociaciones que les permitan profundizar los compromisos asumidos hasta el presente en el marco de la OMC. En algunos casos, serviría como excusa para justificar tales fugas.

El segundo plano es, el también ya mencionado, de las negociaciones de mega-acuerdos comerciales preferenciales, incluso de alcance interregional. No es fácil prever aún si tales negociaciones culminarán en acuerdos firmados y ratificados por los países participantes. El precedente de las negociaciones fracasadas en el ALCA indica que más allá de las expectativas que puedan generarse, incluso utilizando una buena dosis de “diplomacia mediática” con todo tipo de “efectos especiales”, no siempre ellas concluyen en la firma de un acuerdo. Y el precedente de la Carta de la Habana, en 1948, de la cual surgió la Organización Internacional del Comercio (OIC), permite asimismo recordar que aún cuando las negociaciones concluyan con éxito, no siempre pasan luego el test de su aprobación parlamentaria y, por ende, de su ratificación y entrada en vigencia.

Pero si finalmente concluyeran y los respectivos acuerdos entraran en vigencia, podrían producir dos tipos de resultados. Incluso ellos pueden ser secuenciales. Uno sería un fuerte vaciamiento del sistema multilateral, con las consecuencias que puede tener en términos de erosión de una institución relevante para la gobernanza global, tal como lo es la OMC. Es decir, sus impactos trascenderían, en tal caso, el plano más limitado del comercio mundial. El otro sería el que los citados acuerdos podrían generar estándares de compromisos en materia de regulación del comercio global de bienes y de servicios, así como, entre otras, de las inversiones, la propiedad intelectual y las compras gubernamentales, que luego se procuraría extenderlos al plano multilateral. En la práctica, implicaría marginalizar a países que no participan en tales acuerdos, del proceso de definición de reglas e instituciones que en el futuro regularán el comercio mundial. Y es difícil imaginar que los países excluidos, especialmente si tienen o aspiran a tener una participación relevante en el comercio mundial, acepten pasivamente tal marginalización.

Y el tercer plano es el de las múltiples modalidades de encadenamientos productivos transnacionales con alcance global y, a veces, solo regional o interregional. En el glosario de la diplomacia comercial actual se las encapsula en el concepto de cadenas globales de valor. A veces ellas son resultantes de la fragmentación, en distintos países, de la producción de grandes empresas transnacionales, con su lógica incidencia en los flujos de inversión y en los servicios de distribución, transporte y logística. Pero también resultan de la articulación transfronteriza de grupos de empresas -muchas veces pequeñas y medianas- con nichos de especialización y con fuerte potencial de complementación. En tal caso, pueden ser la resultante de estrategias de integración productiva desarrolladas por un grupo de países, tal como se ha intentado hacer en el Mercosur y antes en el viejo Grupo Andino.

Las tendencias a la fragmentación del sistema comercial internacional, producto del posible efecto combinado de la proliferación de mega-acuerdos preferenciales interregionales y del estancamiento de la OMC como ámbito para impulsar negociaciones comerciales de alcance multilateral, amplían la importancia que para los países de la región latinoamericana -y en especial para los de América del Sur-, tiene el fortalecer el trabajo conjunto en el campo del comercio y las inversiones recíprocas, en la perspectiva de la articulación de sus respectivos sistemas productivos nacionales. Por mucho tiempo, tal idea ha estado asociada -al menos en el plano programático y conceptual- con los objetivos de varios de los múltiples procesos de cooperación e integración regional.

¿Cuáles son hoy algunos de los principales incentivos para procurar una mayor articulación productiva y coordinación de las respectivas estrategias de negociaciones comerciales internacionales entre los países de la región? Esta es una de las preguntas que deberían ocupar un lugar importante en el debate que se deberá continuar desarrollando en los países de América Latina. Tiene que ver con una cuestión fundamental para las relaciones entre países que comparten una región geográfica, que es la de los factores que impulsan hacia la cooperación y la integración. Y tiene que ver, en particular, con los efectos que pudieran producirse si es que la región -o al menos varios de sus países más relevantes, tales como los que son miembros del Mercosur y de la Alianza del Pacífico- pudiera dejar de tener un papel de protagonismo activo en el diseño de la arquitectura del sistema de comercio internacional del futuro. Tal diseño es el que muy probablemente será influenciado por los avances institucionales que, eventualmente, resulten de los varios mega-acuerdos preferenciales interregionales que se están negociando en la actualidad. No ser parte significativa del proceso de creación de nuevas reglas del juego del comercio mundial, puede tener costos significativos para los países de la región o, al menos, para los que se quedan marginados.

Entre otras prioridades, tal estrategia debería comprender las acciones concertadas en el frente de la OMC, en el de las negociaciones de acuerdos interregionales -incluso respecto de aquellos en las que no participen- y en el de la región más inmediata en la cual se insertan el Mercosur y la Alianza, sea ella la del Sur Americano o la de Latinoamérica en su conjunto.

Conciliar lo diverso en un contexto de fuertes cambios internacionales es un desafío que enfrentan los países latinoamericanos a la hora de construir un espacio regional de cooperación e integración, especialmente si, a la vez, procuran desarrollar una inserción competitiva en los mercados mundiales. Es ello más cierto aún si es que los respectivos liderazgos políticos, empresariales y sociales aspiran a asegurar condiciones para un razonable grado de gobernabilidad (paz y estabilidad política, desarrollo productivo y cohesión social), tanto en el plano global como en el regional.

Múltiples son los planos en los que el factor diversidad incide en las relaciones comerciales internacionales. Por cierto que la dimensión económica y el grado de desarrollo de un país ocupan un lugar relevante. Pero también inciden, entre otras, las diferencias culturales, ideológicas, religiosas, étnicas y de capacidades tecnológicas. Comprenderlas e incluso apreciarlas, es una condición indispensable para navegar

en un mundo de modernidad mestiza⁵. Tan pronto se incluye en el análisis y en la acción el factor de dinámica de cambio, la tarea de aceptar la diversidad como parte ineludible de la realidad internacional se torna más compleja y quizás apasionante. La velocidad que ha caracterizado, en las últimas dos décadas, los desplazamientos del poder relativo entre las naciones; la densidad en la conectividad física entre los distintos espacios nacionales y regionales, y la incorporación de nuevos protagonistas a la competencia económica global (países emergentes y creciente población urbana con ingresos de clase media), están acentuando las dificultades que se observan para apreciar el nuevo entorno internacional en la perspectiva del comercio y de las inversiones transnacionales. Las dificultades son mayores en los países que por mucho tiempo fueron protagonistas decisivos de las relaciones internacionales. Y también para quienes aspiran a interpretar realidades actuales en base a conceptos, paradigmas, marcos teóricos o enfoques ideológicos del pasado.

¿Cómo conciliar o al menos equilibrar intereses, valores y visiones diferentes entre países que comparten un espacio geográfico regional, como el latinoamericano o el sudamericano? Es un desafío que encaran los países de nuestra región, en la medida que procuren potenciar oportunidades que se les están abriendo en el escenario internacional, especialmente por su dotación de recursos naturales, por su diversidad cultural combinada con una fuerte creatividad, y por la experiencia acumulada en su desarrollo económico y social, incluyendo -al respecto- el acervo de éxitos, frustraciones y abiertos fracasos.

Hablar con una sola voz y desarrollar una mirada de conjunto de las grandes cuestiones de la agenda global -ejemplos son los desafíos que plantea el cambio climático o la necesidad de evitar que las negociaciones de mega-acuerdos interregionales terminen por erosionar la efectividad y eficacia del sistema multilateral de comercio institucionalizado en la OMC- no requiere necesariamente de la homogeneidad. Requiere sí de puntos de equilibrio entre visiones eventualmente diferentes que es, precisamente, aquello a lo que puede aspirarse con liderazgos políticos colectivos y con instituciones regionales tales como son ALADI, UNASUR y CELAC, especialmente si cuentan con el apoyo intelectual y técnico de organismos como CEPAL, CAF y SELA.

Pero también requiere de un sólido esfuerzo en cada país de la región para definir y actualizar sus estrategias de inserción comercial internacional. Países que saben

⁵ Ver Guillebaud, Jean-Claude, “Le commencement d’un monde. Vers une modernité métisse” (Seuil, Paris 2008).

lo que quieren y lo que pueden, especialmente si lo hacen a través de una fuerte participación social, están en mejores condiciones de procurar puntos de equilibrio en sus respectivos intereses, al dialogar y negociar con los otros países de la región.

