



# Temas controversiales en negociaciones comerciales Norte-Sur

Oswaldo Rosales V.  
Sebastián Sáez C.  
Compiladores



NACIONES UNIDAS



Ministerio Federal de  
Cooperación Económica  
y Desarrollo



# **Temas controversiales en negociaciones comerciales Norte-Sur**



NACIONES UNIDAS



Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)  
Santiago de Chile, agosto de 2010

Libros de la CEPAL

106

**Alicia Bárcena**

Secretaría Ejecutiva

**Antonio Prado**

Secretario Ejecutivo Adjunto

**Oswaldo Rosales**

División de Comercio Internacional e Integración

**Susana Malchik**

Oficial a cargo

División de Documentos y Publicaciones

Diseño de portada: Francisca Galilea  
Diagramación: Andrés Hannach

---

Publicación de las Naciones Unidas

ISBN: 978-92-1-323344-3

LC/G.2417-P

N° de venta: S.09.II.G.94

Copyright © Naciones Unidas, agosto de 2010. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

---

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N.Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

## Índice

Prólogo .....	7
Capítulo I	
Temas controversiales en las negociaciones comerciales Norte-Sur.....	9
A. Los acuerdos Norte-Sur y sus disciplinas.....	11
B. Comercio e inversiones .....	12
C. Comercio de servicios.....	15
D. Derechos de propiedad intelectual.....	18
E. Los sistemas de solución de controversias.....	25
F. Conclusiones.....	30
Bibliografía.....	33
Capítulo II	
Normas sobre el comercio y las inversiones: perspectivas de	
América Latina .....	35
A. Introducción.....	35
B. Disciplinas de la Organización Mundial del Comercio.....	36
C. Alcance y contenido de los acuerdos bilaterales y regionales.....	39
1. Los tratados bilaterales sobre inversiones .....	39
2. Las normas sobre inversión en los acuerdos de	
integración regional .....	41
3. Los avances bilaterales o regionales en la formulación de	
normas sobre inversión .....	42
D. Elaboración de normas sobre inversión: enfoques bilaterales,	
regionales o multilaterales.....	44

E. Anatomía de un intento fallido: la inversión y el programa de Doha para el desarrollo.....	48
1. La protección de las inversiones .....	50
2. La liberalización de las inversiones .....	50
3. Las distorsiones de la inversión .....	51
4. La buena gobernanza.....	52
F. A modo de conclusión: marcos prospectivos en materia de inversión .....	52
Bibliografía.....	58

### Capítulo III

#### Los servicios en los acuerdos regionales entre países de América

Latina y países desarrollados .....	59
Resumen .....	59
A. Introducción.....	60
B. Acuerdos bilaterales entre países de América Latina y países desarrollados.....	61
1. Definición y alcance de las obligaciones .....	62
2. Principios básicos .....	65
3. Mecanismo de liberalización .....	68
4. Reglamentación .....	71
5. Sectores .....	71
C. Principales efectos de las diferencias .....	76
D. Espacio para formular las políticas: ¿Qué políticas? ¿Qué espacio? .....	80
1. Un asunto delicado .....	80
2. Disposiciones específicas.....	82
3. Aspectos problemáticos.....	86
4. Inversión y privatización.....	86
5. Servicios de utilidad pública e interés público .....	88
6. Autonomía regulatoria .....	89
E. Enseñanzas en materia de política y dicotomía entre acuerdos multilaterales y bilaterales o subregionales .....	90
Bibliografía.....	96

### Capítulo IV

#### Aspectos controversiales de los capítulos sobre propiedad intelectual de los acuerdos de libre comercio celebrados principalmente por

los Estados Unidos.....	97
A. Introducción.....	97
B. ¿Qué es y cómo opera la propiedad intelectual?.....	98
1. La internacionalización de la propiedad intelectual .....	99
C. La propiedad intelectual como aspecto importante de los acuerdos regionales: más allá del ADPIC.....	100

D. El carácter controvertido de los capítulos de PI incluidos en los acuerdos de libre comercio .....	103
1. Las flexibilidades en general.....	105
a) El uso de las flexibilidades: el caso del acceso a los medicamentos .....	106
b) La expansión del ámbito de protección del derecho de autor .....	112
c) La protección de la materia viva, los recursos genéticos y el conocimiento tradicional .....	116
d) Medidas de observancia y solución de controversias ....	122
E. Consideraciones finales.....	127
Bibliografía.....	132

## Capítulo V

### La solución de controversias en los acuerdos comerciales de

América Latina con los países desarrollados .....	137
A. Introducción.....	137
B. El sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio.....	138
1. Elementos y características principales.....	138
2. Reglas generales .....	139
a) Aspectos generales.....	139
b) Etapas del procedimiento de solución de controversias.....	141
c) El procedimiento ante los grupos especiales.....	142
d) Adopción del informe de un grupo especial.....	143
e) Examen en apelación .....	143
f) Adopción del informe del Órgano de Apelación.....	144
g) Cumplimiento del informe .....	144
h) El incumplimiento del informe y sus consecuencias .....	145
i) Otros procedimientos de solución de controversias .....	146
C. Los mecanismos de solución de controversias de los acuerdos bilaterales y subregionales.....	146
1. Elementos y características principales.....	146
2. Elementos comunes.....	147
a) Aspectos generales .....	147
b) Etapas del procedimiento de solución de controversias..	148
c) Cumplimiento del informe del grupo arbitral .....	151
d) Incumplimiento del informe y consecuencias .....	152
e) Otros procedimientos y disposiciones especiales de solución de controversias .....	153
3. Aspectos relevantes propios de los distintos acuerdos.....	153
a) Los acuerdos suscritos por los Estados Unidos.....	153
b) Los acuerdos suscritos por la Unión Europea .....	158
c) El acuerdo de asociación entre México y el Japón .....	161

D. Comparación entre el sistema de solución de controversias de la OMC y los mecanismos pertinentes de los acuerdos bilaterales y subregionales.....	162
1. Estructura .....	162
a) Naturaleza de los mecanismos .....	162
2. Principios generales .....	163
3. Procedimientos del mecanismo de solución de controversias .....	164
4. Los costos.....	165
5. Cumplimiento del informe de los grupos especiales.....	165
6. Utilización.....	168
E. A modo de conclusión: lecciones de política relevantes para los países de América Latina y el Caribe .....	169
Bibliografía.....	172
Anexo .....	176
Publicaciones de la CEPAL .....	179

## Cuadros

III.1 Resultados del estudio: definición y alcance .....	63
III.2 Resultados del estudio: principios básicos .....	66
III.3 Resultados del estudio: mecanismo de liberalización.....	69
III.4 Resultados del estudio: reglamentación.....	72
III.5 Resultados del estudio: sectores .....	73
V.1 Esquema comparativo del entendimiento sobre solución de diferencias y los mecanismos pertinentes de los acuerdos bilaterales y subregionales objeto de examen.....	176

## Prólogo

Las últimas dos décadas han sido testigos de la proliferación de los acuerdos comerciales preferenciales en todo el mundo, un fenómeno que se acentuó durante los primeros 10 años del presente siglo, en paralelo con los esfuerzos –aún infructuosos– por concluir la Ronda de Doha de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Estos acuerdos son cada vez más del tipo Norte-Sur e involucran tanto a países industrializados como en desarrollo.

Los países de América Latina y el Caribe no han permanecido ajenos a las tendencias mundiales en este ámbito y a partir de los años noventa han participado en diversos procesos negociadores con socios extrarregionales, en busca de una mejor inserción en la economía mundial. En el comienzo, estos procesos tuvieron como contrapartes más destacadas a los Estados Unidos y la Unión Europea, que históricamente han sido los principales mercados extrarregionales para las exportaciones latinoamericanas y caribeñas. Con posterioridad, se fueron ampliando hacia economías asiáticas, como China, el Japón y la República de Corea, como consecuencia del dinamismo económico de Asia y de su creciente importancia como socio comercial de la región. La gran mayoría de los acuerdos resultantes –y de los que actualmente se encuentran en etapa de negociación– corresponde a tratados de libre comercio (TLC).

Los efectos de los TLC sobre las economías en desarrollo que en ellos participan son materia de amplio debate. Un tema especialmente controvertido es el de las repercusiones de estos acuerdos en la facultad de los gobiernos de los países en desarrollo para conducir sus políticas públicas. Esta discusión se relaciona, sobre todo, con los compromisos negociados en materias como el tratamiento de la inversión extranjera, los servicios y los derechos de propiedad intelectual. En todos los casos,



se trata de materias cuya regulación tiene implicancias directas sobre un amplio espectro de políticas públicas: ambientales, de salud, de innovación, científicas y de provisión de servicios básicos, entre otras. En este contexto, los compromisos negociados en materia de solución de controversias también adquieren gran importancia, ya que constituyen el mecanismo a través del cual se hace exigible el cumplimiento de las obligaciones pactadas en las áreas ya mencionadas.

La presente publicación constituye un aporte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) al debate sobre la interacción entre los acuerdos comerciales Norte-Sur y las políticas públicas, a la luz de la experiencia de la región. Con este objetivo, un grupo de destacados especialistas analiza los acuerdos comerciales negociados entre países de la región y socios como los Estados Unidos, la Unión Europea y el Japón, en las áreas de la inversión, los servicios, la propiedad intelectual y la solución de controversias.

A partir del análisis aquí presentado se concluye que los acuerdos comerciales Norte-Sur incorporan más dimensiones que los de la OMC, y que la cobertura y profundidad con que estas se abordan suelen ser mayores. Sin embargo, esto no ocurre de igual manera en todas las áreas. Por ejemplo, en el ámbito de las inversiones y los servicios, los acuerdos Norte-Sur analizados contemplan espacios para exceptuar total o parcialmente de las disciplinas pactadas a determinadas políticas, instrumentos o sectores, en función de las prioridades de cada gobierno participante.

Los compromisos asumidos en el área de la propiedad intelectual generan mayor controversia a raíz de la relación directa existente entre los derechos de propiedad intelectual y numerosos ámbitos sensibles de las políticas públicas, como el acceso al conocimiento, la innovación y la salud pública. El desafío central es lograr el necesario equilibrio entre la promoción de la actividad creativa, clave de la competitividad en el marco de la economía del conocimiento, y el resguardo de importantes objetivos.

La presente publicación no tiene por objeto ofrecer respuestas a cada una de las preocupaciones y críticas expresadas a los acuerdos comerciales con países industrializados. Su propósito es entregar al lector, incluidos negociadores y encargados de la formulación de políticas, más y mejores elementos de juicio para abordar estos temas y diseñar soluciones acordes con la realidad de sus respectivos países.

**Alicia Bárcena**  
Secretaria Ejecutiva  
Comisión Económica para  
América Latina y el Caribe (CEPAL)

## Capítulo I

# **Temas controversiales en las negociaciones comerciales Norte-Sur<sup>1</sup>**

*Oswaldo Rosales y Sebastián Sáez*

La región de América Latina y el Caribe dio un giro en sus relaciones comerciales Norte-Sur a partir de mediados de la década de 1990. El comienzo de los trabajos preparatorios para la construcción del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), así como la decisión posterior de iniciar negociaciones para su materialización en la Segunda Cumbre de las Américas, celebrada en Santiago en abril de 1998, significaron un cambio de enfoque de integración desde varios puntos de vista. En efecto, esa decisión implicaba: i) buscar la complementación de las reformas comerciales emprendidas a fines de los años ochenta y principios de los años noventa con la integración regional; ii) extender esa integración a dos economías desarrolladas: los Estados Unidos y el Canadá; iii) incluir en el proceso de integración una agenda amplia de temas que cubrirían todas las dimensiones comerciales, y iv) no limitar el proceso a los países de la región como había ocurrido tradicionalmente, sino buscar concertar

---

<sup>1</sup> Documento elaborado sobre la base de los trabajos presentados en el Encuentro de encargados del comercio exterior de América Latina, 25 y 26 de mayo de 2006. Con el fin de dar mayor precisión a los términos empleados, se transcriben las definiciones disponibles en el sitio de la Organización Mundial del Comercio (OMC) [en línea] [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/glossary\\_s/glossary\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/glossary_s.htm).

acuerdos amplios de integración con socios comerciales del resto del mundo, especialmente, la Unión Europea y el Japón. En la primera década de este siglo, el proceso se ha ido expandiendo a varios países de Asia y Oceanía.

El proceso de la construcción del ALCA demostró ser un ejercicio muy útil para la formación de funcionarios públicos en el área de las negociaciones y la política comercial. Asimismo, la perspectiva de negociar con la economía más importante del mundo (y el principal socio comercial en muchos casos) movilizó al sector privado de la región y despertó un gran interés por organizarse para enfrentar este desafío. Del mismo modo, la sociedad civil también se organizó para hacer llegar sus puntos de vista a los gobiernos y responsables de las negociaciones. Todo ello significó un hecho inédito en la región que influyó en la forma en que se organizaron los procesos de integración a nivel subregional.

Sin embargo, desde un inicio se observaron dificultades en la negociación de un acuerdo debido a que los enfoques de política no eran coincidentes, no solo respecto de la relación entre América del Norte por una parte, y América del Sur, el Caribe y Centroamérica por la otra, sino dentro de las propias subregiones mencionadas. En primer lugar, cabe señalar las diferencias existentes entre los Estados Unidos y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). De acuerdo con el Ministro de Relaciones Exteriores del Brasil, para el MERCOSUR las negociaciones sobre el ALCA representaban en la práctica una negociación solo con los Estados Unidos, dado que tanto este país como ese bloque ya habían establecido pactos con el resto de los países de la región<sup>2</sup>.

Dentro de América del Sur, Chile era partidario de avanzar decididamente hacia una negociación bilateral con los Estados Unidos, posición que en Centroamérica coincidía con la de Costa Rica. En la etapa final de las negociaciones entre Chile y los Estados Unidos, Centroamérica y los Estados Unidos decidieron iniciar las negociaciones de un acuerdo comercial, a las que se unieron Panamá y la República Dominicana. Luego continuaron las negociaciones de los Estados Unidos con Colombia, el Ecuador y el Perú, en las que el Estado Plurinacional de Bolivia participó inicialmente como observador y con el derecho de incorporarse en cualquier momento a la negociación. En las rondas finales, el Ecuador decidió suspender indefinidamente su participación, con lo cual el proceso concluyó solo con Colombia y el Perú.

Este proceso no ha estado exento de diversas críticas, especialmente por un desencanto bastante extendido en la región respecto de los resultados prácticos de las reformas económicas mencionadas. Los

---

<sup>2</sup> Véase *O Estado de São Paulo*, 19 de mayo de 2005.

acuerdos comerciales han sido asociados a la continuación de este proceso de reformas por otros medios. Este libro aborda algunos de los aspectos incluidos en las negociaciones que han recibido la mayor parte de las críticas. El presente capítulo resume los principales contenidos y conclusiones que se desarrollan en el resto del trabajo.

## **A. Los acuerdos Norte-Sur y sus disciplinas**

La integración regional ha adoptado en años recientes un nuevo perfil (Devlin y Girodano, 2004). Junto con el esfuerzo de integración de los países de la región, crecientemente han emergido iniciativas de negociación de países o grupos de países con socios comerciales extrarregionales. Luego de sus negociaciones con el Canadá y los Estados Unidos, México firmó tratados con el Japón y la Unión Europea. Por su parte, Chile ha seguido una política similar impulsando acuerdos con todos sus socios comerciales más relevantes, vale decir, con los Estados Unidos, la Unión Europea, el Japón, China y la República de Corea, como también con Singapur, Nueva Zelandia, Brunei Darussalam, Australia y los cuatro países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Luego de las negociaciones de los países de Centroamérica con los Estados Unidos, que concluyeron con la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Centroamérica, este grupo de países inició negociaciones con la Unión Europea para un acuerdo de asociación. Dos miembros de la Comunidad Andina (CAN) —Colombia y el Perú— han suscrito tratados de libre comercio con los Estados Unidos. Actualmente, estos mismos países negocian con la Unión Europea un acuerdo de asociación. El MERCOSUR sigue desde hace años un proceso similar con este bloque comercial.

En este contexto de negociaciones Norte-Sur, han surgido cuestionamientos respecto de los alcances que tendrían estos tratados en relación con las disciplinas existentes en la Organización Mundial del Comercio (OMC), de los verdaderos efectos liberalizadores que representarían y en cuanto a su influencia sobre las facultades de conducción de políticas económicas. Respecto de este último punto, se argumenta que las disciplinas negociadas en aspectos tales como inversiones, servicios y propiedad intelectual, aunque no exclusivamente, limitarían los espacios de políticas que podrían utilizar los países en desarrollo.

Aun cuando no es posible concluir el debate en uno u otro sentido, sí se pueden identificar y organizar algunos de sus elementos. A continuación, se abordarán las siguientes preguntas respecto de los temas que despiertan mayor preocupación por parte de diferentes

grupos de la sociedad: en qué medida los acuerdos negociados con los Estados Unidos, la Unión Europea y el Japón han avanzado respecto de las disciplinas de la OMC; en qué medida han logrado una mayor liberalización, y cuáles son sus efectos en la conducción de políticas públicas para los países signatarios.

## **B. Comercio e inversiones<sup>3</sup>**

Sauvé (2006) examina los acuerdos suscritos por algunos países de la región con países desarrollados a la luz de las disciplinas existentes en la OMC, los acuerdos de promoción y protección de inversiones y los acuerdos que siguen el modelo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Diversos acuerdos de la OMC abordan materias que guardan relación con las inversiones: el Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC), que se aplica únicamente al comercio de mercancías; el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SCM), aplicado a las subvenciones sobre la producción de bienes y que sean específicas (disponibles para ciertos sectores o actividades económicas)<sup>4</sup>; y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), que define como modo de suministro la presencia comercial<sup>5</sup>. Las disciplinas que regulan el comercio de servicios son la cláusula de nación más favorecida, el acceso a los mercados y el trato nacional. Por último, el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), si bien no establece reglas en materia de inversiones, contribuiría a crear un ambiente favorable<sup>6</sup>.

De acuerdo con Sauvé (2006), la inclusión de algunas reglas en materia de inversiones en los acuerdos de la OMC es un reconocimiento de la creciente complementariedad entre el comercio de bienes y servicios y las inversiones. En efecto, en un mundo cada vez más globalizado,

---

<sup>3</sup> Esta sección está basada en Sauvé (2006).

<sup>4</sup> De acuerdo con las definiciones de la OMC, hay dos tipos generales de subvenciones: las subvenciones a la exportación y las subvenciones internas. Las primeras constituyen un beneficio conferido a una empresa por el gobierno y que está supeditado a las exportaciones. Las segundas constituyen un beneficio que no está directamente vinculado a las exportaciones.

<sup>5</sup> Corresponde a la manera en que se suministran y consumen los servicios en el comercio internacional. En el AGCS se distinguen cuatro modos de suministro de servicios: el comercio transfronterizo (modo 1), el consumo en el extranjero (modo 2), la presencia comercial (modo 3) y la presencia de personas físicas (modo 4). La presencia comercial implica que un proveedor de servicios establece una presencia en otro país mediante la instalación de una oficina, sucursal o filial. Esto conlleva, por lo tanto, una inversión por parte del proveedor.

<sup>6</sup> Los acuerdos de protección de inversiones contemplan disposiciones respecto de la propiedad intelectual.

donde los servicios constituyen un canal privilegiado por donde se difunde el cambio tecnológico, hoy es cada vez más difícil disociar la competitividad en el sector de los bienes de aquella en el área de los servicios. Por lo demás, el proceso de deslocalización de las actividades productivas y la segmentación geográfica de las cadenas de valor, favorecidas por las mismas tecnologías de comunicaciones, refuerzan este vínculo entre inversiones y competitividad en bienes y servicios. Sin embargo, el tratamiento parcial de algunos aspectos, como los requisitos de desempeño y los incentivos a las inversiones, así como la falta de claridad en el tratamiento de determinadas disciplinas en términos de inversiones que son relevantes para el comercio de servicios (por ejemplo, en materia de definiciones y mayor transparencia en las regulaciones), crea una diferencia importante respecto de los desarrollos recientes que han tenido lugar a nivel bilateral y regional.

En efecto, el examen de la evolución de las disciplinas aplicables a las inversiones en los acuerdos bilaterales de promoción de inversiones y en los acuerdos plurilaterales de libre comercio que incluyen capítulos sobre inversiones muestra un tratamiento más completo de estas materias. Estos instrumentos han tenido una doble evolución. Por una parte, han dejado de orientarse fundamentalmente a proveer protección legal a las inversiones realizadas, para pasar a incorporar reglas detalladas respecto de cómo deben ser tratadas estas inversiones. Por otra parte, han comenzado a ser incorporados como parte integral de los tratados de libre comercio, donde la apertura de los regímenes de inversiones pasa a ser un objetivo clave del resultado de las negociaciones. Sin embargo, es importante señalar que no existe un formato único en el tratamiento de las inversiones, a pesar de la proliferación de acuerdos bilaterales y regionales, lo que hace su comparación y evaluación más difíciles, especialmente de estos últimos.

En cuanto a los aspectos relacionados con la protección de las inversiones, en los nuevos acuerdos se han codificado las disposiciones existentes en acuerdos anteriores, modificando las que han sido consideradas problemáticas. Este es el caso, especialmente, de aquellas referidas al concepto de expropiación indirecta, el que ha sido precisado en acuerdos recientes firmados por los Estados Unidos con países de la región<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Si bien en el capítulo 11 (Inversión) del TLCAN se prohíbe —con ciertas excepciones— la expropiación tanto directa como indirecta de una inversión efectuada por un inversionista de una parte en el territorio de otra parte, en dicho capítulo no se define el concepto de expropiación indirecta. Por el contrario, en los tratados de libre comercio firmados con Chile y posteriores se lo define como una situación en la que “un acto o serie de actos de una parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio” (Tratado de Libre

Con respecto a las nuevas áreas cubiertas por las disciplinas de los capítulos de inversiones que van más allá de los tradicionales acuerdos bilaterales, se destacan las relacionadas con la prohibición de prácticas anticompetitivas, la protección de la propiedad intelectual, la liberalización de los procedimientos de autorización de inversiones y la liberalización del comercio de servicios. Normalmente no se incluyen disciplinas relativas a impuestos e incentivos a las inversiones (Sauvé, 2006).

El fortalecimiento de las disciplinas que afectan a las inversiones ha sido cuestionado por sus posibles efectos de limitación de los espacios de la política interna. Ya ha sido mencionado el caso de las expropiaciones indirectas, producto de cambios regulatorios que buscan promover políticas de interés público en el ámbito de la salud, el medio ambiente y la protección de las personas en general. Los expertos tienden a coincidir en cuanto a que las disciplinas en materia de inversiones no deberían tener como resultado una limitación de la capacidad regulatoria de los países. Menos consenso existe respecto de la forma correcta de preservar esa autonomía (OCDE, 2004)<sup>8</sup>.

Asimismo, este tipo de acuerdos tiene como objetivo limitar el uso de ciertos instrumentos como condicionantes del ingreso de la inversión extranjera (requisitos de desempeño) y las políticas que tienen como propósito discriminar a favor del inversionista nacional. Sin embargo, como señala Sauvé (2006), la arquitectura de los acuerdos contempla excepciones y reservas, tanto respecto de medidas existentes como de medidas futuras y períodos de transición respecto de disciplinas clave, que permiten graduar el nivel de exigencias de los países, pudiendo en estos casos mantener un mayor grado de libertad respecto de políticas

---

Comercio entre Chile y los Estados Unidos, anexo 10-D, "Expropiación"). Asimismo, se aclara que "salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente" (ibídem). Estas precisiones obedecen a la percepción de que las disposiciones del TLCAN generaban un desbalance a favor de los derechos del inversionista extranjero, frente al derecho a regular en el interés público del país anfitrión.

<sup>8</sup> Ginsburg (2005) [En espera de bibliografía.] examina el papel que juegan los acuerdos en materia de inversiones, la gobernabilidad y la calidad de las instituciones. Se observa que aquellos países que han firmado acuerdos de protección y promoción de inversiones tienden a tener una mayor calidad de gobiernos e instituciones regulatorias. Sin embargo, los resultados a este respecto no son sólidos y no se refieren a causalidad: los mayores niveles de gobernabilidad están asociados con los niveles de riqueza de los países. Esto podría deberse a que los acuerdos internacionales en materia de inversiones son sustitutos de instituciones internas y no complementos, como se piensa normalmente. La evidencia presentada por Ginsburg (2005) indicaría que los países que firman este tipo de acuerdos no realizarían esfuerzos por modernizar las instituciones internas, por ejemplo, los sistemas judiciales, las que pasan a ser sustituidas por las instituciones internacionales.

incompatibles con las reglas aplicables. Sin embargo, algunas de estas excepciones han sido limitadas respecto de las que provee el sistema multilateral de comercio y reducen ese grado de libertad.

### **C. Comercio de servicios**

El comercio de servicios se ha transformado en uno de los principales tópicos de las negociaciones multilaterales, regionales y bilaterales. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC y las disposiciones del TLCAN se han transformado en las dos principales referencias utilizadas por los países de América Latina y el Caribe en el momento de negociar esta dimensión del comercio (Marconini, 2005, 2006 y Sáez, 2006a). Este tópico ha despertado gran preocupación en amplios sectores de la sociedad civil, los que han centrado sus críticas en los efectos que el tratamiento de estos temas tiene en la conducción de políticas públicas, especialmente en el ámbito regulatorio, y sus implicancias respecto de la gestión de los servicios públicos (electricidad, agua potable, telecomunicaciones) y los servicios sociales (educación, salud y seguridad social) en los que el Estado tiene una importante responsabilidad como proveedor.

Las críticas apuntan tanto a las disposiciones de la OMC sobre la materia como a las disciplinas negociadas en acuerdos regionales y bilaterales recientes. Marconini (2006) presenta un estudio comparado de las disposiciones de la OMC, el TLCAN, los acuerdos negociados recientemente por los Estados Unidos con países de la región, la Unión Europea y el Japón. Tanto el modelo del AGCS, utilizado por la Unión Europea, como el TLCAN, utilizado por los Estados Unidos, contienen un ámbito de aplicación similar, referido a las medidas que afectan el comercio de servicios, y en ambos se realiza una distinción de este tipo de comercio, de acuerdo con los modos de suministro explicados anteriormente<sup>9</sup>. Sin embargo, la profundidad del tratamiento de cada uno de ellos difiere.

En el primer caso, las disciplinas aplicables a cada modo de suministro son las mismas. En el segundo caso, las disciplinas se desarrollan de manera separada, distinguiéndose las que se aplican al comercio transfronterizo (incluye los modos de suministro 1, 2 y 4 del AGCS), las inversiones (modo 3 del AGCS) y los procedimientos aplicables para el acceso de las personas de negocios al mercado de destino. Sin embargo, este criterio no ha sido uniforme, especialmente,

---

<sup>9</sup> Véase la nota de pie de página núm. 7.



en los acuerdos suscritos por los Estados Unidos con posterioridad a los firmados con Chile y Singapur, en los que no existen capítulos referidos a personas de negocios.

De acuerdo con Marconini (2006), no es posible determinar a priori si los acuerdos suscritos por los Estados Unidos, la Unión Europea y el Japón han sido más liberalizadores que los resultados obtenidos en las negociaciones de la OMC. En algunos casos, se han excluido ciertos sectores, como el transporte aéreo y los servicios audiovisuales. También se ha limitado el ámbito de aplicación en ciertas materias; por ejemplo, en el movimiento de personas naturales, se ha limitado a las “personas de negocios”, en cambio el AGCS cubriría cualquier categoría de proveedores de servicios. En otros casos, se han excluido sectores o actividades mediante las reservas negociadas (transporte marítimo y medidas a nivel subfederal y municipal).

Sin embargo, en otros aspectos, las negociaciones Norte-Sur han ido más allá de las disposiciones de la OMC, como es el caso de los servicios financieros, las telecomunicaciones e incluso las disciplinas del sector de transporte marítimo (en el caso de los acuerdos negociados por la Unión Europea). También las reglas de origen aplicables a los proveedores de servicios serían más flexibles que las acordadas en el AGCS<sup>10</sup>. Asimismo, en los acuerdos negociados por los Estados Unidos y el Japón en materia de inversiones (aplicables a los servicios que se establecen mediante una presencia comercial), se han incluido disciplinas más estrictas en cuanto a los requisitos de desempeño. En materia de servicios, estos acuerdos incluyen la prohibición de establecer la presencia local como condición para proveer un servicio (en los anexos se han incluido las reservas del caso).

Uno de los elementos centrales que complementan las disciplinas que regulan el comercio de servicios son las listas de compromisos mediante las cuales los países definen los sectores que van a regirse por las disposiciones sobre comercio de servicios y los términos en que lo harán. En este sentido, los acuerdos negociados por los Estados Unidos y el Japón, en los que se incorpora un mayor número de disciplinas, se sigue un enfoque de lista negativa (todo está incluido excepto lo expresamente excluido) y se adapta el nivel de compromisos al statu quo regulatorio (consolidación), son considerados más transparentes y liberalizadores que los enfoques del AGCS (seguidos por la Unión Europea). Sin embargo, como se indicó anteriormente, el contenido concreto de las listas de compromisos es lo que determina el nivel efectivo de liberalización. Por lo tanto, de acuerdo con

---

<sup>10</sup> Aunque estas podrían ser relevantes solo para aquellos países que no son miembros del AGCS, ya que el principio de cláusula de nación más favorecida obliga a tratar a todos los miembros de la OMC por igual.

la ecuación resultante en materia de exclusiones y reservas respecto de las medidas existentes y futuras, un enfoque de listas positivas puede ser más liberalizador, en cobertura y profundidad, que uno de listas negativas. En definitiva, los enfoques de liberalización tanto de la OMC como del TLCAN y los acuerdos bilaterales mencionados han procurado mantener el statu quo regulatorio más que producir una liberalización efectiva del comercio de servicios (Marconini, 2006 y Sáez, 2006a).

Un aspecto analizado por Marconini (2006) se refiere a las disposiciones sobre regulación interna aplicables al comercio de servicios. A este respecto, se analizan cuatro criterios que guardan relación con las regulaciones: transparencia, buen gobierno, requisitos y reconocimiento. Los acuerdos negociados por los Estados Unidos y el Japón tienden a avanzar en materia de transparencia y buen gobierno, estableciendo requisitos respecto de la elaboración y procedimiento de adopción y aplicación de las normas, cuestiones que no son abordadas por los acuerdos suscritos por la Unión Europea. Sin embargo, como señala Sáez (2006a), en ninguno de los acuerdos negociados se avanza de manera concreta en la reducción de los costos asociados a las cargas regulatorias que deben cumplir los proveedores de servicios para poder realizar sus actividades. Tampoco se clarifican las condiciones bajo las cuales las regulaciones internas serían consideradas barreras innecesarias al comercio, tema que se encuentra en el centro del debate y de las críticas respecto del comercio de servicios, los acuerdos comerciales y los espacios de política.

Las dificultades para abordar la liberalización del comercio de servicios están muy vinculadas a los cambios regulatorios que se deben abordar, a la economía política de estos cambios y a las consecuencias prácticas que ello puede significar para la conducción de políticas económicas y de desarrollo (Marconini, 2006, Sáez, 2006a y 2006b). Ello genera una demanda por conservar espacios de política que permitan establecer nuevas regulaciones, en caso de considerar que las existentes no son apropiadas y, al mismo tiempo, que estas no sean cuestionadas en el marco del sistema de solución de controversias por ser contrarias a los compromisos asumidos ni que se las considere barreras innecesarias al comercio. Otro aspecto que debe contemplarse es si las políticas que se desea llevar a cabo tienen por objeto discriminar a los proveedores extranjeros o bien privilegian al Estado como proveedor de servicios. En este sentido, las consecuencias más directas de los acuerdos recaen sobre el tipo de instrumentos de política y sus efectos (discriminación en favor de proveedores nacionales) y el grado de participación estatal deseado en la provisión de servicios, ya sea como regulador o como proveedor directo (Sáez, 2006a).

Tanto el AGCS como los acuerdos mencionados, incluso los que fueron negociados por los Estados Unidos, contienen diversos mecanismos que permitirían definir por anticipado los espacios de política que se desea mantener y, por lo tanto, las políticas e instrumentos que se conservan, así como los sectores afectados, incluido el tipo de participación del Estado en la actividad. Todo ello es, en gran medida, una decisión política en el contexto de una negociación internacional.

En otras palabras, en cualquiera de estos modelos de negociación, es teóricamente posible preservar los espacios de política pública que se estimen imprescindibles para estimular el crecimiento y el desarrollo. Lo relevante es contar primero con una estrategia nacional de desarrollo que defina claramente esos espacios y luego con la capacidad negociadora para delimitar esos objetivos, sea en los textos mismos o en las excepciones o reservas. No hay pues un carácter inherentemente restrictivo o más permisivo que se pueda asociar a los modelos de negociación.

#### **D. Derechos de propiedad intelectual<sup>11</sup>**

El Acuerdo sobre los ADPIC es el tratado multilateral sobre derechos de propiedad intelectual más importante que se haya negociado. Desde la firma del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas a fines del siglo XIX, no se había negociado un tratado multilateral de tal envergadura e importancia<sup>12</sup>. Aquellos países, fundamentalmente en desarrollo, que no mostraban entusiasmo por incluir los derechos de propiedad intelectual en el nuevo sistema multilateral, finalmente aceptaron su incorporación en la agenda de la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), debido a la atracción que el resto del paquete de negociación ofrecía, por ejemplo, en áreas como la agricultura y los textiles.

---

<sup>11</sup> Esta sección está basada en Roffe y Santa Cruz (2006). De acuerdo con la definición usual de esta materia, los derechos de propiedad intelectual corresponden a derechos sobre la propiedad de las obras de creación, es decir, las obras literarias y artísticas (protegidas por el derecho de autor), las invenciones (protegidas por patentes), los signos identificadores de los productos de una empresa (protegidos por marcas de fábrica o de comercio) y demás elementos de la propiedad industrial.

<sup>12</sup> Ambos tratados son administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El Convenio de París versa sobre las patentes, los modelos de utilidad, los dibujos y modelos industriales, entre otros temas.

Los estándares mínimos de protección que establece el Acuerdo tienen una incidencia mayor en las políticas sobre propiedad intelectual, rompiendo con la tradición del Convenio de París, que dejaba a sus miembros un amplio margen de maniobra a nivel nacional, particularmente en cuanto a patentes y marcas. Por ejemplo, los miembros tenían absoluta libertad para definir la materia patentable y, en consecuencia, excluir de la concesión de patentes a ciertos sectores tecnológicos, tales como el químico-farmacéutico, tanto en productos como en procesos. Igualmente, el Convenio de París dejaba en libertad a los países para determinar la duración de tales derechos.

En consecuencia, desde el punto de vista de la posibilidad de establecer determinadas políticas públicas, con el Acuerdo sobre los ADPIC se redujo la libertad de los países para regular materias vinculadas a las distintas categorías de derechos de propiedad intelectual. Si antes del Acuerdo había libertad para proteger o no determinadas categorías, fijar plazos de duración, establecer tipos de derechos garantizados o requisitos de protección, disponer la forma en que esos derechos se podrían hacer valer, determinar cuestiones relativas a procedimientos en juicios civiles, penales o administrativos e incluso cuestiones aduaneras, con la entrada en vigor del Acuerdo, esa libertad se limitó.

En el área de los derechos de autor, los programas de computación se protegieron como obras literarias, por un período de 50 años después de la muerte del autor, lo que resolvió una antigua discusión en cuanto a la protección que debían tener este tipo de creaciones. Las bases de datos también fueron incorporadas como objeto de protección del derecho de autor, hecho poco frecuente en esa época comparado con el tratamiento que se daba a los programas de computación en ese sentido.

En el Acuerdo también se reconocieron los derechos exclusivos de arrendamiento de las grabaciones musicales y los programas de computación, mediante los cuales el titular del derecho de autor podía evitar que su obra fuera arrendada. Igual norma se introdujo para las películas, lo que significó un gran reconocimiento para los productores fonográficos, especialmente de la industria de los Estados Unidos, que antes no existía a nivel internacional.

En materia de marcas de fábrica o de comercio, en el Acuerdo se definió por primera vez el concepto de marca para bienes y para servicios, dándole a esta última categoría la misma protección que a la primera y, en ambos casos, una protección mínima de siete años. También se introdujeron estándares mínimos de protección para las indicaciones geográficas, que hasta ese momento era una categoría que interesaba a un muy reducido grupo de países, especialmente europeos.

Respecto de los dibujos y modelos industriales, se otorgó una protección por 10 años, plazo que anteriormente no existía y que las legislaciones nacionales reconocían en diversas formas. Se admitió su protección mediante un sistema *sui generis* o bien por medio del derecho de autor, en cuyo caso se deben respetar las normas contenidas en la Convención de Berna.

En el Acuerdo se estableció que las patentes deberían estar disponibles para todas las invenciones, con posibilidades de exclusión muy limitadas. Muchos de los países en desarrollo esperaban que las exclusiones siguieran quedando dentro de la esfera de cada legislación nacional, pero ello no ocurrió y significó un cambio importante en cuanto a la formulación de políticas públicas en ese sector. La limitación de las exclusiones a la patentabilidad privó a los países en desarrollo de la posibilidad de utilizar elementos de políticas sectoriales que los países desarrollados sí pudieron emplear en su momento.

También en materia de patentes, el artículo 31 estableció 14 condiciones para el otorgamiento de licencias obligatorias. Estas normas constituyen otra limitación a la formulación de políticas públicas. En el Acuerdo también se previó una duración de las patentes de 20 años, contados desde la fecha de la presentación de la solicitud. De este modo, se eliminaron las opciones que hasta entonces existían sobre la materia, no solo en cuanto a la extensión del privilegio, sino también respecto de la forma de computarlo.

La obligación de la protección de los circuitos integrados fue otro tema importante, ya que en la época de las negociaciones del Acuerdo sobre los ADPIC, muy pocos países los regulaban internamente. El Tratado sobre la Protección de la Propiedad Intelectual respecto de los circuitos integrados (Tratado de Washington) fue la base de las obligaciones que se establecieron para regular esta materia en el Acuerdo de los ADPIC, pero se incorporaron otras normas mínimas adicionales, como un período de protección de al menos 10 años y el derecho de prohibir el comercio de productos que incorporan el diseño de circuitos protegidos.

La reglamentación sobre la observancia fue también algo inédito en el ámbito internacional del derecho de la propiedad intelectual. La idea de esta parte del Acuerdo es hacer que los Estados miembros de la OMC otorguen a sus tribunales o autoridades judiciales los medios adecuados para que puedan garantizar los derechos conferidos por él.

En definitiva, el Acuerdo sobre los ADPIC introdujo importantes limitaciones en las opciones de políticas de los miembros de la OMC relacionadas con la propiedad intelectual, algunas de ellas aplicadas por los propios países desarrollados hasta mediados de la década de 1970.

Las principales críticas a los acuerdos de libre comercio de nueva generación Norte-Sur se relacionan con el hecho de que profundizan el proceso de armonización, en términos de extender la cobertura, la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Estos acuerdos tienen un efecto importante en la consolidación de nuevas normas y en el diseño de nuevas orientaciones que superan los mínimos estándares del Acuerdo sobre los ADPIC, y sus efectos respecto de terceros países son amplios en virtud del principio de nación más favorecida.

Los tratados de libre comercio son diversos en sus disposiciones sobre la propiedad intelectual, siendo unos más comprensivos que otros. Por ejemplo, en los acuerdos suscritos por los Estados Unidos con los países centroamericanos y con Chile, si bien hay importantes diferencias entre ambos, los capítulos sobre propiedad intelectual son extensos e incluyen prácticamente todas sus disciplinas.

Los temas más controvertidos de estos acuerdos se relacionan con la reducción del espacio de uso de las flexibilidades que se permiten bajo el Acuerdo sobre los ADPIC. En resumen, las principales críticas se han centrado en cuatro grandes puntos: i) la aplicación de las flexibilidades del sistema, sobre todo en el acceso a los medicamentos; ii) la ampliación de la cobertura de protección del derecho de autor, en especial en el ambiente digital; iii) la protección de la materia viva, los recursos genéticos y el conocimiento tradicional, y iv) las medidas de observancia y solución de controversias.

En el Acuerdo sobre los ADPIC no solo se reconocen plazos diferenciados para su implementación, sino que se establecen una serie de flexibilidades que en los tratados de libre comercio se estarían limitando. El tema no se limita a la salud, pero ha tenido en esta área su manifestación más explícita. En resumen, entre las cuestiones que han suscitado mayores críticas con respecto a la aplicación de las flexibilidades del sistema y al modo en que los tratados bilaterales estarían vulnerando tal recurso se incluyen las siguientes: i) la limitación del uso de las licencias obligatorias; ii) las restricciones a la libertad de aplicar sistemas de agotamiento de derechos y, en consecuencia, recurrir a importaciones paralelas; iii) la extensión de la protección a segundos usos; iv) la ampliación del término de duración de la patente por demoras injustificadas en su concesión y para efectos de compensar al titular por la disminución injustificada del término de protección, resultante del proceso de autorización sanitaria o de comercialización; v) la expansión de la protección a los datos de prueba sobre seguridad y eficacia de los productos, que se transforma en una prohibición de utilizar esta información al menos durante 5 años desde la aprobación del producto farmacéutico y durante 10 años desde la aprobación de productos

agroquímicos, y vi) la posibilidad de prohibir la comercialización de productos a terceros antes de la expiración del término de protección de la patente, salvo con el consentimiento o aquiescencia del titular.

Los tratados bilaterales suscritos por países de la región —en oposición a otros, como aquellos entre los Estados Unidos y Marruecos, y los Estados Unidos y Singapur— no han limitado expresamente el uso de las licencias obligatorias, pero podrían afectar su utilidad como resultado de la aplicación de otras obligaciones del tratado, tales como el vínculo que se establece entre la autorización de comercialización de un producto y el consentimiento del titular de la patente.

Igualmente, en el caso de las importaciones paralelas, los acuerdos suscritos por la región no afectan la libertad reconocida en el Acuerdo sobre los ADPIC y reiterada en la Declaración Ministerial de Doha de que cada país pueda establecer el sistema de agotamiento de derechos que más convenga a sus intereses. Esto no ocurre con otros tratados de libre comercio, tales como los suscritos por los Estados Unidos con Australia y Marruecos, en los que se reconoce que este derecho puede limitarse cuando el titular de una patente ha restringido las importaciones por la vía contractual o por otros medios.

El tema de los segundos usos ha sido particularmente conflictivo por la tendencia en los Estados Unidos a relajar los criterios de patentabilidad y extender la concesión de patentes a toda invención. En el caso del tratado entre los Estados Unidos y Chile, se deja en claro, recurriendo a una terminología similar a la del Acuerdo sobre los ADPIC, que los permisos de comercialización se refieren a “nuevas entidades químicas” que no hayan sido previamente aprobadas. Este no es el caso del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-RD), en el que un nuevo producto se define como aquel que no contiene una entidad química que haya sido aprobada previamente en el territorio de la parte que otorga la aprobación.

Con respecto a la extensión de la duración de la patente por razones de atrasos administrativos, esta es una norma estándar en todos los tratados de libre comercio suscritos por los Estados Unidos. Estas disposiciones tienden efectivamente a extender la duración de las patentes más allá del término formal de 20 años establecido en el Acuerdo sobre los ADPIC. Una aplicación estricta de la norma de este Acuerdo haría expirar la patente 20 años después de la fecha de presentación de la solicitud. Nuevamente, en el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, se trata de un estándar mínimo que, como tal, no obliga a ningún tipo de compensación, como en el caso de las situaciones contempladas en los tratados de libre comercio.

Uno de los aspectos más debatidos de los tratados de libre comercio es la protección exclusiva a los datos de prueba sobre seguridad y eficacia de los productos por un período de 5 años en el caso de los farmacéuticos y de 10 años para los agroquímicos. En esta materia, en los tratados de libre comercio se va más allá que en el Acuerdo sobre los ADPIC, incorporando una pretensión que no tuvo éxito durante la Ronda Uruguay. Una de las críticas más fuertes esgrimidas sobre el particular se relaciona con la extensión de la protección a materias que trascienden la frontera natural de la propiedad intelectual, para incursionar en el terreno de las inversiones propiamente económicas, cuantiosas en muchos casos, pero poco vinculadas con la actividad inventiva.

La controversia sobre las flexibilidades no se limita al caso del acceso a medicamentos, sino que en general implica un cuestionamiento al proceso de armonización de la protección de la propiedad intelectual que se profundiza en los tratados de libre comercio. Dicho proceso podría tener implicancias para toda la gama de políticas públicas sobre las cuales puede incidir un régimen de propiedad intelectual.

La adopción en 1998 de la ley de derechos de autor para el milenio digital (*Digital Millennium Copyright Act*) por el Congreso de los Estados Unidos marcó un hito importante en la evolución del derecho de autor. Entre otros temas, la ley prohíbe los intentos de eludir las medidas tecnológicas de protección (cifrados). Esta ley ha sido criticada particularmente por crear nuevos derechos que dificultan el acceso al contenido de obras protegidas.

En efecto, diversos analistas señalan que dichas medidas de protección impiden usos legítimos de las obras, tales como hacer una copia de respaldo de un programa de computador (cuestión permitida en muchas legislaciones) o copiar pequeñas partes de una película en un DVD con propósitos educacionales o de crítica. Las medidas tecnológicas efectivas también han sido usadas para impedir la manufactura de productos de la competencia y para fragmentar los mercados mediante el uso de códigos de zonas regionales en los DVD. Más aún, el uso de las medidas tecnológicas efectivas restringiría el acceso a obras que ya han caído en el dominio público.

La protección de la materia viva, de los conocimientos tradicionales y la relación entre la propiedad intelectual y la protección de los recursos genéticos han sido temas álgidos en el debate internacional a partir de la adopción del Acuerdo sobre los ADPIC. Los temas de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales tocan diversos aspectos conflictivos, particularmente en su relación con la propiedad intelectual. En términos generales, las discusiones giran alrededor de tres grandes temas: la relación entre



el Acuerdo sobre los ADPIC y la Convención sobre la Diversidad Biológica, la patentabilidad de la materia viva y la protección de los conocimientos tradicionales.

La discusión sobre recursos genéticos y propiedad intelectual se orienta fundamentalmente en torno a la patentabilidad del material biológico. Además, se relaciona con el alto grado de interés demostrado por algunos países (especialmente en desarrollo) en establecer un marco jurídico internacional para la protección de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Uno de los puntos centrales de discusión es la divulgación del origen del recurso genético. Este representaría un método defensivo (Dutfield, 2004) para prevenir la llamada “biopiratería”. Países de la región han trabajado activamente para presentar el tema como un aspecto central en la construcción de un sistema internacional equitativo en propiedad intelectual.

Otro de los asuntos que han estado en las discusiones multilaterales es la necesidad de establecer un sistema positivo de protección para los conocimientos tradicionales, es decir, aquellos que han sido preservados por las comunidades mediante prácticas y costumbres ancestrales. Si se decidiera llevarlo a cabo, debería evaluarse el modo más conveniente de instaurar un nuevo sistema que proteja adecuadamente los conocimientos de las comunidades.

Los temas que interesan a varios países de la región, tales como la divulgación del origen de los recursos genéticos y la protección al conocimiento tradicional, no han encontrado hasta la fecha un reconocimiento explícito en los tratados de libre comercio. Ello ha sido motivo de críticas en la propia región.

Las medidas de observancia y los mecanismos de solución de controversias han sido una preocupación importante para los países desarrollados, incluso desde antes de la adopción del Acuerdo sobre los ADPIC. En los tratados de libre comercio, particularmente aquellos en que los Estados Unidos son parte, estos aspectos se expanden de manera significativa. Por ejemplo, mientras que en el Acuerdo sobre los ADPIC (artículo 41) se circunscribe la aplicación de las disposiciones sobre observancia concretamente a los derechos cubiertos por el mismo Acuerdo, los tratados de libre comercio no limitan la aplicación de las disposiciones a los derechos específicos cubiertos en ellos. En consecuencia, los procedimientos y sanciones que establecen deberían aplicarse a todos los derechos protegidos por cada parte, incluidos, por ejemplo, los derechos de los obtentores de variedades vegetales o de los organismos de radiodifusión, que no están regulados en los tratados de libre comercio.

Un aspecto importante de los tratados de libre comercio son los mecanismos de solución de controversias. Estos se aplican a la prevención o solución de las diferencias sobre la aplicación o la interpretación del tratado: cuando una parte considere que una medida de la otra parte es incompatible con las obligaciones del tratado o que la otra parte ha incurrido en otra forma de incumplimiento respecto de las obligaciones asumidas en conformidad con el tratado, y cuando una parte considere que una medida de la otra parte cause anulación o menoscabo en los beneficios esperados bajo el tratado. En consecuencia, el mecanismo de solución de diferencias de los tratados de libre comercio incluye —al igual que el de la OMC— aquellas reclamaciones que tienen relación con medidas que no contravengan el tratado, pero que una de las partes considere que anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de las disposiciones sobre los derechos de propiedad intelectual.

## **E. Los sistemas de solución de controversias<sup>13</sup>**

La posibilidad de contar con sistemas de solución de diferencias más ágiles que el de la OMC ha sido esgrimida como una de las justificaciones de la negociación de acuerdos de libre comercio. González (2006) examina las diferencias que existen entre el sistema de la OMC y los acuerdos suscritos por países de la región con los Estados Unidos, la Unión Europea y el Japón.

Más allá de las diferencias puntuales entre el sistema de la OMC y los mecanismos de solución de controversias de los acuerdos bilaterales y subregionales, conviene contrastar estos instrumentos en cinco áreas a efectos de determinar las características generales que distinguen la estructura de los mecanismos, pues ellas determinan en buena medida los resultados que pueden obtenerse con su activación: i) naturaleza; ii) principios generales; iii) procedimiento; iv) costo y v) cumplimiento.

El punto de partida del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC y de los mecanismos de los acuerdos bilaterales y subregionales en cuestión es el mismo: se trata de mecanismos de derecho internacional que están basados en una relación de colaboración, no de subordinación, entre Estados. Sin embargo, dentro de este tipo de mecanismos hay una amplia variedad; en un extremo se encuentran los esquemas de carácter jurídico o legalista, basados en la adjudicación, y en el otro, los que tienen un enfoque más pragmático, basado en la negociación. En términos generales, el ESD es el instrumento que

---

<sup>13</sup> Esta sección se fundamenta en el trabajo de González (2006).

presenta más elementos propios de un sistema orientado hacia las reglas, entre los que se destacan la adopción cuasi automática de las decisiones más importantes del procedimiento, así como la existencia del Órgano de Apelación<sup>14</sup>. Por su parte, en los acuerdos suscritos por los Estados Unidos se hace mayor hincapié en la solución basada en la negociación.

No obstante lo expuesto, en algunos acuerdos se han ido introduciendo ciertos aspectos de carácter más legalista que no están presentes en el sistema de la OMC. Como regla general, los sistemas basados en un enfoque legalista son preferibles para los países menos fuertes, pues tienen el efecto de acortar las asimetrías de poder con los países más poderosos, en tanto existan suficientes incentivos en el esquema para que estos últimos continúen participando del tratado y no opten por retirarse de él y recurrir al unilateralismo.

Tres aspectos fundamentales diferencian el sistema multilateral de los acuerdos bilaterales y subregionales. En primer lugar, el sistema de la OMC es un esquema integrado de solución de controversias, al cual deben someterse todas las cuestiones surgidas de los acuerdos abarcados. Por el contrario, prácticamente todos los acuerdos analizados contienen uno o varios mecanismos especiales de solución de controversias, según el área temática, siendo el TLCAN el que más esquemas contempla.

En segundo lugar, mientras que el mecanismo establecido en el ESD es de carácter exclusivamente intergubernamental, en tanto solo los miembros pueden activarlo, algunos de los esquemas incluidos en los acuerdos bilaterales y subregionales pueden ser activados por particulares, siendo los casos más relevantes los procedimientos de solución de controversias entre inversionista y Estado desarrollados en varios de los acuerdos y, por el impacto que ha tenido, el mecanismo del capítulo 19 del TLCAN<sup>15</sup>.

En tercer lugar, el sistema de solución de controversias de la OMC es cuasi automático, en tanto opera sobre la base del consenso negativo para poder detener la automaticidad de las diversas etapas del mecanismo. Esto es particularmente importante en lo que se refiere a la adopción de los informes de los grupos especiales (paneles) por parte del

---

<sup>14</sup> Órgano independiente integrado por siete personas que entiende de las apelaciones presentadas ante diferencias surgidas en la OMC. Cuando una o varias partes presentan una apelación, examina las constataciones de los informes de los grupos especiales.

<sup>15</sup> Este es un mecanismo mediante el cual se analizan las determinaciones sobre medidas antidumping y de derechos compensatorios adoptadas por las entidades responsables en los respectivos países miembros del TLCAN. Véase Leycegui y otros (1997).

Órgano de Solución de Diferencias<sup>16</sup>. Esta cuasi automaticidad está menos presente en los distintos acuerdos bilaterales y subregionales, pues en etapas importantes del procedimiento se requiere del consenso de las partes para poder continuar, hecho que resalta sobre todo en el caso de los acuerdos suscritos por los Estados Unidos, en los que el informe del grupo arbitral no es definitivo ni obligatorio, sino que está sujeto a lo que las partes convengan al respecto.

En cuanto a las características de cada uno de los procedimientos, también se presentan algunas diferencias importantes. Primero, en materia de designación de los integrantes del grupo especial o del grupo arbitral, mientras en el ESD se pone énfasis en la designación de personas que no sean nacionales de las partes de la controversia, los acuerdos suscritos por los Estados Unidos parten de un esquema de listas en las que se incluyen nacionales de las partes. Los otros tratados no poseen una regla expresa que excluya a los nacionales.

Segundo, si bien algunos de los acuerdos bilaterales y subregionales contemplan mayores derechos a favor de las terceras partes que el ESD, este presenta, en virtud de la amplia membresía de la OMC, una mayor posibilidad de forjar coaliciones con países interesados en la defensa de un mismo asunto.

Tercero, en materia de apertura de las audiencias al público y de escritos *amicus curiae*<sup>17</sup>, los mecanismos de los acuerdos bilaterales y subregionales suelen ser más abiertos o tener reglas más claras que las del ESD, aun cuando las de este último se encuentran en evolución, tendiendo a ir en la misma dirección que las de dichos convenios.

Cuarto, la participación de la Secretaría de la OMC en el procedimiento de los grupos especiales tiende a brindar consistencia y certidumbre, mientras que los mecanismos de los acuerdos bilaterales y subregionales carecen de dicho apoyo.

Quinto, los informes de los grupos especiales producidos al amparo del ESD pueden ser apelados por las partes en la controversia ante el Órgano de Apelación, instancia encargada de revisar la legalidad de dichos informes. No existe en ninguno de los mecanismos bilaterales de los acuerdos examinados instancia semejante. Este aspecto es de la mayor importancia, en tanto el Órgano de Apelación ha sido determinante en el desarrollo del derecho del comercio internacional y, en consecuencia, en contribuir a la fortaleza del sistema del ESD.

---

<sup>16</sup> El Consejo General de la OMC se reúne como Órgano de Solución de Diferencias para resolver diferencias comerciales.

<sup>17</sup> Expresión latina utilizada para referirse a presentaciones realizadas por terceros interesados, que ofrecen voluntariamente su opinión frente a una controversia para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso.

El costo de activar un mecanismo de solución de controversias es uno de los factores que determinan su nivel de utilización, junto con los potenciales beneficios que ese uso depare. En ese sentido, hay diversos elementos a considerar. En el marco de la OMC, las partes contendientes no tienen que pagar (directamente) el costo de administración del sistema, como ocurre en el marco de los acuerdos bilaterales y subregionales, sino solamente el costo de su participación en el mecanismo (fundamentalmente asesoría y representación legal). No obstante, este último es muy elevado, sobre todo desde la óptica de un país pequeño. La experiencia en el uso de este mecanismo en los acuerdos bilaterales y subregionales es limitada, salvo en el caso del TLCAN, e inclusive con este instrumento, la solución de controversias entre Estados se ha limitado solo a tres casos. En consecuencia, no es tan claro el modo de comparar unos mecanismos con otros.

Dado que por la naturaleza de los mecanismos de solución de controversias en estudio no existe un poder superior que pueda obligar al cumplimiento del informe de un grupo arbitral o especial, el esquema de incentivos que cada mecanismo incorpore para promover el cumplimiento es un tema central. Desde esta perspectiva, es claro que el sistema del ESD, por su estructura y por el número de países que forman parte de la OMC, presenta condiciones que tienden a aumentar las posibilidades de cumplimiento con respecto a las existentes en la mayoría de los acuerdos bilaterales o subregionales, al menos en relación con los mecanismos de solución de controversias entre Estados. Esto se materializa, principalmente, en tres puntos: primero, la solución de un conflicto en el marco multilateral minimiza —aunque no elimina— el riesgo de politización de las controversias, particularmente de aquellas que presentan algún grado de sensibilidad en un entorno bilateral. Con ello no solo se reducen las posibilidades de alteración de la relación bilateral en otras áreas, sino que se facilita la solución de la diferencia.

Segundo, la OMC brinda la opción a los países miembros de incrementar su poder de negociación al sumar fuerzas con otros miembros que, actuando como demandantes o como terceras partes, participen en el proceso. Esta posibilidad de promover la acción colectiva a través de la colaboración no está presente —o lo está de manera más reducida— en los acuerdos bilaterales o subregionales que tienen, por definición, un número menor de países miembros. Para los países menos poderosos, esto contribuye a elevar las posibilidades de cumplimiento de otro que tenga mayor poder relativo.

Tercero, en relación también con el número de miembros de la OMC y, en parte, con la diversidad de temas cubiertos por ella, los países más débiles también pueden encontrar en este foro una mayor

posibilidad de vincular temas como una forma de incrementar su poder de negociación o de utilizar diversos eventos relevantes en el marco multilateral con el mismo propósito. En general, esto es lo que han hecho los países latinoamericanos en el marco de la controversia con la Unión Europea respecto de su régimen de importación de banano, al utilizar las reuniones ministeriales de Marrakech, Doha y, más recientemente, de Hong Kong para promover sus intereses en la materia.

Sin embargo, esta visión no es compartida por todos los expertos, ni tampoco es necesariamente aplicable en todos los casos. Por ejemplo, hay quienes consideran que el mecanismo de cumplimiento del TLCAN es su mejor virtud, pues en tanto en la OMC hay que someter el caso a un grupo especial y a un arbitraje para determinar el plazo prudencial de cumplimiento, en el TLCAN, la parte que ha de cumplir debe demostrar que lo ha hecho en un plazo de 30 días o, de lo contrario, se procede al arbitraje y se habilita el derecho a exigir una retorsión. Sobre el particular, interesa señalar que, si bien el tiempo es un elemento relevante en materia de cumplimiento, lo cierto es que el hecho de que se permita suspender concesiones más rápidamente no garantiza, per se, un mayor nivel de cumplimiento.

Los acuerdos bilaterales y subregionales en estudio presentan enfoques diferentes en materia de cumplimiento. Por una parte, en los acuerdos suscritos por los Estados Unidos, el informe no es obligatorio sino que las partes deben acordar una solución de la controversia, que consistirá, de preferencia, en acatar la recomendación del informe. Por otra parte, en los acuerdos suscritos por la Unión Europea y el Japón, el informe del grupo arbitral es considerado definitivo y obligatorio. Esto último tiende a promover, desde la perspectiva estructural, el cumplimiento. Por su parte, en lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento, es posible identificar en los acuerdos más recientes suscritos por los Estados Unidos y por la Unión Europea la inclusión de la compensación monetaria como una forma de aumentar la presión a favor del cumplimiento, aspecto que no está incluido en el ESD.

La incorporación de elementos estructurales que tiendan a promover el cumplimiento en un mecanismo de solución de controversias es, fundamental. Sin embargo, debe mantenerse un balance adecuado entre estos incentivos y aquellos necesarios para que el país más fuerte continúe participando del sistema de solución de controversias y no intente retirarse de él, pues si ello sucediera, no se lograría el objetivo que se persigue con el mecanismo. Hasta la fecha, este riesgo no parece haberse presentado en los acuerdos bilaterales y subregionales estudiados, aunque, en algunos casos, la operación del mecanismo de solución de controversias del TLCAN ha generado presiones importantes en los Estados Unidos en ese sentido.

Desde esta óptica, resulta claro que los mecanismos incluidos en los acuerdos bilaterales y subregionales en estudio pueden ser mejorados, al menos en los siguientes aspectos: mayor automaticidad en la designación de panelistas; otorgamiento de carácter obligatorio a los informes de los paneles —en los casos que no lo tengan—; mejoramiento de las opciones para promover el cumplimiento, incluyendo, al menos, el pago de daños retroactivos y costas legales; fortalecimiento del apoyo por parte de los órganos encargados de administrar los sistemas; incremento de la transparencia, y desarrollo de alternativas menos tradicionales como procedimientos simplificados para reclamos de bajo valor o entre países pequeños.

## **F. Conclusiones**

Los acuerdos comerciales Norte-Sur incorporan una mayor cantidad de dimensiones que los de la OMC. Asimismo, la cobertura y profundidad con que estas se abordan suele ser mayor. Sin embargo, ello no ocurre de igual manera en todas las áreas. Por ejemplo, en propiedad intelectual, no se introducen nuevas disciplinas en algunas de las materias protegidas por el Acuerdo sobre los ADPIC, pero sí se desarrollan de manera importante las disciplinas sobre derechos de autor y observancia. En cuanto a los servicios, los sectores de servicios financieros y telecomunicaciones reciben un desarrollo mucho mayor que el observado en otras actividades igualmente relevantes, como es el sector de transporte en general. Del mismo modo, en materia de movimiento de personas de negocios (personas físicas), los acuerdos Norte-Sur no establecen un nivel significativo de liberalización, e incluso algunos de ellos han restringido el alcance de los compromisos respecto de las definiciones del AGCS.

Uno de los aspectos que ha recibido mayores críticas es el referido a los espacios de política que permitirían los acuerdos negociados. Al respecto, en este libro se tratan principalmente los temas distintos del comercio de bienes, área en la que, por definición, los acuerdos buscan limitar, e incluso eliminar, el uso de instrumentos tradicionales de política que restringen el comercio, como los aranceles, las cuotas y otras medidas no arancelarias.

En el ámbito de las inversiones y los servicios, los acuerdos Norte-Sur contemplan en su arquitectura y en el uso de las reservas contenidas en los respectivos anexos, espacios para definir el tipo de políticas, instrumentos o sectores que los países acuerdan exceptuar, total o parcialmente, o respecto de instrumentos específicos, de las

disciplinas pactadas. No obstante, ello significa tener una capacidad de negociación y definición política que muchas veces los países en desarrollo no poseen.

El área de la propiedad intelectual genera mayor controversia. En primer término, desde un punto de vista conceptual, no es evidente la racionalidad de su inclusión en acuerdos comerciales. La principal razón de su inclusión en el contexto de la Ronda Uruguay fue el interés del sector privado de los Estados Unidos de contar con la posibilidad de aplicar sanciones comerciales para forzar una mayor protección de los derechos de propiedad intelectual en otros países, especialmente en desarrollo. Por su parte, una de las razones del resto de los países para incluir esta temática en la Ronda Uruguay fue justamente evitar el unilateralismo de los Estados Unidos. En el ámbito bilateral, la propiedad intelectual ha sido frecuentemente considerada una moneda de cambio en las negociaciones. En todo caso, esta discusión conceptual ha quedado superada por los hechos, ya que —quiérase o no— la propiedad intelectual está firmemente instalada en la agenda de las negociaciones comerciales, tanto multilaterales como subregionales y bilaterales.

En segundo lugar, los derechos de propiedad intelectual afectan ámbitos sensibles de las políticas públicas, como el acceso al conocimiento, la innovación y la salud pública. La OMC, influida por las preocupaciones que han surgido en los últimos años de parte de distintos expertos, gobiernos y de la sociedad civil, ha mostrado capacidad de adaptación al respecto. Un ejemplo de ello es la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública de 2001, así como la posterior enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC para hacer operativa dicha declaración.

Un aspecto que seguramente se mantendrá en el centro del debate es la capacidad de los países de regular áreas de las políticas públicas no relacionadas directamente con el comercio. En este campo se encuentran las medidas ambientales (incluidas aquellas relacionadas con el cambio climático), de salud y protección de las personas, entre otras. El derecho de regular es reconocido por la OMC y, en consecuencia, por los acuerdos que han incorporado sustantivamente diversas disciplinas de esta. Sin embargo, este derecho está circunscrito por el eventual efecto de las medidas sobre el comercio y por el principio de no discriminación, aspectos que parecieran subordinar estas políticas a las reglas del comercio. El ESD de la OMC pareciera haber navegado razonablemente en estas difíciles aguas, pero no se descarta que ante temas de mayor complejidad pudieran presentarse problemas. La compatibilidad con las normas de la OMC de diversas medidas actualmente en estudio en varios países



industrializados en relación con el tema del cambio climático surge como un ejemplo claro. De ahí la importancia de contar con sistemas de solución de controversias sólidos y prestigiados.

Los acuerdos Norte-Sur han construido sistemas de solución de controversias muy inspirados en las disposiciones de la OMC. Algunos de ellos cuentan con mayores fortalezas que otros, y todos presentan aspectos que pudieran mejorarse. Lo importante es que los países están dispuestos a invertir en instituciones sólidas y prestigiosas y no en instituciones desacreditadas, por lo tanto, se debe pensar en fortalecerlas y mejorarlas y no en sustituirlas por otras que corrijan indirectamente sus defectos.

Los trabajos incluidos en este libro no tienen como fin dar respuesta a cada una de las preocupaciones y críticas expresadas. Su objetivo es entregar al lector y a los encargados de formular políticas más y mejores elementos de juicio para abordar estos temas y pensar en soluciones acordes con la realidad de sus países.

## Bibliografía

- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2007), *Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe 2006. Tendencias 2007* (LC/G.2341-P/E), Santiago de Chile. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.07.II.G.85.
- Devlin, R. y P. Giordano (2004), "The old and new regionalism: benefits, costs and implications for the FTAA", *Integrating the Americas. FTTA and Beyond*, A. Estevadeordal, D. Rodrik y Andrés Velasco, Harvard, Harvard University Press.
- Dutfield, Graham (2004), *Intellectual Property Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Earthscan.
- Ginsburg, Tom (2005), "International substitutes for domestic institutions: bilateral investment treaties and governance", *International Review of Law and Economics*, vol. 25.
- González, Anabel (2006), "La solución de controversias en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados", *serie Comercio internacional*, N° 68 (LC/L.2525-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Marconini, M. (2006), "Services in regional agreements between Latin American and developed countries", *serie Comercio internacional*, N° 71 (LC/L.2544-P/I), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.G.72.
- (2005), "Regional trade agreements and their impact on services trade", documento presentado en el Diálogo regional sobre comercio de servicios y desarrollo sustentable, Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible, Cartagena de Indias, 30 y 31 de mayo.
- Roffe, P. y M. Santa Cruz (2006), "Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados", *serie Comercio internacional*, N° 70 (LC/L.2527-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Saéz, Sebastián (2005), "Trade in services negotiations: a review of the experience of the United States and the European Union in Latin America", *serie Comercio internacional*, N° 61 (LC/L.2453-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Sauvé, P. (2006), "Trade and investment rules: Latin American perspectives", *serie Comercio internacional*, N° 66 (LC/L.2516-P/I), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).



## Capítulo II

# Normas sobre el comercio y las inversiones: perspectivas de América Latina<sup>1</sup>

*Pierre Sauvé<sup>2</sup>*

### A. Introducción

Las normas sobre inversión que rigen las corrientes de inversión transfronteriza suelen ser normas relativas al tratamiento y la protección de la inversión extranjera directa (IED) que contribuyen a lo que se suele denominar “clima de inversión”. Existen normas sobre inversión a nivel bilateral, regional y multilateral. El efecto de tales normas en las decisiones correspondientes genera, desde hace mucho tiempo, acalorados debates políticos. En términos generales, un clima de inversión estable y transparente puede beneficiar a los inversionistas si previamente se veían perjudicados por condiciones de inversión impredecibles. No está claro si eso llevaría a más IED o simplemente a una situación más cómoda para los inversionistas. El clima de inversión puede hacerse más predecible si las políticas nacionales están incorporadas en tratados internacionales. Mucho influirá también el tratamiento que se esté dando a los inversionistas. Si este ya es bueno, las nuevas disciplinas no contribuirán mucho a generar más corrientes de inversión o a mejorar el

---

<sup>1</sup> Este artículo es una versión revisada del trabajo contenido en Sauvé (2006). Las opiniones que se vierten en él son de exclusiva responsabilidad del autor.

<sup>2</sup> Pierre Sauvé, Profesor e investigador principal, Instituto de Comercio Mundial, Berna. Investigador asociado, International Trade Policy Unit, London School of Economics and Political Science, Londres, pierre.sauve@wti.org.

ambiente inversionista, aparte de ofrecer mayor seguridad a largo plazo. La información disponible acerca de los resultados de disposiciones específicas sobre inversión inducida es escasa y bastante imprecisa.

En ese contexto, los países receptores han adoptado posturas diferentes frente a la elaboración de normas internacionales de inversión. Probablemente, los países de América Latina han estado entre los más activos en este terreno. En el pasado reciente, debido en particular a la crisis de la deuda de la década de 1980, estos países comprendieron la importancia de atraer mayores corrientes de inversión extranjera hacia sus economías. En circunstancias de inestabilidad macroeconómica intensa, la IED puede reemplazar fuentes de capital que en este caso podrían no estar disponibles, como las entidades internacionales de crédito. Como consecuencia, la región ha presenciado una apertura sostenida de sus regímenes de inversión. Junto a la liberalización de los regímenes de inversión nacionales (o autónomos), los países de América Latina emprendieron numerosas negociaciones internacionales. Actualmente, casi todos son miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), forman parte de uno o más tratados de libre comercio u otro tipo de acuerdo de integración y son signatarios de numerosos tratados bilaterales en materia de inversión<sup>3</sup>.

En este artículo se describe, desde la perspectiva de América Latina, cómo ha evolucionado en el ámbito internacional la formulación de normas sobre inversión. Tras esta sección introductoria, en la sección B se analizan las disciplinas de la Organización Mundial del Comercio. En la sección C se examina el alcance y contenido de los tratados bilaterales y regionales. En la sección D se consideran argumentos relativos a la elaboración de normas sobre inversión a nivel multilateral, bilateral y regional. En la sección E se exploran algunas de las razones por las cuales la inversión desapareció de la agenda de negociaciones de la Ronda de Doha. Por último, en la sección F se incluyen algunas conclusiones de política y se esbozan ciertas opciones para la futura elaboración de normas sobre inversión a nivel multilateral.

## **B. Disciplinas de la Organización Mundial del Comercio**

La elaboración de normas sobre inversión a nivel multilateral ha tenido una historia accidentada. El capítulo dedicado a la inversión de la Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio de 1948

---

<sup>3</sup> A este respecto, el Brasil constituye una excepción. Aunque ha firmado numerosos tratados y acuerdos bilaterales y regionales en materia de inversión, entre los que figuran los correspondientes al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), ninguno de ellos ha sido ratificado aún por el Congreso Nacional.

fue una de las principales causas del fracaso del proyecto de organización internacional de comercio allí propuesto. En el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que fue lo que perduró, no se llevaron a cabo negociaciones sobre inversión antes de la Ronda Uruguay, celebrada a mediados de la década de 1980.

Algunos otros intentos de construir un régimen mundial de inversiones no tuvieron éxito, destacándose la propuesta de un Acuerdo multilateral sobre las inversiones (AMI) en el marco de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) a finales de la década de 1990. El AMI representó el principal intento de dar forma a un régimen de inversión multilateral (distante aún de ser universal).

Por último, y más recientemente, los esfuerzos realizados para incluir las negociaciones sobre inversión propiamente dichas en el ámbito de la OMC generaron fuertes controversias y contribuyeron significativamente a descarrilar la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio realizada en Cancún en septiembre de 2003. Como parte del precio para poder avanzar en el Programa de Doha para el Desarrollo<sup>4</sup>, que estaba estancado, los miembros de la OMC acordaron en julio de 2004 que, mientras estuviera vigente el actual Programa de Doha para el Desarrollo, se retiraría la inversión extranjera de la mesa de negociación, junto con otros dos “temas de Singapur” (el comercio y la política de competencia y la transparencia en la contratación pública)<sup>5</sup>.

Por lo tanto, en cuanto a normas multilaterales jurídicamente vinculantes, las que han perdurado de las múltiples iniciativas de la última mitad del siglo XX son aquellas acordadas en las negociaciones comerciales de la Ronda Uruguay, concluida en 1994<sup>6</sup>. De ellas, las más importantes son el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC), el Acuerdo sobre Subvenciones y

---

<sup>4</sup> En noviembre de 2001, los miembros de la OMC iniciaron en Doha, Qatar, un proceso multilateral de negociaciones llamado Programa de Doha para el Desarrollo, mejor conocido como la Ronda de Doha. El órgano superior de adopción de decisiones de la OMC es la Conferencia Ministerial, que se reúne al menos una vez cada dos años. La quinta Conferencia Ministerial tuvo lugar en Cancún en septiembre de 2003 y terminó sin resultados concretos producto de las diferencias entre los miembros desarrollados y en desarrollo de la OMC.

<sup>5</sup> En julio de 2004, el Consejo General, que es el siguiente nivel de decisiones después de la Conferencia Ministerial, adoptó un conjunto de decisiones para impulsar las negociaciones (paquete de julio) que, entre otras cosas, significó sacar de la agenda de negociaciones los temas de inversiones, políticas de competencia y transparencia en materia de contratación pública.

<sup>6</sup> La Ronda Uruguay fue la última ronda de negociaciones comerciales que tuvo lugar en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y concluyó con la creación de la actual OMC.

Medidas Compensatorias (SMC), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

En lo que se refiere a evaluar el tratamiento de la inversión, cabe destacar que la OMC tiene un amplio conjunto de disposiciones sobre esta materia, lo que puede parecer sorprendente dados los decididos intentos de muchos miembros del GATT por evitar un debate significativo sobre los asuntos de inversión al principio de la Ronda Uruguay. El hecho de que el Acuerdo por el que se establece la OMC contenga tantas disposiciones sobre inversión —como es notorio en el Acuerdo sobre las MIC y, en particular, en el AGCS— se debe atribuir al marco de políticas en rápida evolución en que se llevó a cabo la Ronda Uruguay.

Al culminar la Ronda Uruguay, el sistema multilateral de comercio pudo incorporar, al menos parcialmente, ese entorno fecundo caracterizado por cambios significativos en las aproximaciones a las políticas y la elaboración de normas que se extendieron a un número creciente de países desarrollados y en desarrollo. Entre esos cambios figuran los siguientes: i) un reconocimiento creciente de la relación cada vez más complementaria entre el comercio y la inversión en una economía mundial que se globaliza; ii) una mayor conciencia, sobre todo en los países en desarrollo, de los beneficios que se pueden obtener de las políticas cuando se traducen en compromisos creíbles en las esferas del comercio, la inversión y la protección de la propiedad intelectual; iii) una mayor apreciación del aporte clave de la inversión como medio principal para acceder a los mercados y acrecentar la competencia en ellos, y iv) un significativo impulso en el ámbito mundial a la liberalización del régimen de inversiones, a menudo sobre una base unilateral y estrechamente ligada a esfuerzos por reformar la reglamentación de sectores clave (como la energía, las telecomunicaciones y los servicios financieros y de transporte).

Aunque la Ronda Uruguay ha supuesto un importante precedente al establecer indicadores con los cuales elaborar normas sobre inversión más amplias, hay que tener presente al mismo tiempo las limitaciones de las disposiciones vigentes. Por ejemplo, el alcance del Acuerdo sobre las MIC continúa siendo extremadamente limitado y está en consonancia, en gran medida, con preocupaciones propias de una época de políticas caracterizadas más por la desconfianza frente a la inversión extranjera, y la necesidad de controlarla, que por el deseo de competir para atraerla. Las normas de la OMC sobre inversión siguen acusando un desequilibrio, dada la asimetría entre los severos requisitos de desempeño que suelen

afectar sobre todo a los países en desarrollo y las débiles exigencias frente a distorsiones debidas a la aplicación inadecuada de incentivos a la inversión, cuya incidencia suele ser mayor en los países desarrollados.

Además, aunque las negociaciones del AGCS han puesto de manifiesto muy claramente la importancia crucial de las inversiones en el comercio de servicios y los resultados superan lo esperado en cuanto a compromisos de presencia comercial, el tratamiento dado a los temas de inversión está contenido en disposiciones que exhiben deficiencias estructurales. Estas disposiciones son poco claras en las definiciones, no generan suficiente transparencia, presionan solo limitadamente en pro de la liberalización y brindan una protección escasa e indirecta a los inversionistas.

En consecuencia, queda mucho por hacer para dotar al sistema multilateral de comercio de una amplia batería de normas sobre inversión, y no es de extrañar que después de la Ronda Uruguay se intente abordar las deficiencias señaladas. Sin embargo, a pesar de las continuas mejoras en el clima de inversión y las políticas de los países receptores, los intentos de elaborar un conjunto amplio de normas multilaterales sobre inversión han tenido poco éxito.

## **C. Alcance y contenido de los acuerdos bilaterales y regionales**

### **1. Los tratados bilaterales sobre inversiones**

Desde la década de 1960, los tratados bilaterales sobre inversiones (TBI) se han convertido en el instrumento internacional más común para abordar la protección de las inversiones. Estos tratados se han multiplicado y actualmente tienden a establecerlos países de todos los niveles de desarrollo. Los TBI firmados son alrededor de 2.300, aunque solo unos 1.700 están actualmente en vigor. La red de tratados de este tipo aumentó considerablemente en los años setenta debido, en gran medida, a un impulso defensivo de los gobiernos de los países de origen (es decir, exportadores de capital) en respuesta al creciente número de expropiaciones y nacionalizaciones, también en América Latina.

Esa tendencia se aceleró nuevamente en la década de 1990, aunque en un contexto político e ideológico muy diferente, ya que los gobiernos de los países receptores (es decir, importadores de capital), tanto en desarrollo como en transición, quisieron aprovechar la característica orientadora atribuida a los TBI. En ese período



aumentaron significativamente los tratados que vinculaban una gama más amplia de países sobre una base Norte-Sur y, más recientemente, sobre una base Sur-Sur.

Los TBI están diseñados para proteger, promover y facilitar la inversión extranjera y constituyen, hasta la fecha, el instrumento más utilizado para esos fines. Por lo general, han sido negociados entre países en desarrollo que quieren atraer inversión extranjera y países desarrollados, que han sido el principal origen de inversionistas del exterior.

El contenido de los TBI se ha ido estandarizando cada vez más con el paso de los años y ha influido notoriamente en la formulación de normas a nivel regional, sobre todo en los últimos 15 años, aunque como consecuencia del aumento del número de tratados, la formulación de las disposiciones particulares es bastante variada.

Existen diferencias notorias entre las estipulaciones de los tratados que fueron firmados hace algunas décadas y las de los más recientes. Las disposiciones principales típicas de un TBI se refieren al alcance y la definición de la inversión extranjera, la admisión de inversiones, el trato nacional y de nación más favorecida, el trato justo y equitativo, las garantías y compensaciones relativas a las expropiaciones, las garantías para la libre transferencia de fondos y la repatriación del capital y las utilidades y la solución de diferencias, tanto entre Estados como entre inversionista y Estado. La aceptación del arbitraje entre inversionista y Estado avanzó significativamente con la conclusión, en 1965, de la Convención de Washington<sup>7</sup>, que revocó la práctica de inmunidad soberana establecida desde hacía tiempo por la doctrina Calvo<sup>8</sup>.

Como se indicó anteriormente, quizá la novedad más significativa en la práctica internacional de los últimos años es la frecuencia con que los países en desarrollo y los países en transición firman acuerdos unos con otros. Con respecto al contenido, cabe señalar que la práctica en los acuerdos Sur-Sur no difiere mucho de la de los acuerdos Norte-Sur.

Los TBI siguen siendo ante todo, si no exclusivamente, instrumentos de protección de las inversiones. A lo largo de los años no ha habido una modificación significativa de los objetivos iniciales. Por

---

<sup>7</sup> Convenio sobre arreglos de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, mediante el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

<sup>8</sup> La doctrina Calvo debe su nombre al diplomático y abogado argentino, experto en derecho internacional, Carlos Calvo, que en sus escritos del siglo XIX negaba —basándose en el principio de igualdad de los Estados— que los nacionales de otros países tuvieran derechos y privilegios especiales y destacaba que las controversias relativas a reclamos de esos extranjeros contra los Estados receptores debían dirimirse exclusivamente de conformidad con las leyes de estos últimos y ante sus tribunales.

lo tanto, sigue siendo válido que una característica destacada de los TBI es la multiplicidad de disposiciones que contienen, que están diseñadas específicamente para proteger las inversiones extranjeras, y la ausencia de disposiciones diseñadas específicamente para asegurar el crecimiento económico y el desarrollo (Zampetti y Fredriksson, 2003).

## **2. Las normas sobre inversión en los acuerdos de integración regional**

El universo de los instrumentos regionales sobre inversión no alcanza las proporciones exhibidas por el de los TBI, pero aun así es amplio, diverso y creciente. Por lo tanto, con los acuerdos regionales también se ha comenzado a crear una red intrincada de compromisos superpuestos. Mientras que los TBI se centran claramente en la protección de las inversiones, los acuerdos de integración regional (AIR), así como los interregionales, suelen orientarse a la liberalización de los regímenes de inversión, aunque muchos de ellos también abordan cuestiones relativas a la protección de las inversiones. El AIR de la Unión Europea, por ejemplo, se ocupa en forma particularmente destacada de la liberalización, ya que el meollo de los temas de protección de las inversiones no es de su competencia y se suele abordar en los TBI que concertan los Estados miembros de la Unión Europea en forma individual.

A nivel regional, son pocos los instrumentos dedicados íntegramente a la inversión, como la Decisión 291 de la Comunidad Andina (aprobada en 1991). No obstante, en los últimos años es creciente el número de acuerdos comerciales regionales que han incorporado lo que suelen ser disciplinas amplias sobre inversión. Los protocolos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el MERCOSUR, a pesar de su menor cobertura y de que aún están sujetos a deficiencias de ratificación, constituyen ejemplos de esa tendencia.

El propósito general de esos acuerdos es contribuir a crear un clima de inversión más favorable mediante medidas de liberalización, con miras a aumentar las corrientes de inversión dentro de las regiones o entre ellas. Como resultado, la presencia de normas sustantivas comunes entre ellos es mucho menor que en el caso de los TBI.

Los países de América Latina han estado entre los más activos en la concertación de esos acuerdos comerciales regionales que, a partir del TLC de América del Norte, suelen incluir normas sobre inversión destinadas al doble objetivo de protección y liberalización de las inversiones.

Hasta hace poco, los socios comerciales más importantes para América Latina, su eje neurálgico, eran los Estados Unidos y la Unión Europea. Pero actualmente en la región hay también un interés cada

vez mayor por Asia. México firmó en 2004 el primer tratado de libre comercio entre el Japón y un país latinoamericano<sup>9</sup>. Chile tiene acuerdos de libre comercio en vigor con China, el Japón y la República de Corea. Panamá concertó un acuerdo con la provincia china de Taiwán, en tanto que China, el Japón y la República de Corea, entre otros países asiáticos, están buscando activamente establecer nuevos acuerdos de integración u otros mecanismos para acentuar la cooperación económica, incluso en la esfera de la inversión, con países latinoamericanos.

### **3. Los avances bilaterales o regionales en la formulación de normas sobre inversión**

Antes de la década de 1990, eran relativamente pocas las disposiciones sobre inversión que figuraban en los AIR. La mayoría de estas disposiciones tenían por objeto proteger la propiedad y se encontraban en los TBI. Actualmente, las disposiciones sobre inversión suelen aparecer en los AIR en todas las regiones del mundo y especialmente en los acuerdos que involucran a países de América Latina. Antes de los años noventa, los AIR se negociaron principalmente entre Estados de la misma región y en etapas similares de desarrollo económico, a diferencia de los TBI que solían asociar a países de muy distintos grados de desarrollo, esto es, países exportadores de capital avanzados y países receptores más pobres. En la actualidad, los AIR suelen vincular a Estados de diferentes regiones del mundo y a menudo procuran integrar economías que se hallan en niveles de desarrollo diferentes.

El número de AIR que incluyen cláusulas sobre inversión ha aumentado de forma espectacular desde la década de 1990. Aunque los acuerdos entre distintas regiones son cada vez más comunes, la mayoría de los AIR concertados por países de las Américas tienen como contraparte a otros países de la región. Muchos países americanos son parte de al menos un AIR, que suele seguir las líneas del TLC de América del Norte.

Muchas de las disposiciones sobre inversión que figuran en los AIR abordan los mismos temas que cláusulas equivalentes de los TBI y tienen que ver con indemnizaciones por expropiación y garantías del libre derecho a efectuar transferencias. Aunque las cláusulas sobre la protección de inversiones contenidas en los AIR suelen ser similares a

---

<sup>9</sup> Véase el Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón, cuyo propósito es fomentar el libre flujo transfronterizo de bienes, personas, servicios y capital entre ambos países. También pretende promover una asociación económica integral que abarque la política de competencia, la mejora del ambiente de negocios y la cooperación bilateral en áreas como la enseñanza vocacional y la capacitación y promoción de las pequeñas y medianas empresas.

las que figuran en los TBI, parece existir una mayor variación sustantiva en el contenido de las disposiciones de los primeros. Esto puede deberse a que la mayoría de los países —los Estados Unidos, por ejemplo— utiliza un texto modelo de negociación para sus TBI, lo que tiende a generar uniformidad entre los tratados bilaterales. En el caso de varios AIR plurilaterales, en cambio, la participación de un mayor número de países en la negociación y la necesidad de atender a distintos niveles de compromiso con la liberalización de las inversiones ha hecho necesaria una mayor flexibilidad y, por lo tanto, más creatividad en la redacción de las disposiciones legales.

No obstante, sigue siendo cierto que los AIR han codificado en gran medida la práctica anterior de los TBI con respecto a la protección de las inversiones. Esto sucede aunque últimamente los AIR se han utilizado para corregir algunas de las deficiencias percibidas en las disposiciones tradicionales de los TBI, sobre todo en materia de arbitraje inversionista-Estado en casos de expropiación indirecta. Puede sostenerse entonces que los AIR cumplen funciones de laboratorios de experimentación (sobre todo dada la evolución de la jurisprudencia), habiéndose registrado algunos avances en la elaboración de disciplinas que en intentos anteriores habían tropezado con algunos obstáculos, particularmente la propuesta de acuerdo multilateral de inversiones de la OCDE. Esos avances, y la posibilidad de ponerlos a prueba que ofrecen los AIR, podrían facilitar la adopción futura de normas multilaterales similares en el ámbito de la OMC.

Las disposiciones comunes en los AIR que van más allá de las estipulaciones de los TBI son las que prohíben las prácticas comerciales anticompetitivas, protegen los derechos de propiedad intelectual, liberalizan los procedimientos de admisión y abren el comercio y la inversión en los servicios, incluso bajo la forma de presencia comercial, que es semejante a la IED. Como sucede en el caso de los TBI, los temas de impuestos e incentivos a la inversión no suelen figurar en los AIR.

En los AIR de las Américas ha influido notablemente el TLC de América del Norte. Este contiene un capítulo sobre inversión basado en las disposiciones de los TBI de los Estados Unidos, aunque más elaborado en algunos aspectos. Lo mismo sucede con el Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón. Los AIR europeos, incluidos aquellos con asociados de América Latina, se ocupan sobre todo de la liberalización (acceso a los mercados posterior al establecimiento del acuerdo), la limitación de las prácticas anticompetitivas y la protección de la propiedad intelectual. En el enfoque europeo, la protección de las inversiones se trata en los TBI concertados por los Estados miembros de la Unión Europea. Por lo

tanto, los AIR en los que participa la Unión Europea, incluidos aquellos con países de América Latina, no contienen disposiciones relativas a la solución de diferencias entre el inversionista y el Estado.

El hecho de que los AIR tiendan a contener una mayor variedad de disposiciones jurídicas que los TBI no significa que aquellos sean necesariamente acuerdos más débiles. De hecho, los AIR demuestran que es posible alcanzar acuerdos de alto nivel al margen del contexto de un TBI. Aunque sigue siendo cierto que los acuerdos más sólidos suelen ser de naturaleza bilateral (lo que refleja, en muchos casos, asimetrías de poder entre los signatarios), se han concluido con éxito AIR vinculantes entre múltiples Estados que proporcionan un alto nivel de protección de las inversiones y de liberalización.

Los AIR también suelen contener en mayor medida que los TBI disposiciones que tienen en cuenta las circunstancias específicas de los países en desarrollo. Esto es esperable en cierto modo, ya que las partes de algunos AIR son solo países en desarrollo. Por último, como se señaló con anterioridad, ya sea que incluyan solo países en desarrollo o que abarquen países en distintos estadios de desarrollo económico, los AIR parecen ofrecer un alcance mayor que los TBI para poner a prueba distintos enfoques que apunten a promover las corrientes de inversión internacional.

#### **D. Elaboración de normas sobre inversión: enfoques bilaterales, regionales o multilaterales**

Las ventajas y desventajas de los acuerdos internacionales sobre inversión difieren según su naturaleza bilateral, regional o multilateral y se pueden juzgar desde distintos ángulos, como el de los países receptores frente a los países emisores y especialmente el de los temas abarcados, la inclusión de disposiciones relativas al desarrollo, las repercusiones en la soberanía normativa de los países receptores, los efectos en las corrientes de IED y el poder de negociación relativo de las partes.

Una de las principales razones de la popularidad de los TBI es que ofrecen flexibilidad al país receptor, dándole la posibilidad de seleccionar y canalizar la IED (ya que la admisión suele estar regida por el respeto a la legislación del país receptor), mientras que a la vez proporcionan la necesaria protección a los inversionistas extranjeros. No obstante, a menudo los TBI incluyen países que están en distintos niveles de desarrollo y que, por lo tanto, tienen poder y capacidad de negociación asimétricos. Por lo demás, los datos disponibles no sugieren que los TBI repercutan significativamente en las corrientes de inversión.

Por último, los mecanismos de solución de diferencias entre el inversionista y el Estado, que complementan las disposiciones de protección de las inversiones, pueden ocasionar altos costos y obligaciones para los países en desarrollo, además de poner sobre el tapete temas de posible controversia con respecto al derecho a regular en interés público. La reciente serie de litigios en los que participa la Argentina es un claro ejemplo de ello, como lo es una mayor tendencia general, observada desde fines de los años noventa, a recurrir a la vía judicial en virtud de los TBI y los AIR.

A nivel regional, aunque los AIR a menudo abordan asuntos relacionados con la protección de las inversiones, suelen ir más allá, ya que incluyen la liberalización de las restricciones a la entrada y establecimiento de la IED seguida de la reducción de las restricciones operacionales discriminatorias posteriores a la entrada. Estos aspectos suelen formar parte de acuerdos de amplio alcance que se ocupan de muchas otras áreas de política, desde la liberalización del comercio de bienes y servicios hasta la protección de la propiedad intelectual. Siendo así, los AIR pueden dar a los signatarios más espacio para compensaciones. Sin embargo, el enfoque más amplio de estos acuerdos, unido al recurso de mecanismos de solución de diferencias entre un inversionista y el Estado, significa que ellos, como los TBI, difícilmente son inmunes a las posibles controversias en materia de políticas públicas relativas al arbitraje entre un inversionista y el Estado. Así lo ha demostrado la experiencia con el TLC de América del Norte, sobre todo en los litigios relativos a los supuestos efectos confiscatorios (es decir, de expropiación indirecta) de los reglamentos ambientales o de salud.

En los instrumentos regionales se utiliza, incluso en mayor medida que en los TBI, todo el abanico de instrumentos tradicionales del derecho internacional, como las excepciones, las reservas, los períodos de transición y similares, a fin de asegurar la flexibilidad de las obligaciones y poder atender a las diferentes necesidades y capacidades de partes que se hallan a distintos niveles de desarrollo. Desde la perspectiva de los países en desarrollo, esto, junto con el reconocimiento creciente de los vínculos entre el comercio y las corrientes de inversión, podría explicar por qué las normas sobre inversión figuran cada vez más en los AIR, que hasta ahora se habían ocupado primordialmente de cuestiones comerciales.

Como los AIR que abordan asuntos de inversión y también los TBI se han multiplicado, se ha ido generando una intrincada red de compromisos superpuestos. Este es uno de los principales argumentos aducidos a favor de crear un marco común para la inversión acordado multilateralmente que, citando la Declaración Ministerial de Doha de la

OMC, pueda “asegurar condiciones transparentes, estables y previsibles para las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas” (OMC, 2001).

Los que proponen un patrón unificado sobre inversión en el marco de la OMC han argumentado que un nuevo marco multilateral de normas podría asegurar tanto la liberalización autónoma como la negociada bilateral y regionalmente y extender los beneficios de esa apertura sobre la base del trato de nación más favorecida, evitando así posibles retrocesos en materia de políticas cuando las medidas de liberalización todavía tienen que consolidarse.

El argumento contrario que se ha esgrimido señala que ya existe un conjunto de normas sobre inversión a múltiples niveles en los TBI y los instrumentos regionales, así como a nivel multilateral, particularmente en virtud del Acuerdo sobre las MIC y el AGCS de la OMC.

Las normas existentes están lejos de ser perfectas, aunque, por lo general, a los “amigos” de la inversión en la OMC les ha resultado difícil presentar propuestas que sugieran que una normativa claramente superior podría aprobarse en el marco de la OMC. De modo que es probable que persista la complejidad de la superposición de normas y reglamentos sobre inversión, a no ser que los TBI y las normas de inversión de los instrumentos regionales sean sustituidas por un acuerdo multilateral.

Al mismo tiempo, en el actual sistema de la OMC sigue existiendo un desequilibrio entre el tratamiento dado a los inversionistas en el sector de los servicios, que están cubiertos en cierta medida por las normas del AGCS, y el tratamiento que reciben todos los demás inversionistas, a los que, se piensa, solo se les puede aplicar de forma directa el Acuerdo sobre las MIC.

Con una perspectiva de desarrollo, la cuestión del “nivel” apropiado para la elaboración de normas —bilateral, regional o multilateral— no se puede separar de un estudio del contenido real o potencial de las normas y compromisos sobre inversión. Todos los acuerdos internacionales sobre inversión son instrumentos de cooperación entre países que los han aceptado voluntariamente. Además, como todos los tratados, los acuerdos internacionales de inversión son instrumentos neutros. Lo que importa para determinar su efecto en las perspectivas de desarrollo o la soberanía normativa de los países es su contenido. Hasta la fecha, el contenido de esos acuerdos orientado al desarrollo ha sido bastante modesto a todos los niveles. Por lo tanto, hay mucho espacio para acentuar la atención que se presta a los problemas del desarrollo en la formulación de normas sobre inversión a nivel internacional.

Esto es particularmente cierto a la luz de las asimetrías de poder y capacidad de negociación que suelen caracterizar las negociaciones sobre varios temas a la vez, en las que uno de ellos prevalece al final y en las que se debe velar por que se consideren y preserven adecuadamente los intereses de los países en desarrollo.

Al mismo tiempo, los países en desarrollo pueden lograr un apalancamiento mayor en las negociaciones multilaterales que en las regionales o bilaterales, pues pueden proponer ideas comunes sobre temas sustantivos importantes para ellos. Además, si se llevaran a cabo esfuerzos adecuados en materia de creación de capacidad, el plano multilateral podría posibilitar una participación significativa de todos los países en desarrollo en la formulación de nuevas normas. De lo contrario, esas normas serán diseñadas por un número cada vez más pequeño de países clave que intervienen en las iniciativas bilaterales o regionales.

Al respecto, es importante que todos los acuerdos internacionales sobre inversión se conciban de manera que permitan un grado suficiente de autonomía y flexibilidad en materia de políticas. Concretamente, las obligaciones jurídicas que se adquieran no deberían limitar en forma excesiva el derecho soberano a regular en interés público. En los últimos años, los AIR, más que los TBI, han avanzado algo en la tarea de aclarar algunas disposiciones sobre la protección de las inversiones, y en general circunscribir su alcance, por estimarse que podrían obstaculizar indebidamente la autonomía normativa de los países receptores.

La búsqueda de autonomía en materia de políticas por parte de los países en desarrollo va más allá de los temas de protección, pues se extiende a cuestiones de admisión y tratamiento de las inversiones e incluye el fomento de las industrias nacionales (subsidios e incentivos) y los requisitos de desempeño. Aunque parece haber una preferencia colectiva clara por la inacción normativa frente a los subsidios relacionados con la inversión (es decir, los incentivos a la inversión), el tema de las disciplinas relativas a los requisitos de desempeño ha dado lugar a una interesante paradoja: aunque este tema fue prominente en el debate sobre implementación en la Ronda Uruguay (como lo fue también la percepción generalizada de un tratamiento poco equitativo a los países en desarrollo), ha generado escasa resistencia en el contexto de los AIR, que en su gran mayoría prohíben una lista de medidas más amplia que la que figura en el Acuerdo sobre las MIC.



## **E. Anatomía de un intento fallido: la inversión y el programa de Doha para el desarrollo**

En la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Doha, Qatar, en noviembre del 2001, los miembros de la OMC acordaron iniciar negociaciones sobre inversión extranjera después de la Quinta Conferencia Ministerial “sobre la base de una decisión que habría de adoptarse, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones” (OMC, 2001). En esa decisión se identificaron temas en los que el Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones debería avanzar antes de la Quinta Conferencia Ministerial y se definieron algunas cuestiones básicas que sería necesario tener en cuenta en las negociaciones sobre el marco multilateral previsto.

Aunque la labor de ese grupo de trabajo ha sido considerada altamente pedagógica y ha encauzado hacia la esfera de las políticas de inversión un volumen sin precedentes de asistencia técnica y creación de capacidad, también ha causado una gran controversia. De hecho, de los cuatro denominados “temas de Singapur” que los miembros de la OMC han analizado desde 1996 (la inversión, el comercio y la política de competencia, la facilitación del comercio y la transparencia de la adquisición pública de bienes y servicios), el de la inversión resultó ser el más directamente implicado en el fracaso de la Conferencia Ministerial de Cancún de la OMC, celebrada en septiembre de 2003.

El estancamiento en torno a la inversión y a su tratamiento en el sistema de la OMC se resolvió finalmente mediante la decisión de julio de 2004 del Consejo General de esa organización, que confinó los debates de los temas de Singapur incluidos en el Programa de Doha para el Desarrollo solamente a la facilitación del comercio. El efecto más inmediato de la fallida iniciativa en el marco de la OMC será devolver a los planos bilateral y regional propuestas clave para la elaboración de normas sobre inversión. Esas propuestas tomarán la forma de TBI o AIR que incluyan la amplia gama de disposiciones sobre protección de las inversiones y sobre liberalización que se examina en este capítulo. Para los países de América Latina, esto supone, sobre todo, acuerdos bilaterales, ya que la posibilidad de un acuerdo de integración hemisférico, como el propuesto con el nombre de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), parece cerrada por el momento.

Es posible que el avance en la elaboración de normas sobre inversión sea más viable a nivel bilateral y regional. Esto se debe, al menos, a dos razones importantes. La primera es que en esas negociaciones, particularmente en las bilaterales, hay importantes asimetrías de poder económico y político entre los países que exportan capital y aquellos que

lo importan. La segunda razón es que los TBI y los AIR suelen partir de cero y no enfrentan la delicada tarea de reabrir la discusión sobre normas y compromisos y el equilibrio de concesiones existentes, lo que inevitablemente complicaría todo intento de compatibilizar nuevas normas de inversión con las vigentes en el marco de la OMC.

Los debates sobre inversión en la OMC han puesto de relieve una extraña paradoja: la tenaz resistencia a nivel multilateral de algunos países en desarrollo en un tema sobre el cual sus instancias unilaterales, bilaterales o regionales han adoptado posiciones muy diferentes (y mucho más acomodaticias). De hecho, la floreciente red de tratados, sobre todo a nivel bilateral, indica que los países en desarrollo tienen una disposición y una capacidad cada vez mayores (debido, en parte, a la naturaleza marcadamente unilateral de las recientes decisiones sobre liberalización) para codificar a nivel nacional los marcos jurídicos vigentes para la inversión internacional.

La incapacidad de los miembros de la OMC para alcanzar un acuerdo sobre las modalidades de las negociaciones relativas a la inversión en el Programa de Doha para el Desarrollo debe evaluarse teniendo como trasfondo el valor agregado, la coherencia y los incentivos a la negociación implícitos en las propuestas de sus partidarios en la OMC, en contraposición a los méritos correspondientes de los TBI y los AIR. En pocas palabras, ¿a qué propósito serviría un conjunto de normas multilaterales sobre inversión? ¿Debería, y podría, ir más allá de lo que ya existe a nivel bilateral y regional? ¿Vale la pena un conjunto de normas como ese (y “pagar” por él en términos de negociación), si su contenido resulta ser menor que el de un TBI, o un AIR, como parece probable dada la mayor diversidad económica y política de los miembros de la OMC y la reciente reafirmación, por parte de muchos países en desarrollo, de la necesidad de contar con mayor espacio de política<sup>10</sup>?

En todas las esferas mencionadas, y como quedó confirmado con la decisión de julio de 2004 del Consejo General de la OMC, lo que se proponía en el ámbito de la inversión curiosamente no consiguió concitar un apoyo amplio entre los miembros de la OMC. Eso se puede inferir al observar las propuestas sobre inversión del Programa de Doha para el Desarrollo desde el prisma de los cuatro componentes fundamentales de la elaboración de normas sobre inversión: i) la protección, ii) la liberalización, iii) las distorsiones y iv) la buena gobernanza.

---

<sup>10</sup> Como se señaló, la búsqueda de espacio de política en materia de inversión es paradójica en sí, ya que ha surgido principalmente en el marco de las negociaciones de la OMC y en el contexto del debate sobre implementación surgido en la Ronda Uruguay. Entretanto, los países en desarrollo parecen haber estado cediendo espacio de política voluntariamente en el marco de los TBI (muchos de los cuales son concertados entre estos mismos países) y de los AIR.

## **1. La protección de las inversiones**

Se ha argüido que la OMC no es el marco óptimo para abordar la protección de las inversiones. Los miembros de la OMC parecen coincidir con tal punto de vista, ya que este tema nunca estuvo entre los principales de la agenda del Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones. Esto se debe principalmente a que una de las características distintivas de los TBI o AIR que contienen disciplinas amplias sobre inversión es el recurso a procedimientos de solución de diferencias entre el inversionista y el Estado. Este recurso, al que los inversionistas naturalmente atribuyen considerable importancia, en la práctica no es concebible en el marco de la OMC. De hecho, el precedente jurídico y, quizá más importante, político, que sentaría un instrumento así probablemente alentaría a la parte privada a reclamar el recurso de solución de diferencias en ámbitos distintos del de la inversión, sobre todo en asuntos ambientales, laborales y de derechos humanos. Parece muy poco probable que esto concite el apoyo de los miembros diversos y polarizados de la OMC.

## **2. La liberalización de las inversiones**

No cabe duda de que en el tema de la liberalización de las inversiones la OMC pisa terreno más firme. No obstante, también en este caso hay que tener en cuenta dos datos importantes a los que los partidarios de un acuerdo en la OMC no parecen haber prestado suficiente atención. En primer lugar, unos dos tercios de las corrientes de IED globales anuales se dirigen actualmente al sector de servicios. En segundo término, y quizá más importante desde la perspectiva del valor agregado de cualquier nueva iniciativa de elaboración de normas sobre inversión en el marco de la OMC, alrededor de cuatro quintos de los impedimentos a la IED transfronteriza se encuentran también en el sector de servicios.

Destaca de forma notable el hecho de que los servicios sean el ámbito principal de las restricciones a la inversión y, por lo tanto, a la liberalización del régimen de inversiones. En ellos, la proporción de medidas que no cumplen con las disposiciones del acuerdo respectivo va del 76,9% en el Canadá y los Estados Unidos al 81,6% en los países latinoamericanos de la muestra utilizada en este estudio (la Argentina, el Brasil, Chile, Colombia, México y la República Bolivariana de Venezuela) y a un elevado 94,1% en las economías en transición (como Hungría, Polonia o la República Checa).

### 3. Las distorsiones de la inversión

Con respecto a las respuestas de acción colectiva ante medidas que distorsionan la inversión, que suelen afectar más a la IED en manufacturas que a la IED en servicios, es importante distinguir tres categorías de medidas de política. Una primera categoría está constituida por requisitos de desempeño, que ya han sido prohibidos en el Acuerdo sobre las MIC de la OMC y cuyo alcance podría decirse que excede el del limitado subconjunto de medidas descritas en la lista ilustrativa de medidas prohibidas de dicho acuerdo. El principal reto en un contexto multilateral sería incorporar por referencia el Acuerdo sobre las MIC en cualquier nuevo instrumento sobre inversión de la OMC y considerar la posibilidad de hacerlo extensivo a la inversión en servicios, lo que ya se ha hecho en algunos AIR. Como ya se indicó, dada la prominencia del Acuerdo sobre las MIC en el debate contencioso en la OMC sobre la carga de implementación derivada de los acuerdos de la Ronda Uruguay, esa cobertura ampliada no se puede dar por establecida, aunque en investigaciones recientes se haya comenzado a documentar la prevalencia de medidas similares a las MIC en los servicios (Sauvé, Molinuevo y Tuerk, 2006).

Una segunda categoría fundamental de la agenda sobre distorsiones la constituyen los incentivos a la inversión, que en los últimos años se han aplicado en un número creciente de países de todas las regiones y que actualmente se usan en cada vez más países en desarrollo. Pese a ser deseable, por consideraciones no menores, como las de equidad y coherencia, la cobertura de los incentivos a la inversión, que suelen concederse en estrecha relación con requisitos de desempeño, podría resultar desalentadora en el contexto de la OMC, a juzgar por intentos fallidos anteriores y por la revelada inclinación de los países receptores a la inacción normativa en este terreno.

Más aún, cabe preguntarse cuál es el nivel más apropiado para enfrentar tal fuente de distorsiones —si los acuerdos regionales o los multilaterales— dada la probable mayor incidencia regional de la competencia basada en la localización entre los países receptores. De hecho, ha habido una intensa competencia tanto entre países desarrollados como entre países en desarrollo (pero significativamente menor entre países de uno y otro grupo) por atraer IED mediante el empleo de incentivos a la inversión. Los gobiernos centrales y subnacionales de los países federales hacen gran uso de esos instrumentos, particularmente en el caso de los países desarrollados.

Un tercer conjunto de desafíos relacionados con las distorsiones tiene que ver no tanto con las medidas sobre inversión como con las medidas de política comercial y abarca una gama de prácticas que

distorsionan las decisiones en materia de inversión, apartándolas del equilibrio que de otro modo prevalecería. Quizá el mejor ejemplo de estas medidas de comercio relacionadas con la inversión son las normas de origen discriminatorias y destinadas a sectores específicos que figuran en numerosos acuerdos de libre comercio. En el pasado, muchas de esas normas apuntaron a los inversionistas japoneses, sobre todo en la industria automotriz, y causaron importantes distorsiones del comercio y de la inversión. Tales medidas también son frecuentes en la industria textil y de prendas de vestir y en muchos sectores del país receptor que temen a la deslocalización y a la debilidad competitiva estructural de las industrias nacionales<sup>11</sup>.

#### **4. La buena gobernanza**

De todos los temas vinculados a lo que se podría denominar la agenda de “buena gobernanza” en el ámbito de la inversión, los relacionados con la transparencia son quizás los únicos que podrían incluirse fácilmente en un acuerdo sobre inversión en el marco de la OMC. También en este caso, no obstante, habría que sopesar las implicaciones en materia de eficacia y desarrollo que derivarían de la posibilidad de recurrir a un mecanismo de solución de diferencias y del riesgo concomitante de posibles sanciones comerciales o de inversión como refuerzo de esas disposiciones positivas.

En cuanto a todos los demás temas ligados a la buena gobernanza —tan diversos como el combate de la corrupción, la promoción de la adopción de ciertas medidas en los países receptores y el incentivo de la responsabilidad social de las empresas o las mejores prácticas para estimular la inversión—, no parece que las respuestas que han surgido, sobre todo en la OMC, respecto de normas legales vinculantes y de cumplimiento forzoso sean adecuadas y es improbable que conciten mucho respaldo de la comunidad de inversionistas.

## **F. A modo de conclusión: marcos prospectivos en materia de inversión**

Es probable que la idea de buscar un acuerdo multilateral global anclado en la OMC siga estando presente e influya en lo que harán los países que continúen creyendo deseable esa vía para elaborar las normas pertinentes. Sin prejuzgar lo que deparará el futuro, en este artículo se

---

<sup>11</sup> Otra medida comercial relacionada con la inversión tiene que ver con las llamadas crestas arancelarias y la progresividad arancelaria, así como con las prácticas contra la libre competencia que son posibles en regímenes *antidumping* nacionales.

sugieren algunas opciones prospectivas. Da la casualidad de que algunos de los interrogantes de política que determinarán la forma y el contenido finales de un posible acuerdo futuro sobre inversión en el marco de la OMC interesan también a los miembros de la organización, los que pueden sopesarlos y abordarlos en sus negociaciones en curso relativas a tratados bilaterales de inversiones (TBI) y, sobre todo, a acuerdos de integración regional (AIR).

Si los miembros de la OMC deciden en algún momento emprender negociaciones con miras a un acuerdo amplio sobre inversión, tendrán que definir el alcance de ese acuerdo y considerar algunos aspectos esenciales. El alcance sustantivo estará determinado por las disciplinas del acuerdo, incluida la definición de términos fundamentales como inversiones e inversionistas (esto es, qué inversiones y qué inversionistas se beneficiarían del acuerdo). Los países tendrán que evaluar los efectos de esas definiciones en las disposiciones del acuerdo y en un posible proceso de liberalización. ¿Debería la definición de inversión incluir la IED, las inversiones de cartera, los bienes inmuebles y los activos intangibles? ¿Debería ser suficientemente amplia como para permitir la inclusión de nuevas formas de inversión y a la vez definir lo que no es una inversión (a fin de excluir las corrientes de capital de corto plazo)? ¿Debería extenderse a las fases previas y posteriores al establecimiento de una inversión o podrían las disciplinas seguir un enfoque de geometría variable, con una definición más amplia para los temas de protección de las inversiones y una definición más restringida (por ejemplo, limitada solo a las corrientes de IED) para los efectos de la liberalización de las inversiones?

¿Debería un posible acuerdo sobre inversión aplicarse asimismo a los compromisos adquiridos en virtud del AGCS con respecto a la presencia comercial y en virtud del Acuerdo sobre las MIC con respecto a los requisitos de desempeño? Aunque la definición de presencia comercial que figura en el artículo XXVIII del AGCS es más limitada que la habitual en los TBI o los AIR, que contienen disciplinas amplias sobre inversión, sí cubre las cuestiones relativas a las fases anteriores y posteriores al establecimiento de una inversión.

Las disposiciones fundamentales relativas a trato nacional y de nación más favorecida son otro elemento decisivo de cualquier acuerdo multilateral futuro sobre inversión. Los miembros de la OMC tendrán que decidir si aplican las disposiciones de nación más favorecida y de trato nacional a todos los miembros y sectores (sujetas a reservas de listas negativas) o si adoptan el enfoque del AGCS, es decir, una disposición de nación más favorecida que abarca a todos con excepciones temporales y una norma condicional de trato nacional y de acceso a los mercados que

se aplicaría solamente a aquellos sectores y subsectores en los que los miembros programaran compromisos voluntariamente. La elección de un enfoque de listas negativas o híbridas para la liberalización podría tener amplias repercusiones de largo plazo en el comportamiento normativo futuro y en el grado de interés de muchos países en desarrollo por las normas sobre inversión.

Los miembros de la OMC, por lo tanto, deberían evaluar si un acuerdo de la OMC sobre inversión debería incluir compromisos sobre la liberalización de las inversiones tanto en bienes como en servicios, los que plantearían complejos problemas de reforma de la arquitectura de los acuerdos y de tratamiento de los derechos adquiridos (y el consiguiente equilibrio de beneficios) que derivan de los acuerdos actuales.

También es importante (inclusive a nivel bilateral y regional) preguntarse si los compromisos de liberalización asumidos por miembros de la OMC deberían reflejar el statu quo normativo. Asegurar un resultado así supondría desviarse en forma potencialmente significativa de una tradición de larga data —en el comercio de mercancías bajo el GATT (para las negociaciones arancelarias) y extendida a los servicios en virtud del AGCS en la Ronda Uruguay—, mediante la cual los países tradicionalmente han mantenido (y ejercido) el derecho a comprometer menos que el statu quo.

Cualquier acuerdo global sobre inversión deberá abordar también los requisitos de desempeño, lo que probablemente lleve a la incorporación por referencia de las disciplinas que ya figuran en el Acuerdo sobre las MIC de la OMC. Se tendrá que evaluar si esas normas debieran ampliarse a los servicios, y esto sin duda supondrá polémicas, dada la tendencia reciente a preservar espacio político y el hecho de que en muchos países en desarrollo el sector de los servicios es incipiente.

Por deseables que sean, sobre todo debido a consideraciones de equidad y coherencia, las disposiciones sobre los incentivos a la inversión probablemente significarán más conflictos en el marco de la OMC, a juzgar por los intentos fallidos anteriores y las preferencias de política manifiestas en esta esfera. Sin embargo, como ya se ha señalado, tales disposiciones podrían abordar problemas de alcance, codificación y prohibición de algunos tipos de incentivos (o de exhortación a abstenerse de su uso). Lo ideal sería que los principios de transparencia y no discriminación (trato nacional y trato de nación más favorecida) se aplicaran a esas prácticas, aunque es probable que avanzar en tal sentido sea difícil por razones políticas obvias en importantes países receptores.

Una alternativa sería ampliar el actual ámbito de los acuerdos sobre inversiones en la OMC, sin negociar un acuerdo global. Al respecto hay varias opciones. Dado que la mayor parte de las restricciones a la inversión surgen en el sector de servicios, los miembros de la OMC podrían centrarse en la liberalización de las inversiones en el marco del AGCS y asegurarse de que los compromisos reflejen más de cerca el régimen de inversión vigente en cada país miembro (es decir, estimular o establecer el programa de compromisos de *statu quo* para el comercio de Modo 3<sup>12</sup>). Esto significa que los miembros de la OMC podrían solicitar a sus asociados en un TBI o un AIR que ratifiquen acuerdos en los que se adopte un enfoque de programación híbrido, similar al AGCS, o bien alentarlos a que lo hagan. Entre los ejemplos recientes figuran AIR firmados por el Japón con algunos países del sudeste asiático<sup>13</sup>.

Los miembros de la OMC también podrían optar por elaborar disciplinas complementarias sobre la inversión en bienes con el fin de abordar el acceso a los mercados en los acuerdos sobre inversión, tema que está ausente bajo las normas actuales de la OMC. Esto era esencialmente lo que propugnaban los que proponían incluir la inversión en la Ronda de Doha, con escasos resultados. Un enfoque de ese tipo tendría que complementarse con esfuerzos para extender a los servicios las disciplinas que figuran en el Acuerdo sobre las MIC, otra ardua tarea dada la importancia de este acuerdo en el debate en la OMC acerca de la implementación, con posterioridad a la Ronda Uruguay. Además, al Acuerdo SMC se podría añadir disciplinas multilaterales más explícitas sobre incentivos a la inversión que promovieran la transparencia (y posiblemente la no discriminación, al incluir una base voluntaria, pero basada en el tratamiento de nación más favorecida) y, también en este caso, se le podría ampliar total o parcialmente a la inversión en servicios.

Otra opción para los miembros de la OMC sería negociar un amplio acuerdo plurilateral sobre inversión que abarcara tanto la protección de las inversiones como la liberalización, y cuyos beneficios se podrían extender solo a los signatarios o concertarse y aplicarse sobre la base de

---

<sup>12</sup> En el ámbito de la OMC existen varias modalidades de prestación de servicios en el comercio internacional. El Modo 1 se refiere al comercio transfronterizo, en el que el prestador del servicio cruza una frontera para prestarlo. En el Modo 2 es el consumidor el que cruza la frontera. El Modo 3 implica una presencia comercial permanente del proveedor, a través de una inversión. El Modo 4 conlleva la migración transitoria de personas que trabajan en una empresa de servicios de un país, para prestar esos servicios en otro.

<sup>13</sup> Los recientes acuerdos de libre comercio japoneses exhiben una doble innovación: i) la obligación de vincular el *statu quo* normativo con compromisos de inversión, pero manteniendo un enfoque voluntario similar al del AGCS para programar los sectores en los que se asumen compromisos, y ii) la publicación, con fines de transparencia, de listas no vinculantes de medidas que no cumplan con las disposiciones del acuerdo pertinente y que afecten al comercio y a la inversión en el sector de servicios.



nación más favorecida una vez que se haya alcanzado una masa crítica aceptable de actividad de inversión internacional (como en el caso del Acuerdo sobre Tecnología de la Información). En diciembre de 2000, la Comisión Europea propuso la idea de un enfoque plurilateral durante un período breve, pero, en general, fueron pocos los interesados, ya que el establecimiento de nuevas disciplinas plurilaterales en el marco de la OMC requiere el consenso explícito de todos los países miembros, el que nunca se ha dado sobre los temas de Singapur en general ni sobre las cuestiones relativas a la inversión en particular.

Una última opción, que los miembros de la OMC también pueden perseguir a nivel bilateral y regional sería un *quid pro quo* negociador visualizado como una vinculación entre el movimiento de capital (inversión) y de trabajo (personas).

Un elemento de negociación como este, basado en la movilidad de los factores, guardaría relación con un área temática —la movilidad temporal de trabajadores calificados y semicalificados— que ocupa un lugar destacado entre las prioridades de exportación de un número alto y creciente de países en desarrollo. Las remesas de los trabajadores son, después de la IED, la mayor fuente de financiación externa de los países en desarrollo en general y superan a la IED en muchos países en desarrollo, sobre todo en los más pobres, que no suelen atraer mucha inversión de este tipo. Más aún, un *quid pro quo* entre capital y trabajo podría contribuir a atenuar la escasez de trabajadores calificados que se está agudizando en algunas sociedades envejecidas. Este problema tiene particular relieve en los países desarrollados, dadas las tendencias demográficas que predominan en ellos.

Caben pocas dudas de que los aspectos políticos de la movilidad de la fuerza de trabajo plantean más dificultades que los relativos a la movilidad del capital, lo que es igualmente válido en los países en desarrollo. Sin embargo, a pesar del desafío que eso significa y de las genuinas preocupaciones a que da lugar en materia de políticas públicas, hay espacio para que los países exploren de forma imaginativa los elementos de la movilidad de los factores que se podrían aprovechar en los AIR (hoy) y en el marco de la OMC (mañana).

Para que eso suceda, los miembros de la OMC podrían dar a sus AIR una estructura tripartita, utilizada primero en el TLC de América del Norte y presente en algunos AIR posteriores (sobre todo en América Latina), que ponga de relieve un conjunto de disciplinas complementarias sobre: i) comercio transfronterizo de servicios (Modo 1 y Modo 2 del AGCS); ii) disciplinas genéricas (es decir, horizontales) sobre inversiones, aplicables a los bienes y los servicios en forma indiferenciada, y iii) disciplinas genéricas sobre la entrada temporal de personas de negocios.

Cabe suponer que llevar adelante una agenda que vincule la movilidad de capital y de trabajadores es más fácil a nivel bilateral y regional que en el marco de la OMC, ya que los negociadores de Ginebra tendrán que lidiar inevitablemente con la adecuación de cualquier nueva disciplina de inversión a los acuerdos vigentes, reabriendo el delicado problema del equilibrio de concesiones establecido en ellos y, posiblemente, revisando la estructura del conjunto de acuerdos de la OMC. Este es claramente el caso del AGCS, cuyo alcance necesitaría reducirse exclusivamente al comercio transfronterizo de servicios (es decir, los modos 1 y 2), a fin de dar paso a nuevos acuerdos horizontales sobre inversión (en bienes y servicios) y sobre el movimiento de personas (en todos los sectores).

Como se ha intentado mostrar en este ensayo, las causas del estancamiento actual de la OMC en los temas de inversión son numerosas. Tienen que ver con una compleja interacción de preocupaciones en materia de procedimientos, tácticas y cuestiones sustantivas y suponen una paradójica búsqueda de espacio de política en los debates multilaterales, espacio que, sin embargo, se continúa cediendo en el contexto de iniciativas políticas unilaterales, bilaterales o regionales.

El estancamiento señalado brinda una buena oportunidad para hacer algo muy necesario: repensar a fondo tanto los objetivos que deberían perseguir las negociaciones sobre inversión, incluidas aquellas a nivel regional y bilateral, como el valor agregado que se podría esperar de cualquier nuevo intento de incluir la inversión en la agenda de la OMC y los parámetros que deberían enmarcar los debates a fin de equilibrar los intereses de los países emisores y receptores de inversión.

## Bibliografía

- OMC (Organización del Comercio Internacional) (2001), Declaración Ministerial, (WT/MIN(01)/DIC/1), Doha, 20 de noviembre.
- Sauvé, P. (2006), "Trade and investment rules: Latin American perspectives", *serie Comercio internacional*, N° 66 (LC/L.2516-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.G.42.
- Sauvé, P., M. Molinuevo y E. Tuerk (2006), "Preserving flexibility in international investment agreements: the use of reservations lists", *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.D.14.
- Zampetti, A.B. y T. Fredriksson (2003), "The development dimension of investment negotiations in the WTO—challenges and opportunities", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 4, N° 3, Ginebra, Werner Publishing Company Ltd.

### Capítulo III

## **Los servicios en los acuerdos regionales entre países de América Latina y países desarrollados**

*Mario Marconini*

### **Resumen**

En el presente trabajo se examinan las principales características de los acuerdos comerciales que abarcan servicios celebrados por países de América Latina y países desarrollados. Al comparar minuciosamente diferentes acuerdos es posible establecer una tipología para clasificar elementos específicos, a fin de determinar si se limitan a transcribir disposiciones del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS-equivalentes), si avanzan más allá de estas (AGCS-plus) o en algún sentido son menos ambiciosas (AGCS-menos). La comparación pone de manifiesto que ciertas generalizaciones frecuentes pueden ser erradas y que lo más probable es que los estudios que centran la atención solo en uno o dos elementos sean incompletos, no concluyentes o simplemente inexactos. El trabajo también destina una sección completa a la cuestión del espacio para formular las políticas y se preocupa especialmente de si los acuerdos examinados reducen o no las prerrogativas de los gobiernos de regular y elaborar políticas en asuntos relacionados con los servicios y en qué casos sucede. Se reconoce que, en rigor, estos acuerdos tienen numerosos “aspectos problemáticos”, pero se demuestra que en todo caso muchos de los mecanismos existentes otorgan algún grado de

discrecionalidad a las autoridades encargadas de elaborar las políticas. El estudio termina con 10 enseñanzas relacionadas con los acuerdos comerciales sobre servicios celebrados entre países de América Latina y países desarrollados.

## **A. Introducción**

El sistema internacional de comercio solo vino a introducir el comercio de servicios a mediados del decenio de 1990, esto es, 50 años después de terminada la segunda guerra mundial. La Ronda Uruguay, octava del GATT, se inició después de que el comercio de servicios había quedado fuera del curso principal de las negociaciones. Nueve años más tarde entraría en vigor la Organización Mundial del Comercio (OMC) y junto con ella un Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y los resultados de la primera ronda de “compromisos específicos” sobre todos los sectores de servicios, en la que participaron desde el comienzo todos los “Miembros” —ya no denominados “Partes Contratantes”— de la organización recién creada. Entretanto, en el mundo ha cambiado sustancialmente la fisonomía del comercio de servicios hasta abarcar una multitud de acuerdos regionales, subregionales y bilaterales en una red cada vez más compleja de normas, principios y compromisos.

América Latina ha sido actor importante en el desarrollo del sistema de comercio de servicios. Participó de manera masiva en la Ronda Uruguay y en febrero de 1990 incluso presentó una importante propuesta —el primer proyecto completo de acuerdo, que constaba de 34 artículos y 19 páginas— que daba forma a gran parte del acuerdo a la sazón emergente y que contribuyó mucho a centrar la atención en elementos decisivos de las negociaciones, tales como el mecanismo de liberalización y el trato a los países en desarrollo. Desde el punto de vista regional, México fue el primer país de América Latina que participó en un acuerdo de libre comercio que incluía los servicios y lo hizo incluso antes de que se suscribiera, firmara y ratificara el AGCS, en su calidad de Parte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que entró en vigor un año antes que la OMC y el AGCS. El TLCAN fue innovador en muchos sentidos y, además de haber sido el primer acuerdo comercial plurilateral que incluyó los servicios, fue también el primero celebrado entre el mundo en desarrollo y el mundo desarrollado. En rigor, iniciaría una tendencia que sigue evolucionando en la región, a medida que los países procuran suscribir acuerdos con socios desarrollados. A partir de 1994, la región también ha participado en las negociaciones de la llamada Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), proyecto hemisférico que abarca 34 países desde la

Argentina hasta el Canadá (con excepción de Cuba) y que al cabo de 11 años se asemeja más al pasado que al futuro, pese a lo mucho que se ha escrito al respecto y al desarrollo de sus negociaciones.

Los países de América Latina continúan buscando socios comerciales y de servicios en el mundo desarrollado y, en orden cronológico según la fecha de la firma y de su entrada en vigor, han suscrito los siguientes acuerdos: TLCAN (1992-1994), México-Unión Europea (UE) (2000-2000), México-Asociación Europea de Libre Comercio (AEL) (2000-2001), Chile-Unión Europea (2002), Chile-Estados Unidos (2003-2004), Chile-AEL (2003-2004), México-Japón (2004-2005) y Perú-Estados Unidos (2005). Hay negociaciones en curso entre la Unión Europea<sup>1</sup> y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Comunidad Andina, así como entre los Estados Unidos con Colombia y el Ecuador. Finalmente, en noviembre de 2004 se estableció el Grupo Conjunto de Estudio Chile-Japón y un año más tarde ambos países resolvieron iniciar negociaciones sobre el denominado Acuerdo de Asociación Económica Estratégica entre Chile y Japón, suscrito en 2006.

El presente trabajo apunta a examinar los acuerdos comerciales de servicios vigentes entre países de América Latina y países desarrollados a fin de exponer en detalle, comparar y sacar las conclusiones pertinentes respecto de sus semejanzas y diferencias en relación con los cinco elementos decisivos siguientes: definición y alcance de las obligaciones, principios fundamentales, mecanismo de liberalización, reglamentación nacional y sectores abarcados. En las próximas secciones se examinarán detenidamente los sistemas y disposiciones que contienen los acuerdos sobre el comercio de servicios existentes entre países de América Latina y países desarrollados. Asimismo, se revisarán las consecuencias económicas, jurídicas y de política de los distintos sistemas y disposiciones, para concluir con una sección sobre los costos y beneficios, seguida de las enseñanzas que pueden derivarse del estudio.

## **B. Acuerdos bilaterales entre países de América Latina y países desarrollados**

Desde que entró en vigor el TLCAN en 1994, convirtiéndose así en el primer acuerdo de libre comercio del mundo entre países desarrollados y en desarrollo que incluía disposiciones sobre el comercio de servicios, en las Américas se han celebrado otros acuerdos que continuaron esta tendencia. Todos los países de América Latina son partes en al menos un acuerdo bilateral o regional relativo al comercio de servicios, además de

---

<sup>1</sup> Las primeras ofertas de servicios tuvieron lugar en 1999.

ser miembros de la OMC y, en consecuencia, estar sujetos a las normas del AGCS. La totalidad de los acuerdos negociados entre países de América Latina y países desarrollados incluyen el tema de los servicios.

## 1. Definición y alcance de las obligaciones

Definir el comercio de servicios ya fue cuestión difícil en la Ronda Uruguay, cuando nació el AGCS. Muchos de los acuerdos que le siguieron optaron por no definir el concepto, sino limitarse a adoptar o adaptar el enfoque del AGCS al respecto, esto es, depender de cuatro modos de suministro de servicios como forma operativa de encuadrar el universo comercial del convenio. Los acuerdos entre países de América Latina y los Estados Unidos adoptaron el enfoque aplicado por el TLCAN al “comercio transfronterizo”, de acuerdo con el cual un capítulo abarca los modos de suministro 1, 2 y 4, mientras que el modo 3 se incluye en otro (véase el cuadro III.1). De esta manera, otras definiciones influirían más en lo que en la práctica serían las normas de origen del tratado.

La definición más exacta de todas es la relacionada con las personas. Mientras que en el TLCAN el término “persona” se refiere a la vez a las personas naturales y a las empresas y basta con que estén presentes en una de las Partes, el AGCS limita la definición de “persona jurídica de otro Miembro” a la propiedad y control nacional mayoritarios. En otras palabras, mientras que de conformidad con el TLCAN se consideraría que el Citibank establecido en el Canadá sería un proveedor de origen estadounidense por el solo hecho de tratarse de una empresa de los Estados Unidos, según el AGCS para ser proveedor estadounidense en el Canadá la propiedad y el control del mismo Citibank tendrían que ser estadounidenses. En consecuencia, este es un punto fundamental en que el AGCS tiende a ser muchísimo más restrictivo que el TLCAN y los acuerdos posteriores.

Los acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos y América Latina siguen al TLCAN y, en consecuencia, la norma de origen para las empresas es bastante flexible. Sin embargo, cabe señalar que pese a que en muchos sentidos se ajustan al AGCS, los acuerdos bilaterales entre la Unión Europea y América Latina se apartan del Acuerdo de la OMC en esta materia. Tanto el acuerdo bilateral entre México y la UE como aquel entre Chile y la UE adoptan definiciones que también se centran en personas que simplemente “están constituidas de conformidad con la legislación<sup>2</sup>” o “una persona jurídica constituida u organizada de otro modo con arreglo a la legislación<sup>3</sup>” de una de las Partes (véase el cuadro III.1).

<sup>2</sup> Artículo 3(e) del Capítulo I del Título II sobre el comercio de servicios del acuerdo México-UE.

<sup>3</sup> Artículo 96(f) del acuerdo de asociación entre Chile y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros.

Cuadro III.1  
RESULTADOS DEL ESTUDIO: DEFINICIÓN Y ALCANCE

Tema	Acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	Acuerdos bilaterales con la Unión Europea	Acuerdos bilaterales con el Japón
Definición del comercio de servicios	AGCS-menos Modos de suministro 1, 2 y 4 con arreglo al capítulo sobre comercio transfronterizo, modo 3 en otro capítulo aplicable a bienes y servicios	AGCS-equivalentes Cuatro modos de suministro, como en el AGCS	AGCS-menos Similares a acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
“Persona”	AGCS-plus Incluye “nacionales” y empresas	AGCS-plus Naturales y jurídicas, pero sin aplicar normas sobre propiedad y control nacional mayoritarios	AGCS-plus “Personas”, pero no incluyen normas sobre propiedad y control nacional mayoritarios
Denegación de beneficios	AGCS-plus Denegación admisible para empresas no pertenecientes a las Partes cuya propiedad o control corresponda a personas no Partes. Además, empresas de las Partes que no realizan actividades sustanciales	AGCS-plus No niegan disposiciones sobre beneficios, pero la definición es flexible. Empresas de países de origen deben realizar actividades sustanciales (no importa que no sean Partes)	AGCS-plus Igual que TLCAN y acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Definición de “medida”	AGCS-plus De todo tipo, incluido “prácticas”	AGCS-plus De todo tipo, incluso “cualquier otra forma”	AGCS-equivalentes Igual que acuerdos bilaterales con la Unión Europea
“Medidas adoptadas o conservadas por una [Parte] [Miembro]”	AGCS-menos Excluye medidas adoptadas o aplicadas por gobiernos locales de implementación de principios básicos de liberalización; no incluye cláusula sobre mejores esfuerzos en materia de cumplimiento en todos los niveles de gobierno	AGCS-equivalentes Especifican que incluyen todos los niveles de gobierno y cláusula de mejores esfuerzos en materia cumplimiento	AGCS-menos En artículo general establecen que se incluyen gobiernos locales de ambos países; no incluyen cláusula sobre mayores esfuerzos en materia de cumplimiento
Medidas cautelares	AGCS-equivalentes Excluidas en virtud de disposición sobre excepciones en capítulo sobre Servicios financieros	AGCS-equivalentes Excluidas en virtud de disposición especial en capítulo sobre Servicios financieros	AGCS-equivalentes Se excluyen en virtud de artículo en capítulo sobre Servicios financieros

(Continúa)



Cuadro III.1 (conclusión)

Tema	Acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	Acuerdos bilaterales con la Unión Europea	Acuerdos bilaterales con el Japón
Funciones del gobierno	AGCS-equivalentes Se excluyen todas las medidas relacionadas	AGCS-equivalentes Excluyen actividades relacionadas	AGCS-equivalentes Excluyen actividades relacionadas
Sectores excluidos	AGCS-menos Excluye todos los servicios de transporte aéreo, salvo los de reparación y mantenimiento y los servicios aéreos especializados	AGCS-menos Excluyen servicios de transporte aéreo, pero incluyen venta y comercialización y sistemas de reserva informatizados (SRI). Excluye expresamente servicios audiovisuales y de cabotaje	AGCS-menos Excluyen servicios de transporte aéreo, pero incluyen venta y comercialización y SRI. Excluyen expresamente servicios de cabotaje
Personas naturales	AGCS-menos Se limitan al ingreso transitorio de personas de negocios	AGCS-equivalentes Abarcan toda la gama del modo de suministro 4	AGCS-menos Se limitan al ingreso transitorio de personas de negocios

Fuente: Elaboración propia.

En cuanto al alcance de las obligaciones, todos los acuerdos abarcan medidas razonablemente amplias. Así, tanto el TLCAN como los acuerdos de este tipo, así como el AGCS y convenios similares se aplican a toda clase de medidas que afecten el comercio de servicios, incluso aquellas adoptadas por organismos no gubernamentales. La diferencia se produce cuando se trata del nivel de gobierno que abarcan los acuerdos. Por ejemplo, los acuerdos entre los Estados Unidos y América Latina excluyen de su campo de aplicación las medidas adoptadas por los gobiernos locales, mientras que los suscritos con la Unión Europea las incluyen. Todos los convenios excluyen los servicios proporcionados por el gobierno, en especial las medidas cautelares adoptadas en el sector de servicios financieros. Asimismo, se acostumbra excluir de los acuerdos las medidas relacionadas con inmigración, ciudadanía, residencia y empleo, y la diferencia suele radicar en los compromisos de revisión o liberalización contraídos respecto de uno o más de estos elementos. La totalidad de los acuerdos bilaterales suscritos por países de América Latina con países desarrollados también excluyen los subsidios de su ámbito de aplicación, mientras que no solo incluyen las compras del sector público, sino que les destinan un título completo (un capítulo que reúne una serie de artículos).

Por lo que respecta a la exclusión de sectores, los acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos y América Latina se ajustan al TLCAN y excluyen los servicios de transporte aéreo —salvo la reparación

y mantenimiento de aeronaves y los servicios especiales. Sus contrapartes con la Unión Europea también excluyen estos servicios y van más allá, puesto que excluyen los servicios audiovisuales, el cabotaje, las compras del sector público y los subsidios. Finalmente, en cuanto a las personas naturales, el TLCAN se limita a las personas de negocios, mientras que el AGCS se aplica a todas las categorías de personas naturales. Los acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos y América Latina han tenido aún peor suerte que el TLCAN en esta materia, mientras que sus contrapartes de la Unión Europea han logrado mantener una cobertura más amplia, de manera similar al AGCS. Cabe señalar que en virtud de las reservas relativas a medidas existentes o que se adopten en el futuro, las Partes en los acuerdos, en especial los bilaterales con los Estados Unidos, han podido excluir de toda obligación a sectores completos. Por ejemplo, el TLCAN y los anexos de los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos siempre excluyen los servicios de transporte marítimo<sup>4</sup>.

## 2. Principios básicos

Una de las diferencias más importantes entre el TLCAN y el AGCS consistía en que el primero no incluía disposiciones sobre el acceso a los mercados. Sin embargo, los acuerdos bilaterales suscritos con los Estados Unidos después del TLCAN introdujeron un artículo al respecto en el capítulo relativo al comercio transfronterizo de servicios, con lo cual se obvió la necesidad de los artículos del TLCAN sobre restricciones cuantitativas y liberalización de las medidas no discriminatorias. No obstante, en lo que respecta al acceso a los mercados, el TLCAN y los acuerdos bilaterales suscritos con los Estados Unidos van más allá del AGCS en dos aspectos importantes: primero, un artículo sobre la presencia local prohíbe la denominada “obligación de establecimiento” en el caso del suministro de servicios, y segundo, un artículo relativo a los requisitos de desempeño que figura en el capítulo sobre inversiones lo prohíbe tanto para los bienes como para los servicios, lo que constituye una innovación en materia de acuerdos comerciales. Los acuerdos bilaterales celebrados con la Unión Europea no incluyen ninguna de estas prohibiciones, adoptan el enfoque del AGCS sobre el acceso a los mercados e incluyen todo lo relacionado con los cuatro modos de suministro en un solo Título del acuerdo (Título II).

---

<sup>4</sup> En lo que respecta a las exclusiones por tema, cabe señalar que ni los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos ni los suscritos con la Unión Europea incluyen disposiciones sobre subsidios o salvaguardias en materia de servicios, sea en capítulos relacionados con ellos o en otro lugar. En cambio, en cuanto a las compras del sector público, todos los acuerdos bilaterales los incluyen, pero en capítulos separados que abarcan a la vez bienes y servicios.

Cuadro III.2  
RESULTADOS DEL ESTUDIO: PRINCIPIOS BÁSICOS

Tema	Acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	Acuerdos bilaterales con la Unión Europea	Acuerdos bilaterales con el Japón
Acceso al mercado			
Acceso al mercado	AGCS-menos Artículo incluido en estructura similar a la del TLCAN, limitado al comercio transfronterizo	AGCS-equivalentes Incluyen norma específica aplicable a todos los modos de suministro	AGCS-menos Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Presencia local	AGCS-plus Artículo prohíbe requisito de establecerse en el país para suministro de servicios transfronterizos. Listas admiten reservas	AGCS-equivalentes No se refieren al tema	AGCS-plus Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Requisitos de desempeño	AGCS-plus Artículo de capítulo sobre inversiones enumera y prohíbe serie de medidas de inversión relacionadas con el comercio respecto de bienes y servicios. Listas admiten reservas	AGCS-equivalentes No se refieren al tema	AGCS-plus Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Altos ejecutivos y Consejos de Administración	AGCS-plus Artículo de capítulo sobre inversiones incluye prohibición de preferencia nacional en caso de altos ejecutivos, pero permite mayoría nacional en Consejos de Administración. Listas admiten reservas	AGCS-equivalentes No se refieren al tema	AGCS-plus Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
No discriminación			
Trato nacional	AGCS-menos Establecen que trato "regional" (distinto del central o federal) debe ser igual al otorgado a proveedores nacionales, pero permiten excepción a principios de liberalización para gobiernos locales	AGCS-equivalentes No requieren aclaración, pues abarcan todos los niveles de gobierno	AGCS-menos En acuerdo México-Japón, solo este se compromete a otorgar trato nacional a gobiernos locales

(Continúa)

Cuadro III.2 (conclusión)

Tema	Acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	Acuerdos bilaterales con la Unión Europea	Acuerdos bilaterales con el Japón
	AGCS-menos No mencionan otorgamiento trato nacional mediante trato formalmente idéntico o diferente según si se modifican o no condiciones de competencia. Igual en capítulo sobre inversiones	AGCS-equivalentes Siguen al AGCS respecto del trato formalmente idéntico o diferente y sobre condiciones de competencia	AGCS-menos Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Nación más favorecida	AGCS-equivalentes Definición tradicional amplía trato más favorable otorgado a Estados no Partes (véase más adelante respecto de mecanismo de liberalización)	AGCS-equivalentes Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	AGCS-equivalentes Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Nivel de trato	AGCS-equivalentes No incluyen disposición TLCAN que contemplaba trato más favorable entre trato nacional y de nación más favorecida	AGCS-equivalentes No se refieren al tema	AGCS-equivalentes No se refieren al tema

Fuente: Elaboración propia.

En lo que respecta a la no discriminación, todos los acuerdos incluyen disposiciones sobre el trato nacional y de nación más favorecida. Sin embargo, hay importantes diferencias de redacción, particularmente en el caso del trato nacional. Además, el TLCAN incluía una disposición en que ambos tipos de no discriminación, esto es, el trato nacional y el de la nación más favorecida, se vinculaban con un tercer concepto, el de “nivel de trato”, en virtud de la cual se aseguraba a las Partes en el acuerdo que obtendrían el mejor trato disponible, ya sea mediante la no discriminación entre nacionales y extranjeros (trato nacional) o entre otras Partes (nación más favorecida).

En el cuadro III.2 se recogen los principales aspectos de los principios básicos y se detallan sus características más importantes a fin de facilitar comparaciones y proyecciones en relación con las disposiciones del AGCS.

### 3. Mecanismo de liberalización

Todos los acuerdos bilaterales celebrados con los Estados Unidos y la Unión Europea tienen importantes semejanzas en cuanto a los mecanismos de liberalización. La idea de formular reservas o establecer limitaciones a la aplicación de los principios de liberalización, junto con la posibilidad de consolidar medidas o situaciones regulatorias, es un aspecto común de todos los acuerdos bilaterales examinados en el trabajo. Además, la mayoría de estos acuerdos incluyen las medidas no discriminatorias como objetivos de liberalización. La totalidad de ellos también aborda tanto las medidas cuantitativas como las cualitativas.

Sin embargo, difieren en muchos sentidos. Por ejemplo, en lo que respecta a las reservas o limitaciones, el acuerdo entre México y la UE comprende una “excepción regulatoria”<sup>5</sup> respecto de las medidas no discriminatorias, que en la práctica permite a cada Parte “regular el suministro de servicios en su territorio, en la medida en que las regulaciones no discriminen en contra de los servicios y de los proveedores de servicios de la otra Parte”. A su vez, el mismo acuerdo contempla un *statu quo* respecto de las medidas discriminatorias y la eliminación de todas aquellas restantes en el plazo de 10 años. Además, tienen diferencias en cuanto a los principios respecto de los cuales las Partes pueden formular reservas o imponer limitaciones, o respecto de si pueden establecerse listas sobre medidas futuras. También difieren en relación con el tipo de listas previsto para la adopción sectorial de compromisos, esto es, listas positivas o negativas según si las Partes incluyen los sectores que se comprometen a liberalizar o no liberalizar. Otra diferencia fundamental es el grado de consolidación, puesto que en algunos casos las Partes tienen que consolidar la totalidad de su reglamentación relacionada con todos los sectores incluidos en el acuerdo, mientras que en otros se admite una consolidación parcial. Finalmente, los plazos, si los hay, para alcanzar algunos objetivos —particularmente la liberalización misma— pueden variar.

El acuerdo entre México y la Unión Europea es quizá el más singular en lo que respecta al mecanismo de liberalización. Mientras que es muy amplio en materia de medidas no discriminatorias, en que se compromete a un *statu quo* inmediato y a una “decisión que disponga la eliminación en lo esencial de toda discriminación restante del comercio de servicios”<sup>6</sup> al final del “período de transición de 10 años”<sup>7</sup>,

---

<sup>5</sup> Artículo 8 (“Exclusiones regulatorias”) de la Decisión N°2/2001 del Consejo Conjunto UE-México, de 27 de febrero de 2001.

<sup>6</sup> Decisión N°2/2001 del Consejo Conjunto UE-México, artículo 7:3.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

también contempla una excepción sin precedentes para las medidas no discriminatorias, supuestamente no aplicable a las catalogadas como medidas restrictivas en el artículo sobre acceso al mercado.

En el cuadro III.3, que figura a continuación, se detalla, explica y compara los principales elementos relacionados con el mecanismo de liberalización.

Cuadro III.3  
RESULTADOS DEL ESTUDIO: MECANISMO DE LIBERALIZACIÓN

Tema	Acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	Acuerdos bilaterales con la Unión Europea	Acuerdos bilaterales con el Japón
Principios	AGCS-plus Agregan principio de acceso al mercado a acuerdos tipo TLCAN y conservan obligación presencia local. En capítulo sobre inversiones incluyen obligaciones sobre requisitos de desempeño, altos ejecutivos y Consejos de Administración	AGCS-menos Acuerdo México-UE: como el AGCS, contempla tres principios básicos de liberalización, pero con excepción respecto del trato otorgado con arreglo a acuerdos notificados en virtud Artículo V. Acuerdo Chile-UE no incluye cláusula de nación más favorecida para servicios	AGCS-plus Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Reservas/ limitaciones	AGCS-equivalentes Admisibles, además de relativas al acceso al mercado y al trato nacional, respecto de trato de nación más favorecida y presencia local. En capítulo sobre inversión pueden formularse respecto de requisitos de desempeño, altos ejecutivos y Consejos de Administración	AGCS-menos Pueden formularse respecto del acceso al mercado y trato nacional. Trato nación más favorecida prácticamente no tiene obligaciones, ni siquiera exige reservas	AGCS-plus Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Medidas futuras	AGCS-menos Partes pueden reservarse derecho a mantener medidas existentes o adoptar medidas nuevas y más restrictivas en relación con todos los principios básicos de liberalización	AGCS-equivalentes No contemplan disposiciones al respecto	AGCS-menos Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos

(continúa)

Cuadro III.3 (conclusión)

Tema	Acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	Acuerdos bilaterales con la Unión Europea	Acuerdos bilaterales con el Japón
Consolidación	AGCS-plus Obligan a consolidar todo el ámbito regulatorio de una Parte, sin posibilidades de exclusión. Efecto de transparencia es general	AGCS-equivalentes Acuerdo Chile-UE aplica enfoque AGCS: permite no comprometer sectores y modos de suministro dentro de sectores	AGCS-plus Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Statu quo	AGCS-equivalentes No contemplan esta clase de disposición	AGCS-plus Acuerdo México-UE contempla statu quo en materia de medidas discriminatorias	AGCS-equivalentes No contemplan disposiciones al respecto
Excepción regulatoria	AGCS-equivalentes No contemplan esta clase de disposición	AGCS-menos Acuerdo México-UE contempla excepción en caso medidas no discriminatorias	AGCS-equivalentes No contemplan disposiciones al respecto
Listas de sectores	AGCS-plus Listas negativas: lo que no figura en ellas está plenamente liberalizado	AGCS-equivalente Aplican sistema listas positivas: lo que no figura en ellas prácticamente no tiene obligaciones (salvo se exceptúe expresamente, sigue aplicándose trato de nación más favorecida)	AGCS-plus Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Revisiones, plazos	AGCS-menos Normas sobre implementación obligan a consultas anuales, o según se convenga, para “revisar la implementación y examinar otros asuntos de interés mutuo”. Por tanto, texto no exige directamente mayor liberalización. Artículo XIX:1 del AGCS es más categórico al respecto. Acuerdo Estados Unidos-Chile contempla consultas respecto de la “viabilidad de eliminar los requisitos sobre ciudadanía y residencia”	AGCS-plus Acuerdo Chile-UE contempla revisión al cabo de tres años para “ampliar la liberalización”. Acuerdo México-UE establece plazo tres años para adoptar decisión de eliminar sustancialmente la discriminación (no aplicada) y plazo de 10 años para lograrlo	AGCS-menos Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos

Fuente: Elaboración propia.

#### 4. Reglamentación

El trato otorgado a la reglamentación nacional varía entre los acuerdos bilaterales suscritos por América Latina con los Estados Unidos y la UE. Se dan diferencias en los cuatro temas principales de dicha reglamentación, a saber, transparencia, gobernabilidad, requisitos y reconocimiento. Ellas se producen incluso entre acuerdos “del mismo tipo”, como sucede en algunos aspectos de los acuerdos de México y Chile con la UE.

Por ejemplo, una diferencia importante que se observó ya entre el TLCAN y los acuerdos que le siguieron es que el primero no contiene un artículo sobre la reglamentación nacional *per se*. Además, por lo general los acuerdos han tomado disposiciones específicas del TLCAN o del AGCS y en algunos casos las han reestructurado. Por ejemplo, en el acuerdo Chile-UE, las normas sobre aplicación de licencias y certificaciones figuran en el artículo relativo al reconocimiento mutuo<sup>8</sup> y no en aquel sobre la reglamentación nacional. Un artículo del TLCAN contiene disposiciones sobre la transparencia —puntos de contacto, requisitos de notificación, permiso, registro o licencia, publicación y otros— y sobre gobernabilidad —tribunales, comentarios previos, recursos y otros—, mientras que en los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos los artículos sobre transparencia y sobre reglamentación nacional figuran por separado y lo mismo sucede en los acuerdos bilaterales con la UE. Por lo que respecta a los requisitos, sobre todo los que establece el Artículo VI:4 del AGCS, aparecen en distintos lugares, a veces en términos relativamente diferentes. El acuerdo entre México y la UE no incluye disposiciones al respecto.

En el cuadro III.4 se señalan, explican y comparan los principales elementos relacionados con el trato otorgado a las cuestiones de reglamentación nacional.

#### 5. Sectores

Una de las principales diferencias entre el TLCAN y el AGCS en lo que se refiere a disposiciones sobre sectores consiste en si tratan o no de la liberalización *per se*. Mientras que en el primero los capítulos o anexos relacionados con sectores contemplaban la apertura de los mercados mediante procedimientos, plazos, compromisos de statu quo y otros mecanismos, los anexos sectoriales del AGCA no tenían por objeto referirse a la liberalización, sino tan solo esclarecer o complementar

---

<sup>8</sup> Artículo 103 del acuerdo de asociación entre Chile y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros.



Cuadro III.4  
RESULTADOS DEL ESTUDIO: REGLAMENTACIÓN

Tema	Acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	Acuerdos bilaterales con la Unión Europea	Acuerdos bilaterales con el Japón
Gobernabilidad -medidas de aplicación general, tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos	AGCS-plus Párrafos 1 y 2 del AGCS VI se incluyen en artículo más completo sobre transparencia (aplicable a totalidad del acuerdo y no solo a servicios)	AGCS-menos No contienen referencia al respecto	AGCS-plus Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos, salvo que párrafos 1 y 2 de AGCS VI figuran en varias disposiciones del capítulo sobre implementación y funcionamiento del acuerdo
Gobernabilidad -revisiones y apelaciones	AGCS-plus AGCS VI:2 figura en artículo sobre transparencia con redacción más amplia	AGCS-menos No contienen referencia al respecto	AGCS-plus En artículo específico de capítulo sobre implementación
Gobernabilidad -autorizaciones	AGCS-equivalentes Artículo sobre reglamentación nacional transcribe Párrafo 3 de Artículo VI del AGCS	AGCS-menos Acuerdo Chile-UE incluye AGCS VI:3 bajo reconocimiento mutuo; acuerdo México-UE no se refiere al tema	AGCS-equivalentes Igual que acuerdos bilaterales con los Estados Unidos
Requisitos	AGCS-equivalentes Igual que AGCS VI:4	AGCS-equivalentes Igual que AGCS VI:4.	AGCS-menos Igual que AGCS VI:4, pero con redacción más concisa (título del artículo solo se refiere a licencias y certificación) y no aluden a negociaciones del AGCS sobre la materia
Reconocimiento	AGCS-equivalentes Artículo basado en AGCS VII	AGCS-plus Acuerdo Chile-UE se refiere al AGCS VII, el de México-UE agrega compromiso de adoptar medidas necesarias para negociar acuerdos de reconocimiento mutuo en el plazo de tres años	AGCS-menos Párrafo relativo a obligación general

Fuente: Elaboración propia.

Cuadro III.5  
RESULTADOS DEL ESTUDIO: SECTORES

Tema	Acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	Acuerdos bilaterales con la Unión Europea	Acuerdos bilaterales con el Japón
Servicios financieros			
Instrumento	AGCS-plus Incluyen capítulo especial que equivale a acuerdo "independiente"; sin embargo, algunos aspectos se vinculan con otros capítulos	AGCS-plus Acuerdos México y Chile incluyen capítulos separados que definen obligaciones en materia de liberalización	AGCS-equivalentes Incluyen capítulo separado para el sector, pero este se limita a legitimar compromisos contraídos por las Partes en la OCDE y el AGCS
Principios	AGCS-plus Agregan principios nuevos basados en TLCAN, tales como "derecho a establecer instituciones financieras" y "nuevos servicios financieros". En TLCAN, trato nacional tenía mayor alcance que en acuerdos bilaterales posteriores con los Estados Unidos (ya no otorgan mejor trato entre muchos estados del país)	AGCS-menos Acuerdo con Chile incluye artículo sobre acceso al mercado y cláusula más ambiciosa sobre trato nacional (basada en el AGCS) que acuerdo vigente con México	AGCS-menos No incluyen principios tradicionales
Solución de controversias	AGCS-plus Disposiciones específicas	AGCS-plus Disposiciones específicas	AGCS-menos No incluyen disposiciones sobre solución de controversias
Plazos generales	AGCS-equivalentes No se establecen	AGCS-plus Acuerdo Chile-UE contempla Comité especial para "facilitar y aumentar el comercio de servicios financieros" en plazo de tres años. El de México-UE prevé reunión anual, pero no se refiere a ampliar liberalización	AGCS-menos No incluyen plazos
Plazos específicos	AGCS-plus Chile se comprometió a abrir planes de ahorro voluntario para fines de jubilación antes del 1º de marzo de 2005	AGCS-equivalentes Ninguno	AGCS-equivalentes Ninguno

(continúa)

Cuadro III.5 (continuación)

Tema	Acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	Acuerdos bilaterales con la Unión Europea	Acuerdos bilaterales con el Japón
Mecanismo de liberalización	AGCS-plus Admiten reservas respecto de todos los principios básicos de liberalización	AGCS-equivalentes Acuerdo Chile-UE contempla listas positivas, en el de México-UE son negativas	AGCS-equivalentes Ninguno
Excepciones cautelares	AGCS-equivalentes Figuran en todos los acuerdos	AGCS-equivalentes Todos los acuerdos las incluyen	AGCS-equivalentes Todos los acuerdos las incluyen
Telecomunicaciones			
Visión general	AGCS-plus Disposiciones combinan normas sobre acceso y uso de red pública de telecomunicaciones del anexo del AGCS con el documento de referencia de negociaciones posteriores a la Ronda Uruguay	AGCS-plus En general, disposiciones corresponden a documento de referencia negociado en la OMC	AGCS-equivalentes No se refieren a las telecomunicaciones
Servicios de transporte			
Trato general	AGCS-equivalentes No incluyen capítulo específico al respecto	AGCS-equivalentes No incluyen capítulo específico al respecto	AGCS-equivalentes No incluyen capítulo específico al respecto
Transporte aéreo	AGCS-menos No incluyen capítulo o anexo, solo disposición excluyente en artículo sobre alcance y cobertura. No incluyen venta y comercialización ni sistemas de reserva informatizados (SRI)	AGCS-equivalentes No incluyen capítulo o anexo, solo disposición excluyente en artículo sobre alcance. Incluyen venta y comercialización y SRI	AGCS-equivalentes No incluyen capítulo o anexo, solo disposición excluyente en artículo relativo al alcance. Incluye servicios, venta y comercialización o SRI
Transporte marítimo	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector	AGCS-menos Incluyen sección relativa al sector que asegura que norma continúa siendo el acceso sin limitaciones. Excluyen cabotaje	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector
Otra clase de transporte	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector

(continúa)

Cuadro III.5 (conclusión)

Tema	Acuerdos bilaterales con los Estados Unidos	Acuerdos bilaterales con la Unión Europea	Acuerdos bilaterales con el Japón
<b>Servicios profesionales</b>			
Visión general	AGCS-plus Varían respecto de profesiones abarcadas, pero incluyen elementos más favorables respecto de sistemas regulatorios, normas internacionales (Chile), grupos de trabajo (Perú), otorgamiento de licencias provisionales a ingenieros (Chile, Perú), futura liberalización de asesores jurídicos extranjeros (Chile)	AGCS-equivalentes Prácticamente no dicen nada concreto sobre servicios profesionales, salvo breve mención en disposiciones sobre reconocimiento mutuo	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector
<b>Entrega rápida</b>			
Visión general	AGCS-plus Incluida en todos los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos (no así en TLCAN). Figura en anexo de acuerdo con Chile y como compromisos específicos en CAFTA y acuerdo con Perú	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector
Acceso Actual	AGCS-plus En todos se expresa deseo de mantener nivel de acceso existente. CAFTA y acuerdo con Chile incluyen compromiso de statu quo. Acuerdo con el Perú solo obliga a consultas en caso de dudas sobre nivel acceso	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector
Monopolio	AGCS-plus CAFTA y acuerdo con el Perú se comprometen a evitar abusos de posición monopólica. Los de Chile y CAFTA incluyen compromiso de no canalizar ingresos directos provenientes del monopolio postal en beneficio de empresas de entrega rápida	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector	AGCS-equivalentes No contienen referencias al sector

Fuente: Elaboración propia.

disposiciones del acuerdo marco. Sin embargo, los convenios posteriores celebrados entre países de América Latina y naciones desarrolladas —particularmente en el caso de los acuerdos con la UE— no conservaron esta diferencia. De hecho, todos estos acuerdos bilaterales incluyeron disposiciones sectoriales de tipo “liberalizador”.

Por lo general, los acuerdos incluyen disposiciones sectoriales respecto de los servicios financieros y de telecomunicaciones. Mientras que los convenios con la UE incluían normas sobre los servicios de transporte marítimo internacional, los acuerdos con los Estados Unidos centraban más la atención en los servicios profesionales y la entrega rápida. En casi todos los casos, el sector de servicios financieros se aborda en un acuerdo prácticamente independiente —capítulo o anexo que contiene un conjunto completo de normas y principios que en la práctica pueden reemplazar cualquier disposición del acuerdo marco.

En el cuadro III.5 se resumen las principales semejanzas y diferencias entre los acuerdos examinados.

### **C. Principales efectos de las diferencias**

Las comparaciones realizadas revelan que las diferencias pueden ser engañosas. Por ejemplo, a menudo se piensa que el TLCAN aborda la liberalización en forma más exhaustiva que el AGCS, pero una comparación más minuciosa demuestra que las cosas no son tan sencillas. Ambos sistemas tienen aspectos en uno y otro sentido, especialmente en sus expresiones más recientes en acuerdos regionales. Los convenios suscritos por países de América Latina así lo ilustran. Cuando se trata de comparar acuerdos sobre el comercio de servicios se parte de importantes conceptos errados. Además, hay diferencias manifiestas que aclaran mucho acerca de su finalidad y objetivos.

Así, por ejemplo, es posible que el sesgo aparentemente favorable a la liberalización de las listas negativas en contraposición a las positivas sea demasiado restrictivo, en especial cuando se incorporan al análisis elementos adicionales tales como la duración de la medida, la naturaleza de estas, el hecho de si las Partes pueden formular reservas respecto de medidas futuras, si pueden utilizarse las reservas para excluir determinados sectores del ámbito de aplicación del acuerdo, si este efectivamente incluye normas de reglamentación interna eficaces o incluso si se prevén la armonización o el reconocimiento mutuo. El TLCAN, por ejemplo, excluyó el sector de telecomunicaciones básicas mediante las listas de las Partes, mientras que los Estados Unidos dejaron fuera los servicios de transporte marítimo, indicándolo en su propia lista. En el TLCAN, el Canadá también excluyó los servicios audiovisuales de su lista

de liberalización. Otra característica de este acuerdo que fue adoptada en los convenios bilaterales entre los Estados Unidos y países de América Latina fue la exclusión de las medidas a nivel de los gobiernos locales, con lo cual quedó fuera del ámbito de aplicación de estos acuerdos un campo potencialmente importante de reglamentación restrictiva.

Recurrir a las reservas respecto de la aplicación de medidas futuras, rasgo especial del TLCAN y de acuerdos bilaterales posteriores con los Estados Unidos, suele ser una medida más amplia —debido a su carácter tan general y abierto— que un compromiso contraído específicamente, que carece de resguardo para el futuro y sigue siendo una meta de liberalización futura. En otras palabras, los aspectos positivos o negativos de las listas simplemente no pueden considerarse de manera aislada, a riesgo de confundir más que aclarar el impulso liberalizador de los acuerdos sobre el comercio de servicios. De los convenios examinados en el presente trabajo, el acuerdo Chile-UE es el único que adopta el sistema de listas positivas, de acuerdo con el Artículo XX del AGCS. Este acuerdo tiende a ser más AGCS-plus que su contraparte mexicana debido a una serie de otras características que pueden ser tanto o más importantes que la forma de enumerar los compromisos. Las listas negativas no “liberalizan más”, porque la liberalización depende de muchos otros aspectos del acuerdo. No hay duda de que tienden a ser más transparentes que las listas positivas, pero esa es una cuestión muy distinta de la liberalización *per se*.

Otro error importante se relaciona con las normas y principios. Se ha hablado mucho de las innovaciones proliberalización que prohibían la obligación de establecimiento (artículos sobre presencia local del TLCAN y de acuerdos bilaterales con los Estados Unidos) o que introdujeron, si bien con arreglo a disposiciones sobre inversión, la prohibición de imponer requisitos de desempeño (artículos del mismo título del TLCAN y de acuerdos bilaterales con los Estados Unidos). Sin embargo, esta clase de principios nunca son “obligaciones generales”, esto es, obligaciones que implican su cumplimiento automático y no pueden ser objeto de negociaciones. En la medida en que sean ambiciosos y apunten a cuestiones respecto de las cuales los sistemas regulatorios de los países se inclinan a ser restrictivos, normalmente son principios respecto de los cuales las Partes pueden formular reservas. En consecuencia, la ambición de estos artículos se ve muy morigerada por el hecho de que las Partes pueden recurrir a reservas o limitaciones en sus listas de compromisos y a menudo lo hacen.

Una vez más, entre los acuerdos celebrados por países de América Latina que se examinan en este trabajo, solo aquel entre Chile y la UE carece de disposiciones relativas a la presencia local o requisitos

de desempeño. Sin embargo, aunque no se contemplen disposiciones concretas sobre estas materias, el sistema del AGCS de todas formas exige enumerar las medidas pertinentes. Si un país aplica normas sobre contenido local o equilibrio del comercio de servicios, el AGCS y los acuerdos que le siguieron de todas maneras exigen incluirlas en las listas. La mayor flexibilidad del sistema del AGCS no radica en que no incluye las disposiciones o en que no prohíbe expresamente las medidas, sino en que “permite” —siempre que el país tenga algún poder negociador— no obligarse mediante modos de suministro que en la práctica hacen posible que los países mantengan estos temas fuera de la mesa de negociación.

Otras características manifiestas respaldan algunas de las ideas falsas más comunes respecto de los acuerdos sobre el comercio de servicios. Una de ellas es la cuestión de los plazos. El hecho es que muy rara vez se ha pactado un horizonte temporal para la liberalización total del comercio de servicios. El propio TLCAN, por ejemplo, solo alude a plazos en relación con las restricciones cuantitativas, respecto de las cuales se compromete a “procurar negociar” su eliminación “periódicamente, pero en cualquier caso cuando menos cada dos años<sup>9</sup>”. El TLCAN nada dice de plazos cuando se trata de otros tipos de obligaciones generales (y no sectoriales), ya sea en el preámbulo del acuerdo o en las disposiciones sobre su propósito y objetivos. Este enfoque ha sido aplicado en los acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos y América Latina, que ni siquiera incluyen una disposición comparable sobre restricciones cuantitativas. Así, pese a todos los anexos del TLCAN y de los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos relacionados con el trato nacional o de nación más favorecida, la presencia local, los requisitos de desempeño, los altos ejecutivos o los Consejos de Administración, además de medidas futuras, actividades reservadas al Estado y restricciones cuantitativas, no se establecen plazos en que deba alcanzarse la plena liberalización.

La única referencia a plazos generales que figura en acuerdos bilaterales posteriores con los Estados Unidos es a la celebración de consultas anuales para revisar la implementación del capítulo pertinente (comercio transfronterizo) “y examinar cuestiones de interés mutuo”, lo que es muy diferente de comprometerse a la liberalización plena. Como se dijo, el acuerdo Chile-Estados Unidos también mencionaba requisitos de ciudadanía y residencia permanente, pero solo para “determinar si resultaba viable eliminar las restricciones<sup>10</sup>”.

---

<sup>9</sup> Artículo 1207 del TLCAN.

<sup>10</sup> Artículo 11.10 del acuerdo entre Chile y los Estados Unidos.

Como se señala en el cuadro III.3, solo se suelen indicar plazos para las disposiciones sectoriales —como en el caso de los servicios profesionales y financieros en los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos. El mismo cuadro muestra también que el compromiso de realizar revisiones es más amplio en los acuerdos bilaterales entre la UE y México y Chile. En rigor, el primero de estos es claramente más ambicioso, puesto que es el único de los acuerdos examinados que tiene un claro horizonte temporal.

Aunque en términos generales el AGCS es claramente más flexible (menos “liberalizador”) que el TLCAN, el hecho es que tanto su alcance como sus disposiciones tienden a ser más exhaustivas. Parte de esta diferencia se ha incorporado en acuerdos posteriores. Así, los convenios de México y Chile con la UE se aplican a los cuatro modos de suministro y no limitan el alcance de ninguno de ellos, como sucede en los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos respecto del modo 4, en que solo las “personas de negocios” están sujetas a un compromiso de liberalización. En el caso del acuerdo Chile-UE, la definición de trato nacional es la misma del AGCS, al contrario del TLCAN y de los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos que nada dicen sobre cuestiones tan fundamentales como el trato formalmente idéntico o formalmente diferente, o sobre la idea de modificar las condiciones de competencia como parámetro para medir el trato otorgado en la práctica. Otra particularidad en que el acuerdo Chile-UE es más ambicioso que cualquiera de los demás aquí examinados es que no contempla la posibilidad de reservar el trato de nación más favorecida, que en sí y de por sí es un claro mecanismo proliberalización.

Sin embargo, en general, en los acuerdos posteriores los sistemas del AGCS y del TLCAN se han tornado bastante híbridos y han combinado elementos importantes de ambas “escuelas”, de modo de reflejar lo mejor posible las particularidades de cada contexto de negociación. Así pues, mientras que los acuerdos bilaterales celebrados con los Estados Unidos han adoptado cada vez más al sistema del AGCS de tratar el acceso a los mercados o el trato nacional junto con la reglamentación nacional y el reconocimiento mutuo, los acuerdos bilaterales de la UE adoptaron el sistema de listas negativas del TLCAN en el caso del acuerdo con México y diversas disposiciones del capítulo sobre servicios financieros en los acuerdos con México y Chile. La “hibridación” de los acuerdos posteriores sobre el comercio de servicios tanto en América Latina como en otros lugares los ha hecho converger en aspectos importantes. Es por eso que cada vez más lo que importa es si establecen plazos claros dentro de los cuales hay que alcanzar la liberalización y, lo que es más importante, si se están cumpliendo realmente esos plazos.



## **D. Espacio para formular las políticas: ¿Qué políticas? ¿Qué espacio?**

Una de las críticas que se formula comúnmente a los acuerdos sobre el comercio de servicios es que en la práctica la liberalización a que conducen es muy reducida. Dado que los acuerdos, comenzando por el AGCS, rara vez establecen plazos definidos para la apertura total del mercado y al mismo tiempo permiten que los países no se obliguen o que lo hagan con limitaciones o reservas, incluso respecto de medidas futuras, es solo “natural” que en la mayoría de los casos la liberalización como tal sea la excepción y no la regla. Podría decirse que el principal objetivo que logra —no persigue— la mayoría de los acuerdos sobre el comercio de servicios es fijar los sistemas regulatorios existentes y no modificarlos, sean ellos particularmente abiertos o particularmente cerrados frente a los intereses extranjeros.

### **1. Un asunto delicado**

Sin embargo, paradójicamente, se ha considerado en forma reiterada que para los gobiernos de todo el mundo, tanto de países en desarrollo como de países desarrollados, los acuerdos que abarcan el comercio de servicios son un asunto particularmente delicado. A diferencia de lo que algunos suelen sostener, la razón de ello tiene menos que ver con las ventajas e inconvenientes de la liberalización *per se* que con la cuestión muchísimo más urgente y compleja de cómo regular mejor una economía nacional para alcanzar una serie de diversos objetivos estratégicos de política. Puede ser que algunos países consideren que ya han hecho lo mejor que pueden al respecto y, en consecuencia, se sientan seguros a la hora de comprometerse con situaciones existentes en el plano internacional mediante acuerdos comerciales. A otros, en cambio, puede parecerles que aún les falta camino por recorrer para resolver todos sus problemas y, por lo tanto, lo piensan dos veces antes de obligarse internacionalmente. Más de uno se encuentra entre ambos extremos, y tal vez se sienta seguro respecto de ciertos sectores y no de otros.

En consecuencia, tanto en América Latina como en el resto del mundo los acuerdos que abarcan el comercio de servicios introducen la idea de consolidar los sistemas regulatorios existentes, lo que en principio puede parecer mucho menos ambicioso que prever rebajas arancelarias reales o la eliminación de los subsidios (como en el caso de los productos industriales y de la agricultura). Es un hecho que los efectos de la reducción de los aranceles o de los subsidios generalmente son más manifiestos y, por cierto, más cuantificables que algunas de las barreras

al comercio de servicios. Sin embargo, a diferencia de la rebaja numérica de los niveles de protección en el comercio de mercancías, la impresión general es que la consolidación de las normas existentes en materia de servicios es una cuestión delicada, por dos razones principales, a saber:

- Los efectos de los cambios en la reglamentación, sobre todo en los sectores de servicios cuya relación con una economía generalmente es mucho más multifacética y sus propósitos más numerosos que en los sectores de bienes, son difíciles de determinar *ex ante*: primero hay que ensayar y equivocarse, estudiar detenidamente los efectos *ex post* y luego preocuparse de replantear o incluso reemplazar las normas.
- Puesto que en la práctica la consolidación “congela” un nivel máximo de restricción respecto de determinados sectores o modos de suministro, para hacerlo los países tienen que estar convencidos de que el sistema regulatorio existente es aceptable (u óptimo), no solo en el momento de la consolidación, sino también —y lo que es más importante— en el futuro próximo o lejano, puesto que una vez obligado no se puede volver atrás (tornarse más restrictivo) sin pagarlo caro (compensando a las Partes en el acuerdo).
- Por lo tanto, en el caso de los servicios, para muchos países se torna importante conservar el “espacio para formular las políticas”, puesto que los acuerdos sobre el comercio de servicios generalmente limitan la discrecionalidad de los gobiernos para reglamentar o volver a reglamentar en la forma y momento que lo deseen.

Después de todo, el nuevo milenio trajo consigo una fuerte crítica a los principales postulados del consenso de Washington, algunos de los cuales (como la privatización, la desregulación y la apertura de los mercados en general) afectan gravemente actividades de servicios. Muchos países, en especial países en desarrollo, han tratado de modificar y adaptar sus estructuras regulatorias y de política a fin de resolver los problemas que ellas acarrearán. Esto ha exigido disponer de “espacio para formular políticas”, es decir, posibilidades de cambiar la reglamentación si ello fuera necesario, incluso haciéndola más restrictiva para los intereses foráneos. El hecho de que se haya avanzado o no en esa dirección desde entonces o de que, en cambio, se hayan seguido postergando las reformas necesarias es cuestión que escapa al ámbito del presente trabajo. Sin embargo, puede sostenerse sin temor a equivocarse que este tipo de cuestionamiento subyace al debate sobre el espacio para formular la política, a medida que los países tratan de “corregir” errores pasados y evitar errores futuros. “Amarrar” sus regímenes regulatorios

puede considerarse una restricción inapropiada en un momento en que la experiencia reciente indicaría que hay mucho por reexaminar, reestructurar y en definitiva “rerregular”.

Cabe señalar que la idea de ocuparse del “desarrollo” en la actual ronda de negociaciones de la OMC coincide en líneas generales con la preservación del espacio para formular la política. Los partidarios de abordar en forma más directa las cuestiones relacionadas con el desarrollo persiguen ya sea que se reconozcan determinadas políticas o medidas que deberían permitirse por razones de desarrollo o, alternativamente, que se adopten principios que comprendan la adopción general de políticas o medidas relacionadas con el desarrollo. En ambos casos, el principal objetivo es conservar el espacio para formular la política de desarrollo y evitar posibles nuevas interferencias en el ámbito de la reglamentación interna.

## **2. Disposiciones específicas**

Las diferencias entre los acuerdos sobre el comercio de servicios aquí examinadas tienen el correspondiente efecto diferente en la cuestión del espacio para formular la política. No hay duda de que el alcance, profundidad y obligaciones que implican las disposiciones y compromisos negociados en cada caso definen el margen que conservarán los gobiernos para elaborar la política y regular. En este contexto, sin embargo, lo fundamental es combinar una serie de factores y no solo considerar elementos concretos por separado.

En lo que hace a la definición y ámbito de aplicación, por ejemplo, los acuerdos varían respecto de si abarcan o no las medidas adoptadas por los gobiernos locales. Resulta claro que los acuerdos bilaterales con la UE generalmente limitan más el espacio para formular la política que los celebrados con los Estados Unidos o el Japón, puesto que abarcan todos los niveles de gobierno. En cuanto a la situación en que se encuentran los países en materia de reglamentación, el alcance de las disposiciones también puede determinar el margen de libertad que conservan para reglamentar cuestiones tales como los tribunales competentes, la revisión, las apelaciones y otras. En este caso, los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos generalmente tienen mayor amplitud y en consecuencia limitan el espacio de que disponen las autoridades encargadas de formular la política, puesto que contienen disposiciones más completas y detalladas que el propio AGCS y estipulan su aplicación a todo el universo de sectores abarcados y no solo los incluidos en las listas de compromisos específicos de los países, como sucede con el AGCS. Los acuerdos bilaterales con la UE ni siquiera contemplan esta fraseología.

Gran parte de la reducción del espacio para formular la política es consecuencia del mecanismo de liberalización del acuerdo de que se trate —una vez más, siempre en combinación con otros elementos conexos y, en especial, con los conceptos incorporados en los principios básicos de liberalización. En este contexto, los principales parámetros son los siguientes:

- El hecho de que el acuerdo requiera o no la eliminación total de las restricciones y la plena consolidación de la situación regulatoria resultante dentro de un plazo determinado;
- El hecho de que el acuerdo requiera o no la plena consolidación de la situación regulatoria de un país, pero no necesariamente la eliminación total de las restricciones dentro de un plazo determinado;
- El hecho de que el acuerdo requiera o no la plena consolidación de la situación regulatoria del país en un plazo determinado, pero permita consolidar medidas restrictivas futuras;
- El hecho de que el acuerdo permita o no que no se consoliden sectores o modos de suministro determinados.

No hay duda de que los acuerdos que aplican el sistema de listas negativas, como los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos, son más limitantes que los acuerdos bilaterales con la UE, que aplican el sistema de listas positivas. Como el primero exige incluir y consolidar todos los sectores y registrar cualesquiera medidas restrictivas, porque de lo contrario se considerará que el sector está plenamente liberalizado, en la práctica los gobiernos ceden más poder reglamentario en el caso de los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos que, por ejemplo, el acuerdo bilateral entre la UE y Chile o el propio AGCS.

De todas formas, los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos contemplan la posibilidad de listar medidas futuras en virtud de las cuales los países conservan el “espacio” para adoptar o mantener medidas específicas que pueden relacionarse con sectores completos, como por ejemplo, los servicios de transporte marítimo en el TLCAN. No obstante la transparencia que involucra el hecho de listar estas medidas, lo cierto es que los anexos sobre medidas futuras del TLCAN y de los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos equivalen a la no consolidación general de estas, con lo cual el efecto no difiere de la exclusión de sectores, modos o medidas del sistema de listas positivas, tal como lo establecen el AGCS y los acuerdos posteriores.

Como es natural, el alcance de lo que se incluye en las listas depende de los principios básicos con que se relacionan las obligaciones que contienen. En el AGCS y otros acuerdos basados en él, las listas

se relacionan fundamentalmente con los principios de acceso a los mercados y de trato nacional, incluida una tercera columna que trata de los “compromisos adicionales”, que solo son adicionales en la medida en que vayan más allá de esos dos principios. El TLCAN y los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos no se limitan a reservas respecto del acceso a los mercados y el trato nacional. Aunque por una parte parecerían ser más amplios que el AGCS, porque establecen obligaciones más detalladas sobre aspectos clave del comercio de servicios tales como la prohibición de la presencia local, altos ejecutivos y Consejos de Administración, o el suministro de servicios financieros nuevos, el hecho es que en anexos específicos pueden formularse reservas respecto de todos estos principios. Naturalmente, los anexos del TLCAN y de los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos están estructurados a partir de listas negativas de todos los sectores y medidas, de tal modo que abarcan todo el universo de estos y el efecto de transparencia es máximo. Sin embargo, el grado de liberalización logrado no dependerá de la forma categórica en que se expresen los principios, sino de las reservas formuladas al respecto.

El hecho es que ni el AGCS, ni el TLCAN ni los acuerdos bilaterales celebrados posteriormente en América Latina y el mundo han contemplado principios de liberalización de aplicación automática, esto es, principios que no son negociables o respecto de los cuales no pueden formularse reservas ni imponerse limitaciones. En los casos que ello pudo haberse esperado —respecto de los subsidios—, el AGCS ha dejado de cumplir una serie de plazos que se impuso para adoptar disciplinas conexas, mientras que a escala regional los países ni siquiera han tratado de negociarlos. En cierta medida, las compras del sector público han tenido mejor suerte, puesto que han sido incluidas en una serie de acuerdos similares al TLCAN, como los acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos y países de América Latina. En todo caso, los capítulos relativos a la contratación pública también prevén el recurso a negociaciones y la inclusión de anexos de entidades y de bienes y servicios específicos, de tal modo que su aplicación dista mucho de ser universal desde la partida. No hay duda que el hecho de que un acuerdo contemple o no normas sobre compras del sector público es una medida importante de hasta qué punto los encargados de formular la política perderían o no su espacio en una cuestión de gran importancia estratégica. En relación con los subsidios, las cosas son algo diferentes, puesto que incluso a falta de normas específicas en el AGCS, por ejemplo, los países miembros de todas maneras tienen que incluir en sus listas los subsidios existentes cada vez que violen las normas sobre acceso al mercado o trato nacional, esto es, se ha reducido su espacio para formular políticas respecto del otorgamiento de subsidios.

En definitiva, la reducción del espacio de política que puede contemplar un acuerdo comercial, sea de bienes o servicios, va más allá de las listas de medidas restrictivas o de los principios de liberalización respecto de los cuales puede medirse el efecto restrictivo de aquellas. Los acuerdos que efectivamente ponen fin a ciertas prerrogativas de las autoridades nacionales son aquellos que establecen plazos para hacer cosas, en especial los que conducen a la eliminación total de las barreras al comercio. Así, por ejemplo, acuerdos como el suscrito entre Chile y la UE, que prevén la revisión dentro del plazo de tres años de su entrada en vigor a fin de “ampliar aún más la liberalización” constituyen una mayor amenaza para los encargados de formular políticas de convenios como los bilaterales entre los Estados Unidos y América Latina, que se limitan a establecer que deben realizarse consultas anuales para “revisar la implementación y examinar otros asuntos de interés mutuo”.

La redacción más enfática y directa del acuerdo entre Chile y la UE establece un marco temporal definido dentro del cual deberá producirse una mayor liberalización y las autoridades de ambas Partes deberán ceder su competencia respecto de los asuntos conexos frente a las obligaciones que prevé el acuerdo bilateral. Cuando no se establece un horizonte temporal global o por sectores para la liberalización plena, los sistemas de listas demasiado ambiciosos o las obligaciones expresadas en términos categóricos no sirven de mucho, puesto que los países pueden negociar y formular reservas que pueden mantenerse por tiempo indefinido y “congelarse” en el tiempo. La verdadera limitación dependerá de si los países pueden o no negociar en qué medida están obligados a aplicar estos principios y, lo que es más importante, de si el acuerdo en todo o en parte prevé plazos para la liberalización plena.

Lo que en definitiva puede sellar la suerte de los formuladores de políticas en los países que son partes en acuerdos de comercio de servicios es la combinación del mecanismo de liberalización, el alcance del acuerdo respecto de los principios básicos y, lo que es más importante, la existencia de un compromiso de liberalización dentro de un horizonte de tiempo determinado. Las características individuales de los acuerdos son importantes, pero nunca aisladamente. Por último, un aspecto que no prevé ningún acuerdo, pero que influye mucho en el espacio de política, es el poder de negociación: no hay duda alguna de que los países que tienen mayor poder negociador efectivamente pueden limitar el espacio de política de los países que tienen menos poder negociador, imponiendo normas o compromisos más amplios al negociar los acuerdos, en especial los bilaterales.

### **3. Aspectos problemáticos**

El conflicto conceptual que subyace al debate sobre el espacio de política se da entre la liberalización del comercio exterior y la soberanía nacional o autonomía. Lo normal es que un acuerdo comercial apunte a eliminar las barreras al comercio. La dificultad no radica en ello, sino en la contraposición entre el comercio y el no-comercio que se manifiesta con especial fuerza en los acuerdos relacionados con la liberalización de servicios. El hecho de que la reglamentación de los servicios exceda lo que es el comercio y refleje objetivos de política nacional mucho más amplios introduce un conjunto inusitado de problemas respecto de los cuales ni el AGCS ni los acuerdos celebrados posteriormente en el mundo han encontrado soluciones coherentes. El artículo VI del AGCS y numerosas versiones posteriores de él a nivel regional solo los han abordado en forma parcial. En su mayor parte, sigue sin resolverse el problema fundamental de cómo distinguir entre cuestiones relacionadas con el comercio de servicios y asuntos no relacionados con él.

En el caso de numerosos países en desarrollo, el “comercio” no conduce necesariamente al “desarrollo”. En consecuencia, para muchos este es una cuestión que en gran medida no se relaciona con el comercio y en la que influyen mucho los objetivos de política nacionales que, además de asegurar la calidad de los servicios y de los proveedores de servicios, se relacionan con las “asimetrías de desarrollo” entre países desarrollados y en desarrollo. Esta dicotomía entre universos relacionados o no con el desarrollo refleja a su vez aquella entre la eficiencia económica y los objetivos de distribución, sociales y culturales incorporados en la reglamentación nacional aplicable a las actividades de servicios. Una vez más, un acuerdo comercial que persiga la eficiencia económica mediante el incremento de los flujos comerciales y la competencia no tiene nada de malo. El problema que enfrentan los encargados de formular políticas —particularmente en las democracias, en que las políticas y las normas deben rendir mayor cuenta en las urnas— es la medida en que la eficiencia económica que persiguen estos acuerdos puede o no superar objetivos legítimos de desarrollo, imponiendo un nivel excesivo de obligaciones a los países miembros. A menudo se han criticado los acuerdos sobre el comercio de servicios por hacer justamente eso.

### **4. Inversión y privatización**

Algunos han criticado mucho el AGCS por haber incluido un modo de suministro que requiere inversiones de parte de los proveedores, esto es, la presencia comercial de proveedores extranjeros o su posibilidad de establecerse en los mercados nacionales. Para muchos, el AGCS

impone la eliminación de las restricciones a la inversión, aplicando al modo de suministro 3 disposiciones de acceso a los mercados y de trato nacional. La propia OMC ha respondido a estas críticas en su página web, señalando que las obligaciones de acceso al mercado y de trato nacional son negociadas y que los países Miembros pueden mantener las restricciones mientras ellas figuren en sus listas.

Como ya se demostró, los acuerdos bilaterales entre países de América Latina y países desarrollados, en especial los celebrados con los Estados Unidos, han avanzado más allá del AGCS e incluido un capítulo completo sobre la inversión que se aplica tanto a los bienes como a los servicios. En consecuencia, han sido aun más criticados que el AGCS, particularmente porque sobrepasan los límites de la promoción y la protección e incluyen disposiciones de liberalización efectivas tales como acceso al mercado, trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel de trato, nivel mínimo de trato, altos ejecutivos y Consejos de Administración, y requisitos de desempeño. En otras palabras, la crítica apunta más que nada al hecho de que estas disposiciones sobre inversión excedían con mucho el alcance de lo previsto en los tratados bilaterales de inversión tradicionales e incluso más recientes, puesto que se adentran en las obligaciones de acceso.

De todos los principios cuya aplicación, pese a la posibilidad de ser objeto de reservas, puede interferir en el ámbito de actividad de las autoridades nacionales, los que han causado mayor inquietud en los acuerdos bilaterales celebrados por países de América Latina han sido los requisitos de desempeño. En el TLCAN y en los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos estos requisitos son objeto de un artículo específico que los prohíbe expresamente en el caso de los bienes y servicios. La disposición enumera siete tipos de medidas específicas que deberían eliminarse y las prohíbe en términos bastante categóricos<sup>11</sup>. Estas medidas son precisamente los requisitos que muchos países en desarrollo desearían poder aplicar. Como tienen la impresión de que muchos de los errores cometidos en el pasado derivan de políticas liberales como la privatización o la eliminación de los requisitos sobre propiedad y control, consideran que la posible reducción del espacio para aplicar estas políticas de desempeño es un obstáculo importante que a juicio de muchos de ellos impide que se restablezca un equilibrio adecuado en su régimen de inversión extranjera directa (IED).

Como se mencionó en la sección anterior, en realidad las normas no son tan ambiciosas como parece cuando no existe un mecanismo de liberalización igualmente exigente, que incluya ante todo plazos para la reducción progresiva o la eliminación total de las restricciones. Por lo que

---

<sup>11</sup> Artículo 1106 del TLCAN.



respecta a los requisitos de desempeño, al igual que sucede con todos los demás principios básicos de liberalización contemplados en los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos, las Partes pueden formular reservas respecto del principio, de tal modo que en la práctica la posibilidad de negociación y de reservas morigeran la severidad de la fraseología. Además, el TLCAN y los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos no tienen grandes ambiciones en cuanto a plazos, de tal modo que no existe un marco cronológico dentro del cual haya que eliminar los requisitos de desempeño respecto de los cuales se formularon reservas. En ninguno de los acuerdos los negociadores han tenido que volver a la mesa negociadora para tratar la eliminación progresiva de estos requisitos.

En consecuencia, sostener que los objetivos del TLCAN y de los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos son necesariamente más ambiciosos que el AGCS y algunos acuerdos bilaterales con la UE respecto de los requisitos de desempeño u otros temas de igual importancia es demasiado simplista. Esto es particularmente cierto dado que si los países aplican cualquiera de los requisitos de desempeño que por lo general figuran en los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos, de todas maneras tendrían que incluirlos en sus listas de acuerdo con el AGCS respecto de los sectores comprometidos. En otras palabras, si un país quisiera que el 60% del horario preferencial de su televisión se reserve para producciones nacionales, sin duda tendría que incluir ese "requisito especial" de contenido nacional si optó por incluir los servicios audiovisuales en su lista de compromisos específicos. Sin embargo, sostener que el AGCS, el TLCAN o los acuerdos bilaterales celebrados con los Estados Unidos decididamente limitan el espacio para formular políticas también sería demasiado simplista, puesto que de hecho los países conservan algún margen de negociación y los acuerdos de marcos temporales y plazos.

## **5. Servicios de utilidad pública e interés público**

Una de las grandes críticas que se formula a los acuerdos regionales relacionados con el comercio de servicios, sea en América Latina o en otros lugares, obedece a algunas percepciones erradas, a saber, que estos acuerdos generalmente ponen fin a los servicios públicos; que requieren privatización; que prohíben que las instituciones nacionales sean financiadas por el sector público; que los servicios públicos dejarán de estar regulados de acuerdo con el interés general. Estas inquietudes obviamente han sido planteadas en el contexto de los servicios educacionales y de salud, que tienen un marcado contenido social. Servicios públicos tales como los de distribución del agua, que a menudo son suministrados por instituciones públicas, incluso en forma

monopólica, también han sido objeto de preocupación. Por lo general, los países en desarrollo son más sensibles en estas materias, puesto que consideran que deben mantener el control sobre ellos para asegurar el cumplimiento de objetivos importantes de política nacional, tales como la universalización del acceso a los servicios esenciales.

Ninguno de los acuerdos aquí examinados incluye la obligación de privatizar. Ninguno obliga a las Partes a poner fin a los monopolios, sean públicos o privados. Ninguno contiene normas sobre los subsidios, aunque en algunos acuerdos deben incorporarse en las listas o ser objeto de reservas. Ninguno obliga a las Partes a renunciar al derecho de regular, particularmente cuando se trata de medidas relacionadas con la calidad, seguridad, precio u otro objetivo de política que persiga asegurar un determinado nivel de calidad del servicio proporcionado. Lo que sí señala la mayoría de ellos, que reviste especial importancia en el caso de los servicios de utilidad pública, es que los servicios proporcionados en el ejercicio de las facultades del gobierno quedan fuera de su ámbito de aplicación o de la liberalización. En consecuencia, los servicios públicos que suministran los gobiernos no están cubiertos por estos acuerdos y, por lo tanto, no deberían estar tan amenazados como lo han supuesto algunas personas.

## **6. Autonomía regulatoria**

El AGCS, el TLCAN y los acuerdos celebrados con posterioridad reflejan en gran medida que la liberalización de los servicios no tiene por objeto eliminar el derecho de un país a reglamentar las actividades de servicios que tienen lugar en su territorio. A diferencia de los bienes, los servicios se reglamentan de acuerdo con diversos objetivos de política nacionales, la mayoría de los cuales quizá no guarde relación alguna con la eficiencia económica o el comercio propiamente tal. Puesto que en virtud de los cuatro modos de suministro en la actualidad todos los acuerdos que incluyen servicios son aplicables a un conjunto de medidas internas, era indispensable establecer límites entre las normas aceptables y no aceptables y las disposiciones susceptibles o no de ser adaptadas. Esto fue lo que hizo el Artículo VI del AGCS al centrar la atención en medidas relacionadas con los requisitos en materia de aptitud, normas técnicas y condiciones para otorgar licencias, permitiendo medidas basadas en criterios objetivos y transparentes, que no sean más rigurosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio y, en el caso de los procedimientos para otorgar licencias, no constituyan en sí una restricción al suministro del servicio. Los acuerdos bilaterales celebrados por países de América Latina con países desarrollados se orientaron en este sentido.

Si bien las disposiciones sobre la reglamentación nacional tienen por objeto someter a disciplinas la aplicación de algunos tipos de medidas que son fundamentales para el suministro de servicios —requisitos de aptitud, normas técnicas y condiciones para el otorgamiento de licencias—, no pretenden disciplinar el universo de medidas aplicables para regular los servicios y, por cierto, no aquella parte de ese universo que no se relaciona con el comercio. Los países básicamente conservan su derecho a reglamentar mientras no abusen de esta prerrogativa mostrándose demasiado discriminatorios, faltos de transparencia o burocráticos en la gestión de sus sistemas regulatorios. En consecuencia, la crítica de que en definitiva los acuerdos que abarcan servicios pretenden poner fin o limitar severamente el derecho a regular debe tomarse con beneficio de inventario.

Corresponde a cada país, sin embargo, saber mejor cómo reglamentar su economía de servicios. En este sentido, es urgente que antes de obligarse mediante acuerdos comerciales los países definan los propósitos, objetivos y medios para lograr la regulación óptima. Las consecuencias de no hacerlo son responsabilidad de los propios países, y no de los acuerdos comerciales.

## **E. Enseñanzas en materia de política y dicotomía entre acuerdos multilaterales y bilaterales o subregionales**

La experiencia de los países de América Latina que optaron por negociar acuerdos sobre el comercio de servicios con países desarrollados es abundante y esclarecedora. En gran medida, revela los límites de una serie de elementos conexos que son comunes a las negociaciones al respecto. Como muchos de los países de la región que han celebrado esta clase de acuerdos varían en cuanto a su grado de desarrollo social y económico, capacidad reguladora y competitividad exportadora en materia de servicios, puede estimarse que cualesquiera elementos comunes que contengan los acuerdos revelan más respecto del socio desarrollado que respecto de las necesidades o aspiraciones especiales del socio comercial en desarrollo. Por ejemplo, el hecho de que en todos los casos los acuerdos celebrados con los Estados Unidos hayan abandonado las disposiciones del TLCAN sobre la eliminación de los requisitos relacionados con la ciudadanía o residencia permanente indica claramente que los factores determinantes han variado en los Estados Unidos y no en sus contrapartes.

Por lo general, no parece que las diferencias de capacidad negociadora de los países de América Latina hayan dado lugar a grandes diferencias en los resultados. Sin embargo, posiblemente se

haya producido una coincidencia entre la falta de poder negociador de algunos países y la disposición de los demás a hacer concesiones. El fondo del asunto es el valor que se atribuya a la disposición de cada país a hacer concesiones al negociar, lo que a su vez depende de la apreciación que tenga acerca de la liberalización como vehículo de crecimiento y desarrollo. Otra manera (directa) de expresarlo sería decir que tal vez lo que en muchos casos Chile o México hayan estado dispuestos a conceder, los países del CAFTA habrían tenido que concederlo aun contra su voluntad para poder suscribir el acuerdo.

Desde el punto de vista de la formulación de políticas, pueden haberse sacado una serie de enseñanzas. A juzgar por las conclusiones del presente trabajo, las 10 más importantes son las siguientes.

1. No todos los países de América Latina tienen razones para suscribir acuerdos sobre comercio de servicios con países desarrollados. Al parecer, hay tres tipos de países de la región que se sitúan a la vanguardia en el actual régimen de servicios, a saber:
  - Países que ya han realizado grandes reformas internas, han abierto sus economías sea en forma autónoma o mediante acuerdos comerciales y están en condiciones de exigir reciprocidad, tales como Chile y México;
  - Países que no necesariamente han realizado reformas mayores o abierto sus sectores de servicios, sea en forma autónoma o mediante acuerdos comerciales, pero están dispuestos a negociar estos acuerdos, por razones sistémicas (proximidad con los Estados Unidos) o para proteger intereses específicos (los países andinos, con el vínculo entre las preferencias comerciales y la erradicación de cultivos ilícitos), y
  - Países clasificables en las categorías a. y b. antes señaladas, tales como el Perú.
2. Los países desarrollados están optando por el camino más fácil a la liberalización, el que tenga menor costo para ellos. Llegando a acuerdos con países dispuestos a ello por diversas razones, los Estados Unidos y la UE pueden utilizar su poder negociador, obtener lo que desean y evitar concesiones respecto de lo que no desean. Así, por ejemplo, los acuerdos bilaterales negociados por los Estados Unidos son menos favorables que el TLCAN en lo que respecta al modo de suministro 4, mientras que para la UE excluir los servicios audiovisuales e incluir compromisos relacionados con el transporte marítimo resulta aún más sencillo que en la OMC.

3. En el comercio de servicios, no hay dilema entre el escenario multilateral o regional. Al parecer, en materia de servicios los países se sienten a sus anchas con el hecho de que coexistan ambos sistemas. Si realmente hubiera que optar por uno u otro, tal vez no se darían con tanta frecuencia acuerdos que básicamente apuntan a “congelar” el statu quo y ni siquiera completamente. Todo indica que la norma es que los países se inclinen por celebrar acuerdos de una sola vez, que a menudo no incluyen una fecha definitiva para la liberalización plena, y abandonen la mesa de negociación casi indefinidamente. Por ejemplo, diversos compromisos del TLCAN, como la eliminación de los requisitos de ciudadanía y residencia, no se cumplieron; México y la UE aún no cumplían con el compromiso que habían contraído en febrero de 2001 de establecer listas de eliminación progresiva dentro del plazo de tres años, esto es, en febrero de 2004. A nivel regional no se está produciendo una verdadera liberalización, y mucho menos en el plano multilateral.
4. En materia de servicios, el régimen regional no se estableció a partir del multilateral, como en cierta medida se esperaba. En algunos casos, el regionalismo retrocedió. La Ronda Uruguay contempló una “agenda incorporada” en servicios bastante sustantiva: algunas negociaciones sectoriales y compromisos de negociación —y en algunos casos, conclusión— sobre determinados principios marco, a saber, medidas de salvaguardia de emergencia, subsidios y compras del sector público. Además, el Artículo VI del AGCS contemplaba la continuación de los trabajos sobre una serie de asuntos de regulación. En cuanto a los sectores, en la mayoría de los casos examinados en el presente trabajo los resultados de la OMC posteriores a la Ronda Uruguay fueron consolidados a escala regional. En cambio, no es mucho lo que se ha avanzado en materia de principios. Ni siquiera se observan avances en los acuerdos sobre reconocimiento mutuo, asunto que debería prestarse “naturalmente” para acuerdos bilaterales o plurilaterales. En cuanto a retrocesos, se vienen a la mente el modo de suministro 4 en el TLCAN y los acuerdos bilaterales posteriores con los Estados Unidos.
5. No obstante la tan aclamada “historia de los dos modelos<sup>12</sup>” entre el AGCS y el TLCAN, sería muy aventurado sostener que ambos modelos produjeron resultados significativamente diferentes entre distintos acuerdos. Así lo demuestran los convenios celebrados por países de América Latina con países desarrollados. Las principales diferencias determinantes no radican en el mecanismo de liberalización ni en la

---

<sup>12</sup> La expresión fue utilizada por el autor en otro artículo que se publicará próximamente: “Regional trade in services agreements: dilemma or inertia?”.

redacción de los principios básicos, sino en el compromiso general de liberalización que los países llevan a la mesa de negociaciones, que se refleja en disposiciones relativas a revisiones para ampliar la liberalización o compromisos que contemplan plazos bien definidos. En el acuerdo Chile-UE, por ejemplo, el hecho de que se establezca la revisión cada tres años para “reducir o eliminar las restricciones restantes” es mucho más importante que el sistema de listas positivas que prevé el acuerdo.

6. Los acuerdos regionales con países de América Latina no reflejan mayormente las llamadas “cuestiones de desarrollo”. Los países de la región ya sea no han sido lo suficientemente exigentes o no han estado en condiciones de obtener que los convenios que han negociado con países desarrollados incluyan disposiciones “favorables al desarrollo”. En su acuerdo con la UE, Chile efectivamente logró que se incluyera una serie de disposiciones relacionadas con la cooperación, incluso una específica para los servicios (Artículo 20), pero en todo caso, nada comparable con lo que habitualmente negocia la UE con países de África, incluida Sudáfrica, y Asia. Sin embargo, en el contexto de los acuerdos de libre comercio sobre servicios, definir lo que se entiende como “favorable al desarrollo” ha resultado tan difícil como en el sistema multilateral. El Programa de Doha para el Desarrollo se ha visto en aprietos para determinar formas de resolver la cuestión.
7. Los acuerdos sobre servicios, particularmente los que involucran a países desarrollados y en desarrollo, debieran quizás centrarse en la reglamentación nacional. Todos los aspectos de esta —transparencia, gobernabilidad y requisitos de regulación— son fundamentales para el funcionamiento de una economía de mercado “equilibrada”, puesto que proporcionan la previsibilidad y confiabilidad necesarias para que los operadores económicos produzcan, suministren, inviertan y crezcan. La mayoría de los temas que figuran en el Artículo VI del AGCS, así como gran parte de los acuerdos aquí examinados, son importantes ante todo para los empresarios nacionales, que también requieren un marco administrativo, regulatorio y de política previsible y confiable para hacer negocios. Habría que insistir mucho más que hasta ahora en la reglamentación nacional, a la vez como *demandeur* y como Parte que adopta las reglas.
8. Es posible que los acuerdos de reconocimiento mutuo sean una forma mucho más directa de abordar las cuestiones relacionadas con la regulación y proporcionar previsibilidad y confiabilidad a ambas Partes en un acuerdo determinado sobre comercio de servicios, contribuyendo a la vez a que aumenten el comercio y las corrientes de

- inversión. Muchas de las medidas que los países tienden a consolidar (o ni siquiera consolidar) en sus listas de compromisos específicos, sea en el plano multilateral o regional, son medidas que de algún modo podrían abordarse, o pasarse por alto, mediante acuerdos de reconocimiento mutuo. Este aspecto de los acuerdos regionales ha sido tratado muy superficialmente, pero podría constituir un medio para atacar a fondo los posibles problemas regulatorios tanto de los países desarrollados como de aquellos en desarrollo. Por lo general, los sistemas regulatorios de los primeros son más elaborados y complejos, y a los países en desarrollo les convendría conocerlos para tratar de conciliar las prácticas existentes en el extranjero con su propia realidad.
9. La reducción del llamado “espacio de política” de los países en desarrollo no ha sido tan marcada como se ha sugerido. Si hay algo que hacen los acuerdos de servicios es “congelar” las medidas internas que pueden incorporar objetivos de política nacionales importantes, razón por la cual pueden verse con recelo por países que aún no se sienten satisfechos ni cómodos con su propia agenda interna y por lo tanto quieren evitar congelarla en listas de compromisos internacionales. Lo que ha quedado de manifiesto en los diversos acuerdos aquí examinados es que incluso cuando parecen existir compromisos fuertes en cuestiones delicadas como los requisitos de desempeño, en la práctica, se acostumbra efectuar reservas o limitaciones. En cuanto a asuntos como la posibilidad de formular observaciones previas acerca de las reformas que se piensa introducir en las leyes y reglamentos pertinentes, los acuerdos bilaterales se han mostrado zigzagueantes, pero supuestamente hay margen para negociar su exclusión del convenio de que se trate.
  10. Los acuerdos de libre comercio de servicios, al igual que sus contrapartes sobre bienes, tienden a pasar por alto los problemas más importantes que siguen acuciando a las economías en desarrollo. Es posible que la liberalización del comercio de servicios sea un elemento importante en la combinación de políticas que aplique un país para crecer y desarrollarse, pero no hay duda de que es solo un elemento dentro de un conjunto. Por completo o innovador que sea, o por indefinido e inocuo, ni un acuerdo de gran alcance ni uno menos ambicioso encauzarán a un país determinado en la senda económica y social acertada. Este solo podrá encontrar el buen camino apreciando claramente lo que se necesita, con voluntad política y los medios para lograrlo. Estos acuerdos no deben verse como una panacea, sino como un medio para alcanzar un fin. Por cierto, el tema exige mayor estudio y reflexión, pero para que el régimen regional lleve la batuta en las

relaciones económicas en el campo de los servicios —y en todos los demás sectores económicos— debería ocuparse cada vez más de cuestiones del “mundo real” como el déficit de infraestructura de los países en desarrollo, su inadecuado acceso a los mercados financieros y tecnológicos internacionales, el elevado costo de hacer negocios —en parte cuestión de reglamentación interna, según ya se mencionó— y, naturalmente, el interés que revistan los servicios para sus exportaciones. Por ejemplo, sería ingenuo suponer que la apertura del mercado financiero mediante un acuerdo comercial o una oferta amplia de servicios de infraestructura podría necesariamente resolver los problemas cotidianos del mundo en desarrollo. Centrarse exclusivamente en la liberalización tal vez no sea la solución.



## Bibliografía

- Abugattas Majluf, Luis (2004), "Los servicios en los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos: ¿GATS plus o GATS menos?", Buenos Aires, Latin American Trade Network (LATN).
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (1997), "El acceso a los mercados de servicios: desafíos y oportunidades para América Latina y el Caribe" (LC/R.1762), Santiago de Chile, 17 de noviembre.
- EU Bilaterals [en línea] <http://www.sice.oas.org>.
- François, Joseph y Kenneth Reinert (2001), "The role of services in the structure of production and trade: stylized facts from a cross-country analysis", *Asia-Pacific Economic Review*, vol. 2.
- González, C. P. (2000), "Mexico's free trade agreements: extending NAFTA's approach", *Services Trade in the Western Hemisphere: Liberalization, Integration and Reform*, Sherry M. Stephenson (ed.), Washington, D.C., Brookings Institution Press/Organización de los Estados Americanos (OEA).
- Hufbauer, G. C. (1993), *NAFTA: an Assessment*, Washington, D.C., Institute for International Economics, octubre.
- Japan Bilaterals [en línea] <http://www.sice.oas.org>.
- Marconini, Mario (forthcoming), "Regional Trade Agreements on Services: Dilemma or Inertia?", inédito.
- (2003), "O comércio de serviços no NAFTA e no MERCOSUL: as questões de fundo para a ALCA", *Trade in Services in NAFTA and MERCOSUR: Key Issues for the Free Trade Agreement for the Americas (FTAA)*, Río de Janeiro, Centro Brasileiro de Relaciones Internacionales (CEBRI).
- Mattoo, Aaditya y Carsten Fink (2002), "Regional Agreements in Services: Some Conceptual Issues", Washington, D.C., Banco Mundial, inédito.
- Mattoo, Aaditya y Pierre Sauvé (2002), "Regionalism and trade in services in the Western Hemisphere: a policy agenda", documento presentado en el Foro "FTAA and Beyond: Prospects for Integration in the Americas", Banco Interamericano de Desarrollo (BID)/Universidad de Harvard, 15 y 16 de diciembre.
- OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos) (2003), "Developing policy recommendations for regional co-operation in trade in services in South Eastern Europe", *OECD Forum on Trade in Services in South Eastern Europe* (CCNM/TD/SEE(2003)6/FINAL), Bucarest, 24 y 25 de junio.
- Prieto, F.J. (2000), "The GATS, subregional agreements, and the FTAA: how much is left to be done?", *Services Trade in the Western Hemisphere: Liberalization, Integration and Reform*, Sherry M. Stephenson (ed.), Brookings Institution Press/Organización de los Estados Americanos (OEA).
- Sauvé, Pierre (2005), "Adding Value at the Periphery: Elements of Gats+ Regional Agreements in Services", documento presentado en el seminario "Eyes Wide Shut Beyond Market Access in North-South Regional Trade Agreements?", Ottawa, 17 de febrero.
- TLCAN [en línea] <http://www.NAFTA-sec-alena.org/spanish/index.htm?NAFTA/NAFTA.htm>.
- US Bilaterals [en línea] <http://www.ustr.gov>.

## Capítulo IV

# **Aspectos controversiales de los capítulos sobre propiedad intelectual de los acuerdos de libre comercio celebrados principalmente por los Estados Unidos<sup>1</sup>**

*Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz*

### **A. Introducción**

En los últimos años, la propiedad intelectual (PI) ha adquirido una importancia particular en el proceso de globalización y en la llamada nueva economía del conocimiento. Tras la adopción del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) —en adelante, indistintamente el Acuerdo sobre los ADPIC, el ADPIC o el TRIPS, según su sigla en inglés—, la PI se incorpora de lleno al sistema comercial multilateral y se produce un quiebre en su evolución histórica al introducirse, entre otros, el concepto de estándares mínimos de protección.

A los efectos de análisis, el capítulo comienza con una breve reseña de la relación entre propiedad intelectual y comercio internacional, así como del fenómeno reciente de la proliferación de acuerdos de libre comercio. En seguida, se revisa el papel que desempeña en estos

---

<sup>1</sup> Una versión ampliada de este trabajo se encuentra disponible en Roffe y Santa Cruz (2006).

últimos la PI, aspecto controvertido y que ha sido objeto de críticas y reservas, sobre todo por parte de grupos de la sociedad civil y del mundo académico. Estos reparos han obedecido al hecho de que mediante este tipo de convenios se profundiza el proceso de armonización de los estándares internacionales —intensificado mediante el Acuerdo sobre los ADPIC de 1994— al extender la cobertura, protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual, sin considerar al mismo tiempo ciertos equilibrios necesarios que ayuden a afrontar los posibles efectos indeseados de la ampliación de dichos estándares. Las críticas principales se relacionan fundamentalmente con la pérdida de flexibilidad en los espacios para aplicar políticas activas que permitirían adecuar los regímenes de PI a las necesidades locales en sectores tales como la salud, la nutrición, la educación y el desarrollo industrial en general.

## **B. ¿Qué es y cómo opera la propiedad intelectual?**

La propiedad intelectual cubre distintas categorías de derechos y comprende instrumentos legales e institucionales que, de acuerdo con determinados requisitos, protegen las creaciones del intelecto o de objetos vinculados a una actividad creativa. Sin embargo, no toda la PI está necesariamente relacionada con la creatividad o la innovación. En algunos casos, se protege la inversión económica necesaria para establecer, organizar y facilitar el acceso a cierta información o las características de los productos provenientes de una región dada, que los hacen calificar como indicación geográfica. Fruto de su evolución histórica, la propiedad intelectual cubre hoy en día un número cada vez mayor de disciplinas y actividades económicas, artísticas y del entretenimiento.

Siguiendo una distinción clásica, la PI comprende básicamente dos grandes ramas. Por una parte, los derechos de autor y derechos conexos, que amparan tanto las expresiones originales en los ámbitos literario y artístico como los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Por otra, la propiedad industrial, que abarca entre otros las patentes, los secretos industriales, los certificados de autor<sup>2</sup>, los modelos de utilidad, las marcas, las indicaciones geográficas, las denominaciones de origen, los dibujos y diseños industriales, las variedades vegetales y la protección contra la competencia desleal, incluida la protección de la información no divulgada. En otras palabras, mientras que la propiedad intelectual es el género, el derecho de autor y los derechos conexos, así como la propiedad industrial, constituyen la especie.

---

<sup>2</sup> Esta figura fue reconocida principalmente en la ex Unión Soviética y en algunos países de economía planificada.

Ambas ramas de la propiedad intelectual no solo cubren ámbitos de protección diferentes, sino que lo hacen de una manera y con una extensión temporal distinta. Mientras que el derecho de autor protege las obras literarias y artísticas por el solo hecho de su creación, la protección que brinda la propiedad industrial por lo general exige que la autoridad pública verifique la existencia de determinados requisitos —formales, sustantivos o ambos— para otorgarla. En cuanto al período de protección, si bien es cierto que en ambos casos es transitorio, el derecho de autor protege la obra —cuando se trata de personas naturales— durante toda la vida del creador y hasta un cierto número de años después de su muerte, en tanto el plazo mínimo de la protección otorgada por la propiedad industrial varía entre 7 y 20 años, según la categoría del derecho de que se trate, e incluso puede llegar a ser indefinido, como en las indicaciones geográficas, las marcas y los secretos industriales.

Desde un punto de vista económico, mediante los derechos de propiedad intelectual se confiere al objeto protegido una restricción importante en cuanto a movilidad, apropiación, utilización, aprovechamiento económico y, por consiguiente, posibilidad de ser transado en el mercado. La base de la propiedad intelectual radica en que el titular goza de un derecho en virtud del cual puede excluir legalmente a terceros del uso de un determinado bien o servicio. Sin embargo, esto no solo tiene una limitación temporal, sino también territorial. Por lo general, la protección otorgada al titular de un derecho de propiedad intelectual queda confinada a los Estados o territorios donde ella se ha solicitado, obtenido o ambos, sobre todo en el caso de la propiedad industrial.

Finalmente, cabe mencionar que estos derechos no son absolutos, sino que están restringidos mediante excepciones y limitaciones establecidas por motivos de interés público.

## **1. La internacionalización de la propiedad intelectual**

Una de las características más sobresalientes de la evolución de la propiedad intelectual es su temprana internacionalización. Ella fue objeto de distintos acuerdos internacionales que, claramente, marcaron las primeras legislaciones nacionales a partir de fines del siglo XIX. Los dos grandes pilares del derecho internacional de la propiedad intelectual fueron —y continúan siendo— el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 1883, y la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, de 1886. Ambos instrumentos, administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), no solo siguen plenamente vigentes, sino que sus disposiciones

sustantivas han sido incorporadas en convenios multilaterales recientes tales como el ADPIC, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas; en acuerdos bilaterales de propiedad intelectual y en los últimos acuerdos de libre comercio celebrados por la Unión Europea (UE), los Estados Unidos y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC).

La necesidad de internacionalizar y de armonizar la propiedad intelectual se presenta con mayor fundamento desde el momento en que comienza el proceso de internacionalización y liberalización del comercio de bienes y servicios. Este hace sentir la necesidad de que los bienes protegidos sobre la base del sistema de propiedad intelectual de un territorio determinado no pierdan ese privilegio cuando son exportados a terceros países. Es por ello que surge la temprana necesidad de contar con normas internacionales básicas de protección. Como se verá a continuación, el Acuerdo sobre los ADPIC contribuye a acentuar esta globalización de la PI, intensificada mediante los acuerdos de libre comercio de reciente generación.

Al establecer estándares mínimos de protección, el ADPIC faculta a los miembros de la OMC para otorgar una protección más amplia si así lo desean. Además, les permite “establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos”<sup>3</sup>. Ello abrió las puertas a otros desarrollos y a la continua expansión de la propiedad intelectual mediante nuevos esfuerzos de armonización tanto a nivel multilateral como regional. Los tratados de libre comercio son una expresión concreta de este fenómeno. Sus posibles consecuencias pueden resumirse en el hecho de que contienen disposiciones tipo ADPIC-*plus*<sup>4</sup> que, de algún modo, afectan la flexibilidad en algunos temas en que el Acuerdo sobre los ADPIC dejaba espacios de libertad para su implementación a nivel legislativo nacional.

### **C. La propiedad intelectual como aspecto importante de los acuerdos regionales: más allá del ADPIC**

El tema de la PI ha sido una preocupación constante en los tratados de libre comercio de los países desarrollados, sobre todo de los Estados Unidos (Roffe, 2005). Casi un 13% de los últimos convenios bilaterales y multilaterales celebrados por este país se refieren exclusivamente a la

---

<sup>3</sup> Acuerdo sobre los ADPIC, artículo 1.1.

<sup>4</sup> A los efectos del presente trabajo, el término ADPIC-*plus* se refiere a las disposiciones de los acuerdos de libre comercio cuyo alcance supera el de la protección mínima otorgada por este Acuerdo.

propiedad intelectual o a cuestiones relacionadas con ella (RCEU, 2005). Esto sin contar los acuerdos de libre comercio de más reciente data, que contienen capítulos especiales sobre la materia y que en este estudio caracterizamos como acuerdos de última generación. La inquietud por la propiedad intelectual comenzó a manifestarse ya desde fines de la década de 1980, en los convenios bilaterales sobre el tema que se negociaron en forma paralela a la Ronda Uruguay<sup>5</sup>. La proliferación de este tipo de acuerdos, sobre todo el primero celebrado entre los Estados Unidos y la República de Corea, en 1986<sup>6</sup>, fue un factor importante para el éxito de las negociaciones del Acuerdo sobre los ADPIC en la Ronda Uruguay, porque de algún modo contribuyó a debilitar la oposición que habían sostenido los países en desarrollo en la primera fase de ellas.

El primer acuerdo Norte-Sur en que se incluyó de manera comprehensiva el tema de la propiedad intelectual, vinculándolo además con el del comercio, fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que por lo demás tiene una estructura muy similar a la que se aprobó en definitiva para el Acuerdo sobre los ADPIC. Este fue seguido de los convenios celebrados por los Estados Unidos con Vietnam, Laos y Jordania. En cuanto a América Latina, el que siguió al TLCAN sobre la base de un criterio ADPIC-*plus* fue el acuerdo de libre comercio con Chile, suscrito casi 10 años más tarde.

Últimamente, tanto la UE como la AELC han demostrado un interés similar por celebrar este tipo de acuerdos<sup>7</sup>. Sin embargo, si bien es cierto que todos se caracterizan por ser de tipo ADPIC-*plus*, tienen varias diferencias entre sí que provocan diversos efectos jurídicos, económicos y políticos.

En materia de fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual, las actividades de los Estados Unidos no se han centrado solamente en la promoción de convenios multilaterales tales como el Acuerdo sobre los ADPIC o la celebración de acuerdos bilaterales de contenidos ADPIC-*plus*, sino también en la implementación de medidas

---

<sup>5</sup> Este fue el caso de los acuerdos celebrados con la República de Corea (1986, 1988 y 1990), Singapur (1987), Sri Lanka (1991), Tailandia (1991), la provincia china de Taiwán (1992 y dos en 1993), China (1992, 1995 y 1996), la India (1992 y 1993), Indonesia (1992), Hungría (1993), el Ecuador (1993), Filipinas (1993), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, 1993), Bulgaria (1994), Jamaica (1994), el Japón (1994), la Unión Europea (1994), Trinidad y Tabago (1994), Letonia (1995), Camboya (1996), Nicaragua (1997), el Perú (1997), Vietnam (1997), Croacia (1998), el Canadá (2004) y el Paraguay (2004).

<sup>6</sup> La República de Corea, considerado tradicionalmente un país en desarrollo, es en la actualidad miembro de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y activo promotor del fortalecimiento de la PI a nivel multilateral. Las empresas coreanas ocupan un lugar importante en la clasificación del patentamiento mundial. Véase OMPI (2008).

<sup>7</sup> Al respecto, véase Santa Cruz (2007).

internas complementarias tales como la Estrategia contra la piratería organizada (STOP, o Strategy Targeting Organized Piracy), inaugurada en octubre de 2004, y la aplicación permanente de la Sección Especial 301<sup>8</sup>. Lo anterior constituiría la “trilogía básica” utilizada por este país para fortalecer la PI a nivel internacional, detener la piratería y sancionar a los países que no apliquen estándares de protección similares a los propios.

La agenda comercial de los Estados Unidos contiene también un marcado y declarado interés de la Administración por apoyar a la industria farmacéutica basada en la investigación y desarrollo, tema que ha estado estrechamente ligado a la propiedad intelectual y que se ha convertido en una fuente inagotable de discusión política. En este sentido, el acuerdo bilateral Estados Unidos-Australia, por ejemplo, fue el primero de su género en incorporar normas relativas a los medicamentos que no están relacionadas ni con el acceso al mercado ni con la PI, como sería el caso de las disposiciones sobre transparencia, contabilidad, debido proceso y creación de un Grupo de trabajo sobre medicamentos. También se incluyeron *side letters* o entendimientos especiales sobre el tema en el acuerdo entre los Estados Unidos y Marruecos, el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-RD), el convenio con Bahrein y, originalmente, en los acuerdos de libre comercio negociados con Colombia, Panamá y el Perú (RCEU, 2005, pág. 14).

La Unión Europea, por su parte, hasta hace muy poco tiempo se había limitado a incluir capítulos sobre propiedad intelectual en virtud de los cuales las Partes confirmaban sus obligaciones derivadas de, o se comprometían a adherir a, los tratados multilaterales de PI administrados por la OMPI. En sus acuerdos de libre comercio más recientes, la UE ha empezado a negociar normas relacionadas con la propiedad intelectual que siguen más de cerca el modelo de los Estados Unidos, es decir, disposiciones sustantivas en casi todas las áreas pertinentes, haciendo hincapié en la observancia de los derechos.

El hecho de que en estos acuerdos regionales se hayan incorporado regulaciones de tipo ADPIC-*plus* es una observación válida tanto respecto de los celebrados entre países desarrollados y en desarrollo como de los suscritos entre países que tradicionalmente se considera en desarrollo. Por ejemplo, los acuerdos de libre comercio entre Chile y México y entre Chile y la República de Corea, así como algunas decisiones de la Comunidad Andina, también incluyeron normas relativas a la propiedad

---

<sup>8</sup> Esta forma parte de la Ley de comercio, en virtud de la cual el Representante de Comercio de los Estados Unidos debe realizar un informe anual que constituye el primer paso antes de imponer sanciones comerciales a los países que estarían dañando sistemáticamente los derechos de los titulares de PI estadounidenses. Véase la nota 14 en Roffe (2004).

intelectual que van más allá del ADPIC. Sin embargo, estas son mucho menos exigentes y de menor alcance que las introducidas en los convenios celebrados entre países desarrollados y en desarrollo. Al respecto, el tratado de libre comercio de los Estados Unidos con Chile, el CAFTA-RD y los acuerdos más recientes negociados con Colombia, Panamá y el Perú son ejemplos importantes en la región.

#### **D. El carácter controvertido de los capítulos de PI incluidos en los acuerdos de libre comercio**

En su momento, el Acuerdo sobre los ADPIC también fue objeto de críticas, principalmente en función de que los estándares mínimos de protección se aplicarían en su conjunto a todos los países, sin distinciones en cuanto a nivel de desarrollo. En este sentido, el ADPIC representó un cambio fundamental en las relaciones internacionales y una reforma trascendental respecto de los tratados internacionales clásicos sobre protección de la propiedad intelectual. Esta observación es de particular importancia para los países de América Latina que durante décadas mantuvieron una actitud reservada ante los acuerdos tradicionales sobre el tema y que solo adhirieron a estas convenciones de modo paulatino, coincidiendo de algún modo con las negociaciones de la Ronda Uruguay (Roffe, 2007).

En los llamados acuerdos de libre comercio de última generación se profundiza el proceso de armonización de los derechos de propiedad intelectual en términos de ampliación de su cobertura, facultades, plazos y mecanismos de observancia. En este sentido, dichos acuerdos provocan efectos importantes en materia de consolidación de nuevas normas y diseño de nuevas orientaciones cuyo alcance supere los estándares mínimos del ADPIC. Además, tienen amplias repercusiones respecto de terceros países en virtud del principio de la nación más favorecida<sup>9</sup>.

Desde esta óptica, y en comparación con el ADPIC, mediante los acuerdos de libre comercio —especialmente aquellos en que es parte los Estados Unidos— se amplía el ámbito de protección —por ejemplo, respecto de los datos de prueba relacionados con productos agroquímicos y farmacéuticos y los productos del mundo digital; se establecen aparentes restricciones al uso de instrumentos de política

---

<sup>9</sup> El principio de la nación más favorecida consiste en extender el mismo trato que se ha concedido a un interlocutor comercial a los nacionales de los demás miembros de la OMC. Véase [en línea] [http://www.wto.int/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/agram7\\_s.htm](http://www.wto.int/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agram7_s.htm).



tales como las licencias obligatorias y las importaciones paralelas, que suelen utilizar los países desarrollados; se fijan mecanismos más estrictos en materia de observancia de derechos y se incorporan disposiciones particulares sobre solución de diferencias, incluidas las reclamaciones no basadas en una infracción.

Por otra parte, también como manifestación de su carácter ADPIC-*plus*, los acuerdos promovidos por los Estados Unidos, la UE y la AELC exigen ratificar un número importante de tratados internacionales de corte administrativo, tales como el Tratado de cooperación en materia de patentes, o sustantivos como la Convención internacional para la protección de nuevas variedades de plantas (1991), el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

Uno de los aspectos más cuestionados de los tratados de libre comercio es la protección de los llamados productos regulados, es decir químico-agrícolas y farmacéuticos, incluida la información no divulgada relacionada con los datos de prueba. Los acuerdos contienen disposiciones estrictas respecto de los permisos sanitarios y de comercialización de dichos productos; establecen un ajuste del período de protección de las patentes debido a posibles demoras en la concesión de estas o en el proceso de aprobación para comercializar los bienes del caso, y exigen el uso exclusivo de la información no divulgada relativa a la seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos y químico-agrícolas por un mínimo de 5 y 10 años, respectivamente. Por otra parte, la aprobación del permiso de comercialización de estos productos a terceras personas durante los períodos señalados queda sujeta a la autorización del titular de la patente.

En cuanto a la inclusión de normas sobre los productos regulados, se habrían establecido restricciones que irían incluso más allá de las prácticas y la jurisprudencia de los países desarrollados. Esto refleja una dificultad intrínseca de los tratados de libre comercio, al exportar fórmulas que debido a su aplicación administrativa o interpretación jurídica pueden tener consecuencias diferentes en un contexto como el de los Estados Unidos o, en general, de un sistema que además de las disposiciones sobre propiedad industrial comprende una serie de equilibrios y contrapesos que generalmente no existen en los países de la región. Por ejemplo, en el caso del CAFTA-RD (artículo 15(9)5), si una Parte permite que un tercero utilice una patente a fin de generar la información necesaria para apoyar la solicitud de comercialización de un determinado medicamento o producto agroquímico, deberá garantizar que el producto en cuestión no será fabricado, utilizado o vendido en el territorio en que se solicitó el permiso con fines diferentes a los señalados

en la información presentada para esos efectos. Una interpretación estricta del tratado no admitiría calificación o excepción alguna, pero sí lo haría la jurisprudencia del sistema de los Estados Unidos<sup>10</sup>.

Cabe reiterar que los acuerdos de libre comercio, siendo similares en su estructura y contenidos, difieren en cuanto a modalidades precisas de establecer los estándares de protección y de observancia. En consecuencia, pese a las generalizaciones, es necesario examinar cada tratado separadamente a fin de evaluar sus posibles efectos económico-sociales.

En resumen, las críticas se han focalizado principalmente en los siguientes cuatro aspectos, que inciden en las políticas públicas orientadas a implementar regímenes de protección de la propiedad intelectual: i) uso de las flexibilidades del sistema, con énfasis en el acceso a los medicamentos; ii) ampliación de la cobertura del derecho de autor, sobre todo en el ambiente digital; iii) protección de la materia viva, los recursos genéticos y el conocimiento tradicional, y iv) medidas de observancia y solución de controversias. Nuestro análisis comienza con algunas observaciones generales sobre las llamadas flexibilidades del sistema. En seguida, se recogen y destacan las críticas más importantes contra los acuerdos de libre comercio, pero sin asumirlas necesariamente.

## **1. Las flexibilidades en general**

La controversia sobre el uso de flexibilidades en el manejo de las políticas de PI no se limita únicamente al acceso a los medicamentos, sino que, en general, está vinculada a un cuestionamiento del proceso de armonización que ha tenido lugar en los últimos años. Las flexibilidades dicen relación con toda la gama de políticas industriales que pueden impulsarse o no bajo un régimen determinado de propiedad intelectual.

---

<sup>10</sup> Abbott (2006, pág. 7) destaca que en 2005 la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la existencia de excepciones al uso de datos de prueba por terceros, cuando ello sea necesario simplemente para fines experimentales o de investigación. El 13 de junio de 2005, la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió un dictamen histórico sobre el alcance de la excepción del examen regulatorio en la Ley de patentes de los Estados Unidos. En Merck contra Integra Lifesciences, la Corte interpretó que la excepción del examen regulatorio de la Ley de patentes de los Estados Unidos permitía a terceros realizar una amplia gama de investigaciones y experimentos sobre los productos patentados, siendo únicamente necesario que existiera una creencia razonable de que el fármaco podría presentarse a la Administración de productos alimenticios y farmacéuticos (FDA) para su aprobación, incluso cuando esto no llegara nunca a suceder. Con esta decisión, la Corte Suprema anuló la decisión del Tribunal de Apelación del Circuito Federal, que había interpretado de manera muy restrictiva la legislación pertinente de los Estados Unidos. Este dictamen puede tener importantes consecuencias ya que abre a los investigadores de los Estados Unidos la posibilidad de utilizar productos patentados en sus estudios sin temor a infringir ninguna patente.

Por ejemplo, suele aceptarse la noción de que en el período previo al ADPIC existía un vasto espacio de políticas activas que en el pasado utilizaron a cabalidad los países industrializados y más recientemente los países emergentes que se han convertido en grandes usuarios del sistema de patentes, tales como China, la República de Corea y la provincia china de Taiwán. Antes de madurar en el ámbito tecnológico, estos últimos tenían un sistema poco estricto de protección que permitía la copia o imitación legítima de productos por medio de mecanismos como la ingeniería inversa (Kim, 2003). La tendencia a profundizar la armonización de los estándares mínimos de protección y, por consiguiente, la limitación de los espacios de política, se ha visto agudizada por la intensificación del proceso de reforzamiento de la propiedad intelectual que se manifiesta en los tratados de libre comercio. Contrariamente al acuerdo entre Chile y los Estados Unidos, por ejemplo, el CAFTA-RD contiene disposiciones ADPIC-*plus* respecto de lo que se considera divulgación de una invención solicitada y aplicación industrial, importando un concepto propio del derecho estadounidense (Morin, 2004) y entendiendo que un producto cumple tal condición si posee utilidad específica, sustancial y creíble. Se trata en estos casos de materias que siempre han quedado bajo el espacio del legislador nacional y que no altera el Acuerdo sobre los ADPIC. En este sentido, el alcance de los acuerdos de libre comercio supera el del ADPIC.

**a) El uso de las flexibilidades: el caso del acceso a los medicamentos**

El Acuerdo sobre los ADPIC no solo reconoce plazos diferenciados para su implementación según el grado de desarrollo de cada país, sino que contiene flexibilidades que se verían circunscritas por los tratados de libre comercio. Es en el área de la salud donde esto ha tenido una mayor exposición pública.

Fue precisamente el cuestionamiento del uso de políticas públicas tales como las importaciones paralelas y las licencias obligatorias en los casos de Sudáfrica y el Brasil lo que condujo a la adopción de la Declaración de Doha sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, de 2001, en que se reiteran las flexibilidades de este último respecto de la compatibilidad entre protección de la salud y protección de la propiedad intelectual<sup>11</sup>. En su momento, esta Declaración fue considerada como un hito importante en la historia del sistema de comercio internacional, al reconocer que el Acuerdo sobre los ADPIC “no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública” y que “puede y deberá ser interpretado

---

<sup>11</sup> Véanse, entre otros, Correa (2004), Abbott (2002), Abbott (2005) y Vandoren y Van Eckhaut (2003, págs. 779-793).

y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos”.

La Declaración Ministerial de Doha sobre la Salud Pública pareció zanjar las dificultades que motivaron los cuestionamientos al uso de las flexibilidades del Acuerdo, aunque una crítica frecuente de los tratados de libre comercio dice relación con el posible conflicto entre estos y la utilización efectiva de las flexibilidades del ADPIC<sup>12</sup>.

Entre los temas que han suscitado mayores críticas respecto de la utilización de las flexibilidades del sistema y del modo en que los tratados bilaterales la estarían vulnerando se cuentan los siguientes: i) la limitación del uso del recurso a las licencias obligatorias; ii) restricciones a la libertad de elegir el sistema de agotamiento de derechos y, en consecuencia, de recurrir a las importaciones paralelas; iii) extensión de la protección a segundos usos de los medicamentos; iv) la ampliación del período de duración de las patentes debido a demoras injustificadas en su concesión y para los efectos de compensar a los titulares por la reducción injustificada de dicho plazo a causa del proceso de autorización sanitaria o de comercialización; v) la expansión de la protección a los datos de prueba sobre seguridad y eficacia de los productos, que se traduce en la prohibición de utilizar esta información al menos durante cinco años desde la aprobación del producto farmacéutico, y vi) la posibilidad de prohibir la comercialización de un producto a terceros antes de la expiración del período de protección de la patente del caso, salvo con el “consentimiento o aquiescencia” del titular de ella —el llamado *linkage* entre la comercialización del producto y la patente.

La utilización de licencias obligatorias, es decir, la autorización pública para el uso no autorizado por su titular de una invención patentada, de acuerdo con las circunstancias definidas en el sistema regulatorio interno —por ejemplo, para hacer frente a una emergencia nacional o por necesidades del progreso de la técnica—, ha sido un instrumento reconocido tradicionalmente en el sistema de patentes y sancionado a nivel internacional por el ADPIC como recurso legítimo y de frecuente utilización por los países industrializados (Reichman, 2003). Confirmando la afirmación de que los acuerdos de libre comercio no son idénticos entre sí, en los tratados suscritos por países de la región —a diferencia de los celebrados por los Estados Unidos con Marruecos y Singapur— no se limitó expresamente el uso de las licencias obligatorias, aunque es posible que puedan afectar su utilidad como resultado de

---

<sup>12</sup> En opinión de la organización Declaración de Berna (DB), la diplomacia bilateral ADPIC-plus de los miembros de la AELC “destruye la letra y espíritu” de la Declaración de Doha (Reinhard y DB, 2004, pág. 6).

la aplicación de otras obligaciones tales como el vínculo (*linkage*) que se establece entre la autorización para comercializar un producto y el consentimiento del titular de la patente. En los acuerdos suscritos con países de la región, se ha hecho referencia explícita a la Declaración Ministerial de Doha o al mecanismo de la Decisión de 30 de agosto 2003, que de algún modo complementa tal Declaración.

Igualmente, en el caso de las importaciones paralelas, los acuerdos suscritos por países de la región no afectan la libertad reconocida en el ADPIC y reiterada en la Declaración de Doha de que cada país puede establecer el sistema de agotamiento de los derechos que más convenga a sus intereses. Esto no ha ocurrido en otros tratados de libre comercio, tales como los suscritos por los Estados Unidos con Australia y Marruecos, donde se reconoce que este derecho puede limitarse cuando el titular de una patente ha restringido las importaciones por la vía contractual u otros medios.

El tema de los segundos usos ha sido particularmente conflictivo debido a la inclinación de los Estados Unidos por relajar los criterios de patentabilidad en el proceso de concesión de las patentes. Los segundos usos están vinculados al tema del llamado *evergreening*, o tendencia a ampliar la vigencia de los derechos exclusivos otorgados por las patentes más allá del plazo normal de 20 años, especialmente en el caso de los medicamentos que han tenido algún éxito comercial. Se trataría, en consecuencia, de extender los derechos a nuevos usos del mismo componente activo. Una de las críticas que suscitan con frecuencia ciertos tratados de libre comercio es que contribuyen a fomentar este tipo de prácticas. En el caso del acuerdo entre los Estados Unidos y Chile se estipula, recurriendo a una terminología similar a la del ADPIC, que los permisos de comercialización se refieren a “nuevas entidades químicas” que no hayan sido aprobadas con anterioridad, mientras que en el CAFTA-RD un nuevo producto se define como aquel que no contiene una entidad química que se haya aprobado previamente en el territorio de la Parte que otorga el permiso. La terminología utilizada en este último es la misma de los acuerdos que más tarde suscribió los Estados Unidos con Colombia, Panamá y el Perú.

En cuanto a la extensión del plazo de vigencia de las patentes por motivos de atraso administrativo, es una norma estándar incluida en todos los tratados de libre comercio suscritos por los Estados Unidos y también se consagra en el convenio entre la AELC y Chile. Como resultado de estas disposiciones, efectivamente se tiende a ampliar la duración de las patentes más allá del plazo formal de 20 años consagrado en el Acuerdo sobre los ADPIC a fin de compensar los posibles atrasos administrativos. Una aplicación estricta del ADPIC daría lugar a que

la patente expirara 20 años después de la fecha de presentación de la solicitud pertinente. En este caso se trata de un estándar mínimo que no obliga a compensación alguna, en comparación con lo que ocurre en las situaciones previstas por los acuerdos de libre comercio.

Uno de los aspectos más debatidos de este tipo de acuerdos se refiere a la protección exclusiva de los datos de prueba sobre seguridad y eficacia de los productos, por un período de cinco años en el caso de los farmacéuticos y de 10 años respecto de los agroquímicos. En esta materia se supera el alcance del ADPIC, al incorporar en los tratados de libre comercio una de las pretensiones más importantes propuestas durante las negociaciones de la Ronda Uruguay<sup>13</sup>. Entre las críticas sobre el particular se cuenta el hecho de que ello implica extender la protección a materias que trascienden las fronteras naturales de la propiedad intelectual, incursionando en el terreno de la protección de inversiones económicas, que si bien en muchos casos son cuantiosas, no están necesariamente vinculadas con la actividad inventiva.

En el caso del CAFTA-RD, existe además una especie de derecho de prioridad en el sentido de que una Parte puede exigir que la empresa innovadora solicite el permiso para comercializar un producto dentro de un plazo de cinco años después de haberlo obtenido en otro territorio. Según Carlos Correa, esta disposición implica que la empresa innovadora gozaría de un período de protección de hasta 10 años, durante el cual ninguna otra Parte podría utilizar directa o indirectamente los datos de prueba pertinentes sin el consentimiento de ella (Correa, 2003). Otro aspecto general respecto de la protección de los datos de prueba se refiere a la materia protegida, que en el Acuerdo sobre los ADPIC es la información no divulgada, tal como lo recoge el tratado entre Chile y los Estados Unidos. En cambio, en el caso del CAFTA-RD y de los convenios que suscribió este último país con Marruecos y Singapur, se interpreta que la información no divulgada incluye, para estos efectos, la utilizada por la autoridad pública a fin de obtener el permiso de comercialización. Es decir, se extiende la protección más allá de la información propiamente confidencial.

Además de los efectos anteriores, cabe mencionar el problema del vínculo entre la comercialización de un producto y los derechos del titular de la patente (*linkage*), que ha promovido otro debate importante sobre la extensión de estos últimos claramente más allá del ADPIC. Por ejemplo, en un estudio sobre la negociación del tratado de libre comercio entre el Perú y los Estados Unidos se ha esgrimido que:

---

<sup>13</sup> El artículo 39.3 del ADPIC se refiere al tema en el marco de la competencia desleal. No consagra un derecho de exclusividad sobre los datos de prueba. Se ha pretendido que los acuerdos de libre comercio de algún modo facilitan la operacionalización del ADPIC, pero la letra, espíritu e historia de este Acuerdo parecen sugerir lo contrario. Véase UNCTAD/ICTSD (2005, cap. 29).

“Si se aceptara el establecimiento de un *linkage* entre la autorización sanitaria y la patente, se convertiría a la Autoridad de Medicamentos en una institución que tendría que emplear sus limitados recursos económicos y de personal para proteger derechos de carácter privado, desnaturalizando su función de asegurar que los medicamentos sean eficaces y seguros. Con el *linkage* bastará que la autoridad de salud compruebe la existencia de una patente para negar el registro de un producto farmacéutico, aun cuando el solicitante cumpla plenamente con los requisitos para su aprobación, con lo que las empresas, vía TLC, obtendrían mayor protección que en el propio Estados Unidos” (Valladares, 2005).

En el caso del CAFTA-RD, este “vínculo” incluye referencias a las autorizaciones de comercialización “en otro país”. Al respecto, Frederick Abbott concluye lo siguiente:

“La disposición más problemática desde el punto de vista de las flexibilidades del ADPIC es [la] que señala que un tercero (productor genérico) no podrá obtener la autorización de comercialización cuando se base en evidencia o información relativa a la seguridad y eficacia de un producto que fue previamente aprobado, tal como la evidencia de aprobación de comercialización previa en el territorio de una Parte o en otro país, y no se permitirá a ese tercero comercializar el producto durante el término de protección, salvo con el consentimiento o aquiescencia del titular de la patente” (Abbott, 2004).

La suma de estas disposiciones de los acuerdos bilaterales daría lugar a una demora de “la entrada de drogas genéricas e impulsará los precios al alza” (PNUD, 2005, pág. 154). Una de las críticas más elocuentes al respecto es que dichas disposiciones harían ilusorio el uso de instrumentos públicos tales como las licencias obligatorias y fundamentalmente la competencia mediante el ingreso oportuno al mercado de productos genéricos. Este aspecto ha sido una preocupación constante de un grupo de legisladores estadounidenses, tal como lo demuestra una carta de 12 miembros del Congreso al Representante de Comercio de los Estados Unidos (RCEU):

...los recientes acuerdos de libre comercio de los Estados Unidos parecen socavar este compromiso [tomar la Declaración de Doha como principal objetivo de negociación en las negociaciones comerciales de los Estados Unidos] con disposiciones que despojan a los países de las flexibilidades permitidas en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Las disposiciones de estos acuerdos parecen también minar el importante equilibrio entre innovación y acceso al poner la propiedad intelectual por encima de la salud pública. Como consecuencia, amenazan con limitar el acceso

a medicamentos vitales y hacer que los países pobres tengan que esperar aún más que los Estados Unidos para tener acceso a medicamentos genéricos asequibles.” (12 de marzo de 2007).

En cuanto a los efectos sociales y económicos de los acuerdos de libre comercio, los resultados de algunos estudios realizados en Colombia y el Perú antes de concluir los tratados bilaterales con los Estados Unidos fueron dispares.

El estudio sobre Colombia contiene algunas conclusiones cautelosas sobre los efectos de una mayor protección en la economía colombiana, particularmente respecto del acceso a la salud. En este informe se reiteró la necesidad de que las autoridades gubernamentales utilicen los espacios de excepción que otorga la normativa vigente a fin de defender el interés público, pero se concluyó lo siguiente:

“A partir de la observación del mercado farmacéutico, no es posible establecer una causalidad directa entre el régimen de protección y los precios de los medicamentos. Hay otras variables que tienen un mayor poder explicativo sobre los diferenciales de precios que se observan” (Archila, 2005, pág. 43).

Se advirtió, eso sí, que respecto de la protección de los datos de prueba hay una tendencia creciente a la entrada de medicamentos amparados por este tipo de protección:

“Parece lógico esperar que en el futuro el 100% de los medicamentos que estén en condiciones de hacerlo, ingresen al mercado nacional bajo este esquema de protección” (Archila, 2005, pág. 45).

En el estudio peruano, al igual que en el trabajo colombiano, se concluyó que el acuerdo ciertamente tendrá repercusiones en el mercado de medicamentos, sobre todo al reducir la importancia relativa de los genéricos y privilegiar la protección de los datos de prueba. Se prevé que a fines del decimotercer año desde la entrada en vigencia del acuerdo, la estructura del mercado de medicamentos será la siguiente: el 69% corresponderá a los fármacos originales (en comparación con el 17% en 2004), el 20% a los genéricos de marca (50% en 2004) y el 11% a otros genéricos (33% en 2004). Esto afectará indiscutiblemente los precios.

“Como resultado del TLC, el primer año el precio de los medicamentos originales podría aumentar 12,5%; el de los genéricos de marca, 4,3%; y el de los genéricos DCI, 0,7%. Para los años séptimo y decimotercero, los primeros aumentarían 72% y 132%, los segundos 22% y 37%, y los últimos 4,4% y 7,7%, respectivamente [...] Como resultado de haber incluido la protección de los datos de prueba en el TLC, se espera un impacto, al primer año, equivalente a



34,4 millones de dólares de gasto adicional. De este total, 29 millones de dólares deberán ser asumidos por las familias —mayores gastos de bolsillo—, y la diferencia, por el MINSA y ESSALUD. Entre los años sétimo y decimotercero, los gastos adicionales estarán en el rango de 130 millones a 170 millones de dólares” (Valladares, 2005).

De alguna manera a causa de las críticas mencionadas, como por ejemplo la carta de los congresistas estadounidenses de 12 de marzo de 2007, los tratados de libre comercio con Colombia, Panamá y el Perú —que originalmente contenían disposiciones similares a las del convenio con Chile y del CAFTA-RD— fueron revisados fruto de un acuerdo entre el Congreso y el Ejecutivo de los Estados Unidos. Las modificaciones introducidas recogen cambios importantes, incluido entre otros la eliminación del llamado *linkage* (Roffe y Vivas, 2007).

#### **b) La expansión del ámbito de protección del derecho de autor**

Es probable que la ampliación del ámbito de protección del derecho de autor sea sintomática de esta armonización profunda que ha experimentado la propiedad intelectual y en que se han centrado las críticas, especialmente debido al desarrollo reciente de los tratados de libre comercio. Dicha expansión generalizada se manifiesta, por ejemplo, en los siguientes aspectos:

- i) aumento sostenido del plazo de vigencia de los derechos hasta 70 años después de finalizada la vida del autor;
- ii) expansión de la materia protegida: desde las obras artísticas y literarias en el siglo XIX, hasta la fotografía en el siglo siguiente; las obras cinematográficas, las grabaciones de sonidos y la radiodifusión en los albores del siglo XX; los programas informáticos para computadores y los sistemas *sui géneris* de protección de las bases de datos no originales a fines del siglo pasado;
- iii) ampliación del ámbito de protección de modo que el derecho de autor de una sola obra pueda utilizarse para controlar la producción y distribución de todas las formas de creación derivadas de ella (adaptaciones, parodias, traducciones o arreglos), lo cual tiene consecuencias importantes en el sentido de que la protección se extiende desde la mera “expresión” hasta la “idea” detrás de cada creación;
- iv) ampliación gradual de los derechos exclusivos del titular, al incluir el permiso de este para reproducir, comunicar, distribuir y arrendar su obra, entre otros;

- v) medidas de protección tecnológica que les permiten a los titulares de derechos de autor controlar el acceso, distribución y uso de sus obras en formato digital.

La promulgación de la Ley de derechos de autor para el milenio digital (DMCA, por sus siglas en inglés) por el Congreso de los Estados Unidos, en 1998, marcó un hito importante en la evolución de este tipo de derechos. Algunos aspectos de la ley, que se han exportado mediante los tratados de libre comercio, prohíben los intentos por eludir las medidas de protección tecnológicas (encriptación) que los autores utilizan para proteger sus obras<sup>14</sup>. La DMCA ha sido criticada en su propio país de origen, particularmente por crear nuevos derechos que dificultan el acceso al contenido de obras protegidas recurriendo a principios fundadores del derecho de autor tales como el uso justo (*fair use*).

En cuanto a las medidas tecnológicas de protección efectivas que contiene la DMCA, algunos analistas señalan que ellas impiden algunos usos legítimos de las obras, como por ejemplo, hacer una copia de respaldo de un programa de computador —cuestión permitida en muchas legislaciones— o copiar pequeñas partes de una película en un DVD con fines educacionales o de crítica. Las medidas tecnológicas efectivas también se han utilizado para impedir la manufactura de productos de la competencia, para limitar la expresión y la “doctrina de la primera venta” y para fragmentar los mercados mediante el uso de códigos de zona regionales en los DVD.

Más aún, la utilización de las medidas tecnológicas efectivas restringiría el acceso a obras que ya son de dominio público (Samuelson, 1999 y UNCTAD/ICTSD, 2003). La inclusión de estas disposiciones en los tratados de libre comercio ha sido criticada por representar una traba adicional para el acceso de los países en desarrollo a las nuevas tecnologías de la información. Dichas medidas tendrían mayores repercusiones en países con sistemas regulatorios estructuralmente débiles que no cuentan, por ejemplo, con políticas de competencia que podrían mitigar de algún modo sus efectos negativos (Okediji, 2004).

La Electronic Frontier Foundation resume los posibles riesgos de las medidas tecnológicas de protección para los países en desarrollo de la siguiente manera:

---

<sup>14</sup> Mediante la DMCA se incorporaron varias materias a la Ley de derechos de autor estadounidense. Además de las disposiciones sobre medidas tecnológicas de protección se incluyeron, entre otras, la responsabilidad limitada de los proveedores de servicios de Internet, la posibilidad de realizar copias temporales de los programas computacionales con fines de reparación y algunas excepciones al derecho de autor.

1) anulan las excepciones y limitaciones nacionales relacionadas con el derecho de autor y socavan los esfuerzos de los países miembros por incluir nuevas excepciones; 2) dificultan el acceso al conocimiento y aumentan el costo del acceso a la información con fines educativos, ampliando así la brecha de conocimiento entre las economías industrializadas y los países en desarrollo; 3) congelan la investigación y las publicaciones científicas; 4) limitan la competencia legítima y afianzan el establecimiento de precios de monopolio para los bienes de consumo; 5) impiden la transferencia de tecnología y reprimen la innovación tecnológica nacional, y 6) excluyen el software libre y de código abierto (EFF, 2005).

A conclusiones similares llegó la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual del Reino Unido en su informe final de 2002:

“Los países en desarrollo, e incluso otros países desarrollados, no deberían seguir el ejemplo de la DMCA y prohibir todo tipo de acción de elusión de la protección tecnológica. En concreto, opinamos que la legislación como la DMCA trastoca el equilibrio demasiado a favor de los productores de material protegido por los derechos de autor a expensas de los derechos históricos de los usuarios. Su implementación a nivel mundial podría resultar muy perjudicial para los intereses de los países en desarrollo a la hora de acceder a la información y a los conocimientos que requieren para su desarrollo” (CDPI, 2002).

Este conjunto de disposiciones podría tener efectos importantes en materia de acceso al conocimiento. Si bien es cierto que la tecnología digital permite resolver problemas que hasta hace 20 años eran insospechados, tales como facilitar la reproducción y otros usos de las obras en términos de fidelidad, rapidez y carácter masivo de las copias, no es menos cierto que a veces las soluciones pueden ser peores que la enfermedad.

En términos más prácticos, los posibles efectos de las medidas señaladas podrían ilustrarse mediante el ejemplo de una editorial. Por motivos económicos y de competitividad, esta desea impedir la reproducción de sus obras, y si además es titular de los derechos de autor pertinentes, quiere que estos duren el mayor tiempo posible. Sin embargo, junto con ser titular de ciertos derechos, la editorial es a la vez usuaria de otras creaciones. Lo que le convendría, entonces, es que exista un repertorio lo más amplio posible de obras de dominio público a fin de publicar las más exitosas, pero esto se le impide con términos de protección demasiado extensos. Por otra parte, su negocio de impresión depende de tecnologías eficientes que muchas veces pueden estar en conflicto con las medidas tecnológicas usadas por otros titulares de

derechos, o cuyo desarrollo y mejoras pueden ser obstaculizados por los titulares de contenidos. Aunque la editorial decida publicar obras que ya son de dominio público, dado que están protegidas por las medidas tecnológicas, tendrá dificultades para acceder a ellas.

El problema puede describirse brevemente de la siguiente forma. Por una parte, una misma obra reúne varios tipos de protección y varios titulares de derechos. En una canción, por ejemplo, concurren los derechos del autor(es), de los artistas intérpretes y ejecutantes y del productor del fonograma. Para reproducirla, habría que solicitar el permiso de todos. Por otra, los derechos de propiedad intelectual cubren prácticamente cualquier tipo de utilización imaginable que pueda hacerse de esa obra. De esta manera, si la editorial de la que estamos hablando desea publicarla, no solo deberá pedir autorización para reproducirla, sino también para distribuirla, modificarla, transformarla —por ejemplo, si necesita traducirla— o ponerla a disposición del público si decide expandir su negocio a las publicaciones en la red. A la protección que la ley otorga a los titulares de derechos, hay que sumar entonces una capa adicional de protección representada por las medidas tecnológicas de protección y la información sobre la gestión de los derechos. Por lo tanto, si la editorial en cuestión quiere publicar un libro con extractos o ilustraciones que se encuentran en el dominio público, es posible que no pueda acceder o reproducir el material porque no cuenta con la capacidad necesaria para eludir dichas medidas. A esta barrera tecnológica debe agregarse, además, la legislación que sanciona a quien las eluda. Por lo tanto, aun cuando la editorial contara con la tecnología necesaria para evadir las medidas tecnológicas de protección, igualmente podría ser sancionada, por ejemplo, por importar esa tecnología.

A los problemas de pluralidad de titulares y de derechos y plazos extensos de protección se agregan otros como la incertidumbre respecto de si las obras efectivamente son de dominio público. El compromiso internacional (la Convención de Berna) de no someter los derechos de autor a formalidades implica que no es obligatorio registrar una obra. Por lo tanto, se hace difícil saber cuándo se originó, sobre todo si el derecho de autor no pertenece a una persona natural. Otro problema a que da lugar este convenio es que en ocasiones se desconoce quién es el titular de la obra y, por ende, a quién debe contactarse para poder utilizarla. Aun cuando se sepa quién es el titular, muchas veces es difícil dar con él, especialmente si los derechos han sido transferidos.

En breve, los acuerdos de libre comercio han fortalecido las facultades de los titulares de derechos de autor más allá de los estándares mínimos de protección previstos en el ADPIC.

### **c) La protección de la materia viva, los recursos genéticos y el conocimiento tradicional**

La protección de la materia viva y de los conocimientos tradicionales asociados, así como la relación entre la propiedad intelectual y la protección de los recursos genéticos, han sido temas álgidos en el discurso internacional. De hecho, trascendieron el ámbito de la OMC y han ocupado un lugar estelar en las discusiones de la OMPI, del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y las relativas a la adopción del nuevo Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, de 2004. Por otra parte, la interfase entre estas materias y los tratados de libre comercio ha originado una serie de cuestionamientos y críticas.

Los temas relativos a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales tienen diversos aspectos conflictivos, particularmente en cuanto a su vinculación con la propiedad intelectual. En general, las discusiones giran en torno a los tópicos siguientes: la relación entre el ADPIC y el CDB, la patentabilidad de la materia viva y la protección de los conocimientos tradicionales.

La diversidad biológica a nivel internacional posee una regulación especial establecida en el marco del CDB, de 1992, cuya finalidad es conservarla, utilizarla en forma sostenible y crear mecanismos justos y equitativos de distribución de los beneficios derivados del uso de ella. El tema está relacionado con la propiedad intelectual debido a la posibilidad de otorgar protección legal —especialmente por la vía de las patentes— tanto al material biológico en su estado natural como a los avances biotecnológicos en plantas, animales o microorganismos que cumplan con los requisitos generales de patentabilidad, esto es, novedad, actividad inventiva y aplicación industrial. Estas cuestiones han sido objeto de debate en varios foros internacionales, lo cual no solo revela que son materias complejas desde el punto de vista técnico, sino también política y éticamente sensibles. Comprenden una amplia gama de asuntos que van desde la soberanía de los Estados respecto del derecho a explotar —o regular la explotación— el material biológico existente en su territorio, hasta la denominada biopiratería y los aspectos morales y éticos de la manipulación de genes y el patentamiento de formas de vida.

Las principales dificultades y críticas que se le han hecho al respecto a los tratados de libre comercio es que estarían alterando la naturaleza del debate internacional, al incluir disposiciones relacionadas con algunos de estos temas que se traducen en el congelamiento del discurso y en la adopción de posiciones y opciones prematuras que no conducen a una solución multilateral.

Las discusiones sobre los recursos genéticos y la propiedad intelectual se orientan fundamentalmente a la patentabilidad del material biológico. Además, se relacionan con el marcado interés demostrado por algunos países —sobre todo en desarrollo— por establecer un marco jurídico internacional para la protección de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales.

El artículo 27 del ADPIC contiene un concepto amplio de lo que puede ser patentable, pero al mismo tiempo establece cuáles serían las excepciones al respecto:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial” (artículo 27.1).

En consecuencia, la regla general es amplia y, en principio, no excluye de la patentabilidad a ningún campo tecnológico. Además, la disposición citada establece que podrán obtenerse las patentes y gozar de los derechos pertinentes sin discriminación<sup>15</sup> alguna en cuanto al lugar de invención, al ámbito tecnológico de que se trate o por el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.

Sin embargo, en el artículo 27.2 se establecieron las siguientes excepciones a lo que puede ser patentable:

“Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación”.

Estas exclusiones son facultativas para los miembros de la OMC, que podrán adoptarlas en su totalidad o en forma parcial. Se trata, además, de excepciones que deben justificarse mediante hechos que puedan calificarse precisamente como tales, ya que la sola circunstancia de que estén prohibidas por la legislación interna de cada país no constituye causal suficiente<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> En cuanto a la interpretación del término “sin discriminación”, véanse el Informe del Panel de Canadá sobre patentes farmacéuticas (OMC, s/f) y UNCTAD/ICTSD (2005, cap. 18).

<sup>16</sup> Además de la complejidad propia de este artículo, en opinión de diversos autores contiene expresiones tales como “plantas”, “animales”, “microorganismos”, “procedimientos esencialmente biológicos”, “no biológicos”, “obteniones vegetales” y otras que pueden interpretarse de manera muy distinta según la legislación de cada país.

El artículo 27.3(a) también permite excluir de la patentabilidad a “los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales”.

Finalmente, el artículo 27.3(b), sin duda uno de los más controvertidos del ADPIC, faculta también a los Miembros para excluir de la patentabilidad a “las plantas y los animales, excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones<sup>17</sup> vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC”.

En definitiva, si bien esta norma permite excluir de la patentabilidad a las plantas y animales, así como a los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de ambos, obliga a patentar los microorganismos y los procedimientos no biológicos y microbiológicos. A la fecha de adopción del ADPIC, algunos países ya otorgaban protección a los microorganismos, como por ejemplo los Estados Unidos, desde 1980.

Cabe también señalar que el párrafo antes citado del Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los países miembros de la OMC a otorgar protección a las “obtenciones vegetales” y prevé tres mecanismos posibles para ello, a elección del país de que se trate: las patentes, los sistemas *sui generis* de protección o una combinación de ambos. En la actualidad, hay países que protegen las plantas mediante patentes, sea por la vía de no excluirlas expresamente de la patentabilidad o, en otros casos, creando una legislación especial al efecto<sup>18</sup>. Algunos otorgan esta protección sin importar el método de reproducción de ellas, mientras que otros —por ejemplo, la República de Corea— hacen una distinción, a efectos de la protección, entre reproducción sexuada o asexuada<sup>19</sup>.

El artículo 27.3(b) es una de las disposiciones del ADPIC que estaban sujetas a revisión después de la entrada en vigor del Acuerdo (véase la frase final del texto citado). El inicio de este proceso fue acordado en la reunión del Consejo de los ADPIC de

---

<sup>17</sup> Debe entenderse “variedades vegetales”.

<sup>18</sup> Véanse los documentos de la OMC IP/C/W/125 y addenda, que se refieren a la revisión de la aplicación del artículo 27.3(c) del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>19</sup> En el ámbito internacional, las variedades vegetales se encuentran protegidas en virtud de la Convención internacional para la protección de nuevas variedades de plantas, adoptada en París en 1961 y revisada en 1991. Por ejemplo, el acuerdo de libre comercio entre Chile y los Estados Unidos obliga a las partes a adherir o ratificar la versión 1991 de este tratado antes del 11 de enero de 2009.

diciembre de 1998, sobre la base de que consistiría en un intercambio de información entre los miembros sobre la forma de tratar esta materia en las legislaciones nacionales.

En los últimos acuerdos bilaterales celebrados por los Estados Unidos, tales como el CAFTA-RD y los suscritos con Chile y más recientemente con Colombia, Panamá y el Perú, las normas citadas han experimentado nuevos desarrollos. Por ejemplo, en el caso del tratado con Chile, este último se comprometió a realizar “un mejor esfuerzo” —mediante un proceso transparente y participativo, y dentro de los cuatro años siguientes a la entrada en vigor del acuerdo— por desarrollar y proponer una legislación orientada a otorgar protección de patentes a las plantas que reúnan los requisitos pertinentes<sup>20</sup>. En cuanto al CAFTA-RD, se dispuso que si a la fecha de su entrada en vigor una de las Partes no estaba protegiendo las plantas mediante patentes, debería realizar todos los esfuerzos razonables por otorgar dicha protección, pero sin limitación alguna de tiempo<sup>21</sup>. Además, se estableció que cualquiera Parte que reconociera estar protegiendo las plantas y animales por medio de patentes a la fecha de entrada en vigor del tratado debería mantener tal protección. Esta última disposición es estricta en el sentido de que congela anticipadamente el proceso legislativo sobre la materia.

Tal como se indicó en párrafos anteriores, el Acuerdo sobre los ADPIC también deja en libertad a sus Miembros para adoptar cualquier sistema de protección de las obtenciones vegetales, incluidos los regímenes *sui géneris*. Al respecto, los tratados de libre comercio suscritos con los Estados Unidos, la UE y la AELC generalmente obligan a las partes a optar por el sistema de protección establecido en la Convención internacional para la protección de nuevas variedades de plantas, de preferencia su versión 1991. Esta ha sido criticada por organizaciones no gubernamentales, entre otros motivos porque aumenta de 18 a 25 años la protección de los árboles y vides, y de 15 a 20 años la del resto de las especies, pero sobre todo por restringir los derechos de los campesinos agricultores en cuanto al intercambio y uso de semillas. Por el contrario, la versión 1991 amplía los derechos exclusivos de los obtentores de variedades vegetales, incluidas la producción, reproducción y comercialización del material protegido (BD, 2004).

La revisión acordada del artículo 27.3(b) del ADPIC fue objeto de profundas discrepancias en el seno del Consejo de los ADPIC, hasta que la Declaración Ministerial de Doha sobre el mandato de negociación dio

---

<sup>20</sup> Artículo 17.9 del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América.

<sup>21</sup> Artículo 15.9.2 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos.



lugar a que se introdujera esta materia en las actividades del programa de trabajo de dicho Consejo. Aun así, subsisten algunas diferencias fundamentales al respecto, principalmente entre los países desarrollados y en desarrollo<sup>22</sup>. En la reunión Ministerial de Hong Kong, de diciembre de 2005, se confirmó que las discrepancias subsisten y que la discusión forma parte integrante del paquete negociador de la Ronda de Doha<sup>23</sup>.

Uno de los aspectos centrales del debate ha sido la divulgación del origen del recurso genético en las solicitudes de patentes, lo que representaría un método defensivo para prevenir la llamada “biopiratería” (Dutfield, 2003). Los países de la región han promovido activamente el tema como elemento fundamental para la construcción de un sistema internacional equitativo de propiedad intelectual. Por ejemplo, el Perú ha realizado grandes esfuerzos por explicar el problema y proponer soluciones sobre el particular. En una comunicación de este país al Consejo de los ADPIC, se resume la problemática de la siguiente manera:

“Los países se encuentran divididos entre quienes se oponen a incorporar este tipo de exigencia en el sistema de patentes (a nivel internacional o nacional) representado por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), aquellos que consideran su incorporación aunque de manera voluntaria y limitada (a la divulgación de origen) y aquellos otros, entre los que se encuentra el Perú, que plantean su incorporación obligatoria a fin de garantizar

---

<sup>22</sup> Véanse, por ejemplo, las propuestas del Brasil y la India (IP/C/W/443) y de los Estados Unidos (IP/C/W/449).

<sup>23</sup> Mediante la Declaración Ministerial de Hong Kong, adoptada el 18 de diciembre de 2005, se acordó lo siguiente: “39. Reiteramos lo encomendado al Comité de Negociaciones Comerciales, a los órganos de negociación y a otros órganos de la OMC competentes en la Decisión adoptada por el Consejo General el 1º de agosto de 2004 en el sentido de que, con carácter prioritario, redoblen sus esfuerzos para encontrar soluciones apropiadas a las cuestiones pendientes relativas a la aplicación. Tomamos nota de la labor emprendida por el Director General en su proceso consultivo sobre todas las cuestiones pendientes relativas a la aplicación comprendidas en el párrafo 12 b) de la Declaración Ministerial de Doha, incluso sobre las cuestiones relativas a la extensión de la protección de las indicaciones geográficas prevista en el artículo 23 del Acuerdo sobre los ADPIC a productos distintos de los vinos y las bebidas espirituosas y las referentes a la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Pedimos al Director General que, sin perjuicio de las posiciones de los Miembros, intensifique su proceso consultivo sobre todas las cuestiones pendientes relativas a la aplicación comprendidas en el párrafo 12 b), si es necesario nombrando Amigos del Director General a los Presidentes de los órganos competentes de la OMC y/o celebrando consultas específicas. El Director General rendirá informe a cada reunión ordinaria del CNC y del Consejo General. El Consejo pasará revista a los progresos realizados y adoptará, en su caso, disposiciones apropiadas no más tarde del 31 de julio de 2006”.

una aplicación más eficiente y segura del propio Acuerdo sobre los ADPIC y generar una situación de sinergias positivas entre éste y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)” (OMC, 2005).

Para el Perú y muchos países en desarrollo, resulta indispensable la “revisión del Acuerdo sobre los ADPIC y el examen de su relación con el CDB, planteando la incorporación de la exigencia de procedencia legal y divulgación de origen en las exclusiones de patentabilidad y en las condiciones exigidas para las solicitudes de patentes...” (OMC, 2005).

Al respecto, en sus negociaciones bilaterales con los Estados Unidos, Colombia y el Perú plantearon que era preciso incorporar en los acuerdos de libre comercio ciertas normas relacionadas con la divulgación del origen de la invención. Si bien los textos acordados finalmente no contienen dicha pretensión, se incluyeron cartas interpretativas donde se reconoce la importancia del conocimiento tradicional y de la biodiversidad y, además, que el acceso a los recursos genéticos o conocimientos tradicionales y la distribución equitativa de los beneficios derivados de su uso pueden abordarse adecuadamente por la vía contractual<sup>24</sup>. Esta ha sido la posición tradicional de los Estados Unidos en el Consejo de los ADPIC (OMC, 2006). Las Partes, entre otros elementos, reconocieron la necesidad de fomentar la calidad en la concesión de patentes a fin de asegurar que se cumplan los requisitos de patentabilidad.

Por su parte, entre las disposiciones del CAFTA-RD se cuenta la siguiente:

“Cada Parte proveerá que una invención reclamada está suficientemente apoyada por su divulgación, cuando esa divulgación le indique razonablemente a una persona diestra en el arte que el solicitante estuvo en posesión de la invención reclamada a la fecha de su presentación” (Artículo 15.9.10).

Una posible interpretación restrictiva de esta disposición sería que el acuerdo estaría congelando una situación que se discute desde algún tiempo en el Consejo de los ADPIC, pronunciándose por una presunción de conocimiento del origen y previendo cualquier cuestionamiento posterior.

Otro de los temas que han surgido en las discusiones multilaterales es la necesidad de establecer un sistema positivo de protección de los conocimientos tradicionales, sea vinculado o no a los recursos genéticos, es decir, aquellos que han conservado las comunidades mediante prácticas y costumbres ancestrales. Si la respuesta fuera afirmativa, entonces cabría preguntarse cuál es el mecanismo más conveniente para resguardar

---

<sup>24</sup> Véase[en línea][http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Entendimiento\\_Biodiversidad.pdf](http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Entendimiento_Biodiversidad.pdf).

adecuadamente los conocimientos de las comunidades (Dutfield, 2003 y Taubman, 2005). Por ejemplo, en la India se está implementando un sistema de base de datos cuyos conocimientos registrados no pueden ser objeto de protección, ya que pasarían a formar parte del estado de la técnica y, por ende, excluirían la novedad. Es posible que esta forma de hacer públicos los conocimientos tradicionales despierte algunas dudas en el sentido de que constituya la mejor forma de protegerlos, pero al parecer, al menos puede resultar útil para evitar su apropiación indebida. El Japón, por su parte, ha promovido la creación de bases de datos tanto en la OMPI como en la OMC (OMC, 2007).

Desde el punto de vista de nuestro análisis, hasta la fecha los temas que interesan a varios países de la región, tales como la divulgación del origen de los recursos genéticos y la protección del conocimiento tradicional, no han tenido un reconocimiento explícito en los acuerdos de libre comercio y, precisamente, se les critica que no hayan ofrecido una respuesta adecuada a estas inquietudes. Por último, cabe enfatizar que no ha existido un discurso regional uniforme sobre la materia. Los llamados países megadiversos han sido, sin duda, los más activos en cuanto a presentación de propuestas en el debate internacional y los foros multilaterales<sup>25</sup>.

#### **d) Medidas de observancia y solución de controversias**

Las medidas de observancia y los métodos de solución de controversias han sido una preocupación importante de los países desarrollados, incluso desde antes de la adopción del ADPIC. En los acuerdos de libre comercio, sobre todo aquellos en que es parte los Estados Unidos, ambos aspectos se amplían de manera significativa. Por ejemplo, mientras que en el ADPIC (artículo 41) la aplicación de las disposiciones sobre observancia se circunscribe específicamente a los derechos cubiertos por el Acuerdo, ello no ocurre en los tratados de libre comercio. En consecuencia, los procedimientos y sanciones establecidos en estos últimos deberían aplicarse a todos los derechos protegidos por

---

<sup>25</sup> Por ejemplo, cabe citar la primera Reunión Regional de Autoridades de Propiedad Industrial e Intelectual de los Estados Miembros de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, celebrada en Río de Janeiro los días 30 de junio y 1º de julio de 2005. En su Declaración final, los países subrayaron la necesidad de impedir la concesión o el ejercicio sin validez legal de derechos de PI relacionados con los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos conexos, en particular exigiendo como condición previa a la concesión de patentes que los solicitantes divulgaran la fuente y el país de origen de dichos recursos, su acceso legal documentado, pruebas fundamentadas de que se ha obtenido el consentimiento previo y las condiciones de participación del país de origen en los beneficios generados. Igualmente, se destacó el papel que desempeñan las oficinas de PI en la verificación rigurosa de los requisitos de patentabilidad.

cada Parte, incluidos aquellos de los obtentores de variedades vegetales o de los organismos de radiodifusión, que no están regulados en los acuerdos de libre comercio.

Al igual que el ADPIC, los acuerdos de libre comercio en que es parte los Estados Unidos establecen que para la observancia de los derechos de propiedad intelectual no es necesario crear un sistema judicial ni asignar recursos especiales que difieran de los ya existentes para la aplicación de las normas legales en general. Sin embargo, ello no exime a las Partes de cumplir con las disposiciones sobre observancia del Acuerdo<sup>26</sup>, lo que en sí constituye una disposición “ADPIC-plus”.

Las disposiciones sobre observancia que contienen los tratados suscritos por los Estados Unidos y la nueva generación de convenios promovidos por la UE siguen prácticamente la misma estructura que el capítulo pertinente del Acuerdo sobre los ADPIC. Por lo tanto, incluyen obligaciones generales, procedimientos y recursos civiles y administrativos, medidas provisionales, medidas en frontera y procedimientos penales (Santa Cruz, 2007).

Por ejemplo, en lo que respecta a las medidas en frontera, el alcance de los acuerdos de libre comercio supera el del ADPIC, particularmente en un aspecto. Este último establece medidas en frontera, incluidas las de actuación de oficio, pero solo para la importación de marcas falsificadas y bienes piratas. Su aplicación en el caso de los productos exportados y en tránsito es facultativa. En cambio, los acuerdos de libre comercio autorizan las medidas de oficio tanto para los bienes importados como para los destinados a la exportación o en tránsito.

Por otra parte, al igual que en el ADPIC, en los acuerdos de libre comercio se establecen procedimientos penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas o piratería de derechos de autor a escala comercial. Sin embargo, el alcance de estos últimos supera el del ADPIC en el sentido de que se amplía el ámbito de lo que se considera infracción dolosa a escala comercial. Una de las medidas incorporadas en los tratados de libre comercio se refiere a la obligación de las Partes de asegurar que la infracción maliciosa del derecho de autor y derechos conexos con fines de beneficio comercial o ganancia económica dará lugar a procedimientos y sanciones penales. Al incluir esta disposición, al parecer no se tomó en cuenta el requisito cuantitativo de “escala comercial” establecido en el ADPIC, reemplazándolo por la noción de “beneficio comercial o ganancia económica”, que se centra más bien en el motivo de la infracción, incluso aunque no se trate de un hecho a escala comercial.

---

<sup>26</sup> Véase la última frase del artículo 17.11.2(b) del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América.

En cuanto a las disposiciones de los acuerdos de libre comercio relacionadas con los procedimientos penales, se establecen reglas detalladas para el embargo, decomiso y destrucción de los bienes infractores y de los elementos usados al cometer la infracción. Finalmente, en estos acuerdos se dispone que en los casos de piratería de derechos de autor y de falsificación de marcas, las autoridades competentes pueden ejercer acciones de oficio sin que exista un reclamo formal.

Otro aspecto importante de los tratados de libre comercio son los mecanismos de solución de diferencias que, en general, se utilizan en los casos siguientes: prevención o solución de todas las discrepancias entre las Partes con motivo de la aplicación o interpretación del tratado; cuando una de las Partes considera que una medida implementada por la otra es incompatible con las obligaciones del tratado, o que implica incumplimiento de las obligaciones asumidas de conformidad con el tratado y cuando una de las Partes considera que una medida aplicada por la otra provoca anulación o menoscabo de sus posibles beneficios<sup>27</sup>.

El CAFTA-RD se refiere en forma más amplia al tema de las reclamaciones no basadas en una infracción en la siguiente cláusula del artículo 20.2: “(c) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo, en el sentido del anexo 20.2”.

En consecuencia, el mecanismo de solución de diferencias de los tratados de libre comercio abarca las reclamaciones originadas a causa de medidas que no contravienen el tratado, pero que una de las Partes considera que anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de las disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual.

En el sistema de la OMC<sup>28</sup>, la diferencia entre los recursos por violación o incumplimiento y aquellos en que no existe infracción es que, en el caso de los primeros, la competitividad podría verse afectada al

---

<sup>27</sup> Capítulo 22, anexo 22.2.1 del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América. “Una Parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias en virtud de este Capítulo cuando, en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga este Tratado, considere que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las siguientes disposiciones: (a) Capítulos Tres a Cinco (Trato nacional y acceso de mercancías al mercado, Reglas de origen y procedimientos de origen y Administración aduanera); (b) Capítulo Siete (Obstáculos técnicos al comercio); (c) Capítulo Nueve (Contratación pública); (d) Capítulo Once (Comercio transfronterizo de servicios); o (d) Capítulo Diecisiete (Derechos de propiedad intelectual)”.

<sup>28</sup> Véase UNCTAD/ICTSD (2005, cap. 5.3).

quebrantar uno de los Miembros una determinada obligación de alguno de los acuerdos de la Organización, incluidos los administrados por la OMPI e incorporados por referencia en el ADPIC.

En el segundo caso, en cambio, es posible que la relación de competencia se vea afectada por determinadas acciones de uno de los Miembros que, si bien son compatibles con los acuerdos de la OMC, en definitiva resultan en un menoscabo de ciertas concesiones de acceso al mercado de otro. Se considera causa válida para accionar el hecho de que, al aplicar determinadas medidas internas, un Miembro frustre las expectativas legítimas de los demás en relación con las ventajas competitivas que han obtenido mediante una concesión arancelaria negociada. Sin embargo, dichas expectativas no pueden invocarse si es posible que, al momento de negociar la concesión, el demandante hubiera previsto que el demandado podría adoptar una medida interna futura que anularía las ventajas competitivas a que daba lugar la concesión negociada. Este requisito asegura que las reclamaciones por anulación o menoscabo se utilicen en casos de frustración de las legítimas expectativas y no simplemente sobre la base de un desarrollo económico negativo. Esta distinción y la racionalidad de este tipo de disposiciones del sistema de la OMC son aplicables al mecanismo de solución de diferencias previsto en los acuerdos de libre comercio.

Es necesario anotar que la aplicación automática de acciones en caso de que no exista infracción de los derechos de propiedad intelectual —así como en otras situaciones— no es evidente. Su carácter excepcional también ha sido reconocido y admitido en la jurisprudencia del Acuerdo general sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la OMC. Pero este carácter especial y los pocos casos en que ello ha ocurrido no justifican su cuestionamiento, en el caso de la PI, como recurso legítimo dentro del sistema comercial internacional (OMC, 2004).

En la OMC, los Estados Unidos han sostenido que es preciso incluir este tipo de infracciones en las disposiciones relacionadas con la propiedad intelectual. En cambio, una gran mayoría de los Miembros de la OMC, entre ellos un número importante de países desarrollados, ha expresado que esta clase de situaciones, propias del sistema tradicional del GATT en materia de intercambio de mercancías, no tienen cabida en el caso de los derechos de propiedad intelectual<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> En una comunicación de un grupo de países en desarrollo —entre ellos la Argentina, el Brasil, Colombia, el Ecuador, el Estado Plurinacional de Bolivia, el Perú y la República Bolivariana de Venezuela— al Consejo sobre los ADPIC (IP/C/W/385 de 30 de octubre de 2002), se expresó que la aplicación de reclamaciones sin infracción y debido a otras situaciones es innecesaria, entre otros motivos porque el ADPIC —a diferencia de otros acuerdos de la OMC— es un convenio sui generis que no fue diseñado para proteger el acceso a los mercados o el equilibrio de las concesiones arancelarias, sino más bien para

En el texto original del ADPIC se reconoció que el tema merecía mayor reflexión y futuras reconsideraciones. Es por ello que se incorporaron disposiciones transitorias que deberían haber expirado al tiempo de la tercera Conferencia Ministerial de la OMC, realizada en Seattle del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 1999, pero que aún siguen vigentes por falta de consenso, tal como lo confirmó el documento final de la sexta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en la Región Administrativa Especial de Hong Kong en diciembre de 2005<sup>30</sup>.

En consecuencia, el alcance de los acuerdos de libre comercio ha superado el del ADPIC al aceptar una causal para recurrir a los sistemas de solución de diferencias que todavía no está claramente arraigada en el sistema que se encuentra en vigor en la OMC (Roffe, 2004).

---

establecer estándares mínimos de protección de los derechos de propiedad intelectual cuyo abuso podría incluso socavar el acceso a los mercados. La mejor manera de respetar estos derechos y obligaciones es mediante una aplicación de buena fe de sus disposiciones, de conformidad con los principios establecidos de derecho internacional público reconocidos por el Órgano de Apelación. No se requiere del recurso a la noción, legalmente imprecisa, de reclamaciones sin infracción y debido a otras situaciones. La utilización de estas últimas plantea preocupaciones sistémicas tales como la incoherencia entre los acuerdos de la OMC, al permitir que aquello que un Miembro ha acordado aceptar en una parte del compromiso único —por ejemplo, el GATT o el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)— sea cuestionado sobre la base de que podría anular o menoscabar las ventajas en otro ámbito como el del ADPIC. En este sentido, trastorna el delicado equilibrio de derechos y obligaciones previsto en este Acuerdo, al situar los derechos privados por encima de los intereses de los usuarios de la propiedad intelectual —tanto dentro como entre los países— y de otras consideraciones de importancia para la política general pública, de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento Sobre Solución de Diferencias (ESD). Socava la autoridad de reglamentación e infringe los derechos soberanos al exponer a cuestionamiento cualquier medida que afecte la propiedad intelectual y que no haya sido prevista en la Ronda Uruguay. Limita el uso de las flexibilidades inherentes al Acuerdo para asegurar los objetivos relativos a la salud pública, la nutrición, la transferencia de tecnología y otros asuntos de interés público en sectores de importancia vital para el desarrollo socioeconómico y tecnológico. El documento concluye que introducir reclamaciones sin infracción y por otras situaciones en el contexto del ADPIC es innecesario, que su operatividad se encontraría en conflicto con la seguridad y capacidad de predicción provista por el sistema multilateral de comercio y que es incompatible con los mejores intereses a largo plazo del sistema multilateral de comercio y de todos sus Miembros.

<sup>30</sup> En el párrafo 45 de la Declaración Ministerial de Hong Kong, de diciembre de 2005, se dispone lo siguiente: “Tomamos nota de la labor realizada por el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de conformidad con el párrafo 11.1 de la Decisión de Doha sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación y disponemos que continúe su examen del alcance y las modalidades de las reclamaciones de los tipos previstos en los apartados b) y c) del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y haga recomendaciones no más tarde del [...]. Queda acordado que, entre tanto, los Miembros no promoverán tales reclamaciones en el ámbito del Acuerdo sobre los ADPIC”.

## E. Consideraciones finales

En los tratados clásicos sobre la propiedad intelectual —el Convenio de París y la Convención de Berna—, se reconocía la amplia flexibilidad de los Miembros para calibrar el nivel de protección de acuerdo con su respectivo nivel de desarrollo industrial y cultural. Cada Estado era libre de determinar la naturaleza de los derechos que una patente le otorgaba a su titular, incluidas su duración y modalidades. Asimismo, la arquitectura internacional existente permitía que cada Estado definiera los sectores tecnológicos que podían ser objeto de protección. El sistema previo al ADPIC legitimaba, por ejemplo, la exclusión de ciertos sectores tecnológicos de la protección por medio de patentes. La exclusión del sector de medicamentos es un caso emblemático de los cambios experimentados en décadas recientes. Esta fue la práctica de muchos países hoy desarrollados, que la utilizaron como instrumento de sus políticas públicas.

Ello permitió que la evolución del derecho de propiedad intelectual tuviera un ritmo y un sentido diferente al que se manifiesta en la actualidad y que, en su momento, se produjeran importantes discordancias entre los regímenes de protección. Estas de alguna manera sirvieron de fundamento —junto con otros factores tales como la necesidad de fortalecer las medidas de observancia— para el tipo de armonización más profunda y acelerada que se originó a partir del ADPIC y que se intensificó mediante los acuerdos de libre comercio.

Producto de lo anterior, históricamente es posible observar que la PI ha tenido variaciones fundamentales desde fines del siglo XIX hasta nuestros días. El derecho de autor es una de las disciplinas que ha experimentado cambios paradigmáticos. La evolución en materia de patentes también ha sido significativa, sobre todo en cuanto a la protección de los productos farmacéuticos.

Hemos destacado la relevancia del Acuerdo sobre los ADPIC y el modo en que ha transformado las relaciones internacionales, particularmente respecto del orden internacional que prevalecía antes de la Ronda Uruguay. Al reconocer estándares mínimos de protección, el Acuerdo abrió las puertas a nuevos desarrollos y a la continua expansión de la propiedad intelectual mediante nuevos esfuerzos de armonización tanto a nivel multilateral como regional. Los tratados bilaterales de libre comercio son la expresión más concreta de la profunda armonización antes citada. Hemos observado lo que ellos representan en función de disposiciones cuyo alcance supera al del ADPIC. Asimismo, hemos señalado las principales críticas formuladas al respecto. Estas comprenden ciertos aspectos que de alguna manera podrían comprometer las políticas



públicas en materias tales como la salud pública, el acceso al conocimiento, la protección de los recursos genéticos y, en general, el uso de instrumentos que el orden internacional prevaleciente antes de la Ronda Uruguay reconocía y legitimaba. Sin perjuicio del cambio trascendental que marca el ADPIC en la evolución de la PI, este se caracteriza por las ambigüedades y espacios de política que permiten calibrar una implementación equilibrada de los derechos y obligaciones pertinentes.

Las posibles consecuencias de los acuerdos de libre comercio pueden resumirse en que las disposiciones tipo ADPIC-*plus* de algún modo pueden afectar las flexibilidades de este Acuerdo, en el sentido de que tienen por objeto ampliar los derechos de los titulares o reducir la eficacia de las excepciones y limitaciones a los derechos de propiedad intelectual (Musungu y Dutfield, 2003). Por ejemplo, el ADPIC no dispone cuál es el tipo de protección que debe concederse a la materia viva, permitiendo que pueda resguardarse mediante las patentes, por cualquier otro método o, derechamente, excluirse de ella. Los acuerdos bilaterales innovan al respecto, estableciendo ciertas modalidades para considerar su protección por medio del patentamiento.

El aspecto central de estas nuevas tendencias es lo que hemos caracterizado como un proceso de armonización profunda en materia de estándares de protección y que se ha traducido en una expansión de la propiedad intelectual. La preocupación que existe al respecto es que la armonización se produce siempre hacia arriba, es decir, aumentan y se amplían los derechos, pero no las flexibilidades del sistema. Esto implica sustentar un modelo único (*one-size-fits-all*) que no necesariamente toma en cuenta la situación interna, particularmente de los países menos avanzados, en el ámbito tecnológico. En otras palabras, no es lo mismo armonizar procedimientos que faciliten la protección —por ejemplo, expandir el sistema del Tratado de cooperación en materia de patentes o de aquellos como los de Estrasburgo y Madrid— que armonizar a nivel sustantivo. En el primer caso habrá menos resistencia, pero el segundo no solo significa aplicar nuevos modelos como la protección de los datos de prueba, sino también adherir a nuevos tratados que no son necesariamente de interés para ciertos países debido a su nivel de desarrollo económico. Al respecto, cabe mencionar la versión 1991 de la Convención internacional para la protección de nuevas variedades de plantas y los tratados de la OMPI sobre Internet, a los cuales hasta la fecha no han adherido todos los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

Una de las enseñanzas de esta evolución vertiginosa de la propiedad intelectual para la región es que, desafortunadamente, las políticas sobre el tema no han sido una preocupación constante de los países y han

oscilado en el tiempo. No se ha aplicado en forma manifiesta y decidida un sistema orientado a promover políticas activas de incentivo a la innovación y a la creatividad en general. En consecuencia, y con escasas excepciones, no se utilizaron a cabalidad los amplios espacios de política que prevalecían en el escenario previo al ADPIC y a los acuerdos de libre comercio. Un ejemplo de este tipo de políticas es la seguida en los últimos 30 años por la India en materia de medicamentos, que permitió que este sector industrial alcanzara un nivel de madurez suficiente como para competir internacionalmente con las grandes empresas transnacionales. Ello permitió que la India cerrara su ciclo en enero de 2005, al reformar su legislación sobre patentes de conformidad con el ADPIC.

Al suscribir el ADPIC y los acuerdos de libre comercio, se importan modelos considerados adecuados en otras circunstancias. En el caso de los países en desarrollo en general, la política de propiedad intelectual depende significativamente de los desarrollos a nivel internacional y de las presiones de sus contrapartes por consolidar ganancias en los sectores de su interés. Es decir, nuestros países no han sido actores importantes en la definición consensuada de políticas y estrategias sobre PI, sino receptores de tendencias y preocupaciones externas.

Aparte de constatar las tendencias de lo que hemos dado en llamar armonización profunda de la propiedad intelectual, los países de la región deberían fijar su posición al respecto. Sin embargo, en la actualidad no es posible aspirar a que exista un enfoque regional monolítico sobre estas materias, como en algún momento histórico se pretendió en América Latina. En el caso de los países que han suscrito nuevos compromisos, como los contenidos en los acuerdos de libre comercio, la tarea inmediata es determinar los límites y la posibilidad de implementarlos en forma adecuada. Ello constituye un reto significativo, pero también una oportunidad importante.

Al respecto, cabe destacar el caso de Chile, que en ocasión del acuerdo de libre comercio con los Estados Unidos promulgó una nueva ley sobre propiedad industrial, actualizada en 2007<sup>31</sup>. El proceso legislativo le permitió modernizar el régimen vigente e incluir disposiciones que obedecieron a la utilización del tratado bilateral como instrumento para clarificar algunos aspectos de la política nacional en materia de propiedad intelectual. Por ejemplo, la ley mencionada define las exclusiones al patentamiento, aclarando de este modo algunas ambigüedades del acuerdo de libre comercio con los Estados Unidos. Asimismo, consagró el agotamiento internacional de derechos y estableció los casos en que podía otorgarse una licencia no voluntaria, más allá de las conductas

---

<sup>31</sup> Ley 19.039, de 1991, y sus modificaciones posteriores en la leyes 19.996, de 2005, y 20.160 de 26 de enero de 2007.

anticompetitivas que autorizaba la norma legal anterior. Entre las causales pertinentes se incluyeron aquellas por motivos de salud pública, seguridad nacional, uso público no comercial, emergencia nacional y otras de extrema urgencia, declaradas por la autoridad competente.

En cuanto a la información que debe presentarse ante las autoridades para la obtención de registros o autorizaciones sanitarias, la ley chilena precisa varios aspectos del acuerdo de libre comercio, recogiendo de algún modo las críticas formuladas al respecto. Se establece claramente, por ejemplo, que no habrá protección en los casos siguientes: i) cuando el titular de los datos haya incurrido en conductas contrarias a la libre competencia; ii) cuando existan motivos de salud pública, seguridad nacional, uso público no comercial, emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, y iii) que el producto farmacéutico o químico-agrícola sea objeto de una licencia obligatoria, que dicho producto no se haya comercializado en el territorio nacional dentro de 12 meses desde su registro o que un registro en el extranjero tenga más de 12 meses de vigencia.

Entre los cambios que experimentaron recientemente los acuerdos de libre comercio de los Estados Unidos con Colombia, Panamá y el Perú, como resultado de las presiones ejercidas por miembros del Congreso estadounidense, se cuentan ciertas flexibilidades respecto de las obligaciones relacionadas con los productos farmacéuticos. Estas se asemejan de algún modo a las que Chile hizo suyas en su última reforma legislativa sobre la propiedad industrial. El uso de estas flexibilidades abre un campo interesante para Colombia, Panamá y el Perú en el sentido de modificar sus leyes de patentes sobre la base del margen otorgado por los tratados bilaterales suscritos con los Estados Unidos.

Asimismo, pareciera que ha llegado el momento de hacer un alto y realizar una evaluación objetiva de las repercusiones sociales, económicas y políticas que han tenido los nuevos acuerdos multilaterales y bilaterales en la economía de los países en desarrollo. Entendemos que ello significa desarrollar y consensuar previamente una metodología que permita incorporar todas las variables en que inciden dichos convenios y medir sus efectos. Sin duda, este es un desafío para todos, no solo para los países en desarrollo; también para las organizaciones que han criticado este tipo de acuerdos y aquellas que los han impulsado. Las tendencias recientes en los Estados Unidos constituyen también una señal interesante sobre las futuras fronteras de los acuerdos de libre comercio en materia de propiedad intelectual.

Finalmente, quedan pendientes varias cuestiones relacionadas con los efectos de los tratados de libre comercio en el sistema multilateral de propiedad intelectual. ¿Podría afirmarse, por ejemplo, que este se

ha visto marginalizado a causa de los acuerdos de libre comercio, o que estos tendrán una influencia creciente en la futura evolución del sistema? ¿Cuáles son las perspectivas del sistema multilateral en cuanto a futuros consensos en que se tomen en cuenta tanto los intereses de los titulares de derechos de PI como la necesidad permanente de fomentar la creatividad, facilitando la difusión del conocimiento y la transferencia de tecnología?

## Bibliografía

- Abbott, Frederick M. (2006), "Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of U.S. Federal Law" [en línea] [http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/IP14\\_abbott\\_FTAs.pdf](http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/IP14_abbott_FTAs.pdf).
- (2005), "The WTO medicines decision: the political economy of world pharmaceutical trade and the protection of public health", *American Journal of International Law*, vol. 99, N° 2.
- (2004), "The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health and the contradictory trend in bilateral and regional free trade agreements", *Occasional Paper*, N° 14, Ginebra, Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas (QUNO).
- (2002), "The Doha Declaration on the TRIPS agreement and public health: lighting a dark corner at the WTO", *Journal of International Economic Law*, vol. 5, N° 2.
- Angel, Marcia (2004), *The Truth About the Drug Companies: How They Deceive Us and What to Do About It*, Nueva York, Random House.
- Archila, Emilio José y otros (2005), "Estudio sobre la propiedad intelectual en el sector farmacéutico colombiano", Informe final presentado por la Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (Fedesarrollo)/Fundación Santa Fe de Bogotá, [en línea] <ftp://ftp.fedesarrollo.org.co/pub/documentos/2005/dc01-2005.PDF>.
- Banco Mundial (2005), *Global Economic Prospects: Trade, Regionalism, and Development*, Washington, D.C.
- BEA (Oficina de Análisis Económicos) (2004), "U.S. Department of Commerce. International economic accounts" [en línea] <http://www.bea.doc.gov/bea/di/1001serv/intlserv.htm>.
- CDPI (Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual) (2005), *Propiedad intelectual y políticas de desarrollo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- (2002), *Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo. Informe de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual*, Londres, septiembre.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2006), *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe, 2005* (LC/G.2309-P), Santiago de Chile. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.06.II.G.44.
- Comunidad Europea (2000), "Decisión del Consejo, de 16 de marzo de 2000, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y del Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas" (2000/278/CE), *Diario oficial*, N° L 089, 11 de abril.
- Correa, Carlos (2004), "Implementation of the WTO General Council Decision on Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health, health, economics and drugs", *EDM Series*, N° 16, Ginebra, Organización Mundial del Comercio (OMC).
- (2003), "Efectos del CAFTA sobre la salud pública en Guatemala, MSF, 2003" [en línea] <http://www.perufrentealtlc.com/files/Analisis%20Carlos%20Correa%20CAFTA%2025%2002%2005.pdf>.
- (2002), "Protection of data submitted for the registration of pharmaceuticals: implementing the standards of the TRIPS Agreement" [en línea] <http://www.southcentre.org/publications/protection/toc.htm#TopOfPage>.
- Crawford, Jo-Ann y Roberto V. Fiorentino (2005), "The changing landscape of regional trade agreements", *Discussion Paper*, N° 8, Ginebra, Organización Mundial del Comercio (OMC).

- DB (Declaración de Berna) (2004), "TRIPS-Plus through EFTA's back door: How free trade agreements concluded with EFTA-States impose much stronger rules on developing countries for IPRs on life than the WTO" [en línea] [http://www.evb.ch/cm\\_data/Trips-plus\\_through\\_EFTAs\\_back\\_door\\_rev2.pdf](http://www.evb.ch/cm_data/Trips-plus_through_EFTAs_back_door_rev2.pdf), noviembre.
- DIRECON (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales) (s/f), "Chile-Canadá. Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Canadá" [en línea] <http://www.direcon.cl/documentos/Texto%20del%20Tratado%20Chile%20-%20Canada%20version%20completa.pdf>.
- (s/f), "Chile – EE.UU. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos" [en línea] <http://www.direcon.cl/documentos/TLC%20EEUU/version%20completa%20TLC%20Chile%20EEUU.pdf>.
- (s/f), "Chile-UE. Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la República de Chile por la otra" [en línea] <http://www.direcon.cl/documentos/TLC%20UE/TEXTO%20COMPLETO%20ACUERDO%20CHILE%20UE.pdf>.
- Dutfield, Graham (2003), "Protecting traditional knowledge and folklore: a review in diplomacy and policy formulation", *Issues Paper*, N° 1, UNCTAD-ICTSD Series, Ginebra.
- EFF (Electronic Frontier Foundation) (2005), "Briefing paper on technological protection measures prepared for the WIPO Inter-sessional Intergovernmental Meeting on a Development Agenda & fourth session of the Permanent Committee on Cooperation related to intellectual property development, April 11-15" [en línea] [http://www.eff.org/IP/WIPO/dev\\_agenda/](http://www.eff.org/IP/WIPO/dev_agenda/).
- Escudero, Sergio (2001), "International protection of geographical indications and developing countries", *South Centre, T.R.A.D.E Working Papers*, N° 10.
- Fink, Carsten y otros (2005), *Intellectual Property and Development: Lessons from Recent Economic Research*, Nueva York, Banco Mundial/Oxford University Press.
- FTC (Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos) (2003), "To promote innovation: the proper balance of competition and patent law and policy" [en línea] <http://www.ftc.gov/opa/2003/10/cpreort.htm>.
- INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) (2005a), "Balanza de conocimiento y propiedad intelectual en el comercio", *serie Estudios de investigación*, Lima, mayo.
- (2005b), "Incidencia de los derechos de propiedad intelectual. El gasto de las familias en el marco del TLC", *serie Estudios de investigación*, Lima, mayo.
- Jaffe, Adam B. y Josh. Lerner (2004), *Innovation and its Discontents: How our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It*, Princeton University Press.
- Kim, Limsu (2003), "Technology transfer and intellectual property rights: Lessons from Korea's experience", *UNCTAD-ICTSD Series* [en línea] <http://ictsd.org/iprsonline/unctadictsd/projectoutouts.htm>.
- Kumar, Nagesh (2005), "The dynamics of regional trading arrangements", *South Centre, South Bulletin*, vol. 112, 15 de octubre.
- Mansfield, Edwin (1986), "Patents and innovation: an empirical study", *Management Science*, vol. 32, N° 2.

- Maskus, Keith E. (2004), "Encouraging international technology transfer", *UNCTAD-ICTSD Series* [en línea] <http://ictsd.org/iprsonline/unctadictsd/projectoutouts.htm>.
- McCalman, Philip (2005), "Who enjoys "TRIPs" abroad? An empirical analysis of intellectual property rights in the Uruguay Round", *Canadian Journal of Economics*, vol. 38, N° 2.
- Morin, Jean-Frederic (2004), "The future of patentability in international law according to CAFTA", *Bridges*, vol. 8, N° 3, Ginebra, Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible (ICTSD), marzo.
- Musungu, Sisule y Graham Dutfield (2003), "Multilateral agreements and a TRIPs-plus world: The World Intellectual Property Organisation (WIPO)" [en línea] [http://www.qiap.ca/documents/WIPO\(US\)final.pdf](http://www.qiap.ca/documents/WIPO(US)final.pdf).
- OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos) (2003), *Working Party of the Trade Committee. The Impact of Trade-related Intellectual Property Rights on Trade and Foreign Direct Investment in Developing Countries* (TD/TC/WP(2002)42/Final), mayo.
- Okediji, Ruth (2004), "Development in the information age: issues in the regulation of intellectual property rights, computer software and electronic commerce", *UNCTAD-ICTSD Series*, Ginebra, mayo.
- OMC (Organización Mundial del Comercio) (s/f), Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) [en línea] [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips.pdf](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf).
- (2007), *El sistema de patentes y los recursos genéticos. Comunicación del Japón* (IP/C/W/504), octubre.
- (2006), *Párrafo 3 b) del artículo 27, relación entre el acuerdo sobre los ADPIC y el convenio sobre la diversidad biológica (CDB) y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore. Comunicación de los Estados Unidos* (ip/c/w/469), marzo.
- (2005), *Párrafo 3 b) del artículo 27, relación entre el acuerdo sobre los ADPIC y el CDB, y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore. Comunicación del Perú* (ip/c/w/447), junio.
- (2004), *Reclamaciones en casos en que no existe infracción y reclamaciones en casos en que existe otra situación. Nota recapitulativa de la Secretaría* (IP/C/W/349/Rev.1), 24 de noviembre.
- (2002), "Estados Unidos – Havana Club, Estados Unidos – Artículo 211 de la ley omnibus de asignaciones de 1998" (WT/DS176/AB/R) [en línea] [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds176\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds176_s.htm).
- (2000), "Canadá. Período de protección mediante patente" (WT/DS170/AB/R) [en línea] [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds170\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds170_s.htm).
- (1997), "Protección mediante patente para los productos farmacéuticos y químicos agrícolas" (WT/DS50/R) [en línea] [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds50\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds50_s.htm).
- OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) (2008), *World Patent Report: A Statistical Review*, N° 931 (E), Ginebra.
- (1987a), *Comité de expertos sobre la armonización de ciertas disposiciones de las leyes para la protección de las invenciones. Cuarta reunión, 2 a 6 de noviembre de 1987. Plazo de protección de la patente. Memorándum de la Oficina Internacional de la OMPI* (HL/CE/IV/INF/2), 14 de octubre.

- (1987b), *Comité de expertos sobre la armonización de ciertas disposiciones de las leyes para la protección de las invenciones. Cuarta reunión, 2 a 6 de noviembre de 1987. Exclusiones de la protección por patente. Memorándum de la Oficina Internacional de la OMPI* (HL/CE/IV/INF/1), 14 de octubre.
- PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) (2005), *Informe sobre desarrollo humano 2005*, Madrid, Grupo Mundi-Prensa.
- RCEU (Representante de Comercio de los Estados Unidos) (2005), “Annex III”, *2005 Trade Policy Agenda and 2004 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program*, Washington, D.C., Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos (RCEU).
- (2004a), “Australia Free Trade Agreement. Questions and answers about pharmaceuticals” [en línea] [http://www.ustr.gov/Document\\_Library/Fact\\_Sheets/2004/US-Australia\\_Free\\_Trade\\_Agreement\\_-\\_Questions\\_Answers\\_About\\_Pharmaceuticals.html](http://www.ustr.gov/Document_Library/Fact_Sheets/2004/US-Australia_Free_Trade_Agreement_-_Questions_Answers_About_Pharmaceuticals.html).
- (2004b), “The U.S.-Central American Free Trade Agreement (FTA). The intellectual property provisions. Report of the Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters (IFAC-3)” [en línea] [http://www.ustr.gov/assets/Trade\\_Agreements/Bilateral/CAFTA/CAFTA\\_Reports/asset\\_upload\\_file571\\_5945.pdf](http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA/CAFTA_Reports/asset_upload_file571_5945.pdf).
- Reichman, Jerome (2003), “Non-voluntary licensing of patented inventions: historical perspective, legal framework under TRIPS, and overview of the practice in Canada and the United States of America”, *UNCTAD-ICTSD Series*, Ginebra.
- Reinhard, Julien y DB (Declaración de Berna) (2004), “Deprive Doha of all substance: how through bilateral agreements EFTA status impose to developing countries intellectual property rules on medicines that are beyond the WTO obligations and that restrict access to medicines” [en línea] [http://www.evb.ch/cm\\_data/depriveDoha.pdf](http://www.evb.ch/cm_data/depriveDoha.pdf), agosto.
- Roffe, Pedro (2007), “La propiedad intelectual y la agenda económica internacional: el papel de América Latina”, *Revista jurídica la ley*, Buenos Aires.
- (2005), *La propiedad intelectual y la agenda económica internacional: el papel de América Latina*, Caracas, Corporación Andina de Fomento (CAF).
- (2004), “Acuerdos bilaterales en un mundo ADPIC- plus: el Tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica” [en línea] [http://www.qiap.ca/documents/TRIPS%204%20\(Spanish\)1.pdf](http://www.qiap.ca/documents/TRIPS%204%20(Spanish)1.pdf).
- Roffe, Pedro y David Vivas (2007), “A shift in intellectual property policies in US FTAs?”, *Bridges*, vol. 11, N° 5, Ginebra, Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible (ICTSD), agosto.
- Roffe, Pedro y Maximiliano Santa Cruz (2006), “Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados”, *serie Comercio internacional*, No. 70 (LC/L.2527-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), abril. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.06.II.G.54.
- Samuelson, Pamela (1999), “Intellectual property and the sigital economy: why the anticircumvention regulations need to be revised”, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14, N° 2.
- Santa Cruz, Maximiliano (2007), “Intellectual property provisions in European Union trade agreements: implications for developing countries” [en línea] <http://www.iprsonline.org/resources/docs/Santa-Cruz%20Blue20.pdf>.



- Sell, Susan (2003), *Private Power, Public Law: the Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge University Press.
- SICE (Servicio de Información al Comercio Exterior) (2004), "Acuerdo para el fortalecimiento de la asociación económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón" [en línea] [http://www.sice.oas.org/Trade/JPN\\_MEXDraftEPA\\_s/JPN\\_MEXind\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/JPN_MEXDraftEPA_s/JPN_MEXind_s.asp).
- (2003), "Chile – EFTA. Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio" [en línea] [http://www.sice.oas.org/trade/Chi-EFTA\\_s/ChiEFTAind\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/trade/Chi-EFTA_s/ChiEFTAind_s.asp).
- (2001a), "Tratado de Libre Comercio Canadá-Costa Rica" [en línea] <http://www.sice.oas.org/Trade/cancr/Spanish/indice.asp>.
- (2001b), "Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio" [en línea] <http://www.sice.oas.org/Trade/mexefta/spanish/mxeftas1.asp>.
- (1997), "El Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros (Acuerdo México – UE)" [en línea] <http://www.sice.oas.org/Trade/mexeufta/spanish/indice.asp>.
- Taubman, Anthony (2005), "Saving the village: conserving jurisprudential diversity in the international protection of traditional knowledge", *International Public Goods and Transfer of Technology: Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Keith E. Maskus y Jerome Reichman (eds.) Cambridge University Press.
- TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) [en línea] [http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index\\_s.aspx?DetailID=765](http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=765).
- UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) (2004), *Informe sobre las inversiones en el mundo 2004: el giro hacia los servicios* (UNCTAD/WIR/2004), Nueva York. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.04.II.D.33.
- (1996), *The TRIPS Agreement and Developing Countries* (UNCTAD/ITE/1), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: 96.II.D.10.
- UNCTAD/ICTSD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo/Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible) (2005), *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press.
- (2003), "Intellectual property rights: implications for development", *Policy Discussion Paper*, Ginebra, agosto.
- USITC (Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos) (2003), "U.S.-Chile Free Trade Agreement: potential economywide and selected sectoral effects", *Investigation*, N° TA-2104-5.
- Valladares Alcalde, Gerardo (coord.) (2005), "Evaluación de los potenciales efectos sobre acceso a medicamentos del tratado de libre comercio que se negocia con los Estados Unidos de América", Lima, Ministerio Salud, abril [en línea] <http://www.minsa.gob.pe/portal/Especiales/TLC-MINSA/tlcminsa.htm>.
- Vandoren, Paul y J.C. Van Eeckhaute (2003), "The WTO decision on paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health. Making it work", *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 6, N° 6, noviembre.

## Capítulo V

# **La solución de controversias en los acuerdos comerciales de América Latina con los países desarrollados**

*Anabel González*

### **A. Introducción**

La negociación de acuerdos comerciales bilaterales y regionales ha cobrado fuerza en la última década. En el caso de América Latina, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), de 1994, y posteriormente de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el proceso se ha intensificado y abarca no solo las negociaciones entre países de la región, sino también los convenios suscritos con los países desarrollados. Entre estos últimos destacan, además del TLCAN, los acuerdos negociados por los Estados Unidos con Chile y con los países centroamericanos y la República Dominicana, así como por la Unión Europea (UE) con México y Chile y entre el Japón y México.

El mecanismo de solución de controversias es uno de los elementos centrales de estos acuerdos, en tanto se reconoce su importancia para garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el proceso de negociación y plasmados en el acuerdo respectivo. Si bien en todos los casos se trata de instrumentos de derecho internacional que, como tales, se basan en la colaboración entre los Estados y no en la superposición de uno sobre otro, lo cierto es que presentan diferencias importantes que inciden en sus posibles resultados.

El objetivo de este capítulo es analizar comparativamente los acuerdos de libre comercio mencionados en el campo específico de la solución de controversias, con particular referencia a las reglas de la OMC y del TLCAN, con el fin de identificar los objetivos e incentivos incorporados en cada sistema, evaluar su eficacia y extraer lecciones de política relevantes para los países de América Latina y el Caribe.

A esos efectos, el capítulo se divide en cuatro apartados, además de esta introducción. En la segunda sección se repasan los elementos y características principales del sistema de solución de controversias de la OMC y las repercusiones de su aplicación. En la tercera, se revisan los mecanismos de solución de controversias de los acuerdos bilaterales y subregionales suscritos por los Estados Unidos, la UE y el Japón con algunos países de América Latina, así como los efectos del TLCAN<sup>1</sup>. En el cuarto apartado se presenta un análisis comparativo del esquema multilateral y de los mecanismos incluidos en los convenios señalados, tanto desde la óptica de su estructura como de su utilización. Finalmente, en la quinta sección se plantean algunas lecciones de política derivadas del estudio realizado.

## **B. El sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio**

### **1. Elementos y características principales**

La solución de controversias en el marco de la OMC está sujeta al Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), resultante de la Ronda Uruguay. Este instrumento, que se fundamenta en casi 50 años de experiencia en materia de resolución de conflictos comerciales al amparo de los artículos XXII y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), incorporó sin embargo una serie de innovaciones muy importantes a fin de resolver las principales limitaciones que se había enfrentado en ese ámbito<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Dado que el TLCAN es el único de estos instrumentos cuyo mecanismo ha sido puesto a prueba, el análisis sobre los efectos de su operación se limitará a este acuerdo.

<sup>2</sup> Entre las tres innovaciones más importantes del ESD, suele destacarse la adopción cuasi automática de las solicitudes para la creación de grupos especiales, de los informes pertinentes y de las peticiones de autorización para suspender las concesiones; el estricto marco temporal de las diversas fases del proceso de solución de diferencias y la posibilidad de que los informes de los grupos especiales sean examinados por el Órgano de Apelación.

Pese a que algunos acuerdos de la OMC incluyen varias normas y procedimientos especiales y adicionales de solución de controversias, el ESD estableció un mecanismo integrado en virtud del cual las diferencias planteadas bajo cualquiera de los denominados acuerdos abarcados<sup>3</sup> se resuelven de conformidad con las reglas y disposiciones que este contiene (Petersmann, 1998). A continuación se describen los principales elementos y características del sistema.

## 2. Reglas generales

### a) Aspectos generales

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es un instrumento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Su objetivo es resolver de manera positiva las diferencias y su prioridad, conseguir la supresión de las medidas que se compruebe son incompatibles con las reglas de cualquier acuerdo de la OMC. En este sentido, constituye un mecanismo único en el campo del derecho internacional, debido al énfasis en la juridicidad para la solución de controversias (Jackson, 2000). Además, dado que se aplica sobre la base del “consenso negativo” o “consenso revertido”, el sistema funciona casi automáticamente a menos que haya consenso en detenerlo o revertirlo (Marceau, 2005). Como se verá más adelante, esta es una de sus grandes fortalezas.

El ESD es un mecanismo de solución de diferencias entre los gobiernos, que se activa a instancias de cualquier Miembro de la OMC<sup>4</sup> cuando estima que otro de sus Miembros no ha cumplido alguna de las obligaciones de los acuerdos abarcados; que está aplicando una medida, contraria o no, a las disposiciones de uno de ellos, o que existe otra situación. Se trata de tres tipos de reclamaciones, sea por “violación o incumplimiento de las obligaciones”, “cuando no existe infracción”

---

<sup>3</sup> Los acuerdos abarcados se definen en el Apéndice I del ESD y comprenden los siguientes: el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías (Anexo 1A), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (Anexo 1B), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C), el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (Anexo 2) y los Acuerdos Comerciales Plurilaterales en que participan algunos miembros de la OMC (Anexo 4).

<sup>4</sup> Como se verá más adelante, la participación en el procedimiento de personas u organizaciones no gubernamentales, en calidad de *amicus curiae*, ha sido un tema controversial. Esta expresión latina se utiliza para referirse a las presentaciones realizadas por terceros interesados, que ofrecen voluntariamente su opinión ante una discrepancia a fin de colaborar con el tribunal pertinente en la solución del problema que originó el proceso.

y “cuando existe otra situación”. En el primer caso, se presume que la medida en cuestión provoca anulación o menoscabo<sup>5</sup> de las ventajas a que dichos convenios dieron lugar, mientras que en los dos restantes, el demandante debe demostrar que existe anulación o menoscabo de un beneficio determinado o que se está obstaculizando el logro de alguno de sus objetivos.

Toda diferencia que se origine a partir de un acuerdo abarcado, en los términos señalados, debe someterse al mecanismo del ESD. Es decir, un Miembro no puede actuar unilateralmente ni recurrir a otro foro para reparar el incumplimiento de sus obligaciones, la anulación o menoscabo de las ventajas a que dio lugar o la obstaculización del logro de sus objetivos. Desde otra perspectiva, la jurisdicción del ESD es obligatoria, de manera que el Miembro demandado no tiene otra opción que aceptarla, puesto que al adherir a la OMC consintió en someterse a ella.

Las principales entidades relacionadas con el funcionamiento del ESD son el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), los grupos especiales (GE) y el Órgano de Apelación (OA). El OSD es el órgano “político” del sistema (Wilson, 2005), integrado por todos los países Miembros de la OMC y encargado de administrar sus normas y procedimientos. En consecuencia, está facultado para establecer grupos especiales, adoptar los informes de estos y del OA, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de las concesiones y otras obligaciones. Como se verá a continuación, los grupos especiales son órganos ad hoc establecidos para entender en una diferencia no resuelta en la etapa de consultas. La Secretaría de la OMC se encarga de prestarles asistencia de carácter jurídico, histórico y procedimental, así como de facilitarles apoyo técnico y de secretariado. Por su parte, el Órgano de Apelación es una institución permanente integrada por siete personas nombradas por el OSD —de las cuales actúan tres en cada caso y que ejercen sus funciones durante un período fijo de cuatro años, renovable por una sola vez—, encargada de conocer los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales. Dada la importancia del OA, algunos se han referido a este como “la Corte Comercial Mundial” (Van Der Bossche, 2005). Es apoyado administrativa y jurídicamente por su propia secretaría. Hay algunos autores que entre los órganos relacionados con el ESD incluyen también a los árbitros, que de conformidad con este instrumento pueden designarse en ciertas circunstancias específicas (Trachtman, 2005).

---

<sup>5</sup> Estos términos se utilizan en relación con las ventajas de que goza o espera gozar un país determinado gracias a su pertenencia a la OMC. La anulación o menoscabo de ellas obedecería a una modificación del régimen de comercio de otro país o al incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la Organización (véase el glosario de términos en el sitio de la OMC [en línea] [www.wto.org](http://www.wto.org)).

## **b) Etapas del procedimiento de solución de controversias**

Las consultas entre los Miembros constituyen la primera etapa del procedimiento de solución de diferencias de la OMC. A esos efectos, cualquiera de los Miembros puede solicitarle a otro celebrar consultas respecto de medidas adoptadas en su territorio que afecten el funcionamiento de un acuerdo abarcado, sobre la base de los Artículos XXII o XXIII del GATT de 1994 o de las disposiciones pertinentes del acuerdo de que se trate. En el curso de dichas consultas, los Miembros deberán tratar de alcanzar una solución satisfactoria al problema. Esta parte del proceso es de carácter esencialmente político-diplomático y se lleva a cabo sin perjuicio de los derechos de ninguno de los Miembros en otras diligencias posibles. Si hay un tercer Miembro que tiene un interés comercial sustancial<sup>6</sup> en la materia, puede expresar su intención de integrarse a las consultas, lo que ocurrirá siempre que estas se hayan solicitado de conformidad con el Artículo XXII indicado y que acceda a ello el Miembro al que se solicitó celebrarlas.

Si el Miembro en cuestión no responde la petición de consultas, si estas no se celebran dentro de un plazo determinado o si, habiéndose realizado, no permiten resolver la diferencia en los plazos establecidos, la parte demandante puede solicitar el establecimiento de un grupo especial. Este se establecerá a más tardar en la reunión del OSD que siga a aquella en que se presentó la solicitud pertinente, a menos que por consenso se decida lo contrario. En el caso de que varios Miembros hayan solicitado el establecimiento de grupos especiales en relación con un mismo asunto, podrá establecerse un panel único para examinar ese asunto.

En cualquier momento, las Partes en la diferencia pueden acordar el inicio de procedimientos de buenos oficios, conciliación y mediación, en los cuales —de llevarse a cabo— tampoco se prejuzgarán los derechos de ninguna de ellas. Si estas diligencias comienzan dentro de un plazo determinado después de la recepción de una solicitud de consultas, la parte reclamante no podrá pedir el establecimiento de un grupo especial hasta que haya transcurrido el plazo normal de duración de ellas. El Director General de la OMC, actuando de oficio, también puede ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver la diferencia.

---

<sup>6</sup> Dado que no existe una definición a priori respecto de lo que constituye “interés comercial sustancial”, esta queda sujeta en cada caso al criterio de los Miembros. No debe confundirse con “interés legal”, puesto que este no se requiere en los acuerdos de la OMC.

### c) El procedimiento ante los grupos especiales

En el ESD se le asigna gran importancia al proceso de formación de los grupos especiales. Al respecto, establece que sus integrantes deberán ser personas competentes en la materia de que se trate, sea funcionarios gubernamentales o no, y que —a menos que se acuerde lo contrario— no pueden ser nacionales de los Miembros cuyos gobiernos sean parte o terceros en la diferencia. Además, estarán sujetos al código de conducta aprobado por la Organización<sup>7</sup>. Para facilitar su elección, la Secretaría de la OMC mantiene una lista indicativa de candidatos. Como regla general, los grupos especiales se componen de tres personas, salvo que las Partes en la diferencia convengan que sean cinco. El proceso de formación se inicia con la propuesta de nombres que hace la Secretaría, a fin de que las Partes manifiesten su aquiescencia. Si no hay acuerdo al respecto, el Director General de la OMC —a petición de cualquiera de las Partes— designará a quienes considere apropiado. Esto ocurre con gran frecuencia. Por ejemplo, en el año 2003 el Director General tuvo que nombrar a uno de los integrantes de los grupos especiales en al menos un 80% de los casos (Hughes, 2004). Como se verá más adelante, normalmente se considera que el proceso de formación de los grupos especiales es uno de los aspectos del sistema que se podría mejorar.

Los grupos especiales estarán sujetos a un mandato uniforme, a menos que las Partes en la controversia acuerden otra cosa. De conformidad con este mandato, deben examinar el asunto que se les somete a consideración sobre la base de las normas pertinentes de los acuerdos invocados y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o a dictar las resoluciones del caso.

Todo Miembro que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial, y que así lo haya notificado al OSD, podrá participar en el procedimiento en calidad de tercero. Básicamente, se procura que los Miembros puedan hacer valer sus intereses sistémicos<sup>8</sup>. El ESD le otorga al tercero el derecho a ser escuchado por el grupo especial y de presentarle comunicaciones escritas. Si bien estas prerrogativas son bastante limitadas, se han ampliado en ciertos casos en que ha sido necesario (Marceau, 2005).

El ESD no contiene normas específicas sobre la posibilidad de aceptar y considerar los escritos de *amicus curiae*. Al respecto, en una decisión muy controversial, el OA estimó que los grupos especiales tienen la facultad

---

<sup>7</sup> Este código es aplicable no solo a los integrantes de los grupos especiales, sino también a los del Órgano de Apelación y de ambas secretarías. Véase OMC (1996).

<sup>8</sup> Aunque no existe una definición propiamente tal, por interés sistémico se entiende un asunto que por su naturaleza podría tener importancia para el funcionamiento del sistema multilateral y los intereses del Miembro que lo invoca al justificar su participación como tercero.

discrecional de aceptar, examinar o rechazar dichas comunicaciones. Algunos años más tarde amplió el alcance de esta resolución al establecer los procedimientos para la aceptación de este tipo de documentos, lo cual generó grandes discrepancias y condujo a que el Consejo General de la Organización acordara que el OA debería ejercer suma cautela en el futuro, mientras los Miembros no definieran las reglas a adoptar en esta materia (Durling y Hardin, 2005). En la práctica, se han presentado pocos escritos de esta naturaleza y su incidencia en los distintos casos ha sido escasa (Durling y Harding, 2005). Las opiniones sobre el tema están divididas y, en ese sentido, se han planteado distintas propuestas de reforma.

Para aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados y determinar los derechos y obligaciones de las Partes en una controversia, el ESD dispone que los grupos especiales y el OA deberán respetar las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Asimismo, como parte de sus tareas, cada grupo especial tiene la obligación de realizar una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con estos, así como de formular otras conclusiones que ayuden al OSD a cumplir su labor.

Es interesante destacar que aun cuando el ESD no se refiere expresamente a la posibilidad de que las Partes puedan ser representadas por asesores legales privados ante los grupos especiales, el OA ha emitido el criterio de que cada Miembro tiene derecho a definir quiénes integran su delegación en un procedimiento de solución de controversias. Esto no impide incluir como parte de ella a asesores legales privados (Marceau, 2005).

#### **d) Adopción del informe de un grupo especial**

El informe de un grupo especial será examinado por el OSD, el cual procederá a adoptarlo a menos que por consenso decida no hacerlo o que una de las Partes en la diferencia notifique su decisión de apelar al respecto. En este caso, el informe en cuestión no será considerado por el OSD hasta que el proceso de apelación haya concluido.

#### **e) Examen en apelación**

Las Partes en la diferencia pueden recurrir en apelación ante el órgano pertinente contra el informe de un grupo especial. A su vez, los terceros que hayan notificado su interés sustancial en el asunto podrán presentar comunicaciones por escrito ante el OA, el cual puede darles la oportunidad de ser escuchados. La apelación solo puede tener por objeto las cuestiones de derecho tratadas<sup>9</sup> en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este.

<sup>9</sup> Esto significa que el OA no puede revisar de novo lo expuesto y examinado durante la controversia, sino analizar las constataciones y cuestiones relacionadas con las interpretaciones en derecho efectuadas por el grupo especial.



El procedimiento de trabajo del Órgano de Apelación se basa en el ESD —aunque este contiene escasas disposiciones sobre la materia— y en sus propias normas establecidas, de conformidad con dicho Entendimiento, en consulta con el Presidente del OSD y el Director General. El procedimiento citado incluye reglas sobre disposiciones generales, documentos, comunicaciones ex parte, inicio de la apelación, escritos de las Partes, apelaciones múltiples, terceras partes, cronograma de trabajo y otros (OMC, 2004). Sus dos características fundamentales son el carácter jurídico y el énfasis en la discusión colegiada entre sus integrantes. Está claro que el OA se encuentra “en control firme de sus decisiones, como se esperaría que lo esté una corte” (Van Der Bossche, 2005).

El ESD dispone que la duración del procedimiento de apelación será de 60 días y que en ningún caso excederá los 90 días. Las actuaciones del OA tienen carácter confidencial y las opiniones de sus integrantes son anónimas. Este órgano debe examinar cada una de las cuestiones planteadas por las Partes y en su informe puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial. Por lo general, la recomendación del OA, al igual que la de los grupos especiales, es que el Miembro ponga la medida cuestionada en conformidad con los acuerdos abarcados.

#### **f) Adopción del informe del Órgano de Apelación**

El informe del OA será adoptado por el OSD y aceptado sin condiciones por las Partes en la diferencia, a menos que este último decida por consenso no adoptarlo.

#### **g) Cumplimiento del informe**

El ESD favorece el hecho de poner la medida cuestionada en conformidad con los acuerdos abarcados, puesto que es la mejor manera de restablecer el equilibrio de las concesiones originales negociadas entre los Miembros (McGivern, 2005). Para procurar que se aplique esta recomendación, establece que el Miembro afectado deberá informar al OSD sus propósitos al respecto. En caso de que no le sea factible cumplirla de inmediato, dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo, que será el que él mismo proponga si lo aprueba el OSD, el fijado de común acuerdo por las Partes en la diferencia o, a falta de este, el definido mediante un arbitraje vinculante. Como directriz para el árbitro, el ESD señala que normalmente el plazo prudencial no deberá exceder los 15 meses a contar de la fecha de adopción del informe del grupo especial o del OA, aunque podría ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso.

Si las Partes no concuerdan en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones o a su compatibilidad con un acuerdo abarcado, el ESD establece que la diferencia se resolverá mediante

un procedimiento de solución de diferencias en que intervendrá, siempre que sea posible, el grupo especial que haya conocido inicialmente el asunto. También existe la posibilidad de apelar contra el informe resultante de este “procedimiento del artículo 21.5”. Tal como se señalará a continuación, debido a los problemas de redacción del ESD no quedó claro si es necesario que haya una determinación sobre el incumplimiento de las recomendaciones por parte de un Miembro previo a que las otras Partes involucradas puedan solicitar la suspensión de concesiones, lo que se conoce con el nombre de problema de la secuencia.

El OSD se encarga de vigilar la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas, para lo cual el tema se mantiene en el orden del día de sus reuniones hasta que se resuelva. El Miembro afectado debe presentar informes sobre los avances en el cumplimiento de ellas. El ESD resalta la importancia de aplicar plenamente estas recomendaciones o resoluciones, al indicar que otras medidas que puedan adoptarse sobre la materia son de carácter transitorio, mientras se logra su plena observancia.

#### **h) El incumplimiento del informe y sus consecuencias**

Si el Miembro afectado no cumple las recomendaciones o resoluciones en el plazo prudencial previsto, entablará negociaciones —cuando así se le solicite— con cualesquiera de las Partes en la controversia a fin de encontrar una compensación mutuamente aceptable. Si esta no se ha convenido a la fecha de expiración del plazo indicado, una de las Partes en la diferencia puede pedir la autorización del OSD para suspender<sup>10</sup> la aplicación de las concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados al Miembro afectado, hasta un nivel equivalente al de anulación o menoscabo, de conformidad con el procedimiento y los principios establecidos en el ESD.

El OSD debe conceder la autorización para suspender las concesiones u obligaciones a menos que decida por consenso desestimar la petición. Por lo general, la suspensión de las concesiones se ha traducido en un recargo arancelario del 100% sobre un listado de productos<sup>11</sup>. No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta o sostiene que no se han seguido las reglas establecidas a esos efectos, la cuestión se someterá a un arbitraje que estará a cargo del grupo especial que haya conocido el asunto inicialmente o, en su defecto, de un árbitro

---

<sup>10</sup> El objetivo de la suspensión de concesiones u obligaciones es inducir el término del incumplimiento por parte del otro Miembro.

<sup>11</sup> Suspender las obligaciones emanadas de los acuerdos abarcados no ha sido sencillo. Si bien hay varios casos en que se ha intentado hacerlo, han surgido problemas relacionados con su cuantificación a los efectos de determinar si la suspensión es equivalente al nivel de anulación o menoscabo (Renouf, 2005, pág. 116).

nombrado por el Director General de la OMC. En el curso del arbitraje no podrán suspenderse las concesiones u obligaciones. El árbitro tiene competencia para determinar si el nivel de suspensión es equivalente al de anulación o menoscabo, si esta es permitida por el acuerdo abarcado pertinente o, cuando así se le solicita, si la reclamación se realizó de conformidad con los principios y procedimientos establecidos a esos efectos. Las Partes aceptarán la decisión del árbitro como definitiva y se le informará al OSD para que, a petición de una de ellas, autorice la suspensión de las concesiones u obligaciones, a menos que decida por consenso desestimar dicha solicitud.

La suspensión de las concesiones u obligaciones será temporal y solo se aplicará hasta que se haya eliminado la medida que se consideró incompatible con los acuerdos abarcados, hasta que el Miembro de que se trate ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas o cuando se logre una solución mutuamente satisfactoria. En todo caso, el asunto permanecerá bajo la vigilancia del OSD hasta que las recomendaciones se hayan cumplido. En la práctica, sin embargo, esto ha tenido efectos limitados (McGivern, 2005).

#### **i) Otros procedimientos de solución de controversias**

Además de la posibilidad de contar con los buenos oficios, la mediación y la conciliación antes indicados, el ESD prevé el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias. Para que proceda, debe acordarse por las Partes en la controversia y no tendrá apelación ante el OA, aunque sí estará sujeto a las disposiciones en materia de aplicación y suspensión de concesiones y obligaciones. Este procedimiento solo se ha utilizado en una ocasión, en 2001.

### **C. Los mecanismos de solución de controversias de los acuerdos bilaterales y subregionales**

#### **1. Elementos y características principales**

Los acuerdos bilaterales y subregionales objeto del presente estudio son seis: el TLCAN (1994), el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Chile (TLC EU-CL, 2004), el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-RD, 2006), el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y México (TLCUEM, 2000), el Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea y Chile (AAE UE-CL, 2003) y el Acuerdo de Asociación Económica entre México y Japón (AAE MX-JP, 2005).

Estos tratados contienen mecanismos para resolver las diferencias que puedan surgir al amparo de cada uno de ellos que, como mínimo, incluyen reglas y disposiciones para solucionar los conflictos entre los Estados Parte de cada acuerdo. Hay convenios en que también se incorporaron instrumentos o normas especializadas para atender ciertos tipos de controversias, en algunos casos, con participación directa de actores privados.

Si bien los mecanismos de solución de diferencias entre los Estados de los acuerdos antes citados presentan una base común, también incluyen características propias que por lo general reflejan el nivel de equilibrio alcanzado por las Partes entre el control político que procuran mantener sobre el proceso y un control más institucionalizado de este. A continuación se describen dichos elementos comunes, para revisar luego las particularidades de cada acuerdo. El análisis se centra principalmente en el mecanismo de solución de controversias de los convenios, aunque al final de cada sección se hace referencia a los procedimientos especializados que ellos contienen.

## **2. Elementos comunes**

### **a) Aspectos generales**

El primer aspecto común de los acuerdos estudiados es que todos han establecido un mecanismo orientado a prevenir y solucionar las diferencias entre las Partes que contiene una combinación de elementos propios de la negociación diplomática y de instrumentos característicos de los esquemas más institucionalizados de adjudicación, de conformidad con un conjunto de normas acordadas<sup>12</sup>. El nivel de juridicidad y automatización de cada sistema varía entre las distintas etapas del proceso y según el acuerdo de que se trate. Probablemente, en uno de los extremos se ubica el TLCAN (Steger, 2004), que contiene mayor número de elementos de carácter diplomático, y en el otro el AAE UE-CL, cuyo sistema es más legalizado<sup>13</sup>. En todo caso, se trata de mecanismos propios del derecho internacional y, como tales, se distinguen por la ausencia de un poder coercitivo capaz de imponer el resultado alcanzado con plena independencia de la voluntad de las Partes.

---

<sup>12</sup> Se usa este término en el sentido de resolver una controversia por medio de un juez, de acuerdo con la autoridad legal que le es conferida.

<sup>13</sup> El equilibrio alcanzado en cada acuerdo se refleja, entre otros, en la terminología utilizada. Así, por ejemplo, mientras que el TLCAN hace mención de las “decisiones” de “paneles”, el Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea y Chile se refiere al “laudo” de los “grupos arbitrales”.

Como regla general, las Partes<sup>14</sup> pueden activar los mecanismos de solución de controversias en relación con cualquier diferencia que surja de la aplicación o interpretación del acuerdo de que se trate. Los tratados suscritos por los Estados Unidos permiten utilizar el sistema no solo para reclamar el incumplimiento de los convenios, sino también cuando una de las Partes considera que la otra le está causando anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente podría haber esperado recibir mediante la aplicación de ciertos capítulos de ellos. Sin embargo, no puede recurrirse a este mecanismo en el caso de controversias relacionadas con las materias excluidas de su cobertura. Entre los temas que se suprimen con mayor frecuencia destacan las medidas antidumping y compensatorias, la competencia y las medidas sanitarias y fitosanitarias. En todo caso, cada acuerdo tiene sus propias exclusiones de la cobertura.

Para atender las situaciones de conflicto entre las Partes de un tratado que esté cubierto tanto por sus propias reglas como por las de la OMC, los acuerdos mencionados incluyen disposiciones relacionadas con la elección de foros. Como regla general, este pueden elegirlo las Partes y, una vez seleccionado —lo que normalmente ocurre después de solicitar el establecimiento del panel o grupo especial—, dicho foro es excluyente. Sin embargo, hay excepciones al respecto. Primero, el AAE UE-CL dispone que si una de las Partes pretende reparar el incumplimiento de una obligación del acuerdo que en esencia sea equivalente a una de la OMC, deberá recurrir a esta última. En cambio, en ciertas situaciones el TLCAN se inclina más bien por favorecer la utilización de su propio mecanismo de solución de controversias que el de la OMC. Segundo, el TLCUEM es el único que no establece la exclusividad del foro seleccionado, sino que permite que las Partes acudan a ambos en relación con un mismo caso, aunque no en forma simultánea.

Normalmente, la administración de los mecanismos de solución de controversias de todos los acuerdos depende de la comisión encargada de administrar el tratado en general.

### **b) Etapas del procedimiento de solución de controversias**

Los mecanismos de solución de controversias de los acuerdos estudiados hacen hincapié en la búsqueda de una solución mutuamente convenida de las diferencias entre las Partes. Por este motivo, todos comprenden una etapa obligatoria de consultas, a solicitud de cualquiera de ellas. Estas pueden referirse a cualquier tema que afecte el

---

<sup>14</sup> Los Estados son los únicos que tienen acceso a los mecanismos de solución de controversias de los distintos acuerdos. Como se verá más adelante, la participación de personas u organizaciones en calidad de *amicus curiae*, por ejemplo, ha sido un tema muy discutido.

funcionamiento de los tratados y, en varios de ellos, se indica expresamente que también es posible solicitar consultas en relación con medidas que se tenga proyectado adoptar. En los convenios en que participan más de dos países —el TLCAN y el CAFTA-RD— se permite la intervención en ellas de terceros países que tengan un interés sustancial en el asunto —o un interés comercial sustancial, según el acuerdo de que se trate—. En el caso de los tratados suscritos por la UE, la fase de consultas debe realizarse en el seno del comité encargado de su administración —el cual está integrado por representantes de alto nivel de las Partes—, en una especie de fusión con lo que en otros convenios constituye una segunda etapa obligatoria en que interviene la comisión administradora.

Si las Partes no logran un acuerdo en la etapa de consultas, en los tratados no hay uniformidad en cuanto a la fase siguiente. Los convenios suscritos con los Estados Unidos comprenden una segunda etapa de discusión en que participa la comisión administradora correspondiente a fin de apoyar a las Partes en la búsqueda de una solución al problema, incluso convocando a asesores técnicos, creando grupos de expertos, utilizando medios asistidos tales como los buenos oficios, la conciliación y la mediación, o formulando recomendaciones. A diferencia de ellos, el AAE MX-JP no incluye un proceso similar.

Una vez agotada la etapa de consultas —o de participación del órgano administrador, según el convenio de que se trate— sin que se haya resuelto la diferencia en el plazo previsto, se abre la posibilidad de pasar a la fase de adjudicación. Como los acuerdos estudiados siguen un modelo de integración minimalista basado en instituciones intergubernamentales antes que en estructuras institucionales supranacionales, la solución de las diferencias entre las Partes no se somete a una corte u órgano permanente de carácter supranacional, sino más bien a paneles, grupos arbitrales o tribunales arbitrales, según la denominación de cada tratado<sup>15</sup>. Los acuerdos suscritos entre varias Partes permiten que una tercera con interés sustancial en el tema participe como Parte reclamante; si decide no hacerlo, por lo general deberá abstenerse de iniciar un procedimiento en ese foro o en la OMC invocando causas que sean sustancialmente equivalentes.

*i) Procedimiento ante un grupo arbitral*

Dado que los resultados del procedimiento de un grupo arbitral dependen en buena medida de los panelistas o árbitros que lo integren, en todos los tratados se hace especial hincapié en garantizar su idoneidad, integridad e independencia. A esos efectos, suelen establecer

---

<sup>15</sup> Para mayor facilidad, en este trabajo se utilizará indistintamente el término “panel” o “grupo arbitral” para referirse a los órganos ad hoc constituidos para resolver controversias.

que los panelistas deben cumplir ciertos requisitos y atenerse al código de conducta acordado por las Partes. Además, en todos se especifica un procedimiento detallado para la selección de árbitros que, además de asegurar su imparcialidad, también ofrece opciones en caso de que las Partes no logren ponerse de acuerdo al respecto. Sin embargo, como se verá más adelante, el sistema varía en cada convenio, de manera que en algunos tratados se establece la obligación de acordar un listado de panelistas que podrían integrar los grupos arbitrales. Las limitaciones propias de un procedimiento de este tipo, que no cuenta con un mecanismo automático de designación de árbitros, han quedado de manifiesto en el caso del TLCAN.

Los tratados estudiados —o sus reglas modelo de procedimiento (RMP)— disponen que, a menos que las Partes contendientes acuerden lo contrario, los grupos arbitrales estarán sujetos a un mandato uniforme que por lo general abarca el deber de examinar, a la luz de las disposiciones aplicables del convenio en cuestión, el asunto que originó la solicitud de establecimiento de un grupo arbitral y de emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones que procedan. En el marco de los acuerdos suscritos por los Estados Unidos, si una de las Partes desea alegar anulación o menoscabo a causa de una medida dada o que el panel formule conclusiones sobre el alcance de los efectos comerciales adversos a que esta ha dado lugar, deberá solicitarlo en los términos de referencia.

Los dos convenios en que participan más de dos Partes, el TLCAN y el CAFTA-RD, contemplan la posible intervención de terceras Partes en el procedimiento arbitral, las cuales tendrán derecho a asistir a todas las audiencias, a presentar comunicaciones escritas y orales al grupo arbitral y a recibir comunicaciones escritas de las Partes litigantes. En el caso del CAFTA-RD, se especifica que sus alegatos se reflejarán en el informe arbitral.

A menos que las Partes contendientes acuerden otra cosa, el procedimiento ante el panel se seguirá de conformidad con las reglas modelo convenidas por las Partes, que según lo dispuesto en cada acuerdo deberán respetar ciertos principios básicos relacionados con el debido proceso. El TLCAN y los acuerdos suscritos por la UE tienen vigentes sus respectivas reglas de procedimiento, las cuales abarcan temas como acta de misión, escritos y otros documentos, funcionamiento del panel, audiencias, carga de la prueba, confidencialidad, contactos ex parte, función de los expertos, traducción e interpretación y otros. En el caso del TLC EU-CL, si bien las reglas no han entrado en vigor, ya fueron negociadas, mientras que en el marco del AAE MX-JP y del CAFTA-RD ellas todavía no han sido acordadas.

Los tratados estudiados disponen, con mayor o menor grado de detalle, que el panel podrá recabar información y asesoría técnica de cualquier persona o entidad que estime pertinente, otorgándole a las Partes contendientes un cierto control sobre el proceso específico y brindándoles la oportunidad de comentar la información así obtenida.

En los tratados no se aborda con uniformidad el tema del carácter confidencial o público de las audiencias, aunque este tiende a evolucionar en la última dirección. Así, mientras el TLCUEM y el AAE MX-JP disponen que son confidenciales, en el marco del TLCAN las Partes se encuentran diseñando procedimientos para permitir su publicidad (NAFTA Free Trade Commission Joint Statement, 2004). Los demás acuerdos permiten u obligan a realizar audiencias públicas. De la misma manera, los dos primeros convenios mencionados no permiten expresamente recibir escritos de *amicus curiae*, mientras que en el tercero sí existe esa posibilidad.

Todos los convenios analizados, a excepción del AAE UE-CL, señalan que transcurrido un plazo determinado tras el establecimiento del grupo arbitral, este deberá emitir un informe preliminar que contendrá las conclusiones de hecho, la determinación de si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con el tratado —o causa de anulación y menoscabo, en el caso de los acuerdos suscritos por los Estados Unidos— y sus recomendaciones, cuando las haya, para solucionar la controversia. En todos los acuerdos se le otorga a las Partes contendientes la posibilidad de revisar el informe y de hacer observaciones al respecto, y al grupo arbitral, la oportunidad de reconsiderar su informe y realizar cualquier examen ulterior que considere pertinente. El documento en cuestión debe basarse en los argumentos y comunicaciones presentados por las Partes, la información brindada por los expertos y las disposiciones del convenio de que se trate.

Normalmente, dentro de los 30 días siguientes a la presentación del informe preliminar, el grupo arbitral deberá emitir su informe final. Como el AAE UE-CL no incluye la figura del informe preliminar, el grupo debe emitir directamente su informe final a más tardar tres meses después de la fecha de su constitución. Todos los acuerdos prevén que las decisiones del panel se tomen por mayoría de votos.

### **c) Cumplimiento del informe del grupo arbitral**

Si bien todos los acuerdos examinados favorecen la opción de cumplimiento del informe, el enfoque utilizado al respecto no es uniforme, dado que los efectos jurídicos son diferentes en cada convenio. Por una parte, en los acuerdos suscritos por la UE y el Japón el informe tiene un carácter definitivo y obligatorio, de manera que al recibirlo



la Parte requerida está obligada a tomar sin demora —o en un plazo razonable cuya determinación puede someterse al grupo arbitral— las medidas necesarias para cumplirlo. Los acuerdos de la UE disponen que la Parte deberá notificar cuáles son las medidas que aplicará para darle cumplimiento antes del plazo razonable, mientras que en el AAE UE-CL se incluyó también la obligación de notificar una propuesta concreta de compensación transitoria hasta la plena ejecución de ellas. Por otra, en los convenios negociados por los Estados Unidos el informe no es obligatorio, sino que las Partes deben acordar la solución de la controversia pertinente, aun cuando se señala que normalmente se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del panel. A su vez, el TLC EU-CL y el CAFTA-RD introdujeron la posibilidad de que las Partes puedan acordar un plan de acción mutuamente satisfactorio para resolver la diferencia de que se trate. Estos acuerdos procuran reforzar la importancia que se le asigna al cumplimiento del informe, al señalar que las otras medidas que puedan adoptarse al respecto solo tendrán carácter transitorio, hasta que se elimine el incumplimiento o la anulación o menoscabo.

#### **d) Incumplimiento del informe y consecuencias**

Si la Parte requerida no cumple las recomendaciones dentro del plazo razonable previsto o, en el caso de los acuerdos suscritos por los Estados Unidos, si las Partes no logran ponerse de acuerdo sobre el cumplimiento del informe, todos los convenios disponen una serie de consecuencias que comprenden, como último recurso, la posibilidad de que la Parte reclamante le suspenda los beneficios de efecto equivalente. Para llegar a este punto, sin embargo, hay distintos caminos. La mayoría de los tratados establece que las Partes deberán entablar consultas orientadas a convenir una compensación mutuamente satisfactoria, pero de lo contrario —o si, habiéndose acordado, la Parte reclamante considera que no se cumple— podrá notificar a la otra su intención de suspender la aplicación de beneficios. Si bien el TLCAN no contiene esta etapa adicional, de no lograrse un acuerdo sobre el cumplimiento del informe en un plazo de 30 días, la Parte reclamante podrá suspender los beneficios en forma automática. En ambos casos, la Parte requerida puede solicitar al grupo arbitral que se pronuncie sobre si el nivel de beneficios es manifiestamente excesivo o si se ha eliminado la disconformidad —o la anulación o menoscabo, de conformidad con el convenio citado. Los tratados suscritos por la UE y el Japón disponen que no podrán suspenderse los beneficios hasta que el grupo arbitral haya emitido un dictamen al respecto, mientras que el TLC EU-CL y el CAFTA-RD lo dan por supuesto al indicar que la Parte reclamante podrá suspender el goce de los beneficios hasta el nivel que el grupo arbitral haya determinado o, si este no lo hace, hasta aquel que considere adecuado. Como se verá más adelante, en estos

últimos se introdujo la novedad de que la Parte reclamante no podrá suspender los beneficios si la Parte requerida le notifica su decisión de pagar una contribución monetaria anual.

Todos los convenios señalan o suponen que la suspensión del goce de los beneficios será de carácter transitorio y que se aplicará hasta que se elimine la medida que originó la diferencia —o, en el caso de los tratados suscritos por los Estados Unidos, hasta que las Partes hayan alcanzado un acuerdo para resolverla. Varios convenios permiten que las Partes, o una de ellas, soliciten al grupo arbitral que se pronuncie sobre la conformidad con el tratado pertinente de las medidas de ejecución adoptadas después de la suspensión de beneficios y si esta debe darse por terminada.

#### **e) Otros procedimientos y disposiciones especiales de solución de controversias**

Como regla general, los acuerdos bilaterales y regionales no contienen un sistema integrado de solución de controversias como el ESD, al cual deban someterse todas las cuestiones que pueden surgir de su implementación. En cambio, prácticamente todos tienen uno o varios mecanismos especiales para esos efectos y algunas disposiciones específicas aplicables en ciertas áreas. Como se verá más adelante, el caso del TLCAN es el más representativo al respecto.

### **3. Aspectos relevantes propios de los distintos acuerdos**

El TLCAN —al igual que el ESD— constituye un punto de referencia obligado en cuanto a los mecanismos de solución de controversias incluidos en los distintos acuerdos examinados, tanto por su relevancia como por el hecho de haberse concluido con anterioridad a los demás convenios. No obstante, cada uno de los tratados contiene particularidades que le son propias. En algunos casos, su objetivo es cubrir los vacíos o responder a los desafíos que han quedado al descubierto tras la aplicación del TLCAN y del ESD durante casi 10 años; en otros, simplemente revelan una visión distinta sobre el tema de las Partes del acuerdo.

A continuación, tomando en cuenta la sección anterior, se describirán los elementos propios más relevantes de los tratados suscritos por los países desarrollados examinados con algunos países latinoamericanos.

#### **a) Los acuerdos suscritos por los Estados Unidos**

Los acuerdos negociados por los Estados Unidos contienen algunas particularidades que por lo general no se presentan en los tratados firmados por la UE o el Japón. Si bien el TLCAN fue el parámetro para los

convenios posteriores, en el TLC EU-CL y el CAFTA-RD se incorporaron algunas diferencias que también conviene subrayar<sup>16</sup>. Entre los elementos particulares de estos últimos se cuentan los siguientes.

*i) Posibilidad de reclamar anulación o menoscabo*

Las Partes de los acuerdos antes citados pueden acudir al mecanismo de solución de controversias no solo para reclamar por el incumplimiento del convenio, sino también por la adopción de una medida que, aunque no lo contraviene, se traduce en la anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente podrían haber esperado recibir de la aplicación de los capítulos sobre comercio de bienes, obstáculos técnicos al comercio, comercio transfronterizo de servicios, propiedad intelectual y —en los tratados posteriores al TLCAN— contratación pública.

*ii) Elección del foro encargado de resolver una controversia*

Si bien como regla general el TLCAN permite que la Parte reclamante decida si prefiere someter su controversia al foro previsto en dicho convenio o a la OMC, también incluye algunas excepciones al respecto. Por ejemplo, establece la obligación de acudir a este cuando una tercera Parte así lo solicita, cuando se trata de asuntos relacionados con tratados ambientales y de conservación o si el desacuerdo obedece a cuestiones de hecho vinculadas al medio ambiente, la salud, la seguridad o la conservación derivadas de ciertos capítulos del tratado. En los dos últimos casos, el foro lo elige la Parte demandada. A diferencia del TLCAN, el TLC EU-CL y el CAFTA-RD consagran una regla pura y simple de que la elección del foro recae en la Parte reclamante.

*iii) El listado de panelistas*

Según el convenio de que se trate, las Partes acuerdan elaborar y conservar un listado de entre 20 y 70 personas que podrían servir de panelistas. Como se verá más adelante, a fin de atender el problema que provocó durante muchos años la falta de confección de esta lista en el contexto del TLCAN, los dos acuerdos posteriores establecen que ella deberá completarse dentro de los seis meses siguientes a su entrada en vigor, aunque no se especifican las consecuencias en caso de incumplimiento.

---

<sup>16</sup> La mayoría de estas diferencias obedece a los objetivos de negociación definidos por el Congreso de los Estados Unidos en el campo de la solución de diferencias, de conformidad con la denominada Autoridad de Promoción del Comercio (TPA) establecida en la Ley sobre la autoridad bipartidaria de promoción del comercio, de 2002 (Bipartisan Trade Promotion Authority Act, 19 U.S.C. § 3802(b)(12)).

*iv) Establecimiento de los grupos arbitrales*

El TLCAN otorga a la comisión administradora del tratado la facultad de establecer los paneles, aspecto que también ha sido objeto de controversia. Para evitar los problemas que ha provocado el hecho de que la comisión no se reúna con estos propósitos, el TLC EU-CL y el CAFTA-RD disponen el establecimiento automático de un grupo arbitral cuando la Parte que presenta una petición le entrega la solicitud pertinente a las demás.

*v) Designación de los árbitros*

El TLCAN estableció un sistema “cruzado” de designación de los panelistas que, según se esperaba, garantizaría su imparcialidad. De esta manera, si no hay acuerdo entre las Partes en cuanto al nombramiento del presidente del panel, una de ellas, elegida por sorteo, designará para el cargo a una persona que no sea ciudadano suyo. Luego, cada Parte nombrará dos panelistas; de lo contrario, se elegirán por sorteo entre los integrantes del listado que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente. El tratado introduce algunas variantes cuando hay más de dos Partes en la diferencia. A su vez, en el TLC EU-CL y el CAFTA-RD el número de árbitros se redujo de cinco a tres y, aunque el procedimiento de selección es similar al del TLCAN, el presidente debe elegirse por sorteo entre los integrantes del listado que no sean nacionales de las Partes contendientes. El objetivo de esta disposición, así como de los cambios introducidos en relación con el listado de panelistas y la formación de los grupos arbitrales, fue lograr un mayor grado de automaticidad que el TLCAN en la conformación de los paneles.

*vi) Transparencia*

Mientras que el TLCAN dispone la confidencialidad de las audiencias y no hace referencia a la posibilidad de recibir escritos de *amicus curiae*, el TLC EU-CL y el CAFTA-RD consagran un giro en ambos temas, al disponer que las audiencias sean públicas y que en el proceso puedan participar las organizaciones no gubernamentales.

*vii) Cumplimiento del informe de los grupos arbitrales*

Los tres acuerdos suscritos por los Estados Unidos reflejan el concepto de que el informe del grupo arbitral no es obligatorio para las Partes, sino más bien que son ellas las que deben resolver la controversia, ajustándose por lo general a las recomendaciones de este. Sin embargo, el TLC EU-CL y el CAFTA-RD procuran reformar este último aspecto, al destacar el carácter transitorio de las medidas que podrían adoptar las Partes mientras se elimina el incumplimiento o la anulación o menoscabo. Como ya se señaló, estos tratados también permiten que se acuerde un plan de acción para la observancia del informe.

*viii) Incumplimiento del informe y consecuencias*

Los dos acuerdos posteriores al TLCAN introducen tres cambios importantes en relación con el incumplimiento del informe arbitral, a saber: i) la obligación de celebrar consultas transcurrido un cierto plazo después de la recepción del informe final, a fin de acordar una compensación mutuamente aceptable; ii) la notificación del propósito de suspender las concesiones, evitando la aplicación automática de estas últimas, y iii) la posibilidad de que la Parte requerida opte por pagar una contribución monetaria anual para evitar que la Parte reclamante le suspenda los beneficios relacionados con el tratado. El monto de ella será equivalente al 50% de los beneficios que se pretende suspender y la comisión administradora del convenio pertinente puede acordar que se destine a un fondo especial para financiar iniciativas orientadas a facilitar el comercio entre las Partes<sup>17</sup>.

*ix) Procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas*

Los acuerdos suscritos por los Estados Unidos contienen tres disposiciones sobre el tema. Primero, permiten que cuando en un procedimiento judicial o administrativo interno de una de las Partes surge una diferencia relacionada con su interpretación o aplicación, esta pueda solicitar a la comisión administradora que se pronuncie al respecto o, en su defecto, presentar su propia opinión al tribunal u órgano administrativo. En segundo lugar, impiden a las Partes otorgar derecho de acción contra cualquiera de las demás en su legislación interna sobre la base de que adoptaron una medida incompatible con el acuerdo. Por último, se promueve la utilización de medios alternativos para la solución de controversias comerciales privadas en la zona de libre comercio.

*x) Otros procedimientos y disposiciones especiales de solución de controversias*

Además del mecanismo Estado-Estado, el TLCAN incluye los siguientes mecanismos o disposiciones especiales de solución de diferencias:

---

<sup>17</sup> Si el incumplimiento del informe está relacionado con las obligaciones de los capítulos laboral y ambiental, el procedimiento tiene una ligera variante en el sentido de que, si no hay acuerdo al respecto, la Parte reclamante puede solicitar al grupo arbitral que le imponga a la otra Parte una contribución monetaria anual, que no podrá superar los 15 millones de dólares. Esta se depositará en un fondo establecido por la comisión administradora y se utilizará para implementar iniciativas sobre la materia, incluidos los esfuerzos por mejorar la aplicación de la legislación laboral o ambiental. Si la Parte no cumple con la obligación de pagar la contribución, la Parte reclamante podrá adoptar otras acciones tales como la suspensión de los beneficios arancelarios por un monto equivalente a ella.

- i) Solución de controversias entre una de las Partes y los inversionistas de otra. El capítulo 11 permite que si un inversionista de una de las Partes considera que otra Parte ha violado una norma sustantiva en esta materia y que ello le ha ocasionado pérdidas o daños, someta su reclamación a arbitraje, de conformidad con las reglas del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), según proceda. El laudo solo puede dar lugar al pago de daños pecuniarios. Es obligatorio para las Partes en la controversia y su ejecución puede solicitarse en los tribunales internos de cada país.
- ii) Revisión de las resoluciones definitivas sobre derechos antidumping y compensatorios. El capítulo 19 no establece un mecanismo propiamente tal de solución de controversias, sino más bien un procedimiento especial para que un panel binacional pueda reemplazar la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre derechos antidumping y compensatorios de una de las Partes, a fin de determinar si estas son compatibles con las disposiciones legales de la Parte importadora. En estos casos, el panel aplicará los criterios que establece la legislación interna de cada Parte para la revisión judicial de las resoluciones definitivas y los principios generales de derecho que de otro modo aplicaría un tribunal de la Parte importadora. El fallo del panel será obligatorio. El acuerdo también establece un procedimiento de impugnación de la sentencia, el cual solo procede en ciertas circunstancias extraordinarias.
- iii) Disposiciones especiales para la solución de controversias relacionadas con ciertos capítulos. Por una parte, el capítulo 14 establece ciertas reglas puntuales, relacionadas con la designación de panelistas y la suspensión de beneficios, aplicables cuando se trata de una disputa en materia de servicios financieros. Por otra, los capítulos 8, 10 y 17 requieren que las Partes del TLCAN cuenten con un procedimiento interno para resolver las controversias o aplicar las leyes sobre medidas de salvaguardia, contratación pública y propiedad intelectual.
- iv) Procedimientos especiales de solución de controversias establecidos en los convenios paralelos en materia ambiental y laboral. El Acuerdo de Cooperación Ambiental de América

del Norte (ACAAN) establece un mecanismo de solución de controversias entre los Estados para remediar las pautas persistentes de omisión de una de las Partes en cuanto a la aplicación efectiva de la legislación ambiental, así como un procedimiento para que los particulares tengan la posibilidad de presentar peticiones al respecto y que puede concluir con la elaboración de un expediente de hechos. Algo similar está contemplado en el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN), que incluye un mecanismo de solución de diferencias entre los Estados para corregir las pautas persistentes de omisión de una de las Partes en la aplicación efectiva de la legislación laboral. No existe un procedimiento formal para las peticiones de los actores privados, aunque pueden presentar sus reclamos ante una oficina administrativa de cada país. Estos procedimientos se consideran más bien un método de investigación de hechos y de prevención de controversias que un mecanismo de solución de estas (de Mestral, 2005, pág. 28).

El TLC EU-CL y el CAFTA-RD también contienen procedimientos específicos de solución de controversias, aunque con algunas diferencias importantes en relación con el TLCAN: i) falta de un capítulo similar al capítulo 19 para la revisión de las resoluciones definitivas sobre derechos antidumping y compensatorios<sup>18</sup>; ii) reforma o introducción de disposiciones puntuales para resolver las diferencias sobre inversión, sea entre los inversionistas de una Parte y otra de ellas, en el tema de las demandas frívolas<sup>19</sup>, en materia de publicidad y transparencia o en cuanto al próximo establecimiento de un órgano de apelación, que reflejan en parte la discusión generada al respecto en el marco de este tratado, y iii) la solución de controversias en materia laboral y ambiental está sujeta al mecanismo general de solución de conflictos entre los Estados, aunque —como ya se señaló— con una variante en cuanto a la compensación monetaria y la suspensión de beneficios.

#### **b) Los acuerdos suscritos por la Unión Europea**

Los dos tratados negociados por la UE con países latinoamericanos siguen un enfoque diferente en el tema de la solución de controversias, lo que refleja la evolución europea en este campo. Si bien el mecanismo incorporado en el TLCUEM contiene avances importantes en comparación con otros convenios suscritos por la UE, tales como el acuerdo de

---

<sup>18</sup> Esta diferencia también proviene de la TPA.

<sup>19</sup> Por “demanda frívola” se entiende la activación sin fundamento del mecanismo de solución de controversias por un inversionista, simplemente con el objetivo de impedir la puesta en marcha de una determinada medida regulatoria de una de las Partes.

asociación con los países mediterráneos o con Sudáfrica, lo cierto es que el AAE UE-CL es el que la propia entidad europea ha considerado como el más innovador y ambicioso en esta materia, al establecer una estructura institucional firme y detallada para prevenir o resolver los conflictos entre las Partes (Szepesi, 2004). Más aún, de los acuerdos examinados, es el que establece plazos más cortos, mecanismos más automatizados y menos control político de las Partes sobre el procedimiento. Entre los aspectos de ambos convenios que interesa destacar, se cuentan los siguientes.

*i) Elección del foro encargado de resolver las controversias*

El TLCUEM se distingue de todos los convenios estudiados en el sentido de que el foro elegido por una de las Partes para resolver una controversia específica no es excluyente. Esto deja abierta la inconveniente posibilidad de que en un mismo caso pueda acudir al foro previsto en el tratado y a la OMC —tal vez no en forma simultánea, pero sí sucesiva—, con el riesgo consiguiente de que las decisiones pertinentes sean contradictorias o, al menos, diferentes (Unzurrunzaga Valle, 2005). En cambio, el AAE UE-CL no faculta a las Partes para elegir el foro cuando se trata de una reclamación por incumplimiento de una disposición del acuerdo que, esencialmente, sea equivalente a una de la OMC, sino que obliga a acudir a esta última. En todo caso, al igual que en los demás convenios examinados, una vez iniciado el procedimiento de solución de controversias, dicho foro será excluyente. Este acuerdo también ha sido el único en establecer que las cuestiones sobre jurisdicción del grupo arbitral que puedan surgir en un caso determinado deberán resolverse mediante una decisión preliminar del panel.

*ii) Etapas del procedimiento de solución de diferencias*

En ambos acuerdos suscritos por la UE se combinan lo que normalmente son las etapas de consulta y de participación de la comisión administradora del convenio en una sola fase que debe celebrarse en el seno de la comisión.

*iii) El listado de panelistas*

Mientras que el TLCUEM no incluye la elaboración de un listado de panelistas, el AAE UE-CL dispone que debe establecerse una lista de personas que puedan actuar como árbitros y que presidirán los grupos arbitrales, aunque no indica las consecuencias de la falta de integración de la lista.

*iv) Designación de los árbitros*

En el TLCUEM, cada Parte propone un árbitro y hasta tres candidatos que actuarán en calidad de tercer árbitro, quien presidirá el grupo arbitral. Si las Partes no logran llegar a acuerdo en relación con



este último, se procederá a designarlo por sorteo entre los nombres propuestos. A su vez, el AAE UE-CL prevé que el presidente del comité encargado de administrar el convenio deberá elegir a los tres árbitros por sorteo sobre la base del listado disponible, uno de ellos entre las personas propuestas por una Parte, el segundo de las sugeridas por la otra y el presidente entre los candidatos designados a esos efectos en la lista.

*v) Transparencia*

Mientras que en las reglas modelo de procedimiento del TLCUEM se dispone la confidencialidad de las audiencias y no se hace referencia a la posibilidad de recibir escritos de *amicus curiae*, en las del AAE UE-CL se establece lo contrario en ambos casos.

*vi) Informe preliminar de los grupos arbitrales*

El AAE UE-CL se distingue de los acuerdos examinados en cuanto elimina la figura del informe preliminar y obliga al grupo arbitral a emitir directamente su informe final, a más tardar tres meses después de la fecha de su constitución.

*vii) Cumplimiento del informe arbitral*

Si bien ambos tratados suscritos por la UE siguen las características generales sobre la materia reseñadas en la sección anterior, el AAE UE-CL introduce la novedad —en relación con los demás convenios— de obligar a la Parte requerida a notificar no solo las medidas específicas que adoptará para cumplir con el informe del grupo arbitral dentro del plazo razonable indicado, sino también una propuesta concreta de compensación temporal hasta la plena ejecución de ellas.

*viii) Procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas*

En una declaración posterior al convenio, las Partes del TLCUEM adoptaron disposiciones similares a las de los acuerdos suscritos por los Estados Unidos en esta materia.

*ix) Otros procedimientos y disposiciones especiales de solución de controversias*

El AAE UE-CL también contiene algunas disposiciones especiales sobre solución de diferencias. Así, en materia de servicios financieros y en el Acuerdo sobre el Comercio de Vinos se establecen algunas variantes respecto del mecanismo general de solución de controversias entre los Estados, relacionadas con los integrantes de los grupos arbitrales y, en el caso del segundo, con el mandato y el informe arbitrales. Asimismo, en materia aduanera y de contratación pública las Partes se obligan a disponer de procedimientos internos para impugnar ciertas decisiones.

Cabe destacar que este acuerdo no comprende un procedimiento como el del capítulo 19 del TLCAN. Finalmente, dado que los acuerdos suscritos por la UE no incluyen un capítulo sobre inversión<sup>20</sup>, tampoco incorporan un mecanismo de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado<sup>21</sup>.

### **c) El acuerdo de asociación entre México y el Japón**

Las características más importantes de este acuerdo se describen a continuación.

#### *i) Etapas del procedimiento de solución de diferencias*

El mecanismo de solución de controversias entre los Estados del AAE MX-JP comprende las siguientes etapas: consultas entre las Partes y procedimiento ante el tribunal arbitral. No incluye una fase de intervención de la comisión encargada de administrar el acuerdo.

#### *ii) Designación de los árbitros*

Al igual que el TLCUEM, el AAE MX-JP establece que cada Parte propone un árbitro y hasta tres candidatos para actuar como tercer árbitro, quien presidirá el grupo arbitral. Si las Partes no logran llegar a acuerdo en relación con este último, se procederá a designarlo por sorteo entre los candidatos propuestos.

#### *iii) Otros procedimientos y disposiciones especiales de solución de controversias*

El AAE MX-JP incluye un mecanismo de solución de controversias entre una Parte y los inversionistas de la otra, similar al capítulo 11 del TLCAN. Asimismo, se establecen disposiciones especiales en cuanto al deber de contar con un procedimiento interno para revisar las decisiones en materia aduanera y para impugnar las resoluciones sobre contratación del sector público.

---

<sup>20</sup> La Comisión Europea no tiene competencia para negociar este tema.

<sup>21</sup> Sin embargo, Chile ha negociado acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones con la mayoría de los países de la UE, en los cuales se incluyeron mecanismos de esta naturaleza. Para un listado de los convenios suscritos por Chile, véase [en línea] [http://www.direcon.cl/otros\\_acuerdos\\_appi.php](http://www.direcon.cl/otros_acuerdos_appi.php). Lo mismo ocurre en el caso de México, cuya lista de acuerdos está disponible [en línea] <http://www.economia.gob.mx/?P=1210>.

## **D. Comparación entre el sistema de solución de controversias de la OMC y los mecanismos pertinentes de los acuerdos bilaterales y subregionales**

### **1. Estructura**

Más allá de las diferencias puntuales entre el sistema de la OMC y los mecanismos de solución de controversias de los acuerdos bilaterales y subregionales examinados<sup>22</sup>, conviene contrastar estos instrumentos en cinco áreas —naturaleza, principios generales, procedimiento, costos y cumplimiento— a fin de determinar cuáles son las características estructurales de los distintos sistemas, puesto que de ellas dependen en buena medida los resultados que pueden obtenerse mediante su activación.

#### **a) Naturaleza de los mecanismos**

El punto de partida del ESD y de los mecanismos de solución de diferencias de los acuerdos bilaterales y subregionales examinados es el mismo: se trata de mecanismos de derecho internacional que se basan en una relación de colaboración, no de subordinación, entre los Estados.

Dentro de este tipo de mecanismos, sin embargo, hay una amplia variedad: por una parte, los esquemas de carácter más jurídico o “legalista”, basados en la adjudicación y, por otra, los que tienen un enfoque menos legalista, más “pragmático” y que se sustentan en la negociación (Davey, 2001, págs. 1-3). Es la diferencia entre lo que Jackson ha llamado la diplomacia “orientada hacia las reglas” y aquella “basada en el poder” (Jackson, Davey y Sykes, 1995). Desde esta óptica, los acuerdos examinados pueden ubicarse en distintas posiciones del espectro. Más aún, sus respectivos mecanismos de solución de controversias contienen aspectos de una u otra naturaleza<sup>23</sup>. En general, el ESD es el instrumento que presenta mayor número de elementos propios de un sistema orientado hacia las reglas<sup>24</sup>, entre los cuales destacan la adopción cuasi automática de las decisiones más importantes del procedimiento, así como la existencia del OA. En cambio, en los acuerdos suscritos por los Estados Unidos se hace hincapié en la solución de diferencias basada en la diplomacia (Granados y Casanova, 2004). Algo similar ocurre en el

---

<sup>22</sup> En el anexo se presenta un esquema comparativo de los distintos acuerdos según área temática.

<sup>23</sup> En Plank-Brumback (2001) hay un cuadro en que se analizan los distintos elementos del ESD a la luz de estos criterios.

<sup>24</sup> El término “reglas” se usa en el sentido de normas.

caso del TLCUEM. No obstante, es importante clarificar que en algunos convenios se han ido introduciendo ciertos aspectos de carácter legalista que no están presentes en el sistema de la OMC. En particular, el AAE UE-CL es el que presenta más elementos de esta naturaleza.

Como regla general, los sistemas basados en un enfoque legalista son preferibles desde el punto de vista de los países más débiles, puesto que contribuyen a acortar las asimetrías de poder con los países más poderosos. Ello siempre que tengan suficientes incentivos como para que estos últimos continúen participando en los esquemas multilaterales y no opten por retrotraerse y recurrir al unilateralismo<sup>25</sup>.

## 2. Principios generales

Hay tres principios fundamentales que diferencian al sistema multilateral de los acuerdos bilaterales y subregionales estudiados. Primero, el mecanismo de solución de controversias de la OMC es un esquema integrado al cual deben someterse todas las cuestiones que surgen a partir de los acuerdos abarcados. Por el contrario, prácticamente todos los convenios analizados contienen uno o varios mecanismos especiales de solución de diferencias según área temática, siendo el TLCAN el que posee mayor número de ellos.

En segundo lugar, mientras que el mecanismo establecido en el ESD es de carácter exclusivamente gubernamental y solo pueden activarlo los Miembros de la OMC, algunos de los esquemas incluidos en los acuerdos bilaterales y subregionales pueden ser activados por particulares. Al respecto, los casos más relevantes son los procedimientos de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado desarrollados en varios de estos últimos y, a causa de sus repercusiones, el mecanismo del capítulo 19 del TLCAN.

Tercero, el sistema de solución de controversias de la OMC es cuasi automático, dado que para detener sus diversas etapas funciona sobre la base del consenso negativo. Esto es particularmente importante en cuanto a la adopción del informe de los grupos especiales por parte del OSD. Sin embargo, la cuasi automaticidad no está tan presente en los acuerdos bilaterales y subregionales estudiados, ya que en ciertos momentos importantes del procedimiento se requiere del consenso de las Partes para poder continuar. Ello destaca sobre todo en el caso de los convenios suscritos por los Estados Unidos, en que el informe del grupo arbitral no es definitivo y obligatorio, sino que está sujeto a lo que

---

<sup>25</sup> Zimmermann (2995) hace un análisis sobre el particular cuando analiza el desequilibrio entre las diversas funciones del sistema de la OMC.

las Partes convengan al respecto. El AAE UE-CL es el acuerdo en que se procuró introducir mayor número de elementos de cuasi automaticidad, no solo en cuanto a la adopción del laudo arbitral, sino también en otros aspectos del procedimiento.

### **3. Procedimientos del mecanismo de solución de controversias**

En materia de características de cada procedimiento también se presentan algunas diferencias importantes, entre las cuales destacan, a manera indicativa, las siguientes.

- i) En relación con el nombramiento de los integrantes de los grupos especiales o arbitrales, mientras que el ESD hace hincapié en la designación de personas que no sean nacionales de las Partes en la controversia, el procedimiento de los acuerdos suscritos por los Estados Unidos se inicia a partir de un esquema de listados que incluyen a los nacionales de las Partes. Los demás acuerdos no contienen una regla expresa en el sentido de excluir a los nacionales.
- ii) Si bien en algunos de los acuerdos bilaterales y subregionales examinados se favorecen los derechos de las terceras partes más que en el ESD, dada la amplia membresía de la OMC este último ofrece mayores posibilidades de formar coaliciones con países interesados en la defensa de un mismo asunto (Reif, 2004).
- iii) En materia de audiencias públicas y de escritos presentados por *amicus curiae*, los mecanismos de los acuerdos bilaterales y subregionales examinados suelen ser más abiertos o tener reglas más claras que el ESD. Sin embargo, cabe destacar que las disposiciones de este último se encuentran en evolución y tienden a encaminarse en la misma dirección que las del resto de los convenios.
- iv) La participación de la Secretaría de la OMC en el establecimiento de los grupos especiales ofrece consistencia y certidumbre, mientras que los mecanismos de los acuerdos bilaterales y subregionales carecen de un apoyo de este tipo.
- v) Las Partes en la controversia pueden apelar contra los informes de los grupos especiales elaborados al amparo del ESD ante el OA, entidad encargada de revisar la legalidad de ellos. Ninguno de los mecanismos de solución de diferencias de los acuerdos bilaterales examinados contiene una instancia semejante. Este aspecto es de la mayor importancia, dado

que la contribución del OA ha sido determinante para el desarrollo del derecho de comercio internacional (Van Der Bossche, 2005) y, en consecuencia, para fortalecer el sistema del ESD (Sáez, 2005).

#### **4. Los costos**

Sin duda, el costo de activar un mecanismo de solución de controversias es uno de los factores determinantes de su nivel de utilización, junto con los posibles beneficios a que ello dé lugar. Desde esta óptica, hay diversos elementos a considerar. Por una parte, en el marco de la OMC las Partes contendientes no tienen que pagar los costos de administración del sistema como ocurre en el caso de los acuerdos bilaterales y subregionales, sino solamente el importe de su participación en el mecanismo, esto es, asesoría y representación legal (Sáez, 2005). No obstante, este último es muy elevado, sobre todo desde la óptica de un país pequeño<sup>26</sup>. La utilización de los mecanismos de solución de controversias de los convenios examinados ha sido limitada, salvo en el caso del TLCAN y, aun así, la experiencia en el uso del esquema para resolver diferencias entre los Estados se reduce tan solo a tres oportunidades. En consecuencia, no está tan claro cómo se comparan unos mecanismos con otros. Según Cruz Miramontes y Cruz Barney (2005), el procedimiento del TLCAN ofrece menores costos y mayor rapidez. Naturalmente, en el caso de los mecanismos que pueden ser activados por sujetos privados, las consideraciones son distintas.

#### **5. Cumplimiento del informe de los grupos especiales**

Dada la naturaleza de los mecanismos de solución de controversias estudiados, en que no existe un poder superior que pueda obligar al cumplimiento del informe de un grupo arbitral o especial, el esquema de incentivos que incorpore cada uno de ellos para promover su observancia es un tema central. Desde esta perspectiva, pese a las limitaciones apuntadas anteriormente, está claro que el sistema del ESD, debido a su estructura y al número de países que forman parte de la OMC, es el que ofrece mayores posibilidades de cumplimiento en comparación con la mayoría de los acuerdos bilaterales o subregionales, al menos en relación con los mecanismos de solución de diferencias entre los Estados. Esto se materializa principalmente en tres aspectos.

---

<sup>26</sup> Shaffer señala que el costo de contratar asesoría legal externa puede ascender como mínimo a los 400.000 dólares por caso. En algunas controversias, tales como la del Brasil contra los Estados Unidos a causa del subsidio a las exportaciones de algodón, el importe superó el millón de dólares (Shaffer, 2005, pág. 30).

- i) La solución de un conflicto en el marco multilateral contribuye a minimizar —aunque no a eliminar del todo— el riesgo de politización de las controversias, particularmente de aquellas que presentan algún grado de sensibilidad en un entorno bilateral. Con ello no solo se reducen las posibilidades de “contaminación” de la relación bilateral en otras áreas, sino que se facilita la solución de diferencias (BID, 2002).
- ii) La OMC ofrece a los países Miembros la opción de incrementar su poder de negociación al sumar su fuerza con la de otros Miembros que, actuando como demandantes o terceras partes, participen en el proceso. Esta posibilidad de promover la acción colectiva mediante la colaboración recíproca no está presente —o lo está de manera más reducida— en los acuerdos bilaterales o subregionales que, por definición, tienen un menor número de integrantes (Drahos, 2005). Desde el punto de vista de los países más débiles, esto contribuye a aumentar las posibilidades de cumplimiento de un país de mayor poder relativo.
- iii) Otro aspecto relacionado con el número de Miembros de la OMC y, en parte, con la diversidad de temas cubiertos por ella, es que los países más débiles pueden encontrar en este foro una mayor posibilidad de vincular diversos temas como forma de incrementar su poder de negociación o de utilizar los temas multilaterales relevantes con el mismo propósito. En general, es lo que han realizado los países latinoamericanos en el marco del conflicto bananero con la UE, al utilizar las reuniones ministeriales de Marrakech, Doha y más recientemente Hong Kong para promover sus intereses en la materia.

Esta visión, sin embargo, no es compartida por todos los expertos y tampoco es necesariamente aplicable en todos los casos. Por ejemplo, Ramírez considera que el mecanismo de observancia de los informes arbitrales del TLCAN es su “mejor virtud”, puesto que mientras en la OMC hay que someter el caso a un grupo especial de cumplimiento y a un arbitraje para determinar el plazo prudencial pertinente, en el TLCAN la Parte que ha de cumplir debe demostrar que lo ha hecho en un plazo de 30 días o, de lo contrario, se procede al arbitraje y se habilita el derecho a exigir una retorsión (Ramírez, citado en Lacarte y Granados, 2005). Al respecto, cabe señalar que si bien el tiempo es un elemento relevante en materia de cumplimiento, el hecho de que se permita suspender más rápidamente las concesiones no garantiza de por sí un mayor nivel de observancia.

Los acuerdos bilaterales y subregionales estudiados presentan distintos enfoques en materia de cumplimiento. Por una parte, en los convenios suscritos por los Estados Unidos el informe no es obligatorio, sino que las Partes deben acordar una solución de la controversia que, de preferencia, consistirá en acatar sus recomendaciones. Por otra, en los acuerdos suscritos por la UE y el Japón, el informe del grupo arbitral es definitivo y obligatorio, lo que contribuye a promover su observancia desde una perspectiva estructural. A su vez, en lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento, en los convenios más recientes suscritos por los Estados Unidos y la UE es posible identificar la introducción de una compensación monetaria como forma de incrementar las presiones en favor del cumplimiento, aspecto que no está incluido en el ESD. El caso del AAE UE-CL es el más claro en este sentido.

La incorporación de elementos estructurales que contribuyan a promover el cumplimiento de los informes en un mecanismo de solución de controversias es, por supuesto, fundamental. Es preciso señalar, sin embargo, que debe mantenerse un equilibrio adecuado entre estos incentivos y los necesarios para que los países más poderosos continúen participando del sistema sin retrotraerse de este, puesto que si ello sucediera se haría nugatorio el objetivo del mecanismo en cuestión. Hasta la fecha, no parece haberse presentado esta situación en el marco de los acuerdos bilaterales y subregionales estudiados, aunque en algunos casos el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias del TLCAN ha generado presiones importantes al respecto en los Estados Unidos.

Desde otra perspectiva, debe analizarse cuidadosamente la eficacia de los elementos estructurales incorporados en los mecanismos de solución de controversias que pueden ser activados por los particulares, tales como el capítulo 19 del TLCAN. El objetivo de los agentes privados al ponerlos en marcha no es necesariamente la aclaración del derecho, sino más bien lograr un resultado tangible como la devolución de los derechos antidumping y la revocación del mandato que los impuso. En este caso, la elección del foro para resolver una diferencia dependerá del recurso disponible al finalizar el proceso. Como lo señala Steger (2004), el sistema de la OMC implica un proceso de tres años durante los cuales deben pagarse los derechos, mientras que de conformidad con el citado capítulo 19 existe la posibilidad, si el caso tiene éxito, de lograr incluso la eliminación total de los derechos. Así, desde esta óptica los incentivos del capítulo 19 pueden ser más eficaces que los del mecanismo del ESD (Steger, 2004). En general, en el caso de los mecanismos activados por particulares, los acuerdos bilaterales y subregionales han introducido nuevas alternativas para la solución de diferencias entre los Estados que, sin estar exentas de limitaciones, representan tal vez una mejor opción para satisfacer los intereses en conflicto.



## 6. Utilización

En los estudios sobre los mecanismos de solución de controversias suele establecerse una comparación entre el nivel de utilización del ESD y el de los esquemas previstos en los acuerdos bilaterales y subregionales. Una vez más, solo es factible hacer esta comparación entre la OMC y el TLCAN, dado que los demás mecanismos no han sido activados debido al escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de los acuerdos pertinentes.

En relación con el TLCAN, es necesario distinguir dos situaciones a los efectos de comparación con el ESD: la del mecanismo de solución de controversias entre los Estados y aquella de los demás mecanismos, en particular del capítulo 19<sup>27</sup>. En el primer caso, está claro que el sistema de la OMC ha sido más utilizado que el esquema del Capítulo 20 del TLCAN. Mientras que en el marco del primero se han presentado 28 casos, entre los países del segundo solo tres han llegado hasta la etapa de formación del grupo arbitral (de Mestral, 2005, pág. 28). Entre los argumentos utilizados para explicar el mayor uso del ESD se cuentan los siguientes: i) la percepción de mayor eficacia para resolver los conflictos, junto con el menor riesgo de politización; ii) la posibilidad de construir alianzas con países que tienen intereses similares; iii) la mayor certidumbre de los resultados que genera la jurisprudencia existente; iv) el récord satisfactorio de cumplimiento; v) su credibilidad, y vi) según algunos autores, la mayor eficacia de sus procedimientos, sobre todo respecto de la selección de los integrantes de los grupos especiales, la posibilidad de apelación y el mecanismo para asegurar el cumplimiento de los informes (BID, 2002 y Nakagawa, 2005).

En cuanto a la segunda situación, como ya se señaló, el mecanismo del capítulo 19 del TLCAN ha sido ampliamente utilizado, activándose en más de 100 oportunidades y con una percepción muy generalizada de éxito. Con todo, es importante tener presente que la aplicación de este capítulo no excluye la posibilidad de acudir al mecanismo del ESD, tal como ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de la madera blanda y del jarabe de fructosa.

Entre los comentaristas existe la percepción, basada en las experiencias de utilización del sistema multilateral, de que este ofrece mayores fortalezas que los mecanismos de solución de controversias del TLCAN (de Mestral, 2005). Sin embargo, este criterio no es uniforme y tampoco es aplicable en todas las áreas o en relación con todos los

---

<sup>27</sup> La comparación no es relevante en el caso del procedimiento de solución de controversias entre un inversionista y el Estado o en materia laboral o ambiental, ya que estas áreas no están cubiertas por la OMC.

aspectos del procedimiento (Steger, 2004). Más aún, esta impresión no es necesariamente válida para los demás acuerdos bilaterales y subregionales estudiados, puesto que en un caso determinado algunos de los factores estructurales que han incorporado —en particular, el pago de una compensación monetaria mientras dura el incumplimiento— bien podrían representar un elemento tan relevante como para que el país que se considera afectado por una medida de otro se incline más bien por activar el mecanismo previsto en dichos acuerdos que el del ESD. La verdadera eficacia de los factores estructurales habrá de analizarse a la luz de las experiencias concretas en que se traduzca la aplicación de estos acuerdos en el futuro.

### **E. A modo de conclusión: lecciones de política relevantes para los países de América Latina y el Caribe**

En la última década se ha presenciado un fortalecimiento y proliferación de los mecanismos orientados a resolver conflictos comerciales. Por una parte, el surgimiento del ESD, aunque se fundamentó en la normativa y los casi 50 años de experiencia del GATT, introdujo cambios fundamentales que condujeron al establecimiento de un sistema multilateral de adjudicación de controversias renovado, independiente y fortalecido. Por otra, la suscripción de acuerdos comerciales bilaterales y subregionales ha traído consigo una multiplicación de dichos mecanismos, abriendo así nuevas alternativas para los países y los agentes económicos. En este sentido, el actual escenario internacional es muy distinto de lo que era hace 20 años.

Es posible percibir que, como regla general, en este período se ha producido una tendencia creciente de legalización de los mecanismos de solución de diferencias, tanto del ESD en comparación con el GATT como algunos elementos de los acuerdos bilaterales y subregionales objeto del presente estudio. Este aspecto es importante para los países de América Latina y el Caribe, ya que debido a las asimetrías de poder existentes les conviene que las controversias comerciales, sobre todo con los países desarrollados, sean resueltas por una tercera instancia imparcial sobre la base de reglas previamente definidas.

A pesar de algunas semejanzas, los mecanismos establecidos a nivel multilateral y en los ámbitos bilateral y subregional tienen una estructura distinta, en particular en cuanto a su naturaleza, principios generales, procedimientos, costos y cumplimiento. Sobre la base de estas diferencias, parecería que en principio la OMC representa —al menos desde una óptica conceptual— una mejor opción para los países de la región que los convenios

suscritos hasta la fecha por algunos de ellos con los Estados Unidos, la UE y el Japón. Es necesario subrayar, sin embargo, que esta afirmación debe matizarse a la luz, por ejemplo, de ciertos factores estructurales que podrían contribuir a que las alternativas que ofrecen los acuerdos bilaterales resulten más atractivas que las del ESD. Desde este punto de vista, es importante señalar que el AAE UE-CL presenta un mayor nivel de legalización que el de los demás acuerdos examinados, incluida la fase de cumplimiento, por la cual será interesante examinar su aplicación en el futuro para confirmar la relevancia de dichos factores.

No obstante las ventajas que pueda ofrecer el ESD, al menos en comparación con los mecanismos intergubernamentales establecidos en otros instrumentos, lo cierto es que en tanto los países de América Latina y el Caribe continúen suscribiendo tratados comerciales bilaterales y subregionales, será necesario procurar que cuenten con mecanismos de solución de controversias que cumplan sus funciones de la mejor manera posible.

Al respecto, está claro que los mecanismos incluidos en los acuerdos bilaterales y subregionales estudiados pueden perfeccionarse, al menos en los siguientes aspectos: i) mayor automaticidad en la designación de panelistas; ii) carácter obligatorio del informe de los grupos arbitrales, en caso de que no lo tengan; iii) mejoramiento de las opciones para promover el cumplimiento de los informes, incluidos el pago retroactivo de los daños y las costas legales; iv) fortalecimiento del apoyo por parte de los órganos encargados de administrar los sistemas de solución de controversias; v) incremento de la transparencia, y vi) desarrollo de alternativas menos tradicionales tales como un procedimiento simplificado para las reclamaciones de bajo valor o entre países pequeños.

Desde otro punto de vista, sin duda la fragmentación excesiva presenta algunos problemas. Entre los más graves se cuentan las posibles soluciones diferentes e incluso contradictorias respecto de conflictos similares en los distintos foros, con la incertidumbre que ello trae consigo para los agentes económicos y el consiguiente incremento de los costos de transacción. En cierto modo, ello atenta contra los objetivos subyacentes de todo mecanismo de solución de conflictos comerciales.

De ahí que una opción interesante de explorar en el caso de los países de América Latina y el Caribe sería la posibilidad de consolidar los mecanismos de solución de controversias previstos en los distintos acuerdos, especialmente si algunos de los países desarrollados continúan negociando convenios similares con otros países de la región. Al principio, quizás esta medida podría ser más viable en el campo de los procedimientos orientados a resolver diferencias entre los inversionistas y el Estado.

En todo caso, lo que sí estaría dentro del ámbito de control de los países de la región es la consolidación de los esfuerzos por fortalecer el acceso real a los mecanismos de solución de controversias de los acuerdos mencionados, en particular mediante el desarrollo de capacidades a nivel regional para participar efectivamente en dichos mecanismos. Ello podría incluir las siguientes actividades de colaboración: i) capacitación e intercambio de experiencias sobre temas de fondo y procedimentales, así como sobre los aspectos prácticos que afectan la conducción de estos procesos —incluido, por ejemplo, el criterio de selección de abogados externos—; ii) centros de estudio y análisis de la evolución jurisprudencial en la OMC y su incidencia en la región; iii) proyectos regionales de asesoría legal, incluido el fortalecimiento de la capacidad privada en los países de la región o la creación de sedes regionales del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, y iv) otros aspectos más novedosos tales como el desarrollo de nuevas estrategias para movilizar los recursos legales, mejorar la coordinación con el sector privado para asegurar su apoyo técnico y económico en los procesos y la formación de alianzas con grupos y organizaciones de los países desarrollados que no solo permitan fortalecer el poder de negociación, sino inclusive obtener asistencia técnica.

## Bibliografía

- Association of the Bar of the City of New York (2005), "Composition of the WTO Dispute Settlement Panels" [en línea] <http://www.nycbar.org/>.
- Bacchus, James (2004), "Dejar que entre el sol: una opinión sobre el examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias", *Solución de controversias comerciales intergubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Julio Lacarte y Jaime Granados (eds.), Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo (BID)/Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL).
- BID (Banco Interamericano de Desarrollo) (2002), "Más allá de las fronteras: el nuevo regionalismo en América Latina", *Institucionales regionales y mecanismos de solución de controversias*, Washington, D.C.
- Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002*, 19 U.S.C. Sec. 3802(b)(12) (2002).
- Cavazos Villanueva, Gabriel y Luis F. Martínez Serna (2002), *Private Parties in the NAFTA Dispute Settlement Mechanisms: the Mexican Experience*, Nueva Orleans, Tulane Latin America Law Institute.
- Chriss, Richard (2005), "The WTO at 10: Perspectives on Regional and Multilateral Dispute Settlement", documento presentado en el seminario "WTO At 10: a Look At the Appellate Body", Sao Paulo, 16 de mayo.
- Comisión de Libre Comercio del TLCAN (2004), Declaración Conjunta, 16 de julio [en línea] Free Trade Commission Joint Statement, San Antonio, July 16, 2004. Decade of Achievement, disponible en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/JS-SanAntonio-en.asp>.
- Cossy, Mireille (2005), "Panels' consultations with scientific experts", *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds), Cambridge, Cambridge University Press.
- Cruz Miramontes, Rodolfo y Oscar Cruz Barney (2005), "Diez años del capítulo XIX del TLCAN", *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, Jorge Witker (coord.), México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México (UNAME).
- Davey, William J. (2001), "WTO dispute settlement and proposals for reform", *Trade Policy Analysis*, vol. 3, N° 1, Cordell Hull Institute, mayo.
- De Mestral, A.L.C. (2005), "NAFTA dispute settlement: creative experiment or confusion?", documento presentado en la conferencia "Regional Trade Agreements and the WTO Legal System", Edinburgh, 27 y 28 de mayo.
- Drahos, Peter (2005), "The bilateral web of trade dispute settlement", documento presentado en el taller "WTO Dispute Settlement and Developing Countries: Use, Implications, Strategies, Reforms", University of Wisconsin at Madison, 20 y 21 de mayo.
- Durling, James y David Harling (2005), "Amicus curiae participation in WTO dispute settlement: reflections on the past decade", *Key Issues in WTO Dispute Settlement: the First Ten Years*, Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Evans, David y Celso de Tarso Pereira (2005), "DSU review: a view from the inside", *Key Issues in WTO Dispute Settlement: the First Ten Years*, Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press.

- Gantz, David A. (2005), "An appellate mechanism for review of arbitral decisions in investor-State disputes: prospects and challenges", The Berkeley Electronic Press Paper, N° 703 [en línea] <http://law.bepress.com/expreso/eps/703>.
- García Berceo, Ignacio (2005), "Dispute settlement in EU FTAs: lessons learned", documento presentado en la conferencia "Regional Trade Agreements and the WTO Legal System", Edinburgo, 27 y 28 de mayo.
- Granados, Jaime y Ann Casanova (2004), "Tratamiento de las asimetrías en tamaño y desarrollo en los acuerdos comerciales internacionales: algunas sugerencias para la solución de controversias en los acuerdos Norte-Sur", *Solución de controversias comerciales intergubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Julio Lacarte y Jaime Granados (eds.), Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo (BID)/Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL).
- Hermann, Lawrence (2005), "Making NAFTA better. Comments on the evolution of Chapter 19", *CTPL Occasional Papers in International Trade Law and Policy*, N° 57, University of Ottawa-Carleton University.
- Hufbauer, Gary Clide y Jeffrey J. Schott (2005), *NAFTA revisited. Achievements and Challenges*, Washington, D.C., Institute for International Economics.
- Hughes, Valerie (2005), "The WTO Appellate Body's role: a view from the academic and diplomatic communities", documento presentado en el seminario "WTO At 10: a Look At the Appellate Body", Sao Paulo, 16 de mayo.
- (2004), "El sistema de solución de diferencias de la OMC: una experiencia exitosa", *Solución de controversias comerciales intergubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Julio Lacarte y Jaime Granados (eds.), Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo (BID)/Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL).
- Inside US Trade* (2005), "US, EU, Canada agree to public broadcast of hormone panel", 12 de agosto.
- (2004), "NAFTA dispute settlement falls short of promise for quick action", 23 de enero.
- ICTSD (Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible) (2005), "DSU review effectively on hold", *Bridges Weekly Trade News Digest*, vol. 9, N° 36, 28 de octubre.
- (2004), "Review of the Dispute Settlement Understanding", *Doha Round Briefing Series*, vol. 3, N° 8, diciembre.
- (2003), "Review of the Dispute Settlement Understanding", *Doha Round Briefing Series*, vol. 1, N° 8, febrero; vol. 2, N° 8, agosto.
- Kirton, John (2004), "NAFTA dispute settlement mechanisms: an overview", documento presentado en el taller de expertos "NAFTA and its implications for ASEAN's Free Trade Area", Toronto, Asian Institute, Munk Centre for International Studies, 27 de mayo.
- Jackson, John H. (2000), "The role and effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism", Washington, D.C., The Brookings Institution [en línea] [http://muse.jhu.edu/journals/brookings\\_trade\\_forum/v2000/2000.1jackson.html](http://muse.jhu.edu/journals/brookings_trade_forum/v2000/2000.1jackson.html).
- Jackson, John H., William Davey y Alan Sykes (1995), *Legal Problems of International Economic Relations*, Minnesota, West Publishing Company.

- Macrory, Patrick (2002), "NAFTA Chapter 19: a successful experiment in international trade dispute resolution", *The Border Papers*, N° 168, Toronto, C.D. Howe Institute.
- Marceau, Gabrielle (2005), "Consultations and the panel process in the WTO", *Key Issues in WTO Dispute Settlement: the First Ten Years*, Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press.
- McGovern, Brendan (2005), "Implementation of panel and Appellate Body rulings: an overview", *Key Issues in WTO Dispute Settlement: the First Ten Years*, Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Lacarte, Julio y Jaime Granados (2004), "Mesa redonda: Perspectivas para la Ronda Doha de la OMC y su repercusión sobre la solución de controversias", *Solución de controversias comerciales intergubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Julio Lacarte y Jaime Granados (eds.), Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo (BID)/Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL).
- Nakagawa, Junji (2005), "Comparing dispute settlement systems: NAFTA and the WTO", documento presentado en el taller de CREP, 13 de septiembre.
- OMC (Organización Mundial del Comercio) (2005), *Informe del Grupo Especial, México- Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas (WT/DS308)*, Ginebra.
- (2004), Procedimientos de trabajo para el examen en apelación. Comunicación del Órgano de Apelación (WT/AB/WP/W/9), Ginebra, 7 de octubre.
- (1996), "Normas de conducta para la aplicación del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias" (WT/DSB/RC/1) [en línea] [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/rc\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/rc_s.htm).
- Ortiz Mena, Antonio (2001), "Dispute settlement under NAFTA: the challenges ahead", documento presentado en la conferencia "NAFTA in the New Millenium", University of Alberta, 24 y 25 de mayo [en línea] <http://www.bus.ualberta.ca/WCER/pdf/NAFTAOrtiz.pdf>.
- Plank-Brumback, Rosine (2001), "Solución de controversias", *Hacia el libre comercio en las Américas*, José Manuel Salazar-Xirinach y Maryse Robert (eds.), Washington, D.C., Organización de los Estados Americanos (OEA)/Brookings Institute Press.
- Petersmann, Ernst-Ulrich (1998), "The GATT/WTO dispute settlement system: international law", *International Organizations and Dispute Settlement*, Londres, Kluwer Law International.
- Public Citizen (2005), "NAFTA's threat to sovereignty and democracy: the record of Nafta Chapter 11 Investor-State Cases 1994-2005" [en línea] <http://www.citizen.org>.
- Reif, Linda (2004), "NAFTA, the WTO and the FTAA: from choice of forum in inter-State disputes to private actor access to dispute settlement", borrador, 14 de mayo.
- Renouf, Yves (2005), "A brief introduction to countermeasures in the WTO dispute settlement system", *Key Issues in WTO Dispute Settlement: the First Ten Years*, Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Sáez, Sebastián (2005), "Las controversias en el marco de la OMC: de dónde vienen, en dónde están, a dónde van", *serie Comercio internacional*, N° 63 (LC/L.2502-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.05.II.G.33.

- Shaffer, Gregory (2005), "Weaknesses and proposed improvements to the WTO Dispute Settlement System: an economic and market-oriented review", documento presentado en el seminario "WTO At 10: a Look At the Appellate Body", Sao Paulo, 16 de mayo.
- (2003), "How to make the WTO Dispute Settlement System work for developing countries: some proactive developing country strategies", inédito.
- Steger, Debra (2004), "La solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)", *Solución de controversias comerciales intergubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Julio Lacarte y Jaime Granados (eds.), Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo (BID)/ Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL).
- Sutherland, Peter y otros (2004), *El futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio. Informe del Consejo Consultivo al antiguo Director General Supachai Panitchpakdi*, Ginebra, Organización Mundial del Comercio (OMC).
- Szepesi, S. (2004), "Comparing EU free trade agreements. Dispute settlement", *ECDPM In Brief 6G*, Maastricht.
- Trachtman, Joel (2005), "Jurisdiction in WTO dispute settlement", *Key Issues in WTO Dispute Settlement: the First Ten Years*, Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Unzurrunzaga Valle, María Ester (2005), "Trade disputes settlement in the European Union Association Agreements with Mexico and Chile", inédito.
- Van den Bossche, Peter (2005), "The making of the "World Trade Court": the origins and development of the Appellate Body of the World Trade Organization", *Key Issues in WTO Dispute Settlement: the First Ten Years*, Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Vega Cánovas, Gustavo (2003), "The experience of NAFTA Dispute Settlement Mechanisms: lessons for the FTAA", documento presentado en el Atelier Alena, Montreal, Institute D'Etudes Internationales, University of Quebec.
- Wilson, Bruce (2005), "The WTO dispute settlement system and its operation: a brief overview of the first ten years", *Key Issues in WTO Dispute Settlement: the First Ten Years*, Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Zimmermann, Thomas A. (2005), "WTO dispute settlement at ten: evolution, experiences, and evaluation", *The Swiss Review of International Economic Relations*, vol. 60, N° 1.



**Anexo: Cuadro V.1**  
**ESQUEMA COMPARATIVO DEL ENTENDIMIENTO SOBRE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS Y LOS MECANISMOS PERTINENTES DE LOS ACUERDOS BILATERALES Y SUBREGIONALES OBJETO DE EXAMEN<sup>a</sup>**

ESD	TLCAN	TLC EU-CL	CAFTA-RD	TLCUEM	AAE UE-CL	AAE MX-JP
<b>Objetivos</b>	Prevenir y resolver conflictos	Prevenir y resolver conflictos	Prevenir y resolver conflictos	Prevenir y resolver conflictos	Prevenir y resolver conflictos	Prevenir y resolver conflictos
<b>Mecanismos</b>	Varios mecanismos	Varios mecanismos	Varios mecanismos	Varios mecanismos	Varios mecanismos	Varios mecanismos
<b>Actores</b>	Gobiernos en mecanismo principal, particulares en ciertos mecanismos especializados	Gobiernos en mecanismo principal, particulares en ciertos mecanismos especializados	Gobiernos en mecanismo principal, particulares en ciertos mecanismos especializados	Gobiernos en mecanismo principal, particulares en ciertos mecanismos especializados	Gobiernos en mecanismo principal, particulares en ciertos mecanismos especializados	Gobiernos en mecanismo principal, particulares en ciertos mecanismos especializados
<b>Cobertura</b>	Acuerdo, con exclusión de ciertas áreas	Acuerdo, con exclusión de ciertas áreas	Acuerdo, con exclusión de ciertas áreas	Acuerdo, con exclusión de ciertas áreas	Acuerdo, con exclusión de ciertas áreas	Acuerdo, con exclusión de ciertas áreas
<b>Activación del procedimiento arbitral</b>	Violación del acuerdo, anulación o menoscabo	Violación del acuerdo, anulación o menoscabo	Violación del acuerdo, anulación o menoscabo	Violación del acuerdo	Violación del acuerdo	Violación del acuerdo
<b>Etapas</b>	Consultas; grupos especiales; comisión administradora; grupos arbitrales	Consultas; comisión administradora; grupos arbitrales	Consultas; comisión administradora; grupos arbitrales	Consultas en seno de comisión; grupos arbitrales	Consultas en seno de comisión; grupos arbitrales	Consultas; grupos arbitrales

(continúa)

Anexo: Cuadro V.1 (continuación)

	ESD	TLCAN	TLC EU-CL	CAFTA-RD	TLCJEM	AAE UE-CL	AAE MX-JP
Composición de grupos especiales	No nacionales; mutuo acuerdo o, en su defecto, designados por Director General	Nacionales y no listado de posibles panelistas; mutuo acuerdo o, en su defecto, selección "cruzada"	Nacionales; listado posibles panelistas; mutuo acuerdo o, en su defecto, selección "cruzada"	Nacionales y no listado de posibles panelistas; mutuo acuerdo o, en su defecto, selección "cruzada"	Nacionales y no mutuo acuerdo o, en su defecto, por sorteo	Nacionales y no nacionales; listado de posibles panelistas; mutuo acuerdo o, en su defecto, por sorteo	Nacionales y no nacionales; mutuo acuerdo o, en su defecto, por sorteo
Participación de terceras partes	Sí	Sí	No aplica	Sí	No aplica	No aplica	No aplica
Transparencia	OaA fijó criterios para amicus curiae; procedimientos confidenciales, pero Partes pueden acordar publicidad de audiencias	En proceso de fijar criterios para amicus curiae y permitir audiencias públicas	Amicus curiae; audiencias públicas	Amicus curiae; audiencias públicas	No amicus curiae; procedimientos confidenciales	Amicus curiae; audiencias públicas	No amicus curiae; procedimientos confidenciales
Informes	Informe provisional, previo a lo cual el grupo envía capítulos expositivos a las Partes; informe definitivo	Informe preliminar; informe final	Informe preliminar; informe final	Informe preliminar; informe final	Informe preliminar; informe final	Informe preliminar; informe final	Informe preliminar; informe final

(continúa)

**Anexo: Cuadro V.1 (conclusión)**

ESD	TLCAN	TLC EU-CL	CAFTA-RD	TLCUEM	AAE UE-CL	AAE MX-JP
Apelación	Ante el OAB <sup>a</sup> , por cuestiones de derecho	No existe mecanismo de apelación	No existe mecanismo de apelación	No existe mecanismo de apelación	No existe mecanismo de apelación	No existe mecanismo de apelación
Cumplimiento	Informe adoptado por OSD <sup>c</sup> debe ser cumplido	Informe no es obligatorio; Partes deben acordar solución de la controversia	Informe no es obligatorio; Partes deben acordar solución de la controversia	Informe definitivo y obligatorio	Informe definitivo y obligatorio	Informe definitivo y obligatorio
Consecuencias del incumplimiento	Posible compensación o suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes	Posible compensación, compensación monetaria o suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes	Posible compensación, compensación monetaria o suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes	Posible compensación o suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes	Compensación monetaria obligatoria hasta que se cumpla; posible compensación o suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes	Posible compensación o suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes
Disposiciones especiales para países en desarrollo	Sí	No	No	No	No	No

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los respectivos tratados y acuerdos.

<sup>a</sup> Por lo general, el cuadro se refiere a los mecanismos intergubernamentales de solución de controversias, salvo cuando se indique algo distinto.

<sup>b</sup> Órgano de Apelación.

<sup>c</sup> Órgano de Solución de Diferencias.



## Publicaciones de la CEPAL *ECLAC publications*

Comisión Económica para América Latina y el Caribe  
*Economic Commission for Latin America and the Caribbean*  
Casilla 179-D, Santiago de Chile. E-mail: [publications@cepal.org](mailto:publications@cepal.org)  
Véalas en: [www.cepal.org/publicaciones](http://www.cepal.org/publicaciones)  
*Publications may be accessed at: [www.eclac.org](http://www.eclac.org)*

### Revista CEPAL / *CEPAL Review*

La Revista se inició en 1976 como parte del Programa de Publicaciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, con el propósito de contribuir al examen de los problemas del desarrollo socioeconómico de la región. Las opiniones expresadas en los artículos firmados, incluidas las colaboraciones de los funcionarios de la Secretaría, son las de los autores y, por lo tanto, no reflejan necesariamente los puntos de vista de la Organización.

La *Revista CEPAL* se publica en español e inglés tres veces por año.

Los precios de suscripción anual vigentes para 2010 son de US\$ 30 para ambas versiones. El precio por ejemplar suelto es de US\$ 15 para ambas versiones. Los precios de suscripción por dos años son de US\$ 50 para ambas versiones.

*CEPAL Review first appeared in 1976 as part of the Publications Programme of the Economic Commission for Latin America and the Caribbean, its aim being to make a contribution to the study of the economic and social development problems of the region. The views expressed in signed articles, including those by Secretariat staff members, are those of the authors and therefore do not necessarily reflect the point of view of the Organization.*

*CEPAL Review is published in Spanish and English versions three times a year.*

*Annual subscription costs for 2010 are US\$ 30 for both versions. The price of single issues is US\$ 15 in both cases. The cost of a two-year subscription is US\$ 50 for both versions.*

### Informes periódicos institucionales / *Annual reports*

**Todos disponibles para años anteriores / *Issues for previous years also available***

- *Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe, 2009, 184 p.*  
***Preliminary Overview of the Economies of Latin America and the Caribbean, 2009, 166 p.***
- *Estudio económico de América Latina y el Caribe 2008-2009, 154 p.*  
***Economic Survey of Latin America and the Caribbean 2008-2009, 144 p.***
- *Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe, 2008-2009. Crisis y espacios de cooperación regional, 112 p.*

- Latin America and the Caribbean in the World Economy, 2008-2009. Crisis and opportunities for regional cooperation*, 108 p.**
- ***Panorama social de América Latina, 2009*, 218 p.**  
***Social Panorama of Latin America, 2009*, 208 p.**
  - ***La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe, 2009*, 162 p.**  
***Foreign Direct Investment of Latin America and the Caribbean, 2009*, 158 p.**
  - ***Anuario estadístico de América Latina y el Caribe / Statistical Yearbook for Latin America and the Caribbean* (bilingüe/bilingual), 2009, 316 p.**

## Libros de la CEPAL

- 108 ***Alianzas público-privadas. Para una nueva visión estratégica del desarrollo***, Robert Devlin y Graciela Moguillansky, 2010, 196 p.
- 105 ***Regulation, Worker Protection and Active Labour-Market Policies in Latin America***, Jürgen Weller (ed.), 2009, 236 p.
- 104 ***La República Dominicana en 2030: hacia una sociedad cohesionada***, Víctor Godínez y Jorge Máttar (coords.), 2009, 582 p.
- 103 ***L'Amérique latine et les Caraïbes au seuil du troisième millénaire*, 2009, 138 p.**
- 102 ***Migración interna y desarrollo en América Latina entre 1980 y 2005***, Jorge Rodríguez y Gustavo Busso, 2009, 272 p.
- 101 ***Claves de la innovación social en América Latina y el Caribe***, Adolfo Rodríguez Herrera y Hernán Alvarado Ugarte, 2009, 236 p.
- 100 ***Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas***, Sandra Huenchuan (ed.)
- 99 ***Economía y territorio en América Latina y el Caribe. Desigualdades y políticas***, 2009, 212 p.
- 98 ***La sociedad de la información en América Latina y el Caribe: desarrollo de las tecnologías y tecnologías para el desarrollo***, Wilson Peres y Martin Hilbert (eds.), 2009, 388 p.
- 97 ***América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo***, Jorge Martínez Pizarro (ed.), 2008, 375 p.
- 96 ***Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros***, Irma Arriagada (coord.), 2007, 424 p.
- 95 ***Centroamérica y México: políticas de competencia a principios del siglo XXI***, Eugenio Rivera y Claudia Schatan (coords.), 2008, 304 p.
- 94 ***América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio***, Álvaro Díaz, 2008, 248 p.
- 93 ***Tributación en América Latina. En busca de una nueva agenda de reformas***, Oscar Cetrángolo y Juan Carlos Gómez-Sabaini (comps.), 2007, 166 p.
- 92 ***Fernando Fajnzylber. Una visión renovadora del desarrollo en América Latina***, Miguel Torres Olivos (comp.), 2006, 422 p.
- 91 ***Cooperación financiera regional***, José Antonio Ocampo (comp.), 2006, 274 p.
- 90 ***Financiamiento para el desarrollo. América Latina desde una perspectiva comparada***, Barbara Stallings con la colaboración de Rogério Studart, 2006, 396 p.
- 89 ***Políticas municipales de microcrédito. Un instrumento para la dinamización de los sistemas productivos locales. Estudios de caso en América Latina***, Paola Foschiatto y Giovanni Stumpo (comps.), 2006, 244 p.
- 88 ***Aglomeraciones en torno a los recursos naturales en América Latina y el Caribe: Políticas de articulación y articulación de políticas***, 2006, 266 pp.
- 87 ***Pobreza, desertificación y degradación de los recursos naturales***, César Morales y Soledad Parada (eds.), 2006, 274 p.

## Copublicaciones recientes / Recent co-publications

*Sesenta años de la CEPAL. Textos seleccionados del decenio 1998-2008*, Ricardo Bielschowsky (comp.), CEPAL/Siglo Veintiuno, Argentina, 2010.

*El nuevo escenario laboral latinoamericano. Regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo*, Jürgen Weller (ed.), CEPAL/Siglo Veintiuno, Argentina, 2010.

*Internacionalización y expansión de las empresas eléctricas españolas en América Latina*, Patricio Rozas Balbontín, CEPAL/Lom, Chile, 2009.

*Gobernanza corporativa y desarrollo de mercados de capitales en América Latina*, Georgina Núñez, Andrés Oneto y Germano M. de Paula (coords.), CEPAL/Mayol, Colombia, 2009.

*EnREDos. Regulación y estrategias corporativas frente a la convergencia tecnológica*, Marcio Wohlers y Martha García-Murillo (eds.), CEPAL/Mayol, Colombia, 2009.

*Desafíos y oportunidades de la industria del software en América Latina*, Paulo Tigre y Felipe Silveira Marques (eds.), CEPAL/Mayol, Colombia, 2009.

*¿Quo vadis, tecnología de la información y de las comunicaciones?*, Martin Hilbert y Osvaldo Cairó (eds.), CEPAL/Mayol, Colombia, 2009.

**O Estruturalismo latino-americano, Octavio Rodríguez, CEPAL/Civilização Brasileira, 2009.**

**L'avenir de la protection sociale en Amérique latine. Accessibilité, financement et solidarité, CEPALC/Eska, France, 2009.**

*Fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Cuentas individuales por reparto*, Robert Holzmann, Edward Palmer y Andras Uthoff (eds.), CEPAL/Mayol, Colombia, 2008.

**Competition Policies in Emerging Economies. Lessons and Challenges from Central America and Mexico**, Claudia Schatan and Eugenio Rivera Urrutia (eds.), ECLAC/Springer, USA, 2008.

*Estratificación y movilidad social en América Latina. Transformaciones estructurales en un cuarto de siglo*, Rolando Franco, Arturo León y Raúl Atria (coords.), CEPAL/Lom, Chile, 2007.

**Economic growth with equity. Challenges for Latin America**, Ricardo Ffrench-Davis and José Luis Machinea (eds.), ECLAC/Palgrave Macmillan, United Kingdom, 2007.

*Mujer y empleo. La reforma de la salud y la salud de la reforma en Argentina*, María Nieves Rico y Flavia Marco (coords.), CEPAL/Siglo XXI, Argentina, 2006.

*El estructuralismo latinoamericano*, Octavio Rodríguez, CEPAL/Siglo XXI, México, 2006.

*Gobernabilidad corporativa, responsabilidad social y estrategias empresariales en América Latina*, Germano M. de Paula, João Carlos Ferraz y Georgina Núñez (comps.), CEPAL/Mayol, Colombia, 2006.

*Desempeño económico y política social en América Latina y el Caribe. Los retos de la equidad, el desarrollo y la ciudadanía*, Ana Sojo y Andras Uthoff (comps.), CEPAL/Flacso-México/Fontamara, México, 2006.

*Política y políticas públicas en los procesos de reforma de América Latina*, Rolando Franco y Jorge Lanzaro (coords.), CEPAL/Flacso-México/Miño y Dávila, México, 2006.

**Finance for Development. Latin America in Comparative Perspective**, Barbara Stallings with Rogério Studart, ECLAC/Brookings Institution Press, USA, 2006.

## Coediciones recientes / Recent co-editions

**The United Nations Regional Commissions and the Climate Change Challenges, ECLAC/ECA/ECE/ESCAP/ESWA, 2009.**

*Hacia un desarrollo inclusivo. El caso de Chile*, Osvaldo Sunkel y Ricardo Infante (eds.), CEPAL/OIT/Fundación Chile 21, Chile, 2008.

*Reformas para la cohesión social en América Latina. Panorama antes de la crisis*, Alicia Bárcena y Narcís Serra (eds.), CEPAL/SEGIB/CIDOB, Chile, 2008.

*El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe*, CEPAL/UNFPA, 2009.

*Espacio iberoamericano: la economía del conocimiento*, CEPAL/SEGIB, Chile, 2008.

*Hacia la revisión de los paradigmas del desarrollo en América Latina*, Oscar Altimir, Enrique V. Iglesias, José Luis Machinea (eds.), CEPAL/SEGIB, Chile, 2008.

***Por uma revisão dos paradigmas do desenvolvimento na América Latina***, Oscar Altimir, Enrique V. Iglesias, José Luis Machinea (eds.), CEPAL/SEGIB, Chile, 2008.

*Hacia un nuevo pacto social. Políticas económicas para un desarrollo integral en América Latina*, José Luis Machinea y Narcís Serra (eds.) CEPAL/CIDOB, España, 2008.

*Espacios iberoamericanos: comercio e inversión*, CEPAL/SEGIB, Chile, 2007.

***Espaços Ibero-Americanos: comércio e investimento***, CEPAL/SEGIB, Chile, 2007.

*Visiones del desarrollo en América Latina*, José Luis Machinea y Narcís Serra (eds.), CEPAL/CIDOB, España, 2007.

*Cohesión social: inclusión y sentido de pertenencia en América Latina y el Caribe*, CEPAL/SEGIB, Chile, 2007.

***Social Cohesion. Inclusion and a sense of belonging in Latin America and the Caribbean***, ECLAC/SEGIB, Chile, 2007.

## Cuadernos de la CEPAL

94 *El cuidado en acción. Entre el derecho y el trabajo*, Sonia Montaña Virreira y Coral Calderón Magaña (coords.), 2010, 236 p.

93 *Privilegiadas y discriminadas. Las trabajadoras del sector financiero*, Flavia Marco Navarro y María Nieves Rico Ibáñez (eds.), 2009, 300 p.

92 *Estadísticas para la equidad de género: magnitudes y tendencias en América Latina*, Vivian Milosavljevic, 2007, 186 pp.

91 *Elementos conceptuales para la prevención y reducción de daños originados por amenazas naturales*, Eduardo Chaparro y Matías Renard (eds.), 2005, 144 p.

## Cuadernos estadísticos de la CEPAL

36 Clasificaciones estadísticas internacionales incorporadas en el Banco de Datos de Comercio Exterior de América Latina y el Caribe de la CEPAL (Revisión 3). Solo disponible en CD, 2008.

35 Resultados del Programa de Comparación Internacional para América del Sur. Solo disponible en CD, 2007.

34 *Indicadores económicos del turismo*. Solo disponible en CD, 2006.

33 *América Latina y el Caribe. Balanza de pagos 1980-2005*. Solo disponible en CD, 2006.

## Observatorio demográfico ex Boletín demográfico / Demographic Observatory formerly Demographic Bulletin (bilingüe/bilingual)

Edición bilingüe (español e inglés) que proporciona información estadística actualizada, referente a estimaciones y proyecciones de población de los países de América Latina y el Caribe. Incluye también indicadores demográficos de interés, tales como tasas de natalidad, mortalidad, esperanza de vida al nacer, distribución de la población, etc.

El Observatorio aparece dos veces al año, en los meses de enero y julio.

Suscripción anual: US\$ 20.00. Valor por cada ejemplar: US\$ 15.00.

*Bilingual publication (Spanish and English) providing up-to-date estimates and projections of the populations of the Latin American and Caribbean countries. Also includes various demographic indicators of interest such as fertility and mortality rates, life expectancy, measures of population distribution, etc.*

*The Observatory appears twice a year in January and July.*

*Annual subscription: US\$ 20.00. Per issue: US\$ 15.00.*

## **Notas de población**

Revista especializada que publica artículos e informes acerca de las investigaciones más recientes sobre la dinámica demográfica en la región, en español, con resúmenes en español e inglés. También incluye información sobre actividades científicas y profesionales en el campo de población.

La revista se publica desde 1973 y aparece dos veces al año, en junio y diciembre.

Suscripción anual: US\$ 20.00. Valor por cada ejemplar: US\$ 12.00.

*Specialized journal which publishes articles and reports on recent studies of demographic dynamics in the region, in Spanish with abstracts in Spanish and English. Also includes information on scientific and professional activities in the field of population.*

*Published since 1973, the journal appears twice a year in June and December.*

*Annual subscription: US\$ 20.00. Per issue: US\$ 12.00.*

## **Series de la CEPAL**

*Comercio internacional / Desarrollo productivo / Desarrollo territorial / Estudios estadísticos y prospectivos / Estudios y perspectivas (Bogotá, Brasilia, Buenos Aires, México, Montevideo) / **Studies and Perspectives** (The Caribbean, Washington) / Financiamiento del desarrollo / Gestión pública / Informes y estudios especiales / Macroeconomía del desarrollo / Manuales / Medio ambiente y desarrollo / Mujer y desarrollo / Población y desarrollo / Políticas sociales / Recursos naturales e infraestructura / Seminarios y conferencias.*

Véase el listado completo en: [www.cepal.org/publicaciones](http://www.cepal.org/publicaciones)

A complete listing is available at: [www.cepal.org/publicaciones](http://www.cepal.org/publicaciones)



## كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

### 如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

### HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

### COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

### КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

### COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

**Las publicaciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y las del Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES) se pueden adquirir a los distribuidores locales o directamente a través de:**

Publicaciones de las Naciones Unidas  
2 United Nations Plaza, Room DC2-853  
Nueva York, NY, 10017  
**Estados Unidos**  
Tel. (1 800)253-9646 Fax (1 212)963-3489  
E-mail: publications@un.org

Publicaciones de las Naciones Unidas  
Sección de Ventas  
Palais des Nations  
1211 Ginebra 10  
**Suiza**  
Tel. (41 22)917-2613 Fax (41 22)917-0027

Unidad de Distribución  
Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)  
Av. Dag Hammarskjöld 3477, Vitacura  
7630412 Santiago  
**Chile**  
Tel. (56 2)210-2056 Fax (56 2)210-2069  
E-mail: publications@cepal.org

**Publications of the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC) and those of the Latin American and the Caribbean Institute for Economic and Social Planning (ILPES) can be ordered from your local distributor or directly through:**

United Nations Publications  
2 United Nations Plaza, Room DC2-853  
New York, NY, 10017  
**USA**  
Tel. (1 800)253-9646 Fax (1 212)963-3489  
E-mail: publications@un.org

United Nations Publications  
Sales Sections  
Palais des Nations  
1211 Geneva 10  
**Switzerland**  
Tel. (41 22)917-2613 Fax (41 22)917-0027

Distribution Unit  
Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC)  
Av. Dag Hammarskjöld 3477, Vitacura  
7630412 Santiago  
**Chile**  
Tel. (56 2)210-2056 Fax (56 2)210-2069  
E-mail: publications@eclac.org