

REPORTE ESPECIAL

LXXIV CONFERENCIA BIENAL DE LA ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL *

El pasado mes de agosto, durante los días 16 a 21 se llevó a cabo la 74ava Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional (International Law Association) en la ciudad de Berlín, convocando cientos de participantes de todas partes del mundo.

Durante estos seis días, los diferentes comités presentaron sus respectivos reportes. En la ceremonia de cierre, la asamblea votó la adopción de las resoluciones de tres comités, más dos modificaciones de los estatutos, relacionadas estas últimas con los objetivos de los documentos de la organización y el término máximo de permanencia en la Presidencia.

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2004

* La presente nota es elaborada tomando como referencia el Boletín No. 69 del Capítulo Norteamericano de la Asociación de Derecho Internacional (International Law Association), y el sexto reporte del Comité sobre el Derecho del Comercio Internacional (Committee on International Trade Law) de la asociación.

Las resoluciones adoptadas corresponden a las recomendaciones del Comité de Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (*Committee on the Accountability of International Organisations*), el Comité de Recursos Acuáticos (*Committee on Water Resources*) y el Comité de Control de Armamentos y Desarme (*Committee on Arms Control and Disarmament Law*).

El Comité de Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales presentó un conjunto de recomendaciones sobre normas y prácticas que tienden a extender la responsabilidad de estas organizaciones. La resolución y el reporte fueron remitidas tanto a la Secretaría General de las Naciones Unidas, como a las direcciones ejecutivas de las organizaciones internacionales, incluyendo tribunales internacionales.

El Comité de Recursos Acuáticos presentó un conjunto de 73 reglas con el propósito de catalizar y expandir el alcance de las Reglas de Helsinki sobre cauces fluviales secos compartidos, las cuales a su vez fueron elaboradas por iniciativa de la asociación y adoptadas por la Convención de 1997 de las Naciones Unidas sobre el uso no navegacional de las cuencas hidrográficas.

El reporte del Comité de Control de Armamentos y Desarme presentó una serie de recomendaciones que culminan una labor de una década, relacionadas con la evaluación sistemática de las medidas legales necesarias para asegurar el funcionamiento efectivo de los tratados sobre control de armamentos y desarme. Dicho reporte hizo énfasis respecto de la necesidad de mayores investigaciones e innovación en materia de la regulación legal de armamentos y desarme, particularmente respecto de los principios generales del DI aplicables al control de armamentos y desarme, así como las respuestas legales al constante desafío de la proliferación de armas. Adicionalmente, se refiere el reporte al papel de los acuerdos bilaterales y la necesidad de tener en consideración los intereses legítimos de terceras partes.

El reporte presentado por el Comité de Derechos Humanos se refiere a la implementación doméstica de las decisiones adoptadas por organismos de derechos humanos creados por virtud de tratados internacionales.

Se trata del primer estudio comparativo sobre la materia, lo cual lo convierte en una muy útil herramienta doméstica tanto para jueces como para funcionarios gubernamentales y aún abogados sobre la forma como las autoridades nacionales pueden beneficiarse de la jurisprudencia de estas organizaciones.

El Comité en Derecho del Comercio Internacional (*Committee in International Trade Law*) presentó su sexto reporte, en el cual expresa una serie de conclusiones relacionadas con los diferentes temas que interesan a esta disciplina, los que, debido a los tratados de libre comercio que actualmente Colombia se encuentra negociando, a continuación serán objeto de una mención especial en esta nota.

El reporte comprende varios temas, tales como los recientes desarrollos en el sistema de comercio internacional, aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio internacional, aspectos del derecho de la competencia relacionados con el comercio internacional, comercio internacional y medio ambiente, reglas sobre inversión relacionadas con el comercio internacional y negociaciones sobre inversiones, derechos humanos y comercio internacional, jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y desarrollos en materia de integraciones regionales.

DESARROLLOS RECIENTES

En relación con los desarrollos recientes en el panorama multilateral, el Comité se ocupa principalmente de los sucesos de la Conferencia Ministerial de Cancún. Para el Comité, el resultado de dicha conferencia refleja la existencia de tres problemas que generan cuestionamientos de consideración acerca de la estructura multilateral de gobierno de la OMC, los cuales invitan inclusive a reflexionar acerca del futuro mismo de la organización.

El primer tema se relaciona con la actual estructura de gobierno de la OMC. Sobre el particular, el Comité opina que se deben

reconsiderar asuntos tales como la práctica de lograr acuerdos por consenso, los métodos de negociación (como por ejemplo, los denominados ‘*green-room meetings*’ o los grupos cercanos a las presidencias) la estructura organizacional (como por ejemplo, las actuales limitaciones al poder del director general o la ausencia de un órgano cuya función específica sea la de buscar consensos), o las relaciones con otras organizaciones multilaterales.

El Comité incluso cita algunas propuestas de reforma institucional relacionadas con la disimilitud entre las diferentes ‘ramas’ de la organización, a saber, la agitada actividad de la rama ‘(cuasi) judicial’ de la Organización establecida en el Sistema de Solución de Controversias (SSC), la ausencia del consenso necesario para que opere eficazmente la rama ‘legislativa’ y las estructuras limitadas de la rama ‘ejecutiva’ o sea de la administración (Dirección General, Secretaría, Consejos y Comités).

Apelando a la parábola de la bicicleta y el triciclo, el Comité opinó que si bien la estructura del GATT/47 ofrecía básicamente un marco de negociación intergubernamental de concesiones que podía mantenerse en actividad siempre y cuando las rondas periódicas produjeran los acuerdos que requería la organización y la ratificación doméstica de las mismas, la utilización estratégica del SSC en materia de procurar mejores posiciones de negociación de la Agenda de Doha ha generado una evolución de la ‘bicicleta’ del GATT/47 a un ‘triciclo’ cuyos apoyos son, además de los del GATT/47, las elaboraciones jurisprudenciales del SSC. Debido a que el funcionamiento inadecuado de uno de los apoyos de este ‘triciclo’ ha generado un descenso en la actividad general, el Comité opina que los miembros de la OMC podrían beneficiarse si deciden cambiar el ‘triciclo’ por un vehículo 4x4 fundamentado en una mayor capacidad institucional de la organización, incrementando las facultades de la ‘rama’ ejecutiva como la Dirección y la Secretaría, así como mediante la creación de un comité consultivo compuesto por integrantes de la rama legislativa de los países signatarios, cuya función sea la de velar por la defensa de los intereses colectivos de la organización, el fortalecimiento de la

capacidad negociadora de las partes, una mayor 'judicialización' de los procedimientos del SSC y una mayor participación de la sociedad civil en los procesos de la organización, especialmente en el nivel doméstico.

El segundo tema se relaciona con la proliferación de los Acuerdos Regionales de Comercio (ARC). El Comité observa que en la actualidad existen aproximadamente 250 acuerdos de este tipo entre tratados de libre comercio, uniones aduaneras y acuerdos de integración. Este significativo número despierta inquietudes válidas. De una parte, de una forma clara limitan el pretendido alcance global de la OMC y, por tanto, de principios tan importantes como el de la nación más favorecida (NMF) y, de otra parte, reflejan de alguna manera la ineficiencia del funcionamiento del sistema del consenso.

Tanto en el seno del GATT/47 como de la actual OMC, los países signatarios tradicionalmente no han sido amigos de otorgar a la organización mayores poderes de reglamentación del fenómeno, por cuanto de alguna forma todos pertenecen a algún tipo de ARC.

Para el comité, el fracaso de Cancún indica que después de medio siglo de constantes avances en materia de concesiones comerciales, es evidente que se requiere de un marco normativo complementario que contemple temas como el de la competencia en el comercio internacional, inversiones, medio ambiente, temas sociales, etc., las cuales la experiencia ha demostrado es más factible lograr a través de ARC. Para el Comité, esta experiencia sin embargo no conlleva connotaciones negativas, puesto que este tipo de desarrollos descentralizados puede contener el germen de la globalización de este tipo de normas, tal y como sucedió con los Códigos adoptados en la Ronda de Tokio de 1979.

La otra cara de la moneda de esta tendencia, según lo observa el Comité, está en que la multiplicidad de instancias que ofrecen los ARC generan la posibilidad de escoger entre varias alternativas (*'forum shopping'*) lo cual es una desventaja especialmente para los países que no cuentan con la capacidad de atender varios frentes a la vez.

El tercer tema se relaciona con el creciente desafío a la legitimidad de reglas establecidas sin tener en consideración derechos humanos reconocidos universalmente. Para el Comité, los acuerdos intergubernamentales cuyo objetivo es la eliminación de restricciones fronterizas discriminatorias a través de compromisos concretos son políticamente más apropiados que aquellos que pretenden la regulación de problemas internos de los signatarios, tales como procesos de producción, estándares de calidad o de higiene, competencia, inversiones, etc., que tienden a afectar competencias parlamentarias e incluso valores constitucionales de varios países.

El Comité considera que la legitimación de las normas de la OMC debe provenir de su aceptación tanto por parte de parlamentos democráticamente elegidos, como de la sociedad civil, lo cual se dificulta si las negociaciones al interior de la organización no son transparentes y, especialmente, si no reflejan un sentido de justicia social que les otorgue legitimación, como por ejemplo, la consideración de los derechos humanos o el bienestar de los consumidores.

Tal y como sucede en el ámbito doméstico, donde la construcción de los mercados exige de ciertas condiciones esenciales, tales como no discriminación y libertad de competencia, en el escenario multilateral el Comité opina que el desarrollo de un mercado mundial que contemple los aspectos sociales requeridos para brindar legitimidad es más factible de lograrse a través del expediente de los ARC a través de gobiernos democráticamente establecidos que a través de procesos de negociación en el seno de la OMC, que carecen de participación de los parlamentos y de la ciudadanía.

ASPECTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO INTERNACIONAL

Bajo el anterior título, el comité emitió comentarios sobre la implementación del parágrafo 6° de la Declaración de Doha, la

revisión del artículo 27.3(b) del acuerdo TRIPs (por su sigla en inglés) y otros asuntos así como la extensión de las obligaciones del acuerdo en acuerdos regionales.

Sobre el primero de ellos, el Comité llama la atención acerca de la decisión de implementación del 30 de agosto de 2003, la cual, aunque ha generado reacciones diversas, tanto por parte de la industria farmacéutica como por organizaciones tales como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y ONG, se considera que a la postre va a conllevar a una modificación del artículo 31(f) del Tratado, que en la actualidad permite el sistema de licencias obligatorias sólo para el consumo doméstico.

Respecto del segundo tema, sobre la patentabilidad de materiales biológicos y las facultades de los países signatarios en orden de establecer excepciones, el Comité llama la atención acerca del grado de incertidumbre que dicho texto ha generado el cual fue tomado del artículo 53(b) de la Convención Europea sobre Patentes, tema sobre el cual, si bien la Unión Europea expidió una Directiva sobre biotecnología¹ que puede servir como referencia en el seno de la organización, también es cierto que algunos países de la OMC no comparten la orientación de dicha norma, como por ejemplo, el grupo de países africanos.

De la misma forma, el Comité llama la atención acerca de las relaciones entre el acuerdo TRIP y la Convención sobre Diversidad Biológica, en la medida que existan incompatibilidades potenciales entre las disposiciones de uno y otro. Aunque se tiende a comentar que dicha incompatibilidad no existe, la verdad es que el tema surgió en la negociación del Tratado Internacional de los Recursos Genéticos de las Plantas en Relación con Alimentos y la Agricultura (*International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*), en relación con la revelación de informaciones relacionadas con las patentes y el foro apropiado para la solución de controversias.

1 Directiva 98/44/EC OJ L, 213.

Más allá de los recursos meramente biológicos, el Comité hace mención acerca de la importancia del tema de los conocimientos tradicionales, puesto que tal concepto abarca expresiones tales como por ejemplo el folclor, la música tradicional, religiones o símbolos.

Respecto de los otros asuntos, el Comité aboca el tema de la posibilidad de acción por no violación o nulificación de concesiones. Debido a que en Cancún no se pudo tomar decisión alguna relacionada con la extensión de la moratoria, según se había acordado, se ha generado un problema, puesto que a falta de un acuerdo formal, unos miembros opinan que es posible presentar casos de este tipo ante el SSC, al paso que otros son de la opinión contraria. Tal situación se refleja incluso en el seno mismo del Comité, donde las opiniones se encuentran divididas. Al paso que unos miembros consideran que en asuntos relacionados con la propiedad intelectual es necesario poder adelantar este tipo de causas en orden de unificar los procedimientos del SSC, otros opinan que este tipo de situaciones aplicadas a la PI generan un grado amplio de incertidumbre, especialmente por la falta de las directrices que se deben adoptar en la materia, razón ésta por la cual el propósito era extender la moratoria por otros cinco años.

Sobre el tema de las indicaciones geográficas, el Comité opina que la discusión debe enriquecerse con la elaboración de estudios económicos profundos que permitan evaluar el impacto de tal tipo de protección en los países en vías de desarrollo.

Finalmente, sobre la extensión de las obligaciones del acuerdo en ARC, el Comité llama la atención sobre el potencial perjuicio que para los consumidores significa la especie de trueque que se observa entre concesiones de acceso a los mercados de países industrializados por la extensión de los estándares del TRIP. Si bien en términos de derecho internacional no es posible hablar técnicamente de coerción, el tema de la aplicación del principio de la nación más favorecida (NMF) genera interrogantes de gran consideración, debido a que el artículo 4(d) no establece excepciones para acuerdos diferenciales sobre PI negociados con posterioridad al TRIP, la cuestión, entonces, es la medida en que

tal extensión podría constituir bien una concesión o una barrera, siendo que estos mayores estándares generan mayores dificultades en las importaciones. A tal punto es crucial la respuesta a tal interrogante, que el Comité planea realizar una investigación específica sobre el particular.

COMPETENCIA Y COMERCIO INTERNACIONAL

Un día antes de la terminación abrupta de la Conferencia Ministerial de Cancún, en una discusión de ‘*green room*’ surgió la iniciativa de parte de la UE de dejar de lado las negociaciones sobre competencia e inversiones.

Tal iniciativa ha generado diferentes reacciones, tanto por parte de la misma UE que es de la opinión de abocar negociaciones en uno de los temas de Singapur en orden de acordar un texto completo (*single understanding*) a través de una negociación multilateral, como de los Estados Unidos, que están de acuerdo en postergar las negociaciones en materia de competencia e inversiones, así como de otros miembros, que no están de acuerdo con ninguna de tales posiciones, puesto que consideran que los temas de Singapur son de especial importancia.

Para la Comisión, una posible negociación de carácter plurilateral, genera interrogantes respecto de los niveles a que se aspira llegar. Para el Comité es más razonable considerar que las negociaciones pueden conducir al establecimiento de reglas de tipo cualitativo, tales como transparencia, no discriminación o procedimientos y no asuntos substantivos diferentes al tema de los carteles, lo cual también depende de la forma como se está ventilando el tema en otros escenarios.

El Comité considera que el nivel de las expectativas en comparación con los acuerdos previos a Cancún va a ser de importancia en orden de lograr adhesiones a un acuerdo de este tipo, especialmente teniendo en cuenta la tendencia que existe de establecer legislaciones de competencia domésticas, así como la inclusión del tema en ARC.

Finalmente, teniendo en cuenta la decisión adoptada en el caso de las telecomunicaciones en México², en el cual México se comprometió en la prevención de conductas anticompetitivas, el Comité encuentra que en la práctica la aplicación de normas sobre competencia no genera mayores obstáculos en el seno de la organización, lo cual, según mi opinión, constituye un antecedente de la mayor importancia que debe ser tenido en cuenta a la hora de las negociaciones, cualquiera sea la modalidad que finalmente se escoja.

COMERCIO INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE

Siguiendo los lineamientos del párrafo 31 de la Declaración de Doha y las tres líneas de negociación que adelanta el Comité sobre Comercio y Medio Ambiente, el reporte se refiere al nivel de incertidumbre respecto del resultado de las negociaciones. Algunos grupos ambientalistas, por ejemplo, consideran que las negociaciones pueden conducir a una especie de jerarquía entre normas ambientales y de comercio, privilegiando las primeras. De la misma forma, el Comité nota que pese a las numerosas propuestas sobre intercambio de información entre la Secretaría de la OMC y la secretaría de otros tratados sobre medio ambiente, aún no se han tomado decisiones concretas. Adicionalmente, aún no se ha llegado a acuerdos sobre la definición de bienes relacionados con el medio ambiente (*environmental goods*), aunque existen propuestas como la de la OECD o de los países de la cuenca del Pacífico (APEC, por su sigla en inglés), que apelan al criterio del uso final.

Finalmente, el Comité se refiere al tema del párrafo 32 de la Declaración de Doha y la preocupación que genera la falta de inicio de negociaciones para los países en vías de desarrollo, pues la falta de reglas sobre temas tales como el efecto sobre el acceso a los mercados de las normas ambientales o requerimientos ambientales para el etiquetado de productos genera dificultades de magnitud en el

2 Caso WT/DS/204.

comercio. De la misma forma, el reporte hace referencia al tema de los subsidios agropecuarios y cómo estos productos generan consecuencias en el medio ambiente, no sólo de los países destinatarios de las importaciones, sino incluso de terceros países.

INVERSIONES Y COMERCIO

Pese a los esfuerzos realizados por el grupo de trabajo sobre Inversiones y Comercio, y el de varios miembros, aún no se han iniciado negociaciones formales, algo que tampoco pudo obtenerse en Cancún. El Comité, sin embargo, se refiere a las negociaciones que se han iniciado por un grupo de países, las que presumiblemente pueden llegar a concluir en un tratado plurilateral, siguiendo la tendencia referida en el tema de la competencia. Para el Comité, sería preferible asumir la modalidad del GATS de tipo inductivo que la adoptada por el inconcluso tratado sobre inversiones que se pretendió acordar en el seno de la OECD.

Una posibilidad que ha surgido debido a la terminación abrupta de Cancún, es la de apelar a las posibilidades de revisión establecidas en el artículo 9 del acuerdo sobre inversiones (TRIM, por su sigla en inglés), la cual está siendo contemplada por países como Brasil o India, sujeta, claro está al comercio de bienes ya que el tratado sólo cubre este aspecto.

Debido a que el Comité encuentra que se trata de un tema de crucial importancia en orden de ampliar el comercio internacional y el desarrollo económico, se hace una mención especial sobre la importancia de la labor desarrollada por el grupo de trabajo ajena al resultado mismo del proceso.

DERECHOS HUMANOS Y COMERCIO INTERNACIONAL

El Comité presenta una serie de interesantes reflexiones sobre las relaciones que necesariamente deben existir entre el comercio y los

derechos humanos, así como también de los diferentes enfoques con que se observa el fenómeno desde el ángulo propio de uno y otro.

De la misma forma, relaciona los temas controversiales que el profesor PETERSMANN señala, cuatro en total, con el propósito de emitir una posible declaración de la asociación.

En primer lugar, está el tema de la relación legal e interpretación entre las obligaciones internacionales de comercio y las obligaciones derivadas de los derechos humanos, y si existe algún tipo de supremacía.

En segundo lugar, está el tema si los derechos humanos deben formar parte del contexto interpretativo de las obligaciones derivadas de los tratados de la OMC.

En tercer lugar, está el tema de las consecuencias derivadas del hecho que varios países de la OMC no han ratificado convenciones de las Naciones Unidas relacionadas con los derechos humanos, lo cual impide establecer con exactitud la dimensión de éstos en un nivel internacional. En relación con este interrogante, surge otro, cual es el de la posibilidad del SSC de aplicar estas convenciones, siendo que las mismas no tienen el mismo cubrimiento de la organización.

Finalmente, teniendo en cuenta que todos los miembros de la OMC han ratificado al menos una convención sobre derechos humanos, el profesor PETERSMANN se pregunta en qué medida tal situación puede o debe ser aprovechada por la OMC, especialmente en materia de los procesos y las negociaciones en curso sobre tantos diferentes temas.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC

Lo más interesante de esta sección, es la relación de los casos de importancia para el desarrollo de la jurisprudencia del Derecho del Comercio Internacional.

El comité, en su orden cronológico, destaca 8 casos.

En primer lugar está el de los sistemas de preferencias arancelarias de la Unión Europea³, en el cual el Tribunal de Apelaciones (TA) sentó unas pautas interpretativas de sumo interés sobre la forma como debe ser entendida la cláusula habilitadora.

En segundo lugar, se encuentra el caso de la comercialización de las sardinas en la UE⁴, en el cual el Comité se refiere al criterio del TA, según el cual si un país se desvía de un estándar internacional, no tiene la carga de justificar tal desviación. Al contrario, el querellante debe demostrar no sólo la existencia del estándar, sino que el mismo es suficiente para que el denunciado pueda alcanzar los objetivos regulatorios que persigue y, por tanto, ser innecesaria tal desviación.

En tercer lugar, se encuentra el caso de las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India en la UE⁵. De este caso se destacan los temas sobre derechos antidumping de la UE que de acuerdo con el Tribunal deben ser modificados.

En cuarto lugar, está el caso de la Enmienda Bird⁶. Aunque en el momento de la redacción del reporte, el SSC no se había pronunciado aún sobre el monto autorizado, el despliegue periodístico que alcanzó la decisión corroboró las expectativas mencionadas. Además de lo anterior, el Comité considera que es interesante tener en cuenta que aunque México presentó cargos por violación de las reglas sobre subsidios, el SSD encontró que este ordenamiento violaba las provisiones en materia de *dumping*.

En quinto lugar, está el caso de la medida de salvaguardia definitiva de los Estados Unidos contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea⁷. Para el Comité, este caso es interesante en la medida que pone de manifiesto las dos inconsistencias más importantes del Acuerdo sobre Salvaguardias, relacionadas con el test establecido en el artículo 4.2. De una parte, no

3 Caso DS 246.

4 Caso DS 231.

5 Caso DS 141.

6 Casos DS 217 y 234.

7 Caso DS 202.

tiene sentido el examen del daño a la producción nacional, en la medida que el comercio es un factor endógeno y, en segundo lugar, la dificultad de establecer el límite permisible en la medida que éste depende de la función misma de las salvaguardias.

En sexto lugar, está el caso del acero importado a los Estados Unidos desde la UE⁸. En este caso, el Comité llama la atención sobre la decisión del Tribunal de Apelaciones relacionada con la presunción de los subsidios recibidos con anterioridad a la privatización de las empresas comercializadoras estatales.

En séptimo lugar, se encuentra el caso del examen a efectos de extinción de los derechos antidumping en los Estados Unidos sobre productos planos de acero al carbono resistentes a la corrosión originarios del Japón⁹. En este caso, el Comité destaca la clarificación relacionada con la distinción de las normas mandatorias y discriminatorias, la cual se consideraba como de carácter operacional. En este caso, sin embargo, el TA manifestó que se trata de una herramienta metodológica que debe ser utilizada caso por caso y que nada impide que el SSC pueda analizar estatutos como el *US Bulletin*.

En octavo lugar, se encuentra el caso de las telecomunicaciones de México, ya citado. Interesa el hecho que este caso se fundamentó principalmente en el documento denominado '*Reference Paper*' correspondiente al acuerdo GATS, el cual principalmente sienta normas sobre competencia.

Respecto de los procedimientos relacionados con los remedios e implementación (arts. 21 y 22 DSU), el Comité llama la atención sobre los niveles que ha alcanzado el monto de las retaliaciones autorizadas.

INTEGRACIÓN REGIONAL

Tal y como fue comentado al inicio del reporte, el comité señala la proliferación de ARC como uno de los problemas importantes en el

8 Caso DS 212.

9 Caso DS 244.

panorama del comercio internacional. Para cerrar este reporte, considero interesante referirme a la comparación que hace el Comité de los numerosos ARC

con un enredado plato de espaguetis (*spaghetti bowl*), tema el cual el Comité considera como uno de los más importantes en el panorama del comercio internacional, sobre el que se hizo una extensa referencia al principio de este reporte.

