

# Fragmentación normativa y asimetrías en la OMC: ¿maraña de normas o margen de maniobra?

LEGAL FRAGMENTATION AND ASYMMETRIES IN THE WTO:  
SPAGHETTI BOWL OR POLICY SPACE?

Juliana Peixoto Batista<sup>1</sup>

## Resumen

Este trabajo aborda el tema de las asimetrías en el sistema multilateral de comercio en el marco del debate teórico de la fragmentación del derecho internacional. En ese sentido, en el ámbito del derecho del comercio internacional, la imagen del *spaghetti bowl* se hizo famosa por alertar sobre los riesgos de la maraña de normas; un laberinto de preferencias cruzadas; un panorama de potenciales conflictos normativos y de jurisdicción. Sin embargo, si bien la creciente fragmentación torna complejo no solo la evaluación de los impactos sistémicos de los acuerdos, sino también del equilibrio entre pérdidas y ganancias para los países signatarios y de sus obligaciones en los diferentes acuerdos, también refleja espacios de políticas, sobre todo para los países en desarrollo. Así, este trabajo analizará la tendencia de fragmentación de las normas relativas al Trato Especial y Diferenciado (TED), desde la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en el intento de mostrar que el TED, al mismo tiempo que contribuye a la fragmentación normativa en el marco del sistema multilateral de comercio, también refleja la utilización de márgenes de maniobra por parte de países en desarrollo, rescatando una dimensión estratégica que puede tener la fragmentación.

## Palabras clave

Fragmentación normativa; sistema multilateral de comercio; asimetrías; Trato Especial y Diferenciado; margen de maniobra.

## Abstract

*This paper addresses the issue of asymmetries in the multilateral trading system under the theoretical debate of fragmentation of the international law. In this sense, in the scope of the international trade law, the Spaghetti Bowl image is famous by calling the attention to the risks encompassed by the “tangle of norms”; a labyrinth of crossed preferences and potential conflicts of norms and jurisdictions. Nevertheless, although the increasing fragmentation raises challenges of measuring systemic impact of agreements, balance trade-offs, rights and obligations among different commitments, it also opens policy spaces, mostly for developing countries. This article analyzes the trend of rules fragmentation within the Special and Differential Treatment (S&DT), since the creation of the WTO. The purpose is to prove that the S&DT reflects also the use of rooms for manoeuvre by developing countries, while contributing to an increasingly fragmentation of the rules in the multilateral trading system, highlighting thus the strategic dimension of fragmentation.*

## Keywords

*Legal fragmentation; multilateral trading system; asymmetries; Special and Differential Treatment; room for manoeuvre.*

## INTRODUCCIÓN

En años recientes, la multiplicación de foros de negociación y acuerdos comerciales internacionales ha colaborado para el debate acerca de la creciente fragmentación del derecho internacional (DI). Dicho debate, que se inicia en el marco de la ramificación del DI, intensificada particularmente desde fines de la Segunda Guerra Mundial, plantea crecientes retos para la construcción de regulaciones armónicas en el ámbito internacional. Si bien ese fenómeno de ramificación no es exclusivo del siglo XX, es en ese siglo cuando se observa una fragmentación sin precedentes en el sistema internacional. En ese sentido, se manifiesta el fenómeno llamado “diferenciación funcional”, donde hay una creciente especialización de partes de la sociedad y la creciente autonomía relativa de dichas partes (CDI, 2006). En ese marco empiezan a funcionar y a reproducirse innumerables instituciones y tratados que regulan los más variados aspectos de la vida internacional y cuyo resultado es una creciente fragmentación institucional y legislativa (ÁLVAREZ, 2006).

En el ámbito del derecho del comercio internacional, la imagen del *spaghetti bowl* (BHAGWATI, 1995) es bien explicativa del fenómeno y se hizo famosa por alertar sobre los riesgos de la fragmentación, reflejada por una maraña de normas, un laberinto de preferencias cruzadas en un panorama de potenciales conflictos normativos y de jurisdicción.

Si bien es cierto que el *spaghetti bowl* torna complejo no solo la evaluación de los impactos sistémicos de los acuerdos, sino también del equilibrio entre pérdidas y ganancias para los países signatarios y de sus obligaciones en los diferentes acuerdos, también es cierto que la fragmentación abre espacios de políticas, sobre todo para los países periféricos del sistema internacional.

Al considerar la tendencia de fragmentación en el sistema internacional, la literatura especializada suele enmarcarse en la primera postura. Para ello, analizan casos de fragmentación del derecho internacional, de conflicto de normas, jurisdicciones o la relación entre ramas especializadas del derecho internacional y el derecho internacional general (MUS, 1998; PAUWELYN, 2003; SADAT-AKHAVI, 2003; CDI, 2006). Al hacerlo, soslayan la variable política en las negociaciones de las reglas en el sistema internacional y las tensiones subyacentes que muchas veces son los generadores de procesos de fragmentación. Es decir, existe una relación poco explorada entre asimetrías en ámbitos de negociaciones internacionales y procesos de fragmentación normativa.

En ese sentido, algunos trabajos más cercanos al pluralismo jurídico interpretan que la fragmentación plasma la presencia de intereses divergentes, en un panorama donde la construcción de reglas armónicas no debe ser un objetivo en sí mismo, sobre todo en escenarios de desigualdad entre las partes que negocian (FINNEMORE, 1996; KOSKENNIEMI; LEINO, 2002; KENNEDY, 2009; KOSKENNIEMI, 2012, entre muchos otros). Desde ese punto de vista, la fragmentación puede ser un indicador de negociaciones asimétricas.

Al trasladarse ese debate al caso concreto del sistema multilateral de comercio, se observa que el tema de las asimetrías ha sido objeto de amplia disputa, que abarca desde el debate sobre

comercio y desarrollo, pasando por la relación entre la UNCTAD y el GATT/OMC, hasta todas y cada una de las batallas semánticas alrededor del concepto de Trato Especial y Diferenciado (TED), su alcance y universo de beneficiarios (PEIXOTO BATISTA, 2005; 2010).

Este trabajo busca aportar a ese debate y matizar las posturas mayoritarias en la literatura según las cuales la fragmentación normativa tiene necesariamente una connotación negativa al conllevar riesgos para la coherencia y seguridad jurídica del orden internacional.

Para ello, se trae al análisis las flexibilidades para países en desarrollo en el sistema multilateral de comercio, más específicamente el Trato Especial y Diferenciado, como un caso en el cual la fragmentación indica la asimetría en las negociaciones y sobre todo indica el uso por parte de los países en desarrollo de los (exiguos) márgenes de maniobra que les permite llevar adelante estrategias de desarrollo cada vez más restringidas en el sistema multilateral. En ese sentido, este trabajo abordará el tema de las asimetrías en el sistema multilateral de comercio en el marco del debate teórico de la fragmentación del derecho internacional y se analizará la tendencia de fragmentación de las normas relativas al TED, desde la creación de la OMC. Es decir, el principal argumento del trabajo es que el TED, al mismo tiempo que contribuye a la fragmentación normativa en el marco del sistema multilateral de comercio, también refleja el uso, por parte de los países en desarrollo, de márgenes de maniobra en las negociaciones multilaterales.

El trabajo está hecho en base a investigación documental y entrevistas a informantes claves. En ese sentido, en primer lugar se analizó la literatura existente sobre el tema, y a tal efecto, por un lado, se llevó adelante un apartado con los trabajos teóricos sobre el debate teórico de la fragmentación del derecho internacional, que incluye enfoques pluralistas y, por otro lado, un apartado que hace un recorrido histórico sobre el tema TED desde su creación en el GATT hasta el fin de la Ronda Uruguay y la creación de la OMC. En segundo lugar, se analizaron los informes de trabajo del Comité de Comercio y Desarrollo en Sesión Extraordinaria de la OMC —desde el 2002 hasta el 2015— donde el tema de TED es mayormente tratado, además de las declaraciones ministeriales de Bali y Nairobi, para darse cuenta de la situación del TED en los borradores de negociación de la Ronda de Doha. También se analizaron documentos importantes para la Ronda como la Declaración de Hong Kong o el Paquete de Julio, con el uso de la base de datos “WTO Documents Online”<sup>1</sup> de la misma OMC. En tercer lugar, se realizaron entrevistas a informantes claves en los periodos entre los años 2009 y 2010 y entre los años 2014 y 2015, a saber: misiones diplomáticas de Argentina, Brasil y Sudáfrica en Ginebra; funcionarios de la OMC, incluyendo el entonces vice Director Ejecutivo; funcionarios de la UNCTAD en Ginebra; funcionarios e negociadores del Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina; funcionarios de la Embajada de

...

1 Disponible en: <<https://docs.wto.org>>. Acceso el: 1 agosto 2017.

Brasil en Buenos Aires; expertos en Trato Especial y Diferenciado, expertos en el GATT y la Ronda Tokio; expertos y ex negociadores de la Ronda de Uruguay. Se entrevistaron un total de 22 personas.

Este trabajo se enmarca en una investigación más amplia, doctoral, que la autora ha llevado a cabo entre los años 2010 y 2015 sobre la constitucionalización y la fragmentación de normas en el sistema multilateral de comercio.

## I LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS TEÓRICAS PARA SU ANÁLISIS

El recién debate sobre la fragmentación del derecho internacional tiene sus antecedentes en el proceso de ramificación del derecho internacional, intensificada particularmente desde el nuevo orden internacional establecido luego de la Segunda Guerra Mundial. Si bien ese fenómeno de ramificación no es exclusivo del siglo XX, es en ese siglo cuando se observa una fragmentación sin precedentes en la llamada sociedad internacional. En ese sentido, se observa la multiplicación de instituciones, foros y tratados, cada vez más especializados y cuyo resultado es una creciente fragmentación institucional y legislativa.

Desde ese diagnóstico, el fenómeno de la fragmentación recibe una carga valorativa más o menos positiva a depender del enfoque a partir del cual es analizado. En general, parten de la idea de que el derecho internacional se compone de fragmentos de actividad normativa e institucional y que la complejidad creciente desde fines de la Segunda Guerra Mundial ha sido intensificada por el fenómeno de la globalización (CDI, 2006).

Entre los enfoques más identificados con la disciplina jurídica se encuentran trabajos que analizan los retos técnico-jurídicos que plantea esa fragmentación normativa, como el conflicto de jurisdicciones, los fallos contradictorios, entre otros. Es el caso del Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de las Naciones Unidas (CDI, 2006), que es resultado de esa preocupación por la fragmentación creciente.<sup>2</sup>

El informe manifiesta que el fenómeno de la fragmentación es una de las características de la reciente vida internacional, y rescata el concepto de diferenciación funcional, en donde se observa una creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomía de esas partes. Esto sucede tanto a nivel nacional como internacional. Una paradoja bien conocida de la mundialización es que, si bien ha conducido a una creciente uniformización de la vida social en todo el mundo, también ha conducido a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas de acción social y estructuras especializadas y relativamente

...

2 Doc. A/CN.4/L.702, de 18 de julio de 2006. En 2003 la CDI nombró como Presidente del Grupo de Estudios a Martti Koskenniemi, y en 2006 dio a conocer el informe “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”.

autónomas (CDI, 2006, p. 11-12). El informe también reconoce que la fragmentación es inevitable y una tendencia natural en el derecho internacional, un reflejo de los diferentes propósitos y preferencias de los sujetos en una sociedad plural (mundial). El marco utilizado por el Informe es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, dentro del cual se evalúa la fragmentación y resalta la analogía con el conflicto de normas para resolver los retos planteados por ese fenómeno, y desde el cual se ofrecen herramientas técnico-jurídicas de gestión de los conflictos.

Sin embargo, en el estudio de la fragmentación también se observan enfoques más flexibles y pluralistas. En sentido, uno de los primeros teóricos del fenómeno de fragmentación fue Niklas Luhmann<sup>3</sup> (1971) quien, mientras teorizaba sobre el concepto de sociedad mundial, construyó una hipótesis según la cual hacia fines del siglo XX el derecho global experimentaría una fragmentación radical, no sobre líneas territoriales, sino sobre la base de sectores sociales. La razón sería la transformación de expectativas normativas (moral, política, derecho) en expectativas cognitivas (economía, ciencia, tecnología), que tendría lugar durante la migración de sociedades organizadas nacionalmente hacia sociedades globales (citado en FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004). En este escenario los conflictos que predominan ya no son entre Estados, sino entre grupos de normas de diferentes sectores sociales globales.

Emergen entonces perspectivas que complejizan el lugar del derecho internacional en el sistema internacional. Se observa el derecho internacional desde una perspectiva social, donde el Estado no es el único actor del sistema con capacidad normativa (DUPRET, 2012).

Allí intervienen agencias nacionales e internacionales, expertos, organizaciones transnacionales, todos involucrados en intrincados procesos de tomas de decisiones, creación de normas e implementación en un complejo de regímenes internacionales (RAUSTIALA; VICTOR, 2004; ALTER; MEUNIER, 2009).

Esto implica una comprensión más crítica sobre la dimensión estratégica de la fragmentación (YOUNG, 2012), en la que es necesario entender cómo interactúan los diferentes elementos relacionados con el derecho internacional y la gobernanza global, cuáles son los regímenes (KRASNER, 1982; KEOHANE, 1984) que se encuentran más enraizados en la sociedad internacional, y cuáles son los campos de convergencia y divergencia entre los diferentes regímenes.

La aceptación de la existencia de muchos y diversos grupos normativos en el sistema internacional, de la coexistencia de espacios legales superpuestos, interconectados e interrelacionados (IANNELLO, 2014) es otro rasgo del pluralismo jurídico, corriente que ha sido entendida como clave en la visión post moderna del derecho.

•••

3 LUHMANN, Niklas. *Die Weltgesellschaft*. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, v. 57, n. 1, p. 1-35, 1971.

Hace referencia propiamente a la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes en un mismo espacio-temporal, que, por un lado, niega el monopolio jurídico por parte del Estado y, por otro lado, acepta la descentralización del derecho estatal (FARIÑAS, 2006, p. 36). De esta forma, describe un caleidoscopio jurídico (SANTOS; GARCÍA VILLEGAS, 2001) que incluye, entonces, tanto el clásico “derecho duro” de los estados (por ejemplo, leyes y tratados internacionales) como formas novedosas de “derecho blando” (por ejemplo, los códigos de conducta empresariales y las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos) (GARAVITO, 2011, p. 74).

Muchos autores pluralistas aducen que no existe una “metarracionalidad” que pueda invocarse para ordenar el creciente número de instituciones y normas internacionales. Evitan el énfasis desmedido en la norma y la jerarquía para dar lugar a formas más múltiples de organización que den más espacio a la política, los actores y al intercambio más “heterárquico”<sup>4</sup> entre diferentes órdenes jurídicos (KRISCH, 2010).

En ese sentido, Fischer-Lescano y Teubner (2004) afirman que las causas de la fragmentación normativa son políticas, residen en las tensiones que subyacen las negociaciones y la elaboración de normas en el sistema internacional. La mejor manera de manejar dicha situación es no seguir insistiendo en jerarquizar las normas y las instituciones, tarea que además tiene pocas chances de éxito, sino que “politizar” el conflicto de normas, o sea, considerar la variable política en las negociaciones entre diferentes actores colectivos. Esto se debe llevar a cabo evitando el otro extremo, que es considerar norma y política como lo mismo. En cambio, se debe mirar a la relación estructural entre derecho y poder en la construcción y la multiplicación de las normas.

Es decir, el enfoque pluralista no solo observa la existencia de múltiples (sub)sistemas jurídicos como algo propio de la actual configuración del sistema internacional, sino que rechaza la necesidad de ordenarlos jerárquicamente.

En ese sentido, Koskenniemi (2012) afirma que no se puede extraer del derecho internacional el dilema ideológico clave de la ciencia jurídica, a saber, la lucha entre política y técnica, entre poder y reglas. Y que por eso el pluralismo jurídico sigue siendo la opción más aceptada entre los juristas. Como se puede observar, la fragmentación normativa e institucional observada en las últimas décadas ha suscitado un fértil debate acerca de la definición misma de derecho internacional y su lugar en el mundo, así como las aristas que deben ser analizadas en ese proceso de fragmentación y multiplicación normativa.

El sistema multilateral de comercio no está exento de ese debate. Mucho se ha discutido sobre la relación entre el derecho internacional general y el derecho del comercio internacional

...

4 Mientras que el concepto de jerarquía se define como el orden de determinados elementos según su valor, el de heterarquía presenta una organización horizontal y bidireccional, que genera una ausencia de poder de unos sobre otros, aunque se haga presente la influencia entre pares.

(OMC) (MUS, 1998; PAUWELYN, 2003; SADAT-AKHAVI, 2003; CDI, 2006). Dichos estudios analizan cómo el derecho de la OMC se relaciona con el derecho internacional general en un contexto de conflicto de normas o detallan cómo el Órgano de Apelación (OA) de la OMC ha aplicado principios de derecho internacional consuetudinario y general para interpretar los acuerdos abarcados de la OMC. También se ha discutido exhaustivamente sobre la relación entre la OMC y los acuerdos comerciales regionales (ACR), como elementos fragmentadores del sistema.

En ese sentido, al momento de analizar el sistema multilateral de comercio, los enfoques que predominan son más bien convencionales y adoptan una visión de la fragmentación como un reto, un problema a ser resuelto en el caso concreto.

Desde ese panorama, analizaremos el tema de las asimetrías (TED) en el sistema multilateral de comercio en el marco de discusión de la fragmentación, en su dimensión estratégica, como rescata Young (2012). Se hará un recorrido histórico para analizar las tendencias del TED en el sistema multilateral de comercio y sus implicancias.

## **2 LA MULTIPLICACIÓN DE NORMAS EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO: EL CASO DEL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO**

### **2.1 RECORRIDO HISTÓRICO: EL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO DESDE EL GATT HASTA LA CREACIÓN DE LA OMC**

El principio de no discriminación es el eje principal del sistema multilateral de comercio. Dicho principio se deriva del principio liberal de igualdad (jurídica) entre las partes. Así, en sus comienzos (1948 hasta 1955) el GATT se basaba en la igualdad soberana de las partes contratantes y eso significaba que los países en desarrollo (PED) eran considerados pares en igualdad de condiciones con relación a los países desarrollados (PD) (KESSIE, 2000). La única disposición que beneficiaba los PED era el art. XVII, que permitía que estos dejaran de aplicar sus compromisos arancelarios o implementaran medidas no arancelarias, como cuotas, para promover el establecimiento de ciertas industrias en sus territorios, es decir, la protección de industrias nacientes (SINGH, 2005). Sin embargo, a lo largo de los años, aumentaron las presiones por contar con reglas más flexibles que pudiesen dar cuenta de las asimetrías del sistema.

El Trato Especial y Diferenciado (TED) nace como producto de la coordinación de esfuerzos políticos por parte de los PED para corregir lo que percibían como inequidades del sistema de la pos Segunda Guerra Mundial, entendido como el trato preferencial a favor de los PED, en todo el espectro de sus relaciones económicas internacionales (UNCTAD, 2000).

El término TED evolucionó en el GATT desde los debates en la década de 1960 sobre cómo el crecimiento y el desarrollo se pueden facilitar por medio de las reglas comerciales y se refirió a los derechos dados a los PED, que no son extensivos a los PD, lo que refleja una

larga historia de lucha de los PED en búsqueda de mejores condiciones en el comercio global (WHALLEY, 1999). El término fue acuñado en la Ronda de Tokio, por la referencia de la Declaración de la ronda a la “importancia de la aplicación de medidas diferenciales para PED de modo que se provea trato especial y más favorable para ellos en las áreas de negociación donde sea posible”, en aquel entonces, fundamentalmente a el acceso a los mercados y los derechos de protección de sectores (WHALLEY, 1999, p. 3).

Ese paradigma de desarrollo —cuyos pioneros fueron América Latina, India y Egipto y que luego fue apoyado por países de Asia y África— tenía por base la necesidad de mejorar los términos del comercio, reducir la dependencia de las exportaciones de productos primarios, corregir la volatilidad y los desequilibrios de la balanza de pagos e industrialización por medio de protección de industrias nacientes y subsidios a la exportación, entre otros.

El soporte intelectual para la inclusión de los acuerdos relacionados con el TED en el GATT se remite a las corrientes desarrollistas y teóricos del “Tercer Mundo” de los años 1950. Según dichas enseñanzas, los problemas en la balanza de pagos eran endémicos en los PED, en el sentido de disminuir el nivel de ingresos y que era imposible para la mayoría de los PED liberalizar su comercio dado que dicha acción solo ampliaría sus déficits comerciales. También se argumentaba que los PED deberían proteger sus industrias nacientes, en particular teniendo en cuenta la experiencia de Japón (que protegió sus industrias y dependió del mercado interno para luego promover un crecimiento en las exportaciones). Estos argumentos se complementaron con la tesis de Prebisch-Singer, según la cual los PED siempre enfrentarán un declive secular en los términos del intercambio, lo que hace que sea necesario un acceso preferencial a los mercados de los PD para minimizar los efectos de ese declive (WHALLEY, 1999, p. 5).

Durante los años siguientes a la creación del GATT, varias disposiciones relacionadas con el TED fueron introducidas en este acuerdo. En primer lugar, por la reforma del art. XVIII en la Sesión de Revisión del GATT 1954-1955. El nuevo ítem (art. XVIII, b) permitía flexibilidades a los PED para lidiar con dificultades en la balanza de pagos. Posteriormente, en 1965, el TED se hizo también presente con la inclusión de la parte IV al GATT, que eximía a los PED de la prohibición de aplicar subsidios a la exportación de bienes manufacturados y permitía mayor flexibilidad en el uso de protecciones arancelarias. Asimismo, muchos PED accedieron al GATT por medio del art. XXVI, lo que les permitió evadir las negociaciones de los aranceles consolidados como parte de sus convenios de adhesión.

Las flexibilidades con relación al acceso a los mercados fueron profundizadas con la incorporación en 1964 de la cláusula de no reciprocidad (art. XXXVI, 8) de la parte IV del GATT, denominada de “comercio y desarrollo”. También, entre 1966 y 1971, se introdujeron en el GATT el sistema generalizado de preferencias (SGP) y el protocolo para las negociaciones comerciales entre 16 países en desarrollo, como *exenciones* al art. 1 (NMF).

En la Ronda de Tokio, iniciada en 1973, los esfuerzos de los PED para consolidar el trato especial en su favor conllevaron la “Decisión sobre trato diferencial y más favorable,

reciprocidad y completa participación de los países en desarrollo”, conocida como Cláusula de Habilitación.<sup>5</sup> El concepto de Trato Especial y Diferenciado llegaba al corazón del sistema multilateral de comercio. De todos modos, también se estableció que ese no era un derecho a ser ejercido por tiempo indeterminado, ya que se previó que los PED se graduaran del TED cuando estuvieran dadas algunas condiciones de desarrollo.

Sin embargo, en ese entonces, los PED empezaron a percibir que la creciente discriminación negativa en contra de su comercio superaba la discriminación positiva que recibían bajo el TED y endurecieron su posición.<sup>6</sup> El final de la Ronda de Tokio estuvo marcado por mucha tensión entre los llamados poderes transatlánticos (EE.UU. y Comunidad Europea-CE) y los PED, miembros del llamado “Grupo informal de países en desarrollo”. Con el auxilio de la UNCTAD, este grupo sintetizó su posición acerca de los códigos de la Ronda de Tokio y partió para la ofensiva, encabezado por Argentina, Brasil, Egipto, India y Yugoslavia.

Aunque los EE.UU. y la CE estuvieron en total desacuerdo con la posición de los PED y con lo que denominaron la “UNCTADización” del GATT —inclusive planearon resucitar la cláusula de NMF condicional o hasta salir del GATT y negociar un acuerdo en la OECD—, decidieron aceptar la posición de los PED para cerrar la Ronda en medio de consideraciones de seguridad y defensa traídas por la Guerra Fría (STEINBERG, 2002, p. 359; KRASNER, 1977). Así, la Ronda de Tokio se cerró en 1979 con códigos de adhesión voluntaria, que de ese modo reflejaban las tensiones existentes. Los PED pudieron en ese entonces defender su derecho a no aceptar todas las reglas, lo que los países industrializados consideraron como el ejemplo más claro de “free riding”.

La Ronda Uruguay (RU) empezó en un contexto en el cual muchos PED estaban de cierta forma empoderados por las flexibilidades del TED y al mismo tiempo estaban alertas a la discriminación en contra de su comercio. Es decir, querían conseguir más acceso a los mercados, adoptando una posición más cooperativa, ante la promesa de inclusión de agricultura en las negociaciones, además de que pretendían mantener el uso de las disposiciones de TED. En un

...

- 5 La Cláusula de Habilitación abarca a) el Sistema Generalizado de Preferencias, b) medidas no arancelarias en los instrumentos del GATT, c) acuerdos globales o regionales entre países en desarrollo y d) trato especial para países menos adelantados (PMA).
- 6 La discriminación negativa a los países en desarrollo se hacía notar sobre todo con relación a: los acuerdos de restricción voluntaria adoptados directamente en contra de sus exportaciones más competitivas, ampliación de los acuerdos de libre comercio y uniones aduaneras entre países desarrollados, crecientes restricciones en textiles bajo el acuerdo multifibras, aranceles más altos para productos de interés exportador de los PED en comparación con aquellos de interés de los PD, creciente aplicación de medidas *antidumping* y compensatorias y uso del SGP como herramienta de presión por parte de los PD, que además, a falta de disposiciones específicas, “graduaban” unilateralmente a los países que ya no recibirían los beneficios del SGP (UNCTAD, 2000, p. 27; KESSIE, 2000, p. 9).

principio, no tenían la intención de firmar acuerdos como el TRIPs, TRIMs o el GATS. Sin embargo, el desarrollo de la Ronda llevó a resultados muy diferentes a los de la Ronda de Tokio.

Los impactos del paquete de Marrakech sobre las estrategias de desarrollo no fueron suficientemente ponderados, como se observará en el apartado siguiente.

## 2.2 EL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO EN LA OMC

El resultado de la Ronda Uruguay fue muy desigual en favor de los PD y significó un duro golpe al manejo de asimetrías bajo el marco del TED. De hecho, el resultado del compromiso único fue el de hacer que los PED y los PD asumieran compromisos muy similares (FUKASAKU, 2000), basados en reglas muchas veces sesgadas a favor de los PD. El avance de temas novedosos como propiedad intelectual, servicios e inversiones no se correspondió con un similar avance en el concepto de TED o de los instrumentos que lo implementaran y pudiesen garantizar un espacio para la convergencia de las reglas del libre comercio y las estrategias de desarrollo.

Así, con la creación de la OMC el concepto de TED se transformó,<sup>7</sup> su alcance se restringió y su contenido se fragmentó. Esta situación fue el reflejo de la puja de intereses en la negociación y cierre de la Ronda Uruguay, que demostraba además la poca voluntad de los PD de seguir concediendo trato especial, particularmente a los países de nivel de renta medio. Ejemplo de esto es la expresa disposición de mecanismos de graduación, como lo que ya se hacía de forma unilateral con los beneficiarios del SGP. El foco pasó a ser los países menos adelantados (PMA), como expresamente dispone el art. XI, 2, del Acuerdo por el que se establece la OMC.<sup>8</sup>

Las medidas del TED en los Acuerdos de Marrakech fueron divididas en tres grandes grupos: reglas que determinan menor grado de obligaciones a los PED; aquellas que disponen medidas positivas a favor de los PED y por último las reglas que buscan atender a las necesidades especiales de los PMA (WTO, 1999).

Se aprobaron textos que contenían disposiciones amplias y declaraciones exhortativas de TED, al tiempo que solo algunas disposiciones específicas de algunos acuerdos ganaron fuerza vinculante, mayormente relacionadas con plazos extendidos para la implementación.<sup>9</sup>

...

<sup>7</sup> Sobre la diferencia entre el TED antes y después de la Ronda Uruguay, ver Whaley (1999).

<sup>8</sup> “Art. XI. Miembros iniciales...2. Los países menos adelantados reconocidos como tales por las Naciones Unidas solo deberán asumir compromisos y hacer concesiones en la medida compatible con las necesidades de cada uno de ellos en materia de desarrollo, finanzas y comercio o con sus capacidades administrativas e institucionales”.

<sup>9</sup> Aun en el caso de las disposiciones de carácter vinculante, hubo una creciente restricción en su aplicación, con la exclusión de hecho de muchos PED del universo de beneficiarios de las excepciones relacionadas al TED. Al respecto, ver Peixoto Batista (2005).

Es decir, en los acuerdos vigentes desde la creación de la OMC las disposiciones de TED que claramente establecen derechos y obligaciones oponibles ante el sistema de solución de disputas son aquellas relacionadas con períodos de transición más largos para implementación de las obligaciones; y flexibilidad en algunas obligaciones y procedimientos, además de algunas disposiciones de asistencia técnica.<sup>10</sup>

La mayor parte de las reglas de TED fragmentadas y esparcidas por los Acuerdos de Marrakech no tiene carácter vinculante y cumple una función exhortativa.<sup>11</sup> Eso denota la tensión entre el intento de los PED de incluir el TED en la mayor cantidad de disposiciones posibles de los Acuerdos de Marrakech y el intento (contrario) de los PD por vaciar esas disposiciones de contenido vinculante. De hecho, teniendo en cuenta que la mayor parte de las normas no tienen carácter vinculante, existen muy pocos casos llevados al Sistema de Solución de Controversias.<sup>12</sup> En ellos, es importante resaltar la inclinación de la OMC por evitar ahondar en el análisis del fenómeno de fragmentación y de aclarar los conflictos existentes.

Sin embargo, la puja por reformular el sistema multilateral de comercio, volviendo poner el desarrollo en el centro de una Ronda de negociaciones se reflejó en el intento de los PED por dar nuevo y ampliado alcance al concepto de TED, fortaleciéndolo y haciéndolo políticamente más efectivo y jurídicamente más exigible. En el apartado siguiente, se analizará entonces las tendencias del TED desde el lanzamiento de la Ronda de Doha, en el 2001, hasta su estado actual, para seguir indagando acerca de las tendencias de fragmentación que presentan dichas normas.

### 2.3 EL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO DESDE LA RONDA DE DOHA

En los años de implementación de los Acuerdos de Marrakech, el tema tomó nuevo impulso, cuando muchos PED ganaron una dimensión más clara del grado de sesgo de los acuerdos de la Ronda Uruguay (RU) en favor de los países desarrollados y del sesgo antidesarrollo que caracterizó a dicha Ronda.

...

10 Para consideraciones sobre la fuerza vinculante de las disposiciones de TED, ver Kessie (2000), entre otros. Asimismo, otros autores clasificaron las disposiciones de TED presentes en los Acuerdos de Marrakech. Ver Fukasaku (2000); Kessie (2000); International Institute for Sustainable Development (2003); Page y Kleen (2005); entre otros. Por su parte, la OMC también estableció una clasificación que se describirá más adelante.

11 Eso da cuenta de la reducción del alcance del TED con la creación de la OMC y el cambio de orientación en su “raison d’être”. La intención que se plasmó en la Ronda de Tokio, de tener un marco abarcador que brindara cierta coherencia al conjunto de normas de TED, fue dejada de lado.

12 India – Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales (1997); Argentina – Calzados (1998); Brasil – Neumáticos Recauchutados (2002); India – Comunidades Europeas, preferencias arancelarias (2003), por ejemplo.

Por su parte, los EE.UU. y la Unión Europea querían seguir avanzando con la profundización de los compromisos de Marrakech, y para ello lanzaron la propuesta de una nueva ronda. Los PED, por otra parte, descontentos con los resultados de la RU, aceptaron la oferta, previa exclusión de temas como medioambiente, trabajo y con la condición de que el mandato de la nueva ronda fuese amplio para incluir sus intereses, necesidades y estrategias de desarrollo (STEINBERG, 2002). En las negociaciones de apertura de la Ronda, los PED tenían muy presente el gran vacío de la RU con relación al tópico del desarrollo. Así, mientras que los PD insistían en que la nueva Ronda se llamara Ronda del Milenio, los PED hicieron hincapié en que se titulara Ronda del Desarrollo.

Luego del fracaso de Seattle (Conferencia Ministerial de 1999) y en medio de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los EE.UU., en un intento de enviar una señal positiva a la comunidad internacional, los principales PD aceptaron lanzar la Ronda del Desarrollo. (STEINBERG, 2002). Así, en la Conferencia Ministerial de Doha en el 2001, se lanzó la Ronda Doha para el Desarrollo. La Declaración de Doha, en su párrafo 44, afirma que las disposiciones sobre TED son parte integrante de los Acuerdos de la OMC y que prestará especial atención a aquellas, con miras a reforzarlas y hacerlas más precisas, eficaces y operativas.

Desde allí, el TED emprendió un nuevo camino en los textos de los acuerdos en negociación en la Ronda de Doha. Por un lado, las negociaciones se desarrollaron en el Comité de Comercio y Desarrollo (CCD o Comité), a través de sesiones extraordinarias. Por otro lado, el TED se incluyó en varios acuerdos específicos, negociados por los comités de los diversos temas, como agricultura o NAMA (Acceso a Mercados de Productos no Agrícolas, por sus siglas en inglés).

### 2.3.1 EL TED EN EL COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO (CCD)

Desde el 2002 el CCD ha trabajado intensamente sobre cuestiones como el examen de las disposiciones de TED en los acuerdos específicos para interpretarlas de manera de reforzarlas y hacerlas más eficaces; el examen de propuestas para un acuerdo marco en materia de TED, además de identificación de las disposiciones que tienen carácter obligatorio y las consecuencias de la conversión de las medidas que actualmente no son vinculantes en disposiciones obligatorias, todo conforme el mandato del párrafo 44 de la Declaración de Doha y del párrafo 12.1 de la Declaración sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación de Doha.<sup>13</sup> La tarea desde entonces es la elevación de informes con recomendaciones al Consejo General para que ese adopte decisiones al respecto.

Después de la revisión de los informes del Comité se observa que se trabajó de manera sostenida hasta el 2008, pero los plazos fueron postergándose a medida que avanzaron las

...

<sup>13</sup> Disponible en: <[www.wto.org](http://www.wto.org)>. Acceso el: 1 agosto 2017.

negociaciones en la ronda y el tema sufrió varias modificaciones que se verán a continuación. Antes de empezar los trabajos, a pedido de algunos países, se llamó a la Secretaría de la OMC a divulgar la información sobre la aplicación de las disposiciones de TED por parte de los miembros, con el fin de facilitar los trabajos en el Comité.<sup>14</sup> Las disposiciones de TED fueron divididas en cinco grupos, a saber: disposiciones para aumentar las oportunidades de comercio por medio de acceso a mercados, disposiciones que requieren que los miembros salvaguarden el interés de los PED, disposiciones que permiten ciertas flexibilidades a los PED en la aplicación de normas y disciplinas, disposiciones que permiten períodos de transición más largos para los PED y disposiciones relativas a la asistencia técnica.

Desde eso, los debates siguieron abordando propuestas de acuerdos específicos y propuestas de carácter transversal y sistémico. La meta era llegar a la Ministerial de Cancún con recomendaciones al Consejo General de forma de ser adoptado en el texto de la Declaración. En las sesiones que siguieron hasta Cancún, se incorporó al debate —como propuesta del Grupo Africano— el mecanismo de vigilancia que sería encargado de monitorear el cumplimiento de las disposiciones de TED en los acuerdos de la OMC. En el último tramo de sesiones hasta diciembre de 2003 el Comité trabajó de forma intensa bajo la presidencia del sudafricano Faizel Ismail, que reemplazó al jamaicano Ransford Smith. Se llegó a Cancún con una propuesta de Anexo C al proyecto de texto ministerial que contenía las propuestas donde hubo acuerdo. Sin embargo, ni el anexo ni el texto fueron adoptados en la Ministerial. En aquel entonces, las atenciones se centraban en la agricultura, el acceso a los mercados en NAMA, el algodón y los temas de Singapur, lo cual dejó a la discusión sobre TED momentáneamente suspendida, aguardando además la identificación de mayores ámbitos de convergencia entre los países.

Las principales divergencias hasta Cancún estaban en las cuestiones transversales, como los principios y los objetivos del TED, la obligatoriedad o no de la asistencia técnica, la Cláusula de Habilitación y la graduación, la diferenciación entre PED para permitir una estructura de derechos y obligaciones en uno, dos o tres niveles así como la estructura y el alcance del mecanismo de vigilancia. Después de Cancún, con base en la iniciativa del presidente (Brasil), se retomaron los trabajos por medio de preguntas puntuales a los miembros sobre cómo avanzar en el TED. Había divergencias, pero era consenso la exigencia de que el paquete de julio de 2004 tuviese un claro componente de desarrollo.

Según el paquete de julio,<sup>15</sup> las preocupaciones sobre el desarrollo y las disposiciones de TED son parte integrante de la Declaración Ministerial de Doha y los acuerdos de la OMC, respectivamente. Además, recomendó que se siga avanzando en las propuestas pendientes de

•••

<sup>14</sup> Doc. WT/COMTD/36.

<sup>15</sup> Doc WT/L/579.

disposiciones en acuerdos específicos y que abarque todos los demás trabajos pendientes, incluidos los relativos a las cuestiones transversales, el mecanismo de vigilancia y la incorporación del TED a la estructura de las normas de la OMC, y le rinda informe. Además, encomienda a todos los órganos de la OMC a los que se han remitido propuestas de la categoría de TED que concluyan rápidamente el examen de las mismas y rindan informe a ese órgano, con recomendaciones claras para la adopción de una decisión, de cara a la Ministerial de Hong Kong.

Después de allí, en vistas del exiguo plazo hasta la ministerial, la prioridad para el logro de consensos en cuestiones pendientes pasó a ser los temas que involucraban a los PMA, además de lograr cerrar las propuestas en acuerdos específicos para llegar con recomendaciones al Consejo General en Hong Kong. Durante ese período, sin embargo, las negociaciones volvieron a empantanarse en la disyuntiva: cuestiones transversales *versus* cuestiones puntuales. La prioridad conferida a los PMA tampoco liberó de conflicto el debate en esos temas. Muchos países desarrollados temían por la automaticidad de las concesiones, proponiendo además que las flexibilidades fuesen transitorias y que se otorgaran sobre la necesidad evaluada colectivamente. Asimismo, consideraban inaceptables las exenciones generales y la obligatoriedad de la asistencia técnica.

En vísperas de la ministerial de Hong Kong, no había consenso más allá de algunas propuestas sobre acuerdos específicos. Tampoco avanzaban las propuestas en TED remitidas a otros órganos de la OMC. Hacía falta una decisión política y el trabajo técnico parecía haberse agotado, como lo diagnosticaron algunos miembros. Se decidió enviar el proyecto de texto apoyado por la mayoría, además de todas las propuestas minoritarias. Se solicitó una decisión política sobre la adopción de las cuestiones ya consensuadas, la cuestión prioritaria de los PMA y una directiva clara acerca de los trabajos pendientes.

Como respuesta, los ministros renovaron el compromiso con el TED en la Ronda, adoptaron cinco decisiones a favor de los PMA y encomendaron al CCD concluir los trabajos antes de fines del 2006. Sin lugar a dudas, lo más importante de la declaración fue la decisión a favor de los PMA, en cuanto fueron más allá de la expresión de deseo o estipulación de plazos que serían postergados. Asimismo, en la Declaración Ministerial de Hong Kong se detallaron puntos específicos de TED hacia los PED, como el párrafo 24 del documento, o el principio de la reciprocidad menos que plena, conforme se verá en la próxima sección.

Posteriormente, los trabajos del Comité —bajo la presidencia de embajadores de Singapur y posteriormente de Tailandia— se concentraron en primer lugar en operacionalizar las decisiones a favor de los PMA. Sobre las cuestiones transversales, la propuesta del mecanismo de vigilancia ha recibido el consenso suficiente para avanzar.

A la pulverización de las normas de TED en los Acuerdos de Marrakech le sigue la multiplicación de propuestas y la adopción de reglas especiales para los PMA con relación al TED, restringiendo su alcance. La propuesta de incorporación del TED en la estructura de normas de la OMC fue perdiendo fuerza, así como el debate sobre un marco general para el TED. Se

observa la disminución de la participación de algunos PED de nivel medio en el CCD, lo que se refleja también en la disminución de la cantidad de propuestas de TED en acuerdos específicos y en el menor grado de actividad del CCD.

En cambio, empieza a ganar fuerza la tendencia de negociar flexibilidades puntuales, sobre todo de parte de esos PED de ingresos medios, como manera de acomodar sus intereses diversos, lo que se vincula con una visión más estratégica de la fragmentación, interpretada en este caso como utilización de los márgenes de maniobras disponibles o, en términos para adecuados, en utilización del *policy space*.

En ese sentido, la pregunta sobre si el sistema multilateral de comercio restringe o no el espacio para la adopción de políticas de desarrollo no es nueva, pero en esos años se ha renovado su interés. El término, en español, espacio de políticas, en su significado más reciente surge con vigor en documentos de la UNCTAD, en especial el Consenso de São Paulo de 2004 y el Informe sobre Comercio y Desarrollo del año 2006. En el Consenso de São Paulo adquiere su primer *status* oficial y se define como: el ámbito para políticas domésticas, especialmente en las áreas de comercio, inversiones y desarrollo industrial que puede ser enmarcado por disciplinas y compromisos internacionales y consideraciones globales de mercado (UNCTAD, 2004; ODI, 2007). Por lo tanto, *policy space* se refiere a la libertad de elección en términos de políticas de desarrollo económico que los países pueden implementar considerando los compromisos y disciplinas internacionales asumidos (AMARAL, 2016).

Como ya mencionado, los acuerdos de Marrakech de la Ronda Uruguay poseen un pronunciado sesgo antidesarrollo (FUKASAKU, 2000), lo que se trató de corregir en la Ronda de Doha, con magros resultados. El informe de Comercio y Desarrollo de la UNCTAD del año 2006 alertaba para la disminución de los espacios de política para los países en desarrollo en los Acuerdos de la OMC y más recientemente en la Ronda de Doha (UNCTAD, 2006). En ese contexto, varios PED de nivel medio están avanzando en la búsqueda de maximizar el uso de esos espacios de política, negociando flexibilidades y excepciones en la Ronda de Doha, en particular aquellos más involucrados en el G-20 y NAMA 11, dos coaliciones que manifiestan dos ámbitos de especial interés para estos países: Agricultura y NAMA (acceso a mercados para productos no agrícolas, por sus siglas en inglés). El próximo apartado se dedicará a identificar esas excepciones.

### 2.3.2 EL TED EN ACUERDOS ESPECÍFICOS

Hasta el estancamiento de las negociaciones, muchos de los PED habían logrado instalar sus demandas en forma de flexibilidades en los acuerdos en negociación de la Ronda de Doha. En el acuerdo de productos no agrícolas (NAMA, por sus siglas en inglés), no son muchos los países que deberían aplicar la rebaja arancelaria general (la llamada fórmula suiza con coeficientes). La mayoría de los países miembros, en especial los PED, son parte de alguna excepción, sea porque son países menos adelantados, economías pequeñas y vulnerables, miembros de reciente adhesión (RAM), economías en transición, países altamente endeudados, pequeñas

islas, países sin costa, etc. Entre los países que deberían aplicar la fórmula, muchos negociaron flexibilidades adicionales además de las flexibilidades generales derivadas de la regla general de reciprocidad menos que plena y equilibrio con agricultura. El MERCOSUR, por ejemplo, negoció una regla adicional que consiste en una lista de excepciones que no entrará en la rebaja arancelaria.

Algunos otros grupos de PED también buscan acomodarse en este contexto, por ejemplo, Perú, Colombia, Ecuador o Costa Rica. Dichos países son economías pequeñas, pero no entran en la categoría de “pequeñas y vulnerables” y temen por la erosión de preferencias frente a las flexibilidades especiales para esa categoría de países. De igual manera, países como Paraguay están activos en sus demandas por flexibilidades especiales para “países sin costa”.

En agricultura, el panorama es un poco diferente. En sus momentos de mayor actividad, en el G-20 se observaba por lo menos dos grupos: los exportadores netos ofensivos —liderados por Brasil— y los importadores netos defensivos —liderados por India y China—. Países como Brasil y Argentina quieren la profundización de compromisos en ayuda interna (cuyo mayor obstáculo son los EE.UU.) así como en medidas de acceso a los mercados (cuyo mayor obstáculo es la Unión Europea), mientras India tiene más interés en derribar medidas de ayuda interna, porque tiene muchos obstáculos para el acceso a su mercado.

Las negociaciones entraron en una etapa de estancamiento desde el 2009 (luego del fracaso de la “mini ministerial” de Ginebra en 2008) y recién se destrabaron en 2013, en la Conferencia Ministerial de Bali. El denominado “Paquete de Bali” se considera, entre los más optimistas, un avance significativo si se lo compara a la parálisis en la que estaba inmersa la ronda. A la Conferencia de Bali le siguió la de Nairobi en diciembre de 2015. No obstante el avance, se puede observar en el cuadro a continuación que la agenda es mucho más modesta y que los puntos sensibles que parecían caminar hacia un programa de trabajo con vistas al cierre de la ronda, por ahora no alcanzaron consenso.

## CUADRO I – MEDIDAS ADOPTADAS EN LAS CONFERENCIAS MINISTERIALES DE BALI Y NAIROBI

### CONFERENCIA MINISTERIAL DE BALI DICIEMBRE DE 2013

#### LABOR ORDINARIA DEL CONSEJO GENERAL.

- : RECLAMACIONES NO BASADAS EN UNA INFRACCIÓN Y RECLAMACIONES EN CASOS EN QUE EXISTE OTRA SITUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS ADPIC – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/31 – WT/L/906

### CONFERENCIA MINISTERIAL DE NAIROBI DICIEMBRE DE 2015

#### LABOR ORDINARIA DEL CONSEJO GENERAL.

- : PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE LAS PEQUEÑAS ECONOMÍAS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(15)/40 – WT/L/975
- : RECLAMACIONES NO BASADAS EN UNA INFRACCIÓN

- : PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/32 – WT/L/907
- : PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE LAS PEQUEÑAS ECONOMÍAS – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/33 – WT/L/908
- : AYUDA PARA EL COMERCIO – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/34 – WT/L/909
- : COMERCIO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/35 – WT/L/910

*DECISIONES ADOPTADAS*

- : DECISIÓN ADOPTADA POR EL CONSEJO DE LOS ADPIC CON RESPECTO A LA PRÓRROGA DEL PERÍODO DE TRANSICIÓN PREVISTO EN EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 66 DEL ACUERDO PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS MIEMBROS (DOCUMENTO IP/C/64);
- : DECISIÓN ADOPTADA POR EL CONSEJO GENERAL EN JULIO DE 2012 SOBRE LA ADHESIÓN DE LOS PMA (DOCUMENTO WT/L/508/ADD.1)

Y RECLAMACIONES EN CASOS EN QUE EXISTE OTRA SITUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS ADPIC – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(15)/41 – WT/L/976

- : PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(15)/42 – WT/L/977

*DECISIONES ADOPTADAS*

- : ADOPCIÓN POR EL CONSEJO DE LOS ADPIC DE LA DECISIÓN SOBRE LA PRÓRROGA DEL PERÍODO DE TRANSICIÓN PREVISTO EN EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 66 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS MIEMBROS CON RESPECTO A DETERMINADAS OBLIGACIONES RELATIVAS A LOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS, ASÍ COMO LA DECISIÓN DE EXENCIÓN CONEXA ADOPTADA POR EL CONSEJO GENERAL EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS MIEMBROS
- : DIMANANTES DE LOS PÁRRAFOS 8 Y 9 DEL ARTÍCULO 70 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC.

**PROGRAMA DOHA PARA EL DESARROLLO***FACILITACIÓN DEL COMERCIO*

- : ACUERDO SOBRE FACILITACIÓN DEL COMERCIO – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/36 – WT/L/911

*AGRICULTURA*

- : SERVICIOS GENERALES – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/36 – WT/L/911
- : CONSTITUCIÓN DE EXISTENCIAS PÚBLICAS CON FINES DE SEGURIDAD ALIMENTARIA – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/38 – WT/L/913
- : ENTENDIMIENTO RELATIVO A LAS DISPOSICIONES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTINGENTES ARANCELARIOS DE LOS PRODUCTOS AGROPECUARIOS, SEGÚN SE DEFINEN EN EL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/39 – WT/L/914
- : COMPETENCIA DE LAS EXPORTACIONES – PROYECTO DE DECLARACIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/40 – WT/L/915

*ALGODÓN*

- : ALGODÓN – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/41 – WT/L/916

**PROGRAMA DOHA PARA EL DESARROLLO***AGRICULTURA*

- : MECANISMO DE SALVAGUARDIA ESPECIAL PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO MIEMBROS – DECISIÓN MINISTERIAL DE 19 DE DICIEMBRE DE 2015 – WT/MIN(15)/43 – WT/L/978
- : CONSTITUCIÓN DE EXISTENCIAS PÚBLICAS CON FINES DE SEGURIDAD ALIMENTARIA – DECISIÓN MINISTERIAL DE 19 DE DICIEMBRE DE 2015 – WT/MIN(15)/44 – WT/L/979
- : COMPETENCIA DE LAS EXPORTACIONES – DECISIÓN MINISTERIAL DE 19 DE DICIEMBRE DE 2015 – WT/MIN(15)/45 – WT/L/980

*ALGODÓN*

- : ALGODÓN – DECISIÓN MINISTERIAL DE 19 DE DICIEMBRE DE 2015 – WT/MIN(15)/46 – WT/L/981

*CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS PMA*

- : NORMAS DE ORIGEN PREFERENCIALES PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(15)/47 – WT/L/917/ADD.1
- : APLICACIÓN DEL TRATO PREFERENCIAL EN FAVOR DE LOS SERVICIOS Y LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS

*DESARROLLO Y CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS PMA*

- : NORMAS DE ORIGEN PREFERENCIALES PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(13)/42 – WT/L/917
- : PUESTA EN PRÁCTICA DE LA EXENCIÓN RELATIVA AL TRATO PREFERENCIAL PARA LOS SERVICIOS Y LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(13)/43 – WT/L/918
- : ACCESO A LOS MERCADOS LIBRE DE DERECHOS Y DE CONTINGENTES PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(13)/44 – WT/L/919
- : MECANISMO DE VIGILANCIA DEL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(13)/45 – WT/L/920

DE LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS Y PARTICIPACIÓN CRECIENTE DE LOS PMA EN EL COMERCIO DE SERVICIOS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(15)/48 – WT/L/982

**PARTE III – LABOR POSTERIOR A BALI**

SE ENCOMIENDA AL COMITÉ DE NEGOCIACIONES COMERCIALES QUE PREPARE, EN LOS PRÓXIMOS 12 MESES, UN PROGRAMA DE TRABAJO CLARAMENTE DEFINIDO SOBRE LAS CUESTIONES RESTANTES DEL PROGRAMA DE DOHA PARA EL DESARROLLO. EN PARTICULAR SOBRE LA AGRICULTURA, EL DESARROLLO Y LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS PMA...SE DARÁN PRIORIDAD A LAS CUESTIONES DEL PAQUETE DE BALI EN LAS QUE NO SE PUDIERON LOGRAR RESULTADOS JURÍDICAMENTE VINCULANTES.

**PARTE III**

SE RECONOCE LA IMPORTANCIA DE ESOS TEMAS, SE ACLARA QUE SE SEGUIRÁN DISCUTIENDO PERO CIERRAN CON LA SIGUIENTE DECLARACIÓN: “SI BIEN ESTAMOS DE ACUERDO EN QUE NUESTROS FUNCIONARIOS DEBERÁN DAR PRIORIDAD A LOS TRABAJOS EN LOS QUE AÚN NO SE HAN CONSEGUIDO RESULTADOS, ALGUNOS MIEMBROS DESEAN QUE SE IDENTIFIQUEN Y DEBATAN OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS PARA SU NEGOCIACIÓN, MIENTRAS QUE OTROS NO LO DESEAN. CUALQUIER DECISIÓN DE INICIAR NEGOCIACIONES A NIVEL MULTILATERAL SOBRE TALES CUESTIONES TENDRÍA QUE SER CONVENIDA POR TODOS LOS MIEMBROS”.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Declaraciones Ministeriales de Bali (WT/MIN(13)/Dec) y de Nairobi (WT/MIN(15)/Dec).

El Paquete de Bali avanzó concretamente en el Acuerdo sobre Facilitación de Comercio (AFC), que ya se encuentra en proceso de ratificación por los países miembros. Repite el compromiso sin ningún avance en tema de seguridad alimentaria. Se avanza en temas de contingentes arancelarios, pero con relación a salvaguardias agrícolas, solo se aprueba un Mecanismo de Salvaguardia Especial que es aplicable a todos los miembros, restando pendiente un mecanismo especial para los PED, que sigue en negociación sin lograr consenso. Se ha avanzado en un acuerdo sobre Competencia de las Exportaciones y eliminación de subsidios con

algunas medidas de TED para los PED y PMA. Así también en algunos programas de desarrollo relacionados con el desarrollo rural (servicios generales).

De todos modos, la *great bargain* quedó pendiente. En Bali los miembros se comprometieron a revisar el resto de las negociaciones comerciales de la Ronda y a preparar un programa de trabajo “claramente definido” durante el año 2014 sobre cómo tratar los asuntos pendientes, entre los que se encuentra el núcleo de la controversia que contribuyó al estancamiento de las negociaciones y: el acceso al mercado agrícola y no agrícola y las reformas a las políticas internas de apoyo agrícola. No obstante las declaraciones de Bali, en Nairobi se reconoce que no se ha logrado consenso para avanzar en esos temas.

## CONCLUSIONES

La fragmentación en el derecho internacional ha sido mayormente considerada un fenómeno ineludible reflejo de la creciente necesidad de especialización del derecho en el contexto de la globalización. En ese sentido, desde el punto de vista más tradicional, la fragmentación es un reto para la coherencia de los órdenes jurídicos.

Sin embargo, la fragmentación también puede ser interpretada como una característica del sistema internacional que refleja las divergencias y tensiones entre actores diversos con intereses diferentes y muchas veces contrapuestos. Si bien es una visión minoritaria entre la literatura jurídica, va ganando espacio esa visión más pluralista del sistema y del derecho internacional.

Dicho debate es de fundamental importancia cuando se analiza la poco explorada relación entre asimetrías entre países en ámbitos de negociaciones internacionales y procesos de fragmentación normativa. Es importante darse cuenta de que en algunos casos la fragmentación del derecho indica negociaciones asimétricas en un contexto en el cual, en primer lugar, no hubo capacidad suficiente en las negociaciones, por parte de los países de menor poder relativo, para cambiar la agenda predominante; en segundo lugar, dichos países buscaron formas de circunvalación de esa agenda. La fragmentación surge entonces como resultado del uso de los espacios de política disponibles por parte de los países en desarrollo (PED).

Con relación al Trato Especial y Diferenciado (TED), ha sido un tema instalado en el sistema multilateral de comercio por los países en desarrollo (PED), ante las falencias de ese sistema para dar respuesta a la necesidad de implementación de estrategias de desarrollo y ante la desigualdad en el “campo de juego” entre esos países y los países desarrollados (PD). La inclusión del art. XVIII, b y de la parte IV del GATT son reflejos de esa demanda.

A fines de la década de 1970, durante la Ronda de Tokio, el TED logró llegar al corazón del sistema multilateral de comercio, a través de la Cláusula de Habilitación. Allí, los PED tenían un marco desde el cual negociar sus compromisos y preferencias. Sin embargo, durante las negociaciones de la Ronda Uruguay y en los posteriores Acuerdos de Marrakech de la OMC, el alcance del TED fue restringido y en cambio surgió una serie de normas

fragmentadas y pulverizadas a lo largo y ancho de los acuerdos, la mayoría de esas normas sin poder vinculante.

La Ronda de Doha hizo un intento por volver a dar un marco de debate al TED sin éxito. Si bien por acción de los PED líderes en la OMC, el desarrollo volvió al sistema multilateral en la Declaración de Doha, también es cierto que esa declaración de principios e intenciones no se consolidó en la práctica. Se observa la pulverización de las normas de TED en los Acuerdos de Marrakech le sigue la multiplicación de propuestas y la adopción de reglas especiales para los PMA con relación al TED.

Luego de las Conferencias de Bali en 2013 y Nairobi en 2015 se observa que el tema TED ha perdido impulso y se va consolidando la idea de que el marco del TED se aplica solamente a los países menos adelantados (PMA).

En ese sentido, se observa la tensión entre la posición de los PED de seguir incluyendo el tema en los acuerdos y la posición de los PD de querer vaciar el TED de capacidad vinculante y de reducir el universo de beneficiarios de ese tratamiento especial.

Sin embargo, también se observa que muchos países, sobre todo PED de nivel de ingresos medios, negociaron flexibilidades hechas a medida, aprovechando márgenes de maniobras para maximizar los espacios de políticas crecientemente restrictivos (y ante la escasa capacidad de seguir avanzando en un marco más contundente para el TED).

En ese escenario, los PED negocian flexibilidades *ad hoc*, provocando un incremento en la fragmentación normativa. Es decir, la fragmentación en este caso claramente refleja las disputas de intereses y es indicador de la falta de consenso sobre el tema de las asimetrías en el sistema multilateral de comercio. Se logra, de esa manera, rescatar una faceta estratégica del fenómeno de la fragmentación, que si bien puede ser interpretada como falta de capacidad de instalar una agenda, también es el resultado de un uso estratégico de los márgenes de maniobra.

## REFERENCIAS

ALTER, Karen; MEUNIER, Sophie. The politics of international regime complexity. *Perspectives on Politics*, v. 7, n. 1, p.13-24, 2009.

ÁLVAREZ, José. International organizations: then and now. *The American Journal of International Law*, v. 100, n. 2, p. 324-347, 2006.

AMARAL, Renata. Ingerência no *policy space*: reflexões sobre as regras e os contenciosos da OMC. *Revista Pontes*, v. 12, n. 4, 2016.

BHAGWATI, Jagdish. Trade Policy: The infatuation with free trade agreements. *Discussion Paper Series*, n. 726, Columbia University, 1995. Disponible en: <[http://www.columbia.edu/cu/libraries/inside/working/Econ/ldpd\\_econ\\_9495\\_726.pdf](http://www.columbia.edu/cu/libraries/inside/working/Econ/ldpd_econ_9495_726.pdf)>. Acceso el: 1 agosto 2017.

DUPRET, Baudouin. Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, European University Institute, 2007.

FARIÑAS, María José. *Los Derechos Humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*. Madrid: Dykinson, 2006.

FINNEMORE, Martha. *National interests in international society*. Cornell Studies in Political Economy Series. New York: Cornell University Press, 1996.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunter. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004.

FUKASAKU, Kiichiro. Special and differential treatment for developing countries. does it help those who help themselves?. *Working Paper* n. 197, World Institute for Development Economic Research, The United Nations University, Sept., 2000.

GARAVITO, Carlos R. (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

IANNELLO, Pablo. Pluralismo jurídico. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑES VAQUERO, Álvaro. (Eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. V. 1. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>>. Acceso el: 1 agosto 2017.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IISD). Special and differential treatment. *IISD Trade and Development Brief*, n. 2, Spring 2003.

KENNEDY, David. The Mystery of global governance. In: DUNOFF, J; TRACHTMAN, J. (Eds.). *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KEOHANE, Robert. *After Hegemony*. Cooperation and discord in the world of political economy. Princeton: Princeton University Press, 1984.

KESSIE, Edwini. *Enforceability of the legal provisions relating to special and differential treatment under the WTO agreements*. Paper preparado para el Seminario de la OMC sobre Trato especial y Diferenciado para Países en Desarrollo, Ginebra, 7 de marzo de 2000. Disponible en: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/devel\\_e/sem01\\_e/kessie\\_e.doc](http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/sem01_e/kessie_e.doc)>. Acceso el: 1 agosto 2017.

KOSKENNIEMI, Martti. Hegemonic regimes. In: YOUNG, M. (Ed.). *Regime interaction in international law*. Facing fragmentation. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law? postmodern anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, n. 3, p. 553-579, 2002.

KRASNER, Stephen D. US commercial and monetary policy: unravelling the paradox of external strength and internal weakness. *International Organization*, v. 31, n. 4, p. 635-671, 1977.

\_\_\_\_\_. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. *International Organization*, v. 36, n. 2, p. 185-205, 1982.

KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MUS, Jan B. Conflicts between treaties in international law. *Netherlands International Law Review*, v. XLV, p. 214-217, 1998.

ODI. Policy space: Are WTO rules preventing development?. *Briefing Paper*, n. 14, Overseas Development Institute, Jan. 2007.

PAGE, Sheila. KLEEN, Peter. Special and differential treatment of developing countries in the World Trade Organization. *Global Development Studies*, n. 2. London: Overseas Development Institute, 2005.

PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. How WTO law relates to other rules of international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PEIXOTO BATISTA, Juliana. De Uruguay a Doha: plazos, prórrogas y renegociaciones. *Serie Brief*, n. 26, Red LATN, 2005. Disponible en: <<http://latn.org.ar/wp-content/uploads/2015/01/26-brief.pdf>>. Acceso el: 1 agosto 2017.

\_\_\_\_\_. A OMC é o canário na mina. *Revista Pontes*, ICTSD, v. 6, n. 1, abril 2010. Disponible en: <<http://ictsd.org/i/news/pontes/74325/>>. Acceso el: 1 agosto 2017.

RAUSTIALA, Kal; VICTOR, David G. The regime complex for plant genetic resources. *International Organization*, v. 58, n. 2, p. 277-309, 2004.

SADAT-AKHAVI, Seyed-Ali. *Methods of resolving conflicts between treaties*. Graduate Institute of International Studies (Series). Leiden: Brill Academic Publishers, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Análisis socio-jurídico. Bogotá: Colciencias – Instituto Colombiano de Antropología e Historia – Universidad de Coimbra CES – Universidad Nacional de Colombia – Siglo del Hombre Editores, 2001. Tomos I y II.

STEINBERG, Richard H. In the shadow of law or power? Consensus-based bargaining and outcomes in the GATT/WTO. *International Organization*, v. 56, n. 2, p. 339-374, 2002.

UNCTAD. Training tools for Multilateral trade negotiations: special & differential treatment, commercial diplomacy programme. UNCTAD, Geneva. UNCTAD/DITC/Misc.35, p. 26, 2000.

\_\_\_\_\_. São Paulo Consensus. Sesión 11, Documento TD/410, 25 jun. 2004.

\_\_\_\_\_. Trade and development report 2006. UNCTAD/TDR/2006, United Nations Publication, 2006.

WHALLEY, John. Special and differential treatment in the millennium round. CSGR, *Working Paper* n. 30/99, 1999.

YOUNG, Margaret (Ed.). *Regime interaction in international law*. Facing fragmentation. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

*Juliana Peixoto Batista*

DOCTORA EN DERECHO, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.  
INVESTIGADORA EN LA FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS  
SOCIALES – FLACSO ARGENTINA (ÁREA DE RELACIONES  
INTERNACIONALES).

*jjulipeixoto@gmail.com*