

## La aplicación selectiva de salvaguardias globales en los Acuerdos Comerciales Regionales: una solución a la luz de la CVDT\*

[The selective application of global safeguards in Regional Trade Agreements: a  
solution in accordance with VCLT]

DAVID ESPADA MARDONES

Universidad Católica del Norte

Correo ordinario: Cerro Paranal 320. Depto. 156, Antofagasta

Correo electrónico: david.espada.m@gmail.com

### RESUMEN

El presente trabajo analizará la legalidad de la exclusión de socios comerciales de la aplicación de salvaguardias globales a la luz de los artículos XXIV del GATT y 41 de la CVDT.

### PALABRAS CLAVE

OMC, salvaguardias globales, acuerdos comerciales regionales, aplicación selectiva, artículo XXIV del GATT.

### ABSTRACT

This paper analyzes the legality of excluding trading partners of the application of global safeguards in the light of article XXIV of GATT and 41 of the VCLT.

### KEYWORDS

WTO, global safeguard measures, Regional Trade Agreements, selective application, GATT article XXIV.

---

\* Este trabajo es una adaptación de la tesis de pregrado desarrollada dentro del marco del Proyecto Fondecyt N° 11130657 titulado “El Régimen de Salvaguardias de la OMC y los Acuerdos Regionales. Propuestas de Interpretación Armónica entre Dos Regímenes Aparentemente Contradictorios” cuyo investigador responsable es el profesor Cristián Delpiano Lira. Con todo, cualquier error es de mi exclusiva responsabilidad. Todas las traducciones son de mi autoría.

## I. INTRODUCCIÓN

Los Acuerdos Comerciales Regionales<sup>1</sup> (en adelante “ACRs”) son parte fundamental del sistema multilateral de comercio de la Organización Mundial de Comercio (en adelante “OMC”) y desde la década de los 90' no han dejado de aumentar<sup>2</sup>. Con ello se ha iniciado una etapa de “proliferación” dentro del regionalismo<sup>3</sup> que ha dado pie a importantes discusiones en torno a los efectos que este aumento de ACRs pudiese producir en el sistema multilateral de comercio.

Esta proliferación de ACRs no solo preocupa desde un punto de vista cuantitativo sino también cualitativo. En efecto, en los últimos años el ámbito de aplicación de los ACRs se ha ampliado, abarcando cada vez materias más complejas; no limitándose a una mera reducción arancelaria. Esta situación, desde un punto de vista jurídico, genera un complejo sistema de normas interrelacionadas cuyo tratamiento no resulta fácil. Este entrelazamiento de normas regionales y multilaterales ha sido denominado por Jagdish Bhagwati como efecto “Spaghetti-bowl”<sup>4</sup>.

Las normas creadas en virtud de estos ACRs no solo regulan materias interregionales que no han podido aún ser abordadas a nivel multilateral sino que también establecen disposiciones que modifican en lo sustancial las disposiciones de la propia OMC. Estas modificaciones –que solo afectan a los socios del respectivo ACR– han repercutido especialmente en las salvaguardias reguladas en el artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en adelante “GATT”) y en el Acuerdo sobre Salvaguardias (en adelante “AS”).

---

<sup>1</sup> En este trabajo se usará el término Acuerdos Comerciales Regionales (ACRs) en un sentido restringido incluyendo principalmente a los Acuerdos de Libre Comercio (o Tratados de Libre Comercio).

<sup>2</sup> Véase a este respecto Sistema de Información sobre los ACRs (SI-ACR) de la OMC. Disponible en: <http://rtais.wto.org/>

<sup>3</sup> El regionalismo es definido como aquellas “medidas adoptadas por los gobiernos para liberalizar o facilitar el comercio sobre una base regional, en ocasiones mediante zonas de libre comercio o uniones aduaneras”. WORLD TRADE ORGANIZATION (2003) p. 302.

<sup>4</sup> El profesor Jagdish Bhagwati aplica el término principalmente a la proliferación de normas de origen proveniente de los diversos ACRs pero su uso se ha ampliado a todo tipo de normas creadas en virtud de los ACRs. WORLD TRADE ORGANIZATION (2003) p. 332.



Las medidas de salvaguardia son “excepciones de emergencia económica”<sup>5</sup> que permiten a los miembros de la OMC suspender bajo determinadas circunstancias las concesiones comerciales OMC cuando, por efecto de las obligaciones contraídas y por la evolución imprevista de las circunstancias, se produce un aumento en las importaciones que cause o amenace causar un daño grave a la industria domestica de la parte contratante<sup>6</sup>. A las salvaguardias reguladas en el artículo XIX del GATT y en el AS se les denomina “salvaguardias globales”<sup>7</sup>.

Los ACRs más modernos han regulados de diversas formas el régimen aplicable a las salvaguardias globales, modificando en lo sustancial las condiciones sustantivas y procedimentales establecidas en el sistema multilateral de comercio de la OMC. Una de las modificaciones que ha resultado más compleja para el sistema multilateral –y que será objeto de este trabajo– es aquella que dice relación con aplicación selectiva de salvaguardias globales por parte de los socios regionales o, en otras palabras, la exclusión de socios comerciales de la aplicación de una salvaguardia global.

En efecto, las salvaguardias globales, de acuerdo al sistema normativo de la OMC, deben aplicarse generalmente de manera no selectiva<sup>8</sup>, o sea, basándose en el trato de la nación más favorecida (en adelante “NMF”). Sin embargo, un número no menor de ACRs han establecido en sus disposiciones la facultad –o en algunos casos la obligación–, de excluir a los socios comerciales de la aplicación de una salvaguardia global; cuestión que parece contradecir la normativa multilateral.

Estas discrepancias han generado una serie de cuestionamientos jurídicos en cuanto a si la exclusión de socios comerciales está o no permitida dentro de sistema multilateral de comercio. En particular se ha cuestionado si el artículo XXIV del GATT –que autoriza el establecimiento de ACRs (zonas de libre comercio y uniones aduaneras)– justifica o no la aplicación selectiva de salvaguardias globales entre los socios de un ACR. En este sentido, si bien el artículo XXIV del GATT justifica la creación de disposiciones en vulneración a la sistema normativo de la OMC (principalmente el trato NMF), no queda aún claro que dicha justificación se extienda de igual forma a disposiciones que exigen o permiten la exclusión de socios comerciales de la aplicación de salvaguardias globales.

---

<sup>5</sup> VAN DER BOSSCHE (2005) p. 633.

<sup>6</sup> Esto en virtud del artículo XIX.1.a) del GATT de 1947.

<sup>7</sup> Existen, además, salvaguardias especiales para importaciones agrícolas en el Acuerdo sobre Agricultura (artículo 5°).

<sup>8</sup> Artículo 2.2 del AS.

Estos cuestionamientos han tratado de resolverse en el sistema de solución de diferencias de la OMC sin encontrar aún una respuesta satisfactoria por parte del Órgano de Apelación. Ha sido, por tanto, la doctrina quien ha buscado dar una respuesta coherente a esta controversia.

En este trabajo se intentará dar una solución a los cuestionamientos relativos a la legalidad de la aplicación selectiva de salvaguardias globales dentro del marco jurídico de la OMC. Al efecto se sostendrá que el Derecho de la OMC encuentra sus raíces en un conjunto normativo más amplio dentro del Derecho Internacional Público y, por regla general, deberá interactuar con otras normas internacionales como los tratados, la costumbre o los principios generales de derecho. En particular, nos concentraremos en el artículo 41 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante “CVDT”) que establece las condiciones que deben cumplirse para que los Estados puedan modificar entre sí las disposiciones de un tratado multilateral; para luego, a partir de dichas condiciones, analizar la legalidad de la aplicación selectiva de salvaguardias globales.

La primera parte de este trabajo analizará la práctica que han llevado a cabo los socios de los ACRs en la regulación de las salvaguardias globales, enfocándonos especialmente en el tratamiento que realizan de la exclusión de socios comerciales. En la segunda parte se analizará la legalidad de la aplicación selectiva de salvaguardias globales a la luz de la CVDT y, en particular, del sistema multilateral de comercio. Por último se analizará la jurisprudencia del Órgano de Apelación en relación a la exclusión de socios comerciales, analizando en específico la regla del “paralelismo”.

## II. LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA GLOBAL EN LOS ACRs

### 1. *Aspectos generales*

Los ACRs se encuentran regulados principalmente en el artículo XXIV del GATT y en el Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT. El artículo XXIV.8 establece que “[a] los efectos de la aplicación del presente Acuerdo, a) se entenderá por unión aduanera, la substitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero [y] b) se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio”.

En los último años “[l]a cobertura de los [ACRs] en términos de esfera normativa se ha ampliado y profundizado con el tiempo” abarcando materias cada vez más complejas. En este sentido “la mayoría de los [ACRs] recientes van más allá de la reducción arancelaria tradicional y pueden incluir esferas normativas sobre el comercio de servicios, la inversión, la propiedad intelectual, los obstáculos técnicos al comercio y la solución de diferencias”<sup>9</sup>. Incluso los más recientes ACRs (post 1995) modifican la regulación del sistema OMC, dando paso a un fenómeno de “diversificación de normas”<sup>10</sup> en el sistema global de comercio<sup>11</sup>. En este sentido Marceau habla de normas *WTO-plus* cuando los ACRs profundizan las normas de la OMC, de normas *WTO-More* cuando los ACRs van más allá que las normas de la OMC y de *WTO-Minus* cuando los ACRs niegan derechos de la OMC<sup>12</sup>.

Así las cosas, y teniendo en consideración que gran parte de los miembros de la OMC ha celebrado algún ACR, “el régimen previsto en [ellos] constituye una parte importante del orden jurídico global aplicable al comercio internacional, junto con el orden jurídico de la OMC”<sup>13</sup>, lo que representa todo un reto para el sistema multilateral de comercio, principalmente por los conflictos que pudiesen generarse entre ambos conjuntos normativos.

Esta tendencia a la diversificación en los ACRs la observamos también en la regulación de las medidas correctivas comerciales<sup>14</sup>, especialmente en el caso de las salvaguardias. En los últimos años estas medidas han sido pormenorizadamente reguladas en los ACRs no existiendo aún una homogenización de su contenido<sup>15</sup> lo que hace aún más complejo su estudio.

Es importante no confundir el tratamiento que reciben las salvaguardias globales en los ACRs con las denominadas “salvaguardias bilaterales” reguladas

<sup>9</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (2011) p.6.

<sup>10</sup> AHN (2009) p. 109.

<sup>11</sup> El conocimiento de las disposiciones de los diversos ACRs ha sido posible en gran parte por el Mecanismo de Transparencia para los ACRs adoptado el 2006 cual prevé el pronto anuncio de cualquier ACR y su notificación a la OMC. Con todo se debe tener en cuenta que los datos que aporten los miembros de la OMC sobre el ACR a celebrar “no se utilizarán como base para procedimientos de solución de diferencias ni para crear nuevos derechos y obligaciones de los Miembros” (*Mecanismo de Transparencia para los ACR* (WT/L/671), Decisión del Consejo General de 14 de diciembre de 2006, parrafo 10). Sobre las implicancias del Mecanismo de Transparencia para los ACR ver: SHADIKHODJAEV (2011) pp. 529–551.

<sup>12</sup> MARCEAU (2009) pp. 124-128.

<sup>13</sup> LEE (2014) 248.

<sup>14</sup> Para un estudio de la justificación de las medidas correctivas en los ACRs ver: TEH y PRUSA (2011) p. 65-68.

<sup>15</sup> CRAWFORD *et al* (2013) p. 5.

en los mismos; esto teniendo en consideración que la mayoría de los ACRs permite su uso en el comercio interno<sup>16</sup>. En general, las salvaguardias bilaterales funcionan bajo la misma lógica que las salvaguardias globales ya que permiten a los miembros del ACR suspender temporalmente las concesiones realizadas en virtud de dicho acuerdo cuando un aumento en las importaciones produce un daño grave a la industria doméstica. Sin embargo, estas salvaguardias se establecen sólo para ser aplicadas entre los miembros del respectivo ACR lo que las diferencia de las salvaguardias globales que deben ser aplicadas de forma no discriminatoria a todos los miembros de la OMC de acuerdo al artículo 2.2 del AS<sup>17</sup>.

Además del ámbito de aplicación, las condiciones sustantivas y procedimentales de aplicación de las salvaguardias bilaterales también varían entre un ACR y otro, estableciéndose disposiciones más o menos exigentes de aquellas establecidas para las salvaguardias globales<sup>18</sup>. En este sentido “algunas disposiciones en los ACRs en materia de [condiciones sustantivas y procedimentales de aplicación] son más exigentes que aquellas establecidas en el [AS], proporcionando así menos margen para la aplicación de medidas de salvaguardia bilaterales. Por otro lado, algunos ACRs [...] ofrecen una base más amplia para la aplicación continua de medidas bilaterales y una mayor flexibilidad que las normas multilaterales” del sistema OMC<sup>19</sup>.

En este capítulo analizaremos la regulación de las salvaguardias globales en los distintos ACRs haciendo énfasis en las modificaciones al sistema OMC de salvaguardias que se generan en uno y otro caso<sup>20</sup>. En particular se examinarán las denominadas “cláusulas de exclusión” que, como veremos, representan una modificación sustancial y procedimental al sistema OMC de salvaguardias. Estas cláusulas obligan –o en ocasiones facultan– a los socios

---

<sup>16</sup> De los 232 ACRs estudiados 194 admiten la aplicación de medidas de salvaguardias bilaterales. CRAWFORD *et al* (2013) p. 12.

<sup>17</sup> Los tipos de salvaguardia bilaterales más comunes son las “salvaguardias transitorias” y las “salvaguardias especiales”. Las primeras son aquellas que permiten a los Estados retrasar la implementación del acuerdo durante el periodo de transición establecido. Las segundas son aquellas que se identifican con industrias particulares que ameritan un tratamiento especial, por ejemplo, sectores tradicionalmente sensibles como los productos agrícolas y textiles y las prendas de vestir. THE/PRUSA (2011) p. 84.

<sup>18</sup> Para un estudio pormenorizado de dichas disposiciones ver: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (1998) p. 1-27. ; TEH *et al* (2007) p. 22-24; THE/PRUSA (2011) p. 83-90; KRUGER *et al* (2009) p. 7-9; CRAWFORD *et al* (2013) 12-35; KOTERA y KITAMURA (2007) p. 1-40 y en LEE (2014) 249-259.

<sup>19</sup> CRAWFORD *et al* (2013) 31.

<sup>20</sup> Nos basaremos principalmente en el estudio realizado por CRAWFORD *et al* (2013) al ser estos los más actualizados (31 de diciembre de 2012).

comerciales a excluir de la aplicación de una salvaguardia global a los otros socios comerciales, contradiciendo en principio las normas OMC en materia de salvaguardias globales.

Al efecto distinguiremos entre: (i) aquellos ACRs que no hacen referencia alguna a las salvaguardias globales; (ii) aquellos que mantienen o conservan sus derechos y obligaciones en conformidad con artículo XIX del GATT y el AS; (iii) aquellos que obligan a excluir a los miembros del ACR de una salvaguardia global; (iv) y aquellos que facultan a excluir a los miembros del ACR de una salvaguardia global.

## *2. ACRs que no hacen referencia a las salvaguardias globales.*

Poco más de la mitad de los ACRs vigentes no hacen referencia alguna a las salvaguardias globales en sus textos<sup>21</sup>. En algunos casos esta falta de regulación se explica por el hecho de que dichos ACRs entraron en vigencia antes que sus respectivos miembros se volvieran parte de OMC por lo que la referencia al artículo XIX del GATT o al AS era inverosímil. Por ejemplo, algunos casos son los ACRs de Armenia<sup>22</sup>, Georgia<sup>23</sup>, Kirguistán<sup>24</sup>, Rusia<sup>25</sup> y Ucrania<sup>26</sup>. En otros

---

<sup>21</sup> 117 ACRs de un total de 232. Desde un punto de vista estadístico algunos ACRs, particularmente aquellos anteriores a la OMC, contienen cláusulas de salvaguardia generales que no hacen una clara distinción entre las reglas aplicables a las salvaguardias globales y aquellas aplicables exclusivamente entre los miembros del ACR. Salvo que exista una referencia clara a las reglas multilaterales sobre salvaguardias (artículo XIX o AS) se asume que las disposiciones contenidas en el texto del ACR regulan la aplicación de las salvaguardias bilaterales entre los miembros. CRAWFORD *et al* (2013) p.6

<sup>22</sup> ACRs de Armenia (miembro OMC desde el 5 de febrero de 2005) con Federación de Rusia (25 de marzo de 1993), Kazajistán (25 de diciembre de 2001) Moldova (21 de diciembre de 1995), Turkmenistán (7 de julio de 1996) y Ucrania (18 de diciembre de 1996).

<sup>23</sup> ACRs de Georgia (miembro OMC desde el 14 de junio de 2000) con Armenia (11 de noviembre de 1998), Azerbaiyán (10 de julio de 1996), Kazajistán (16 de julio de 1999), Rusia, Federación de (10 de mayo de 1994), Turkmenistán (1 de enero de 2000) y Ucrania (4 de junio de 1996).

<sup>24</sup> ACRs de Kirguistán, República de (miembro OMC desde el 20 de diciembre de 1998) con Armenia (27 de octubre de 1995), Federación Rusia (24 de abril de 1993), Kazajistán (11 de noviembre de 1995), Moldova (21 noviembre de 1996), Ucrania (19 de enero de 1998) y Uzbekistán (20 de marzo de 1998).

<sup>25</sup> ACRs de Rusia, Federación de (miembro OMC desde el 22 de agosto de 2012) con Azerbaiyán (17 de febrero de 1993), Belarús (20 de abril de 1993), Kazajistán (7 de junio de 1993), Moldova (30 de marzo de 1993), Serbia (3 de junio de 2006), Tayikistán (8 de abril de 1993), Turkmenistán (6 de abril de 1993) y Uzbekistán (25 de marzo de 1993).

<sup>26</sup> ACRs de Ucrania (miembro OMC desde el 16 de mayo de 2008) con Tayikistán

casos, los ACRs fueron celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del GATT de 1994 por lo que su ausencia es evidente. Esto sucede con algunos ACRs de la Unión Europea<sup>27</sup>, Estados Unidos<sup>28</sup>, AELC<sup>29</sup> y Australia<sup>30</sup>.

La mayoría de los casos, sin embargo, no tienen estas justificaciones. Así, por ejemplo, los ACRs de la Unión Europea con la Autoridad Palestina, Macedonia, Islas Feroe, Israel, Jordania, Marruecos, México y Túnez; y los ACRs de la AELC con la Autoridad Palestina, Corea, Macedonia, Israel, Jordania, México y Singapur; los ACRs de Turquía con Autoridad Palestina, Bosnia y Herzegovina e Israel; y los ACRs de China con Hong Kong y Macao. Tampoco existe regulación en algunos ACRs regionales como el PICTA, SAFTA, AELC, SADC, CEI, ZEC y PANÁRABE.

Esta falta de referencia a las salvaguardias globales en los ACRs nos remite a la cuestión relativa a la normativa aplicable. Como vimos, existen ACRs anteriores al GATT cuyos integrantes son actualmente miembros de la OMC. En estos casos, al ser las partes del ACR miembros de la OMC, están obligadas a respetar todos los acuerdos constitutivos de la misma, lo que incluye el artículo XIX del GATT y el AS. Esto de acuerdo al artículo 26 CVDT y el artículo XVI. 4 del Acuerdo de Marrakech. En el caso de los ACRs celebrados con posterioridad al GATT de 1994 y cuyos partes son miembro de la OMC, la normativa aplicable será también y con mayor razón el artículo XIX del GATT y el AS.

La situación anterior se limita exclusivamente a los casos en que todas las partes del ACR son miembros de la OMC. Cuando los ACRs se componen de partes que son miembros de la OMC y otras que no<sup>31</sup>, la cuestión de los derechos y obligaciones existentes respecto a la parte que es miembro de la OMC,

---

(11 de julio de 2002), Azerbaiyán (2 de septiembre de 1996), Belarús (11 de noviembre de 2006), Macedonia (5 de julio de 2001), Rusia, Federación de (21 de febrero 1994), Kazajstán (19 de octubre de 1998) Turkmenistán (4 de noviembre de 1995) y Uzbekistán (1 de enero de 1996).

<sup>27</sup> ACRs de Unión Europea con Islandia (1 de abril de 1973), Siria (1 de julio 1977) y Suiza – Liechtenstein (1 de enero de 1973).

<sup>28</sup> ACR de Estados Unidos con Israel (19 de agosto de 1985).

<sup>29</sup> ACRs de la AELC con Israel (1 de enero de 1993) y Turquía (1 de abril de 1992).

<sup>30</sup> ACRs de Australia con Nueva Zelanda (1 de enero de 1983) y Papa Nueva Guinea (1 de febrero de 1977)

<sup>31</sup> A junio de 2015 son observadores de la OMC: Afganistán, Andorra, Argelia, Azerbaiyán, Bahamas, Belarús, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Comoras, Etiopía, Guinea Ecuatorial, Irán, Iraq, Kazajstán, Libia, Siria, Liberia, Líbano, Santa Sede, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Seychelles, Sudán y Uzbekistán. El único Estado que no es miembro ni observador de la OMC es Corea del Norte.



se vuelve más compleja<sup>32</sup>. En este sentido cabe preguntarse si un miembro de la OMC, que celebra un ACR con un Estado no miembro, puede aplicar una medida de salvaguardia global teniendo como base un aumento en las importaciones proveniente de dicho Estado. Esta interrogante es importante teniendo en consideración que posiblemente por aplicación de la salvaguardia global se verán afectados otros importadores que sí son miembros de la OMC.

Sobre el particular dos cuestiones deben resolverse: primero, si en estos casos se aplican las normas de la OMC y segundo si, de aplicarse, dicha situación se encuentra justificada por el artículo XXIV del GATT. De ser positiva esta última interrogante no habría problema en que el miembro de la OMC aplicará una salvaguardia global en base a los aumentos de las importaciones provenientes de un Estado que no es miembro, pero con el cual se encuentra vinculado por un ACR.

En relación a la primera interrogante se ha señalado que, en base al texto de la cláusula de la NMF y a los trabajos preparatorios del GATT, “el destinatario de un trato favorable no necesariamente tiene que ser un miembro de la OMC. En otras palabras, el tratamiento favorable otorgado a un estado no miembro de la OMC por un Miembro [que si es lo es] también está sujeto a la obligación de trato de NMF”<sup>33</sup>. Siendo así, “los ACRs celebrados por miembros de la OMC con Estados no miembros violan el pacto de NMF”<sup>34</sup>. Cabe ahora preguntarse si la violación a la obligación de trato de NMF en estos ACRs se encuentra justificada por el artículo XXIV del GATT. A este respecto, se ha señalado que en base a la excepción del artículo XXIV.10 del GATT la violación a la obligación de trato de NMF por un Estado miembro de la OMC, que celebra un ACR con Estado no miembro, estaría justificada si se aprueba dicha excepción por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los miembros del GATT<sup>35</sup>.

Bajo los supuestos señalados, un miembro de la OMC podría aplicar una medida de salvaguardias global basándose en el aumento de importaciones provenientes de un Estado que no es miembro de la OMC, pero que es parte de un ACR celebrado entre ellos. Al mismo tiempo, las medidas de salvaguardia global aplicadas por el miembro de la OMC, en virtud del artículo XIX del GATT y del AS, deberán incluir a la parte del ACR que no es miembro de la OMC. Por el contrario, de no mediar la aprobación señalada el Estado

---

<sup>32</sup> Evidentemente que sin ninguna de las partes del ACR es miembro de la OMC ninguno de ellos se ve obligado por el artículo XIX y el AS.

<sup>33</sup> CHOI (2005) p. 831.

<sup>34</sup> CHOI (2005) p. 833.

<sup>35</sup> CHOI (2005) p. 841-843.

miembro de la OMC no podría aplicar una salvaguardia global teniendo en consideración las importaciones de un Estado no miembro.

### *3. ACRs que mantienen sus derechos en conformidad con el artículo XIX del GATT y al AS*

Casi un quinto de los ACRs establecen una cláusula en la cual expresamente señalan que las partes del respectivo acuerdo conservarán los derechos y obligaciones establecidos en virtud del artículo XIX de GATT de 1994 y del AS al momento de aplicar una salvaguardia global<sup>36</sup>. Este es el caso de algunos ACRs de Australia<sup>37</sup>, China<sup>38</sup>, India<sup>39</sup>, Malasia<sup>40</sup>, Pakistán<sup>41</sup>, Turquía<sup>42</sup>, Estados Unidos<sup>43</sup> y del ASEAN<sup>44</sup>.

La redacción utilizada para establecer la conservación de derechos y obligaciones en materia de salvaguardias globales varía entre un acuerdo y otro. Algunos, regulando expresamente las salvaguardias globales, señalan que “nada en este acuerdo afecta los derechos y obligaciones de las partes en virtud del artículo XIX del GATT de 1994 y del [AS]”<sup>45</sup>. Otros en cambio hablan de “retener”<sup>46</sup> o “confirmar”<sup>47</sup> sus derechos y obligaciones.

Algunos ACRs, a propósito de la regulación de las salvaguardias bilaterales, agregan que “nada [...] impedirá que una Parte aplique una medidas de salvaguardia a un producto originario de la otra Parte, de conformidad con [...] el artículo XIX del GATT de 1994 y del [AS]”<sup>48</sup>. Algunos incluso acentúan expresamente el carácter absoluto de la retención o conservación de derechos y obligaciones al señalar que el acuerdo comercial respectivo “no

<sup>36</sup> 53 ACRs de un total de 232. Crawford *et al* (2013) p. 6.

<sup>37</sup> ACR Australia-Chile.

<sup>38</sup> ACR China-Costa Rica.

<sup>39</sup> ACR India-Japón e India-Malasia.

<sup>40</sup> ACR Malasia-Australia.

<sup>41</sup> ACR Pakistán-China y Pakistán-Malasia.

<sup>42</sup> ACRs de Turquía-Albania, Turquía-Chile, Turquía-Georgia, Turquía-Jordania, Turquía-Marruecos, Turquía-Mauricio, Turquía-Montenegro, Turquía-Serbia, Turquía-Siria y Turquía-Túnez.

<sup>43</sup> ACRs de Estados Unidos-Bahrein, Estados Unidos-Chile, Estados Unidos-Marruecos y Estados Unidos-Omán.

<sup>44</sup> ACRs ASEAN, ASEAN-Australia-Nueva Zelanda, ASEAN-China, ASEAN-Corea, ASEAN-India y ASEAN-Japón.

<sup>45</sup> ACR TPP.

<sup>46</sup> ACR ASEAN.

<sup>47</sup> ACRs AELC-Chile y AELC-SACU.

<sup>48</sup> ACRs Japón-Suiza, Japón-Tailandia, Japón-Vietnam y Japón-Indonesia.



confiere ningún derecho u obligación adicional para las Partes con respecto a las medidas adoptadas en virtud del artículo XIX del GATT de 1994 y el [AS]<sup>49</sup>. Algunos acuerdos, previendo futuros cambios en la regulación, agregan que las salvaguardias globales se sujetaran a “cualquier enmienda o disposición que complemente o reemplace”<sup>50</sup> al artículo XIX y al AS. Además, existen acuerdos que expresamente ordenan que las salvaguardias globales no podrán estar sujetas al mecanismo de solución de diferencias establecido en el mismo ACR<sup>51</sup>. Por último, algunos acuerdos especifican que las salvaguardias bilaterales y las salvaguardias globales no pueden aplicarse al mismo bien<sup>52</sup>.

En todos los casos señalados existe una manifestación expresa de conservación de los derechos y obligaciones establecidos en el artículo XIX del GATT y en el AS. Esto implica, principalmente, que las salvaguardias globales adoptadas deberán aplicarse al miembro del respectivo acuerdo comercial; no permitiendo su exclusión.

#### *4. ACRs que obligan a excluir a los socios comerciales de una salvaguardia global*

Poco más de una treintena de ACRs establecen que al aplicar una salvaguardia global las importaciones de los miembros del respectivo acuerdo deberán ser excluidas de dicha medida (“shall be excluded”). La mayoría de estos acuerdos<sup>53</sup> exigen la exclusión una vez cumplido determinados requisitos o condiciones. Otros –la minoría– exigen una exclusión absoluta, sin necesidad de cumplir ningún tipo de requisito o condición. Este es el caso del ACR de

<sup>49</sup> ACRs Australia-Chile y ASEAN-Australia-Nueva Zelanda.

<sup>50</sup> Por ejemplo, el TPP. ASEAN con Australia-Nueva Zelanda.

<sup>51</sup> ACRs ASEAN-India, ASEAN-Japón, Chile-China, Corea-Chile, Corea-Singapur, Japón-Vietnam, Pakistán-China y Pakistán-Malasia.

<sup>52</sup> ACRs ASEAN-Australia y Nueva Zelanda, China-Costa Rica, China-Perú, UE-Corea, Corea-Perú y Singapore-Perú.

<sup>53</sup> Estos son los siguiente ACRs: AELC – Albania; AELC (Suiza, Liechtenstein e Islandia) – Colombia, AELC - Hong Kong, China; AELC - Perú; AELC – Serbia; AELC – Ucrania; AELC – Montenegro; Canadá – Chile; Canadá – Israel; Chile - Costa Rica; Chile - El Salvador; Chile - Guatemala; Chile – Honduras; Chile – México; Chile - Nicaragua; Colombia – México; Costa Rica – Singapur; El Salvador - Honduras - Taiwán; Guatemala - Taiwán; Hong Kong, China - Nueva Zelanda; Israel – México; México – Centroamérica; México – Uruguay; Nueva Zelanda - Taiwán; Panamá - Costa Rica; Panamá - El Salvador; Panamá-Taiwán; Panamá – Guatemala; Panamá - Honduras; Panamá – Nicaragua; Tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN); y Ucrania – Montenegro.

Nueva Zelanda con Singapur<sup>54</sup>, de Singapur con Australia<sup>55</sup> y el del AELC (Noruega) con Hong Kong. Los dos primeros acuerdos tienen la particularidad de no establecer salvaguardias bilaterales por lo que las medidas de salvaguardia están totalmente excluidas entre los miembros<sup>56</sup>.

Una formulación común, con algunas variantes mínimas, es aquella que establece que “cualquier Parte que aplique una medida de salvaguardia [global], excluirá de ésta medida las importaciones de mercancías desde otra Parte, a menos que: a) las importaciones desde esa otra Parte representen una participación sustancial en las importaciones totales; y b) las importaciones desde esa otra Parte contribuyan de manera importante al daño grave o amenaza de daño grave causado por las importaciones totales”<sup>57</sup>. A contrario sensu “la Parte que imponga una medida de salvaguardia global excluirá a las importaciones de una mercancía originaria de la otra Parte, si tales importaciones: (a) no representan una parte sustancial de las importaciones totales; y (b) no contribuyen de manera importante al daño grave o amenaza de daño grave”<sup>58</sup>.

Algunos ACRs realizan una regulación más breve de las condiciones de exclusión limitándose a señalar que “[e]n la aplicación de medidas bajo las disposiciones [del artículo XIX del GATT de 1994 y el AS], una Parte excluirá las importaciones de una mercancía originaria de una o varias Partes si tales importaciones no constituyen por sí solas causa o amenaza de causar daño grave”<sup>59</sup>. Otros simplemente señalan que “una Parte que aplique una [salvaguardia global] excluirá las importaciones de una mercancía originaria de una o varias Partes si tales importaciones no constituyen una causa o amenaza de causar daño grave”<sup>60</sup>.

---

<sup>54</sup> Ver artículo 8.

<sup>55</sup> Ver artículo 9.

<sup>56</sup> Esta exclusión absoluta podría darse por la “confianza mutua en las estructuras judiciales y administrativas de cada uno y porque las industrias manufactureras entre Australia-Nueva Zelanda y Singapur son complementarias entre ellas. Por lo tanto el riesgo derivado de las importaciones mutuas es relativamente pequeño. Si ocurre una crisis, esta puede ser resuelta a nivel diplomático” HUANG (2012) ] p. 154.

<sup>57</sup> ACRs de Chile-Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua); Canadá-Israel; Canadá – Chile; AELC – Ucrania; Israel – México; Panamá-Taiwán; y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

<sup>58</sup> ACR México – Centroamérica.

<sup>59</sup> ACRs AELC – Albania; AELC – Colombia; AELC – Hong Kong (Suiza, Liechtenstein e Islandia); AELC – Montenegro, AELC – Perú; AELC – Serbia, y Hong Kong - Nueva Zelanda.

<sup>60</sup> AELC – Ucrania,

Existen, además, acuerdos comerciales de la UE que limitan la posibilidad de excluir a socios comerciales a un periodo de cinco años contados desde la entrada en vigencia del acuerdo; periodo que puede ser extendido<sup>61</sup>.

Como vemos, estos ACRs realizan una regulación pormenorizada de las condiciones que se deberán cumplir para poder excluir a un miembro de una salvaguardia global. Con todo, en la mayoría de los casos, el tenor de las disposiciones pone énfasis en que estas exclusiones son la excepción, siendo la regla general su prohibición entre los miembros del respectivo acuerdo comercial.

#### *5. ACRs que facultan a excluir a los socios comerciales de una salvaguardia global*

Una treintena de ACRs establecen en sus disposiciones que las importaciones de los miembros pueden ser excluidas (“may be excluded”) de una salvaguardia global siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. A diferencia de los acuerdos comerciales anteriores –que exigen excluir– estos ACRs facultan al socio comercial para decidir si excluye o no las importaciones de otro u otros miembros del respectivo acuerdo.

En estos casos, la formulación más común es aquella que establece que se podrán excluir de una salvaguardia global las importaciones de un socio comercial “si dichas importaciones no son una causa sustancial de daño grave o amenaza del mismo”<sup>62</sup>. Algunos acuerdos no hacen referencia a un causa sustancial<sup>63</sup> y otros señalan simplemente que se podrá excluir “si las importaciones no causan daño”, sin realizar mayores precisiones al respecto<sup>64</sup>. Por último, algunos acuerdos incluyen criterios porcentuales de exclusión<sup>65</sup> o incluyen criterios de política económica<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> ACRs UE – Camerún, UE - Côte d’Ivoire, UE- Estados del África austral y oriental APE Interino, y UE - Estados del CARIFORUM APE.

<sup>62</sup> ACRs CAFTA-DR; Canadá – Colombia; Canadá – Panamá; Canadá – Perú; Corea – Estados Unidos; Corea – India; Estados Unidos – Australia; Estados Unidos – Colombia; Colombia - Triángulo del Norte (El Salvador, Guatemala, Honduras); Estados Unidos – Jordania; Estados Unidos – Panamá; Estados Unidos – Perú; Estados Unidos – Singapur; India – Singapur; Jordania – Singapur; Tailandia – Australia; Costa Rica – Perú; Panamá – Perú; Panamá – Singapur; Perú – Corea; y Perú – Singapur.

<sup>63</sup> ACRs Nueva Zelanda – Malasia y Tailandia – Nueva Zelanda.

<sup>64</sup> ACRs China - Nueva Zelanda y China – Singapur.

<sup>65</sup> ACR Perú-Singapur y Nicaragua – Taiwán.

<sup>66</sup> ACR UE - Papua Nueva Guinea-Fiji.

### III. LA LEGALIDAD DE LA APLICACIÓN SELECTIVA DE SALVAGUARDIAS GLOBALES EN LOS ACRs

#### 1. *El Derecho Internacional Público como piedra angular del Derecho de la OMC.*

El Derecho Internacional Económico, y particularmente el Derecho de la OMC<sup>67</sup>, es Derecho Internacional Público. En este sentido, “[l]a aportación del Derecho Internacional Público a la ordenación de las relaciones económicas internacionales reviste una importancia sustancial. Las expectativas económicas respecto al comportamiento de los Estados (o de las organizaciones internacionales y sus órganos) requieren del Derecho Internacional Público cuando se trata de que estas expectativas tomen cuerpo en el plano internacional a través de reglas vinculantes”<sup>68</sup>. Siendo así, el Derecho de la OMC no solo se rige por las convenciones constitutivas de dicha organización, sino también por otras fuentes convencionales de derecho internacional y por las fuentes reconocidas de derecho internacional general, como son la costumbre internacional y los principios generales de derecho.

Bien sabemos que no existe una jerarquía entre las fuentes de Derecho Internacional; los tratados internacionales no son superiores a la costumbre o a los principios generales del derecho, ni viceversa<sup>69</sup>. De acuerdo a Pauwelyn<sup>70</sup>, esta falta de jerarquía tiene varias consecuencias para la relación OMC-ACR. En primer lugar, al celebrar un tratado los Estados pueden desviarse del derecho internacional general. Es importante destacar que, salvo que el tratado se celebre fuera de una norma de derecho internacional general, esta regla es válida y también se aplica a los nuevos tratados celebrados. El tratado debe excluir la norma de derecho internacional general que las partes no quieren aplicar en relación a éste. Lo mismo se aplica para el caso de los tratados ya

---

<sup>67</sup> Entenderemos por Derecho de la OMC a todo el conjunto de normas jurídicas creadas en el contexto de la OMC, en especial aquellas señaladas en el Apéndice 1 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (Acuerdos de la Ronda de Uruguay).

<sup>68</sup> HERDEGEN (2012) p. 12; HINOJOSA (2010) p.54.

<sup>69</sup> Se ha reconocido que artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contiene las principales normas de Derecho Internacional. Sin embargo, el mismo no se pronuncia sobre alguna jerarquía, sólo se limita a enumerar las fuentes sin establecer una subordinación entre ellas. La única excepción a ésta falta de jerarquía la encontramos en la normas *ius cogens*, a las cuales se les reconoce un estatus superior a los tratados (artículo 53 de la CVDI).

<sup>70</sup> PAUWELYN (2001) p. 538. Un análisis más actualizado puede verse en: PAUWELYN (2007) 35 pp.

existentes; estos, en la medida que se relacionen con el nuevo tratado, interactúan automáticamente con él. En segundo, lugar, la costumbre puede, en principio, reemplazar al tratado una vez que se haya probado. Por último, ante la falta de jerarquía inherente a los tratados, las normas de la OMC y la de los otros tratados (como los ACRs) son igualmente obligatorias. Con todo, “en la práctica los mismos tratados, así como las normas generales de derecho internacional que interactúan con ellos (en particular, la norma sobre *lex posteriori* establecida en el artículo 30 de la CVDT), si establecen normas sobre la prioridad de los distintos tratados”<sup>71</sup>. Esto implica esencialmente que las normas de la OMC puedan ser cambiadas posteriormente por otro tratado, como un ACR, salvo que exista una prohibición expresa, un conflicto de normas con tratados preexistentes o la existencia de normas de derecho internacional general que participen en la interacción normativa.

Sin perjuicio de lo anterior, una cosa es la ausencia de jerarquización de normas internacionales y otra distinta es la coordinación que debe existir entre ellas. Cuando una materia se encuentra regulada por varias normas –como es el caso de las salvaguardias globales– una de las reglas de exclusión más utilizada es la máxima *lex specialis derogat generali*<sup>72</sup>. Las normas de la OMC son, en ciertos aspectos, *lex specialis* en oposición al derecho internacional general. Sin embargo “pactar fuera de *algunas* normas de derecho internacional general (como por ejemplo, lo hace el mecanismo de solución de diferencias de la OMC vis a vis ciertas normas de derecho internacional general sobre responsabilidad estatal) no significa que uno haya pactado fuera de *todas* ellas, ni a fortiori que las normas de la OMC fueran creadas completamente fuera del sistema del derecho internacional”<sup>73</sup>. En este sentido “las normas de la OMC no son el *alpha* y el *omega* de todas las posibles relaciones comerciales entre Estados. Otras normas más detalladas o especiales de derecho internacional (en términos tanto de materia como del número de Estados obligados por ellas) siguen siendo muy relevantes”<sup>74</sup>.

A este respecto el artículo 3.2 del Entendimiento relativo a la Solución de Diferencias (en adelante ESD) establece que “[l]os Miembros [de la OMC] reconocen que [el sistema de solución de diferencias] sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad

---

<sup>71</sup> PAUWELYN (2001) p. 538.

<sup>72</sup> Las otras reglas de prevalencia o derogación como la máxima *lex superior derogat lex inferiori* o *lex posterior derogat priori*, hacen difícil su concreción en la resolución de conflictos normativos internacionales.

<sup>73</sup> PAUWELYN (2001) p. 539-540.

<sup>74</sup> PAUWELYN (2001) p. 540.

con las normas [consuetudinarias<sup>75</sup>] de interpretación del derecho internacional público”. Esta norma reconoce expresamente la aplicación de normas de derecho internacional general, en particular, en materia de interpretación de los tratados (artículos 31, 32 y 33 de la CVDT)<sup>76</sup>. El artículo 31. 3. c) de la CVDT establece que junto con el contexto se deberá tener en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” por lo que al interpretar las normas de la OMC se podrá recurrir a otras fuentes de derecho internacional<sup>77</sup>. Sin embargo, en consideración a lo señalado anteriormente, además de las normas internacionales de interpretación de la CVDT, otras normas de derecho internacional no reconocidas, ni excluidas, expresamente pueden aplicarse directamente al Derecho de la OMC, como, por ejemplo, tratados ajenos a la OMC, la costumbre internacional<sup>78</sup> o los principios generales de derecho<sup>79</sup>.

Lo anterior implica que tanto los Grupos Especiales como el Órgano de Apelación pueden aplicar directamente las normas de derecho internacional que no son de la OMC al solucionar las disputas que se originen entre los miembros. En este sentido, “el hecho de que la competencia sustantiva de los órganos de la OMC esté limitada a las reclamaciones realizadas en virtud de los acuerdos OMC abarcados [Apéndice 1 del ESD] no significa que la normativa aplicable disponible para dichos órganos este necesariamente limitada a [dichos acuerdos]... Así como el tratado de la OMC, el sistema de solución de diferencias establecido por dicho tratado no fue creado, y no existe, en un vacío jurídico. Dicho sistema es meramente un instrumento para hacer cumplir los acuerdos OMC abarcados como fueron creados, y necesariamente siguen existiendo en el corpus más amplio del derecho internacional”<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> La versión original en inglés hace referencia a las “customary rules”, en cambio la versión oficial en español usa la expresión “normas usuales”. Creemos que la traducción correcta era: “normas consuetudinarias”.

<sup>76</sup> El uso de las normas de interpretación de los tratados de la CVDT es de aplicación común en el sistema de solución de diferencias de las OMC. Tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación han reconocido su aplicación. Véase: GARDINER (2008) p. 116-119.

<sup>77</sup> En contra se pronuncia Tratchman para quién el sistema de solución de controversias sólo puede aplicar (y de forma directa) el Derecho de la OMC u no derecho internacional ajeno. Véase: TRATCHMAN (1999) p. 338-339.

<sup>78</sup> En este sentido se ha pronunciado el Grupo Especial en *Corea - Medidas que afectan a la contratación pública* (2000) párrafo 7.96 (y nota al pie 753).

<sup>79</sup> En esta trabajo se usaran principalmente las normas consuetudinarias reconocidas en la CVDT. Para la aplicación de principios generales en la OMC ver: MITCHELL (2007) pp. 795-835.

<sup>80</sup> PAUWELYN (2001) 560-561. En contra, nuevamente se pronuncia TRACHTMAN, Joel P. (2004) p. 858. Una postura más radical sostiene Fabbriotti quien busca anular la perspectiva con que la cuestión relativa a la relación entre la OMC y los ACRs se aborda



## 2. La modificación de los tratados de acuerdo al artículo 41 de la CVDT

Con el marco normativo establecido en el primer apartado, y antes de abocarnos a la legalidad de la aplicación selectiva de salvaguardias globales, debemos establecer en general si son legales o no las modificaciones *inter se* que realizan los miembros de los ACRs al Derecho de la OMC. Si los miembros de la OMC no están facultados para realizar estas modificaciones entonces cualquier tipo de limitación a los derechos y obligaciones establecidos en materia de salvaguardias implicarían una modificación posiblemente prohibida, sin perjuicio de que la modificación en particular no vulnerara alguna norma particular de la OMC.

En el Derecho de la OMC no encontramos alguna norma que regule las modificaciones *inter se* que pueden realizar los ACRs al sistema multilateral<sup>81</sup>. Frente a esta ausencia de regulación surgen dos posturas, aquella que reconoce la aplicación del artículo 41 de la CVDT, y aquella que no. El artículo 41 de la CVDT regula las modificaciones a los tratados multilaterales (por ejemplo la OMC) por parte de sus propios miembros. Dicho artículo establece en lo pertinente que “1. [d]os o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas: a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado: o b) si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que: i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones: y ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto”.

Uno de los principales autores que se opone a la aplicación del artículo 41 de la CVDT es Tratchman<sup>82</sup>, para quien la única forma válida de modificar el Derecho de la OMC es a través de los artículos IX y X del Acuerdo de Marrakesh que regulan respectivamente las exenciones y las enmiendas. Estos artículos no autorizan las exenciones o enmiendas bilaterales (o plurilaterales), por lo que cualquiera modificación al Derecho de la OMC debe realizarse con la aproba-

---

normalmente, cambiando de un enfoque “arriba-abajo” (es la OMC la que determina los requisitos de conformidad de los ACRs) a un enfoque “abajo-arriba” (son los ACRs por sí mismos los que determinan el grado de adherencia al Derecho de la OMC, a través de su actual comportamiento). La principal conjetura de la autora es que las bases de los ACRs podrían depender de la costumbre internacional desarrollada por los mismo Estados y no en las normas codificadas de la CVDT. Véase: FABBRI-COTTI (2010) p. 116-140 y FABBRI-COTTI (2008) p. 1-29.

<sup>81</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2005) párrafo 306.

<sup>82</sup> TRATCHMAN (2004) p. 859.

ción de los miembros de la OMC de acuerdo a los artículos señalados. Misma limitación se aplicaría a las normas de derecho internacional general, en especial a las normas de derecho consuetudinario establecidas en la CVDT. De esta forma los artículos IX y X del Acuerdo de Marrakesh serían mejor entendidos como normas que excluyen cualquier posible autorización de modificación *inter se* en virtud del artículo 41 de la CVDT. En este sentido, a pesar de que las disposiciones de la OMC no prohíben explícitamente las modificación *inter se*, los artículos señalados parecen estar destinados ser el único medio por el que se pueden realizar modificaciones al Derecho de la OMC.

A nuestro parecer la postura de Tratchman es algo arbitraria ya que los artículos IX y X no regulan realmente las modificaciones al Derecho de la OMC. Cabe recordar en este sentido que las “enmiendas”, reguladas en el artículo X, implican la revisión general de un tratado multilateral y exigen que los Estados parte manifiesten su consentimiento en orden a quedar obligados por el tratado de enmienda. La modificación, en cambio, no implica una revisión general del tratado, sino que tiene por objeto la creación de regímenes particulares entre dos o más Estados miembros que son parte del tratado multilateral. En otras palabras, buscan la modificación de los derechos y obligaciones establecidos en el tratado multilateral, pero solo respecto de ellos. En el mismo sentido, las exenciones reguladas en el artículo IX implican que bajo circunstancias excepcionales se pueda eximir a un miembro de una obligación impuesta por el Derecho de la OMC. Se trata solicitudes y exenciones individuales que no dicen relación con las modificaciones *inter se* que puedan realizar los miembros de la OMC a través de un ACR. En este sentido, los artículos IX y X del Acuerdo de Marrakech “no excluyen [...] la posibilidad de que el artículo 41 de la CVDT pueda jugar un rol en relación a otra clase de modificaciones *inter se* [...]”: estos artículos simplemente proporcionan uno de los medios con que los miembros de la OMC pueden lograr las modificaciones *inter se*”<sup>83</sup>, no es el único.

Siendo aplicable el artículo 41 de la CVDT para las modificaciones *inter se*, cabe analizar ahora su implicancia en las modificaciones realizadas por los ACRs al Derecho de la OMC, en particular aquellas modificaciones que reconocen la aplicación selectiva de salvaguardia globales. A este respecto debemos distinguir entre dos tipos de modificaciones *inter se*: aquellas que buscan una mayor liberalización comercial y aquellas que restringen el comercio exigido por la OMC. Las primeras estarían explícitamente reguladas y estarían prohibidas por el Derecho de la OMC a menos que aquellas (i) extiendan el aumento de liberalización comercial a todos los miembros de la OMC, en virtud del trato

---

<sup>83</sup> VOON (2010) p. 26.



de NMF o (ii) se realicen en conformidad con la condiciones establecidas en el artículo XXIV del GATT (o sea a través de ACRs). Las segundas modificaciones, en cambio, no se encontrarían reglas expresamente en el Derecho de la OMC por lo que no habría norma que prohibiera aquellas modificaciones que restringiesen el comercio entre miembros de la OMC<sup>84</sup>.

Para Pauwelyn los ACRs se ubicando dentro de aquellas modificaciones *inter se* que buscan una mayor liberalización comercial entre alguno de los miembros de la OMC. Siendo así, estarían prohibidas en el sentido del artículo 41.1.b) de la CVDT por lo que no podrían válidamente modificar las normas de la OMC entre los miembros del ACR, y a fortiori, no podrían afectar los derechos y obligaciones otorgados por la OMC a los miembros que no son parte de dicho acuerdo comercial<sup>85</sup>.

Bajo la argumentación de Pauwelyn los ACRs tendrían un solo objeto que sería la liberalización del comercio. Sabemos, sin embargo, que los acuerdo comerciales no solo establecen normas que miran a una mayor liberalización del comercio sino que también abarcan otras materias de importancia comercial, por ejemplo, la regulación de las salvaguardias bilaterales y globales. No se puede generalizar el contenido de los ACRs y a partir de aquello determinar si las modificaciones al Derecho de la OMC son legales o no. Tiene que existir un análisis cláusulas por cláusulas y considerándolas particularmente determinar si se ajustan o no al Derecho de la OMC. En este sentido, “es simplista sugerir que [un] ACR, como un todo, o se encasilla dentro del artículo 41.1.b), o está prohibido en virtud del preámbulo del artículo 41.1.b). Si una modificación en un ACR no está ni “prevista por” ni “prohibida por” un tratado, las restante condiciones del artículo 41.1.b) se vuelven relevantes”<sup>86</sup>.

En este contexto, para determinar si las modificaciones *inter se* que realizan los ACRs al sistema de salvaguardias de la OMC son o no legales debemos analizar pormenorizadamente el artículo XXIV del GATT que regula el establecimiento de los mismos. Debemos determinar si en particular el artículo XXIV del GATT regula de alguna forma las salvaguardia globales como una modificación *inter se*. De ser positiva la respuesta caeríamos dentro del supuesto establecido en el artículo 41.1.a) de la CVDT por lo que debiésemos regirnos por dicha norma. En caso negativo, o sea, si este tipo de modificación no está prevista, debemos determinar si está prohibida o no. Si la modificación está prohibida cualquier tipo de modificación *inter se* en materia de salvaguardias globales estaría prohibida para los ACRs. Por otro lado, si las modificaciones

---

<sup>84</sup> PAUWELYN (2001) p 548.

<sup>85</sup> PAUWELYN (2001) p. 540.

<sup>86</sup> VOON, (2010) p. 27.

no están prohibidas deberemos determinar si aquellas cumplen o no con los requisitos o condiciones establecidos en el artículo 41.1.b) de la CVDT, o sea, deberemos establecer si las modificaciones: (i) no afectan el disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y que (ii) no se refieran a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto. En caso de cumplirse las condiciones del artículo 41.1.b) de la CVDT las modificaciones *inter se* que realizan los ACRs al sistema de salvaguardias de la OMC serían legales.

El artículo XXIV del GATT no prevé ni prohíbe en ninguno de sus apartados el establecimiento de modificaciones *inter se* en materias de salvaguardias globales, por tanto, dichas modificaciones deberán ser analizadas en conformidad con el artículo 41.1.b) de la CVDT y sus condiciones.

### *3. El artículo XXIV del GATT de acuerdo a la exigencias del artículo 41 de la CVDT*

Antes de determinar si las modificaciones *inter se* entre miembros de un ACR en materia de salvaguardias globales cumplen con condiciones establecidas en el artículo 41.1.b) de la CVDT debemos analizar la correlación existente entre estas y el artículo XXIV del GATT. El objetivo de esto es que, a través de artículo XXIV del GATT, podamos determinar cuándo una modificación *inter se* va a “afectar el disfrute de los derechos que a las demás partes [corresponden] en virtud del tratado” de acuerdo a la primera condición del artículo 41.1.b) y cuando será “incompatible con la consecución efectiva del objeto y fin del tratado en su conjunto” de acuerdo a su segunda condición.

Uno de los principios más importantes en el sistema multilateral de comercio es el trato de NMF. Este exige que “cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado” (artículo 1.1 del GATT). Lo anterior implica que los países miembros de la OMC no pueden establecer discriminaciones comerciales respecto de los otros miembros. Si un país concede a otro una ventaja especial estará obligado a otorgar la misma ventaja a todos los demás miembros de la OMC.

Una de las excepciones más importante al trato de NMF es precisamente el artículo XXIV del GATT, el cual establece los requisitos de constitución de los ACRs. A este respecto el artículo XXIV establece dos condiciones o requisitos

para constituir válidamente una unión aduanera o zona de libre comercio; una prevista para el comercio al interior del acuerdo (artículo XXIV.8) y otra para el comercio entre los socios del acuerdo y los terceros (artículo XXIV.5).

El artículo XXIV.8 del GATT establece que los socios de un ACR deben eliminar “los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas” con respecto “a lo esencial de los intercambios comerciales” que existan entre ellos<sup>87</sup>. En base este requisito se señala que “los ACRs están permitidos por las normas de la OMC por su potencial de servir como peldaños hacia una mayor liberalización del comercio multilateral”<sup>88</sup>. Por tanto, si la liberalización entre los miembros de un ACR es necesaria para ser considerado como tal, una modificación *inter se* que vaya en contra de dicho liberalización sería incompatible con el “objeto y fin” del tratado multilateral de la OMC de acuerdo a la primera condición del artículo 41.1.b) de la CVDT. En este mismo sentido se pronuncian también los artículos XXIV.4 y XXIV.5 del GATT.

Por su parte el artículo XXIV.5 del GATT señala que para establecer un ACR será necesario cumplir determinadas condiciones en relación con las partes que no serán miembros del acuerdo comercial. En general se establece que los derechos de aduana establecidos en los mismos no pueden ser más elevados, ni las demás reglamentaciones comerciales resultar más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la unión aduanera o de la zona de libre comercio. Este requisito externo encierra una preocupación económica en orden a no producir una desviación del comercio que afecte a los terceros Estados no socios del ACR<sup>89</sup>. En el caso de las reglamentaciones comerciales restrictivas, como las salvaguardias, el artículo XXIV.5 exige que los ACRs no establezcan mayores restricciones al comercio externo ya que ello implicaría una modificación *inter se* que “[afectaría] el disfrute de los derechos que a las demás parte corresponden en virtud del tratado [multilateral de la OMC]”. Esto de acuerdo a la segunda condición del artículo 41.1.b) de la CVDT<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> No existe consenso aún en lo que significa “lo esencial de los intercambios comerciales”. Para algunas se trataría de un termino que incorpora componentes tanto cualitativos como cuantitativos, en el sentido de que la eliminación de los derechos de aduanas y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas deben cubrir cierto porcentaje del comercio y al mismo tiempo ningún sector importante de la economía nacional. Para otros la exclusión de todo un sector, independiente del porcentaje del comercio que se vea afectado, es contrario al espíritu del artículo XXIV del GATT y del GATT en sí mismo. Con todo, ver: MAVROIDIS (2012) p. 203-208.

<sup>88</sup> VOON (2010) 28.

<sup>89</sup> AHN (2008) p. 122.

<sup>90</sup> Este requisito encuentra algo más detallado en el párrafo 2 del Entendimiento relativo a la interpretación del Artículo XXIV del GATT de 1994.

De lo analizado podemos afirmar que existe una correlación clara entre las condiciones establecidas en el artículo 41.1.b) de la CVDT con los artículos XXIV.8 y XXIV.5 del GATT, respectivamente. Analizaremos ahora si la aplicación selectiva de salvaguardias globales, como una modificación *inter se*, se encuentra conforme con dichos artículos. Con ello podremos determinar si estas modificaciones *inter se* están o no en conformidad con el Derecho de la OMC.

#### 4. *La aplicación selectiva de salvaguardias globales a la luz de los artículos XXIV.8 y XXIV.5 del GATT*

Debemos partir señalando que, fuera de establecer las reglas básicas aplicables a los ACRs, el artículo XXIV del GATT no realiza una profunda regulación de los mismos y de su compatibilidad con el sistema de la OMC. Así, no hace mención alguna a la forma en que las salvaguardias debiesen regularse en los acuerdos comerciales. Han sido los órganos de solución de diferencias de la OMC quienes han debido resolver las contiendas que surgen entre los socios de un acuerdo comercial en cuanto a la aplicación selectiva de las salvaguardias globales. Sin embargo –como ya hemos señalado– el Órgano de Apelación ha evitado resolver la cuestión a través del artículo XXIV del GATT y ha desarrollado, en cambio, el requisito del paralelismo como solución a dichas disputas.

La cuestión se vuelve más compleja aún con las modificaciones *inter se* que realizan los Estados en relación a las salvaguardias globales. Vimos en el apartado II que existen ACRs que mantienen o conservan sus derechos y obligaciones en conformidad con artículo XIX del GATT y el AS, algunos que obligan a excluir a los socios comerciales de una medida de salvaguardia global y otros que establece dicha exclusión como una facultad. Cabe señalar que la tipología usada en estos ACRs no se encuentra dentro del lenguaje utilizado en el GATT de 1994 ni en el AS.

Para un correcto análisis de la legalidad<sup>91</sup> de las modificaciones *inter se* en materia de salvaguardias globales debemos distinguir entre los distintos tipos de modificaciones analizadas y determinar si aquellas cumplen con las condiciones establecidas en el artículo 41.1.b) de la CVDT (en relación con los artículos XXIV.8 y XXIV.5 del GATT).

---

<sup>91</sup> También existe cuestionamientos económicos a la aplicación selectiva de salvaguardias globales, véase: Ahn (2008) 128-131. Para un análisis empírico, véase: BOWN y MCCULLOCH (2004) pp. 145-169.

a) ACRs que conservan sus derechos y obligaciones en conformidad con artículo XIX del GATT y el AS.

En estos casos los socios de un ACRs deben aplicar las salvaguardias globales a todos los miembros de la OMC, sin discriminar entre aquellos que son socios y aquellos que no lo son. Cabe preguntarse entonces si dichas cláusulas están permitidas en virtud de los artículos XXIV.8 y XXIV.5 del GATT.

El artículo XXIV.8 exige, tanto para las uniones aduaneras como para las zonas de libre comercio, “que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios”. En otras palabras, para constituir una unión aduanera o la zona de libre de comercio los territorios constitutivos deberán eliminar los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas existentes con excepción de aquellas expresamente señaladas. Como podemos apreciar el artículo XIX del GATT no se encuentra mencionado dentro de las excepciones.

Las salvaguardias, sea que se manifiesten como un aumento en los derechos aduaneros o como una restricción cuantitativa, son “reglamentaciones comerciales restrictivas” en el sentido del artículo XXIV.8 del GATT ya que se trata de medidas cuya aplicación produce efectivamente una restricción al comercio de bienes. En este sentido “lo que parece importante, al determinar que regulación constituye una [reglamentación comercial restrictiva], no es el aspecto formal de la regulación, sino su efecto en el comercio”<sup>92</sup>.

Tratándose de reglamentaciones comerciales restrictivas debemos concluir que la ausencia del artículo XIX dentro las excepciones del artículo XXIV puede implicar que las medidas de salvaguardia debiesen de ser eliminadas entre los socios de un ACR<sup>93</sup>. Sobre el particular dos posturas pueden observarse; aquella que sostiene que la enumeración de excepciones establecidas en el artículo XXIV.8 son exhaustivas y aquella que sostiene que solo es de carácter enunciativo. Una y otra nos llevarán a conclusiones distintas en relación a la

---

<sup>92</sup> LOCKHART y MITCHELL (2005) p. 14. En el mismo sentido se pronuncia AHN (2008) p. 119-120 y; GOBBI y HORLICK (2006) p. 117-121.

<sup>93</sup> Tampoco se hace referencia al artículo VI del GATT de 1994 por lo que también debiesen de ser eliminadas las medidas antidumping y las medida compensatorias.

aplicación selectiva de salvaguardias globales entre miembros de un ACR<sup>94</sup>. Cabe señalar que “[l]a historia de la redacción no indica por qué se incluyeron los artículos XI a XV y XX en la lista de excepciones en tanto que otros, concretamente el artículo XIX, no fueron incluidos”<sup>95</sup>.

Si la lista de excepciones señaladas en el artículo XXIV.8 del GATT es ilustrativa entonces podrían incluirse las medidas de salvaguardias reguladas en el artículo XIX dentro de dichas excepciones. Aquello implicaría que las salvaguardias globales aplicadas por un socio comercial debiesen de regirse por el principio de trato NMF<sup>96</sup>, lo que implicaría aplicarlas sin discriminación entre los miembros que son parte del acuerdo comercial como aquellos miembros de la OMC que no lo son. En otras palabras estaría prohibida la aplicación selectiva de salvaguardias globales entre los miembros de una ACR. Por otro lado, si la lista de excepciones fuera exhaustiva (limitada taxativamente a los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) entonces no habría cabida para el artículo XIX por lo que todas las uniones aduaneras y zonas de libre comercio deberían eliminar las medida de salvaguardia existentes entre ellos. Si no pueden aplicarse medidas de salvaguardia entre los miembros de una unión aduanera y de una zona de libre comercio, esto nos debería llevar a la conclusión de que en caso de que uno de sus miembros aplicase una salvaguardia en los términos del artículo XIX del GATT y del AS, el o los socios del acuerdo comercial debiesen de ser excluidos de dicha medida; o sea estaría permitida la aplicación selectiva de salvaguardias globales.

Para Pauwelyn “el grado de flexibilidad que ofrece el artículo XXIV.8 debiese de ser lo suficientemente amplio para incluir la posibilidad de salvaguardias [*inter se*]”<sup>97</sup>. Argumenta que las excepciones establecidas en el artículo XXIV.8 “no sólo excluye al artículo XIX sobre salvaguardias, sino que también excluye al artículo XXI sobre las excepciones de seguridad y al artículo XVIII: B sobre restricciones comerciales por motivos de balanza de pagos que pueden ser impuestas por algunos países en desarrollo, [lo cual] es difícil de concebir”<sup>98</sup>. Se trata de un argumento a contrario que postula que la lista de excepciones establecidas en el artículo XXIV.8 no es exhaustiva ya que no menciona una de las normas más importantes en materia de excepciones –el artículo XXI sobre excepciones relativas a la seguridad–<sup>99</sup>. Völker agrega un argumento literal al

<sup>94</sup> AHN (2008) p. 120.

<sup>95</sup> COMITÉ DE ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES (1998) párrafo 6.

<sup>96</sup> GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE NORMAS (2002) párrafo 75.

<sup>97</sup> PAUWELYN (2004) p. 127.

<sup>98</sup> PAUWELYN (2004) p. 126-127.

<sup>99</sup> Esta argumentación puede tener su origen en la respuesta de la Comunidad Económica Europea al ser objetadas sus normas sobre desarrollo por estar posiblemente



señalar que la frase inicial del artículo XXI (“no deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que...” ) sugiere que nada en el artículo XXIV impedirá que se adopten medidas de seguridad, por lo que se podría inferir que no existía necesidad de incluir el artículo XXI dentro de las excepciones señaladas en el artículo XXIV. Si a eso agregamos que el artículo XX contiene la misma frase inicial, se podría concluir razonablemente que la lista de excepciones del artículo XXIV no intentó ser exhaustiva<sup>100</sup>.

Para Pauwelyn, lo esencial en esta discusión lo encontramos en el requisito de la eliminación de las restricciones a “lo esencial de los intercambios comerciales”. El artículo XXIV.8 exige la eliminación de “lo esencial” no la eliminación de “todas” las restricciones comerciales<sup>101</sup>. En otras palabras, la aplicación de salvaguardias globales entre socios de un ACR no impediría que las demás reglamentaciones comerciales restrictivas fuesen eliminadas de lo esencial de los intercambios comerciales en conformidad con el artículo XXIV.8 del GATT. En este sentido Ahn sostiene que “las prácticas actuales para restringir las importaciones en virtud del sistema de medidas correctivas comerciales deberían ser permitidas en el entendimiento que la parte predominante del comercio no sujeto a [dichas medidas] entre socios pueden aún constituir en “lo esencial de los intercambio comerciales”. Así, a pesar de que [las excepciones del artículo XXIV.8] están totalmente exentas del requisito de liberalización en “lo esencial de los intercambios comerciales”, la posibilidad de aplicar medidas correctivas comerciales entre las partes de una unión aduanera o una zona de libre comercio, que pueden ser, por su naturaleza, aplicadas sólo bajo ciertas circunstancias y también por un período limitado de tiempo; pueden ser consideradas dentro del ámbito permitido de restricción comercial”<sup>102</sup>.

Una opinión distinta sostiene Mathis<sup>103</sup> al señalar que el artículo XXI no fue incluido en las listas de excepciones del artículo XXIV.8 por un error de transcripción. Sin embargo, agrega que aquella inclusión no era necesaria dada la vocación de generalidad del artículo XXI que lo hace aplicable a todo el GATT, incluyendo al artículo XXIV. En base a una argumentación his-

---

haciendo aplicación del artículo XVIII (Ayuda del Estado para favorecer el desarrollo económico) del GATT. Al no encontrarse el Artículo XVIII en la lista de excepciones del artículo XXIV.8 se señalaba por parte del grupo de trabajo que dichas normas no podrían establecerse en el ACR. A esta objeción la Comunidad Económica Europea señala que “(it) would be difficult ... to dispute the right of contracting parties to avail themselves of that provision [article XXI] ... and it must be therefore be concluded that the lista was not exhaustive”. MATHIS (2002) p. 60-61.

<sup>100</sup> VÖLKER (1993) p. 27. Citado en MATHIS (2002) p. 61-62.

<sup>101</sup> PAUWELYN (2004) p. 126-127.

<sup>102</sup> AHN (2008) p. 121.

<sup>103</sup> MATHIS (2002) p. 62-63.

tórica sostiene que el artículo 44 del Capítulo IV de la Carta de La Habana (antecedente de artículo XXIV del GATT) establecía una lista de reglamentaciones comerciales restrictivas permitidas entre los socios de los ACRs y que correspondían a los actuales artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX señalados en la lista de excepciones del artículo XXIV.8 del GATT. No obstante, las excepciones de seguridad del artículo 99 (antecedente del Artículo XXI) no fueron nunca parte del Capítulo IV y ello se explica por tratarse una excepción general aplicable a toda la Carta, no limitada solo a su Capítulo IV. Como el artículo 44 de la Carta se encontraba dentro del Capítulo IV sobre Política Comercial, fue razonable que solo se incluyera en la lista de excepciones a los artículos ubicados dentro de su propio Capítulo. Dada la estructura de la Carta de la Habana hubiera sido redundante agregar excepciones que estaban establecidas fuera del Capítulo IV y que en todo caso se aplicaban a toda la Carta, como sucede con el artículo 99. La interpretación más plausible de la ausencia de excepciones de seguridad en el artículo XXIV es que se debió a un simple error de incorporación. Al transferir las disposiciones de la Carta de la Habana al GATT, las excepciones de seguridad, ahora establecidas en el GATT como el artículo XXI, fueron simplemente omitidas por descuido al no hacer una referencia a una excepción que no se encontraba originalmente dentro de los límites del Capítulo IV. Con todo, no habría habido razón alguna para que la lista del artículo XXIV.8 incluyera una disposición que estableciera una excepción que ya estaba prevista para el GATT como un todo. Esta interpretación confirma la aplicación del artículo XXI sobre excepciones de seguridad entre los socios de un ACR a su vez que confirma la exhaustividad de la lista de excepciones establecidas en el artículo XXIV 8 del GATT.

Para algunos autores la exhaustividad parece ser también la postura del Órgano de Apelación en *Turquía-Textiles*. Así, Lockhart y Mitchel<sup>104</sup> sostienen que el Órgano de Apelación estaría confirmando el carácter eminentemente exhaustivo de la excepciones señaladas en el artículo XXIV.8 del GATT al declarar que los ACRs “pueden aplicar, cuando sea necesario, con respecto a su comercio interior, determinadas reglamentaciones comerciales restrictivas que por lo demás están permitidas en virtud de los artículos XI a XV y el artículo XX del GATT de 1994”<sup>105</sup>. Para Gobbi Estrella y Horlick<sup>106</sup> en *Turquía-Textiles* el Órgano de Apelación resuelve el extenso debate sobre la naturaleza facultativa u obligatoria de la lista de excepciones establecidas en el artículo XXIV.8 del GATT al concluir que aquella es obligatoria y al establecer, además, que la condición de eliminar “los derechos de aduana y las demás reglamentaciones

---

<sup>104</sup> LOCKHART y MITCHEL (2005) p. 16.

<sup>105</sup> *Turquía - Restricciones a la importación de productos textiles y de vestido* (1999) párrafo 48.

<sup>106</sup> GOBBI y HORLICK (2006) p. 135-136.



comerciales restrictivas” debe interpretarse como una norma que exige (“must”) la abolición de las medidas correctivas comerciales en los ACRs (párrafo 48).

Sin embargo la exhaustividad del artículo XXIV.8 del GATT parece oponerse al artículo 2.2 del AS, que establece que “[l]as medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda” por lo que aquellas debiesen de aplicarse sin excluir a ninguno de los miembros de la respectiva unión aduanera o zona de libre comercio. Lo anterior lleva a preguntarse ¿Cómo el artículo XXIV.8 del GATT se condice con el artículo 2.2 del AS?

La nota interpretativa general al Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech establece que “[e]n caso de conflicto entre una disposición del [GATT] de 1994 y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la [OMC] prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro Acuerdo”. Por tanto, si existiera conflicto entre el artículo XXIV.8 del GATT con el artículo 2.2 del AS debiese de prevalecer este último, lo que implicaría aplicar las salvaguardias globales entre los socios de un ACR.

Sin embargo, hay que señalar que la jurisprudencia del Órgano de Apelación ha establecido que “[e]l GATT de 1994 y el [AS] son ambos Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías que figuran en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC y, como tales, ambos son “partes integrantes “del mismo tratado, el Acuerdo sobre la OMC, y son “vinculantes para todos sus Miembros [de acuerdo al artículo II.2 del Acuerdo de Marrakech]”<sup>107</sup>. Por consiguiente, más que un conflicto, la relación entre el artículo XXIV.8 del GATT y el artículo 2.2 del AS debe regirse por una interpretación armónica de ambas normas lo que hace inaplicable la nota interpretativa del Acuerdo de Marrakech. Esta postura es consistente con la nota al pie del artículo 2.1 del AS que establece que “[n]inguna disposición del presente Acuerdo prejuzga la interpretación de la relación que existe entre el artículo XIX y el párrafo 8 del artículo XXIV del GATT de 1994”. Además es consiente el artículo 31.1 de la CVDT cual establece que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Para Voon<sup>108</sup> esta interpretación armónica nos debiese de llevar a la conclusión de que el artículo 2.2 del AS no tiene porqué invalidar o anular la aplicación del artículo XXIV.5 y XXIV.8 del GATT. Si ambas normas se leen

---

<sup>107</sup> *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado* (1999b) párrafo 83.

<sup>108</sup> VOON (2010) p. 31. En este mismo sentido se pronuncia PAUWELYN (2004) p. 130.

conjuntamente, el artículo XXIV.5 provee una excepción al trato de NMF establecido en el artículo 2.2 del AS. Argumenta en este sentido que las palabras “del presente acuerdo” usadas en el artículo XXIV.5 hacen referencia al Tratado de Marrakech (y sus anexos), y no solo al GATT de 1994. Compartimos con el autor la necesidad de armonizar el artículo 2.2 del AS con el artículo XXIV.8, sin embargo, ello no nos debe llevar a concluir precipitadamente que este último representa una excepción al primero. En este sentido no parece válido expandir la expresión “acuerdo” que usa el artículo XXIV.8 del GATT al AS y en base a ello determinar que el artículo XXIV representa una excepción al artículo 2.2 de AS.

Acogemos, más bien, la interpretación conciliadora de Piérola quien postula que el artículo 2.2 del AS no es un equivalente al trato de NMF establecido en los artículos I.1 y XIII del GATT, ya que aquel no especifica si la salvaguardia global debiese de ser equitativamente o proporcionalmente a todas las importaciones investigadas, solo establece que aquellas se aplicarán “al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda”<sup>109</sup>. En otras palabras, el artículo 2.2 del AS no estaría ordenando la aplicación de una salvaguardia global a todas las importaciones, solo estaría exigiendo que si una salvaguardia global es aplicada esta deberá afectar a todas las importaciones investigadas. En este sentido, si el artículo 2.2 fuera equivalente al artículo 1.1 del GATT y el socio de un ACR aplicase una salvaguardia global selectivamente, o sea no incluyendo a los demás socios del ACR, se podría decir que dicha exclusión está prohibida por el artículo 2.2 ya que se estaría vulnerando el trato de NMF del artículo 1.1 del GATT. Sin embargo, al no ser equivalentes no se produce un conflicto entre el artículo 2.2 del AS y el artículo XXIV.8 del GATT<sup>110</sup>.

Esta interpretación permite la aplicación de ambas disposiciones de forma armónica al establecer que las salvaguardias globales pueden ser aplicadas a todas las importaciones investigadas (en concordancia con el artículo 2.2 de AS) con exclusión de las importaciones de los socios regionales comerciales (en concordancia con el artículo XXIV del GATT). En este sentido, Piérola concluye que la cuestión de si una salvaguardia global debe aplicarse a todas las importaciones o solo a algunas seleccionadas no estaría regulada directamente por el AS. Más bien, caería dentro de la disciplina del GATT y estaría regulada por el artículo I.1 y XIII, y las excepciones establecidas en el artículo XXIV<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> PIÉROLA (2014) p. 273.

<sup>110</sup> PIÉROLA (2014) p. 273-274.

<sup>111</sup> PIÉROLA (2014) p. 274.

En lo que respecta al artículo XXIV.5 del GATT las cláusulas estudiadas parecen ser consistentes con sus exigencias ya que la aplicación de una salvaguardia global a todos los miembros de la OMC sin discriminar entre aquellos que son socios del respectivo ACR no generaría efectos negativos para el comercio con terceros, ya que no se estarían estableciendo mayores restricciones al comercio externo.

En conclusión, aquellos ACRs que exigen aplicar las salvaguardias globales a todos los miembros de la OMC, sin discriminar, son consistentes con el artículo XXIV.5 del GATT, no así con el artículo XXIV.8 ya que con dicha medida se estaría restringiendo la liberalización comercial entre los socios de un ACR, cuestión que además sería inconsistente con el segundo requisito del artículo 41.1.b) de la CVDT al tratarse de una modificación *inter se* incompatible con el objeto y fin del tratado.

b) ACRs que obligan a excluir a los miembros del ACR de una salvaguardia global

En aquellos casos en que los ACR obligan a excluir a los socios de la aplicación de una salvaguardia global los efectos se producen a la inversa. En estos casos la aplicación selectiva de salvaguardias globales parece ser consistente con el artículo XXIV.8 del GATT mas no así con el artículo XXIV.5.

Al excluir a un socio comercial de la aplicación de una salvaguardia global no se afecta sino que se propicia la liberalización del comercio existente entre ellos por lo que se cumple con las condiciones del artículo XXIV.8 del GATT y con el correlativo segundo requisito del artículo 41.1.b) de la CVDT. Por el contrario, una aplicación selectiva de salvaguardias globales parece afectar el comercio con terceros al crear una distorsión del mismo que lo aleja de terceros Estados no socios de ACR respectivo. En otras palabras, “la aplicación selectiva de [salvaguardias globales] constituiría una distorsión sistemática al crear mecanismos que restringiesen más el comercio en contra de miembros no socios, lo cual es inconsistente con la obligación establecida en el artículo XXIV.5”<sup>112</sup> y con el primer requisito del artículo 41.1.b) de la CVDT.

c) ACRs que facultan a excluir a los miembro del ACR de una medida de salvaguardia global.

Por último, nos queda por analizar aquellos ACRs que no obligan sino que facultan a los socios regionales para excluir a sus pares de la aplicación de un salvaguardia global. No estamos en la situación anterior en que el ACR exige

---

<sup>112</sup> AHN (2008) p. 125.

que se excluya a un socio sino que en estos casos otorga plena libertad al socio para elegir si excluye o no.

A nuestro parecer estos ACRs son lo que otorgan mayores posibilidades de cumplimiento en relación con las exigencias del artículo 41.1.b) de la CVDT, en concordancia con los artículos XXIV.8 y XXIV.5 del GATT. Siguiendo a Voon<sup>113</sup>, estos ACRs otorgan flexibilidad a los socios de un ACR y los hace responsables de cumplir las disposiciones de la OMC. En este sentido, de conformidad con el artículo XXIV.5 del GATT y el segundo requisito del artículo 41.1.b) de la CVDT, los socios de estos ACRs que opten por aplicar una salvaguardia global excluyendo a los socios del respectivo ACR deberán asegurarse de minimizar el impacto que la aplicación selectiva de salvaguardias globales pudiese generar en los miembros de la OMC que no son socios del acuerdo. Al mismo tiempo, en conformidad con el artículo XXIV.8 del GATT y el primer requisito del artículo 41.1.b) de la CVDT, los socios del ACR que decidan aplicar una salvaguardia global que incluya a los miembros del respectivo ACR, o sea sin discriminar o seleccionar, deberá asegurar la suficiente liberalización del comercio entre los socios afectados por la aplicación de la medida. En este sentido, los ACRs que establecen la facultad de excluir a los socios de un ACR parecen ser los que más se adecuan a las exigencias del artículo XXIV.8 y XXIV.5 del GATT, ya que permiten una adecuación realista de la aplicación de una salvaguardia global a los requerimientos del comercio interno como externo.

Para Lockhart y Mitchell<sup>114</sup> este enfoque dejaría indefinido e incierto el tipo de salvaguardias globales que podrían aplicarse en virtud del ACR y la proporción del comercio que debiese de estar sujeto a dicha salvaguardia. Como resultado, la consistencia del ACR con las condiciones establecidas en el artículo XXIV.5 y XXIV.8 del GATT variaría dependiendo de la extensión de la salvaguardia aplicada en un tiempo dado y de las otras medidas correctivas comerciales aplicadas. Esto, según los autores, haría imposible establecer en forma definitiva—basándose solamente en el ACR—cuándo la aplicación de una salvaguardia global estaría justificada en virtud del artículo XXIV del GATT.

Sin lugar a dudas el determinar si una salvaguardia global cumple o no con los requisitos establecidos en el artículo XXIV.5 y XXIV.8 del GATT es una tarea difícil, sin embargo, ello no nos debe llevar a la conclusión de que es imposible. El mismo Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT reconoce que “a efectos de la evaluación global de la incidencia de las demás reglamentaciones comerciales [como las salvaguardias],

---

<sup>113</sup> VOON (2010) p. 33.

<sup>114</sup> LOCKHART y MITCHELL (2005) p. 15

cuya cuantificación y agregación son difíciles, quizá sea preciso el examen de las distintas medidas, reglamentaciones, productos abarcados y corrientes comerciales afectada”.

#### IV. LA RESPUESTA ESQUIVA DEL ÓRGANO DE APELACIÓN: EL REQUISITO DEL PARALELISMO

El Órgano de Apelación ha sido bastante esquivo en orden responder si la aplicación selectiva de salvaguardias globales por parte de los socios de un ACR se encuentra o no justificada en virtud del artículo XXIV del GATT. En vez de responder directamente esta interrogante ha desarrollado lo que se conoce como regla del “paralelismo”: un requisito jurisprudencial no reconocido expresamente en el artículo XIX del GATT o en el AS. De acuerdo a este requisito debe existir una identidad entre las importaciones consideradas para efectos de la investigación de salvaguardias y los productos a los que se aplica efectivamente la medida.

La génesis de este requisito la encontramos en la disputa *Argentina-Calzados*. En esta diferencia el Órgano de Apelación determinó que “Argentina no puede justificar [...] la aplicación de sus medidas de salvaguardia sólo a las fuentes de suministro de terceros países que no son miembros del MERCOSUR basándose en una investigación que constató la existencia o amenaza de daño grave causado por importaciones procedentes de todas las fuentes, con inclusión de las importaciones procedentes de otros Estados miembros del MERCOSUR”<sup>115</sup>.

Luego, en *Estados Unidos-Gluten de Trigo* el Órgano de Apelación, a través de una interpretación literal del artículo 2 y 4 del AS, estableció que el incluir las importaciones procedentes de todas las fuentes en la investigación, y luego excluir las importaciones procedentes de una fuente del ámbito de aplicación de la medida, significaría dar a las expresiones “productos importados” o “importación de ese producto” un sentido diferente al establecido en los artículos 2.1 y 2.2 del AS respectivamente. En el artículo 2.1 la expresión abarcaría las importaciones procedentes de todas las fuentes, mientras que en el artículo 2.2, excluiría las importaciones de determinadas fuentes. Lo anterior, en palabras del Órgano de Apelación sería incongruente e injustificado. En consecuencia, lo normal es que las importaciones incluidas en las determinaciones hechas con arreglo al artículo 2.2 y al artículo 4.2 deberían corresponder a las impor-

---

<sup>115</sup> *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado* (1999b) párrafo 114.

taciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la medida con arreglo al artículo 2.2<sup>116</sup>.

Con la exigencia anterior el Órgano de Apelación establece que una brecha entre el ámbito de aplicación y el ámbito de investigación constituye una presunción prima facie de no paralelismo<sup>117</sup>. Sin embargo, esa brecha puede superarse si la autoridad investigadora determina explícitamente que las importaciones afectadas, con exclusión de aquellas proveniente del socio del ACR excluido de la medida, cumplen las condiciones para la aplicación de la medida de salvaguardia conforme lo prescribe el artículo 2.1 y 4.2 del AS<sup>118</sup>.

El establecimiento de esta regla es una derivación del principio general de causalidad en virtud del cual el aumento de la importaciones no necesita ser el único factor que puede causar un daño grave a la industria doméstica. Para Piérola, el mayor estándar que represente la regla del paralelismo puede ser justificada por el hecho de que la exclusión de importaciones es una circunstancia excepcional. Si no se hace coherentemente, en conformidad con la regla del paralelismo, se podría poner en duda la legitimidad de la salvaguardia. Bajo esta circunstancia, la prueba se desplaza al miembro que impone la salvaguardia. Deberá demostrar que, a pesar de la falta de paralelismo, las importaciones investigada, por si mismas, satisfacen las exigencias del artículo 2.1 y 4.2 del AS<sup>119</sup>.

En *Estados Unidos - Tubos* se resolvió que la demostración de la exclusión de socios comerciales es suficiente para establecer una presunción prima facie de la falta de paralelismo<sup>120</sup>. Agrega, además, que la investigación realizada por la autoridad competente deberá probar que las importaciones de países no miembros causan por sí solas un daño grave o amenaza de daño grave y deben proporcionar una explicación razonada y adecuada del modo en que los hechos corroborarían esa constatación<sup>121</sup>.

En *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el Acero* el Órgano de Apelación agrega que la autoridad competente deberá tomar en cuenta el hecho de que

---

<sup>116</sup> *Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas* (2000) párrafo 97.

<sup>117</sup> PIÉROLA (2014) p. 278.

<sup>118</sup> *Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas* (2000) párrafo 98.

<sup>119</sup> PIÉROLA (2014) p. 278-279.

<sup>120</sup> *Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea* (2002) párrafo 187.

<sup>121</sup> *Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea* (2002) párrafo 194.



las importaciones excluidas hayan podido tener algún efecto perjudicial para la rama de producción nacional que pudiese ser atribuido a las importaciones no excluidas<sup>122</sup>. Este requisito ha sido denominado como “requisito de no atribución”. Como se puede apreciar esta interpretación impone un alto costo a aquellos miembros que desean desviarse de la regla del paralelismo. Si así lo hacen, el requisito de causalidad se vuelve más exigente<sup>123</sup>.

La regla del paralelismo también ha sido analizada a propósito de la exclusión de importaciones provenientes de países en desarrollo. En *República Dominicana - Medidas de salvaguardias*, se resolvió que el artículo 9.1 del AS implica un alejamiento expreso de la obligación establecida en el artículo 2.2<sup>124</sup>. En este sentido cuando un miembro aplique una salvaguardia global y excluya determinadas importaciones con base en el artículo 9.1 del AS no será necesario realizar un nuevo análisis de incremento de importaciones, daño y causalidad ya que la misma autoriza una desviación a la regla del paralelismo<sup>125</sup>. Un aspecto importante a rescatar de esta diferencia, y que puede repercutir en la discusión llevada *supra*, es que aún “queda por determinar si existen otras consideraciones fuera de la disposición del artículo 9.1 del AS que permitan excluir a Estados miembros de la OMC de medidas de salvaguardia. En este sentido, si bien estas medidas deben imponerse al producto importado con independencia de la fuente de procedencia, no está claro si el requisito del paralelismo puede servir como un fundamento en sí mismo para excluir otros Estados miembros de la OMC de la medida de salvaguardia, como es el caso del cumplimiento de ciertas normas de acuerdos comerciales que permiten (o que en algunos casos exigen) esta exclusión”<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> *Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero* (2003) párrafo 441. Sostiene en este sentido que la expresión “aumento de las importaciones” que figura en los artículos 4.2.a) y 4.2.b) del AS se deben interpretar como referido al mismo conjunto de importaciones al que se refiere artículo 2.1 del AS, es decir, a las importaciones incluidas en la medida de salvaguardia. Por lo tanto, las importaciones excluidas de la aplicación de la medida de salvaguardia se deben considerar como un factor “distinto [...] del aumento de las importaciones” en el sentido del artículo 4.2.b). En conclusión los posibles efectos perjudiciales que esas importaciones excluidas puedan tener en la rama de producción nacional no se deben atribuir a las importaciones incluidas en la medida de salvaguardia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.2.b) (párrafo 450).

<sup>123</sup> PIÉROLA (2014) p. 281.

<sup>124</sup> *República Dominicana - Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular* (2012) párrafo 7.377.

<sup>125</sup> *República Dominicana - Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular* (2012) párrafo 7.385.

<sup>126</sup> DELPIANO (2014) p. 493.

En resumen, la regla del paralelismo surge del lenguaje paralelo utilizado en los artículos 2.1 y 2.2 del AS; así como en su relación con el artículo 4.2 del mismo acuerdo. En efecto, la regla del paralelismo implica que debe existir una identidad entre las importaciones consideradas para efectos de la investigación de salvaguardias (artículos 2.1 y 4.2) y los productos a los que se aplica la medida (artículo 2.2). Esta regla se vulnera si un miembro aplica una salvaguardia excluyendo a los socios de un ACR o sea si realiza una aplicación selectiva de salvaguardias. No obstante lo anterior, en determinadas circunstancias puede justificarse el incumplimiento del paralelismo si el Miembro que impone la medida establece explícitamente que las importaciones no excluidas cumplen las condiciones para la aplicación de la salvaguardia en virtud de los artículos 2.1 y 4.2 del AS. Al mismo tiempo se exige que el miembro establezca explícitamente que las importaciones excluidas no producen efectos perjudiciales que puedan ser atribuidos a las importaciones no excluidas de la medida de salvaguardia.

El cumplimiento de la regla del paralelismo, o su respectiva justificación frente a una aplicación selectiva, regula la identidad que debe existir entre la aplicación de una salvaguardia global y su respectiva investigación. Sin embargo, no responde la cuestión relativa a si las importaciones de socio comerciales pueden ser excluidas de la aplicación de una salvaguardia global incluso si la regla del paralelismo es respetada. En efecto, para el Órgano de Apelación el artículo XXIV del GATT sólo entra en juego si el paralelismo se ha respetado. En otras palabras, el artículo XXIV del GATT nunca puede justificar una violación del paralelismo. Sin embargo, el Órgano de Apelación nunca explica por qué se da dicha situación<sup>127</sup>.

Para Pauwelyn la regla del paralelismo representa una contorsión innecesaria y que su desarrollo solo puede explicarse por el hecho de que “los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación querían eludir el enigma sin resolver hasta la fecha de si el artículo XXIV del GATT sobre acuerdos regionales puede justificar una salvaguarda discriminatoria en violación al artículo 2.2 de la [AS]”<sup>128</sup>. En efecto tanto en *Argentina-Calzado* como en *Estados Unidos-Tubos* los miembros demandados invocaron como defensa el artículo XXIV del GATT sin encontrar un pronunciamiento por parte del Órgano de Apelación<sup>129</sup> quien señaló que la regla de paralelismo ya había sido vulnerada por

<sup>127</sup> PAUWELYN (2004) p. 122. En el mismo sentido PIÉROLA (2014) p. 287.

<sup>128</sup> PAUWELYN (2004) p. 121.

<sup>129</sup> Véase: *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado* (1999a) párrafo 8.93 y *Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea* (2001) párrafo 7.132-7.133.



lo que no era necesario analizar la cuestión relativa al artículo XXIV<sup>130</sup>. Cabe señalar que esta economía procesal parece ir en contra del artículo 17.12 del ESD que establece que “[e]l Órgano de Apelación examinará cada una de las cuestiones planteadas [...] en el procedimiento de apelación”<sup>131</sup>.

Pauwelyn agrega que si el Órgano de Apelación deja abierta la cuestión de si el artículo XXIV puede justificar una violación al principio de no discriminación del artículo 2.2 ¿por qué el artículo XXIV no podría también justificar una violación al paralelismo, un requerimiento que, después de todo, emana del mismo artículo 2? Esta pregunta se relaciona con la cuestión más amplia de si el artículo XXIV puede justificar una violación al AS, esto en consideración a que el AS se vincula explícitamente con el artículo XIX del GATT<sup>132</sup>. Concluye el autor que: “en lugar de resolver las cuestiones de las salvaguardias selectivas, el requisito de paralelismo las exacerba”<sup>133</sup>.

Por último, cabe agregar que la respuesta del Órgano de Apelación parece tener su origen en la propuesta del Presidente del Grupo de Negociación sobre las Salvaguardias durante la Ronda de Uruguay que establecía que: “cuando una unión aduanera aplicase una medida de salvaguardia en nombre de un Estado miembro no se atribuirá al aumento de las importaciones ningún perjuicio imputable a la competencia de productores establecidos en otros Estados miembros de la unión aduanera”<sup>134</sup>. Siguiendo a Delpiano “la tesis del Órgano de Apelación parece ser una respuesta frente a las negociaciones de la Ronda Uruguay, imponiendo un criterio cuya propuesta no fructificó en su oportunidad. Ciertamente es que ni en las negociaciones ni tampoco el Órgano de Apelación han adoptado una respuesta a la relación entre el artículo XIX y el artículo XXIV del GATT, pero este último, a través del principio del paralelismo provocó como efecto un verdadero reemplazo de la propia voluntad de los Estados negociadores de la Ronda Uruguay en los parámetros a través de los cuales se mide la compatibilidad de la exclusión de un miembro de una zona de libre comercio o de una unión aduanera con las normas del GATT”<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> *Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea* (2002) párrafo 199.

<sup>131</sup> SHADIKHODJAEV (2011) p. 535.

<sup>132</sup> PAUWELYN (2004) p. 122-123.

<sup>133</sup> PAUWELYN (2004) p. 124.

<sup>134</sup> GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE NORMAS (2002) p.3. Argumento esgrimido en *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado* (1999b) párrafo 13.

<sup>135</sup> DELPIANO (2013) p. 31.

## V. CONCLUSIONES

1. Las salvaguardia globales son medidas correctivas comerciales adoptadas por los miembros de la OMC, que tienen por objeto restringir temporalmente las importaciones de otros miembros una vez que se hayan cumplido determinadas condiciones sustantivas y procedimentales de aplicación. Estas se encuentran en el artículo XIX del GATT y en el AS.
2. La regulación de las salvaguardias globales se ha visto afectada por la proliferación de ACRs cuyas disposiciones han venido a modificar entre sus miembros (modificaciones *inter se*) la regulación multilateral de las salvaguardias globales. En particular las modificaciones más discutidas son aquellas que admiten la aplicación selectiva de salvaguardias globales, o sea aquellas disposiciones que establecen la posibilidad de aplicar salvaguardias globales excluyendo a los socios comerciales del ACR respectivo.
3. Al efecto, podemos distinguir entre aquellos ACRs que no hacen referencia alguna a las salvaguardias globales, aquellos que mantienen o conservan sus derechos y obligaciones en conformidad con artículo el XIX del GATT y el AS, aquellos que obligan a excluir a los socios comerciales de una salvaguardia global y aquellos que no obligan sino que facultan dicha exclusión.
4. La facultad u obligación de excluir socios comerciales de la aplicación de una salvaguardia global ha generado cuestionamientos en torno a su legalidad. Se discute principalmente si el artículo XXIV del GATT –que regula los ACRs– justifica o no dichas exclusiones.
5. Una respuesta comprensiva a dicha interrogante parte por convenir que el Derecho de la OMC es parte de un conjunto más amplio de normas de Derecho Internacional Público que interactúan y deben coordinarse entre sí. En este contexto la CVDT, cuya aplicación ha sido reconocida expresamente en el sistema multilateral (artículo 3.2 y 31.3.c) del ESD), no solo otorga normas sobre interpretación de los tratados (artículo 31 y siguientes) sino que también dispone de un conjunto normativo que deberá ser observado dentro del Derecho de la OMC.
6. En base a lo anterior, y a falta de norma que prohíba las modificaciones *inter se* que pueden realizar los ACRs al sistema de la OMC, creemos que lo correcto, a la hora de determinar si la aplicación selectiva de salvaguardias globales están permitidas dentro del sistema multilateral, es remitirse a las condiciones del artículo 41.b) de la CVDT. En base a dicha norma los ACRs podrán realizar modificaciones al sistema multilateral en la medida que no afecten el disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan

en virtud del tratado, ni al cumplimiento de sus obligaciones, y que no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

7. En base al artículo XXIV.5 del GATT entenderemos que las modificaciones *inter se* en materia de salvaguardias globales no afectaran el disfrute de los derechos que a las demás partes corresponda, ni sus obligaciones, cuando aquellas no establezcan mayores restricciones al comercio externo. Por otro parte, en virtud del artículo XXIV.8 del GATT, entenderemos que dichas modificaciones no serán incompatibles con el objeto y fin del tratado cuando aquellas no afectan la liberalización del comercio entre los respectivos socio comerciales.
8. Al analizar las salvaguardias globales en los distintos ACRs a la luz de las condiciones del artículo 41 de la CVDT (en correlación con el artículo XXIV del GATT) determinamos que los acuerdos comerciales que más se ajustan a dichos requerimientos son aquellos que reconocen la facultad de excluir a los socios comerciales de la aplicación de una salvaguardias global. Ni aquellos acuerdos comerciales que exigen la exclusión de socios comerciales ni aquellos que prohíben dicha exclusión parecen cumplir con las dos condiciones del artículo 41 de la CVDT.
9. Con todo, la pregunta sobre si la exclusión de socios comerciales podría justificarse en virtud del artículo XXIV del GATT no ha sido aún resuelta por el Órgano de Apelación de la OMC. Ha dado en cambio respuestas evasivas que se decantan por establecer la regla del paralelismo como requisito previo a la resolución de dicha interrogante.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AHN, Dukgeun (2009): "Foe or friend of GATT article XXIV: Diversity in trade remedy rules". *Journal of International Economic Law*, Vol.11 N°1, pp. 107-133.
- BOWN, Chad P. y MCCULLOCH, Rachel (2004) "The WTO Agreement on Safeguards: An Empirical Analysis of Discriminatory Impact". En Plummer, Michael G. (editor): *Empirical Methods in International Trade*. Cheltenham UK: Edward Elgar, pp. 145-169.
- CHOI, Won-Mog (2005) "Legal problems of making regional trade agreements with non-WTO- member states". *Journal of International Economic Law*, Vol. 8 n°4, pp. 825-860.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2005): "Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional" (A/CN.4/L.682). Informe del Grupo de Estudio, elaborado por Martti Koskenniemi.
- COMITÉ DE ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES (1998): "Problemas sistemáticos relativos a las "demás reglamentaciones del comercio" (WT/REG/W/17/Rev.1) Nota documental de la secretaría, 5 de Febrero de 1998.
- CRAWFORD, Jo-Ann, McKEAGG, Jo, y TOLSTOVA, Julia (2013): *Mapping of Safeguard Pro-*

- visions in Regional Trade Agreements*, World Trade Organization: Economic Research and Statistics Division. 45 pp. Disponible en: <http://www.wto.org/> [fecha de visita 24 de abril de 2013]
- DELPINO LIRA, Cristián (2013) “*Salvaguardias Globales y Exenciones Regionales. El Alcance del Artículo XXIV del GATT en la Jurisprudencia OMC*”. Conferencia Comercio agrícola y América Latina: Cuestiones, controversias y perspectivas, 19 al 20 de septiembre, Buenos Aires, Argentina. 31 pp. Disponible en <http://catedraomc.flacso.org.ar/> [fecha de visita 26 de Agosto de 2014].
- DELPINO LIRA, Cristián (2014) “Comentario del informe del grupo especial de la OMC en el asunto República Dominicana: Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular (Informe de 31 de enero de 2012)”. *RDUCN*, Vol. 21, nº 2, pp. 485-493.
- FABBRICOTTI, Alberta (2008) *The Interplay between the WTO and RTAs - Is it a Question of Interrelation between Different Sources of International Law?* Inaugural Conference with the Centre on Trade and Economic Integration at the Graduate Institute of International Studies: “New Horizons of International Economic Law”, Geneva, 15-17 July 2008. Disponible en: <http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html> [fecha de visita 5 de Junio de 2014]
- FABBRICOTTI, Alberta (2010): “The WTO and RTAs: A “Bottom-Up” Interpretation of RTAs’ Autonomy Over WTO Law” en Kolsky Lewis, Meredith and Frankel, Susy (editors), *International Economic Law and National Autonomy: Convergence or Divergence?* UK: Cambridge University Press, pp. 116-140, p. 119 y 139).
- GARDINER, Richard K. (2008): *Treaty Interpretation*. New York: Oxford University Press, pp. 407.
- GOBBI ESTRELLA, Angela T. y HORLICK, Gary N. (2006) “Mandatory abolition of anti-dumping, countervailing duties and safeguards in custom unions and free trade areas constituted between WTO Members: Revisiting a long-standing discussion in light of the Appellate Body’s Turkey – Textiles Ruling”. En Bartels, Lorand y Ortino, Federico, (editores) *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, New York: Oxford University Press, 638 pp.
- GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE NORMAS (2002) *Compendio de cuestiones relacionadas con los Acuerdos Comerciales Regionales*. Notas de antecedentes preparadas por la secretaría, 1 de Agosto de 2002 (TN/RL/W/8/Rev.1).
- GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE SALVAGUARDIAS (1990) *Proyecto de Texto de un acuerdo*, 13 de octubre de 1990 (MTN.GNG/NG9/W/25/Rev.3).
- HERDEGEN, Matthias (2012): *Derecho Internacional Económico* (traducción de Katia Fach Gómez, Laura Carballo Piñeiro y Dieter Wolfram, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Fundación Konrad Adenauer, 512 pp.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. (2010): “La regulación jurídica del sistema económico internacional” en: Hinojosa Martínez, Luis M. y Roldán Barbero, Javier (coordinadores) *Derecho Internacional Económico*, Madrid: Marcial Pons, pp. 27-51.
- HUANG, Yangyang (2012) *Trade Remedy Measures in the WTO and Regional Trade Agreements*. Ph.D. thesis at University of Edimburgh, pp. 292. Disponible en: <https://www.era.lib.ed.ac.uk/handle/1842/7784> [fecha de visita 17 de junio de 2014] p. 154.
- KOTERA, A. y KITAMURA, T. (2007) *On the Comparison of Safeguard Mechanisms of Free Trade Agreements*. RIETI Discussion Paper Series, Disponible en: <http://www.rieti.go.jp/> [fecha de visita 26 de enero de 2015] p. 1-40 y en Lee (2014) 249-259.
- KRUGER, Paul, DENNER, Willemien and CRONJE, JB (2009) *Comparing safeguard measures in regional and bilateral agreements*. International Centre for Trade and Sustainable

- Development (ICTSD) Programme on Agricultural Trade and Sustainable Development. Disponible en: <http://www.ictsd.org/> [fecha de visita 26 de julio de 2014]
- LEE, Young-Shik (2014) *Safeguard Measures in World Trade: The legal analysis*. 3<sup>era</sup> ed. UK: Edward Elgar Publishing Limited, 385 pp.
- LOCKHART, Nicolas JS y MITCHELL, Andrew D. (2005); "Regional Trade Agreements Under GATT 1994: An Exception and its Limits" en Michell, Andrew D. *Challenges and Prospects for the WTO* (editor), London: Cameron May Ltd, p. 1-23. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=747984> [fecha de visita 8 de diciembre de 2014].
- MARCEAU, Gabrielle (2009) "News from Geneva on RTAs and WTO-plus, WTO-more, and WTO-minus" en *Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), Vol. 103, pp. 124-128.
- MATHIS, James H. (2002): *Regional Trade Agreements in the GATT/WTO. Article XXIV and the Internal Trade Requirement* (T.M.C Asser Press: The Hague) 328 pp.
- MAVROIDIS, Petros (2012) *Trade in Goods*. 2<sup>a</sup> Edición. United Kingdom: Oxford University Press; pp. 899.
- MITCHELL, Andrew (2007) "The legal basis for using principles in WTO disputes". *Journal of International Economic Law* Vol. 10 n° 4, pp. 795-835.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (1998) *Inventario de las disposiciones no arancelarias en los Acuerdos Comerciales Regionales* (WT/REG/W/26), Documento del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales de 5 de mayo de 1998, pp 27.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (2011) *Informe sobre el Comercio Mundial 2011. La OMC y los acuerdos comerciales preferenciales: de la coherencia a la coexistencia*, 251 pp. Disponible en: [www.wto.org](http://www.wto.org) [fecha de visita 9 de febrero de 2015]
- PAUWELYN, Joost (2001) "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", *American Journal of International Law*, Vol. 95, N° 3, pp. 535-578.
- PAUWELYN, Joost (2007): "Legal Avenues to "Multilateralizing Regionalism": Beyond article XXIV", Conferencia sobre multilateralización del regionalismo organizada y patrocinada por la OMC- HEI - CEPR., 10-12 de septiembre de 2007, Génova, Suiza, 35 pp. Disponible en: <https://www.wto.org/> [fecha de consulta: 3 de junio de 2016].
- PIÉROLA, Fernando (2014) *The Challenge of Safeguards in the WTO* (United Kingdom: Cambridge University Press) 391 pp.
- SHADIKHODJAEV, Sherzod (2011) "Checking RTA Compatibility with Global Trade Rules: WTO Litigation Practice and Implications from the Transparency Mechanism for RTAs". *Journal of World Trade*. Vol. 45 N°3, pp. 529-551.
- TEH, Robert y PRUSA, Thomas J (2011) "Contingent Protection Rules in Regional Trade Agreements" en Bagwell, Kyle W. y Mavroidis, Petros C, *Preferential Trade Agreements: A Law and Economics Analysis*. New York: Cambridge University Press. p. 65-68.
- TEH, Robert; PRUSA, Thomas J.; BUDETTA, Michele (2007) *Trade Remedy Provisions in Regional Trade Agreements*. WTO: Economic Research and Statistics Division, 83 pp. Disponible en: <http://www.wto.org/> [fecha de visita 24 de diciembre de 2013]
- TRACHTMAN, Joel P. (1999): "The domain of WTO dispute resolution", *Harvard International Law Journal*, N° 40(2) Spring, pp. 333-377.
- TRACHTMAN, Joel P. (2004): "Review of Joost Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 98, n° 4, pp. 855-861
- VAN DER BOSSCHE, Peter (2005) *The Law and Policy of the WTO: Text, cases and Materials* (United Kingdom: Cambridge University Press) 737 pp.

- VÖLKER, Edward L.M. (1993) *Barriers To External and Internal Community Trade* (Kluwer Law International: Dordrecht) 230 pp.
- VOON, Tania (2010): "Eliminating Trade Remedies from the WTO- Lessons from RTA". *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59 N° 3, pp. 625-667.
- WORLD TRADE ORGANIZATION (2003) *Dictionary of Trade Policy Terms*, 4ª Edición, 447 pp.

### Jurisprudencia Citada

- Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado* (1999b): Órgano de Apelación, 14 de diciembre de 1999 (WT/DS121/AB/R).
- Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado* (1999a): Grupo Especial, 25 de junio de 1999 (WT/DS121/R).
- Corea - Medidas que afectan a la contratación pública* (2000): Grupo Especial, 1 de mayo de 2000 (WT/DS163/R)
- Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea* (2002): Órgano de Apelación, 15 de febrero de 2002 (WT/DS202/AB/R).
- Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea* (2001): Grupo Especial, 29 de octubre de 2001 (WT/DS202/R)
- Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas* (2000): Órgano de Apelación, 22 de diciembre de 2000 (WT/DS166/AB/R)
- Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero* (2003): Órgano de Apelación, 10 de noviembre de 2003 (WT/DS248/R-WT/DS259/R)
- República Dominicana - Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular* (2012): Grupo Especial, 31 de enero de 2012 (WT/DS415/R - WT/DS418/R).
- Turquía - Restricciones a la importación de productos textiles y de vestido* (1999): Órgano de Apelación, 22 de octubre de 1999 (WT/DS34/AB/R).