

DERECHO INTERNACIONAL COMERCIAL. UN DERECHO FRAGMENTADO

INTERNATIONAL TRADE LAW. A FRAGMENTED RIGHT

Carlos H. REYES DÍAZ*

RESUMEN: El Derecho internacional público y particularmente el Derecho internacional comercial, se ha diversificado en las últimas dos décadas, particularmente desde la creación de la Organización Mundial del Comercio. Han quedado atrás los años en los que el Estado, como sujeto del Derecho internacional, jugaba el papel más importante en el concierto de las relaciones internacionales, dando paso a los llamados bloques regionales de comercio. Desde la perspectiva jurídica pareciera que estos bloques son sólo una ficción, ya que no existen (en ningún caso) sin la voluntad del propio Estado, sin embargo, estas creaciones institucionales o semi-institucionales son el resultado de una evolución del Derecho internacional público.

Las diversas configuraciones que está adoptando este Derecho público internacional son analizadas en este texto con una visión lo más global posible, ya que los bloques regionales son una realidad en los cinco continentes. Esto ha hecho que el estudio del derecho internacional se analice cada vez más desde una perspectiva multiforme.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional público, Derecho internacional comercial, Organización Mundial de Comercio, Derecho fragmentado

ABSTRACT: Public international law and, specifically International trade law, became a more diversified topic since the last two decades, in particular since the creation of the World Trade Organization. It looks far away when the State was the main subject of International Law and international relations; recently it has yielded that role to the preferential trade agreements (PTA's). From the law perspective, those PTA's seem like a juridical fiction, since they cannot exist (in any way) without the participation of states, however, these institutional or quasi-institutional creations are the result of the evolution of the public international law.

This paper analyzes those several recently created international public law configurations, with the most global point of view, since the PTA's exists in the hole five Continents. This fact makes that the study of public international law should be analyzed from the most universal perspective.

KEYWORDS: Public International Law, International Trade, World Trade Organization Fragmented Law.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *¿Nuevo Derecho internacional público?* II. *Derecho fragmentado*. III. *Soberanía en el comercio internacional*. IV. *Fragmentación jurisdiccional*. V. *Reconocimiento entre jurisdicciones*. VI. *Alternativas para enfrentar la fragmentación*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. ¿NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO?

El Derecho internacional público requiere de un replanteamiento teórico. Su expansión es innegable pero al mismo tiempo riesgosa. El afán de la ONU, por un lado, y de la Corte Internacional de Justicia, por el otro, para convertirse en el organismo y el tribunal por antonomasia, la primera con el ámbito de competencia más extenso y la segunda, con la jurisdicción más amplia de entre todos los tribunales internacionales,¹ fue sólo una idea.

El escenario jurisdiccional internacional se ha multiplicado en el mismo grado que los tratados que dan origen a los acuerdos comerciales preferenciales, regionales y no. Al día de hoy, no existe un Derecho internacional general y uniforme, del que se desprendan las ramas de especialidad, como el Derecho comercial internacional, el Derecho del mar, el Derecho aéreo y ultraterrestre, los derechos humanos, entre muchos más. Para algunos, estas áreas de especialidad constituyen eso precisamente, derivaciones de una rama general del Derecho internacional, mientras para otros, son células independientes y autónomas, con vida propia y que no responden ni le rinden ninguna o poca pleitesía al Derecho y a los organismos del Derecho internacional general. La creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) fue tan sólo uno más de los detonantes del actual dinamismo de esas relaciones comerciales.

El Derecho internacional ejerce su poder en tanto lo asumen de esta forma los propios Estados. No puede existir el Derecho internacional sin el asidero estatal, de modo que el poder que se ejerce, al menos en principio, no tiene su fuente en normas internacionales abstractas. Entonces, la pregunta primera es: ¿existe un poder internacional real? Algunos piensan que sí.

¹ Véase TOMUSCHAT, *Christian*, "International Courts and Tribunals", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, consultado en: www.mpepil.com Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2011.

Este poder internacional, o gobernanza derivada del ejercicio de autoridad pública internacional, como la denomina Von Bogdandy,² “se ejerce sobre la base de una competencia atribuida por un acto internacional común adoptado por autoridades públicas (Estados o entes como la UE), que persiguen un objetivo que ellas mismas definen –estando facultadas para ello- de interés público”.

Si esto es así, tiene que haber un acto delegatorio de atribuciones que hacen los Estados o las agrupaciones o Acuerdos Comerciales Preferenciales, como los denomina la OMC, por el cual, tomando en cuenta un objetivo común de un grupo de Estados o de bloques regionales, depositan este poder en entes creados *ex profeso* para lograr estos objetivos comunes de interés público.

La Organización de las Naciones Unidas reconocía en 2006 la existencia de más de 50 mil tratados internacionales registrados, de los cuales, tan sólo en el siglo xx se concluyeron aproximadamente 6 mil.³

El sistema revolucionado de relaciones internacionales de todo tipo, de amistad, de cooperación, de asistencia técnica, comerciales, de derechos humanos, de protección diplomática, de protección ambiental, de propiedad intelectual, por mencionar sólo algunas, ha hecho que el derecho internacional general administrado esencialmente por la Organización de las Naciones Unidas, no se dé a basto para garantizar la correcta aplicación de todos los instrumentos que gobiernan a la sociedad internacional actual.

Los también llamados “sub-sistemas” del Derecho internacional son fuentes creadoras de reglas especiales y mecanismos propios para solucionar las controversias sobre su ámbito competencial, haciendo que el Derecho internacional general sea ahora un cúmulo de diversos derechos internacionales autónomos e independientes unos de otros. Esto ha puesto en entredicho la eficacia de la ONU y, particularmente, de la Corte Internacional de Justicia para reconocerse como garantes del Estado de Derecho internacional.

² VON BOGDANDY, Armin, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*. México, UNAM-IIIJ, 2011, pp. 103 y ss.

³ Cfr. “Fragmentación del Derecho internacional. Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional”, en *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, de la Comisión de Derecho Internacional*, ONU, 58 Periodo de Sesiones, mayo-agosto, 2006, p. 11.

II. DERECHO FRAGMENTADO

El Derecho internacional general, dicen algunos, ha comenzado a desprenderse de su unicidad, a fragmentarse en diferentes ramas de conocimiento; la especialización ha propiciado la creación de una multitud de acuerdos internacionales, cada uno con su respectivo mecanismo de solución de controversias y sus criterios de revisión exclusivos.

La Comisión de Derecho Internacional se pronunció de la siguiente manera: “Lo que antes aparecía regido por el 'derecho internacional general', se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el 'derecho mercantil', el 'derecho de los derechos humanos', el 'derecho ambiental', el 'derecho del mar', el 'derecho europeo' e incluso conocimientos tan exóticos y sumamente especializados como el 'derecho de las inversiones' o el 'derecho internacional de los refugiados', etc. cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones”.⁴

A este incremento sustancial de instituciones y mecanismos creados a la par del Derecho internacional general, se le conoce como “fragmentación del derecho internacional”. Esta fragmentación atenta de manera directa contra uno de los principios centrales del Derecho internacional, la “universalidad”. Sir Robert Jennings lo expresó así:

...el principio más general y fundamental del derecho internacional público es su universalidad; es decir, que se le reconozca como válido y aplicable en todos los países independientemente de sus historias y tradiciones culturales, económicas, sociopolíticas o religiosas.⁵

Por otra parte, hay muchos que opinan que esta –por llamarla de alguna forma– “sobre-especialización”, más que contaminar al Derecho internacional general lo dota de herramientas especializadas para conocer y resolver con mayor profundidad, áreas del derecho que han proliferado por el avance lógico e irremediable de la sociedad. Como sucede en cualquier ciencia la especialización es una forma de fortalecimiento del área central, en este caso, el Derecho internacional general. Es decir, más que un obstáculo la especialización debería de ser el elemento que consolide la correcta aplicación del Derecho internacional, aunque para lograrlo es imprescindible una

⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁵ *Ibidem*, p. 119.

institución fuerte y legitimada, lo que hoy precisamente parece ser lo más criticable de la ONU y de la Corte Internacional de Justicia.

Los “sub-sistemas” antes mencionados han creado nueva doctrina con nuevos conceptos especializados sobre temas de su propia competencia, dejando las normas y principios del Derecho internacional general sólo como mera referencia ante lagunas legales de los instrumentos jurídicos especializados. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados son fuentes indirectas, supletorias de los ordenamientos internacionales de la mayoría de dichos sub-sistemas.

La proliferación de sistemas internacionales enfrenta el problema de crecimiento desmedido e irrestricto de su ámbito de competencia. El GATT, desde 1948 y hasta antes de 1995, regulaba sólo el comercio de mercancías. Al entrar en vigor los acuerdos de la Ronda Uruguay se incorporaron los servicios y los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, bajo la supervisión de la recientemente creada OMC. En los años recientes, derivado de la amenaza pandémica de influenza AH1N1, la OMC tuvo una participación relevante para realizar los esfuerzos tendientes a frenar las acciones gubernamentales para restringir el comercio de carne porcina (inclusive cuando ya se había determinado que el consumo de la misma no era factor de riesgo en los seres humanos).

Los recientes problemas que amenazan al equilibrio ecológico del mundo con el cambio climático son temas que la OMC ha tenido que conocer por el impacto que puede causar una política gubernamental de restricciones al comercio mundial. Por otra parte, los derechos laborales forman parte cada día más del ámbito de actuación de la OMC, ya que muchos países tienden a sacrificar estos derechos en aras de obtener mayores ganancias en la venta de sus mercancías. Un ejemplo de ello es el empleo de mano de obra infantil, más barata aunque violatoria de derechos humanos.

Así como sucede en la OMC, también los derechos humanos han ido acrecentando su ámbito de actuación. Recientemente (2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que los derechos de propiedad intelectual se consideran derechos humanos. Esta decisión tiene un impacto directo respecto de la competencia de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), sino también en el de la OMC (por el Acuerdo ADPIC). Si una controversia sobre temas de esta naturaleza se presenta ante el Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI y al mismo tiempo, se solicitan consultas ante la OMC por violaciones al Acuerdo de Propiedad Intelectual Rela-

cionado con el Comercio (AADPIC); y, por otra parte, se inicia un procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones relativas a cualquiera de las materias que ampara. Tres controversias, tres tribunales, una misma materia vista desde tres diferentes perspectivas, y un particular que deberá, en última instancia, acatar el fallo que lo condena a él mismo o a su gobierno, con el mismo efecto al final, que es la consecuencia positiva o negativa para el particular.

Ante la falta de un sistema central que coordine o establezca reglas para uniformar criterios entre normas e instituciones del Derecho internacional general, con los sub-sistemas preferenciales y los otros que no son comerciales, sólo es cuestión de tiempo para que comiencen los conflictos entre derechos y decisiones de tribunales internacionales.

Una alternativa para evitar estos conflictos sin reconocer al Derecho internacional general como centro de la toma de decisiones, podría ser que estos subsistemas del derecho internacional comenzaran por reconocer sus propias competencias y jurisdicciones, para dar paso luego a la construcción de uno o de varios derechos uniformes, armonizados entre ellos.

Hans Helsen decía que un sistema jurídico no puede tener conflicto de normas porque cualquier sistema jurídico está basado en una norma suprema que explica y justifica a todas las demás normas. Esta idea sigue teniendo vigencia cuando se trata de un sistema jurídico nacional, pero en el ámbito internacional esta idea no funciona por la falta de un régimen o un conjunto de normas supremas que coordinen a todas las demás; en el sistema internacional existen los ya mencionados “sub-sistemas”, que no dependen del Derecho internacional general, sino que éste complementa a los demás.

Para Pauwelyn,⁶ dos normas están en conflicto si una de ellas constituye, se encamina a, o podría llevar a una violación de otra. Según este autor, una norma de derecho internacional podría estar en conflicto con otra:

- i. Cuando un tratado multilateral de manera explícita prohíbe la conclusión de una norma en contra del *ius cogens*;
- ii. Garantizando ciertos derechos o imponiendo determinadas obligaciones que, una vez ejercidas, constituirán una violación de otra norma.

⁶ PAUWELYN, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, United States, Cambridge University Press, 2006, pp. 175-176.

El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC al día de hoy es el foro más utilizado en el ámbito internacional para solucionar controversias, incluyendo foros ajenos a conflictos comerciales como la Corte Internacional de Justicia, las Cortes Europea y la Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Internacional del Mar, el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), entre muchos otros más.

En el ámbito comercial multilateral, la figura de *forum-shopping* se entiende como la práctica de introducir una demanda o iniciar una controversia en un foro después de otro hasta que se alcance una resolución favorable. A veces se le conoce como *Forum-hopping*.⁷

Esta práctica cada vez es más común porque desde hace varios años se han multiplicado los tratados internacionales, y cada uno de ellos cuenta, con su propio mecanismo para solucionar controversias. El *forum shopping*, de acuerdo con Mohamed Ramadan,⁸ tiene su origen por varios factores:

- i Multiplicación de foros (*ratione fori*);
- ii Multiplicación de actores (*ratione personae*);
- iii Áreas específicas del derecho (*ratione materiae*);
- iv Expansión de jurisdicciones espaciales, nacionales e internacionales (*ratione loci*).

Todos estos factores los ejemplificó Jagdish Bhagwati desde 1996, cuando acuñó el término de *Spaghetti Bowl*, refiriéndose a la inmensa red de relaciones comerciales que existen en la comunidad internacional, lo que asemeja un entramado tan complejo como un plato de spaghetti.

En el ámbito comercial, desde la entrada en vigor del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT en inglés), en 1948, el sistema multilateral por excelencia dejó una puerta abierta para la multiplicación de tratados internacionales de muy diversa manufactura, como acuerdos que

⁷ GOODE, Walter, *Dictionary of Trade Policy Terms*, 4a ed., United Kingdom, Cambridge University Press and WTO, 2003.

⁸ RAMADAN HASSANIEN, Mohamed. "Bilateralism and multilateralism: Can Public International Law reconcile between them? Real options for further developments in WTO jurisprudence," en *Asper Review of International Business and Trade Law*, 2008, 8 Asper Rev. Int'l Bus. and Trade L. 51, p. 4.

constituyen áreas de libre comercio, los que crean uniones aduaneras, los acuerdos con cláusula de habilitación,⁹ y acuerdos de servicios.

El artículo XXIV del GATT abrió la puerta a la creación de acuerdos regionales como las áreas de libre comercio y las uniones aduaneras. A partir de estos acuerdos, la comunidad internacional se ha volcado, principalmente desde la década de los noventa, a celebrar todo tipo de acuerdos comerciales específicos dentro de los que destacan los tratados de libre comercio, los acuerdos bilaterales de inversión y de servicios, los acuerdos de protección recíproca de inversiones, uniones aduaneras, entre otros.

Con la celebración de estos acuerdos se ensanchó la brecha entre el sistema multilateral y el regional, dando con ello lugar a distintos mecanismos de solución de controversias. La teoría del *forum shopping*¹⁰ es una consecuencia de esta tendencia internacional. Ese *spaghetti bowl* como lo denominó Bhagwati está más vigente que nunca, si se toma en consideración que existen 356 acuerdos comerciales regionales notificados a la OMC, en vigor al 11 de febrero de 2013¹¹ (ver esquema), entre áreas de libre comercio, uniones aduaneras, acuerdos con cláusula de habilitación y acuerdos de servicios.

El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC es en esta época el foro más institucionalizado y estable de los que existen en el ámbito internacional aunque, paradójicamente, tiene en sus entrañas una de las amenazas más importantes para su correcto funcionamiento: los acuerdos comerciales regionales (ACR's) celebrados al amparo del artículo XXIV del GATT.

⁹ Conocida así a la Declaración del 28 de noviembre de 1979, del GATT, sobre trato especial y diferenciado más favorable para países en desarrollo.

¹⁰ Se entiende como: "the practice of introducing a proposal or pursuing a dispute in one forum after another until favourable outcome has been achieved. Sometimes also called forum-hopping". ("La práctica de introducir una solicitud o iniciar una controversia en un foro después de iniciarla en otro hasta que se alcanza el objetivo perseguido"). *Forum-hopping* se entiende como el "foro que me de esperanza sobre mi causa", es decir, buscar el tribunal que en su análisis se incline más hacia la solución más favorable a mi causa. En GOODE, Walter, *Dictionary of Trade Policy Terms*, 4a ed., Reino Unido, World Trade Organization-Cambridge University Press, 2004, p. 143. (La traducción e interpretación son personales).

¹¹ Véase: <http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx>

La OMC tiene registrados los acuerdos conforme al siguiente esquema:

	Adhesión	Nuevos ACR	Gran total
Art. XXIV GATT (ALC)	1	195	196
Art. XXIV GATT (UA)	6	10	16
Cláusula de habilitación	2	34	36
AGCS, Artículo v	3	105	108
Gran total	12	344	356

Fuente: www.wto.org/, consultado el 11 de febrero de 2013.

El crecimiento de las relaciones comerciales internacionales, sea bajo la figura de acuerdos comerciales regionales o como arreglos comerciales preferenciales, es muy acelerado, como se muestra en el esquema previo. Esta situación, en palabras de Peter D. Sutherland,¹² ex director general del GATT y de la OMC, ha propiciado un daño a la credibilidad de la OMC, que pretendía constituirse como el principal eje de la gobernanza global, aunque claro, desde la perspectiva comercial.

De acuerdo con Sutherland, gracias al éxito del sistema multilateral de comercio 9 de cada 10 personas actualmente viven en una sociedad económicamente abierta. Pero, al mismo tiempo asegura que los acuerdos bilaterales de comercio han estado acompañados de medidas proteccionistas, antes que servir de contribución al libre comercio. Por ejemplo, sigue diciendo, actualmente hay 424 nuevas medidas proteccionistas en la Unión Europea desde 2008.¹³

La solución que propone Sutherland consiste en avanzar en las negociaciones planteadas en Doha, aunque no sean multilaterales, sino simplemente entre los miembros que quieran suscribir acuerdos en temas como servicios, entre otros. Quizá esto propicie, posteriormente, que los demás miembros se incorporen.

¹² SUTHERLAND, Peter, *The bilateral threat to free trade*, en WorldTradeLaw.net. Consultada en: www.livemint.com/Opinion/Lle8W9ZDJEVJY60cp7aGsK/The-bilateral-threat-to-free-trade.html?facet=print, el 7 de enero de 2013.

¹³ *Idem*.

III. SOBERANÍA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

En temas como el sistema multilateral de comercio y el de integración regional, la soberanía es altamente recurrente. No se puede hablar de negociaciones comerciales sin que ello implique determinada cesión de derechos. Sería impensable que las negociaciones de Doha pudieran concluir sin que para ello los miembros de la OMC no decidieran ceder ciertos espacios y derechos soberanos. Toda negociación implica cesión de derechos y, por consecuencia, de soberanía.

Es verdad que esta cesión de derechos soberanos varía de acuerdo con el nivel de negociación, de integración comercial. No es lo mismo ceder para que los gobiernos nacionales dejen de subsidiar a sus sectores agrícolas, como sucede en las negociaciones de Doha, o la cesión de atribuciones que hacen los gobiernos entre sí en una zona de libre comercio, frente a las negociaciones que se han presentado a lo largo de la segunda mitad del siglo xx en la Unión Europea. La cesión de soberanía nacional hacia autoridades europeas constituye el ejemplo más evidente y avanzado de la nueva configuración soberana que se está construyendo en la actualidad. Habermas explica lo anterior de la siguiente forma:¹⁴

...los Estados miembros (de la Unión Europea), manteniendo su monopolio del poder, se subordinan... al derecho supranacional y comparten en cierto sentido su (soberanía) con el conjunto de los ciudadanos de la Unión (...) Por otra parte, la (división de la soberanía) entre los ciudadanos de la Unión Europea y los pueblos de Europa debería ser llevada a cabo en la forma de una legislación compartida, realizada consecuentemente, y de una responsabilidad simétrica de la Comisión ante el Consejo y el Parlamento.

El proceso de integración europeo, como se percibe del párrafo anterior, muestra un nivel de discusión sobre el tema de la soberanía que no tiene comparativo en el escenario internacional. Mientras en otros países y regiones todavía se intenta defender con todo la soberanía nacional, en la Unión Europea los temas de legislación compartida y autoridades supranacionales, son algo de todos los días. Para ilustrar esto último, Habermas, comenta que “el aumento de poder de las organizaciones internacionales mina efectivamente los procedimientos de los Estados nacionales en la medida en que se traspan funciones del Estado nacional al ámbito del gobierno transnacio-

¹⁴ HABERMAS, Jürgen, *La Constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012, p. 48.

nal". El tema sobre esto mismo es si este traspaso de funciones (o cesión, como se le vea) se percibe como positiva o negativa. En estos momentos quizá la respuesta no sea lo más objetiva posible, porque la crisis económica y financiera, aunque ahora también política y social reciente, ha revivido la discusión sobre la pertinencia de continuar con el proceso de integración e, incluso más, si debiera revertirse este proceso.

Haciendo a un lado esta crisis, no existe una connotación negativa para los europeos respecto de esta cesión de soberanía, sino que es precisamente por la más evidente facultad soberana de sus miembros, que deciden depositar en autoridades supranacionales, las decisiones más elementales de los Estados soberanos.

La soberanía, entonces, es un concepto que, al igual que el de Derecho internacional público, ha comenzado a transformarse para satisfacer las nuevas necesidades políticas y jurídicas de esta época. El sistema multilateral de comercio no es una amenaza real al concepto tradicional de soberanía porque todos sus acuerdos forman parte de esta relativa armonización jurídica comercial, pero sólo en el ámbito internacional. Generalmente, se deja en manos de cada Estado o territorio aduanero la forma de cumplir con los compromisos adquiridos en las conferencias multilaterales.

Son los procesos de integración regional como las áreas de libre comercio y uniones aduaneras, cuyo fundamento está en el propio GATT, los que realmente amenazan no sólo la soberanía nacional, sino también a la armonía del Derecho comercial internacional. La razón está en que cada área de integración existente persigue objetivos distintos entre sí, a diferentes velocidades y con diferentes actores. El problema comienza cuando un Estado amplía sus redes comerciales con varios miembros de la comunidad internacional, los que a su vez, hacen lo propio con otros más, creando con ello el *spaghetti bowl* de Bhagwati.

Por lo anterior, es imprescindible lograr la armonización de las normas jurídicas en el comercio regional y preferencial, si se pretende avanzar en el concepto de soberanía.

IV. FRAGMENTACIÓN JURISDICCIONAL

En materia de conflictos existe la posibilidad de que, ante la ya mencionada multiplicación de tratados, exista igualmente una multitud de foros para resolver controversias. Algunos escenarios posibles, son los siguientes:

1. Cuando dos foros reclaman tener jurisdicción exclusiva sobre una materia;
2. Cuando un foro reclama tener jurisdicción exclusiva y el otro ofrece su jurisdicción como forma de negociación por tratarse de la misma materia o de materias afines;
3. Cuando los mecanismos de solución de controversias de dos foros diferentes están disponibles para resolver la misma materia o materias similares.

Algunas reglas básicas aplicadas al Derecho internacional general pueden ser útiles para resolver conflictos en otras áreas de conocimiento como la comercial, como las siguientes:

1. *Todos los tratados tienen, en principio, igual valor.* Este principio se ha visto controvertido recientemente con el desarrollo de los derechos humanos. Es importante considerar que el principio de *pacta sunt servanda* no fue diseñado en principio para dar prioridad a unos acuerdos sobre otros y los Estados deben cumplir todos sus compromisos, o deben hacer todo lo que esté a su alcance para conciliar todos los tratados que tengan celebrados.
2. *Un tratado sólo afecta a aquellos países que lo acuerdan.* El principio de *res inter alios* acta dispone que un acuerdo no puede afectar sino sólo a las partes que lo hayan suscrito. El problema surge nuevamente cuando el acuerdo es en materia de derechos humanos porque hay tendencias actuales que intentan que estos tratados sean, además de multilaterales, irrenunciables para la comunidad internacional. Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que los derechos de propiedad intelectual se consideran ahora derechos humanos,¹⁵ esto muestra de forma clara lo antes expuesto.

¹⁵ Así lo resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, en sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, No. 135, párrafos 102-103:

102. La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los “bienes”, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor (23).

3. *Cuando los tratados se contradigan existe presunción de evitar el conflicto.* Este principio es, sin duda, uno de los más relevantes para evitar conflictos. Lo más fácil sería dar prioridad a uno sobre el otro en razón de la importancia temporal para quien incumple, pero este criterio por fuerza sería en demérito de otra parte contratante del otro acuerdo que se incumple. Lo que se busca con este principio es la conciliación de intereses, si un acuerdo es imposible cumplirlo sin afectar el cumplimiento de otro, lo mejor será buscar por todos los medios una salida que concilie ambas posturas lo más posible, antes que incumplir como primera respuesta algún acuerdo.
4. *Un tratado puede disponer alguna sujeción o superposición respecto de otro.* El artículo 103.2 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte dispone, por ejemplo, que “En caso de incompatibilidad entre tales acuerdos (se refiere al GATT y otros acuerdos de los que sean parte) y el presente Tratado, éste prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, salvo que en el mismo se disponga otra cosa”.
5. *Un tratado es válido y legal a menos que se disponga lo contrario.* Por este solo hecho deben de ser cumplidos de buena fe, tal y como lo prescribe el principio de *pacta sunt servanda*.
6. *A menos que se disponga otra cosa, un tratado posterior prevalece por encima de uno anterior.* Este principio tiene sus reglas, no puede aplicarse rigurosamente en cualquier circunstancia. Primero, los tratados en conflicto deben versar sobre la misma materia; segundo, deben haber sido celebrados por las mismas partes; tercero, los tratados deben

Por ello dentro del concepto amplio de “bienes” cuyo uso y goce están protegidos por la Convención, también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma.

103. La protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales. El aspecto material de estos derechos de autor abarca, entre otros, la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra y, por su parte, el aspecto inmaterial de los mismos se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad. El aspecto inmaterial es el vínculo entre el creador y la obra creada, el cual se prolonga a través del tiempo. Tanto el ejercicio del aspecto material como el aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana.

ser auspiciados por el mismo organismo internacional (como la ONU o la OMC), si son multilaterales.

7. *Un tratado específico normalmente prevalece por encima de uno general.* La dificultad que presenta este principio está en definir cuál materia es general y cuál la específica. En materia de comercio internacional este principio resulta difícil de aplicar, porque es claro que los acuerdos de la OMC no prevalecen por encima de los acuerdos regionales y preferenciales. No obstante, estos acuerdos deben mantener congruencia con las disposiciones de los acuerdos de la OMC, por lo tanto, pretender aplicar este principio bajo estas circunstancias no parece ser la opción más adecuada para resolver controversias por la aplicación de tratados generales y específicos.
8. *Los tribunales sólo pueden resolver conflictos sobre el tratado que les dio origen, aunque esto no significa que los demás tratados sean irrelevantes.* De acuerdo con Joost Pauwelyn, a esto se le conoce en Derecho internacional como la diferencia entre "jurisdicción" y "derecho aplicable" o "derecho relevante".

El ámbito del comercio internacional se desarrolla bajo premisas distintas a las del Derecho internacional general y por ello, es muy difícil aplicar los principios de éste a los de aquél de manera inflexible. No debe perderse de vista, sin embargo, que la idea de intentar mantener una clara congruencia entre ambos sistemas puede ser la opción más adecuada para armonizar el derecho, para evitar una fragmentación negativa que, antes que propiciar ámbitos autónomos produce una ruptura del orden jurídico mundial. El Derecho del comercio internacional es (junto con los derechos humanos) una de las ramas jurídicas que intentan con más ahínco lograr su independencia y autonomía respecto del Derecho internacional general. Esto puede provocar un cisma normativo que debe evitarse a toda costa.

La multiplicación de foros representa muchos riesgos, de acuerdo con Dupuy:¹⁶

Primero. Crea una ilusión de sub-sistemas autónomos, como si fueran independientes del orden internacional (como la Corte Europea).

¹⁶ DUPUY, Pierre-Marie, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, consultado en: www.pict-pecti.org/publications/PICT_articles/JILP/Dupuy.pdf

Segundo. Los viejos y nuevos organismos internacionales, cortes y tribunales no están en relación jerárquica entre sí.

Tercero. La divergente jurisprudencia emanada de diferentes jurisdicciones internacionales, aunque se trate de las mismas reglas o nociones legales.

Cuarto. Los problemas de los terceros en la controversia están creciendo. Muchas decisiones afectan a terceros que, al no tener protección directa, deben iniciar su propia controversia por separado, lo que incrementa la carga a los tribunales.

V. RECONOCIMIENTO ENTRE JURISDICCIONES

La multiplicación de foros de solución de controversias, entre nacionales e internacionales, ha propiciado que los litigantes de diversa índole, ante la posibilidad de que una decisión de un foro pueda perjudicarlos, acuden a otro u otros foros alternativos hasta que logran su cometido que es una decisión favorable.

Para evitar estos casos, las jurisdicciones nacionales y ciertas jurisdicciones internacionales exclusivas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Internacional del Mar, por ejemplo) aplican los principios de *lis alibi pendens* y *res iudicata*, para evitar analizar y resolver una misma controversia dos veces.

Pero estos principios tienen algunas restricciones. En primer lugar, para que una controversia pueda ser resuelta aplicando estos principios, es necesario que se presenten las siguientes circunstancias:

1. Que las controversias se presenten ante el mismo tribunal y se trate de dos controversias idénticas. En el ámbito internacional, particularmente en el comercial, la multiplicidad de foros ha hecho que cada vez se diversifiquen más las alternativas de las partes, y como no existe un organismo que aglutine a todos estos tribunales, es muy complicado que un tribunal se remita a decisiones de otros foros para verificar la posible reiteración de demandas idénticas.
2. Que la materia de las controversias sea idéntica. Esto se refiere a que en ambos casos se alegue la violación de determinadas disposiciones de los mismos ordenamientos jurídicos, sean nacionales o internacionales, bajo la premisa de argumentar los mismos hechos en ambos conflictos. En el orden internacional comercial, los hechos específicos que propi-

ciaron la violación de una disposición del TLCAN, por ejemplo, pueden no ser útiles al plantearse ante la OMC o ante el Mercosur, o cualquier otro foro porque ante estos foros no es procedente argumentar violaciones a acuerdos que derivan de un foro ajeno, por lo tanto, no es posible justificar litispendencia o cosa juzgada.

3. Que sean las mismas partes las involucradas en ambas controversias, en sus mismos caracteres, es decir, como demandantes y demandados, respectivamente. Si en una controversia es un Estado el que demanda y en otra son los inversionistas de ese mismo Estado quienes lo hacen, este solo hecho es suficiente para argumentar que no se trata de la misma controversia, porque los ciudadanos pueden actuar en su carácter de particulares para defender sus propias causas y en otros casos pueden hacerlo en representación de los intereses del Estado, es una gran diferencia que no se presenta ante jurisdicciones locales.

VI. ALTERNATIVAS PARA ENFRENTAR LA FRAGMENTACIÓN

Algunos acuerdos internacionales han intentado adelantarse en la redacción de diversas cláusulas para prevenir conflictos. En algunos casos estas propuestas pueden ser útiles para evitar conflictos, pero lo más importante es que se está trabajando en la manera de minimizar el riesgo de que un tribunal resuelva algo en aparente contradicción con lo resuelto por otro foro. Algunas propuestas de cláusulas son:¹⁷

1. Las que prohíben tratados posteriores incompatibles. El artículo 8 del Tratado de la OTAN es un ejemplo de ellas.
2. Las que autorizan expresamente la celebración de tratados posteriores compatibles, como lo dispone el artículo 311.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
3. En las que el tratado posterior prevé que éste no afectará al tratado precedente, como se establece en el artículo 30 de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar.
4. Cláusulas en el tratado posterior que derogan expresamente al tratado anterior. Así se establece en el artículo 311.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

¹⁷ *Fragmentación del Derecho internacional, op. cit.*, p. 18.

5. Cláusulas en tratados posteriores que permiten la existencia de tratados anteriores compatibles, como lo regula el artículo 311.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
6. Las que prometen la derogación en acuerdos futuros de los tratados anteriores, también llamado *pactum contraendo*, mencionado en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea.

Para Pauwelyn, aunque la inserción de una cláusula de conflicto no necesariamente implica la existencia de un conflicto, se presume que si los Estados insertan dicha cláusula ellos deben, al menos, haber considerado que existe un riesgo para que surja un conflicto.¹⁸ Para este autor, los tratados deben tener una coordinación *ex ante*, es decir, deben prevenir el conflicto antes que remediarlo y la forma de hacer esto es mediante una redacción más clara de los tratados, o bien, negociando nuevos tratados teniendo a los otros tratados en mente.¹⁹ Para estos conflictos, dice Pauwelyn, existen algunas alternativas *ex ante*, como:

- a) Dejar la elección del foro al quejoso. Esta opción seguramente haría que el quejoso prefiriera en la mayoría de los casos a la OMC por encima de cualquier acuerdo regional, lo que sería conveniente si lo que se busca es “multilateralizar el regionalismo”.²⁰
- b) Obligar al quejoso a someter su controversia ante la OMC. El Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y la Unión Europea, en su artículo 189.4 (c) dispone que, a menos que las partes dispongan otra cosa, cuando una Parte se sienta vulnerada en sus derechos, mismos que sean en sustancia, equivalentes a una obligación de la OMC, tendrá que recurrirse a la OMC.
- c) Obligar al quejoso a someterse al procedimiento del Acuerdo Comercial Regional. Así se dispone en el artículo 2005.4 del TLCAN, que se refiere a que cuando una controversia sea, por ejemplo, sobre salvaguardas, la parte reclamada tiene el derecho de insistir que la disputa sea llevada ante el TLCAN.

¹⁸ PAUWELYN, Joost, *Conflict of Norms*, op. cit., p. 199.

¹⁹ *Ibidem*, p. 237.

²⁰ PAUWELYN, Joost, *Legal Avenues to “Multilateralizing Regionalism”*. *Beyond Article XXIV*, consultado en: http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/con_sep07_e/pauwelyn_e.pdf

La propuesta para ampliar el mandato de los grupos especiales y del órgano de apelación de la OMC, de manera que los paneles pudieran resolver controversias relativas a la interpretación y aplicación de Acuerdos Comerciales Regionales, es cada vez más recurrente, aunque presenta algunas limitaciones. Con ello se podrían resolver muchos conflictos, aunque los Acuerdos Regionales tendrían que ceder sus atribuciones a la OMC. Con el amplio número de acuerdos regionales y preferenciales vigentes, la labor se antoja difícil.

Una propuesta a la inversa sería mucho más complicada, es decir, que los acuerdos regionales pudieran resolver controversias derivadas de la interpretación y aplicación de los acuerdos de la OMC. Sería prácticamente imposible por muchas razones, como la poca capacidad de los diferentes foros regionales para conocer a fondo los acuerdos de la OMC; la ausencia de unificación de criterios de todos los foros regionales; ello sería como desvirtuar irremediamente el mecanismo de la OMC, a la fecha, el mecanismo más exitoso para resolver controversias.

Para ampliar el mandato de los grupos especiales de la OMC, el Entendimiento de Solución de Diferencias tiene una objeción infranqueable. El párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento dispone que: “el sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los miembros reconocen que ese sistema 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 con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”.

Quienes han dedicado tiempo a analizar y discutir esta propuesta consideran que la modificación del mandato de los grupos especiales para dotarlos de atribuciones para revisar controversias derivadas de Acuerdos Comerciales Regionales, significa irremediamente un aumento o reducción de las obligaciones de los miembros de la OMC. Para modificar esta situación, sería necesario el consenso de los 158 miembros de la OMC²¹ en el marco de una conferencia ministerial.

²¹ El miembro que ingresó en fecha más reciente fue la República Democrática Popular de Laos, el 2 de febrero de 2013.

VII. CONCLUSIONES

Un Derecho público internacional fragmentado representa un reto muy importante para quienes opinan que debe de haber una revolución ideológica en torno al concepto de Derecho internacional público. La idea de mantener el *status quo* para defender al Derecho internacional como se ha mantenido por muchos años no es ya sostenible.

El Derecho internacional comercial está luchando por lograr su independencia del Derecho internacional general (aunque Dupuy²² considera esto como una ilusión), cada día hay más teóricos de este Derecho, más normas jurídicas, principios generales y específicos, decisiones de tribunales, no sólo multilaterales sino regionales, y cada vez se amplía más su ámbito de competencia, ya que casi todo tiene repercusiones comerciales.

La multiplicación de foros, para algunos, mejora la eficiencia del sistema multilateral ya que contribuye a la implementación de obligaciones y a generar un sistema más refinado y preciso de interpretación de normas. Además, la multiplicación amplía el alcance de la administración de justicia internacional, hacia una evolución del sistema internacional.

Algunos internacionalistas opinan que debiera fortalecerse nuevamente el papel de la Corte Internacional de Justicia como órgano uniformador y garante de los derechos internacionales en general, incluidos los económicos, los derechos humanos, los derechos del mar, los derechos medioambientales, entre otros. Para ello, se ha propuesto fortalecer a la institución multilateral por excelencia, que en los últimos años ha dejado de tener la influencia de antaño.

Sin embargo, también hay quien opina que tanto la ONU como la Corte Internacional de Justicia están en franca decadencia; la OMC, por el contrario, se encuentra en su mejor momento histórico como garante de la justicia comercial internacional, ya que cada vez aumenta más su ámbito de competencia y, con ello, aumenta también la jurisdicción del órgano de solución de diferencias. La presencia de la OMC va en ascenso todavía, lo que complica todavía más la propuesta de fortalecer a la Corte Internacional de Justicia.

El Derecho internacional comercial enfrenta actualmente su momento más decisivo para actualizarse, de lo contrario corre el riesgo de colapsarse. La OMC enfrenta hoy una crisis que ha ido creciendo, en tanto no se resuelvan las negociaciones de Doha no podrán tomarse nuevas decisiones relevantes en

²² Ver nota 16, *infra*.

el nivel multilateral. Por su parte, los acuerdos regionales y preferenciales no sólo no contribuyen a solucionar este problema, sino que seguirán minando al sistema multilateral en su búsqueda de reconocimiento.

Resulta fundamental que se tome en serio la propuesta de crear reglas para uniformar los criterios normativos en el comercio internacional, al mismo tiempo que los tribunales internacionales de comercio deben de hacer a un lado su natural egoísmo disfrazado de “jurisdicción”, para comenzar reconociendo la existencia y validez de otros tribunales y de decisiones que pueden llegar a impactar en la jurisdicción de otros tribunales.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

DAMROSCH, Lori, HENKIN, Louis, CRAWFORD PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar y SMIT, Hans, *International Law. Cases and Materials*, 4º ed., EUA, West Group, 2001.

DUPUY, Pierre-Marie, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*. Consultado en: www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Dupuy.pdf

Fragmentación del Derecho internacional. Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, 58º Periodo de Sesiones, mayo-agosto de 2006.

GOODE, Walter, *Dictionary of Policy Terms*, 4ª ed., Reino Unido, World Trade Organization-Centre for International Economic Studies and Cambridge University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen, *La Constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012.

HILLMAN, Jennifer, "Conflicts between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO. What should we do?", en *Cornell International Law Journal*, EUA, Cornell University, 2009.

PAUWELYN, Joost, "Conflict of Norms in Public International Law", en *How WTO Law relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2006.

PAUWELYN, Joost, *Legal Avenues to "Multilateralizing Regionalism"*. *Beyond Article XXIV*. Consultado en: http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/con_sep07_e/pauwelyn_e.pdf

RAMADAN HASSANIEN, Mohamed, "Bilateralism and Multilateralism: Can Public International Law Reconcile Between Them? Real Options for Further Developments in WTO Jurisprudence", en *Asper Review of International Business and Trade Law*, EUA, vol. 8, núm. 51, 2008,

SUTHERLAND, Peter, *The bilateral threat to free trade*. Consultado en: www.WorldTradeLaw.net; y www.livemint.com/Opinion/Lle8W9ZDJE-VJY60cp7aGsK/The-bilateral-threat-to-free-trade.html?facet=print.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, México, Gernika, t. I, 1994.