

**EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC:  
ESTRUCTURA Y FUNCIÓN EN LA PERSPECTIVA DE LOS  
PRIMEROS DIEZ AÑOS <sup>(\*)</sup>**

**GIORGIO SACERDOTI**

Profesor de Derecho Internacional y Derecho Europeo en la Universidad de Bocconi, Milán.  
Maestr en Derecho Comparado por la Universidad de Columbia.  
Miembro del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio.

**SUMARIO:**

I. Del GATT a la OMC.- II. Características básicas del sistema.- III. El papel del sistema dentro de la OMC.- IV. El Órgano de Apelación como órgano judicial.- V. Relaciones entre órganos políticos y judiciales.- VI. Los primeros diez años de actividad.- VII. La reforma del ESD.- VIII. La posición de los partícipes.

**I. DEL GATT A LA OMC**

El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (en adelante la "OMC") presenta un cierto número de características novedosas con respecto a los distintos modelos de justicia internacional existentes al principio del milenio. Diez años después de su establecimiento, vale la pena analizar sus principales características a la luz de un análisis comparativo, estudiar sus fortalezas y debilidades y resaltar aspectos de interés general y su posible evolución.<sup>1</sup>

Recordamos que durante la Ronda Uruguay no se había previsto un sistema de solución de diferencias obligatorio, ni tampoco se había previsto, después de cinco años de negociaciones, en el "texto Dunkel" que estuvo a punto de adoptarse en Bruselas en 1991. Fueron los compromisos de vasto alcance y relacionados entre sí que derivaron del *Acuerdo de Marrakech* por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (el "Acuerdo sobre la OMC") de 1994 y el principio del "todo único" del Acuerdo los que llevaron a las partes a redactar y a adoptar un sistema de solución de diferencias con la intención de que fuera significativamente más fiable que el mecanismo de grupos especiales previsto en el artículo XXIII del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (en adelante el "GATT") de 1947. El objetivo que se buscaba era ante todo de naturaleza económica: asegurar que los compromisos de acceso a los mercados y demás compromisos mutuamente acordados, en particular en temas nuevos como el *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios* (en adelante el "AGCS") y el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (en adelante el "Acuerdo sobre los ADPIC") estuvieran protegidos y no fueran eludidos o evitados sin la posibilidad de sancionar las infracciones de manera eficaz. El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (el "ESD") debió aportar esta disciplina mediante una reforma sustancial del sistema de grupos especiales del GATT, manteniendo al mismo tiempo algunas de sus características tradicionales.

El ESD es uno de los acuerdos anexos al Acuerdo sobre la OMC. A menudo se califica a este Acuerdo de "horizontal", porque es aplicable, si hay una diferencia, a todos los acuerdos sectoriales ("verticales") celebrados en Marrakech, así como al Acuerdo básico por el que se establece la OMC. Como ocurre frecuentemente en las negociaciones diplomáticas, las nuevas características

<sup>(\*)</sup> **ADVOCATUS** agradece a Javier Barrios Kizbat, miembro de la Asociación ADV Editoras por la gestión del presente artículo y a la doctora Isabel Recabarren por la traducción del mismo.

<sup>1</sup> Para un análisis del funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC desde la perspectiva de varios académicos, diplomáticos y otros especialistas, véase Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich & Jan Bohanes (compiladores), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, 2006.

fueron incorporadas desarrollando los procedimientos existentes de los grupos especiales del GATT en lugar de crear un sistema totalmente nuevo. Esto explica por qué, para establecer un sistema obligatorio y vinculante, los negociadores no adoptaron el enfoque que hubiera sido natural para un miembro de la comunidad académica, es decir, el de reemplazar el mecanismo existente por un nuevo tribunal internacional que se sumaría a los muchos órganos de ese tipo que han sido establecidos en los últimos años en la comunidad internacional. En lugar de ello, las partes en las negociaciones decidieron mantener como base el sistema vigente, pero le añadieron tantas características nuevas que lo modificaron de manera tan sustancial que se transformó radicalmente. De hecho, esa forma de proceder, aunque no tan radical, había sido corriente durante los 40 años de existencia del GATT: baste decir que el Acuerdo General ni siquiera menciona los grupos especiales.

El sistema de los grupos especiales, tal como estaba funcionando al término de la Ronda Uruguay en 1994, era el resultado de una práctica recogida en varias decisiones de las Partes Contratantes del GATT. Las Partes Contratantes, que eran competentes para recomendar un "arreglo satisfactorio" de una diferencia al amparo del artículo XXIII, encomendarían a comités de expertos la estimación de los hechos y su evaluación. Recordamos que la diferencia no necesariamente suponía el incumplimiento de una obligación. La diferencia podía surgir de un perjuicio imprevisto resultante de una medida formalmente conforme a derecho adoptada por otra parte, que menoscabara una ventaja que se esperaba del funcionamiento de un acuerdo (reclamación no basada en una infracción), lo que evidencia la predominancia de las preocupaciones comerciales y económicas que la motivaban. En la práctica, los grupos especiales asumieron, desde un principio, la función de evaluar toda medida impugnada desde un punto de vista jurídico, aunque nunca se eliminó formalmente su competencia conciliatoria. En paralelo, las garantías de debido proceso y equidad en el proceso fueron reforzándose a lo largo de los años.

Había varias debilidades en ese mecanismo: en primer lugar, el demandado podía obstaculizar el establecimiento de un grupo especial; en segundo lugar, los integrantes de los grupos expertos no eran especialistas en Derecho y, de hecho, en la composición de esos grupos especiales predominaban los diplomáticos y expertos en comercio. Pero el principal escollo que afectaba el funcionamiento eficaz de todo el mecanismo en lo que respecta a la solución de las diferencias comerciales, era la prescripción según la cual, en consonancia con la práctica del GATT, para adquirir carácter vinculante, el informe de un grupo especial debía ser adoptado por consenso por todas las Partes Contratantes del GATT.

Por consiguiente, y como ocurrió frecuentemente, la oposición de la parte vencida podía impedir la adopción del informe del grupo especial. De manera análoga, no había garantía de que se aplicase, salvo que se recurriera a una retorsión comercial, la cual era difícil poner en práctica. La desconfianza en la verdadera efectividad de los compromisos acordados hizo que los Estados se mostraran reacios a acordar obligaciones de gran alcance durante las negociaciones. Del mismo modo, importantes participantes (especialmente los Estados Unidos) fueron inducidos a adoptar en su legislación comercial la posibilidad de recurrir a medidas unilaterales como instrumento de disuasión, presión y sanción.

## II. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA

La primera característica nueva del sistema de solución de diferencias de la OMC concierne a la función misma del mecanismo, que anteriormente no estaba ni siquiera enunciada.<sup>1</sup> El objetivo fue más allá del de asegurar la solución de algunas diferencias ocasionales; se convirtió en el objetivo

---

<sup>1</sup> Para una reseña general, véase *Mavus!* sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Éditions Yvon Blais, 2004.

de salvaguardar "un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio" (párrafo 2 del artículo 3 del ESD). Esta función explica la evolución hacia la legalización o "jurisdiccionalización" del sistema de solución de diferencias que es, a su vez, el reflejo del salto cualitativo dado entre el GATT y la OMC: el apartamiento de un marco parcial, incompleto, multilateral pero no organizado, esencialmente "basado en la fuerza", apoyado solo en negociaciones, hacia una organización "basada en normas". En el nuevo sistema, las garantías de procedimiento y un mecanismo de aplicación de las recomendaciones y resoluciones para asegurar el cumplimiento de las normas representan un complemento necesario de las disposiciones sustantivas acordadas.

Tal enfoque tiene dos aspectos. En primer lugar, ahora queda claro que los órganos especializados en la solución de diferencias (los grupos especiales, el recientemente establecido Órgano de Apelación, así como los árbitros) deben adoptar sus decisiones tomando como base fundamentos jurídicos. Las disposiciones jurídicas aplicables deben interpretarse con arreglo a "las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional Público" (párrafo 2 del artículo 3 del ESD). En la práctica, los órganos de solución de diferencias han aplicado los principios de interpretación previstos en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969. Por lo tanto, es claro que la OMC no es un "sistema de derecho blando" sujeto a discrecionalidad unilateral y a ajustes negociados en caso de incumplimiento por parte de los Miembros. El Derecho Internacional general, y no la conveniencia económica o política, es el que guía la solución de diferencias y dentro de cuyo marco funcionan la nueva Organización y sus normas. La OMC puede ser considerada, por lo tanto, como un "subsistema" o "régimen" especializado dentro de la comunidad internacional, aunque caracterizado por ciertos elementos particulares (como los relativos a las consecuencias de los actos ilícitos). Esto no significa que funcione fuera del orden jurídico internacional; específicamente no actúa "aislado clínicamente del Derecho Internacional".<sup>3</sup>

El nuevo enfoque está reflejado en todas las etapas del nuevo marco. Por una parte, se han conservado los grupos especiales *ad hoc* (que tienen jurisdicción tanto respecto de los hechos como del Derecho y comúnmente no están integrados por abogados), de modo que se mantiene el riesgo de decisiones contradictorias no basadas necesariamente en un razonamiento jurídico preciso. Por otra parte, se introdujo el examen en apelación, realizado por un órgano permanente dotado de casi todas las características típicas de un tribunal internacional. Esta es una innovación notable, dado que una instancia de apelación es aún excepcional en las diferencias entre estados. De hecho el examen en apelación es casi contrario a la naturaleza arbitral (justicia *ad hoc* basada en un acuerdo arbitral entre las partes en la diferencia) que caracteriza la mayoría de los litigios entre Estados que se presentan a los órganos de solución de diferencias. La limitada jurisdicción de los tribunales permanentes explica la ausencia de una segunda instancia también respecto de esos tribunales.<sup>4</sup> La apelación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y ante tribunales penales internacionales no es pertinente como precedente pues ellos persiguen un objetivo diferente, que es el de garantizar los derechos individuales.

El fortalecimiento del brazo jurisdiccional ha sido acompañado (o equilibrado) con un papel más preponderante, en lo que respecta a la solución de diferencias, para los órganos políticos de la Organización que representan la expresión directa de la voluntad colectiva de los Estados Miembros en una "organización dirigida por sus Miembros", como frecuentemente se describe a la OMC. Eso

<sup>3</sup> Esta expresión, que desde entonces se ha vuelto famosa, fue utilizada en el primer informe del Órgano de Apelación, en la diferencia *Estados Unidos - Gasolina*, p. 20.

<sup>4</sup> He desarrollado algunas consideraciones de carácter general a este respecto en mi artículo *Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review*. En PETERSMANN, Ernst-Ulrich (compilador), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer, The Hague, 1997, pp. 245 y ss.

explica, en parte, la decisión de que las medidas adoptadas por los órganos de solución de diferencias no deben traducirse en sentencias vinculantes per se. Se trata más bien de recomendaciones, por lo menos formalmente, dirigidas a las partes en la diferencia a través del Órgano de Solución de Diferencias, que es el consejo plenario en el que los Miembros ejercen funciones colectivas de iniciativa y de adopción de decisiones, así como de seguimiento y vigilancia de la aplicación de los informes de los órganos resolutorios. De esta manera, los Miembros han mantenido las funciones previamente encomendadas a las Partes Contratantes del GATT colectivamente, dada la ausencia de un marco organizativo en esa institución.

En mi opinión, lo que los observadores jurídicos consideran por lo general una debilidad, es decir, que las constataciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación que establecen si ha habido un incumplimiento de una obligación de la OMC carecen formalmente de efectos vinculantes, debería ser considerada más bien como una ventaja del nuevo sistema. Desde un punto de vista formal, las decisiones que establecen que se ha cometido una infracción y que exigen una reparación y el cumplimiento de una obligación de la que se ha hecho caso omiso son simples recomendaciones, aunque se derivan en última instancia del órgano político, a saber, el Órgano de Solución de Diferencias. En consecuencia, no se deja solo al brazo judicial frente a la tarea de emitir un fallo. El riesgo de hacer frente al incumplimiento de las constataciones no recae solamente sobre este brazo. Es más bien el órgano político de la OMC, y por ende la totalidad de los Miembros, el que se convierte en la fuente de la decisión y quien la toma mediante la adopción del informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación. Por consiguiente, es el órgano político el que exige al Miembro afectado la aplicación de las recomendaciones y resoluciones, y el que, en último término, autoriza la retorsión como sanción si la diferencia no ha sido resuelta de conformidad con las normas, básicamente mediante el pronto cumplimiento (párrafo 1 del artículo 21 del ESD).

Es así como el público en general percibe el tema, tal como se evidencia cuando se leen los artículos de prensa dedicados a las cuestiones relacionadas con la OMC. Cuando se refiere a la Corte Internacional de Justicia o al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la prensa indica que uno u otro tribunal ha "establecido", "decidido" u "ordenado" esto o aquello, según sea el caso. Las cosas se presentan de manera diferente en lo que respecta a la OMC, cuyas decisiones en materia de solución de diferencias están en primera plana con mucha más frecuencia. La prensa atribuye una resolución o una decisión directamente a la Organización; es la OMC la que ha "decidido", "exigido" u "ordenado" esto o aquello, según sea el caso. Solo si se lee la "letra menuda" se entera uno de que ha sido un "grupo especial" o un "grupo especial de apelación" (sic), ocasionalmente "el más alto tribunal de la OMC", el que ha decidido de una u otra manera, y ello aun antes de la adopción del informe por parte del OSD (lo que se da por sentado, y que de facto es correcto).

Poner el peso de todos los Miembros detrás de una decisión que resuelve una diferencia induce a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones al hacer más difícil para cualquiera de las partes, que debe hacer frente al conjunto de los Miembros y no solo a la parte contraria en la diferencia, asumir las consecuencias políticas de la falta de implementación. Dicho de otra manera, todos los Miembros están políticamente comprometidos para evitar la no aplicación de una decisión conforme a la cual se ha establecido debidamente la existencia de una infracción por parte de cualquiera de ellos, es decir, de manera independiente, imparcial, objetiva y basándose en las normas. De manera más general, el sistema tiene por objeto prevenir la pérdida de confianza en la reputación de la Organización que, de otro modo, resultaría en perjuicio de todos los Miembros.

En esencia, sin embargo, el papel del órgano político equivale a una especie de reconocimiento notarial (mediante "adopción automática") de una decisión que de hecho se delega en el brazo judicial y que es adoptado por este. Los negociadores previeron este mecanismo para asegurar que el oportunismo político y las preocupaciones sobre el equilibrio del poder no perjudicaran la resolución

imparcial de una diferencia y la obligación de cumplir, como ocurría en el GATT. Esto último se basa en último término en el deber de respetar las obligaciones del tratado contraídas al convertirse en Miembro de la OMC. Con este fin, los negociadores optaron por la norma del "consenso negativo" para las principales decisiones del OSD: los informes y las constataciones son automáticamente adoptados y confirmados por el OSD, "salvo que el OSD decida, por consenso, no adoptar el informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación" (párrafo 4 del artículo 16 y párrafo 14 del artículo 17 del ESD).

Con esto no se pasa por alto la dimensión política, más bien al contrario. Su importancia se vuelve manifiesta cuando el OSD vigila la aplicación de las recomendaciones y resoluciones. Incumbe a este órgano autorizar contramedidas, normalmente definidas como sanciones o medidas de retorsión (comerciales), consistentes en la suspensión o retiro de concesiones arancelarias u otras concesiones. Estas no son definitivas ni son un objetivo en sí mismas, sino más bien un medio para lograr un fin: asegurar el cumplimiento (párrafo 1 del artículo 21 y párrafo 8 del artículo 22 del ESD) mediante el recurso a la presión multilateral, y evitar de este modo que los Estados recurran a la retorsión unilateral, lo que está expresamente prohibido.

Las consideraciones políticas también afectan al sistema en la dirección contraria. De hecho, en la etapa de aplicación de las recomendaciones y resoluciones, el ESD toma en consideración la carga económica, política y burocrática que deben afrontar los estados cuando deben emprender cambios legislativos o administrativos para cumplir. Varias características del proceso de aplicación de las recomendaciones y resoluciones tienden a ayudar a los estados en esta tarea. En primer lugar, en vez de aplicar las recomendaciones y resoluciones, se admite la "compensación voluntaria" de conformidad con el párrafo 1 del artículo 22 (del ESD), aunque como una "medida temporal"; tal compensación puede ser acordada bilateralmente de manera que satisfaga al reclamante.<sup>3</sup> Ante todo, se prevé un "plazo prudencial" para cumplir, un periodo que puede durar hasta 15 meses o incluso más, a partir de la fecha de adopción del informe (párrafo 3 del artículo 21 del ESD). Esta es una desviación notable del principio general de Derecho Internacional según el cual un estado debe reparar el incumplimiento de una obligación jurídica *ex tunc* y no solamente *ex nunc* (es decir, no simplemente hacia el futuro). Además, la duración de la etapa para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones, al contrario de la inusual rapidez del procedimiento para un litigio internacional (no es raro un periodo de dos años y medio aproximadamente desde el establecimiento del grupo especial hasta la adopción del informe del Órgano de Apelación), tiende a compensar la resistencia del estado demandando. Esto limita la eficacia del mecanismo, especialmente cuando lo que se impugna son medidas temporales de protección, como las medidas antidumping y de salvaguarda.

No obstante estas deficiencias, esta solución es preferible a las disposiciones anteriores del GATT, con respecto a las cuales representa un avance significativo. Representa también un intento más eficiente de asegurar el respeto de las obligaciones aceptadas que en otros contextos internacionales, donde el hecho de que la parte vencida haga caso omiso de resoluciones vinculantes adversas, judiciales o de otra naturaleza, no es sancionado de manera alguna.

<sup>3</sup> En cuanto a la importancia sistémica de ese deber fundamental de cumplir las recomendaciones o resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias, aun cuando en el ESD no se enuncia ninguna obligación formal a este respecto, véanse los dos comentarios editoriales de JACKSON, John H., *The WTO Dispute Settlement Understanding - A Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation?* (1997) *American Journal of International Law* 91, 60 a 64, p. 60; JACKSON, John H., *International Law Status of WTO Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy Out'?* 2004 *American Journal of International Law* 98, 109 a 123, p. 109. Para un punto de vista económico, véase HONKMAN, Bernard & KOSTECKI, Michel, *The Political Economy of the World Trading System*, Segunda edición, Oxford, 2001.

### III. EL PAPEL DEL SISTEMA DENTRO DE LA OMC

Teniendo en cuenta todos los factores, pareciera que esta flexibilidad en la etapa de aplicación de las recomendaciones y resoluciones representa de alguna manera el *pendant* de las estrictas obligaciones aceptadas por los Miembros de la OMC para asegurar el cumplimiento efectivo de los acuerdos multilaterales de comercio. Estas obligaciones implican someterse a procedimientos obligatorios que resultan en decisiones vinculantes, sin excepción alguna, a iniciativa unilateral de cualquier Miembro que alegue que los derechos que le corresponden en virtud del tratado han sido infringidos o que ha sufrido "anulación y menoscabo" de las ventajas resultantes para él del tratado. Esta es una novedad importante en los regímenes internacionales: un sistema jurisdiccional que de facto es obligatorio y, además, aplicable a un amplio conjunto de acuerdos y a muy diversas relaciones que abarcan el conjunto del sistema multilateral de comercio, las mercancías, los servicios y los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

Las ventajas son evidentes para los Miembros de la OMC en general y específicamente para todos aquellos países que carecen de elementos de negociación para proteger su interés en una diferencia comercial. Las obligaciones que se derivan del sistema, por otra parte, en ocasiones han provocado críticas hacia los llamados "jueces extranjeros sin rostro" que deciden cuestiones comerciales en Ginebra. Debe subrayarse, sin embargo, que los órganos efectivamente encargados de decidir casos, es decir, los grupos especiales y el Órgano de Apelación, están sujetos a límites claramente establecidos respecto de la materia objeto de la diferencia, el tipo de resoluciones que pueden emitir y las normas de examen que deben aplicarse a las medidas nacionales.<sup>6</sup>

También se expresan preocupaciones sobre la responsabilidad, la legitimidad y la democracia de la OMC desde círculos muy variados, a saber, los movimientos contrarios a la globalización y los movimientos ambientalistas. Los críticos de la omnipresencia de la reglamentación del comercio internacional se quejan de que esa reglamentación es excesivamente liberal y no toma debidamente en cuenta la protección de intereses no comerciales, que a menudo se caracterizan por una dimensión nacional. Son comunes las críticas a la OMC como una Organización que parece imponer decisiones burocráticas y no transparentes a los parlamentos nacionales, que por ello supuestamente son "privados de su soberanía". Estas críticas tienden a pasar por alto el hecho de que la OMC, como tal, no es la que legisla, sino que cualquier reglamentación es el resultado de acuerdos intergubernamentales debidamente aceptados por los parlamentos nacionales. También se tienden a minimizar los beneficios que pueden aportar a la lucha contra la pobreza, la liberalización, la no discriminación entre productos y servicios nacionales y extranjeros, y entre estos últimos independientemente de su origen, así como la apertura equilibrada de los mercados que tenga en cuenta el trato especial y diferenciado solicitado por los países menos adelantados.<sup>7</sup>

La falta de comunicación y la frustración que a veces caracteriza lo que debería ser un diálogo abierto y de buena fe entre diferentes puntos de vista, refleja los problemas inherentes a la gestión de sistemas complejos en el entorno mundial actual. Esto requiere la adopción de decisiones en el ámbito multilateral o regional; este proceso hace difícil involucrar efectivamente a la opinión pública y a los representantes de los ciudadanos de todas las naciones, aunque son ellos los que en última instancia aprovecharán las ventajas y sufrirán el peso de esas decisiones. La cuestión de otorgar un papel adecuado a la política, a la participación democrática y la responsabilidad (que incluye una dimensión esencialmente nacional), tanto en el caso de los pequeños como de los grandes actores<sup>8</sup>,

<sup>6</sup> En lo que respecta al último punto, que merece mucha atención pero que no tratamos aquí, véase OESCH *Methods, Standards of Review in the WTO Dispute Settlement*, Oxford 2003.

<sup>7</sup> BAGWATI, *Jedah, In Defence of Globalisation*, Oxford 2003; STIGLITZ, Joseph, *Globalisation and Its Discontents*, Penguin, Nueva York, 2004.

<sup>8</sup> A ese respecto, véase HOWSE, Robert, *The Legitimacy of the WTO*. En: COICAUD, Jean-Marc & HEISANEN Veijo (compiladores), *The Legitimacy of International Organizations*, UN University, Tokio, 2001.

supone un desafío. Como indican los recientes referéndum negativos contra el Tratado Constitucional en Francia y los Países Bajos en 2005, ni siquiera la Unión Europea, después de 50 años de existencia, ha podido resolver este dilema, a pesar del papel de un Parlamento Europeo elegido por sufragio.

En la OMC, para legitimar la aplicación de una determinada obligación y vencer la resistencia al cumplimiento por parte de un Miembro individual, se eligió una opción novedosa: la de encomendar la determinación de la obligación a un procedimiento opcional pero vinculante de solución de diferencias. El resultado de los procedimientos es, en esencia, una declaración resolutoria que no es automáticamente exigible, sino que se aplica mediante un proceso multilateral flexible de vigilancia de su cumplimiento. Como se subrayó antes, se permite alguna flexibilidad en lo que respecta al cumplimiento, pero con el objetivo de asegurar el cumplimiento en un plazo prudencial, preservando así los derechos e intereses de todos los Miembros. La adopción automática de los informes mediante consenso negativo de todos los Miembros evita interferencias políticas con el resultado, como ocurriría si se permitiera la aprobación mediante voto mayoritario, lo que implica alianzas variables y compromisos políticos.<sup>9</sup> En ese contexto, los informes no serían más que opiniones consultivas que se adoptarían solo si estuvieran respaldadas por un consenso general, como era el caso en el GATT.

Es importante hacer hincapié en que es a los gobiernos de los Miembros que corresponde tomar las decisiones políticas en las negociaciones, sujetas a debate democrático y a control parlamentario en sus respectivos países.<sup>10</sup> Los órganos judiciales internacionales y otros similares están encargados de interpretar las normas existentes, no de establecer nuevas normas. El ESD pone claramente en evidencia la intención de limitar y definir la función exacta del sistema de solución de diferencias. En primer lugar, aunque las diferencias son decididas por órganos independientes e imparciales mediante la aplicación de las normas de la OMC, estos órganos no han sido definidos como órganos judiciales, aunque esta sea en realidad su función. En segundo lugar, el ESD expresa que las "recomendaciones, resoluciones y constataciones" formuladas por el OSD, los grupos especiales o el Órgano de Apelación "no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y las obligaciones establecidas en los acuerdos abarcados" (párrafo 2 del artículo 3 y párrafo 2 del artículo 19 del ESD).

La política también mantuvo para sí la competencia de influir en la interpretación de los acuerdos, que puede discrepar de la que se ha dado en una diferencia determinada, que solo es vinculante para el caso en cuestión. El párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC dispone que el Consejo General puede adoptar "interpretaciones autorizadas" de cualquiera de los Acuerdos de la OMC y no necesariamente por consenso, dado que una mayoría de tres cuartos es suficiente. Esta interpretación, a la que hasta ahora nunca se ha recurrido, es una interpretación auténtica que podría incluso conllevar la modificación de una disposición existente. Como tal, tendría que ser seguida en la solución de toda diferencia futura (párrafo 9 del artículo 3 del ESD).

#### IV. EL ÓRGANO DE APELACIÓN COMO ÓRGANO JUDICIAL

Una cuestión pertinente para evaluar el sistema, y también como un posible modelo para mejorar el funcionamiento de otras organizaciones internacionales, es la de si el Órgano de Apelación puede ser caracterizado adecuadamente como un tribunal internacional no obstante las peculiaridades antes mencionadas, sobre todo la falta de fuerza vinculante de sus constataciones.

<sup>9</sup> Como ha sido alegado por BARFIELD, *Claudia*, *Free Trade, Sovereignty, Democracy: The Future of the WTO*, AEI Press, Washington, 2001, p. 125.

<sup>10</sup> Respecto de opiniones divergentes entre profesionales de las ciencias políticas sobre los papeles respectivos de los estados y la sociedad civil en relación con los derechos de los ciudadanos, la lucha contra la pobreza y las negociaciones comerciales y la reglamentación del comercio, véase ZAKARIA, *Paradise Lost: The Future of Freedom*, Norton, New York, 2003, pp. 245 y 246, y WALZER, *Michael, Politics and Passion*, Yale, 2004, pp. 131 y ss.

Vale la pena resaltar, en primer lugar, las disposiciones fundamentales que rigen los procedimientos que dan lugar a la emisión de los "informes" (y no sentencias) del Órgano de Apelación y de los grupos especiales, que contienen *constataciones jurídicas y conclusiones*. De conformidad con el artículo 19 del ESD ("Recomendaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación"), cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación "lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo". De manera general, la función de los grupos especiales, según la expresión genérica del artículo 11 del ESD (que describe la función de los grupos especiales en el marco del GATT), es "ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben" en virtud del ESD; esto se hace procediendo a una "evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos" y formulando "otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados". Estas recomendaciones y resoluciones tienen por objeto, a su vez, "lograr una solución satisfactoria de la cuestión, de conformidad con los derechos y las obligaciones" dimanantes del ESD y de los acuerdos abarcados (párrafo 4 del artículo 3 del ESD). El OSD adopta los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación dentro de un plazo breve de 60 ó 30 días después de su distribución, salvo que "el OSD decida por consenso no adoptar el informe" (párrafo 4 del artículo 16 y párrafo 14 del artículo 17 del ESD).

En cuanto a los informes del Órgano de Apelación, el párrafo 14 del artículo 17, contiene una disposición adicional interesante: los informes serán "aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia". Al adoptar el informe, el OSD no decide *motu proprio*, sino que hace suya la recomendación incluida en el informe. El contenido de la recomendación del OSD dirigida a las partes en la diferencia, con la que, conforme al artículo 21, deben cumplir con prontitud, es cumplir las recomendaciones del informe.<sup>11</sup>

Examinemos ahora: a) las características esenciales, b) las normas de procedimiento, y c) las funciones del Órgano de Apelación de conformidad con el artículo 17 del ESD.

- a) En lo que respecta a sus características, como la composición, el nombramiento y el mandato de sus miembros, el Órgano de Apelación sigue la pauta de otros tribunales internacionales. Está integrado por personas con "competencia técnica acreditada en derecho, comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general", nombradas a título personal y sin vinculación con ningún gobierno. El OSD los nombra por consenso por un periodo de cuatro años, renovable por una vez, teniendo en cuenta que la composición sea representativa, en términos generales, de la composición de la OMC, como es usual en estos órganos internacionales.

Con esto se asegura la independencia, la imparcialidad y la competencia; se exige la abstención en caso de conflicto de intereses. Estos son requisitos esenciales y normales que deben cumplir los miembros de un órgano judicial. Además, el órgano es permanente, aunque basándose en un supuesto inicial de una carga de trabajo limitada, los nombramientos son a tiempo parcial (una característica que no es infrecuente en los tribunales internacionales).

Algunas características específicas del Órgano de Apelación no son compartidas por otros tribunales internacionales. Aparte de la inusual brevedad del mandato, es sorprendente encontrar un número tan reducido de miembros (siete) en comparación con cierta abundancia de jueces que componen la mayoría de los tribunales internacionales, a pesar de la jurisdicción

<sup>11</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar párrafo 334: una vez adoptada, la recomendación del grupo especial "se convertirá en una recomendación o resolución del OSD". Véase también, MITSUJO MATSUSHITA, Thomas; J. SCH-ROENBAUM, Petros Mavroidis, *The WTO. Law, Practice and Policy*. Oxford, 2003, p. 25.

restringida y la carga de trabajo mucho menor de estos otros tribunales. Esta estructura aumenta el papel de cada uno de los miembros en cuanto a compartir la responsabilidad de cada decisión, aunque al mismo tiempo se garantiza la colegialidad: tres miembros, elegidos en forma aleatoria y por rotación, integran la sección que decide un asunto específico, pero en toda apelación tiene lugar un intercambio de opiniones entre todos los miembros antes de formular una decisión. Otra característica importante es que la nacionalidad de los miembros carece de importancia por lo que respecta a la composición de cada sección, independientemente del Miembro que sea parte en la diferencia.

A diferencia de algunos otros tribunales que funcionan dentro de organizaciones internacionales, no existe una separación logística entre la OMC y los órganos resolutorios: los grupos especiales y el Órgano de Apelación están ubicados en el edificio de la OMC. Los grupos especiales cuentan con la División de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la OMC a efectos del apoyo jurídico y administrativo, mientras que el Órgano de Apelación cuenta con su propio personal, distinto del resto de la Secretaría de la OMC. Por consiguiente, en el ámbito de la apelación queda asegurada la independencia funcional con respecto a la organización.<sup>12</sup>

- b) En cuanto al procedimiento, los procedimientos contradictorios y el debido proceso, típicos de la jurisdicción internacional, son una característica esencial de los procedimientos sustanciados tanto ante los grupos especiales como ante el Órgano de Apelación.

Vale la pena recordar algunas características específicas de estos procedimientos. La extrema rapidez del procedimiento ante el Órgano de Apelación (60 días, un período que puede ampliarse, y de hecho siempre se amplía, a 90 días) impone varias limitaciones tales como: plazos uniformes breves para la presentación de las comunicaciones de las partes; no más de una audiencia; poco margen para excepciones de procedimiento. A diferencia de la práctica predominante en los tribunales internacionales, tanto los procedimientos del grupo especial (esencialmente de carácter arbitral) como los que se sustancian ante el Órgano de Apelación son confidenciales: los escritos, documentos y audiencias no son públicos, aunque algunos Estados están promoviendo mayor transparencia. En todo caso, la publicidad no parece ser un requisito de la jurisdicción internacional; de hecho la confidencialidad es típica del arbitraje.<sup>13</sup> Esta característica apunta al origen diplomático-arbitral del sistema de solución de diferencias del GATT, ello da lugar a cierta informalidad en las audiencias al tiempo que respeta plenamente el debido proceso.

La historia del asunto, la materia objeto de la diferencia y los argumentos de las partes se recogen en las decisiones, que contienen un amplio razonamiento (exposición de los motivos). En uno de sus primeros casos, el Órgano de Apelación solucionó una cuestión controvertida aceptando que abogados privados representaran a los gobiernos y litigaran en nombre de cualquiera de las partes.<sup>14</sup> Desde entonces esto es una práctica común. Por consiguiente, se hace posible la "igualdad de armas" en el derecho de defensa, especialmente para aquellos estados menos dotados de recursos jurídicos internos. Además, para los litigios en la OMC, los países en desarrollo pueden beneficiarse de los servicios del Centro de Asesoría Legal, establecido en 1999 como una organización separada y financiada por contribuciones voluntarias.

<sup>12</sup> Véase en general, CHARNOWITZ, Steve, *Judicial independence in the WTO*. En: BOISSON, Laurence; ROMANO, Cesare; MACKENZIE, Ruth (compiladoras) *International Disputations and International Dispute Settlements: Trends and Prospects*. Transnational Publishers, New York 2002, 219 a 240, p. 219.

<sup>13</sup> En septiembre de 2005, por primera vez, un grupo especial decidió, en respuesta a una solicitud de las partes (Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos), abrir sus audiencias a la observación del público mediante circuito cerrado de televisión en los casos *Canada/Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormones*.

<sup>14</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE-Canadá III*, párrafos 5 a 10.

Los procedimientos se caracterizan por una original mezcla de bilateralismo y multilateralismo. En sentido estricto, las partes en la diferencia son los respectivos Miembros de la OMC. Es decir, por un lado el estado o los estados que alegan, como reclamantes, el incumplimiento de una obligación o la violación de una norma que tiene un impacto negativo en sus intereses con arreglo a alguno de los acuerdos abarcados (que son los anexos al *Acuerdo sobre la OMC*). Por otro lado, el Estado demandado, cuya conducta, o más específicamente, cuyas medidas se impugnan por considerarse que infringen esas normas e incumplen esas obligaciones. Cualquier otro Miembro de la OMC que alegue que tiene un interés en el resultado de la diferencia puede participar en el procedimiento, siempre y cuando ese Miembro se una a los procedimientos en la etapa inicial del grupo especial. Si bien los derechos de los terceros están limitados, estos pueden no obstante formular plenamente sus argumentos jurídicos. La razón es que cualquier decisión puede afectar la interpretación y aplicación de esos acuerdos con respecto a todos los Miembros. La intervención de los terceros desempeña un papel que puede compararse más con el que juegan los Estados miembros de las Comunidades Europeas que no son parte en una diferencia cuando intervienen ante el Tribunal de Justicia, en Luxemburgo, que con las intervenciones de terceras partes ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante la CIJ) (donde un interés directo en el resultado es un requisito previo).

- c) La función encomendada a los grupos especiales y al Órgano de Apelación es, sin lugar a dudas, la de juzgar. La tarea de estos órganos es la de resolver una diferencia entre Miembros de la OMC evaluando la conformidad de las medidas, o de manera más general, la conducta del demandado, que, según alegó el reclamante, incumple frente a este una obligación jurídica dimanante de un tratado. Satisfacer esta tarea exige hacer una evaluación objetiva de los hechos (reservada a los grupos especiales) y debe basarse en el Derecho Internacional.

En otras palabras, la materia objeto de una diferencia es la alegación de un Miembro de que otro Miembro no está cumpliendo una obligación de la OMC, es decir, que se ha producido, o que no se ha producido, una infracción de una norma de Derecho Internacional. Tal diferencia se resuelve de conformidad con el Derecho Internacional. El procedimiento litigioso trata, por tanto, de cuestiones de legalidad internacional (*contentieux de légalité*) y no pretende evaluar daños y perjuicios ni otorgar una indemnización (como sucede en el contexto del arbitraje sobre inversiones en el CIADI). Se resuelve mediante la emisión de lo que en esencia es una resolución declarativa, característica de los tribunales internacionales, que determina cuál de las partes tiene razón y cuál está equivocada. La referencia explícita a las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD es fundamental en este respecto: gracias a esta referencia, los grupos especiales y el Órgano de Apelación pueden definirse adecuadamente como tribunales arbitrales y como un tribunal que "crea jurisprudencia" en el sistema internacional, respectivamente. En efecto, la bibliografía jurídica, así como los tribunales internacionales y otras autoridades<sup>18</sup> los consideran como tal, esto es, como una de las fuentes subsidiarias del Derecho Internacional según lo dispuesto en el párrafo 1 d) del artículo 38 del estatuto de la CIJ.

Los grupos especiales y, sobre todo, el Órgano de Apelación, han hecho contribuciones interesantes a los principios de interpretación de los tratados, particularmente articulando sistemáticamente la diferencia entre contexto, práctica ulteriormente seguida y trabajos preparatorios de un tratado y las circunstancias de su celebración, conforme a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. El método del Órgano de Apelación en lo que respecta a la

<sup>18</sup> Comentario de la Comisión de Derecho Internacional sobre el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado, Comentario al artículo 2, nota 76; Comentario al artículo 7, nota 233; Comentario al artículo 20, nota 459; Comentario al artículo 30, nota 814; Comentario al artículo 55, nota 963.

interpretación difiere del que siguen muchos otros tribunales internacionales por la minuciosa atención que se presta a los términos de las disposiciones del tratado y por el recurso metódico y explícito a los criterios de interpretación establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, como la insistencia en la interpretación textual y contextual.<sup>16</sup> Este enfoque metodológico ha sido criticado en el sentido de que se le considera excesivamente limitado. El enfoque prudente del Órgano de Apelación, así como su renuencia a lanzarse a interpretaciones novedosas o teleológicas<sup>17</sup>, puede explicarse en parte por el carácter obligatorio y exclusivo de su jurisdicción.

Estas características novedosas y dominantes del sistema multilateral de comercio de la OMC son desconocidas para la mayoría o para la totalidad de los otros regímenes y organizaciones internacionales. Cuanto más vinculante la jurisdicción *ex ante*, más parece justificarse la prudencia y la moderación del órgano judicial en el uso de los distintos criterios de interpretación de las obligaciones contraídas por los Miembros. La amplia cobertura de los acuerdos multilaterales de comercio, la importancia y la naturaleza variable de las obligaciones en ellos contenidas, así como los distintos intereses que llevan a los Estados a ser Miembros de la OMC, ponen de relieve estas preocupaciones en cuanto a la viabilidad del sistema, que ha de ser "en beneficio de todos los Miembros" (párrafo 1 del artículo 21 del ESD). La ambigüedad que resulta de los compromisos negociados en relación con varias disposiciones –y no solo en lo que respecta a los detalles– y las interpretaciones contradictorias presentadas por las partes en una diferencia ante el Órgano de Apelación muestran que el consenso real en lo que concierne a disposiciones clave puede ser más limitado de lo que parece a primera vista. Además, el ESD no permite a los grupos especiales y al Órgano de Apelación abstenerse de fallar en tales casos recurriendo a una constatación *non liquet* o remitiendo la cuestión a los órganos políticos intergubernamentales (véase el párrafo 12 del artículo 17 del ESD). Este contexto aumenta el riesgo de que el resultado de una diferencia encuentre oposición cuando la metodología de interpretación que respalda la decisión no es considerada en general correcta por los Miembros y los intereses comerciales involucrados, ni tampoco por la comunidad jurídica. La percepción de la legitimidad procesal y metodológica de las decisiones proporciona un importante apoyo para la aceptación por los Miembros, incluida la parte vencida del contenido de esas decisiones.<sup>18</sup>

La manera de determinar las obligaciones jurídicas que derivan de los Acuerdos de la OMC es también un asunto delicado desde un punto de vista más general. Dado que el sistema de solución de diferencias de la OMC no tiene equivalente en otros sectores del Derecho Internacional y de las relaciones internacionales, sectores entre los cuales la interacción

<sup>16</sup> Este método ha sido destacado y justificado por el antiguo Presidente del Órgano de Apelación, véase EHLERMAN, Claus-Dieter, *Reflections on the Appellate Body of the WTO*. EN: *Journal of International Economic Law*, 6 (2003), 695 a 708, p. 699. ("un método de interpretación que hace hincapié en el sentido ordinario de los términos del tratado es más fiel a la intención de las partes del tratado"); BACCHUS, James, *Appellate: the Quest for the Meaning of And/Or* (número 2005), quien describe el método como "liberalista", o en el lenguaje empleado en los Estados Unidos, como "constructivismo estricte". La jurisprudencia del Órgano de Apelación se recoge sistemáticamente en el Repertorio del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos 1995-2004, recopilado por la Secretaría del Órgano de Apelación, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, disponible también en línea en la página web [www.wto.org/appellatebody/](http://www.wto.org/appellatebody/).

<sup>17</sup> Esta tendencia no ha evitado algunas críticas en la dirección opuesta, a saber, que el Órgano de Apelación se ha lanzado al activismo judicial o a legislar por vía judicial (este último es un concepto oscuro para un abogado de la tradición del derecho continental), así como a "colmar lagunas" (es decir, colmar las lagunas dejadas por los negociadores de los acuerdos pertinentes). Sobre el rechazo a esta crítica véase, desde una perspectiva política, HOWSE, Robert & ESSERMAN, Susan, *The WTO as Third, 2003 Foreign Affairs*, 130 a 140, p. 130, y desde una perspectiva jurídica, STEINBERG, Richard, *Judicial Lawmaking at the WTO: Discourse, Constitutional and Political Constraints*. EN: 2004 *American Journal of International Law* 98, pp. 247 y ss.

<sup>18</sup> Los debates que tienen lugar en el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, el OSD) cuando se adoptan los informes, representan una oportunidad importante para los Miembros de expresar sus puntos de vista, tanto en cuanto al resultado específico de la diferencia como acerca de cuestiones sistémicas de carácter general de interpretación y aplicación de las

recíproca es posible y polémica (especialmente en lo concerniente a la protección de las normas laborales y ambientales), el brazo judicial de la OMC puede ser *de facto* llamado a determinar los límites de la jurisdicción de la OMC. Otra línea de demarcación sensible, que la OMC puede ser también llamada a determinar mediante la solución de diferencias, es la que separa las obligaciones multilaterales relacionadas con el comercio de la competencia de los Estados Miembros de reglamentar libremente las necesidades e intereses en su esfera nacional (competencia de reglamentación nacional).

## V. RELACIONES ENTRE ÓRGANOS POLÍTICOS Y JUDICIALES

En resumen, sobresalen las características generales siguientes del sistema de solución de diferencias de la OMC. En el complejo camino que consiste en i) consultas bilaterales, seguidas, si resultan insatisfactorias, por ii) la resolución de la diferencia por un tercero y, finalmente, por iii) la vigilancia multilateral de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones, la etapa de adopción de decisiones confiada a los árbitros y juecos es fundamental. Es, ante todo, una especie de jurisdicción obligatoria: todos los Miembros de la OMC, con respecto a todos los Acuerdos de la OMC, están vinculados por el ESD y sujetos a esos procedimientos. Cualquiera de los Miembros puede iniciar y llevar adelante unilateralmente esos procedimientos.

En segundo lugar, la jurisdicción es exclusiva. Los Miembros no pueden recurrir a otros foros ni evaluar unilateralmente las infracciones de otros Miembros (artículo 23 del ESD). Es, además, un marco multilateral especializado. Los órganos de solución de diferencias interpretan sistemáticamente una serie amplia e importante de acuerdos, un caso singular aparte de acuerdos regionales como el de la Unión Europea y la Convención Europea de Derechos Humanos. El ESD no atribuye el efecto de precedentes vinculantes a las decisiones formuladas anteriormente en apelación sobre la misma materia<sup>16</sup>; tal efecto sería contrario al alcance natural de las decisiones judiciales, es decir, el de decidir el asunto específico sometido a la jurisdicción, y contrario a la práctica de los tribunales internacionales.<sup>17</sup> Sin embargo, de facto, al establecer un Órgano de Apelación permanente encargado de examinar las conclusiones jurídicas de los grupos especiales de primera instancia, las constataciones de este Órgano están destinadas a servir de orientación en casos futuros. El párrafo 2 del artículo 3 del ESD describe el papel general y la función del sistema de solución de diferencias como "esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio" así como "para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados" y por consiguiente el de ayudar a los Miembros de la OMC en la aplicación de las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC, así como en sus relaciones dentro de la OMC de manera más general.

La oración subsiguiente del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, según la cual el recurso a los principios de interpretación del Derecho Internacional debe servir "para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos", amplía, mediante el uso de un término modesto y jurídicamente indefinido como "aclarar", la función de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Es por eso que durante los debates que se celebran en el OSD cuando se adoptan los informes del Órgano de

recomendaciones y resoluciones. El párrafo 4 del artículo 16 y el párrafo 14 del artículo 17 del ESD reconocen expresamente este derecho. Gracias a esta revalorización inmediata, se establece un cierto tipo de "diálogo a distancia" entre los órganos judiciales y los Miembros, aunque las críticas expresadas no afectan la "adopción automática" de los informes. Por consiguiente, en una reunión del OSD de 2005, un Miembro, parte en una diferencia cuyo informe estaba en curso de adopción, señaló que "la reputación ardientemente ganada por el Órgano de Apelación depende, entre otras cosas, de la confianza de los Miembros en que aplicará por igual un razonamiento jurídico detallado a todos los Miembros de manera constante".

<sup>16</sup> Como ha considerado que ya existe de hecho y propugna de derecho Raj Bhala, en *Modern GATT Law*, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 308B.

<sup>17</sup> Además, los grupos especiales y el Órgano de Apelación, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 17 del ESD, no pueden afectar directamente la posición jurídica de los terceros en una diferencia.

Apelación, los representantes de los Miembros frecuentemente apuntan a la "orientación" que "proporcionan" esos informes para la conducta futura de los Miembros en el marco de los distintos Acuerdos. Además, los grupos especiales se basan en la jurisprudencia del Órgano de Apelación y tienden a seguirla. Probablemente esta es una de las razones por las que, en los últimos años, alrededor de una tercera parte de los informes de los grupos especiales no han sido apelados, mientras que inicialmente la apelación era casi automática.

No obstante ello, hay un principio característico ausente de la discusión anterior, una característica que impide definir formalmente a los grupos especiales y al Órgano de Apelación como "tribunales". Esta característica es la ausencia de facultades para resolver diferencias con efecto vinculante para las partes sobre la base de la sola resolución, es decir, la falta de efecto de *res iudicata* de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Estos informes no se definen como sentencias que contienen una decisión, sino como informes que contienen recomendaciones. Sin embargo, en la práctica la *vis rei iudicatae* en realidad resulta de la adopción de los informes por parte del OSD dado que la adopción tiene lugar automáticamente sobre la base de la norma del "consenso negativo" (párrafo 4 del artículo 16 y párrafo 14 del artículo 17 del ESD). Solo por consentimiento unánime de todas las partes, incluidas las partes en la diferencia, podría dejarse de lado un informe.<sup>21</sup> En consecuencia, con arreglo al artículo 21 del ESD, las recomendaciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación de cumplir la obligación infringida, enunciadas en las conclusiones del informe, se convierten en una obligación para las partes en la diferencia, especialmente para la parte vencida. Esto sigue siendo válido aun cuando, hablando literalmente, el OSD emite a su vez una recomendación, a saber, la de cumplir las recomendaciones definitivas del grupo especial o del Órgano de Apelación. Además, recordamos nuevamente que, de conformidad con el párrafo 14 del artículo 17 del ESD, los informes del Órgano de Apelación deben ser "aceptados sin condiciones por las partes (...)".

También el requisito de que tengan carácter definitivo, típico de las resoluciones internacionales, se aplica a los informes de los grupos especiales que no son apelados y al examen en apelación: el OSD no tiene competencia para modificar los informes si bien está facultado a no adoptarlos, ni se puede, conforme a Derecho, volver a presentar la misma diferencia.

El requisito de que los Miembros adopten el fallo formulado en la diferencia entre las partes para que este surta efecto para las partes y para todos los demás Miembros de la OMC, no es incompatible con la teoría general sobre decisiones internacionales vinculantes mediante laudos y decisiones judiciales de terceros. Por el contrario, el punto de vista teórico tradicional, aun válido, es que la autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*) vinculante de estos órganos resolutivos deriva del acuerdo de las partes de confiar la solución vinculante de su diferencia a un mecanismo particular de solución de diferencias (*sea ad hoc* o un tribunal permanente).<sup>22</sup> El fallo crea nuevas obligaciones para las partes, a saber, aquellas incluidas en la decisión, y por ello crea nuevas normas jurídicas entre ellos. Sin embargo, estas normas no pueden crear nuevos derechos y obligaciones para los terceros, ni afectar los derechos y obligaciones existentes. Dado que la sentencia de la OMC afecta a todos los Miembros mediante su participación en el proceso de vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones (incluida particularmente la autorización de adoptar sanciones con efecto multilateral), es más que natural que la decisión bilateral esté sujeta al control o a la aceptación multilateral antes de que sea exigible *erga omnes*. Sin embargo, la decisión emitida se funda en la

<sup>21</sup> Es concebible que esto pudiera suceder a causa de un desacuerdo radical con el razonamiento jurídico y el fundamento de una decisión, o por razones sistémicas, tales como la introducción, mediante ulteriores negociaciones, de normas distintas de las aplicadas en el informe.

<sup>22</sup> Véase especialmente las contribuciones del ya fallecido Juez Morelli de la CIJ: GAETANO MORELLI, *La sentenza internazionale*. Cedam, Padova, 1931; MURELLI, Gaetano, *La teoria generale di processi internazionali*. En: *Recueil des Cours* 1937-III, p. 257 y ss. Véase también, LOUIS DELBEZ, *Les principes généraux de contentieux international*, Paris 1962.

presunción de conformidad con los acuerdos multilaterales y de respeto de los derechos y obligaciones de los terceros. Por ello, habida cuenta de la adopción automática de los informes, sería necesaria la voluntad unánime de todos los Miembros para apartarse de ese informe; por las razones que se acaban de exponer, esta posibilidad no debilita la naturaleza jurídica de la resolución como una decisión vinculante. Podría agregarse que las partes en un litigio internacional son siempre libres de acordar no cumplir la resolución que se ha emitido y solucionar su diferencia de manera diferente. En la OMC, para dejar de lado el informe una vez que se ha emitido sería necesario no solo el consenso de las partes en el litigio, sino, además, el consenso de todos los Miembros.<sup>23</sup>

Pueda concluirse, también a la luz de diez años de práctica, que el OSD no es un órgano resolutorio, o menos aún un órgano judicial, respecto del cual los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación ejercerían solo una función asesora o meramente preparatoria. Más bien, el OSD es un órgano político, esencialmente el Consejo General de la OMC que "simplemente cambia de nombre cuando examina diferencias" investido de competencias específicas que se tornan manifiestas cuando el OSD autoriza (también en forma automática) la iniciación de los procedimientos de un grupo especial, así como en la etapa siguiente de vigilancia multilateral de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones. En relación con la adopción, la función del OSD es simplemente la de conferir, sin ninguna facultad discrecional en cuanto al fondo del asunto, fuerza vinculante formal a las respectivas decisiones emitidas por los grupos especiales y el Órgano de Apelación, que en realidad actúan, por consiguiente, como los órganos judiciales de la OMC.<sup>24</sup> Esta "eficacia en la acción" es parte integrante del análisis jurídico cuando se evalúan las características de una institución internacional, como en este caso la OMC y su sistema de solución de diferencias.

En el marco de la OMC, la probabilidad de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones —una medida de la eficacia del mecanismo para alcanzar los objetivos que se le han asignado— se ve reforzada por la reglamentación detallada de la vigilancia multilateral de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones por parte del OSD. Es importante destacar a este respecto la amplia confianza, prevista por el ESD, en la adopción de decisiones por órganos imparciales a los que se les ha encomendado una función arbitral o resolutoria (árbitros, grupos especiales y el Órgano de Apelación), incluso en diferentes etapas de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones; con esto nos estamos refiriendo a las etapas del procedimiento que se refieren al cumplimiento, es decir, aquellas para evitar la elusión en la aplicación de las recomendaciones y resoluciones o para evitar que la retorsión sea excesiva. El recurso a estos mecanismos ha aumentado en los últimos años.

<sup>23</sup> Las partes en una diferencia pueden acordar bilateralmente "de manera informal" (incluso el "vencedor" puede hacerlo unilateralmente) que el informe no sea adoptado, simplemente no solicitando que su adopción sea inscrita en el orden del día de una reunión del OSD que deba celebrarse en los 30 a 60 días siguientes a la emisión del informe.

Las partes incluso pueden acordar de manera bilateral que, no obstante el hecho de que la parte vencida no haya aplicado plenamente, en el plazo prudencial, un informe adoptado (aunque aún así empelada en hacerlo), la otra parte se abstendrá de solicitar sanciones por el momento. Véanse, por ejemplo, los entendimientos (idénticos en sustancia) acordados a este efecto por las partes (los Estados Unidos y el Japón, así como los Estados Unidos y las Comunidades Europeas, respectivamente) en 2005 en las diferencias Estados Unidos - Acero laminado en caliente y en Estados Unidos - Artículo 211 (véanse WT/DS184/19 de 8 de julio de 2005 y WT/DS176/16 de 1 de julio de 2005, respectivamente).

<sup>24</sup> Los especialistas en la materia comparan en general este punto de vista sobre la "jurisdiccionalización" del sistema, véase BENEDEK, Wolfgang, *Die Welthandels-Organisation*, Beck, Munich, 1998, p. 34; TREBILCOCK, Michael J. & HOWSE, Robert, *The Regulation of International Trade*, Segunda edición, Routledge London, 1999, p. 54; JACKSON, John H. et al., *Legal Problems of International Legal Relations*, West Gr., St. Paul, MN, 2002, p. 247 (citado por William J. Davey); DWILLER, Patrick & PELLET, Alain, *Droit international public*, 56<sup>ème</sup> édition, Paris 2002, p. 918, párrafo 552bis (arbitrage); que ne veut pas dire son non); PICONE, Paolo & LIGUSTRO, Aldo, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 596; CANAL-FORGUES, Eric, *Le règlement des différends à l'OMC*, Segunda edición, Bruxelles, 2004, p. 27.

Por lo tanto, no consideramos que opiniones contrarias prescriban de manera precisa el real funcionamiento del sistema, tales como SANTULLI, Carlo, *Qu'est-ce qu'est une juridiction intercoopérative? Des organes répressifs internationaux à l'ORD (AFDI 2000)*, p. 58; WEISS, Friedl, *Inherent Powers of National and International Courts*, in ORTINO, Federico & PETERSMANN, Ernst-Ulrich (editores), *The WTO Dispute Settlement System (1995-2003)* Kluwer 2004, p. 190 (casos no emiten fallos ni

El ESD prevé tres instancias, que se dejan a discreción de las partes en la diferencia en caso de que estén en desacuerdo sobre cuestiones fundamentales relativas a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones: una instancia para fijar el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones (párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD); otra, para determinar si las medidas adoptadas por la parte vencida para cumplir han eliminado efectivamente el incumplimiento de las obligaciones que le corresponden (párrafo 5 del artículo 21 del ESD), y una tercera para determinar el nivel de sanciones comerciales que equivaldrían al perjuicio causado por la falta de cumplimiento (párrafo 6 del artículo 22 del ESD). Esas características también son novedosas. De hecho, combinan el papel general del órgano político, el OSD –específicamente reglamentado por las disposiciones pertinentes del ESD– con la solución imparcial de otros desacuerdos entre las partes en la diferencia que pueden surgir en relación con la aplicación de las recomendaciones y resoluciones. El recurso a estos procedimientos adicionales contribuye a lograr el objetivo de solucionar, de manera efectiva, la diferencia “(p)ara asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros, es esencial el pronto cumplimiento (...)”, párrafo 1 del artículo 21 del ESD; “(la) aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados”, párrafo 1 del artículo 22 del ESD).

El resultado es que el sistema va incluso más allá de la determinación judicial de los derechos y obligaciones de las partes en la diferencia mediante sentencias declaratorias, como ocurre en la etapa resolutoria. El sistema recurre activamente a la toma de decisiones por parte de terceros, no simplemente respecto de asuntos jurídicos (determinar si se ha cumplido una decisión anterior), sino también para el uso de un cierto poder discrecional equitativo (en lo que concierne al plazo prudencial para cumplir), o para encargarle a estos órganos la determinación de información económica fáctica (nivel de perjuicio y sanciones). También a este respecto, al OSD se le ha encomendado la función de ratificar las decisiones de los órganos resolutorios, en lugar de otorgársele facultades para adoptar una decisión autónoma.<sup>25</sup>

## VI. RELACIONES ENTRE ÓRGANOS POLÍTICOS Y JUDICIALES

Los diez últimos años muestran la vitalidad del sistema de solución de diferencias, tal como se había previsto, así como la posición central que ocupa en la OMC como elemento que permite asegurar el respeto de las normas acordadas.<sup>26</sup> Esta evolución pone de relieve las diferentes funciones y el funcionamiento del “pilar jurídico judicial” (el “poder judicial”) y del “pilar diplomático-de negociación” (el “legislador”).<sup>27</sup> En particular, este último ha sido afectado por confrontaciones político-económicas recurrentes, resaltadas por los fracasos de Seattle y Cancún y por las dificultades encontradas en las negociaciones en curso de la Ronda de Doha para el Desarrollo. Además, la

laudos sino sólo informes consultivos que contienen recomendaciones a los Miembros, pero estos informes son muy influyentes); Dominique Carreau & Patrick Julliard, *Desit international économique*, Segunda edición, Dalloz, Paris, 2005, párrafos 206 y 211, pp. 74 y 79.

<sup>25</sup> Este modelo ha sido utilizado en la decisión de Doha que otorga a las Comunidades Europeas una excepción condicional para su régimen aplicable al banano. Los países no ACP podían recurrir a un arbitraje vinculante si querían impugnar el nivel de acceso a los mercados que les otorgaban las Comunidades Europeas en el marco de su nueva reglamentación en materia de acceso al mercado del banano. El primero de esos arbitrajes tuvo lugar en el verano de 2005 y tenía por objeto determinar si determinadas modificaciones previstas del régimen de importación de bananos de las CE (también) como resultado de mantenerlo, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF (para el laudo de los tres árbitros *ad hoc*, véase CE - ACP/CE Comunidades Europeas - El Acuerdo de Asociación ACP-CE - Recurso al arbitraje de conformidad con la Decisión de 14 de noviembre de 2001, *Laudo Arbitral*, 1 de agosto de 2005, WT/L/616). Un segundo arbitraje en octubre-septiembre de 2005, en el cual los árbitros debían determinar si el arancel propuesto por las Comunidades Europeas mantendría el acceso al mercado para los proveedores NMF (véase *Laudo del Árbitro, El Acuerdo de Asociación ACP-CE II*, WT/L/625). Aunque el arbitraje está comprendido en el marco de la normativa de la OMC, no está regido por el ESD ni está sujeto a adopción por el OSD.

<sup>26</sup> Véase PETERSMANN, Ernst-Ulrich (compilador), *The WTO Dispute Settlement System* (The Hague, 2004).

<sup>27</sup> En esta línea de pensamiento, el tercer pilar, brazo o rama de la OMC sería obviamente la Secretaría administrativa.

eficiencia del proceso de adopción de decisiones de la OMC (la capacidad de obtener resultados equilibrados y compartidos) se ve afectada por estar sujeta al consenso y por la falta de órganos ejecutivos.<sup>38</sup> Por otra parte, la base consensual de todas las decisiones en esta "organización dirigida por sus Miembros" debería reforzar el sentimiento de participación y la adhesión a toda decisión adoptada por el conjunto de los Miembros.

La efectividad de los procedimientos de solución de diferencias no puede compensar las debilidades de los mecanismos para alcanzar el consenso entre los Estados Miembros. Sin embargo, las aclaraciones autorizadas vinculantes con respecto al ámbito de los acuerdos vigentes, derivadas de las decisiones de los órganos judiciales –como los informes del Órgano de Apelación emitidos en 2004–2005 sobre el conflicto entre el Acuerdo sobre la Agricultura y las subvenciones agrícolas de los Estados Unidos al algodón y este Acuerdo y las subvenciones de las CE al azúcar, respectivamente– pueden indirectamente ayudar a los negociadores a aclarar el ámbito de las obligaciones vigentes que derivan de los acuerdos existentes.<sup>39</sup>

Aún así, las dos cosas deben distinguirse. La negociación se refiere a la reglamentación de los respectivos intereses económicos y comerciales para el futuro. La solución de diferencias se refiere a la definición de los derechos y las obligaciones recíprocos en el marco de los acuerdos existentes. La primera, resuelve conflictos de intereses mediante la formulación de nuevas normas; la última, resuelve conflictos entre derechos basándose en las normas existentes.

En los últimos diez años, hasta principios de 2005, se iniciaron más de 300 diferencias que dieron lugar a la celebración de consultas formales. Los informes de grupos especiales, apelados o no, sumaban más de 90, mientras que las decisiones de apelación sobrepasaban las 60.<sup>40</sup> El sistema ha funcionado bien. Los procedimientos han finalizado conforme a los plazos. La estructura administrativa ha resistido la carga de trabajo. Las grandes economías comerciantes no son las únicas que someten casos –como es previsible–, sino que también los países pequeños en desarrollo recurren con frecuencia al sistema. Las diferencias se refieren en su mayoría a asuntos bilaterales específicos –como antidumping, salvaguardias y derechos compensatorios (medidas comerciales correctivas)–, pero incluyen también cuestiones de interpretación y de aplicación de las recomendaciones y resoluciones que tienen una incidencia más amplia y atañen a varios Estados –y que van desde el ámbito del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) hasta las subvenciones agrícolas–. A pesar de una cierta predominancia de las cuestiones relacionadas con el GATT, los órganos resolutorios de la OMC han examinado varias diferencias relacionadas con los nuevos acuerdos concluidos durante la Ronda Uruguay, como el Acuerdo MSF, el Acuerdo OTC, el Acuerdo sobre Normas de Origen y, recientemente, el AGCS.

En contraste, la aplicación de las recomendaciones y resoluciones ha sido a menudo compleja y se ha prolongado en el tiempo. El compromiso de buena fe de los gobiernos de aplicar las decisiones dentro del plazo prudencial acordado ha sido ejecutado con bastante celeridad cuando la acción nacional necesaria a tal efecto suponía solo la adopción de medidas de carácter administrativo dentro de la competencia del poder ejecutivo. No siempre ha sido así cuando ha debido intervenir el poder legislativo. La aplicación de varias decisiones adoptadas hace tiempo aún está pendiente. Aunque el recurso a contramedidas ciertamente no ha sido frecuente, tampoco ha sido raro. No

<sup>38</sup> En Ginebra, el entonces Comisario de Comercio de las Comunidades Europeas, Pascal Lamy, luego nombrado Director General de la OMC a partir del 1 de septiembre de 2005, describió ese sistema de adopción de decisiones como "medieval".

<sup>39</sup> Véase PETERSMANN, Ernst-Ulrich, *Strategic Use of WTO Dispute Settlement Proceedings for Advancing WTO Negotiation on Agriculture*. En PETERSMANN, Ernst-Ulrich (compilador), *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford University Press 2005, pp. 127 y ss.

<sup>40</sup> Para información estadística sobre diferencias, véase OGD, *Informe Anual (2005)*, Addendum, WT/DSB/39/Add.1 así como el Informe Anual del Órgano de Apelación (doble 2003).

obstante, se ha mencionado solo un caso como ejemplo de un Miembro que haya optado por enfrentar contramedidas durante largo tiempo en lugar de cumplir con una resolución, in casu dada la hostilidad de su opinión pública nacional.<sup>31</sup>

Definitivamente, no obstante sus imperfecciones, el sistema de la OMC es el mejor ejemplo de multilateralismo práctico en el panorama mundial actual, en gran medida gracias al eficiente funcionamiento del sistema de solución de diferencias, la "joya de la corona" según el antiguo Director General Mike Moore.

Desde una perspectiva política y jurídica más general, el funcionamiento del mecanismo da lugar a otra observación. En las relaciones internacionales, los Estados suelen recurrir al arbitraje o al sistema judicial solo como una opción extrema, cuando las negociaciones no logran resolver una diferencia. Además, no son las diferencias más importantes las que se someten a terceros para su resolución sobre bases jurídicas. Se hace manifiesto una cierta aversión por los procedimientos judiciales en el hecho de que a menudo, en las acciones judiciales ex parte, el estado demandado trata de evitar someterse a la autoridad de la futura decisión objetando la jurisdicción del tribunal o rehusándose desde el principio a tomar parte en los procedimientos. Por el contrario, el recurso a los procedimientos de solución de diferencias se ha convertido en algo usual en la OMC. Es más, las industrias nacionales lo aceptan y a menudo hasta presionan por que sea utilizado como una solución inmediata en lugar de esperar el resultado de negociaciones diplomáticas que suelen no ser concluyentes. La confianza en la velocidad y la corrección de los procedimientos y de las decisiones es ahora generalizada.

Por otra parte, raramente se ha recurrido a los procedimientos alternativos mencionados en el artículo 5 del ESD (buenos oficios, conciliación y mediación), posiblemente por la falta de un marco organizativo establecido o por la falta de transparencia inherente a estos métodos.

La aceptación general de la legitimidad y de los efectos vinculantes de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC reviste importancia como logro y precedente, y es una nueva experiencia, especialmente para aquellos Estados cuyas reglamentaciones nacionales en materia de comercio o en otras esferas no habían estado hasta ahora sujetas por regla general a un examen externo. De hecho, esto no es una novedad para los países europeos: estos países están acostumbrados a enfrentar procedimientos internacionales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, procedimientos que a menudo son iniciados por particulares. En consecuencia, también están acostumbrados a tener que cumplir con decisiones desfavorables emitidas por esos tribunales. También en este caso el cumplimiento suele ser un proceso engorroso. En contraste, esto es una novedad para importantes países comerciantes no europeos como los Estados Unidos, el Canadá y el Japón, que a menudo son los demandados, y que además actúan como reclamantes, en diferencias en el marco de la OMC.

La solución de diferencias en la OMC se destaca como un nuevo capítulo en la evolución de la justicia internacional.

## VII. LA REFORMA DEL ESD

El equilibrio en la OMC entre la dinámica político-diplomática y la resolución por un tercero, como se previó en 1994 y como funciona actualmente, es un elemento estructural fundamental del funcionamiento del sistema multilateral de comercio.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Véase la diferencia, CE - Hormones, iniciada por el Canadá y los Estados Unidos contra las Comunidades Europeas.

<sup>32</sup> Véase, en general, ALVAREZ, José, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, 2005.

Una nueva ampliación de la jurisdicción del sistema de solución de diferencias de la OMC no parece ser un objetivo realista en este momento, a pesar de algunas deficiencias que diez años de funcionamiento han puesto de relieve. Una reforma podría consistir, por ejemplo, en admitir reclamaciones por parte de particulares y otorgar a los órganos judiciales el poder de conceder indemnizaciones por daños y perjuicios.<sup>33</sup> Aunque esto haría más rigurosos el cumplimiento de las obligaciones jurídicas y las sanciones en caso de incumplimiento, afectaría de manera considerable el equilibrio existente. Una revisión paralela del otro pilar, es decir, el fortalecimiento de los mecanismos políticos y administrativos de la OMC que pueda equipararse a esas innovaciones, no parece tampoco probable.<sup>34</sup>

Recordamos que el ESD debería haberse sometido a examen cuatro años después de la entrada en vigor de los Acuerdos de la OMC. Las negociaciones han continuado más allá de dicho plazo, pero no parece probable que haya cambios significativos antes de que finalice la Ronda de Doha, por lo menos como se presenta la situación por ahora.<sup>35</sup> La conclusión a que llegan muchos observadores, es que los Miembros de la OMC están satisfechos en general con el funcionamiento del sistema y que no desean introducir modificaciones sustanciales.

Desde un punto de vista sistémico, dos series de propuestas presentadas respectivamente por las Comunidades Europeas y por los Estados Unidos en esas negociaciones, supondrían cambios significativos con una repercusión sistémica. Las Comunidades Europeas proponen que los integrantes de los grupos especiales sean escogidos de una lista semipermanente de profesionales expertos en Derecho y Comercio Internacional. Con ello, las características judiciales de los grupos especiales se reforzarían, distanciando al sistema de sus características arbitrales dominantes que se originan en el GATT de 1947. De alguna manera en dirección opuesta, los Estados Unidos proponen reforzar "el control de las partes" en la etapa del examen en apelación, incrementando la flexibilidad e incorporando algunas características procesales de los grupos especiales (suspensión de los procedimientos a solicitud de las partes, reexamen intermedio y adopción parcial de los informes). Esto reforzaría las características arbitrales de la etapa de apelación: el interés específico de las partes en la diferencia de buscar un acuerdo tendría clara precedencia frente al interés sistémico de los terceros y de los Miembros en general.

Ninguna de estas propuestas (que no son mutuamente incompatibles) representaría un replanteamiento del sistema actual, pero por ahora ninguna parece contar con un apoyo generalizado. En conclusión, el actual sistema parece ser aceptable para los Miembros. Todavía el interés está más centrado en consolidar el acervo de la OMC mediante la práctica que en introducir importantes innovaciones en su estructura.

## VIII. POSICIÓN DE LOS PARTICULARES

Antes de concluir, es necesario destacar una característica sorprendente del sistema, que está en marcada oposición con una tendencia muy generalizada en la solución de diferencias internacionales de carácter económico en la que participan Estados. Nos referimos a la naturaleza estrictamente intergubernamental de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, sin

<sup>33</sup> Véase, en general, SHAFFER, Gregory, *Defending Interest: Public-Private Partnerships at WTO Disputes*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2003.

<sup>34</sup> Véase Robert Howse & Kalpana Nicolakakis, *Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step too Far?*, in Roger Binns Porter et al. (compiladores), *Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium*, pp. 227-252, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2001. Véase también para una discusión académica más amplia CASS, Deborah, *The Constitutionalization of the WTO: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford, 2005.

<sup>35</sup> Para un panorama general, véase PETERSMANN, Ernst-Ulrich, *The Doha Development Round Negotiations on Improvements and Clarifications of the DSU 2001-2003: An Overview*. En: ORTINO, Federico & PETERSMANN, Ernst-Ulrich (compiladores), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer, The Hague, 2004, pp. 3-17, p. 16.

perjuicio de que las diferencias frecuentemente se refieran a industrias específicas o incluso a empresas individuales y que son presentadas por los estados en el interés de esas industrias o de esas empresas, si no formalmente en su nombre.<sup>26</sup> Esto sigue la tradición de la resolución de diferencias entre estados pero contrasta con las otras innovaciones que hemos señalado.

La justicia internacional está inspirada en la actualidad por una tendencia contraria, con arreglo a la cual se favorece el recurso al arbitraje o a tribunales internacionales para la solución directa de diferencias económicas internacionales que surjan entre estados y particulares extranjeros.<sup>27</sup> No solo se admiten particulares ante la CIJ o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sino también en arbitrajes relativos a inversiones ante el CIADI o al amparo del Capítulo 11 del TLCAN. Por lo que se refiere a las diferencias relativas a inversiones, el objetivo no es el de privilegiar a los inversores extranjeros liberándolos de la obligación de recurrir a los tribunales nacionales, sino el de "despolitizar" esas diferencias ofreciendo un mecanismo de resolución basado en el Derecho como una alternativa a los conflictos entre Estados. En la economía global de hoy, el derecho de acción otorgado a los particulares está en concordancia con la privatización de las relaciones económicas de los Estados con extranjeros.

El sistema de la OMC no se ve afectado por este enfoque. La naturaleza puramente intergubernamental de las diferencias refleja el carácter intergubernamental de la propia OMC. Solo los Miembros están autorizados a participar en la solución de diferencias porque todo litigio se refiere a supuestos incumplimientos por un Estado Miembro de ciertas obligaciones exigibles por otro Estado Miembro. Los Miembros son libres de decidir cómo proteger su interés nacional y el de sus empresas, impugnando o no la conducta de otro Miembro que les causa perjuicios en incumplimiento de una obligación que le corresponde en el marco de la OMC. Es dentro del proceso nacional de adopción de decisiones nacional que el interés particular pertinente puede influir, y de hecho lo hace mediante presiones y/o mediante la presentación de reclamaciones formales.

La mayoría de los Acuerdos de la OMC buscan facilitar el comercio entre particulares mediante la reducción de la interferencia y otros obstáculos de los gobiernos y fortaleciendo la transparencia y la estabilidad, al tiempo que reconocen plenamente la función última del estado de velar por los intereses nacionales. Varias disposiciones obligan a los Estados Miembros a otorgar derechos específicos a los particulares extranjeros y concederles la posibilidad de recurrir efectivamente a las medidas correctivas nacionales para proteger los derechos que derivan indirectamente para ellos de los acuerdos pertinentes. No obstante ello, el incumplimiento de alguna de esas obligaciones puede ser impugnado internacionalmente solo por el Estado del particular que resulta afectado. Cuando la infracción objeto de la reclamación consista, por ejemplo, en la imposición indebida de derechos antidumping contra una empresa específica, el Estado reclamante está esencialmente ejerciendo la protección diplomática tradicional. Sin embargo, la normativa de la OMC no exige que se hayan agotado las medidas correctivas locales. De hecho es posible –y ha ocurrido– que mientras el Estado reclama por la infracción del Acuerdo Antidumping o por la imposición ilícita de derechos compensatorios o de medidas de salvaguardia, la empresa afectada impugna en paralelo la misma imposición en los tribunales nacionales del país extranjero. En ese caso, los procedimientos de solución de diferencias de la OMC son efectivamente una etapa adicional de recurso contra la medida demandada, como alternativa a los recursos internos o además de éstos, los cuales, a su vez, en muchos casos son exigidos por los Acuerdos de la OMC.

<sup>26</sup> Véase ALEMANNINO, Alberto, *Private Parties and the WTO Dispute Settlement System*, Cornell Law School LL.M. Paper Series, 2004, 1.

<sup>27</sup> RUIZ FABRU, Hélène, *Le développement du règlement des litiges économiques entre États*. En: *Revue de l'Arbitrage* 2003, No. 3, juillet-septembre 2003, pp. 881-947.

Esta es una discrepancia curiosa entre la realidad y los regímenes jurídicos: los particulares carecen de *locus standi* en la OMC, pero los procedimientos de solución de diferencias de la OMC están concebidos para servir sus intereses, los de las economías nacionales y los del público en general, incluidos los consumidores.

Por último, otro contraste entre objetivos y medios que guarda relación con la posición de los particulares y la salvaguardia de sus intereses se refiere a la casi imposibilidad para los particulares de apoyarse en la legislación de la OMC ante los tribunales nacionales. Es de todos conocido que la falta de efecto directo en la legislación nacional no se deriva de disposiciones específicas previstas en los acuerdos multilaterales, que básicamente guardan silencio al respecto. Por lo que respecta a la Comunidad Europea, esto depende de una interpretación restrictiva de ciertas características básicas de la normativa de la OMC por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que guarda relación con el punto de vista comunitario sobre la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico de las CE.<sup>38</sup>

Visto desde la perspectiva del sistema multilateral de comercio, el carácter estrictamente interestatal del sistema de solución de diferencias, que los gobiernos pueden utilizar de manera discrecional, está estrechamente vinculado (o viceversa) al hecho de que los particulares no tengan derecho a impugnar ante los tribunales nacionales las violaciones de los Acuerdos de la OMC. Según el Tribunal de Justicia, los particulares, tampoco pueden impugnar la validez y aplicabilidad de los actos jurídicos de las CE que incumplen las obligaciones de la OMC (y por tanto de reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios a las instituciones comunitarias), aun cuando la incompatibilidad haya sido declarada por los órganos de solución de diferencias de la OMC.<sup>39</sup>

El contraste es notable. Por un lado, en la OMC, el enfoque actual basado en normas permite impugnaciones entre Estados por cualquier incumplimiento, con la consiguiente obligación para el Estado respecto del cual se ha constatado el incumplimiento de subsanarlo o verse enfrentado a sanciones. Por otro lado, los comerciantes particulares que han sido directamente afectados por esos incumplimientos carecen de *locus standi* para impugnarlos o para reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios en el marco del ordenamiento jurídico interno. Se trata de un resurgimiento –o mantenimiento– inusual de un dualismo riguroso entre el Derecho Internacional y el interno, enfoque que había sido abandonado en la mayoría de las esferas del Derecho Internacional, cuando los derechos de los particulares puedan ser afectados, en el marco de la mayoría de las constituciones nacionales.

<sup>38</sup> Véanse las recientes decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Ire v. C-93/02 de 30 septiembre de 2003 y Van Duyn v. Home Office C-377/02 de 1 de marzo de 2005, no obstante las conclusiones contrarias de los abogados generales.

<sup>39</sup> Véase TANCREDI, Antonio, *EC Practice in the WTO: How Wide is the "scope of Monnet's"*. En *European J. of International Law*, 15, 2004, pp. 933-961, p. 934.