

FERNANDO PIÉROLA CASTRO

Solución
de diferencias
en la Organización
Mundial
de Comercio



Pontificia Universidad Católica del Perú
Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)
FONDO EDITORIAL 2002

INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (IDEI)

El IDEI es la unidad académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, creada en 1991 con la finalidad de promover y desarrollar estudios e investigación científica en asuntos internacionales; contribuir a la identificación de los intereses específicos del Perú y América Latina frente a los diversos actores y problemas del escenario regional, hemisférico y mundial; brindar servicios de consultoría y asesoría en asuntos internacionales a instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras; realizar actividades de difusión y promoción académica y apoyar la docencia y las publicaciones en temas internacionales.

En el cumplimiento de sus objetivos, el IDEI ha venido desarrollando en estos años, proyectos de investigación en áreas como: democratización, derechos humanos, gobernabilidad, pacificación, relaciones civiles-militares, integración, relaciones económicas internacionales, género, entre otros. Dichas actividades han sido desarrolladas gracias a la colaboración y financiamiento de diferentes instituciones nacionales y extranjeras, tales como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Unidad para la Promoción de la Democracia de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comisión Interamericana de la Mujer de la OEA, el Fondo de Cooperación de Estados Unidos/CIDI del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Embajada Real de los Países Bajos, la Embajada de Canadá, la Embajada de los Estados Unidos de América, el Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores, entre otros.

Solución
de diferencias
en la Organización
Mundial
del Comercio

FERNANDO PIÉROLA CASTRO

Solución
de diferencias
en la Organización
Mundial
del Comercio



Pontificia Universidad Católica del Perú
Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)
FONDO EDITORIAL 2002

Primera edición: noviembre de 2002

*Solución de diferencias en la
Organización Mundial del Comercio*

Copyright © 2002 por el Fondo Editorial de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Lima 1
Teléfono: 330-7410 / 330-7411
Telefax: 330-7405
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Cubierta: Iván Larco
Impresión: Editorial e Imprenta DESA S.A.

Derechos reservados, prohibida la reproducción de
este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Depósito Legal: 1501052002-4654
ISBN: 9972-42-504-5

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Presentación	13
Introducción	17
CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO	19
1. Función del mecanismo de solución de diferencias de la OMC en el Sistema Mundial del Comercio	22
2. La Sociedad Internacional de Intereses Contrapuestos y el dilema del prisionero en las relaciones comercia- les internacionales.	25
2.1. La Sociedad Internacional de intereses yuxta- puestos y el estado de anarquía	25
2.2. Los beneficios de la reducción de barreras comer- ciales	30
2.3. Las realidades internas del diseño de la política comercial nacional	33
2.4. El dilema del prisionero y las negociaciones in- ternacionales	36
2.5. El dilema del prisionero y la observancia de los acuerdos internacionales en materia de comercio	43
3. El mecanismo de solución de diferencias del GATT	44
3.1. Las deficiencias en previsibilidad	47
3.1.1. Las deficiencias en términos de previsibili- dad	47
3.1.1.1. Falta de precisión en las normas procesales	48

A. Las falencias institucionales del sistema comercial del GATT	48
B. Las <i>lagunas</i> racionales en las disposiciones del GATT	52
3.1.1.2. Falta de certidumbre en las decisiones	55
3.2. Las deficiencias en términos de celeridad	55
3.3. Evolución del mecanismo desde el GATT hasta la OMC	57
3.3.1. Los primeros años de funcionamiento	57
3.3.2. Las innovaciones de 1952	58
3.3.3. La práctica desde 1952 hasta la Ronda de Tokio	60
3.3.4. El entendimiento de solución de diferencias de la Ronda de Tokio de 1979	62
3.3.5. La Decisión Ministerial de 1982	64
3.3.6. La práctica pre-Ronda Uruguay	65
3.3.7. La Ronda Uruguay y la Declaración Ministerial de 1986	65
3.3.8. Las decisiones de 1988 y 1989	66
3.3.9. Los resultados de la Ronda Uruguay: La OMC y su sistema de solución de diferencias	68
CAPÍTULO II. ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC	71
1. El marco institucional: El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, los grupos especiales y el Órgano de Apelación	72
1.1. Funciones	72
1.2. Instancias técnico-jurídicas: Los grupos especiales y el Órgano Permanente de Apelación	75
1.2.1. Los grupos especiales	76
1.2.2. El Órgano Permanente de Apelación	77
1.3. La forma en la toma de decisiones	82
2. El marco normativo procedimental: El ESD y las disposiciones especiales en los acuerdos abarcados	83

2.1. Disposiciones generales	84
2.1.1. Ámbito subjetivo: Legitimación de sujetos en el sistema de solución de diferencias de la OMC	84
2.1.2. Ámbito material: Los acuerdos abarcados y los procedimientos especiales	90
2.1.3. Articulación de normas procedimentales: Régimen general y régimen específico	93
2.2. El procedimiento	95
2.2.1. Fase de solución política: Las consultas, los buenos oficios, la conciliación y la mediación	95
2.2.1.1. Las consultas	97
A. Concepto y finalidad	97
B. Procedimiento	102
2.2.1.2. Los buenos oficios, la conciliación y la mediación, entre otros medios de solución de diferencias	107
2.2.2. Fase de solución jurídica (procedimiento ante el OSD y las instancias jurídicas o arbitraje)	108
2.2.2.1. El procedimiento ante el OSD en sus dos instancias	109
A. El grupo especial	109
– Establecimiento del grupo especial	112
– Mandato del grupo especial	114
– Terceros y más de una parte reclamante	119
– Presentación de las reclamaciones	122
– Primera reunión sustantiva con las partes interesadas	124
– Segunda reunión sustantiva	125
– Envío a las partes de la parte expositiva del informe	126
– Informe provisional	126
– Etapa intermedia de reexamen	129
– Distribución del informe definitivo	130
B. Examen de apelación-Órgano Permanente de Apelación	130

2.2.2.2. Posibilidad de recurrir a arbitraje en el marco de la OMC	133
2.2.3. Fase de cumplimiento o ejecución	136
2.2.3.1. Vigilancia y aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD	136
2.2.3.2. Compensación y suspensión de concesiones y/u obligaciones	140
CAPÍTULO III. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y SU RELACIÓN CON LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE MECANISMOS REGIONALES DE COMERCIO DEL ÁMBITO AMERICANO	147
1. El sistema de solución de diferencias de la OMC y la interrelación GATT/OMC-Mecanismos Comerciales Preferenciales	151
1.1. El conflicto sustantivo: Evitar la discriminación multilateral contra el fomento de la creación de comercio regional	153
1.1.1. Mecanismos de integración económica (uniones aduaneras y zonas de libre comercio)	157
1.1.2. Preferencias unilaterales y preferencias entre países en desarrollo	161
1.1.3. Función del mecanismo de solución de diferencias de la OMC para evaluar la compatibilidad de los sistemas preferenciales con el sistema de comercio mundial GATT/OMC	167
1.2. El conflicto operativo: Problemas de complementariedad de competencias	169
1.2.1. Supuestos de la interrelación entre normas de los Acuerdos de la OMC y normas preferenciales	171
1.2.2. Distribución de competencias	174
1.2.3. Ventajas de los sistemas de solución de diferencias de mecanismos comerciales preferenciales	177

2.	Coordinación de competencias con determinados sistemas de solución de diferencias de mecanismos preferenciales de comercio	180
2.1.	El sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina	180
2.1.1.	Incumplimiento de normas comunitarias	184
2.1.2.	Calificación de restricciones y gravámenes al comercio	186
2.1.3.	Nulidad de normas comunitarias	187
2.2.	El sistema de solución de controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)	187
2.3.	El sistema de solución de controversias en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)	191
2.4.	El sistema de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte	194
2.5.	Las propuestas de solución de diferencias para el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)	204
3.	Efectos de los sistemas regionales de los que forma parte el Perú sobre los objetivos del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC	207
Conclusiones		211
Bibliografía		217

PRESENTACIÓN

Al aceptar el Protocolo de Marrakech, por el que se instituyó la Organización Mundial de Comercio, los países de América Latina se comprometieron a cumplir una multiplicidad de obligaciones que representan la ineludible contrapartida de las ventajas negociadas en el curso de la Ronda Uruguay del GATT.

La situación así creada obliga a nuestros países a idear, conformar y aplicar políticas comerciales firmes y coherentes que estén a tono con los compromisos asumidos, pues los numerosos acuerdos que abarca el sistema de la OMC no solo alcanzan niveles de minuciosidad jamás siquiera vislumbrados en el pasado, sino que tocan todos y cada uno de los sectores que inciden sobre la economía externa de sus Miembros.

La OMC representa, en esencia, el equilibrio alcanzado entre ventajas y concesiones por los países que negociaron en la Ronda Uruguay. Sería sumamente arriesgado y contraproducente considerar este equilibrio como un elemento inmovible que producirá sus beneficios automáticamente sin que cada participante deba ejercer una vigilancia constante en defensa de sus intereses. Es tan vasto el plano de aplicación de los acuerdos de la OMC, y tan complejos e inesperados los giros de las políticas implementadas por sus Miembros, que solo una atención permanente puede asegurar el respeto de los tratamientos comerciales convenidos.

El Entendimiento sobre Solución de Diferencias es uno de los acuerdos fundamentales que integran la OMC. Constituye un pilar de singular importancia para todos los Miembros, puesto que les ofrece los mecanismos conducentes a asegurar el cumplimiento de lo pactado a nivel multilateral. El ESD no distingue entre países grandes y pequeños, o fuertes y débiles. Mide a todos con la misma vara y a todos ofrece la misma garantía de justicia.

Durante los primeros seis años de la vigencia del ESD, se ha dado solución a un sinnúmero de conflictos comerciales y ello se ha hecho con la sobriedad, el profesionalismo y la independencia que en algún momento motivaron que se le denominara «la joya de la corona» de la OMC.

Para los países latinoamericanos, que deben defender con ahínco sus intereses comerciales en los mercados del mundo, la existencia y el buen funcionamiento del ESD representan un respaldo esencial.

La literatura en lengua española sobre la OMC es, hasta ahora, escasa en función de la importancia que el comercio exterior reviste para impulsar el desarrollo económico de nuestros países. Menores aun son los estudios en profundidad sobre la solución de diferencias.

Por estos motivos, la obra del Dr. Fernando Piérola sería ya, de por sí, bienvenida; pero puedo afirmar esta que va mucho más allá de constituir sencillamente un aporte destinado a llenar el vacío existente. Con la inteligencia, el buen criterio y la noción de responsabilidad que he podido comprobar en él, pone a disposición de los gobiernos, los académicos y la opinión pública en general un análisis claro y completo de la temática sin dejar de lado ninguno de los aspectos necesarios para su plena comprensión.

El autor toma al lector de la mano y lo conduce a través de un itinerario que arranca desde la génesis del tema y desem-

boca en la más plena actualidad, sin jamás caer en la afirmación fácil ni omitir detalle relevante.

A medida que transcurra el tiempo, los países latinoamericanos se verán involucrados cada vez más en casos de solución de diferencias de la OMC, ya sea como demandantes o como demandados. Seguramente recurrirán frecuentemente a esta obra que, por su contenido conceptual y la sólida fundamentación que lo acompaña, desde ahora se constituye en elemento permanente de consulta.

He tenido la ocasión de seguir de cerca los trabajos del Dr. Piérola; no puedo menos que manifestar que veo en él una mente jurídica brillante a la que se le abre un venturoso porvenir.

Julio A. Lacarte Muró
Ex Presidente del Órgano de Apelación de la OMC

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito analizar el papel que desempeña el actual mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en la observancia de los derechos y obligaciones internacionales que se derivan de los acuerdos multilaterales de dicha organización internacional.

En el primer capítulo se analizan los fundamentos que dan sustento al sistema de solución de diferencias de la OMC desde una doble perspectiva funcional e histórica. En el segundo se realiza un examen de las instituciones y las disposiciones legales que conforman el sistema de solución de diferencias de la OMC, tomando en cuenta la práctica procesal seguida hasta la fecha. Finalmente en el tercer capítulo se estudia el posicionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC y su interrelación con algunos mecanismos supranacionales de solución de diferencias seleccionados de relevancia en el ámbito latinoamericano.

El trabajo concluye que el sistema de solución de diferencias de la OMC, tal como en la actualidad se encuentra diseñado, ha permitido y sigue permitiendo que los miembros de la OMC cuenten con un respaldo institucional adecuado para exigir el respeto de las obligaciones internacionales que se desprenden del sistema jurídico de esta organización, a pesar de que en su estructura se puede identificar algunas caracte-

rísticas que mellan su eficacia completa. Por otra parte se concluye que el sistema multilateral cumple internacionalmente un rol integrador entre los diversos sistemas de solución de diferencias que en materia comercial coexisten en el hemisferio americano.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La inexistencia de una obligación general de alcanzar la solución de diferencias en Derecho Internacional Público ha traído como consecuencia que en general se considere que los mecanismos que se utilicen para dicho propósito se deben basar necesariamente en el consentimiento de las partes involucradas.¹ Así sobre la base del principio de libre elección de los medios las partes de toda controversia poseen discreción para optar por aquellos mecanismos que consideren los más idóneos para alcanzar una solución satisfactoria a sus intereses. Sin embargo, a diferencia de lo que acontece en las jurisdicciones nacionales, a falta de acuerdo sobre dichos mecanismos, no existe mecanismo jurisdiccional con carácter obligatorio que obligue al demandado a buscar una solución de la controversia. La jurisdicción internacional obligatoria solo se da de mediar el

¹ BROWNLIE, James. *Principles of Public International Law*. 5.^a edición. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 703. No obstante, de conformidad con el artículo 33 (1) de la Carta de las Naciones Unidas, existen circunstancias en las que los Estados pueden encontrarse en la obligación de recurrir a mecanismos de solución de controversias, como cuando la continuación de una diferencia pudiese poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Este aspecto es también desarrollado con mayor detenimiento por JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. 9.^a edición. Londres: Longman, 1996, vol. 1, p. 1182.

consentimiento de las partes y, como lo señalan algunos académicos, el recurso al mecanismo jurisdiccional en el manejo de las relaciones internacionales entre Estados ha venido siendo relegado a un segundo plano por el recurso a mecanismos diplomático-políticos² y su utilización resulta relativamente excepcional.³

Con la entrada en vigor en 1995 del Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (en adelante el Acuerdo sobre la OMC), que sucede al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (el GATT de 1947),⁴ y la aceptación por parte de sus 144 miembros de los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acuerdo sobre la OMC,⁵ y en especial la aceptación del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD), se ha creado el más ambicioso sistema de solución de controversias que jamás se haya adoptado en la historia del Derecho Internacional en materia de comercio internacional.⁶

² INFANTE CAFFI, M. T. «La Solución Judicial de Controversias Internacionales entre Estados». *Revista de Derecho*. Lima: PUCP, n.º 41, 1987, pp. 70-71.

³ BROWNIE, James. *Ob. cit.*, p. 703.

⁴ Es importante distinguir el GATT de 1947 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (el «GATT de 1994»), dado que ambos instrumentos son explícitamente reconocidos por el párrafo 4 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC como jurídicamente distintos: «El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 según se especifica en el Anexo 1A (denominado en adelante «GATT de 1994») es jurídicamente distinto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de fecha 30 de octubre de 1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, posteriormente rectificado, enmendado o modificado (denominado en adelante «GATT de 1947»)».

⁵ Párrafo 2 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC: «Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante «Acuerdos Comerciales Multilaterales») forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus miembros».

⁶ PETERSMANN, E. U. «From the Hobbesian international law of coexistence to modern integration law: The WTO dispute settlement system». *Journal of International Economic Law*, vol. 1, n.º 1, 1998, p. 183.

En este sentido, el párrafo 1 del artículo 3 del ESD de la OMC prescribe la sujeción por parte de los miembros de la OMC a su mecanismo de solución de diferencias:

Los miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento.

Reafirmando este sometimiento, el artículo 23 del ESD establece que:

Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.

Si los mecanismos de solución de diferencias con carácter vinculante, de manera general y permanente son sumamente excepcionales en el plano internacional, cabe entonces preguntarse por qué la mayoría de miembros de la comunidad internacional ha decidido someterse al mecanismo de solución de diferencias de la OMC a pesar de no existir obligación internacional alguna de alcanzar solución de controversias internacionales.⁷ Esta interrogante nos conduce a indagar sobre la función que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC cumple en un sistema jurídico de ámbito mundial, como el comercial, y probablemente sobre las bases que dan sustento al sistema comercial y hacen necesaria la existencia de tal tipo de sistema para la resolución de conflictos.

⁷ Cabe precisar que en el caso del comercio internacional las controversias hasta la fecha no han guardado relación con la amenaza a la paz y la seguridad internacionales, como para que exista una obligación positiva y «de resultado» a efectos de alcanzar soluciones concretas a tenor de la Carta de las Naciones Unidas. Véase nota de pie de página 1.

1. Función del mecanismo de solución de diferencias de la OMC en el Sistema Mundial del Comercio

Como en todo sistema económico, el buen funcionamiento del sistema multilateral de comercio se debe en gran medida a las instituciones sobre las que se asienta, las cuales otorgan previsibilidad a los agentes económicos que participan del mismo y determinan los incentivos con los que cuentan para que tomen las decisiones más adecuadas a sus propósitos.⁸

En el ámbito internacional, las instituciones han sido caracterizadas por Keohane como normas convencionales, costumbres internacionales o la práctica de las entidades internacionales, sean gubernamentales o no gubernamentales.⁹ La importancia de las instituciones en el plano internacional radica en que ellas prescriben determinados patrones de conducta, constriñen cierto tipo de actividad política y modelan las expectativas de los agentes internacionales, afectando sus incentivos y los

⁸ North considera que las instituciones pueden ser formales e informales consistiendo en normas jurídicas, prácticas gubernamentales, pautas sociales, prácticas de entidades gubernamentales o no gubernamentales, entre otras, que determinan los incentivos y desincentivos que los sujetos de una sociedad deben tener en cuenta al momento de realizar sus elecciones personales; las instituciones fijan las condiciones y limitaciones en la capacidad de acción de los agentes económicos en los intercambios comerciales, establecen las *reglas del juego*, lo que está permitido y prohibido hacer. NORTH, D. C. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 13. Por su parte, Coase de manera más particularizada en referencia al funcionamiento eficiente de los mercados señala que estos requieren para su buena marcha el establecimiento de normas jurídicas que regulen los derechos y obligaciones de aquellos que realizan las operaciones comerciales y que para hacerse de los beneficios del comercio debe existir marco jurídico y estabilidad política. Citado por JACKSON, J.H. *The Jurisprudence of GATT and the WTO, Insights on Treaty Law and Economic Relations* Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 6.

⁹ Bajo la categorización de Keohane las instituciones en el plano internacional están constituidas por (a) organizaciones formales, sean gubernamentales o no gubernamentales, (b) regulaciones internacionales y c) costumbres o *convencionalismos*. KEOHANE, R. O. *International Institutions and State Power*. Londres: Westview Press, 1989, pp. 1-19.

costos asociados con la implementación de alternativas de política internacional, así como la concepción de sus líderes políticos con respecto al rol que les corresponde desempeñar en la conducción de la política exterior.

En el Sistema Mundial de Comercio, las instituciones también determinan los incentivos y limitaciones a los que los Estados y otros entes no estatales gubernamentales¹⁰ se encuentran sujetos al momento de adoptar sus decisiones de política comercial.¹¹ De acuerdo con Jackson, un marco institucional estable y previsible permite que los agentes del sistema comercial promuevan oportunidades de inversiones y actividades de desarrollo comercial en el sector privado. Sin esta estabilidad institucional, los flujos de comercio o inversión estarían acompañados de un riesgo significativo que podría llevarlos incluso a ser prohibitivos.¹²

La concreción del mecanismo de solución de diferencias de la OMC estaría encaminada explícitamente a proveer de esta estabilidad institucional al sistema comercial. De esta manera, el párrafo 1 del artículo 3 del ESD señala que:

¹⁰ Para ser miembro de la OMC no se requiere ser necesariamente Estado. De esta manera, el artículo X II:1 del Acuerdo sobre la OMC establece que: «Todo Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales podrá adherirse al presente Acuerdo en condiciones que habrá de convenir con la OMC. Esa adhesión será aplicable al presente Acuerdo y a los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexos al mismo».

¹¹ «I have already expressed my view on the importance of the legal framework of institutions for a complete understanding of the nature and application of the rules of the world trading system. As Nobel Prize winner Douglas North has written, institutions play a significant role in setting the conditions and constraints that have a profound influence on economic development». JACKSON, J. H. *The World Trading System*. Cambridge: The MIT Press, 1998, p. 58. Con respecto al Derecho Internacional como tal, «[...] in practice international law is constantly recognised as a law by the governments of states who regard their freedom of action as legally constrained by international law». JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Ob. cit.*, p. 13.

¹² Véase JACKSON, J.H. *Ob. cit.*, p. 8.

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 OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Este objetivo se reitera en el párrafo 5 del mismo artículo cuando se señala que los parámetros sobre los que se deben basar las soluciones de las diferencias son las disposiciones de los acuerdos de la OMC:

Todas las soluciones de los asuntos planteados formalmente con arreglo a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, incluidos los laudos arbitrales, habrán de ser compatibles con dichos acuerdos y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los mismos para ninguno de sus miembros, ni deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos.

La estabilidad institucional, plasmada en el mantenimiento de los derechos y obligaciones de los miembros de la OMC, guarda una relación estrecha con la prontitud con la que se pueden solucionar diferencias. A la luz del párrafo 3 del artículo 3, la estabilidad estaría relacionada no con el mantenimiento de un determinado sistema de derechos y deberes en abstracto, sino más bien con el mantenimiento de un equilibrio que se desprende de dicho sistema de derechos y obligaciones en el tiempo, y por eso urge una solución pronta para mantener ese equilibrio:

Es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los miembros la pronta solución de

las situaciones en las cuales un miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro miembro.

El análisis de estabilidad sería de tipo dinámico y no estático. Así, si la controversia no se soluciona en el tiempo más corto posible, por más que se restituyan los derechos de un miembro de la OMC debido a los abusos de otro, podría ya haberse trastocado el equilibrio de derechos y obligaciones entre dichos miembros y por consiguiente, la previsibilidad y estabilidad que el sistema comercial requiere para su funcionamiento eficaz. A nuestro juicio, la idea de *perjuicio económico* y de *posiciones comerciales* subyace en el concepto de *equilibrio adecuado* o de *eventual desequilibrio de derechos y obligaciones* causado por la demora en la solución de las controversias.

Teniendo en cuenta estos propósitos, cabe preguntarse sobre las razones por las que el sistema comercial requiere que el sistema de solución de diferencias otorgue previsibilidad y estabilidad institucional así como prontitud en la solución de las diferencias. Una aproximación a estas interrogantes la encontramos en la propia estructura en la que tradicionalmente se ha insertado el sistema de comercio mundial en la comunidad internacional, así como en los incentivos con los que cuentan los Estados y otros entes gubernamentales para definir sus políticas comerciales.

2. La Sociedad Internacional de Intereses Contrapuestos y el dilema del prisionero en las relaciones comerciales internacionales

2.1. La Sociedad Internacional de intereses yuxtapuestos y el estado de anarquía

El sistema comercial, como cualquier otro sistema jurídico en el ámbito internacional, se desarrolla entre sujetos soberanos

no sometidos en principio a poder ni jurisdicción alguna.¹³ Bajo los postulados de Hobbes con respecto a la cesión del poder de los individuos al Estado o *Leviathan*, y la concepción del poder absoluto del Estado sobre sus asuntos internos,¹⁴ los Estados han mantenido tradicionalmente un manejo ilimitado en la definición de su política exterior, llevando al sistema internacional durante el período comprendido entre los tratados de paz de Westphalia (1648) y la Primera Guerra Mundial (1914) a un estado de «anarquía» y de mecanismos inestables de «protección propia».¹⁵ Así, los propulsores de la ten-

¹³ Existen sin embargo opiniones diferentes. J.L. Brierly señala con referencia a Oppenheim, que algunos autores sostienen que: «[...] international law is a law of co-ordination but not of subordination, and even Oppenheim, though he was no believer in absolute sovereignty, yet felt obliged to attribute to international law a specific character not shared by law in general, and tell us that it is usually regarded as a law between, but not above, the several states. Yet if states are subject of international law, as Oppenheim admits that they are, the law must surely be above them, and they must be subordinate to it». BRIERLY, J.L. *The Law of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 46.

¹⁴ La frase en francés citada por Dupuy «le roi est empereur dans son royaume» (el rey es emperador en su reino) sintetiza esta mentalidad modernista. DUPUY, R. J. *Le Droit International*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 7.

¹⁵ Partiendo de una referencia a Hobbes, Petersmann señala: «The “social contract” proposed by Hobbes implied a ceding of individual rights to absolute monarchies with legally unlimited powers, constrained only their moral accountability to God. The “public interest” to be protected by the sovereign was the sum of the individual interests of the domestic citizens. But *Leviathan*’s discretion to define and pursue this “public interest” was legally unlimited. Both domestic and international law permitted the use of power and wars as instruments of foreign policy. The international state system, for example between the Westphalian peace treaties (1648) and the First World War (1914), remained characterized by “international anarchy” and unstable “self-help” systems». Por su parte Brierly se refiere a la existencia de una extraña metamorfosis desde la teoría de Hobbes y Bodin en asuntos internos hacia una teoría de la realidad internacional sobre la base de la anarquía entre Estados («[...] [a] curious metamorphosis which transformed the doctrine of sovereignty from a principle of internal order, as Bodin and even Hobbes had conceived it, into one of international anarchy»). BRIERLY, J. L. *Ob. cit.*, p. 45.

J. A. Pastor Ridruejo, también ha señalado respecto a la situación de yuxtaposición de los Estados que «[e]n el origen de la sociedad internacional mo-

dencia de pensamiento conocida como realismo político consideran que la comunidad internacional es en esencia un «[...] conjunto constituido por unidades políticas que mantienen relaciones regulares entre ellas, que son susceptibles de verse implicadas en una guerra generalizada [...]» dado que cada cual «[...] reivindica el derecho de hacerse justicia por [su] propia mano y de ser el único árbitro de la decisión de recurrir o no a la guerra».¹⁶ Bajo la teoría del realismo político, los Estados se constituyen en los agentes principales de los asuntos internacionales y actúan con el propósito de maximizar su utilidad individual en términos de interés nacional, en un escenario de anarquía que condiciona su accionar a la defensa o protección propia como mejor medio de reacción. En este contexto los Estados se encuentran principalmente preocupados por su seguridad individual, independencia y poder relativo entre ellos, dejando de lado cualquier intento de cooperación así tengan intereses comunes debido a la falta de garantías que el estado de anarquía provoca.¹⁷

derna, que, como veremos en el punto siguiente, se sitúa a fines de la Edad Media y principios de la Moderna con la aparición de los primeros Estados nacionales, los Estados vivían simplemente yuxtapuestos. La soberanía y la igualdad de los Estados eran nociones básicas, lo que conducía a un relativismo jurídico sin límites». PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, pp. 57-58. Por su parte, Goetz y Diehl caracterizan el sistema internacional de la siguiente manera: «The traditional image of the international system is clearly depicted in the usual description of an anarchical society. The international system is a community, but one without rules of behavior, the classic Hobbesian society where life is nasty, brutish, and short. The implication is that each state uses whatever means at hand —most notably military force— to gains its end». GOERTZ, G. y P. F. DIEHL. «Towards a theory of international norms». *Journal of the Peace Science Society (International)*, vol. 36, n.º 4, 1992, p. 636.

¹⁶ PUIG, J. C. *Doctrinas internacionales y autonomía latinoamericana*. Caracas: Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad Simón Bolívar, 1980, p. 30.

¹⁷ PETERSMANN, E. U. *The GATT/WTO Dispute Settlement System, International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. La Haya: Kluwer Law, 1998, p. 14.

En el ámbito económico comercial esta tendencia derivó en la creencia de que la salida de recursos monetarios de un territorio era fuente de empobrecimiento, y por consiguiente de pérdida de poder económico.¹⁸ Así, las relaciones económicas internacionales estuvieron regidas hasta mediados del siglo XIX por tendencias mercantilistas y colonialistas basadas mayoritariamente en motivaciones políticas, tales como los intentos de las coronas y los gobiernos de incrementar los inventarios de oro y plata y, de ese modo, su poderío político y militar, las restricciones a las importaciones procedentes de países *enemigos*, los subsidios a la exportación, preferencias coloniales y regulaciones de monopolios a la navegación así como *bullionismo* monetario.¹⁹ El Estado consideraba el comercio, y más que nada la acumulación de riqueza y la disminución de importaciones, como una manera de afirmar la autoridad y la soberanía de las *coronas*, confundiendo el bienestar del Estado con el bienestar del soberano. Los economistas de la época mercantilista creían en un *estado de naturaleza*, en un mundo de conflicto en constante estado de guerra.²⁰ Bajo esta perspectiva, el Es-

¹⁸ DUPUY, R. J. *Ob. cit.*, p. 7.

¹⁹ PETERSMANN, E. U. *Ob. cit.*, pp. 16-17. Una reminiscencia del mercantilismo comercial la constituyen algunas de las excepciones del párrafo 2 del artículo I del GATT de 1947 y de 1994 a la cláusula de *nación más favorecida*, contenida en el párrafo 1 del mismo artículo, como se analiza más adelante. Un tema que plantea una serie de interrogantes de actualidad son los efectos que las antiguas preferencias coloniales, algunas aún vigentes, han generado sobre los patrones de desarrollo de diversas ex colonias. Un caso emblemático es la controversia sobre el sistema de contingentes arancelarios de las Comunidades Europeas a las importaciones de bananas procedentes de diversos miembros de la OMC del África, el Caribe y el Pacífico y de otros de América Latina. Los miembros latinoamericanos reclaman un trato no discriminatorio y preferencial a favor de los miembros del África, el Caribe y el Pacífico que fueron colonias de Estados miembros de las Comunidades Europeas. Uno de los problemas de fondo para estas ex colonias, y que de alguna manera ha motivado la decisión de las Comunidades Europeas de conceder este tipo de preferencias, lo constituye la dependencia de su producción sobre las ventas que se destinan al mercado europeo. Véase pp. 88-89.

²⁰ KENEN, P. B. *The International Economy*. 4.^a edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 7-8.

tado ve en la regulación del comercio un espacio para su actividad, y en la imposición de aranceles y derechos aduaneros una fuente de recursos.²¹

Los desarrollos teóricos de los economistas clásicos, y en especial de Ricardo, marcaron el cambio en la concepción del comercio internacional. Los economistas clásicos eran de la idea de que la identificación del bienestar del soberano con el de la nación era una idea absolutamente distorsionada. Consideraban que las restricciones a la importación eran completamente ilógicas para una nación que debía conseguir los bienes del modo más económico. Smith y Ricardo consideraban que las exportaciones eran los medios de adquisición de importaciones, y no el oro o la plata, como se argüía durante la época mercantilista. De ese modo, se utilizaban los recursos de la nación de la manera más eficiente en tanto que la nación produciría para exportación solo aquellos productos para los que sería más eficiente²² o, en palabras de Ricardo, para los que tendría ventajas comparativas.

La teoría de las ventajas comparativas nace en un contexto histórico particular. Desde la Revolución Francesa de 1789 hasta la caída de Napoleón en 1815 el comercio inglés se vio alterado por factores atribuidos a las actividades de otros gobiernos, como la contratación de mercenarios para asaltar navíos mercantes ingleses y las restricciones a la importación de bienes manufacturados por parte de Francia.²³ Como resultado de esta coyuntura, el valor interno de estos bienes disminuyó con respecto al valor de los productos agrícolas de Inglaterra. Por simple aplicación de la teoría de las ventajas comparativas, los precios de los productos agrícolas, y por consiguiente, de los

²¹ BURCHILL, S. y otros. *Theories of International Relation*. Nueva York: St. Martins Press, 1996, pp. 35 y ss.

²² KENNEN, P. *Ob. cit.*, p. 9.

²³ KRUGMAN, P. y M. OBSTFELD. *International Economics, Theory and Politics*. 5.^a edición. Reading (Mass.): Addison-Wesley, 2000, p. 58.

alimentos, aumentaron.²⁴ Cuando la guerra concluyó, los precios de estos productos cayeron. Sin embargo, los terratenientes, políticamente influyentes por pertenecer muchos de ellos a la nobleza, lograron que el gobierno estableciera la Ley del Maíz, en virtud de la cual se imponía derechos en la frontera para desalentar la importación de grano de maíz. Ricardo, impulsado probablemente por motivos personales como hombre de negocios en Londres, alejado del trabajo de campo, argumentó que resultaba desfavorable para el bienestar de la nación proteger a los agricultores; quienes poseían en Inglaterra en aquel entonces una ventaja comparativa con respecto a los industriales de otros Estados europeos. Al final del debate, Ricardo consiguió la abolición de la Ley del Maíz, lo cual marcó también el inicio del uso de la teoría económica como instrumento de política arancelaria.²⁵

Los liberales del siglo XIX consideraban de este modo que la guerra y el comercio eran incompatibles y que, por el contrario, el libre comercio era el instrumento para vencer la autarquía, la división entre Estados y unificar a los individuos en una comunidad internacional.²⁶

El siguiente análisis ilustra desde el punto de vista económico la pérdida de bienestar que ocasionan las restricciones al comercio.

2.2. Los beneficios de la reducción de barreras comerciales

Según el análisis económico, la reducción de barreras comerciales en situaciones normales de competencia beneficia, en términos de bienestar social, tanto a países exportadores como

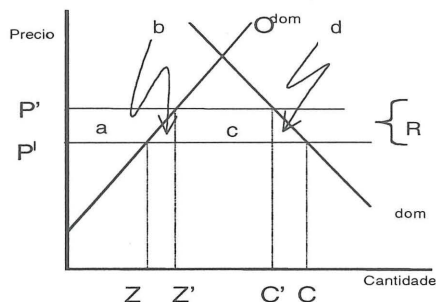
²⁴ Una simple enunciación de la teoría de las ventajas comparativas de Ricardo es que el comercio entre dos países puede beneficiar a ambos si cada uno exporta los bienes en los que tiene una ventaja comparativa, consistiendo esta en el menor costo de oportunidad de producir un producto *x* en términos de producir un producto *y*.

²⁵ KRUGMAN, P. y M. OBSTFELD. *Ob. cit.*, p. 58.

²⁶ BURCHILL, S. y otros. *Ob. cit.*, p. 35.

importadores,²⁷ dado que reduce los precios al consumidor, a pesar de que en contraparte origina la contracción de la oferta doméstica, en perjuicio del productor nacional.²⁸ El gráfico n.º 1 ilustra de manera bastante simple y generalizada los efectos de una reducción de barreras comerciales en el bienestar social de un mercado nacional.

Gráfico N.º 1



Con barreras al comercio, el precio de un bien x se sitúa en P' , la cantidad demandada en C'' y la cantidad ofertada por el productor nacional en Z' . La reducción de barreras comerciales R haría que el precio disminuya hasta P^l , lo cual incentivaría a que la cantidad demandada se incremente hasta C , a pesar de que la cantidad ofertada por el productor nacional disminuya hasta Z .

En términos de bienestar, la eliminación de barreras permite que se redistribuyan para el consumidor las áreas a (desde el productor) y c (desde el gobierno, en caso de que las barreras

²⁷ Para efectos de practicidad resulta conveniente utilizar los términos *país* o *países* para referirse a Estados u otros entes territoriales que participan en el sistema comercial de la OMC.

²⁸ El análisis detallado de los costos y beneficios de la protección comercial puede ser encontrado en KRUGMAN, P. y M. OBSTFELD. *Ob. cit.*, pp. 187-217. Las explicaciones de esta sección se basan en este texto.

consistan en aranceles) y lo más importante, que la sociedad en su conjunto, a través del consumidor, obtenga las áreas *b* y *d*, que nadie hubiese podido obtener con barreras comerciales y se habrían constituido meramente en pérdidas para la sociedad. En sí, el criterio de eficiencia que los economistas hacen resaltar no radica en el traspaso de bienestar del productor al consumidor, ni del gobierno al consumidor (solo en caso de que las barreras consistan en aranceles), pero sí en la obtención de las áreas *b* y *d* (y eventualmente *c* cuando las barreras no son arancelarias), que de otra forma nadie hubiese podido aprovechar, lo cual conduce a una situación óptima en el sentido paretiano.²⁹

Como resultado de este análisis abstracto, los economistas no dudan en señalar que la liberalización comercial resulta beneficiosa, exceptuando los casos en los que los países son de tal dimensión que pueden afectar los precios internacionales y por lo tanto les puede convenir restringir el comercio de modo tal que exploten las ganancias que les concede una posición monopólica o de dominio en el mercado.³⁰ Sin embargo, fuera de estas salvedades, los gobiernos persiguen muy a menudo políticas comerciales que de acuerdo con el análisis costo-beneficio resultan completamente ineficientes. La explicación que encuentran Krugman y Obstfeld es que las políticas

²⁹ Se dice que una situación es eficiente u óptima en el sentido de Pareto (sobre la identidad de ambos conceptos, véase *The New Palgrave: a dictionary of economics*. Londres: The Macmillan Press Limited, vol. 3, 1987, p. 811: «[...] si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación)». COOTER, R. y T. ULEN. *Derecho y Economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 26.

³⁰ En estos supuestos especiales sí puede resultar eficiente para el país de dimensión significativa restringir el comercio, a pesar de que obtenga beneficios a costa del bienestar de sus contrapartes comerciales. Un clásico ejemplo de este supuesto es el cartel del petróleo ejercido por los miembros de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) para restringir la producción y exportación de barriles de crudo. KRUGMAN, P. y M. OBSTFELD. *Ob. cit.*, pp. 223-224.

de los gobiernos reflejan objetivos que se hallan más allá del simple cálculo costo-beneficio y por lo tanto, existe un factor exógeno que hay que considerar.³¹

2.3. Las realidades internas del diseño de la política comercial nacional

Conforme a los postulados de la concepción tradicional del realismo político, el gobierno actúa como maximizador de una determinada función de utilidad.³² En principio, de acuerdo con una perspectiva económica normativa, el gobierno debería dar prioridad a la maximización del interés nacional como un todo, tomando en cuenta a todos los agentes que participan en una economía, es decir, tanto a productores como a consumidores. Sin embargo, la perspectiva positiva indica que el gobierno tiende a maximizar su utilidad en términos de su futuro político.³³

El objetivo de un político es evidentemente lograr el éxito político, y para ello requiere conseguir el mayor apoyo posible por parte de los gobernados.³⁴ Por consiguiente, un político que necesite contar con una mayoría para lograrlo, estará dispuesto incluso a comprar dicho apoyo ofreciendo a cambio una redistribución de la riqueza a favor de los que lo apoyarían.³⁵

En este sentido, a pesar de que las propuestas de liberalización comercial resultan socialmente eficientes y pueden determinar el interés nacional, e incluso beneficiar a un mayor número de público (lo cual es significativo para sistemas democráticos en

³¹ *Ibid.*, p. 218.

³² PETERSMANN, E. U. *Ob. cit.*, p. 6.

³³ KENEN, P. B. *Ob. cit.*, p. 219.

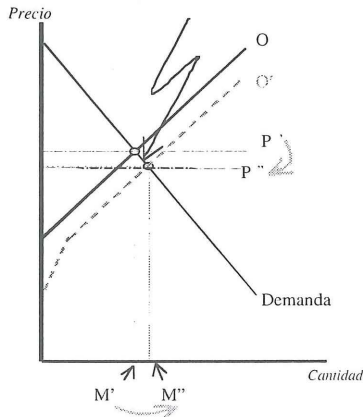
³⁴ En el caso de sistemas democráticos creemos que esto se traduce en la mayor cantidad de votos. En el caso de los no democráticos, en el apoyo de las personas e instituciones que posean el poder.

³⁵ OLSON, M. *Power and Prosperity, outgrowing communism and capitalism dictatorship*. Nueva York: Basic Books, 2000, p. 16.

los que una persona significa un voto), se presenta el llamado problema de la *acción colectiva*, según el cual, grupos menos numerosos pero más organizados logran influir en las decisiones de política comercial para la redistribución de la riqueza.³⁶

Sin embargo, el problema que se presenta para la clase política nacional se da con la situación inversa, en la que sus grupos de apoyo político se ven afectados por medidas tomadas por otros gobiernos en el extranjero al momento de hacer ingresar o comercializar sus productos en otros mercados. En este caso, como se puede apreciar en el gráfico n.º 2, las restricciones a las exportaciones abaratan el precio de los productos en el mercado nacional, de P' a P'' , debido al aumento de la cantidad ofertada, de M' a M'' , en tanto esta no se puede colocar en el extranjero. Esto genera un incremento del bienestar social para el mercado doméstico representado por el triángulo señalado por la flecha curva:

Gráfico N.º 2



³⁶ OLSON, M. *The Logic of Collective Action, Public goods and the theory of groups*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1998, pp. 10 y ss.

No obstante, como sucede con la imposición de restricciones a las importaciones, los grupos mejor organizados pueden ejercer influencia sobre el gobierno y exigir algún tipo de negociación o arreglo con el gobierno extranjero que impone las restricciones. A falta de reglas en un *estado de naturaleza*, cualquier tipo de solución queda a simple criterio de las partes.

De lo expuesto previamente se presentan dos situaciones paradójicas. Por una parte, los gobiernos ceden a las pretensiones de grupos de presión internos a efectos de restringir el comercio. Por otra, los gobiernos exigen un trato no discriminatorio y no restrictivo al comercio de sus principales productores-exportadores en el extranjero.

Como algunos especialistas han planteado, se da una situación en la que, si los países cooperan limitando su discreción en el manejo de su política comercial, podrían maximizar su bienestar conjunto. Sin embargo, debido a los aspectos políticos internos, a la tradición de actuación unilateral y de maximización individualista como parte del marco institucional en el que se han desarrollado muchos de los aspectos de las relaciones internacionales, los Estados también se encuentran incentivados a no cooperar y buscar el *beneficio* individual. Esta situación ha sido caracterizada por los especialistas en análisis estratégico como el *dilema del prisionero* y ha sido utilizada para comprender el funcionamiento de diversas áreas de las relaciones internacionales en la que los Estados se encuentran en la disyuntiva entre cooperar o no.³⁷

³⁷ Para una apreciación general de la aplicación de la Teoría de Juegos y del análisis estratégico en el Derecho Internacional, véase CASS, R. «Economics and International Law», *New York University Journal of International Law and Politics*, NYU Press, vol. 29, n.º 4, 1997.

2.4. El dilema del prisionero y las negociaciones internacionales

El llamado dilema del prisionero es un esquema de juego frecuentemente utilizado para plantear situaciones de conflicto en las que, no obstante presentarse alternativas e incentivos para la no cooperación, existe un margen para cooperar.³⁸ En el plano internacional el dilema del prisionero es utilizado para analizar situaciones en las que existe posibilidad de cooperación, especialmente con respecto a asuntos regulatorios, tales como el comercio, en los que el criterio de eficiencia puede desempeñar un papel más central en la función de *utilidad* de los Estados que en materias tales como la seguridad internacional.³⁹ Así por ejemplo Yarbrough y Yarbrough consideran que la creación de un régimen de comercio liberal es necesariamente una actividad cooperativa a pesar de que las partes en esta actividad tengan incentivos para comportarse no cooperativamente.⁴⁰

³⁸ El *dilema del prisionero* fue llamado así por Albert Trucker, aunque ya era bien conocida la estructura del juego desde los trabajos de Dresher y Flood. La historia que sirve de base al dilema del prisionero se refiere a dos sujetos o jugadores, A y B, quienes, por no poder cooperar entre sí, terminan realizando las acciones que dan resultados menos eficientes para ambos, con un costo sumamente alto por no cooperar. Al ser detenidos por la policía se les imputa un delito que nunca cometieron. Ambos son incomunicados entre sí y naturalmente se declaran inocentes. No obstante, cada uno, por separado, recibe la propuesta de acusar al otro, a cambio de la libertad inmediata. Si cada uno no acepta, tiene que soportar la detención por el tiempo que dure la investigación. Si ambos no se incriminan recíprocamente, serán detenidos por el período de la investigación más el tiempo que dure investigar si existió un acuerdo previo de no incriminarse mutuamente. Si uno acepta la propuesta e incrimina al otro y este no lo hace, será puesto en libertad y el otro será condenado a cumplir la pena que corresponde al delito «investigado». Si ambos se culpan recíprocamente permanecerán detenidos como sospechosos del delito debido a las acusaciones recibidas.

³⁹ CASS, R. *Ob. cit.*, p. 35.

⁴⁰ YARBROUGH, B. V. y R. M. YARBROUGH. «Free Trade, Hegemony, and the Theory of Agency». *Kyklos*, vol. 38, 1985, p. 348.

De esta manera, el dilema del prisionero se utiliza para plantear los conflictos de intereses relativos a la liberalización comercial.⁴¹ El clásico y más simple esquema identifica a dos países como los jugadores, con las alternativas de liberalizar o no liberalizar y con pagos mixtos dependiendo de las alternativas que tomen en conjunto. El cuadro n.º 1, tomado del texto de Krugman y Obstfeld,⁴² muestra la distribución de acciones y de pagos correspondientes a un hipotético caso de guerra comercial entre los Estados Unidos de América y Japón, a los que denominaremos A y B:

Cuadro N.º 1

PAISES		PAIS B	
		Acciones	Libre Comercio
PAIS A	Libre Comercio	10	20
	Protección	-10	-5
		20	-5

Desde un punto de vista de eficiencia, la situación óptima se da cuando ambos países optan por regímenes de libre comercio, obteniendo 20 en conjunto y 10 individualmente. Sin embargo, desde un punto de vista individual, la situación más ventajosa se da cuando se opta por proteger mientras que la

⁴¹ Véase KRUGMAN, P. y M. OBSTFLED. *Ob. cit.*, pp. 235-236 y SALVATORE, D. *Economía Internacional*. Mexico: Prentice Hall, 1995, pp. 316-318.

⁴² KRUGMAN, P. y M. OBSTFLED. *Ob. cit.*, p. 235.

contraparte liberaliza. En este caso se obtiene 20 por proteger, mientras que la contraparte obtiene -10. Viceversa, la situación más desfavorable se da cuando se opta por el libre comercio mientras la otra parte decide proteger su industria nacional. En este supuesto se obtiene -10 mientras la otra parte obtiene 20. Los incentivos se dan por lo tanto para liberalizar si y solo si la contraparte lo hace. Si no, los beneficios esperados se vuelven negativos. ¿Cómo tener certeza de que la contraparte va a liberalizar para lograr el mayor pago conjunto? Por otra parte, teniendo esta certeza, ¿no resulta conveniente, desde el punto de vista de la maximización del *interés nacional*, proteger para así conseguir el mayor pago individual? Si ambos países analizan sus opciones políticas de la misma manera, se obtiene el menor pago conjunto. Si adicionalmente se considera que este *juego* se reproduce repetidamente en el tiempo, ambos países incurrirían en grandes pérdidas en el largo plazo por falta de cooperación, lo cual resulta el peor resultado deseado desde un punto de eficiencia.

¿Cómo lograr la cooperación? De acuerdo con las características institucionales de la sociedad internacional en la que los Estados no están sometidos a poder o jurisdicción alguna, consideramos que se puede aplicar por analogía el planteamiento de Morgenthau con respecto a los mecanismos para alcanzar la cooperación en materia de paz internacional:

En un mundo cuya fuerza motriz es la aspiración de las naciones soberanas en pos del poder, la paz solo puede mantenerse mediante dos artificios. Uno es el mecanismo autorregulatorio de las fuerzas sociales, que se manifiesta a través de la lucha por el poder en el campo internacional o, dicho de otro modo, por el equilibrio de poder. El otro consiste en limitaciones normativas a esa lucha, bajo forma de leyes internacionales, moralidad internacional y opinión pública mundial.⁴³

⁴³ MORGENTHAU, H. *Política entre las naciones. La lucha por el poder y la paz*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986, p. 35.

Se podría caracterizar los mecanismos que Morgenthau propone como: (a) mecanismos de autorregulación, por los que no existe necesidad de arribar a un acuerdo explícito, ya que los incentivos para actuar de manera cooperativa son compatibles con los intereses individuales de los agentes involucrados⁴⁴ y (b) mecanismos de compromiso o normativos, consistentes en acuerdos explícitos con obligaciones concretas y garantías ante el incumplimiento de alguna de las partes. Este mecanismo se justificaría en el reconocimiento de que, si bien existen intereses de cooperación en un largo plazo y, por lo tanto, de respetar las obligaciones internacionales durante este transcurso, también existen presiones de política interna de corto plazo que pueden poner en entredicho aquellos intereses y menoscabar las obligaciones contraídas.

Dados los incentivos de Estados para actuar de manera unilateral en materia comercial y las presiones internas que reciben de los grupos organizados para proteger su mercado, parece poco factible la idea de que se pueda dar una liberalización espontánea, sin necesidad de que sea acordada.

Por otra parte, como lo señalan Krugman y Obstfeld, las negociaciones y los acuerdos comerciales internacionales presentan ventajas para lograr la liberación comercial que no se obtienen mediante políticas unilaterales principalmente por dos razones: (a) un acuerdo de concesiones comerciales mutuas permite movilizar el apoyo de importadores que compiten con la industria nacional y de exportadores que eventualmente podrían ver perjudicado su acceso a mercados extranjeros por restricciones impuestas por otros países; y (b) los compromisos y las obligaciones legalmente vinculantes emanadas de dichos acuerdos permiten evitar que los países se vean envuel-

⁴⁴ BINMORE, K. *Teoría de Juegos*. Madrid: Mc Graw-Hill/Interamericana de España, 1994, p. 20. ¿Se podría señalar que no utilizar armas nucleares en conflictos armados es una manifestación de este mecanismo de autorregulación? Probablemente sí.

tos en las llamadas *guerras comerciales*, que bajo nuestro esquema del dilema del prisionero se presentan cuando los países optan por políticas no cooperativas de protección.⁴⁵

De manera coincidente, los propósitos que se persiguen con la utilización de acuerdos comerciales internacionales concuerdan con las funciones que cumplen los tratados en Derecho Internacional. Carrillo Salcedo ha señalado en relación con esto último lo siguiente:

[...] los tratados cumplen dos importantes funciones en Derecho Internacional: de una parte, son instrumentos jurídicos mediante los que los Estados pueden limitar o modificar las competencias que el Derecho Internacional les concede y reconoce; de otra, son cauce jurídico para la satisfacción y regulación de intereses comunes de los Estados, esto es, un instrumento jurídico de extraordinaria importancia para la regulación jurídica de las relaciones de coexistencia y de cooperación entre los Estados soberanos.⁴⁶

Sin embargo la norma acordada puede ser diferente a la norma aplicada. En este último proceso cada Estado es libre de apreciar «la medida de la obligación que le incumbe y las condiciones de su ejecución».⁴⁷ Así, a pesar de que existe el consenso en la comunidad de Estados de que las normas que regulan la conducta internacional sean exigidas por poderes externos a ellos, la inexistencia de una autoridad central para este propósito ha forzado que los Estados en algunas ocasiones tengan que *tomar* la ley por sus propias manos a través

⁴⁵ KRUGMAN, P. y M. OBSTFELD. *Ob. cit.*, pp. 234-235.

⁴⁶ CARRILLO SALCEDO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 106.

⁴⁷ Este fenómeno es conocido como el *desdoblamiento funcional*. Véase PASTOR RIDRUEJO, J.A. *Ob. cit.*, p. 37; REMIRO BROTONS, A. *Derecho internacional público*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, p. 24. Para algunos, el desdoblamiento funcional refleja la falta de sumisión de los Estados a la regla del derecho internacional. DUPUY, Pierre-Marie. *Ob. cit.*, p. 8.

de la actuación propia (*self-help*) o la intervención en asuntos de otros Estados soberanos.⁴⁸

En el contexto del comercio internacional, Jackson reconoce que el proceso de implementación y cumplimiento de la norma internacional no se da puramente en el plano internacional y que más bien los Estados y la voluntad política nacional juegan un papel fundamental para su observancia.⁴⁹

De este modo, Dixit y Nalebuff destacan de manera muy directa los beneficios que sucesivas rondas de negociación han traído para las relaciones comerciales internacionales. Sin embargo, también hacen referencia a los problemas internos para la implementación de las obligaciones contraídas y las diversas formas en que los gobiernos han buscado librarse de los compromisos pactados:

Los aranceles son el instrumento más visible de restricción al comercio, y sucesivas rondas de negociación del GATT habían conseguido importantes reducciones mutuas en los aranceles de todos los países industrializados. Pero cada país seguía teniendo sus propias presiones políticas internas para restringir las importaciones. Así pues, poco a poco, los países fueron poniendo en práctica otros métodos menos visibles, como acuerdos de contención voluntaria, procedimientos de valoración aduanera, homologaciones obligatorias, prácticas administrativas restrictivas y complicados contingentes.⁵⁰

En efecto, Hudec señala que el GATT de 1947 fue concebido esencialmente como un compromiso de reducción arancelaria,

⁴⁸ JENNINGS, R. y A. WATTS. *Ob. cit.*, p. 10.

⁴⁹ «The norm application system is not totally an international procedure. National governments play extremely important roles in the process». JACKSON, J. H. *Ob. cit.*, p. 112.

⁵⁰ DIXIT, A. K. y B. J. NALEBUFF. *Pensar estratégicamente*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 110.

acompañado por otras obligaciones con el propósito de asegurar que el valor comercial de estas reducciones no se viera vulnerado por restricciones comerciales de otro tipo. En su opinión, el GATT de 1947 se asemejaba a un «código tributario» por la especificidad de sus disposiciones. Sin embargo, nunca constituyó una garantía completamente satisfactoria de cumplimiento dada la imposibilidad de prohibir todos los actos que en sede nacional pudiesen «anular o menoscabar» el valor comercial de las concesiones arancelarias.⁵¹

Las presiones internas pueden determinar que el Estado actúe contrariamente a la buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones que se derivan del principio *pacta sunt servanda*⁵² y busque subterfugios o *lagunas jurídicas* para dejar de perseguir el objeto y fin del tratado, a pesar del cumplimiento formal de las obligaciones asumidas. En alusión a ello, Jackson ha señalado irónicamente que el *ingenio* del hombre para idear mecanismos explícitos o encubiertos con el propósito de restringir la importación de productos competidores ha sido tan amplio que cualquier inventario de tales medidas restrictivas se convertiría rápidamente en una lista extensa. Añade que el ingenio nunca va a persistir y que, más bien, las instituciones nacionales e internacionales diseñadas para enfrentar esta problemática deben aceptar esta situación como parte de las circunstancias con las que deben lidiar.⁵³

Con una opinión semejante, Petersmann señala que aun cuando las obligaciones internacionales sean reconocidas como precondition necesaria para alcanzar un marco de cooperación

⁵¹ HUDEC, R. E. «The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence». *Essays on the Nature of International Trade Law*, Londres: Cameron May, 1999, pp. 18-19.

⁵² «[...] The obligation of good faith includes the obligation of a party to a treaty to abstain from acts calculated to frustrate the object and purpose of the treaty [...]». JENNINGS, R. y A. WATTS. *Ob. cit.*, p. 1206.

⁵³ JACKSON, J. H. *Ob. cit.*, p. 154.

mutuamente beneficioso, los acuerdos voluntarios sobre normas nacionales o internacionales pueden no darse si los ciudadanos y los gobiernos se preocupan de sus intereses de corto plazo (por ejemplo, eludir normas generales) en lugar de centrarse en los de largo plazo (por ejemplo, la observancia del imperio de la ley y un sistema libre de comercio).⁵⁴

2.5. El dilema del prisionero y la observancia de los acuerdos internacionales en materia de comercio

El dilema del prisionero es nuevamente de utilidad para plantear el problema que se presenta con respecto al cumplimiento de un acuerdo comercial. En el cuadro n.º 2, luego de las negociaciones y la celebración de un acuerdo internacional, los anteriores países se encuentran ante el *dilema* político de honrar sus obligaciones internacionales o no hacerlo.

Cuadro N.º 2

PAÍSES		PAÍS B	
Acciones		Respetar el Acuerdo de Libre Comercio	Incumplir el Acuerdo - Proteger
PAÍS A	Respetar el Acuerdo de Libre Comercio	10	20
	Incumplir el Acuerdo - Proteger	-10	-5
		10	-5

⁵⁴ PETERSMANN, E.U. «The WTO Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948». *Common Market Law Review*, 1994, n.º 31, p. 1157.

Bajo el esquema de juego planteado, los Estados tienen los incentivos para incumplir y lo único que puede detenerlos es la consideración de sus pérdidas en el largo plazo. Sin embargo, las perspectivas futuras difusas, de la mano con la presión concentrada de grupos económicos interesados en conseguir protección del gobierno de turno, pueden hacer fracasar cualquier intento de observar las obligaciones contraídas. De esta manera, el problema de la falta de cooperación subsiste, no obstante la existencia de obligaciones legalmente vinculantes que en teoría obligarían a los Estados a honrar sus compromisos.

Si las partes de un acuerdo comercial no pueden *autorregularse* en el cumplimiento de sus obligaciones, y dadas las características institucionales generales del sistema internacional, no se puede recurrir a una autoridad central ni jurisdicción obligatoria,⁵⁵ es necesario crear un mecanismo externo a ellas que permita dar una respuesta efectiva a estos *costos* posteriores a la materialización del acuerdo internacional, determinando los derechos y obligaciones en la aplicación concreta del acuerdo y estableciendo los medios legales para exigir el cumplimiento de las normas. Con ello, se busca brindar previsibilidad y estabilidad al sistema comercial y, a la par, solucionar con celeridad las controversias. Estas características no se encontraban presentes en el sistema de solución de diferencias del GATT.

3. El mecanismo de solución de diferencias del GATT

Las principales disposiciones del GATT de 1947 que establecían los procedimientos estándar para la solución de diferencias eran los artículos XXII y XXIII. Estas normas señalaban lo siguiente:

⁵⁵ KEOHANE, R. O. *Ob. cit.*, pp. 6-7.

Artículo XXII

Consultas

1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando estas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo.
2. Las PARTES CONTRATANTES podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para la que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1.

Como se puede apreciar, en virtud de esta disposición del GATT se establece un mecanismo político-consensual para la solución de diferencias y una obligación de comportamiento para que las partes involucradas en una controversia actúen cooperativamente para solucionarla, antes que una obligación de resultado a efectos de llegar a una solución específica.

La siguiente disposición general sobre solución de diferencias es el artículo XXIII del GATT según el cual:

Artículo XXIII

Anulación o menoscabo

1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:
 - a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o
 - b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o

c) que exista otra situación, arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ello. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.

2. Si las partes contratantes interesadas no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable o si la dificultad surgida es una de las previstas en el apartado c) del párrafo 1 de este artículo, la cuestión podrá ser sometida a las PARTES CONTRATANTES. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. Las PARTES CONTRATANTES podrán, cuando lo juzguen necesario, consultar a partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias. Cuando se suspenda efectivamente esa concesión u otra obligación con respecto a una parte contratante, esta podrá, en un plazo de sesenta días a contar de la fecha de aplicación de la suspensión, notificar por escrito al Secretario Ejecutivo 3 de las PARTES CONTRATANTES que es su propósito denunciar el Acuerdo General; esta denuncia tendrá efecto cuando expire un plazo de sesenta días a contar de aquel en que el Secretario Ejecutivo de las PARTES CONTRATANTES haya recibido dicha notificación.

3 Por decisión del 23 de marzo de 1965, las PARTES CONTRATANTES han cambiado el título del cargo de Jefe de la Secretaría del GATT, que antes era de «Secretario Ejecutivo» por el de «Director General».

Esta disposición afirma el rol de las consultas y la necesidad de cooperar en su desarrollo. Sin embargo, en ella se da un avance adicional en cuanto a la configuración del sistema de solución de conflictos y se establece un segundo mecanismo que por la formulación de los términos no se presenta ni como un mecanismo marcadamente adversarial ni tampoco consensual. Esta imprecisión ha traído desventajas en cuanto a la certeza de los derechos y estrategias procesales de las partes, pero a la vez beneficios al brindar la debida *flexibilidad normativa* como para permitir la evolución del sistema hacia lo que es en la actualidad.

Jackson ha afirmado que resulta justo señalar que el mecanismo de solución de diferencias del GATT era único en su tipo. Sin embargo, también constituía una de las debilidades institucionales del sistema multilateral de comercio.⁵⁶

3.1. Las deficiencias en previsibilidad

En torno a los objetivos que en la actualidad privilegia el sistema de solución de diferencias de la OMC, analizaremos las deficiencias del mecanismo de solución de diferencias del GATT en términos de previsibilidad y prontitud o celeridad.

3.1.1. Las deficiencias en términos de previsibilidad

A la luz del objetivo de previsibilidad y de otorgar seguridad institucional al sistema de comercio mundial, Hudec destaca tanto la ambigüedad de las disposiciones sobre solución de diferencias o *normas procesales* (en contraste con las *sustantivas*), así como la incertidumbre de las decisiones dadas en su

⁵⁶ «One of the interesting and certainly more controversial aspects of the GATT as an institution was its dispute-settlement mechanism. It is probably fair to say that this mechanism was unique. It was also flawed, in part because of the troubled beginnings of GATT». JACKSON, J. H. *Ob. cit.*, p. 112.

seno.⁵⁷ Con la misma opinión, Dixit y Nalebuff han señalado que las decisiones del mecanismo de solución de diferencias en el marco del GATT dependían más de los dictados de la política y la economía internacional que de las circunstancias concretas de cada caso en cuestión.⁵⁸ Desglosando ambas afirmaciones en los elementos a los que se refieren, tenemos: (a) falta de precisión en las normas procesales, y (b) falta de previsibilidad legal en las decisiones.

3.1.1.1. Falta de precisión en las normas procesales

La falta de precisión en las normas procedimentales podría deberse a las falencias institucionales generales de las que adolecía el sistema comercial del GATT, así como a un propósito deliberado de liberalizar la regulación de determinados aspectos sustantivos contenidos en el GATT, cuya determinación normativa habría acarreado elevados costos de transacción, e incluso el posible fracaso de la negociación.

A. Las falencias institucionales del sistema comercial del GATT

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la idea subyacente para la estructuración de un sistema económico mundial era la de un *trípode* comercial, financiero y monetario. En la Conferencia de Bretton Woods de 1944 se creó el Banco de Reconstrucción y Fomento (BIRF), encargado del financiamiento internacional (hoy Banco Mundial) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), encargado de regular los intercambios de monedas internacionales.

⁵⁷ Hudec ha señalado al respecto: «The GATT's enforcement procedures, by contrast [con respecto a las normas sustantivas], present a front of ambiguity and uncertainty which seems altogether odds with the lawyerlike precision of the code. [...] Legal decisions rendered under that procedure tend to be deliberately obscure, often leaving it unclear whether there has even been a legal ruling at all». HUDEC, R. E. *Ob. cit.*, p. 17.

⁵⁸ DIXIT, A. K. y B. J. NALEBUFF, *Ob. cit.*, p. 105.

Sin embargo no fue sino hasta la Conferencia Internacional de La Habana de 1947 y 1948 que se evaluó la conveniencia y la mejor forma de estructurar el sistema de comercio mundial.

En esta reunión se negoció por primera vez la liberalización de aranceles de manera multilateral, lo que representó un avance significativo en la materia, dado que hasta entonces las reducciones arancelarias se realizaban de manera bilateral, generándose problemas de *desviación de comercio*.⁵⁹

En esta oportunidad se negociaron cerca de 45 000 concesiones arancelarias que afectaban aproximadamente a una quinta parte del comercio mundial de aquel entonces —US\$ 10 000 000 (diez millones de dólares americanos)—.⁶⁰ El proceso de negociación internacional dio efecto y los Estados negociadores avanzaron hacia el objetivo de maximizar los beneficios de su interrelación.

Como resultado de este complejo proceso de negociación, se elaboró un texto de regulación, conocido como La Carta de La Habana, en el que, además de incluir las concesiones arancelarias como parte integrante de la misma, se negociaban los aspectos más significativos para el proceso de liberalización en un mediano y largo plazo: regulaciones sustantivas en ma-

⁵⁹ Con anterioridad a este intento de regulación multilateral comercial, las únicas negociaciones que se realizaban se hacían en forma bilateral o regional, generando las llamadas *desviaciones de comercio* en perjuicio de los países que no participaban en los acuerdos alcanzados. Por desviación del comercio se entiende el reemplazo de las importaciones de un origen por otro, no por razón de reducción de precios, debido a eficiencias, sino debido a mayores concesiones comerciales. En sí, significa optar por el producto *menos eficiente* en términos de costos gracias a las prerrogativas brindadas por el gobierno a determinado socio comercial. Sobre desviación de comercio véase KRUGMAN, P. y M. OBSTFELD. *Ob. cit.*, p. 243.

⁶⁰ OMC. *Con el comercio hacia el futuro: OMC, La Organización Mundial del Comercio*. División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación de la OMC, 1998, p. 8.

teria comercial, y además normas en materia de empleo, convenios sobre productos básicos, prácticas comerciales restrictivas, inversiones internacionales y servicios.⁶¹

Debido a los alcances de estas negociaciones, se consideró que para velar por el cumplimiento de las concesiones alcanzadas sería conveniente constituir una organización internacional que llevaría el nombre de Organización Internacional del Comercio (OIC).

La Carta de La Habana fue un instrumento bastante completo tanto en su alcance temático como en las regulaciones concretas de cada tema abordado. Sin embargo, desde la firma de su texto el 30 de noviembre de 1947 hasta el período en que las partes negociadoras tuvieron que manifestar su consentimiento, se produjeron determinadas circunstancias políticas que impidieron su aceptación por parte de los Estados Unidos.⁶² Así, a pesar de que el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos, principal propulsor de la liberalización del comercio bajo un régimen internacionalmente organizado, impulsó la realización de la Conferencia de La Habana y las negociaciones comerciales en el marco de esta, el Senado de ese país se opuso a ratificar los términos del documento final de esta conferencia. Por este motivo, este instrumento nunca entró en vigor para los Estados Unidos y, en consecuencia, las demás partes negociadoras, al observar que el principal socio comercial no se vinculaba formalmente con la carta ni menos aun pretendía dar vida a la OIC, tampoco optaron por avalar el sistema.⁶³ Las presiones internas estadounidenses lograron

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Detalles sobre la denegatoria por parte del senado estadounidense pueden encontrarse en HUDEC, R. E. *Ob. cit.*

⁶³ El problema de los Estados Unidos no era la liberalización del comercio en sí, sino que para conseguir este fin el Gobierno de la nación vencedora de la Segunda Guerra Mundial se tuviese que someter a un ente jurídico internacional, por encima de la jurisdicción estadounidense.

dejar de lado los beneficios de largo plazo de la liberalización comercial, lo que trajo como consecuencia incertidumbre sobre el futuro del sistema comercial mundial.

Esta circunstancia no contemplada originalmente llevó a una modificación radical de la estructura prevista y ya negociada para el sistema comercial mundial de posguerra. El fracaso de La Carta de La Habana y de la OIC dejó el trípode económico mundial incompleto.

Sin embargo, a pesar de este fracaso, y dadas las concesiones arancelarias ya alcanzadas sobre la quinta parte del comercio mundial, se consideró necesario idear algún mecanismo para mantener estas concesiones vigentes.

Antes de la negativa estadounidense ya se había acordado que tanto las concesiones como las disposiciones comerciales sustantivas correspondientes al Capítulo de Política Comercial de la Carta de La Habana, que permitirían protegerlas de conductas de mala fe y darles efectividad, formarían un instrumento provisional de aplicación cuasi inmediata, mientras se esperaba la entrada en vigor de la frustrada Carta de La Habana.⁶⁴

Así, de manera cuasi *improvisada* y provisional, con carácter netamente arancelario y sin una organización de respaldo para velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas, surge el GATT de 1947, principal instrumento internacional en materia de comercio multilateral, que regiría las relaciones comerciales multilaterales en todo el mundo por 47 años, exactamente desde el 1 de enero de 1948 hasta el 31 de diciembre de 1995.

En cuanto al ente administrador de las normas y procedimientos relacionados con la solución de controversias, el fracaso de la OIC deja al sistema comercial sin institución for-

⁶⁴ HUDEC, R. E. *Ob. cit.*, pp. 21 y ss.

mal. A raíz de ello, las partes contratantes, actuando en conjunto para poder tomar decisiones consensuadas se hicieron llamar las PARTES CONTRATANTES. En la práctica, la Organización Internacional actúa de facto simplemente como el GATT.

La falta de una estructura de organización formal habría motivado en buena cuenta que el consenso sea la regla para la toma de decisiones.⁶⁵

Es probable por lo tanto que, en el camino entre La Carta de La Habana y el GATT de 1947, se hallan quedado diversas disposiciones procesales que solo hubiesen sido aplicables de contar con una estructura institucional formal. Así por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia como último recurso de apelación, tal como estaba previsto en La Carta de La Habana, no fue contemplada por el GATT.⁶⁶ No obstante, al parecer, las razones para una ambigüedad en las normas de procedimientos respondieron a otra lógica asociada con la negociación de las disposiciones originales del GATT.

Con respecto al valor jurídico de las decisiones del GATT, como bien lo señala Jackson en relación con el sistema de solución de diferencias, las normas procesales eran tan ambiguas que en su configuración inicial no existía claridad sobre el carácter vinculante de sus decisiones.⁶⁷

B. Las lagunas racionales en las disposiciones del GATT

Como lo señala Hudec, hubo una negociación exhaustiva de las normas sustantivas y se incurrió en considerables costos

⁶⁵ FOOTER, M. «The Role of Consensus in GATT/WTO Decision-making». *Journal of International Business*, n.º 653, 1996, pp. 658-680.

⁶⁶ HUDEC, R. E. *Ob. cit.*, p. 25.

⁶⁷ JACKSON, J. H. «The WTO dispute settlement understanding – misunderstandings on the nature of legal obligation». En: Cameron, James y Karen CAMBELL. *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*. Cameron May, 1998, p. 72.

para su formulación final. Sin embargo, lo mismo no aconteció con respecto a las normas de procedimiento para la solución de diferencias en el GATT, las cuales matizaban, de manera no del todo precisa, procedimientos que podían ser considerados judiciales con otros político-diplomáticos, en los artículos XXII y XXIII del GATT. La respuesta sobre las normas sustantivas se basaba en el efecto de cualquier medida antes que en la ilicitud del acto generador. El concepto de *anulación o menoscabo*, con o sin violación de disposiciones, buscaba prevenir comportamientos *oportunistas* que, sin infringir las normas explícitamente, anulaban los beneficios concedidos.

La experiencia en los acuerdos comerciales de la década de los años 30 había enseñado que era inútil tratar de prever todos los supuestos en que existiría vulneración de las expectativas sobre las ventajas comerciales concedidas, así como sobre el cumplimiento de los objetivos de los acuerdos. En razón de ello, muchos Estados escapaban al cumplimiento de las disposiciones de los acuerdos comerciales, dejando sin sentido la estipulación convencional. No obstante ello, nos parece que la simple conducta en contra de los objetivos del GATT implicaría, bajo las reglas de Derecho Internacional Público, una violación del deber de honrar las obligaciones internacionales contraídas de buena fe.

El efecto económico de la cláusula general de anulación o menoscabo es evitar incurrir en excesivos costos de transacción al momento de formular el acuerdo (por ejemplo, previendo todos los supuestos imaginados e imaginables que podrían suceder y asignando los riesgos entre las partes). La idea es reducir los costos de negociación para trasladarlos al momento de ejecutar las obligaciones y determinar el alcance de las disposiciones.

En el ámbito nacional, los contratos no requieren este tipo de cláusulas. Aquellas obligaciones que no han sido previstas en los acuerdos pueden exigirse ante el Poder Judicial, en aplica-

ción de las disposiciones supletorias previstas en la normatividad sobre responsabilidad contractual. La normatividad y el Poder Judicial cumplen un papel fundamental para la minimización de costos de transacción *ex ante*, otorgando previsibilidad y certeza en cuanto al cumplimiento de los objetivos de un acuerdo entre particulares.

Sin embargo, en el plano internacional general, no existe esta posibilidad de cláusula general de responsabilidad por los efectos de actos que no necesariamente son *ilícitos* internacionales, a menos que exista alguna disposición expresa que atribuya dicha responsabilidad.⁶⁸ Por lo tanto, en defecto de esto, las asignaciones de riesgos y pérdidas durante la ejecución del tratado (los llamados *costos ex post* a la conclusión del acuerdo) quedan a merced de los criterios que se haya establecido convencionalmente, o por la práctica jurisprudencial para atribuir el *daño*.

Sobre esta afirmación cabe hacer dos precisiones. Primero, si bien el artículo XXIII fue inicialmente previsto para hacer frente a los efectos adversos de medidas que pudiesen ser lícitas o no a la luz de las disposiciones sustantivas del GATT, y el incumplimiento de los objetivos del GATT, la práctica determinó que para el caso de *anulación o menoscabo* con motivo de violación de disposiciones del GATT, se presume, *prima facie*, la existencia de dicho efecto al momento en que se demostrase la violación.⁶⁹ Segundo, si bien las decisiones en el sistema GATT han servido de base para futuras decisiones, estas no tienen el carácter de precedentes y más aun, en el marco del actual sistema de solución de diferencias, solo vinculan a las partes de la diferencia en concreto.⁷⁰

⁶⁸ BROWNIE, J. *Ob. cit.*, pp. 436 y 446-448.

⁶⁹ PETERSMANN, E.U. *Ob. cit.*, p. 1187.

⁷⁰ Este es el punto de vista sistémico del Órgano Permanente de Apelación expresado en el asunto *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, Órga-

El propósito de flexibilizar la utilización de diversos medios de solución de controversias, de acuerdo con las características de estas, habría hecho que el artículo XXIII del GATT contenga disposiciones permeables para la utilización de uno u otro mecanismo. Sin embargo, estas imprecisiones también habrían traído como consecuencia la falta de previsibilidad procesal para ejercer debidamente el derecho de defensa.

3.1.1.2. Falta de certidumbre en las decisiones

Diversas decisiones pueden haber sido cuestionadas debido a su legalidad con respecto al marco sustantivo del GATT.⁷¹ Esta deficiencia pudo haber traído como consecuencia mensajes equívocos para los miembros del sistema comercial del GATT, y a la vez, la generación de determinadas expectativas para casos posteriores en los que los supuestos de hecho resultaban siendo los mismos o similares. Como se aborda más adelante, el establecimiento de una segunda instancia que guarda uniformidad de criterios para diferentes casos y que esté obligada a atenerse a las disposiciones de los Acuerdos Multilaterales de la OMC garantiza la disminución de la incertidumbre en cuanto a criterios legales. Cabe no obstante precisar que la jurisprudencia en la OMC tiene carácter vinculante exclusivamente para las partes en la controversia.

3.2. Las deficiencias en términos de celeridad

En cuanto al objetivo de prontitud o celeridad para evitar el *desequilibrio* en los derechos y obligaciones emanados del sis-

no de Apelación, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, sección E.

⁷¹ Véase por ejemplo los informes de los grupos especiales del GATT sobre *Beneficios Familiares Belgas*, G/32 - 1S/59, adoptado el 7 de noviembre de 1952; *Legislación Tributaria de los Estados Unidos (DISC)*, L/4422 - 23S/98, presentado al Consejo de Representantes el 12 de noviembre de 1976 (no adoptado).

tema jurídico, se ha afirmado a grandes rasgos que la demora en los procedimientos de solución de diferencias podía generar incluso la desaparición de las industrias involucradas.⁷²

Ya se ha mencionado anteriormente que el concepto de previsibilidad y equilibrio de derechos y obligaciones es un concepto dinámico que involucra la necesidad de remover la afectación lo antes posible, a fin de minimizar los efectos negativos de la distorsión.⁷³

Como acertadamente lo señala Davey, uno de los principales problemas del sistema de solución de diferencias del GATT eran las demoras causadas por la llamada regla del consenso positivo y por las demoras normales en la evaluación de las diferencias.⁷⁴ Debido a las deficiencias congénitas, se malentendió que el mecanismo debía a la vez basarse en el consenso de las partes contratantes para efectos de adoptar las decisiones de procedimiento. La regla del consenso se convirtió así en un mecanismo de veto por el cual la parte perdedora de un informe de grupo especial podía oponerse a su adopción. El derecho a veto se extendió no solo a la adopción del informe, sino también al establecimiento del grupo especial y a la autorización para la suspensión de concesiones en caso de persistencia en la anulación o menoscabo.

La posibilidad de vetar decisiones sobre solución de diferencias radicaba en dos argumentos: a) dado que el proceso de solución de diferencias debía estar basado en soluciones negociadas o consensuadas antes que en la determinación de derechos y obligaciones, no se podía aceptar que una parte sea perdedora y la otra ganadora, y b) debido a la responsabilidad de

⁷² KRUGMAN, P. y M. OBSTFELD. *Ob. cit.*, p. 240.

⁷³ Véase arriba, pp. 7 y ss.

⁷⁴ DAVEY, W. «Dispute Settlement in GATT». *Fordham International Law Journal*, 1987, vol. 11, n.º 1, pp. 91, 94 y 95.

las PARTES CONTRATANTES en la interpretación del GATT, no podía existir, en ausencia de consenso, una interpretación válida de las disposiciones de dicho acuerdo.⁷⁵

Como se afirmó previamente, la flexibilidad (por no decir ambigüedad) del diseño normativo en los artículos XXII y XXIII del GATT permitió superar paulatinamente los obstáculos puestos por estas deficiencias a través de una evolución de aproximadamente 50 años.

3.3. Evolución del mecanismo desde el GATT hasta la OMC

3.3.1. Los primeros años de funcionamiento

Como lo señala Montaña y Mora, durante los primeros años de funcionamiento del GATT se encomendaba la solución de las diferencias a grupos de trabajo en los que estaban representadas las partes. Dichos grupos podían calificarse como comisiones de conciliación, en las que la presencia de las partes daba una dimensión muy importante a la técnica de negociación. No parece haber duda de que los mencionados grupos de trabajo deben ser calificados como medios político-diplomáticos de solución de diferencias.⁷⁶ Por la cantidad reducida de partes contratantes, las diferencias se solucionaban de manera relativamente eficaz, contando con el consenso de todos. Durante estos años se plantearon 23 reclamaciones, las cuales fueron sometidas a este mecanismo de solución política.⁷⁷

Definitivamente este mecanismo representaba bajos costos en la administración de los mecanismos de solución de diferencias. Además, brindaba mayor legitimidad a las decisiones por

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ MONTAÑA Y MORA, M. *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 77.

⁷⁷ HUDEC, R. E. *Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Modern GATT Legal System*. Salem: Butterworth Legal Publishers, 1993, pp. 375-376.

el consenso requerido, lo que facilitaba a su vez la implementación de las mismas. Sin embargo, por otra parte, podía generar otros inconvenientes en lo referente a la forma de interpretación y aplicación de las obligaciones y compromisos pactados, si es que las soluciones se ubicaban fuera del marco de los acuerdos.

Esta forma de solución de diferencias podía significar para los gobiernos un mecanismo eficaz que minimizaba sus costos. Sin embargo, en términos de los particulares se podía entender como una forma de generar impredecibilidad sobre las reglas comerciales asumidas, si estas eran modificadas como parte de las soluciones alcanzadas.

3.3.2. Las innovaciones de 1952

En la sesión de las PARTES CONTRATANTES de 1952, el director de la sesión decidió la formación de un grupo especial para que considerara ciertas reclamaciones presentadas. Estaba compuesto por representantes de varias naciones, ninguna de las cuales estaba involucrada en la controversia.

Su mandato era «considerar, consultando a los representantes de los países directamente afectados y otros países interesados, las quejas transmitidas al grupo especial y transmitir averiguaciones y recomendaciones a las PARTES CONTRATANTES». La manera de proceder del grupo especial fue parecida a la de un tribunal. Realizó audiencias y consideró su informe en privado, sin perjuicio de haber realizado sus averiguaciones con los países afectados.⁷⁸

En 1955 se señaló que el grupo especial daba lugar a una resolución de las diferencias más objetiva, mientras que los grupos de trabajo ponían más énfasis en el compromiso político.⁷⁹

⁷⁸ *Ibíd.* p. 68.

⁷⁹ MONTAÑA Y MORA, M. *Ob. cit.*, pp. 68-69.

Esto significó un paso de un sistema basado en medios de solución cooperativa-política a un sistema más objetivo y legalista, aunque adversarial pero sin compromiso de por medio. A pesar de que ya no estaban presentes las partes de la diferencia, se mantuvieron las características fundamentales de la conciliación y la naturaleza esencialmente diplomática del procedimiento: se trataba de un mecanismo híbrido, político-diplomático en muchos aspectos pero cuya decisión recaía en un tercero. El mecanismo podía representar mayores costos para la implementación de la solución pero proveía sin embargo de una mejor objetividad para la determinación de derechos y obligaciones y de los beneficios esperados sobre los compromisos asumidos, aminorando el costo de la incertidumbre para los particulares.

No obstante, la aparición de grupos especiales no significó la desaparición de los grupos de trabajo. Así como lo señalan Swacker, Redden y Wenger en los años 60, las PARTES CONTRATANTES a menudo utilizaban grupos de trabajo más que grupos especiales en materias de difuso interés político y aplicación práctica. Por ejemplo, las consecuencias para el GATT de la ampliación de la Comunidad Europea de seis miembros a nueve, como resultado de la incorporación de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, fueron revisadas por un grupo de trabajo y no por un grupo especial.⁸⁰ La relevancia de utilizar grupos especiales o recurrir a grupos de trabajo, comités u otras instancias políticas de la Organización para tratar asuntos de corte mayormente jurídico o político es hasta la fecha un tema controversial, como lo veremos más adelante.

⁸⁰ SWACKER, F., K. REDDEN y L. B. WENGER. *World trade without barriers. Comparative Dispute Resolution-Public and Private*. Charlottesville: Michie Butterworth, 1996, vol. 2, p. 448.

3.3.3. La práctica desde 1952 hasta la Ronda de Tokio

En 1962 se dio un importante informe de un grupo especial que estableció una presunción procesal que modificó de ahí en adelante las características del sistema de solución de diferencias y marcó la orientación a un mecanismo legalista.

En el informe del grupo especial encargado de examinar el Recurso del Uruguay al artículo XXIII se estableció lo siguiente:

En aquellos casos en que se produzca claramente una infracción a las disposiciones del Acuerdo General o en que, en otros términos, las medidas sean contrarias a esas disposiciones o no las autorice el Protocolo que rija la aplicación del Acuerdo General por la parte contratante interesada, esas medidas constituirán a primera vista un caso de anulación o menoscabo de una ventaja y entrañarán *ipso facto* la cuestión de dilucidar si las circunstancias son suficientemente graves para que esté justificada la autorización de suspender ciertas concesiones u obligaciones.⁸¹

A partir de esta consideración del grupo especial se desarrolló la teoría de la presunción de anulación o menoscabo cuando se trata de medidas que contravienen disposiciones del GATT.

Según un principio general de Derecho, la carga de la prueba recae sobre la parte que afirma algo, a no ser que el Derecho establezca una presunción en contrario.⁸² En aplicación de este principio, las reclamaciones ante el grupo especial debían sustentar los elementos señalados implícitamente en el artículo XXIII del GATT:

⁸¹ OMC. *Guía de normas y usos del GATT, Índice Analítico*. OMC, 1995, p. 726.

⁸² KAZAZI, M. *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals*. La Haya: Kluwer Law Internacional, 1996, p. 117.

- i) acto generador: la medida en cuestión,
- ii) el efecto causado: anulación o menoscabo o incumplimiento de objetivos del GATT, y
- iii) la relación causal

De acuerdo con la presunción establecida por este grupo especial, la carga de la prueba sobre la anulación o menoscabo o incumplimiento de los objetivos del GATT para casos de violación de normas debía trasladarse al demandado una vez que el reclamante demostraba un caso *prima facie* de incumplimiento de las disposiciones del GATT.

Los grupos especiales del GATT confirmaron esta presunción, otorgándole con posterioridad carácter de presunción irrefutable sobre la generación de anulación o menoscabo.⁸³

Esta disposición tuvo repercusiones importantes no solo en la orientación legal del sistema, sino también en la disminución de costos del procedimiento. En efecto, la presunción *iure et de iure* significó dotar de importancia a las normas al considerar que no es necesaria la verificación de efectos negativos para la consideración de que existe anulación o menoscabo. Por otra parte, significó reducir los costos de probanza para el reclamante.

En otro aspecto, el 5 de abril de 1966 se adoptó una decisión para las diferencias entre países desarrollados y en vías de desarrollo, lo que supuso una mejor consideración para los países en desarrollo y un rol más activo para el Director General en la mediación de diferencias que involucren a países en desarrollo. Como desarrollaremos en el capítulo 3, para algunos significó la flexibilización de los objetivos de cooperación recíproca.⁸⁴

⁸³ PETERSMANN, E.U. *Ob. cit.*, 1998, p. 84.

⁸⁴ Véase abajo, capítulo 3, apartado 3.1.

Además de esta tendencia a favor de los países desarrollados, la práctica puso de manifiesto otras carencias del procedimiento de solución de controversias, entre las que destacaron: la falta de acceso automático a los grupos especiales, el retraso en su establecimiento, la dificultad para fijar sus términos de referencia, la ausencia de plazos estrictos, la dificultad de encontrar personas que reunieran los requisitos de capacidad e independencia, la falta de recursos humanos y económicos, la falta de adecuación de los procedimientos para la averiguación de los hechos, la dificultad para reabrir un procedimiento en caso de error manifiesto de un grupo especial, la ambigüedad de las normas que en ocasiones se debía aplicar, la falta de establecimiento de la regla del *non liquet*.⁸⁵

3.3.4. El entendimiento de solución de diferencias de la Ronda de Tokio de 1979

El Entendimiento de solución de diferencias de 1979 fue la primera norma que se negoció luego del GATT con el propósito de establecer reglas claras de procedimiento. Para esta negociación se tuvo en cuenta dos circunstancias particulares: i) la necesidad de codificar la costumbre desarrollada en la práctica del GATT y ii) la diversificación de los procedimientos de solución de diferencias de los diferentes códigos sustantivos que desarrollaron las disposiciones del GATT (i.e. el Código Antidumping, el Código sobre Subvenciones).

El Entendimiento y la Exposición acordada de la práctica consuetudinaria del GATT desarrollaron una codificación de la práctica consuetudinaria seguida por las PARTES CONTRA-TANTES a lo largo de los años.

El mismo Entendimiento señaló que debería proseguirse con la práctica consuetudinaria, reconociendo que el correcto fun-

⁸⁵ PETERSMANN, E. U. *Ob. cit.*, 1998, p. 84.

cionamiento del Entendimiento dependía de la voluntad de las PARTES CONTRATANTES de obligarse. Sin embargo en él se señaló que «[...] se tiene en cuenta que el ENTENDIMIENTO es una codificación de la práctica consuetudinaria [...]». La práctica estatal posterior a la Ronda de Tokio confirmó el carácter obligatorio del Entendimiento, basado principalmente en la costumbre internacional sobre la materia.⁸⁶

Así, el Entendimiento empezó reafirmando y reforzando las disposiciones relativas a notificaciones y consultas, con el objeto de ganar rapidez y eficacia. No se incluyó el tan reclamado *derecho al grupo especial* es decir, el derecho al establecimiento automático del mismo, pero se indicó que, en caso de que se estableciera, debería constituirse tan rápido como fuera posible, disponiéndose de un plazo máximo de treinta días.

El Entendimiento contemplaba también la intervención ante el grupo especial de terceros interesados, así como el derecho de los grupos especiales de requerir información o consejo a los individuos u organismos que se considerase conveniente.

El texto estableció que los grupos especiales deberían elaborar sus informes con rapidez, y en casos de urgencia, dentro de un período de tres meses.

El procedimiento sin embargo no sufrió la mínima mejora en relación con la ejecución de las recomendaciones de las PARTES CONTRATANTES. En caso de que no se cumplieran, lo máximo que podía hacerse era «[...] pedir a las PARTES CONTRATANTES que hagan lo necesario para hallar una solución adecuada [...]».

Debido a que los códigos negociados en el marco de la Ronda de Tokio contemplaban normas específicas en materia de so-

⁸⁶ *Ibid.*

lución de controversias, se produjo lo que se ha llamado la balcanización o fragmentación de los procedimientos. Mientras que para algunos códigos esta fragmentación permitió la adecuación del procedimiento a las particularidades y necesidades de sus disposiciones sustantivas, para otros representaba el riesgo de una mayor complejidad, el incremento de costos, la posibilidad de *forum shopping* y la diversificación de la *jurisprudencia del GATT*, que incrementaba el riesgo de incertidumbre.

Las diferencias más importantes entre los procedimientos de los códigos del GATT y el del Entendimiento fueron que, con base en algunos códigos, las partes tenían explícitamente «derecho a un grupo especial» y por otra parte, algunos acuerdos, como el Código sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, establecían plazos más estrictos.

3.3.5. La Decisión Ministerial de 1982

El 29 de noviembre de 1982 se dio la Declaración Ministerial de las PARTES CONTRATANTES del GATT, mediante la cual acordaron que el Entendimiento de 1979 constituiría el marco de referencia esencial para el desarrollo de los procedimientos, y que a pesar de que no era necesario enmendarlo, sí era necesaria la adopción de medidas para hacerlo más efectivo.⁸⁷

Se hizo nueve recomendaciones específicas para hacer más efectivo el mecanismo. Tres estaban orientadas a hacer el mecanismo más rápido, clarificando etapas procedimentales. Otras estaban orientadas a mejorar la calidad y la claridad de los informes y una invocaba a los gobiernos a poner a disposición delegados gubernamentales para la actuación de los grupos especiales.⁸⁸

⁸⁷ MONTAÑA Y MORA, M. *Ob. cit.*, p. 83

⁸⁸ HUDEC, R. E. *Ob. cit.*, p. 166.

Sin embargo, la más importante de estas disposiciones era aquella que invocaba a que se obtuviera decisiones y mandatos de acción claros, que no estuviesen sujetos a los criterios de solución política como los que primaron anteriormente,⁸⁹ por lo que se exhortaba a que las partes no hicieran uso de la oposición a la adopción de informes de manera arbitraria.⁹⁰

Adicionalmente, se reforzó el papel del Director General del GATT como conciliador o como buen oficiante con la facultad de establecer discrecionalmente y de manera especial los plazos para el establecimiento de los grupos especiales.

3.3.6. La práctica pre-Ronda Uruguay

La Decisión del 30 de noviembre del 1984 recoge la práctica del GATT en lo que se refiere a la composición de los grupos especiales y a ciertos aspectos relativos a las normas de procedimiento en el grupo especial, dando flexibilidad para que los miembros brinden facilidades a las partes. Muchas de las disposiciones del actual ESD se desprenden de esta norma.

Cabe señalar, por otra parte, que esta decisión constituye prueba de la *opinio juris* sobre la práctica procedimental realizada desde los inicios del GATT hasta antes de la Ronda Uruguay.

3.3.7. La Ronda Uruguay y la Declaración Ministerial de 1986

Si bien la codificación de la costumbre procedimental había brindado criterios de claridad sobre las reglas del procedi-

⁸⁹ *Ídem.*

⁹⁰ «Las PARTES CONTRATANTES reafirmaron que el consenso seguirá siendo el método tradicional de resolver las diferencias; sin embargo, acordaron que se evitará hacer obstrucción al proceso de solución de diferencias! [Esto se entiende perjuicio de las disposiciones del Acuerdo General sobre adopción de decisiones]». *Decisión de la Conferencia Ministerial de 1982*, OMC. *Ob. cit.*, p. 706.

miento, el sistema de solución de diferencias sufrió durante los años 80 un período de crisis debido a los casos difíciles que le tocó afrontar⁹¹ y que pusieron en peligro al sistema comercial multilateral.⁹²

En virtud de ello, urgió la necesidad de reformar el sistema en el marco de la nueva ronda de negociaciones multilaterales. Así, a través de la Declaración de Punta del Este del 20 de setiembre de 1986, se sentaron los objetivos de la negociación en materia de solución de diferencias. Estos fueron:

- asegurar la solución pronta y efectiva de las diferencias,
- que beneficie a las PARTES CONTRATANTES (como ente institucional),
- con la elaboración de disposiciones que faciliten el cumplimiento de las recomendaciones.⁹³

3.3.8. Las Decisiones de 1988 y 1989

El 4 de mayo de 1988 el Consejo General decidió retirar el carácter confidencial a los informes de los grupos especiales antes de que procediera a aprobarlos. Con esta previsión se brindó transparencia a los procedimientos y con ello mayor claridad sobre la objetividad de los casos.

Por otra parte, el 12 de abril de 1989 las PARTES CONTRATANTES expidieron una Decisión, mejor conocida como *las*

⁹¹ HUDEC, R. E. *Ob. cit.*, p. 206.

⁹² Según Robert Hudec, la reforma del sistema de solución de diferencias del GATT no era solo una cuestión prioritaria, sino una *conditio sine qua non* para la continuación de los Estados Unidos en el GATT. Por su parte, la doctrina consideró que del refuerzo del procedimiento dependía la supervivencia del GATT. Citado por MONTAÑA Y MORA, M. *Ob. cit.*, p 85.

⁹³ *Declaración Ministerial de Punta del Este*, 20 setiembre de 1986, *BISD*, 33, Junio 1987, p. 44.

*mejoras de 1989.*⁹⁴ En esta decisión, dada en la reunión de medio camino de la Ronda Uruguay, se cristalizó la práctica consuetudinaria, plasmada en el marco del nuevo procedimiento de solución de diferencias del GATT.

Sin embargo, tuvo dos limitaciones: su vigencia sería únicamente temporal —del 1 de mayo de 1989 a la conclusión de la Ronda Uruguay— y su aplicación comprendería únicamente las diferencias planteadas de conformidad con los artículos XXII y XXIII del Acuerdo General, y no las comprendidas en los acuerdos especiales del GATT.

Mediante esta Decisión se reforzó los aspectos vinculados a la fase anterior al grupo especial, es decir, consultas y los medios políticos de solución de diferencias, regulándose con mayor eficiencia los buenos oficios, la conciliación y la mediación.

En cuanto a los grupos especiales, se mejoraron las normas sobre los términos de referencia, composición y mandato de los grupos especiales, la intervención de terceros y la supervisión de las recomendaciones aprobadas. Adicionalmente se previó el uso del arbitraje como medio alternativo para la solución de las diferencias.

En resumen, la Decisión de 1989 realizó una aproximación más legalista hacia el mecanismo de solución de diferencias.⁹⁵ No se aclararon aspectos relativos a la determinación de los períodos razonables para cumplir las recomendaciones de los grupos especiales, las medidas que se pueden adoptar si no se cumple con la recomendación en un período determinado, ni la competencia para establecer estas medidas.⁹⁶

⁹⁴ MONTAÑA Y MORA, M. *Ob. cit.*, p. 90.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 95.

⁹⁶ *Ibíd.*

3.3.9. Los resultados de la Ronda Uruguay: La OMC y su sistema de solución de diferencias

De manera análoga a la relación entre la OIC y la Carta de La Habana, la razón de ser de la OMC radica en la administración y supervisión de todos los resultados negociados en la Ronda de Uruguay. Además de las reducciones graduales de aranceles, las negociaciones sobre otros aspectos como el comercio de mercancías, servicios y temas vinculados a la propiedad intelectual, dieron como resultado un conjunto bastante amplio de acuerdos en beneficio de la liberalización comercial. Debido a esta amplitud se vio necesario establecer algún mecanismo que salvaguarde el cumplimiento de los acuerdos negociados.

El alcance de las materias negociadas durante la Ronda Uruguay demandaba el establecimiento de una organización formal,⁹⁷ una organización internacional formal con las competencias para ello.

Teniendo en cuenta esta finalidad, el artículo III del Acuerdo sobre la OMC establece cinco funciones orientadas a la realización del propósito de servir como marco institucional del sistema mundial del comercio:

1. La facilitación en la observancia de las normas de la OMC y del sistema de comercio del GATT. Montaña y Mora identifica esta función con la de «servir de estructura institucional permanente para los Acuerdos del sistema GATT».⁹⁸
2. La facilitación de la negociación continua entre sus miembros. El numeral 2 se refiere a las competencias de

⁹⁷ JACKSON, J. H. *Ob. cit.*, p. 58

⁹⁸ MONTAÑA Y MORA, M. *Ob. cit.*, p. 20.

la OMC como foro de negociaciones entre las partes. No se precisa si estas negociaciones son únicamente para lograr nuevos resultados en liberalización comercial sobre los acuerdos ya alcanzados, o si también se prevé las negociaciones tendientes a solucionar algún asunto en concreto entre miembros de la OMC. Entendemos que la enunciación amplia comprende ambas circunstancias, lo cual se complementa con la previsión de los artículos XXVIII y XXVIII *bis* del GATT sobre la renegociación de ventajas.

3. La administración del régimen de solución de diferencias a efectos de brindar previsibilidad, seguridad y prontitud a los miembros del sistema comercial con respecto al manejo de las diferencias comerciales.
4. La supervisión en la observancia de cumplimiento de los acuerdos a través de los exámenes de políticas comerciales a sus miembros. De este modo se logra una supervisión integral por Estado o territorio políticamente autónomo en materia comercial, en lugar de solo supervisar la política de los miembros a raíz de reclamaciones concretas. Este mecanismo es uno de los mayores logros en liberalización comercial, ya que sienta las bases para una posible coordinación de políticas comerciales.
5. La cooperación internacional con las instituciones pares del sistema Bretton Woods: el FMI y el Banco Mundial.

Para lo que nos concierne, la importancia del establecimiento de una competencia explícita para la organización internacional con respecto a la solución de diferencias radica en que se sustrae del poder de las partes el manejo de estos asuntos, lo cual no estaba expresado en el texto del GATT, que preveía una actuación colectiva de ellas.

Una consideración sistémica es que el sometimiento obligatorio al mecanismo de solución de diferencias de la OMC podría constituirse en una desventaja que limita la libertad de elección de los medios y la forma en que las partes solucionen sus diferencias de mejor manera. Sin embargo, esto se hace con el propósito de salvaguardar el interés de terceros que no necesariamente conocen de la existencia de una controversia y que podrían verse afectados de alguna manera por ella. Por otra parte, una ventaja para las partes, y en especial para aquellas de menor poder político relativo, es que se introduce la participación de un tercero para que dirima las controversias y coadyuve a la solución de las mismas, siempre y cuando las partes estén de acuerdo en ello.

Ahora es la organización internacional existente la que lidera la solución de diferencias y la que tiene la responsabilidad de la administración de sus propias normas y de emitir decisiones que son vinculantes para las partes de toda controversia comercial. Antes el GATT, como organización de facto, solo participaba en la solución y emitía recomendaciones que podían ser seguidas o no por los miembros del sistema comercial. Si no se cumplía, no sucedía nada, dado que las partes contratantes no tenían la competencia para administrar las normas y los informes no contaban con valor legal a menos que hubiesen sido adoptados.

En lo que se refiere a los aspectos procedimentales, el ESD es el primer acuerdo multilateral que vincula a todos los miembros del sistema sobre todos los aspectos comerciales regulados como resultados de la Ronda Uruguay y recoge en sí la codificación de la práctica internacional sobre solución de diferencias desde el funcionamiento inicial del GATT de 1947 hasta 1994. El sistema de solución de controversias de la OMC se fundamenta así en la necesidad de brindar un marco institucional estable a los miembros del sistema mundial del comercio, que facilite la cooperación y que las naciones se hagan de los beneficios del comercio.

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

A fin de cumplir la función de administrar las normas sobre solución de diferencias de la OMC, por medio del artículo 2 del ESD se creó el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) como órgano funcional de la OMC encargado de dicha labor.

El OSD se ubica en la OMC en la misma situación en la que se encuentran otros órganos funcionales, como el Órgano de Examen de Políticas Comerciales. Más que un órgano de tipo administrativo, se trata de un órgano de tipo funcional, para cuyo desempeño no existe subordinación a otro órgano, ni a los miembros de la organización internacional.

En principio, según el artículo IV del Acuerdo sobre la OMC, corresponde a la Conferencia Ministerial ejercer todas las funciones atribuidas a la OMC. Sin embargo, el Acuerdo sobre la OMC permite que el Consejo General, órgano que actúa cuando la Conferencia Ministerial no sesiona, sea el que se encargue de desempeñar las funciones del OSD. El Consejo General está compuesto por los representantes de los miembros ante la organización internacional.

A pesar de ser un órgano de composición gubernativa, sus decisiones han perdido en la práctica su carácter político, debido a la llamada regla del consenso negativo, según la cual las

decisiones del OSD se adoptan a menos que exista consenso para que no sea así.⁹⁹

El OSD se encuentra a cargo de un presidente, a quien se notifica los pedidos o solicitudes, tanto para la celebración de consultas como para las actuaciones que se lleven a cabo en el marco de un procedimiento de solución de diferencias.

1. El marco institucional: El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, los grupos especiales y el Órgano de Apelación

1.1. Funciones

El artículo 2 del ESD establece las funciones que le competen al OSD. En esta norma se establece una función general y diversas funciones específicas.

La función general consiste en administrar las normas y procedimientos en materia de consultas y solución de diferencias del propio ESD, así como de los acuerdos abarcados por el Acuerdo sobre la OMC.

Sobre la base de esta función general se establecen funciones concretas relativas al funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC en la etapa de consultas, la de solución heterocompositiva a cargo de los grupos especiales y del Órgano de Apelación y en la del cumplimiento y aplicación de las decisiones o recomendaciones del propio OSD.

⁹⁹ Con respecto a la definición de consenso, sigue siendo la misma. Nota de pie de página 1 del ESD: «Se considerará que el OSD ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración cuando ningún miembro presente en la reunión del OSD en que se adopte la decisión se oponga formalmente a ella».

En lo que se refiere a la etapa de consultas, si bien no está establecida en las normas la función que debe cumplir el OSD, entendemos que del párrafo 4 del artículo 4 se desprende que el OSD debe notificar de la realización de consultas a todos los miembros de la organización internacional. La finalidad de la notificación al OSD en las consultas es salvaguardar los intereses de las demás partes del sistema multilateral que no conozcan la diferencia, pero que podrían tener interés en participar.

En lo que se refiere a la etapa del grupo especial, el artículo 2 del ESD establece las siguientes funciones específicas que siguen la secuencia del desarrollo del procedimiento, como lo veremos más adelante:

- a) Establecimiento de grupos especiales.- Una vez concluida la fase de consultas, el OSD tiene la obligación de establecer grupos especiales a pedido del miembro reclamante que considere no haber conseguido una solución mutuamente satisfactoria durante las consultas. Además de su constitución y composición (artículos 6 y 8) debe darles un mandato específico que servirá como término de referencia en el conocimiento de la controversia (artículo 7).
- b) Adopción de los informes de los grupos especiales y del Órgano Permanente de Apelación.- En virtud de los artículos 14, 16 y 17 del ESD, los informes de los grupos especiales se hacen vinculantes para las partes de la diferencia con la aprobación del OSD siempre y cuando no medie el consenso negativo de los miembros para su aprobación. Los recursos a los grupos especiales son susceptibles de apelación. En razón de esto muchos autores señalan que se ha instaurado la regla de la *automaticidad* en la aprobación de los informes.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Véase por ejemplo JACKSON, J.H. *Ob. cit.*, p. 125.

- c) Vigilancia de la aplicación de las resoluciones y recomendaciones de los grupos especiales.– El OSD, bajo los alcances de los artículos 21 y 22 del ESD, es competente para supervisar el cumplimiento de los informes del grupo especial para las partes de la diferencia.
- d) Autorización de la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados.– De conformidad con los artículos 22 y 23 del ESD, el OSD es el único órgano competente para autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones de los acuerdos abarcados, y las partes renuncian a tomar contramedidas de manera unilateral.
- e) Notificar a los correspondientes consejos y comités de la OMC sobre lo que acontezca en las diferencias.– Esta función está prevista en el párrafo 2 del artículo 2 del ESD y su propósito es mantener la consistencia en la aplicación de otras normas involucradas.

Con respecto a la solución heterocompositiva, sea a cargo de los grupos especiales o del Órgano Permanente de Apelación, la decisión final se da de manera mixta: por un lado, la instancia política decisoria, formada por los representantes de los miembros que se reúnen en el OSD y adoptan o no los informes de los grupos especiales y el Órgano de Apelación, y por otro, la instancia técnica, constituida por los grupos especiales o el Órgano Permanente de Apelación, quienes determinan los dictámenes jurídicos.

El OSD es básicamente una instancia decisoria conformada por los mismos representantes del Consejo General. Sin embargo, el cumplimiento de sus funciones jurídicas concretas se realiza a través de grupos *ad hoc* conocidos como grupos especiales y de un órgano permanente, conocido como el Órgano Permanente de Apelación, los cuales realizan el análisis técnico-jurídico para la solución de las diferencias.

1.2. Instancias técnico-jurídicas: Los grupos especiales y el Órgano Permanente de Apelación

Los grupos especiales y el Órgano Permanente de Apelación constituyen las dos instancias que pueden realizar el análisis técnico-legal de toda controversia planteada. Mediante el artículo 25 se prevé la posibilidad de recurrir al arbitraje como medio alternativo al procedimiento general. Sin embargo, hasta la fecha no se ha presentado la sumisión a un arbitraje más que para dirimir algunos asuntos que el propio ESD remite a este procedimiento.¹⁰¹

Los grupos especiales se forman de manera *ad hoc* para las controversias concretas y están integrados por expertos propuestos por los miembros de la OMC o por aquellas personas que las partes de la controversia consideren más adecuadas. En contraste, el Órgano Permanente de Apelación está conformado por siete (7) miembros, de los cuales solo tres actúan para cada diferencia, bajo un sistema de elección aleatoria. Estos miembros, destacados profesionales con conocimiento y experiencia en Derecho Internacional y en comercio, permanecen en su cargo por un período de cuatro (4) años con posibilidad de renovación.

Pueden existir algunos matices políticos para la formación del grupo especial, dado que para el caso de diferencias con países en desarrollo se permite la presencia de un experto que provenga de dichos países.

La existencia de dos instancias técnicas es una manifestación más de la evolución legalista del mecanismo en el sistema comercial GATT/OMC. Si bien su fundamento formal se halla en

¹⁰¹ Como, por ejemplo, la determinación de los montos de comercio que pueden ser objeto de retaliación de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

el derecho de doble instancia, principio básico del debido proceso para muchos derechos nacionales, y en la minimización de posibles errores humanos por apreciación diferente de la materia controvertida,¹⁰² en el contexto de la OMC su razón de ser es de consideración política, dado que el Órgano de Apelación fue previsto como una compensación a la eliminación del derecho de veto, con el propósito de disminuir errores jurídicos y mantener criterios uniformes.¹⁰³

1.2.1. Los grupos especiales

De conformidad con el párrafo 1 del artículo 8 del ESD:

Los grupos especiales estarán formados por personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, a saber, personas que anteriormente hayan integrado un grupo especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un miembro o de una parte contratante del GATT de 1947 o como representantes en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado o del respectivo acuerdo precedente o hayan formado parte de la Secretaría del GATT, hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial de un miembro.

El párrafo 6 del mismo artículo establece la obligación de la Secretaría de proponer a las partes, los candidatos a integrar el grupo especial. Ante ello, las partes no deben oponerse sino por razones imperiosas dadas a la Secretaría. Los grupos es-

¹⁰² «[...] the primary purpose for introducing appeal has been that of avoiding mistakes in the legal findings by panels [...]». SACERDOTI G. «Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review». En: PETERSMANN, E. U. (ed.). *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, Studies in Transnational Economic Law*. La Haya: Kluwer Law International, vol. 11, 1997, p. 247.

¹⁰³ JACKSON, J. H. *Ob. cit.*, p. 125.

peciales se forman de manera *ad hoc* para cada caso concreto y sus miembros por lo general únicamente se reúnen en la OMC para oficiar las reuniones con las partes y deliberar. El trabajo de asistencia es muchas veces realizado por alguna de las divisiones internas de la OMC, sea la División de Asuntos Jurídicos, u otras divisiones sectoriales como la División de Normas, para los casos relacionados a *antidumping*, subvenciones y salvaguardas, o la División de Propiedad Intelectual para las diferencias vinculadas al Acuerdo de los Aspectos de la Propiedad Intelectual Vinculados al Comercio (los ADPIC).

Corresponde a los paneles realizar la actividad probatoria y consecuentemente establecer las constataciones fácticas con objetividad.¹⁰⁴ A fin de reducir la carga procesal en los casos, los grupos especiales están facultados a aplicar el principio de economía procesal a efectos de emitir juicio únicamente sobre las alegaciones sobre las que lo consideren necesario y dejar de lado las restantes.¹⁰⁵

1.2.2. El Órgano Permanente de Apelación

A diferencia de otros mecanismos de solución de diferencias, el Órgano Permanente de Apelación es un ente colegiado que representa un avance hacia la institucionalización de criterios jurídicos, antes que consideraciones políticas para la solución de diferencias comerciales.

La importancia del Órgano Permanente de Apelación radica en que sirve de garantía de doble instancia y debido proceso para los casos individuales, y de fuente de desarrollo de la jurisprudencia de la OMC,¹⁰⁶ aclarando las disposiciones de los

¹⁰⁴ Artículo 11 del ESD.

¹⁰⁵ Véase abajo, nota de pie de página 186.

¹⁰⁶ SWACKER, F. y otros. *Ob. cit.*, p. 33. Incluso algunos autores como Bhala señalan que el Órgano de Apelación actúa como una *corte americana* en la

acuerdos abarcados y otorgando previsibilidad a las reglas de conducta en el comercio internacional. El Órgano de Apelación, en su calidad de segunda instancia, ejerce un control de exceso de poder sobre los grupos especiales.¹⁰⁷

El Órgano de Apelación funciona como segunda instancia y solo conoce los asuntos jurídicos impugnados del informe del grupo especial o algunos asuntos procesales sobre las actuaciones del grupo especial. El párrafo 6 del artículo 17 del ESD señala: «La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este».

Por su parte, el párrafo 13 del artículo 17 señala que: «El Órgano de Apelación podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial».

De este modo, interpretaciones jurídicas y constataciones de derecho se hallan claramente dentro de su ámbito de revisión y, en este sentido, la labor del Órgano de Apelación se limita a un control de la actividad jurisdiccional del grupo especial, y le corresponde aproximadamente una labor de corte de casación,¹⁰⁸ mas no un trabajo de investigación sobre las cuestiones de hecho de la controversia, a pesar de que el grupo espe-

que el papel del precedente es fundamental: «[...] the fact that the World Trade Organization's ("WTO") Appellate Body increasingly functions not simply like a court, as distinct from an arbitral tribunal, but like an American court, is one aspect of this more general trend in the global economy of the new millennium. [...] A most obvious symptom of this decay is the Appellate Body's use of precedent». En consonancia con esto Swacker, Redden y Wenger sostienen que el método americano *adjudicativo* ha prevalecido sobre la diplomacia brindando uniformidad al derecho del comercio internacional. SWACKER, F. y otros. *Ob. cit.*, p. 354.

¹⁰⁷ RUIZ FABRI, H. «Appel et reglement des différends». *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, p. 119.

¹⁰⁸ SACERDOTI, G. *Ob. cit.*, p. 251.

cial puede tomar apreciaciones erradas sobre las situaciones de hecho.

Este problema se planteó en el asunto Comunidades Europeas-Medidas que afectan la importación de carne y productos cárnicos («CE-Hormonas»),¹⁰⁹ en el que el Órgano de Apelación consideró que la cuestión sobre si el grupo especial había hecho una apreciación objetiva de los hechos era una cuestión legal y se encontraba dentro de sus alcances de revisión. Para ello, el Órgano de Apelación realizó una distinción entre la determinación de la ocurrencia de hechos y la apreciación de los hechos realizados en compatibilidad o no con las disposiciones jurídicas. La apreciación objetiva de los hechos recae sobre esta última actividad intelectual, mas no sobre la primera:

Las conclusiones de un grupo especial sobre cuestiones de hecho, a diferencia de las interpretaciones legales o conclusiones legales, no están sujetas en principio a examen del Órgano de Apelación. La determinación de si un acontecimiento ocurrió o no en un determinado tiempo y espacio es típicamente una cuestión de hecho; la cuestión, por ejemplo, de si el Codex ha adoptado o no una norma internacional, directriz o recomendación sobre el MGA, es una cuestión objetiva. La determinación de la credibilidad y del peso que, por ejemplo, se debe atribuir propiamente a la apreciación de una determinada prueba, forma parte esencial del proceso de investigación y, en principio, se deja a la discreción del grupo especial que decide sobre los hechos. La compatibilidad o incompatibilidad de un hecho dado o serie de hechos con los requisitos de una determinada disposición de un tratado es, a pesar de todo, una cuestión de tipificación jurídica. Es una cuestión de derecho. El que un grupo especial haya hecho o no una evaluación objetiva de los hechos que le habían sido presentados, como exige el

¹⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE-Hormonas*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998.

artículo 11 del ESD, es también una cuestión de derecho que, planteada oportunamente en la apelación, entrará en el ámbito del examen en apelación.¹¹⁰

Esta limitación del sistema impediría que el Órgano de Apelación considere la actuación de nuevas pruebas, encontrándose obligado a fallar sobre la base de la información disponible obtenida por el grupo especial. Sin embargo, en los hechos el Órgano de Apelación se ha visto constantemente envuelto en situaciones límite, cuando debido al ejercicio de economía procesal por el grupo especial debe *completar el análisis* sobre aspectos, incluso fácticos, no abordados por el grupo especial.¹¹¹

¹¹⁰ *Ibid.*, párrafo 132. Sobre este asunto véase GAFFNEY, J. «Due Process in the World Trade Organization: The need for procedural justice in the dispute settlement». *American University International Law Review*, vol. 14, n.º 4, pp. 1218-1219, 1991.

¹¹¹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos-Gasolina)*, WT/DS2/R/AB del 29 de enero de 1996 WT/DS2/R/AB, arriba, nota 102, pp. 29 y siguientes; informe del Órgano de Apelación, *Canadá-Determinadas medidas que afectan a las publicaciones (Canadá-Publicaciones)*, WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997, DSR 1997: I, 449 a 469 y ss.; informe del Órgano de Apelación, *CE-Hormonas*, arriba, nota 110, párrafos 222 y ss.; informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan la importación de determinados productos avícolas (CE-productos avícolas)*, WT/DS69/AB/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafos 156 y ss.; informe del Órgano de Apelación, *Australia-Medidas que afectan la importación de salmón (Australia-Salmón)*, WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafos 117 y ss., 193 y ss. y 227 y ss.; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafos 123 y ss.; informe del Órgano de Apelación, *Japón-Medidas que afectan los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, arriba, nota 104, párrafos 112 y ss.; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero»*, WT/DS108/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 2000, párrafos 133 y ss.; informe del Órgano de Apelación, *Canadá-Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles, recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (Brasil-Aeronaves, párrafo 5 del artículo 21)*, WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000, párrafos 43 y ss.; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de salva-*

Existen voces de desacuerdo con esta limitación en la jurisdicción del Órgano de Apelación que responde a limitar su función a lo esencial para así reducir el tiempo de los procedimientos. De este modo se propone que se permita el reenvío de la materia controvertida cuando existan elementos de hecho no recogidos por el grupo especial. Los problemas que plantean las limitaciones estructurales en la jurisdicción del Órgano de Apelación generan inconvenientes para las partes cuando el Órgano de Apelación tiene que declinar en el conocimiento de un caso por falta de los elementos de hechos necesarios para fallar. Definitivamente, esta situación atenta contra la función del mecanismo de solución de diferencias de proveer una solución pronta que mantenga el equilibrio de los derechos y deberes de las partes, en tanto que al concluirse un caso por deficiencias en el análisis factual del grupo especial, las partes deberían iniciar de nuevo la controversia desde cero.¹¹²

Ruiz Fabri ha destacado que, en su actividad, el Órgano de Apelación se muestra director y protector. Director por su papel integrador de derecho y protector de las prerrogativas y la autonomía de los grupos especiales.¹¹³ Esto se ha podido corroborar en diversas ocasiones en las que el Órgano de Apela-

guardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas (Estados Unidos-Gluten de trigo), WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001, párrafos 80 y ss. y 127 y ss.; informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas-Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto (CE-Amianto), WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, párrafos 133 y ss.; informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia (Estados Unidos-Carne de cordero), WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2001, párrafos 150 y ss. y 172 y ss.

¹¹² Véase en general PIÉROLA, F. «Remand Authority for the Appellate Body of the WTO». *WTI*, noviembre 2001; también RUIZ FABRI, H. *Ob. cit.*, pp. 113-114.

¹¹³ RUIZ FABRI, H. *Ob. cit.*, p. 119.

ción ha tenido que lidiar con conceptos comunes a diversas áreas del sistema legal de la OMC, como el concepto de producto similar.¹¹⁴

1.3. La forma en la toma de decisiones

Como se señaló anteriormente, las decisiones del OSD se adoptan por consenso, es decir si ningún miembro presente en la reunión del OSD en la que se discute el asunto sobre el que se debe decidir, se opone formalmente a la propuesta.

En contraste con el sistema de consenso positivo del GATT, la ventaja de la adopción de decisiones por consenso negativo es que reduce la probabilidad de que se adopten acuerdos por motivaciones políticas, con lo cual se mantiene la vigencia de las constataciones, conclusiones y recomendaciones técnico-jurídicas establecidas por los grupos especiales y el Órgano de Apelación, sin que a su vez el OSD, ente decisorio, pierda su carácter político.

El mantenimiento de criterios legales, a través de las decisiones adoptadas por consenso negativo, genera previsibilidad para el comportamiento de los miembros y la seguridad del mantenimiento del equilibrio negociado, con lo cual se reduce el problema de la incertidumbre sobre la solución de las diferencias y se fortalece el sistema multilateral.

¹¹⁴ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón-Bebidas alcohólicas)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, sección H. 2. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, párrafos 89-99.

2. El marco normativo procedimental: El ESD y las disposiciones especiales en los acuerdos abarcados

La evolución del sistema de solución de diferencias comerciales se ha manifestado no solo en la evolución del marco administrativo, sino también en la codificación de normas procesales a través de un tratado vinculante para todos los miembros de la OMC, en el que se señalan los principios generales de procedimiento, normas de conflicto, etapas de procedimiento definidas, aspectos procedimentales, entre otros.

Así, el párrafo 1 del artículo 3 del ESD afirma el compromiso de los miembros de la OMC con respecto a los principios y práctica desarrollados durante la vigencia del sistema comercial del GATT:

Los miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento.

En consecuencia, los miembros de la OMC reconocen la existencia de dos tipos de normas que regulan los procedimientos de solución de diferencias: (a) los principios generales de solución de diferencias, derivados de la práctica del GATT de 1947, y en concreto, de los artículos XXII y XXIII y, (b) las normas convencionales establecidas en el ESD.

Consideramos que los principios afirmados en la práctica del GATT pueden consistir en dos tipos de normas: (a) principios generales del derecho, como el principio del *pacta sunt servanda*, el principio de cosa juzgada, el principio de que la carga de la prueba reposa sobre quien afirma algo, el principio *nemo iudex sua propria causa*, o *jura novit curia*, entre otros principios de debido proceso¹¹⁵ y (b) principios recogidos en la cos-

¹¹⁵ GAFFNEY, J. *Ob. cit.*, p. 1173.

tumbre internacional desarrollada a lo largo de los más de 50 años de vigencia del sistema de solución de diferencias del sistema GATT/OMC (i.e. presunción de anulación o menoscabo),

A partir de estas fuentes de derecho del sistema de solución del GATT, el ESD ha recogido algunas disposiciones generales que son el marco normativo general para todos los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

2.1. Disposiciones generales

2.1.1. *Ámbito subjetivo: Legitimación de sujetos en el sistema de solución de diferencias de la OMC*

A pesar de que en ningún artículo del ESD se establece quiénes pueden acceder al mecanismo de solución de diferencias de la OMC y plantear reclamaciones de conformidad con los Acuerdos Multilaterales de Comercio, bajo una lectura sistemática del ESD y del Acuerdo de la OMC (del cual el primero forma parte integrante) se concluye que únicamente son los miembros de la OMC quienes pueden acceder al mecanismo de solución de diferencias, es decir los Estados o los territorios aduaneros distintos que disfruten de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el Acuerdo sobre la OMC. Es importante resaltar esto, en tanto cada día se incrementan las voces que solicitan una mayor participación de la sociedad civil en la solución de diferencias de la OMC.¹¹⁶

¹¹⁶ Véase por ejemplo CARMODY, C. «Beyond the Proposals: Public Participation in International Economic Law». *American University International Law Review*, vol. 15, 2000. CHARNOVITZ, S. «Participation of Nongovernmental Organization in the World Trade Organization». *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, n.º 1, 1996, pp. 331-357; MARCEAU, G. y P. PEDERSEN. «Is the WTO Open and Transparent?». *Journal of World Trade*, vol. 33, n.º 1, 1999, pp. 5-49. HANSEN, P. «Transparency, Standards of Review and the Use of Trade Measures to Protect the Global Envi-

En la actualidad el Acuerdo de la OMC establece tres supuestos para acceder como miembro a la organización internacional y por ende al mecanismo de solución de diferencias:

- a) Partes contratantes del Acuerdo General de 1947.- El artículo XI del Acuerdo sobre la OMC establece que las partes contratantes del GATT de 1947 pueden acceder como miembros de la OMC siempre que:
- hayan manifestado su consentimiento para vincularse por medio del Acuerdo sobre la OMC y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales, y
 - hayan anexado listas de concesiones en materia de comercio de mercancía y de servicios al GATT de 1994.
- b) Partes contratantes menos adelantadas.- El segundo supuesto está referido a una condición especial para el caso de los países miembros menos adelantados, contemplado en el párrafo 2 del artículo XI por el cual:

Los países menos adelantados reconocidos como tales por las Naciones Unidas solo deberán asumir compromisos y hacer concesiones en la medida compatible con las necesidades de cada uno de ellos en materia de desarrollo, finanzas y comercio o con sus capacidades administrativas e institucionales.

- c) Partes no contratantes del Acuerdo General de 1947.- Con respecto a partes no contratantes del GATT de 1947, solo pueden acceder a la OMC en calidad de miembros los Estados o territorios aduaneros que disfruten de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores así como en los demás asuntos tratados en los acuerdos comerciales multilaterales, sujetándose a las condiciones de

conveniencia que imponga la OMC. En estos casos la decisión de aceptar la adhesión de un solicitante deben tomarla dos tercios de los miembros de la OMC.¹¹⁷

El establecimiento de criterios funcionales antes que dogmáticos para atribuir la subjetividad internacional en el marco de este ordenamiento legal responde a una realidad en el desenvolvimiento de las relaciones comerciales internacionales. Sin embargo, día a día van ganando importancia otros sujetos cuya actividad trasciende las fronteras nacionales y en algunos casos se hallan fuera del control de las entidades políticas nacionales. Nos referimos a los particulares.

Los principales afectados por las arbitrariedades en la política comercial de los miembros de la OMC son los particulares, que soportan las incertidumbres y los costos no previstos de la actividad estatal. No obstante, tanto bajo las reglas del Derecho Internacional Público como bajo el ordenamiento jurídico del GATT y de la OMC los particulares no tienen acceso al mecanismo de solución de diferencias sino es a través de sus gobiernos.¹¹⁸

Como lo reconoce Ruiz Fabri, detrás del *ecran* del Estado se encuentran actores económicos privados que en algunos casos son los que en realidad deciden la acción de iniciar un procedimiento de solución de diferencias en términos económicos y sustanciales.¹¹⁹

¹¹⁷ Acuerdo sobre OMC, artículo XXII.2.

¹¹⁸ JACKSON, J. H., *Ob. cit.*, p. 128.

¹¹⁹ «[...] Il est hypocrite de ne pas admettre que c'est déjà le cas et, dès lors, d'en tirer les conséquences en expliquant le rôle des personnes privées et en assurant sinon une égalité, du moins une transparence». RUIZ FABRI, H. *Ob. cit.*, p. 74.

Así muchos autores consideran que se justifica el acceso de particulares al sistema de solución de diferencias de la OMC,¹²⁰ debido a que muchas disposiciones de la OMC no solo conciernen a Estados u otros entes que desarrollan política comercial, sino que afectan directamente a los derechos e intereses de los individuos, ya sean personas físicas o jurídicas.¹²¹ Por esta razón los particulares tienen los principales incentivos para hacer cumplir las normas internacionales.¹²²

En el marco de los procedimientos de solución de diferencias en la OMC, sí han participado entes no gubernamentales a través de las partes de la diferencia. Así, en el asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (Estados Unidos-camarones)* organizaciones no gubernamentales acompañaron alegatos a la apelación presentada por los Estados Unidos ante el Órgano de Apelación. Formalmente, no se vulneró la legitimación del miembro de la OMC como parte procesal, sin embargo, en sustancia, se escuchó la argumentación de las entidades que se consideraban directamente afectadas por el desarrollo de la controversia.¹²³

La participación de particulares puede suceder tanto en la postura de reclamante como de reclamado. En ambos casos, existen intereses privados afectados por las medidas que adopten los miembros de la OMC.

¹²⁰ Véase JACKSON, J. H. *Ob. cit.*, p. 135; MONTAÑA Y MORA, M. *Ob. cit.* pp. 184-185; RUIZ FABRI, H. *Ob. cit.*, p. 73.

¹²¹ MONTAÑA Y MORA, M. *Ob. cit.*, p. 184.

¹²² HAINES-FERRARI, M. «MERCOSUR: Individual Access and the Dispute Settlement Mechanism». En: CAMERON, J. y K. CAMPBELL (ed.). *Dispute resolution in the World Trade Organisation*. Londres: Cameron May, 1998, p. 270.

¹²³ Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998. Véase sobre el particular RUIZ FABRI, H. *Ob. cit.*, p. 74.

Consideramos que con el desarrollo del sistema se debe permitir la participación de particulares en el desarrollo del procedimiento legal. En algunos casos, los sujetos políticos no tienen incentivos para iniciar las diferencias debido a múltiples factores que no responden a los intereses de los principales afectados.

Por otra parte, en la práctica del GATT se han presentado casos en los que se ha pretendido hacer partícipe de la solución de diferencias a Estados o Gobiernos que no eran parte del GATT o de los códigos que de este acuerdo se derivaran. Así se han dado tres supuestos:

- Diferencias entre partes contratantes y Estados no parte que aplicaban *de facto* la regulación del GATT

En 1983 la Secretaría del GATT señaló sobre la aplicación *de facto* del GATT que:

Las PARTES CONTRATANTES no prestan asistencia para la solución de diferencias sobre la interpretación ó aplicación del Acuerdo General, que pueden surgir entre partes contratantes y países que aplican *de facto* el Acuerdo General. El párrafo 2 del artículo XXIII no es de aplicación a esas diferencias (en la página 2 del documento VAL/M/8 puede verse un dictamen jurídico de la Secretaría sobre esta cuestión).¹²⁴

Así se sentó el criterio de que las partes contratantes no se hallan sometidas al mecanismo de solución de diferencias del sistema OMC con otros sujetos de derecho internacional que no sean miembros de la OMC, a pesar de que hayan optado por liberalizar su comercio o incluso *alinearse* unilateralmente con las disciplinas del sistema multilateral de comercio de la OMC. El hecho de que no exista un acuerdo vinculante no ge-

¹²⁴ C/130/pág. 4. Cit. por OMC. *Ob. cit.*, p. 713.

nera obligación internacional alguna entre los miembros de la OMC y los miembros de la Comunidad Internacional que no sean miembros del mismo.

- Diferencias entre partes contratantes y Estados que dejaron de existir

En 1992, cuando la República Federativa Socialista de Yugoslavia dejó de existir y se disolvió en diversos Estados, estaba pendiente un procedimiento ante un grupo especial del GATT en el cual esta República era parte interesada. A raíz de su disolución, el Consejo del GATT decidió no considerar a la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) como sucesora de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, quedando en abandono el procedimiento iniciado por dicho Estado.¹²⁵

- Diferencias entre partes contratantes en representación de territorios que no fueron parte del GATT.

Por otra parte, en la práctica del GATT se han presentado situaciones de territorios que en algún momento estuvieron bajo el dominio de alguna parte contratante del GATT, como el caso de las reclamaciones del Reino Unido por Hong Kong, o de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas.¹²⁶

¹²⁵ «En su reunión de marzo de 1992, el Consejo aceptó la solicitud de Yugoslavia de establecimiento de un grupo especial para que examinara el asunto *CEE-Medidas comerciales no fundadas en razones económicas*. En la reunión del Consejo que tuvo lugar en abril de 1992, al examinarse la notificación de la transformación de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en la República Federativa de Yugoslavia, formada por las Repúblicas de Serbia y Montenegro, el representante de las Comunidades Europeas dijo que el proceso del grupo especial iniciado entre la antigua RFSY y las Comunidades Europeas había dejado de tener fundamento y no podía proseguir hasta que se hubiera resuelto la cuestión de la sucesión de Yugoslavia en su condición de parte contratante». OMC. *Ob. cit.*, C/M/256, p. 38.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 714.

2.1.2. *Ámbito material: Los acuerdos abarcados y los procedimientos especiales*

A diferencia del sistema de solución de diferencias del GATT, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, prevé un mecanismo unificado que evita el *forum shopping* y la politización de las diferencias a causa de la falta de mecanismos obligatorios para todas las partes.¹²⁷

El alcance de los procedimientos de solución de diferencias previstos en el ESD comprende los acuerdos abarcados en el Apéndice 1 del mismo. Es decir, las situaciones que se den en el marco de los acuerdos comerciales de mercancías, servicios y de aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.¹²⁸

En el sistema de solución de diferencias del GATT no se ha abordado materias no reguladas por este y su derecho derivado. Así, por ejemplo, cuando aún no se regulaba los aspectos de inversiones vinculados al comercio (hoy regulados por el acuerdo sobre medidas de inversión relacionadas al comercio), las PARTES CONTRATANTES afirmaron su competencia únicamente sobre las materias reguladas en el GATT. En el asunto de la aplicación por Canadá de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera el grupo especial hizo notar en su informe que al momento de examinar la solicitud de establecimiento del mandato:

¹²⁷ «The broader jurisdiction and legal specialization of the DSB also enhance a “rule-oriented” approach to the dispute settlement system and counteract the “politicization” of the specialized dispute settlement proceedings under the GATT Anti-dumping and Subsidy Codes, where e.g., the “users” of anti-dumping laws (notably the USA) often blocked the adoption of dispute settlement findings against them». PETERSMANN, E. U. «The transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement establishing the World Trade Organization». *European Journal of International Law*, vol. 6, n.º 2, p. 201, 1995.

¹²⁸ GAFFNEY, J. *Ob. cit.*, pp. 1187-1189.

varias delegaciones manifestaron dudas sobre si la diferencia entre los Estados Unidos y el Canadá entraba en la esfera de competencia del GATT, ya que se refería a unas normas legislativas en materia de inversión, cuestión esta no contemplada en el Acuerdo General.¹²⁹

El grupo especial constató en su informe que:

En vista de que el Acuerdo General no impide que el Canadá ejerza su derecho soberano de reglamentar las inversiones extranjeras directas, el grupo especial examinó únicamente a la luz de las obligaciones comerciales del Canadá en el marco del Acuerdo General los compromisos de compra y de exportación asumidos por los inversores y sujetos a la Ley canadiense sobre el examen de la inversión extranjera.¹³⁰

En consecuencia, la práctica del GATT ha sido preservar la competencia de la organización para los asuntos que únicamente se desprendían de obligaciones del GATT.

En todo caso, conforme se desarrolla la dinámica de los intercambios internacionales se hace necesario regular determinados temas que se encuentran fuera del alcance cooperativo de los compromisos de la OMC, y que sin embargo pueden generar anulación o menoscabo de ventajas. Como se señaló en el capítulo 1, en los acuerdos comerciales el oportunismo se presenta en muchas ocasiones en los aspectos menos transparentes,¹³¹ y en vista de ello se ha establecido la cláusula de anulación o menoscabo.

En el asunto *Comunidades Europeas-Medidas que afectan las importaciones de productos avícolas (CE-Productos Avícolas)*, el

¹²⁹L/5504, adoptado el 7 de febrero de 1984, 30S/151, 152, párrafo 1.4 con referencia al documento C/M/162, pp. 28-30. OMC. *Ob. cit.*, p. 713.

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ Véase arriba, nota de pie de página 50.

Órgano de Apelación consideró que, a pesar de que el Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas significó la modificación de las concesiones arancelarias entre las Comunidades Europeas y Brasil, bajo lo dispuesto por el artículo XXVIII, no se encontraba entre los acuerdos abarcados, ni tampoco constituía práctica del GATT para que fuera considerado como vinculante para la organización internacional.¹³²

En el marco de la OMC, los grupos especiales han tenido que interpretar el alcance de diversas disposiciones del Derecho Internacional no pertenecientes a los acuerdos abarcados. La interpretación se ha realizado solo en la medida en que dicha labor sea necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones de la OMC. En *Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (CE-Bananas)*,¹³³ el Órgano de Apelación confirmó el criterio del grupo especial de que a dichos efectos era necesario evaluar e interpretar determinadas prescripciones del Convenio de Lomé entre las Comunidades Europeas y determinados países del África, el Caribe y el Pacífico.¹³⁴

Por otra parte cabe señalar que los acuerdos abarcados, además de establecer normas sustantivas sobre las materias reguladas respectivamente, establecen normas procedimentales específicas, las cuales pueden variar dependiendo de la materia concreta. Así, se puede apreciar la existencia de un régimen procedimental general con determinados procedimientos específicos.

¹³² Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Medidas que Afectan la Importación de Determinados Productos Avícolas (Comunidades Europeas-Productos avícolas)*, WT/DS69/AB/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafo 79.

¹³³ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (CE-Bananas)*, adoptado el 25 de setiembre de 1997, WT/DS27/R, párrafo 167.

¹³⁴ *Ibid.*

2.1.3. Articulación de normas procedimentales: Régimen general y régimen específico

El procedimiento general es el previsto en el ESD, el cual unifica todos los procedimientos dispersos en uno solo bajo el método del *single undertaking approach*, con lo cual se ha obligado a todos los miembros de la OMC a someterse a este régimen.

El procedimiento general ha sido desarrollado como fruto de la práctica en el marco del GATT, a lo largo de más de 50 años, sin que se haya planteado oposición sobre la obligatoriedad de sus mandatos y disposiciones.¹³⁵

No obstante, las disposiciones previstas en el ESD se aplican complementariamente con las disposiciones específicas de los acuerdos abarcados sobre consultas y solución de diferencias, y en caso de conflicto de normas, prevalecen las disposiciones específicas. Las normas especiales están previstas en el Anexo 2 del ESD.

El artículo 1 del ESD prevé soluciones a conflictos entre normas especiales o adicionales:

- En principio, prevalecen las normas y procedimientos especiales o adicionales, de conformidad con el principio general de derecho según el cual la norma especial prevalece sobre la general.
- De existir conflicto de normas y procedimientos especiales o adicionales las partes deben buscar un acuerdo. Si dentro de los 20 días siguientes al establecimiento del grupo especial no llegan a un acuerdo, el presidente del OSD en consultas con los miembros determinará las normas y procedimientos que se deberá seguir en un plazo de 10 días

¹³⁵ Véase arriba, capítulo 1.

contados a partir de la presentación de una solicitud por uno u otro miembro. Para este supuesto el presidente debe guiarse por el principio de que cuando sea posible se seguirán las normas especiales o adicionales, y que se optará por las normas y procedimientos del régimen general cuando se requiera evitar un conflicto necesario de normas y procedimientos especiales.

En el marco del asunto *Guatemala-Investigación antidumping sobre cemento portland procedente de México (Guatemala-Cemento portland)*, se estableció como criterio que las normas de consultas y solución de diferencias en materia *antidumping* no se oponían a las normas generales del ESD, sino que se complementaban.¹³⁶

Entre las normas de fondo de los acuerdos abarcados no existen reglas de prevalencia ante conflictos de normas porque se entiende que las disposiciones regulan materias diferentes. Así, a pesar de que algunos académicos¹³⁷ han cuestionado que en su primer informe adoptado *Estados Unidos-Gasolina*, el Órgano de Apelación haya señalado que tras el examen que se había hecho del GATT no era necesario profundizar en la violación de las normas sobre obstáculos técnicos al comercio,¹³⁸ creemos que el planteamiento realizado por este órgano no entra en conflicto con el artículo 1.2 del ESD, toda vez que se refirió a la especificidad de las normas de fondo mas no necesariamente de forma. No obstante ello, existe la tendencia a considerar que se debe integrar las disposiciones de los diferentes acuerdos abarcados como un sistema jurídico integrado.¹³⁹

¹³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala-Investigación antidumping sobre el cemento portland procedente de México (Guatemala-Cemento portland)*, WT/DS60/R/AB, adoptado el 25 de noviembre de 1998, párrafo 75.

¹³⁷ PETERSMANN, E. U. *Ob. cit.*, p.144.

¹³⁸ Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos-Gasolina*, sección III.

¹³⁹ RUIZ FABRI, H. *Ob. cit.*, p. 99; Véase *Corea-Medida de Salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos (Corea-*

2.2. El procedimiento

El sistema de solución de diferencias de la OMC comprende tres fases que se dan secuencialmente:

- a) Fase de solución política, sea autocompositiva (negociación o buenos oficios) o asistida (conciliación o mediación)
- b) Fase de solución jurídica heterocompositiva (procedimiento ante el OSD y las instancias jurídicas del sistema de solución de diferencias o arbitraje)
- c) Fase de supervisión de la ejecución y cumplimiento de la solución acordada políticamente o determinada legalmente.

No existe preclusión entre las fases de solución política y la jurídica, por lo que pueden las partes llegar a un acuerdo político negociado, a pesar de haberse iniciado un procedimiento ante el OSD.

2.2.1. Fase de solución política: Las consultas, los buenos oficios, la conciliación y la mediación

Esta fase tiene dos objetivos: por una parte lograr la solución pronta, positiva y satisfactoria de la diferencia, sin incurrir en los costos administrativos de un procedimiento legal ante los grupos especiales y el Órgano de Apelación, y por otra parte, brindar información a las partes sobre la materia controvertida para facilitar una solución cooperativa, y a los miembros de la OMC en general, sobre la ocurrencia de una diferencia

Productos lácteos), WT/DS98/AB/R, en el que el Órgano de Apelación, aplicando el principio de efecto útil en la interpretación de tratados, interpretó el artículo XIX del GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardia sin existencia de conflicto, revocando de esta manera la constatación del grupo especial de que la norma de salvaguardia era una norma especial sobre lo dispuesto por el artículo XIX GATT, párrafos 81, 90.

para minimizar cualquier tipo de daño, lo que, como veremos más adelante, ha sido la práctica.

En esta fase del mecanismo el ESD ha previsto formalmente la posibilidad de utilizar dos tipos de mecanismos de solución de diferencias:

- a) Las consultas directas entre las partes (autocomposición/ mecanismo *bilateral*).
- b) Los buenos oficios, la conciliación y la mediación (mecanismo asistido *trilateral*).

Las consultas tienen carácter obligatorio y constituyen necesariamente la primera etapa del mecanismo de solución de diferencias de la OMC. En cambio, según el párrafo 1 del artículo 5 «Los buenos oficios, la conciliación y la mediación son procedimientos que se inician voluntariamente si así lo acuerdan las partes en la diferencia» y pueden realizarse, sobre el fondo de la cuestión, en cualquier momento de las dos primeras fases.

En la fase del cumplimiento de la resolución también se puede realizar consultas o utilizar estos medios para determinar el plazo prudencial en que se va a poner la medida impugnada en conformidad con las disposiciones de la OMC, o para determinar el nivel de anulación o menoscabo sobre el cual se debe suspender las concesiones y/o obligaciones. Sin embargo, en esta etapa su realización no es imperativa y, si las partes no se oponen, podrían obviarse.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Véase *México-Investigación Antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (México-Jarabe de maíz, párrafo 5 del artículo 21)*, WT/DS132/AB/RW, párrafos 60 y ss.

2.2.1.1. Las consultas

A. Concepto y finalidad

En el artículo 4 del ESD se regula los aspectos relativos a las consultas. Se parte de un principio general plasmado en el párrafo 1 del artículo 4 del ESD según el cual, «Los miembros afirman su determinación de fortalecer y mejorar la eficacia de los procedimientos de consulta seguidos por los miembros».

En Derecho Internacional Público las consultas son una forma de negociación y son definitivamente un medio de solución de controversias.¹⁴¹ Así, cuando un gobierno anticipa que una decisión o el curso de una acción puede dañar a otro Estado, las discusiones con la parte afectada pueden proveer una manera de manejar la diferencia creando una oportunidad para el reacomodo de los intereses de las partes.

Las consultas cumplen una doble finalidad en el sistema de solución de diferencias: por una parte, son un medio para lograr una directa solución por las propias partes sin la intervención de un tercero, y, por otro lado, facilitan el intercambio de información entre las partes sobre los aspectos controvertidos a fin de precisar si se trata de una mala percepción de los elementos de hecho, de una mala interpretación de las normas de la OMC o de una mala utilización de los mecanismos e instrumentos legales previstos en los acuerdos abarcados.¹⁴²

Este criterio ha sido reafirmado por diversos informes de solución de diferencias entre los que destaca el del grupo especial

¹⁴¹ MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 3; VAN DER BORGHT, K. «The review of the WTO understanding on dispute settlement: Some reflections on the current debate». *American University International Law Review*, vol. 14, pp. 1232, 1999.

¹⁴² Como lo señala Merrills, «The particular value of consultation is that it supplies this useful information at the most appropriate time —before anything has been done». *Ibid.*, p. 3

encargado del asunto *Estados Unidos-Imposición de derechos antidumping a los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) de un megabit como mínimo procedentes de Corea*¹⁴³ en el que se resaltó esta doble finalidad:

[...] un miembro no puede saber antes de celebrar consultas, cuando presenta su solicitud, cuál es exactamente el alcance de las posibles violaciones de las disposiciones de la OMC por el demandado. Así pues, las consultas responden a dos finalidades: permiten que el demandante comprenda mejor la naturaleza exacta de las posibles infracciones y, al mismo tiempo, dan al demandado la oportunidad de comprender mejor la reclamación; además, desde luego, proporcionan una oportunidad de dirimir la diferencia.¹⁴⁴

Con respecto al propósito de información, el Órgano de Apelación ha confirmado este planteamiento en *Brasil-Aeronaves* al señalar que:

Una de las finalidades de las consultas, con arreglo al párrafo 3 del artículo 4 del Acuerdo SMC, es «dilucidar los hechos del caso» y cabe esperar que la información obtenida durante las consultas pueda permitir al reclamante circunscribir el alcance del asunto con respecto al cual solicita el establecimiento del grupo especial.¹⁴⁵

Con respecto a las consideraciones de debido proceso, el Órgano de Apelación ha resaltado en *India-Patentes* el papel de las consultas para el desarrollo del procedimiento, señalando lo siguiente:

¹⁴³ Informe del grupo especial *Estados Unidos-Imposición de derechos antidumping a los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) de un megabit como mínimo procedentes de Corea (Estados Unidos-Memorias DRAM)*, WT/DS99/R, del 29 de enero de 1999.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil-Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (Brasil-Aeronaves)*, WT/DS46/AB/R, párrafo 132.

Todas las partes que intervengan en la solución de diferencias con arreglo al ESD deben exponer plenamente desde el principio las alegaciones que configuran la diferencia y los elementos de hecho relacionados con esas alegaciones. Las alegaciones deben exponerse claramente. Los elementos de hecho deben comunicarse con libertad. Así debe suceder en las consultas y en las reuniones más formales del procedimiento de los grupos especiales. De hecho, la exigencia de un proceso con todas las garantías que está implícita en el ESD hace que esto sea especialmente necesario durante las consultas. Porque las alegaciones que se formulan y los hechos que se establecen durante las consultas configuran en gran medida el fondo y el ámbito del posterior procedimiento del grupo especial.¹⁴⁶

Cuando se trata de relaciones comerciales en las que hay demasiado *en juego* o relaciones comerciales enraizadas, las partes de la diferencia tendrán los incentivos de intentar solucionar la diferencia a través del método de consultas. En otros casos, es probable que las consultas sean una mera formalidad previa para recurrir a la solución de la diferencia a través de un tercero.

Si las consultas no resultan idóneas para lograr una solución satisfactoria y mutuamente aceptable de la diferencia, al menos pueden brindar la oportunidad para que las partes se enteren de los posibles fundamentos de unos y otros y reflexionen de manera razonable «sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos».¹⁴⁷ Con respecto a esta obligación de brindar información, cabe tener presente que en las consultas, así como en toda negociación, se les exige a las partes comportarse de buena fe, de conformidad con las normas generales de Derecho Internacional Público.

¹⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *India-Protección mediante patentes de los productos farmacéuticos y de los productos químicos para la agricultura (India-Patentes)*, WT/DS50/AB/R, párrafo 94.

¹⁴⁷ Párrafo 7 del artículo 3 del ESD.

La buena fe creencia o buena fe subjetiva se manifiesta por la creencia de que la contraparte está actuando sin malicia o sin conocer elementos de información adicionales que podrían ir en perjuicio de su contraparte. Asimismo, se presume la buena intención de la contraparte para solucionar la diferencia y no para otros propósitos.

Por su parte, la exigencia de buena fe objetiva obliga a que las partes actúen durante la negociación en forma leal para su contraparte. En el trabajo de consultas se da un juego cooperativo, por el cual, si ambos colaboran, se podría lograr una solución mutuamente satisfactoria sin incurrir en los costos del procedimiento.

Si, por el contrario, uno colabora y el otro actúa en forma oportunista, ocultando información o aprovechándose de la información imperfecta de la otra parte, estará actuando de mala fe y obteniendo ventajas o ganancias a expensas de la buena fe de la otra parte.

Una muestra de oportunismo que se desprende de las consultas es la divulgación de información dada por las partes. Una de las partes se podría valer de este tipo de información para: a) utilizarla posteriormente para efectos de determinar algo en contra de la otra parte y, b) en el caso de consultas que se derivan de procedimientos administrativos nacionales, proveer esta información a sus empresas nacionales para que puedan presentarla en los procedimientos nacionales, o eventualmente utilizarla para conseguir ventajas en el mercado.

En el asunto *Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas* el grupo especial se negó a evaluar la idoneidad de las consultas, es decir, la buena fe de las partes para entablarlas, considerando que:

El único requisito que establece el ESD es que se celebren de hecho las consultas, o al menos que se solicite su cele-

bración, y que haya transcurrido un período de 60 días entre el momento en que se solicite la celebración de consultas y el momento en que se presente la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Lo que ocurra en esas consultas no interesa a los grupos especiales. [...] Con ello no queremos decir que consideremos que las consultas carecen de importancia. Lejos de ello, las consultas constituyen una parte integrante del ESD, de importancia decisiva, pero carecemos de mandato para investigar la idoneidad del proceso de consultas que tuvo lugar entre las partes y nos abstenemos de hacerlo en este caso.¹⁴⁸

Esta constatación no fue apelada, sin embargo a nuestro criterio no nos parece rigurosa. No nos parece válida la interpretación del grupo especial de que se requiere que las disposiciones del ESD estén incluidas en el mandato para que sean evaluadas por el grupo especial. A nuestro parecer estas normas no requieren ser invocadas por un mandato y rigen el comportamiento del órgano en sí.

Asimismo, estamos en desacuerdo con la constatación que hizo el grupo especial con respecto a la confidencialidad de la información obtenida en las consultas. Al respecto se señaló que:

[...] consideramos que ese deber de confidencialidad solo exige que las partes en las consultas no divulguen información obtenida en ellas a partes que no intervengan en esas consultas. Somos conscientes de que el procedimiento del grupo especial sigue siendo confidencial entre las partes, por lo que estas no quebrantan la obligación de confidencialidad si ponen de manifiesto en él información obtenida durante las consultas. En realidad, a nuestro parecer, la verdadera finalidad de las consultas es que las partes puedan reunir una información exacta y pertinente que les ayude a llegar a una solución mutuamente convenida, o, en

¹⁴⁸ Informe del grupo especial, *Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS75/R y WT/DS84/R, del 17 de setiembre de 1998, párrafo 10.19.

su defecto, a presentar información exacta al grupo especial. El hecho de que la información obtenida en las consultas no pudiera ser utilizada después por una parte en las actuaciones posteriores constituiría una importante traba para el proceso de solución de diferencias. En consecuencia, constatamos que en este caso los reclamantes no han quebrantado el deber de confidencialidad en relación con la información de la que han tenido conocimiento durante las consultas celebradas con Corea sobre esta diferencia.¹⁴⁹

Creemos que la finalidad de la confidencialidad de las consultas radica en que las partes puedan brindar información libremente a fin de plantear alternativas de solución, sin cohibirse sobre la misma, en tanto pudiese ser tomada en su contra «prejuzgando sobre sus derechos en otras diligencias». Nos parece que esta constatación genera un mal precedente para las soluciones políticas directas de las controversias, reduce la buena fe comercial y fomenta la realización de consultas con el único fin de servir de fase previa para la realización de la fase legal ante el OSD, lo cual significa fomentar los elevados costos administrativos del procedimiento legal.

B. Procedimiento

Después de que un miembro percibe la existencia de un efecto desfavorable causado por alguna de las situaciones contempladas en los numerales 1a, 1b y 1c del párrafo I del artículo XXIII del GATT, puede presentar una solicitud de celebración de consultas por escrito conteniendo al menos dos elementos necesarios:

- a) la descripción de las medidas en litigio, y
- b) los fundamentos jurídicos de la reclamación.

¹⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 10.23.

El contenido de la solicitud de celebración de consultas debe incluir solamente la enunciación de los fundamentos jurídicos de la reclamación, pero no necesariamente su exposición, como se afirmó en el asunto *Estados Unidos-Memorias DRAM*.¹⁵⁰

Una vez presentada la solicitud, bajo los procedimientos generales el miembro reclamado tiene la obligación de dar respuesta a esta en un plazo no mayor de 10 días desde su recepción, sobre la aceptación para la celebración de consultas así como sobre la coordinación con el otro miembro para la realización de estas.

Existe un acortamiento de estos plazos para el caso de productos perecederos. En este supuesto, los miembros deben entablar consultas en un plazo no mayor de 10 días desde la recepción de la solicitud. La respuesta a la solicitud para el inicio de consultas debe darse con una anterioridad prudencial al fin de este plazo. Es requisito que el solicitante señale con exactitud el tipo de productos y el tipo de procedimiento de urgencia al cual se somete.

Si bien las consultas se realizan directamente entre las partes de la diferencia sin recurrir al OSD, existe una obligación fundamental establecida por el ESD de notificar al OSD de todas las solicitudes de celebración de consultas. Esta obligación se fundamenta en la necesidad de salvaguardar el carácter multilateral del sistema brindando información a los demás miembros de la OMC sobre la realización de una consulta y de una potencial solución negociada que podría afectar en cierta manera el equilibrio de concesiones en su favor. El párrafo 4 del artículo 4 señala al respecto:

Todas esas solicitudes de celebración de consultas serán notificadas al OSD y a los Consejos y Comités correspon-

¹⁵⁰ Informe del grupo especial, *Estados Unidos-Memorias DRAM*.

dientes por el miembro que solicite las consultas. Toda solicitud de celebración de consultas se presentará por escrito y en ella figurarán las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación.

Como consecuencia de los posibles intereses de otros miembros de la OMC en la diferencia, el párrafo 11 del artículo 4 permite solicitar la asociación de terceros a las consultas. Así, un tercero que no participe en las consultas pero que considere que tiene un interés comercial sustancial en las mismas podrá solicitar su inclusión en ellas, dentro de los 10 días siguientes de la fecha de distribución de la solicitud de celebración de consultas:

Cuando un miembro que no participe en consultas que tengan lugar de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII del AGCS o las disposiciones correspondientes de los demás acuerdos abarcados, considere que tiene un interés comercial sustancial en las mismas, dicho miembro podrá notificar a los miembros participantes en las consultas y al OSD, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la distribución de la solicitud de celebración de consultas de conformidad con el mencionado párrafo, su deseo de que se le asocie a las mismas. En ese caso, ambos miembros informarán de ello al OSD.

A fin de aceptar la asociación a consultas, las partes de la diferencia deben evaluar el «interés comercial sustancial» del solicitante de asociación a consultas. De no aceptarse esta asociación, se podrá recurrir a solicitar la celebración de consultas, como si se tratase de una nueva diferencia.

Las consultas se deben realizar dentro de un plazo de no más de 30 días desde la recepción de la solicitud y deben durar hasta un plazo máximo de 60 días desde dicha fecha, salvo pacto en contrario de las partes de la diferencia. Vencido el plazo de 30 días sin que se entablen consultas, el reclamante puede solicitar directamente el establecimiento de un grupo

especial. En el caso de productos perecederos el plazo máximo para entablar consultas es de 10 días y no debe exceder de 20 días desde la presentación de la solicitud.¹⁵¹

Con respecto a la obligación de buena fe, esta es una obligación de comportamiento durante el desarrollo de las consultas, pero no resulta de exigibilidad ante las instancias jurídicas. El hecho de no mantener consultas que puedan solucionar la controversia podría evaluarse al momento de dilucidar los costos de un procedimiento cuando las reclamaciones son denegadas.

Finalmente, aun cuando no ha vencido el plazo de 60 o 20 días, de ser el caso, el reclamante puede pedir el establecimiento de un grupo especial, si ambas partes consideran que las consultas no han permitido resolver la diferencia.

En el asunto *Brasi-Aeronaves civiles* el grupo especial consideró que:

Una parte no está facultada a solicitar el establecimiento de un grupo especial a menos que se hayan celebrado consultas [...] En consecuencia, [...] un grupo especial puede considerar si las consultas se han celebrado con respecto a una «diferencia», y que puede formularse correctamente una objeción preliminar si una parte puede demostrar que no se han celebrado las consultas requeridas con respecto a una diferencia.¹⁵²

Asimismo en este asunto el Órgano de Apelación consideró que las medidas de las consultas consistían en el Programa de Financiamiento a las Exportaciones, con independencia de

¹⁵¹ Párrafos 3 y 8 del artículo 4 del ESD.

¹⁵² Informe del grupo especial *Brasil-Aeronaves civiles*, WT/DS46/R, 14 de abril de 1999, párrafo 7.10.

los instrumentos formales legales que fueron utilizados para ponerlo en vigencia:

[...] no consideramos que los artículos 4 y 6 del ESD, ni los párrafos 1 a 4 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, exijan una *identidad precisa y exacta* entre las medidas específicas que fueron objeto de las consultas celebradas y las medidas específicas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Como señaló el grupo especial, «[u]na de las finalidades de las consultas, con arreglo al párrafo 3 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, es “dilucidar los hechos del caso” y cabe esperar que la información obtenida durante las consultas pueda permitir al reclamante circunscribir el alcance del asunto con respecto al cual solicita el establecimiento del grupo especial». Tenemos el convencimiento de que las medidas objeto de litigio en este asunto son las subvenciones brasileñas a la exportación para las aeronaves regionales en el marco del PROEX. Las partes celebraron consultas sobre estas subvenciones y esas mismas subvenciones fueron sometidas al OSD a efectos del establecimiento de un grupo especial. Recalamos que los instrumentos reglamentarios que entraron en vigor en 1997 y 1998 no modificaron la esencia de las subvenciones a la exportación para las aeronaves regionales en el marco del PROEX.¹⁵³

Es importante destacar que las consultas se deben desarrollar dentro de un margen de legalidad en concordancia con el párrafo 5 del artículo 3 del ESD, que señala:

Todas las soluciones de los asuntos planteados formalmente con arreglo a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, incluidos los laudos arbitrales, habrán de ser compatibles con dichos acuerdos y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los mismos para ninguno de sus miem-

¹⁵³ Informe del Órgano de Apelación, arriba, nota 147, párrafo 132.

bros, ni deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos.

Esta limitación impide que las partes puedan disponer libremente de sus derechos y obligaciones.

2.2.1.2. Los buenos oficios, la conciliación y la mediación, entre otros medios de solución de diferencias

En virtud del principio de libre elección de los medios, el ESD facilita la utilización de otros medios de solución de diferencias como los buenos oficios, la conciliación y la mediación.

Así, de conformidad con los párrafos 1 y 3 del artículo 5 se establece que estos medios son procedimientos que se inician voluntariamente si así lo acuerdan las partes en una diferencia y pueden ser solicitados por cualquier parte en cualquier momento.

De esta manera las partes pueden considerar, al momento en que se plantean las consultas o al momento en que se da respuesta a las mismas, que el medio más adecuado para la solución de las diferencias es la conciliación o la mediación, o que paralelamente se podría entablar consultas y someter las diferencias a un mediador o conciliador de ser el caso. Por otra parte, una vez iniciada la fase jurídica, las partes podrían solicitar a la par la utilización de alguno de estos medios a fin de intentar una solución negociada de la controversia.

Este último aspecto es de suma importancia, ya que permite la realización de actuaciones paralelas entre medios jurídicos y no jurídicos, si así las partes lo convienen. De ello podemos señalar que no existe preclusividad en el procedimiento de la OMC, entre mecanismos jurídicos y no jurídicos, salvo entre consultas y el procedimiento ante el OSD, los cuales siguen una secuencia.

A fin de facilitar la utilización de estos medios, en el párrafo 2 del artículo 5 del ESD se garantiza la confidencialidad y el no prejuzgamiento de los derechos de ninguna de las partes para diligencias posteriores. No obstante, conforme a los criterios establecidos por el Órgano de Apelación para la utilización de información proporcionada en las consultas, consideramos que el OSD debería mantener el mismo criterio para utilizar información que se obtenga a través de estos mecanismos.

A pesar de no tratarse de arreglos de tipo jurídico o judicial, el OSD de la OMC se desempeña como marco institucional dentro del cual se garantiza la realización de los mecanismos que las partes consideren relevantes. Por ello existe la obligación de que las soluciones que se obtengan de la utilización de estos mecanismos sean notificadas al OSD para su conocimiento por los demás miembros del sistema multilateral.

Existe una disposición que faculta al Director General de la OMC a actuar de oficio y ofrecer sus buenos oficios, ser conciliador o mediador en la diferencia. Esta disposición nos parece sumamente importante, ya que atenúa el abuso de las consultas como conductas estratégicas a fin de forzar a países en desarrollo a alcanzar soluciones «negociadas» antes que recurrir a los procedimientos ante grupos especiales, lo cual puede resultar muy oneroso.

Una vez concluida la etapa de las consultas y sin perjuicio de las posibles actuaciones de solución de diferencias entre las partes en el marco de buenos oficios, conciliación o mediación, el reclamante puede recurrir a los mecanismos jurídicos permitidos en el ESD.

2.2.2. Fase de solución jurídica (procedimiento ante el OSD y las instancias jurídicas o arbitraje)

Los mecanismos utilizados para la solución de las diferencias jurídicamente pueden ser dos:

a) El procedimiento ante el OSD en sus dos instancias:

- Grupo especial
- Órgano Permanente de Apelación

b) La utilización del mecanismo arbitral

La solución de diferencias por medios jurídicos en el marco de los Acuerdos de la OMC se circunscribe al ámbito de la propia OMC, y en estricto al del OSD, el mismo que conforma su marco institucional. Así en referencia a los grupos especiales y al Órgano Permanente de Apelación, el OSD puede en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del ESD:

[...] establecer grupos especiales, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano Permanente de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados.

Y en referencia a los procedimientos arbitrales únicamente se permite, en virtud del artículo 25 del ESD, que se realice:

Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias [que] pued[a] facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes.

2.2.2.1. El procedimiento ante el OSD en sus dos instancias

A. El grupo especial

De conformidad con el artículo 11 del ESD el grupo especial tiene como función ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del ESD y de los acuerdos abarcados.

La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del pre-

sente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer 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 estos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria.

Así por ejemplo, en la apelación de los asuntos *CE-Hormonas* y *Corea-Bebidas alcohólicas, Australia-Salmón*, se alegó que los respectivos grupos especiales no hicieron evaluaciones objetivas de los asuntos que tenían ante sí, ni aplicaron la norma de examen apropiada en virtud del artículo 11 del ESD, lo cual los llevó a cometer una serie de «errores de evaluación manifiestos y/o conspicuos». Sobre el particular en ambos casos se consideró que la evaluación objetiva de los hechos en el sentido del artículo 11 del ESD, no consiste en la sola evaluación de la prueba, sino más bien en la apreciación sobre la conformidad de los hechos con las disposiciones de los acuerdos abarcados. El Órgano de Apelación no culpó a los grupos especiales de estos respectivos casos por haber fallado a este deber procesal.

Por el contrario, la primer vez que el Órgano de Apelación determinó que un grupo especial había faltado a su deber bajo el artículo 11 del ESD fue en el asunto *Estados Unidos-Gluten de trigo*, en el que se encontró que no existía fundamento fáctico para la determinación de daño y relación causal en el informe que dio sustento a la decisión estadounidense de aplicar una medida de salvaguardia contra dicho producto:

Consideramos que la conclusión del grupo especial no concuerda con su trato ni con su descripción de las pruebas en que se sustenta esa conclusión. No comprendemos cómo

el grupo especial pudo concluir que el informe de la USITC proporcionaba *efectivamente* una explicación adecuada de las metodologías de atribución, cuando está claro que el propio grupo especial reconoció deficiencias tales en dicho informe que se basó ampliamente en las «aclaraciones» no contenidas en este.

Al llegar a una conclusión relativa al informe de la USITC tan ampliamente basada en la información complementaria facilitada por los Estados Unidos durante las actuaciones del grupo especial —información no contenida en el informe de la USITC— el grupo especial aplicó una norma de examen que no llega a satisfacer las exigencias del artículo 11 del ESD.¹⁵⁴

Con posterioridad el asunto de la evaluación objetiva de los hechos también ha sido tratado en *Estados Unidos-Carne de cordero*¹⁵⁵ y en *Estados Unidos-Hilados de Pakistán*. Solo en el último caso se determinó que el grupo especial excedió el mandato conferido por el artículo 11 del ESD al considerar información que no se encontraba a disposición de las autoridades estadounidenses al momento de aplicar la medida de salvaguardia.¹⁵⁶

Antes de abordar la dinámica del procedimiento debemos señalar algunas disposiciones generales que deben regir la actividad del procedimiento ante el grupo especial, las cuales se encuentran señaladas en el artículo 12 del ESD y conforman los Procedimientos de Trabajo establecidos en el Anexo 3 del ESD y las normas de conducta para la aplicación del ESD.

¹⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Gluten de trigo*, arriba, nota 112, párrafos 161-163.

¹⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Carne de cordero*, arriba, nota 112, párrafos 103-107.

¹⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia de transición aplicadas a los hilados peinados procedentes de Pakistán*, WT/DS192/AB/R, párrafos 81-82.

A efectos de garantizar la eficacia del procedimiento y del informe final, el grupo especial debe actuar con determinada flexibilidad en la fijación de los plazos.

En lo que se refiere al procedimiento, en los párrafos 3 y 4 del artículo 12 se establece que los grupos especiales, una vez constituidos, deberán establecer un calendario de actividades de conformidad con la opinión de las partes de la diferencia, teniendo en cuenta si los productos afectados por la controversia son o no productos percederos. Se establece un margen de razonabilidad para otorgar tiempo suficiente a las partes en la diferencia para que preparen sus comunicaciones.

En lo que se refiere a la formulación del informe final, se establece como criterio que los grupos especiales deben tener la debida flexibilidad para garantizar la calidad de los informes sin dilatar indebidamente los trabajos de los grupos especiales. Con esta norma se pretende motivar la búsqueda de soluciones que apunten a la satisfacción de todos los objetivos del mecanismo.

Por otra parte la actuación de los grupos especiales se realiza a puertas cerradas y solo estarán presentes las partes interesadas cuando sean invitadas. La información proporcionada por las partes tiene carácter confidencial y se presentará conjuntamente con su respectivo resumen no confidencial para ser proporcionado a las demás partes de la diferencia.

Tanto en los asuntos *Japón-Productos avícolas* como *Australia-Importaciones de salmón* y *Comunidades Europeas-Hormonas* se recurrió a los servicios de expertos técnicos.

– *Establecimiento del grupo especial*

El grupo especial se puede establecer una vez concluido el periodo de consultas. El establecimiento opera a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquella en la que haya figura-

do por primera vez como punto en el orden del día, salvo de que se disponga por consenso no establecer ningún grupo especial.

A diferencia de lo que acontecía con el sistema de solución de diferencias del GATT, el establecimiento de un grupo especial es algo casi automático y opera a no ser que exista consenso negativo para su no establecimiento.

Como el Órgano de Apelación afirmó en *Comunidades Europeas-Régimen para la importación y venta de bananas (CE-Bananas)*, la solicitud de establecimiento de un grupo especial es importante por dos razones: (a) forma la base para el mandato del grupo especial de conformidad con el artículo 7 del ESD, y (b) informa a la parte demandada y a las terceras partes de los fundamentos legales de la reclamación.¹⁵⁷

Es importante que la solicitud de establecimiento de grupo especial contenga una descripción de los fundamentos jurídicos que la motivan, los mismos que no necesariamente deben coincidir con los fundamentos indicados para la celebración de consultas.¹⁵⁸ Sin embargo, como se señaló previamente, en las consultas se debe haber ventilado todas las alegaciones que van a ser materia de evaluación ante el grupo especial. En *Corea-Lácteos*, el Órgano de Apelación fue sumamente preciso al establecer que se requiere (a) que esté por escrito, (b) indicar si las consultas se llevaron a cabo, (c) identificar las medidas específicas en cuestión y (d) proveer de un resumen de los fundamentos legales de la demanda.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE-Bananas*, supra, nota de pie de página 134, párrafo 142.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 143.

¹⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Corea-Productos lácteos*, supra, nota 140, párrafo 120.

Cabe señalar que la mención de las alegaciones en la solicitud de establecimiento del grupo especial no significa que dicho ente se deba pronunciar necesariamente sobre ellas, si por ejemplo las partes reclamantes no toman una actitud activa para sostener estas alegaciones en el transcurso del procedimiento. Así por ejemplo en el asunto *Canadá-Medidas que afectan la importación de leche y productos lácteos*, el grupo especial tomó nota de que en las solicitudes de establecimiento del grupo especial presentadas por los Estados Unidos y por Nueva Zelandia se alegaba la infracción de los artículos X, XI y XIII del GATT de 1994. No obstante, ni los Estados Unidos ni Nueva Zelandia mantuvieron esas alegaciones en el transcurso del procedimiento y por el contrario, se basaron en el Acuerdo de Agricultura de la OMC.¹⁶⁰

– *Mandato del grupo especial*

Después de establecer el grupo especial, se procede a establecer el mandato del grupo especial. El mandato estándar es el previsto en el artículo 7.1. del ESD:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento [...] y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos).

El contenido del mandato del grupo especial viene definido por la solicitud de establecimiento del grupo especial y no por la de celebración de consultas. En el asunto *Estados Unidos-Imposición de derechos antidumping a los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) de un*

¹⁶⁰ Informe del grupo especial *Canadá-Medidas que afectan la exportación de leche y productos lácteos*, WT/DS103/R, 17 de mayo de 1999.

*megabit como mínimo procedentes de Corea*¹⁶¹ el grupo especial señaló:

El Órgano Permanente de Apelación y los grupos especiales de la OMC han [declarado] que la cuestión jurídicamente pertinente es si se formuló una reclamación en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Ello se debe a que la solicitud de establecimiento del grupo especial es el documento en el que generalmente se enuncia el mandato del grupo especial.

La importancia del mandato del grupo especial ha sido definida en el informe del Órgano de Apelación *Brasil-Medidas que afectan al coco desecado*, en el que se señaló:

El mandato de un grupo especial es importante por dos motivos. En primer lugar, el mandato cumple un importante objetivo en cuanto al debido proceso, a saber, proporciona a las partes y a los terceros información suficiente con respecto a las reclamaciones que se formulan en la diferencia con miras a darles la oportunidad de responder a los argumentos del reclamante. En segundo lugar, establece la competencia del grupo especial al definir las reclamaciones concretas planteadas en la diferencia.¹⁶²

El mandato del grupo especial define las reglas de juego. Define las reglas sobre las cuales deben recaer los argumentos y contrargumentos de las partes así como las normas y asuntos jurídicos sobre los que debe pronunciarse el grupo especial, limitando así sus competencias solo a esos temas.¹⁶³

¹⁶¹ Véase arriba, nota 145.

¹⁶² Informe del Órgano de Apelación, *Brasil-Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/AB/R del 21 de febrero de 1997, p. 25.

¹⁶³ Una lectura comprensiva sobre el mandato de los grupos especiales se puede encontrar en: LITTLE, S., «Preliminary Objections to Panel Requests and Terms of Reference, Panel and Appellate Body Rulings on the First Line of Defence in WTO Dispute Settlement Proceedings». *Journal of World Trade*, vol. 35, n.º 4, 2001, pp. 489-516.

Dentro del plazo de 20 días desde el establecimiento del mandato, las partes podrían convenir en un mandato diferente. Por otra parte, el solicitante podría sugerir el texto de un mandato diferente.

En el caso *Guatemala-Investigación antidumping sobre cemento portland procedente de México*, el Órgano de Apelación abordó en forma detallada las cuestiones relativas al mandato previsto en el artículo 7 del ESD y a los requisitos de especificidad establecidos en el artículo 6.2 del ESD:

la función de un grupo especial es examinar «el asunto sometido al OSD». [...] Aunque por sí mismo el artículo 7 del ESD no arroja más luz sobre el sentido del término *cuestión*, si se lee esta disposición conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, resulta claro el sentido preciso de las palabras *cuestión* o *asunto*. El párrafo 2 del artículo 6 especifica las condiciones para que un miembro reclamante pueda someter una *cuestión* al OSD: para que se establezca un grupo especial que examine su reclamación, es necesario que el miembro formule por escrito una petición de establecimiento de un grupo especial. La petición de establecimiento del grupo especial, además de ser el documento presentado al OSD que permite a este establecer un grupo especial, es generalmente el documento identificado en el mandato del grupo especial como documento que determina la «cuestión» sometida al OSD.¹⁶⁴

En el asunto *Argentina-Medidas de salvaguardia a importaciones de calzado* se estableció que, si bien podían existir diversas medidas que complementaban la salvaguardia definitiva y no estaban comprendidas como medidas en litigio señaladas en la solicitud de establecimiento de grupo especial, estas partían de la misma investigación sobre salvaguardias y surgían como desarrollo de la salvaguardia definitiva, considerando que:

¹⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala-Cemento portland*, arriba, nota 137, párrafo 79-80.

[...] lo más pertinente para nuestro mandato son las medidas provisional y definitiva en cuanto al fondo y no en cuanto a su forma jurídica inicial o modificada [...] ya que podría permitir una situación en la que un asunto sometido al OSD para su rápida solución no se resolviera cuando el demandado modificara la forma jurídica de la medida por medio de un instrumento separado pero estrechamente relacionado con ella, aun cuando la medida en litigio siguiera siendo esencialmente igual en cuanto al fondo.¹⁶⁵

Por otra parte, el grupo especial que se ocupó del asunto *Japón-Películas*¹⁶⁶ examinó ciertas medidas que no se habían enumerado en la solicitud de establecimiento del grupo especial para que estuvieran comprendidas en su mandato porque se trataba de «medidas de aplicación» basadas en una ley marco básica, identificada expresamente en la solicitud de establecimiento del grupo especial. De manera similar, el Órgano de Apelación entendió en *Brasil-Aeronaves* que, a pesar de que el alegado subsidio, objeto de la controversia, se otorgaba al amparo de una ley no contemplada cuando se solicitó el establecimiento de grupo especial, formaba parte del mismo esquema y por lo tanto se encontraba en el mandato del grupo especial.¹⁶⁷

Podría señalarse como una regla general que si, a pesar de que una medida no ha sido expresamente indicada en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, guarda relación directa con una medida que se haya descrito específicamente en esa solicitud, se satisfacen las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6. Esta conclusión se basa en la subsidiariedad

¹⁶⁵ Informe del grupo especial, *Argentina-Medidas de salvaguardias impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/R, 25 de junio de 1999.

¹⁶⁶ Informe del grupo especial en el asunto *Japón-Medidas que afectan las películas y el papel fotográfico de consumo (Japón-Películas)*, WT/DS44/R, del 22 de abril de 1998, párrafo 10.8.

¹⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil-Aeronaves*, arriba, nota 147, párrafo 132.

de las medidas con respecto a la *medida* identificada expresamente en la solicitud o su relación con esta medida.

Asimismo, en los informes del grupo especial y del Órgano Permanente de Apelación en el asunto *Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón*,¹⁶⁸ encontramos que una medida no expresamente mencionada en la solicitud de establecimiento de un grupo especial puede, sin embargo, estar comprendida en su mandato. En su solicitud de establecimiento del grupo especial, Canadá identificó como medidas en litigio «[...] las medidas del Gobierno de Australia que prohíben la importación de salmón fresco, refrigerado o congelado [...] [entre las que] figura la Proclamación de Cuarentena n.º 86A, de fecha 19 de febrero de 1975, así como sus posteriores enmiendas o modificaciones».¹⁶⁹ Así, a lo largo del asunto, el reclamante hizo referencia a la Proclamación de Cuarentena n.º 86A, a las denominadas «Condiciones de 1988, «Prescripciones de 1996», relativas a una prescripción de termotratamiento, y a la denominada «Decisión de 1996», que prohibía las importaciones de salmón fresco procedente de América del Norte.

El Órgano de Apelación estimó que no podía considerarse que las «Condiciones de 1988» y las «Prescripciones de 1996» estuvieran comprendidas en el mandato de ese grupo especial porque no se referían a una prohibición de las importaciones de salmón fresco sino a una prescripción de termotratamiento aplicable al salmón ahumado y a las huevas de salmón. Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación consideró que, por el contrario, la «Decisión de 1996» estaba comprendida en el mandato del grupo especial porque se refería a una prohibición de las importaciones de este producto. De esa constatación del Órgano Permanente de Apelación se desprende que las

¹⁶⁸ Informe del grupo especial e informe del Órgano de Apelación, *Australia-Salmón*, WT/DS/18/R y WT/DS/18/AB/R, del 6 de noviembre de 1998.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

medidas jurídicas no enunciadas expresamente, que puedan modificar la forma jurídica pero confirmen en cuanto al fondo la medida anterior identificada en la solicitud de establecimiento del grupo especial (en este caso, la Proclamación QP86A), pueden estar comprendidas en el mandato de un grupo especial.

En el asunto *Guatemala-Investigación antidumping sobre el cemento portland procedente de México*, el Órgano de Apelación trató la cuestión del mandato de los grupos especiales señalando que:

[...] el grupo especial solo hubiera estado facultado para examinar las reclamaciones de México acerca de la iniciación y realización de la investigación en el presente caso si en la solicitud de establecimiento del grupo especial se hubiera identificado debidamente como «medida concreta en litigio», en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, una medida antidumping pertinente.¹⁷⁰

Por consiguiente, conforme al Órgano de Apelación, las medidas que deben identificarse en un asunto *antidumping* pueden ser la medida provisional, la medida definitiva o la aceptación de un compromiso en materia de precios.

– *Terceros y más de una parte reclamante*

El artículo 9 del ESD establece el procedimiento aplicable en caso de pluralidad de reclamaciones:

1. Cuando varios miembros soliciten el establecimiento de sendos grupos especiales en relación con un mismo asunto, se podrá establecer un único grupo especial para examinar las reclamaciones tomando en consideración los derechos

¹⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala-Cemento portland*, arriba, nota 137, párrafo 81.

de todos los miembros interesados. Siempre que sea posible, se deberá establecer un grupo especial único para examinar tales reclamaciones.

2. El grupo especial único organizará su examen y presentará sus conclusiones al OSD de manera que no resulten menoscabados en modo alguno los derechos de que habrían gozado las partes en la diferencia si las reclamaciones hubiesen sido examinadas por grupos especiales distintos. Si una de las partes en la diferencia lo solicita, el grupo especial presentará informes separados sobre la diferencia considerada. Las comunicaciones escritas de cada uno de los reclamantes se facilitarán a los otros reclamantes, y cada reclamante tendrá derecho a estar presente cuando uno de los otros exponga sus opiniones al grupo especial.

Si se establece más de un grupo especial para examinar las reclamaciones relativas a un mismo asunto, en la medida en que sea posible actuarán las mismas personas como integrantes de cada uno de los grupos especiales, y se armonizará el calendario de los trabajos de los grupos especiales que se ocupen de esas diferencias.

El artículo 9 al parecer prevé el surgimiento de solicitudes de grupos especiales de un mismo procedimiento de consultas, o de consultas que se plantean simultáneamente. Cuando se analiza la acumulación de solicitudes de grupos especiales debe considerarse si las solicitudes de establecimiento de grupos especiales guardan aproximación en el tiempo.

Así por ejemplo, en el asunto *India-Patentes*, el grupo especial consideró que no era factible la acumulación de procedimientos debido a que cuando fue planteada la solicitud de establecimiento de grupo especial por parte de Estados Unidos, las Comunidades Europeas aún ni siquiera habían solicitado la celebración de consultas con la India. A pesar de ello, dicho grupo especial reconoció la preocupación válida de que se presenten reclamaciones sucesivas basadas en los mismos he-

chos y alegaciones jurídicas, pudiendo «llevar aparejados graves riesgos para el orden comercial multilateral, por la posibilidad de resoluciones contradictorias, así como problemas debidos al derroche de recursos y a un acoso injustificado». Estas constataciones y conclusiones no fueron presentadas ante el Órgano de Apelación.¹⁷¹

En el asunto *Australia-Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles* el grupo especial no puso fin a sus actuaciones y no se disolvió como lo pretendía Australia sosteniendo que el ESD no autoriza a establecer un grupo especial cuando ya existe otro grupo especial entre las mismas partes con respecto al mismo asunto, debido a que no existe esta prohibición ni explícita ni implícitamente en el texto del ESD.¹⁷²

En *CE-Hormonas*, el Órgano de Apelación reconoció la discreción de que gozan los grupos especiales bajo el ESD a efectos de conceder mayores derechos procesales a las terceras partes, sobre todo si estas facilidades aseguran mayores garantías de debido proceso.¹⁷³

En *Estados Unidos-Ley Antidumping de 1916*, el Órgano de Apelación precisó que la discreción de los grupos especiales no es ilimitada y está circunscrita a los requisitos del debido proceso.¹⁷⁴

¹⁷¹ Informe del grupo especial, *India-Patentes*, arriba, nota 148.

¹⁷² Informe del grupo especial, *Australia-Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles (Australia-Subvenciones al cuero de automóviles)*, WT/DS126/R, 25 de mayo de 1999.

¹⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *CE-Hormonas*, arriba, nota 110, párrafo 154.

¹⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Ley antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R del 28 de agosto del 2000, párrafo 150.

– *Presentación de las reclamaciones*

Luego del establecimiento del grupo especial, la determinación de la composición de los miembros del grupo especial y del mandato de conformidad con la solicitud de establecimiento de grupo especial, las partes deben presentar sus primeras comunicaciones escritas, según el calendario de trabajo establecido por el propio grupo especial en consulta con las partes de la diferencia.

De acuerdo con la propuesta de calendario de trabajo prevista en el Apéndice 3 del ESD, el reclamante debe presentar su primera comunicación de tres a seis semanas después de establecido el grupo especial. Luego de ello, la parte demandada deberá presentar su comunicación entre dos y tres semanas después de la presentación de la comunicación del reclamante. Estas comunicaciones deben contener pruebas de la fundamentación de hecho (medidas en litigio) y de derecho (alegaciones) en que se sustentan las partes. En el asunto *Estados Unidos-Medida que afecta las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* el Órgano de Apelación reconoció que la carga de la prueba recae en el que alega algo. Así se señaló:

encontramos que es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba. Por consiguiente, no resulta sorprendente que diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, hayan aceptado y aplicado de forma general y concordante la norma según la cual la parte que alega un hecho —sea el demandante o el demandado— debe aportar la prueba correspondiente.²¹ Además, es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el common law y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una

determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.²²

En el contexto del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre la OMC, la cuantificación precisa y la determinación del tipo de pruebas que se necesitará para establecer esa presunción variará necesariamente para cada medida, para cada disposición y para cada caso.¹⁷⁵

En el asunto *Comunidades Europeas-Hormonas*, el grupo especial estableció que la carga de la prueba podía desplazarse del demandante al demandado, señalando que las disposiciones del Acuerdo MSF imponen una carga inversa sobre el demandado. El Órgano de Apelación revocó la formulación establecida por el grupo especial considerando que el carácter de excepción que podía tener cierta disposición del Acuerdo SMF (párrafo 3 del artículo 3) con respecto a la norma general del mismo acuerdo (párrafo 1 del artículo 3) no significaba considerar que se constituía como una excepción en materia probatoria y, por lo tanto, la carga probatoria se desplazaría del reclamante al demandado.

En el asunto *India-Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales* se reafirmó el principio de la carga de la prueba que corresponde al que alega algo. Así se sostuvo que los Estados Unidos debían probar que la India violaba los artículos XI y XVIII del GATT de 1994, mientras que por su parte India debía probar que las restricciones cuestionadas estaban justificadas a la luz de la sección B del artículo XVIII del GATT.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos-Medida que afecta las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*. WT/DS33/AB/R, del 25 de abril de 1997.

¹⁷⁶ Informe del grupo especial *India-Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales*, WT/DS90/R, 6 de abril de 1999.

La idea de la presentación de los primeros escritos es que se haga el desarrollo de las alegaciones de la solicitud de establecimiento de grupo especial y se conozca los contrargumentos de la parte reclamada. Con respecto a la oportunidad de presentación es importante que esta se haga en la primera ocasión en que se tenga oportunidad a efectos de evitar cualquier objeción con respecto a presentaciones tardías.¹⁷⁷

– *Primera reunión sustantiva con las partes interesadas*

De una a dos semanas después de presentada la comunicación del demandado, se convoca a una primera reunión sustantiva en la cual participan también en una sesión especial los terceros asociados al grupo especial.

Esta reunión se realiza con el fin de que las partes expongan los argumentos que sustentan sus pretensiones, y brindar la posibilidad de que se produzca un acercamiento entre las partes para llegar a una solución mutuamente satisfactoria. La reunión se realiza «a puerta cerrada»¹⁷⁸ con el fin de salvaguardar la información que las partes hubiesen presentado con carácter confidencial. En esta reunión el grupo especial puede realizar preguntas a las partes o requerirles información adicional a sus comunicaciones escritas.¹⁷⁹

Por otra parte, la sesión que se sostiene con los terceros asociados tiene como finalidad conocer sus intereses en juego,

¹⁷⁷ Desde nuestro punto de vista, el Órgano de Apelación ha esbozado un principio de diligencia procesal al señalar en *México-Jarabe de maíz, párrafo 5 del artículo 21* que: «Cuando un miembro desea formular una objeción en un procedimiento de solución de diferencias, siempre tiene la obligación de hacerlo sin demora. Se puede considerar que todo miembro que no formule sus objeciones oportunamente, a pesar de haber tenido una o varias oportunidades de hacerlo, ha renunciado a su derecho a que un grupo especial considere dichas objeciones». Informe del Órgano de Apelación, arriba, nota de pie de página 141, párrafo 50.

¹⁷⁸ Párrafo 2 del Apéndice 3 del ESD, relativo a Procedimientos de Trabajo.

¹⁷⁹ Párrafo 8 del Apéndice 3 del ESD, relativo a Procedimientos de Trabajo.

para efectos de que al momento de tomar una decisión el grupo especial considere los intereses de terceros que podrían verse afectados y adopten una decisión de conformidad con las normas de la OMC, intentando salvaguardar el carácter multilateral del sistema.

Es deber de las partes de la diferencia así como de los terceros en toda reunión presentar por escrito sus exposiciones orales, bajo responsabilidad de que no sean tomadas en cuenta por el grupo especial.

Como norma de transparencia, las exposiciones, réplicas orales y preguntas del grupo especial se desarrollarán en presencia de las partes.¹⁸⁰ En la práctica, las reuniones con las partes se desarrollan en un contexto adversarial y han perdido el carácter conciliador con el que fueron concebidas.

– *Segunda reunión sustantiva*

Luego de dos a tres semanas de la primera reunión, las partes deben presentar por escrito sus réplicas formales para que sean expuestas en la segunda reunión sustantiva del grupo especial. Consideramos que en estos escritos las partes pueden también presentar pruebas que refuten las pretensiones de sus contrapartes.

La segunda audiencia se realiza entre una y dos semanas después de la remisión de los escritos formales de réplica. En esta reunión únicamente participan las partes de la diferencia y no los terceros interesados. Entendemos que en esta reunión aún es posible alcanzar una solución mutuamente convenida.

¹⁸⁰ Párrafo 10 del Apéndice 3 del ESD, relativo a Procedimientos de Trabajo.

A diferencia de la primera reunión, en esta primero expone la parte reclamada y luego la parte reclamante. Como en la primera reunión sustantiva, el grupo especial tiene la posibilidad de hacer preguntas y requerir información.

– *Envío a las partes de la parte expositiva del informe*

Luego de dos a cuatro semanas de la realización de la segunda reunión, el grupo especial debe remitir a las partes el capítulo expositivo del informe. En el capítulo expositivo se plantea los elementos de hecho de la diferencia, así como las alegaciones y los argumentos de las partes y de los terceros. No se desarrolla las constataciones y menos aun las conclusiones o las recomendaciones.

El envío de este capítulo tiene como propósito que las partes presenten sus comentarios y observaciones sobre las bases fácticas de las consideraciones legales, las conclusiones y las recomendaciones. Las partes tienen un plazo de dos semanas para presentar sus comentarios.

– *Informe provisional*

Una vez recibidos los comentarios a los capítulos expositivos del informe, el grupo especial los incorpora al informe y dentro del plazo de dos a cuatro semanas remite a las partes un informe provisional, que contiene además de los capítulos expositivos reformulados, las constataciones, conclusiones y recomendaciones del grupo especial. Las partes tienen el plazo de una semana para pedir el reexamen de este informe provisional.

En el asunto *Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas* Corea dedujo que las pruebas que dieron las Comunidades Europeas en la segunda reunión sustantiva del grupo especial fueron presentadas extemporáneamente, vulnerando su derecho de defensa, ya que el plazo concedido a Corea por el grupo es-

pecial les resultaba insuficiente para realizar descargos apropiados.¹⁸¹

El grupo especial tuvo en cuenta que la prueba presentada por las Comunidades Europeas era una prueba que se había presentado en la primera oportunidad que los reclamantes tuvieron para hacerlo, como réplica a las primeras comunicaciones del reclamado, y que además, era auxiliar para reforzar los argumentos ya sustentados por los reclamantes mas no para aportar algún nuevo elemento de hecho en la diferencia. En razón de ello, se denegó la alegación de Corea sobre este aspecto del asunto.

De este caso se puede extraer el criterio de que las pruebas únicamente se pueden presentar en la primera oportunidad que existe para hacerlo, lo cual en concordancia con la obligación de remitir el capítulo expositivo, obliga a que solo se pueda presentar pruebas antes del traslado del capítulo expositivo.

Hay que resaltar, no obstante, que de conformidad con el artículo 13 del ESD los grupos especiales pueden requerir información a las partes en cualquier momento en que lo consideran pertinente. El artículo 13 señala lo siguiente:

1. Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. No obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho miembro. Los miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente. La información confidencial que se proporcione no deberá ser re-

¹⁸¹ Informe del grupo especial *Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas*, arriba, nota de pie de página 150.

velada sin la autorización formal de la persona, institución, o autoridad del miembro que la haya facilitado.

2. Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia. En el Apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos.

Ello ha posibilitado que se permita la presentación de escritos por parte de particulares conocidos como *amicus curiae*.¹⁸²

En el asunto *India-Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales* el grupo especial recibió una solicitud de la India para la ampliación de su plazo para presentar y preparar su primera comunicación. El grupo especial, considerando la condición de la India como país en desarrollo, concedió un plazo suficiente, de conformidad con el párrafo 10 del artículo 12 del ESD, a pesar de la oposición de los Estados Unidos para acceder a este pedido.

Es importante destacar que los grupos especiales se encuentran facultados a aplicar el principio de economía procesal que los exonera de la obligación de absolver todas las pretensiones planteadas por las partes cuando estas no son necesarias para la solución de la diferencia. En *Estados Unidos-Camisas y Blusas* el Órgano de Apelación reconoció esta regla derivada de la práctica:

Nada en esta disposición [el ESD] ni en la práctica previa del GATT exige que un grupo especial examine todas las

¹⁸² Sobre el particular véase MARCEAU, G. y P. PEDERSEN. *Ob. cit.*, p. 117.

alegaciones jurídicas formuladas por la parte reclamante. Los grupos especiales anteriores del GATT de 1947 y de la OMC han abordado con frecuencia solo las cuestiones que consideraban necesarias para la solución del asunto planteado entre las partes, y han rehusado decidir sobre otras cuestiones. Por consiguiente, si un grupo especial consideraba que una medida era incompatible con una determinada disposición del GATT de 1947, por lo general no pasaba a examinar si esa medida era también incompatible con otras disposiciones del GATT, cuya infracción hubiese sido alegada por una parte reclamante.³³ En la práctica reciente de la OMC, los grupos especiales también se han abstenido de examinar todas y cada una de las alegaciones formuladas por la parte reclamante y han formulado conclusiones solo sobre aquellas alegaciones que, según los grupos especiales, eran necesarias para resolver el asunto de que se trataba.¹⁸³

– *Etapa intermedia de reexamen*

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 15 del ESD, el reexamen del informe solo es opcional si alguna de las partes lo solicita. El reexamen tiene como propósito brindar a las partes la oportunidad de presentar los comentarios que consideren pertinentes sobre las constataciones y conclusiones del informe provisional. Para estos efectos se puede convocar a una reunión con el grupo especial, sea a pedido de parte o por convocatoria del mismo grupo especial, sobre las cuestiones identificadas en las observaciones escritas. El plazo del reexamen puede durar dos semanas.

¹⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Camisas y blusas*, arriba, nota 177. Sobre el desarrollo del principio de economía procesal véase DAVEY, W., «Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and Its Use of Issue-Avoidance Techniques». *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n.º 1, 2001.

De no recibirse algún pedido para el reexamen del informe provisional, este se considerará definitivo. Por otra parte, una vez transcurrido el período de reexamen y considerando las alegaciones de las partes, el grupo especial emitirá el informe definitivo.

– *Distribución del informe definitivo*

El grupo especial distribuirá el informe definitivo a las partes de la diferencia dentro de un plazo de dos semanas de la conclusión de la etapa de reexamen. Posteriormente, luego de tres semanas de haber remitido el informe a las partes de la diferencia se remitirá el informe a los demás miembros del OSD.

Una vez distribuido el informe, los miembros del OSD procederán a realizar un examen del mismo, en un plazo no menor de 20 días desde su distribución. Para esta evaluación, los miembros deben presentar por escrito sus consideraciones, las mismas que deberán ser evaluadas en la reunión en la que el OSD analice la aprobación del informe del grupo especial.

El informe se somete a la aprobación del OSD, a no ser que alguna de las partes de la diferencia apele contra él antes de que se decida su aprobación. El plazo para la apelación es de 60 días desde la distribución del informe.

De no interponerse recurso de apelación y tal como se señaló anteriormente, se procederá a analizar la aprobación del informe. Esta aprobación opera de manera casi automática, en virtud del consenso negativo, a no ser que los miembros presentes en la reunión del OSD decidan por unanimidad no aprobarlo.

B. Examen de apelación-Órgano Permanente de Apelación

El examen de apelación debe tener una duración máxima de 60 días y se realiza ante un ente colegiado permanente del OSD, llamado el Órgano Permanente de Apelación.

La comunicación del apelante deberá notificarse al OSD y en forma simultánea a la Secretaría de la OMC. La comunicación deberá contener:

- los motivos que dan sustento al error de derecho alegado,
- fundamentos jurídicos,
- el petitorio.

Presentada la comunicación de apelación, se procederá a conformar la sección del Órgano de Apelación que se encargará del caso, la cual deberá estar integrada por tres de los siete miembros.

Dentro de un plazo de 15 días desde la presentación de la apelación, las otras partes de la diferencia se podrán adherir a la apelación.

En un plazo no mayor de 25 días, las partes podrán presentar las comunicaciones que consideren pertinentes para sustentar su postura. En la comunicación del apelado se deberá comunicar:

- los motivos para oponerse a las alegaciones del apelante,
- la aceptación u oposición de los motivos alegados por el apelante,
- las disposiciones de los acuerdos abarcados y otras fuentes en las que se ampara el apelado,
- el carácter de la decisión o el fallo que se pretende.

El examen solo puede versar sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas del informe del grupo especial, y el Órgano Permanente de Apelación no se puede apartar de dicho mandato. No obstante, como ya lo mencionamos anteriormente, el Órgano de Apelación ha considerado que la evaluación objetiva de los hechos constituye una cuestión jurídica y por lo tanto se encuentra bajo los alcances de sus competen-

cias de revisión.¹⁸⁴ El Órgano de Apelación hizo una distinción entre una evaluación objetiva de los hechos y la evaluación de las pruebas para efectos de determinar los hechos.

Se discute mucho en doctrina sobre las capacidades del Órgano Permanente de Apelación para modificar o reenviar las consideraciones del grupo especial.¹⁸⁵ Se ha considerado que, si el grupo especial no estableció elementos de hecho relevantes, sería lo más aconsejable que el Órgano Permanente de Apelación pueda reenviar el caso al grupo especial para la enmienda del caso. No obstante, esta posibilidad no se encuentra prevista en el OSD, el cual impone un plazo límite al Órgano Permanente de Apelación para emitir pronunciamiento.¹⁸⁶

Por ello, en la práctica el Órgano de Apelación ha revocado las constataciones del grupo especial, sin embargo ha procedido a reformar por su propia cuenta las consideraciones del grupo especial, pronunciándose sobre el fondo del asunto.¹⁸⁷ En los casos en que el Órgano Permanente de Apelación ha revocado las conclusiones del grupo especial, no ha reenviado el caso al grupo especial.

La observación que se plantea a esta capacidad del Órgano de Apelación sería la consideración de asuntos *de novo*, lo cual no permitiría que las partes ejerzan el derecho de apelación que sí tuvieron con las cuestiones establecidas inicialmente por el grupo especial. Este problema se deriva de la práctica

¹⁸⁴ Informe *CE-Hormonas*, arriba, nota de pie de página 110.

¹⁸⁵ Los artículos de RUIZ FABRI, H. *Ob. cit.*, y GAFFNEY, J. *Ob. cit.*, se dedican al desarrollo de estas posturas, por lo que resulta de utilidad su revisión integral.

¹⁸⁶ Para un análisis de las posibilidades de implementar reenvío para el Órgano de Apelación, véase PIÉROLA, F. *Ob. cit.*

¹⁸⁷ Véase Informe del Órgano de Apelación en los asuntos *Comunidades Europeas-Hormonas*, arriba, nota 110 y *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada*, arriba, nota 112.

de «completar el análisis» sobre aspectos no abordados por grupos especiales.¹⁸⁸

2.2.2.2. Posibilidad de recurrir a arbitraje en el marco de la OMC

El artículo 25 del ESD permite que las partes en una diferencia, en el marco de los acuerdos abarcados de la OMC, recurran al arbitraje como forma alternativa al mecanismo general previsto en el ESD.

El requisito para recurrir a este mecanismo es que la diferencia verse sobre cuestiones claramente definidas por ambas partes, lo cual es necesario para todo compromiso arbitral.

Sin embargo, es interesante el caso del arbitraje en el marco del ESD, ya que se trata de un procedimiento arbitral limitado por ciertas consideraciones básicas del sistema. En principio, no existe la posibilidad de elegir derecho aplicable diferente al de la OMC.¹⁸⁹ El párrafo 4 del artículo 3 del ESD señala:

Las recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión, de conformidad con los derechos y las obligaciones dimanantes del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados.

Por otra parte, la solución del arbitraje debe ser notificada al OSD y puesta en conocimiento de los demás miembros de la OMC para efectos de preservar la multilateralidad del sistema.

Además de este supuesto general, el ESD prevé dos supuestos específicos en que se puede hacer uso del arbitraje:

¹⁸⁸ Véase arriba, nota de pie de página 112 sobre la relación de casos en los que el Órgano de Apelación ha tenido que completar el análisis.

¹⁸⁹ MONTAÑA Y MORA, M. *Ob. cit.*, p. 93.

- Cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre el plazo prudencial para el retiro de las medidas declaradas incompatibles con los acuerdos de la OMC. Así, en el párrafo 3 del artículo 21 se señala que en este caso el plazo prudencial será:

c) un plazo determinado mediante arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones.⁽¹²⁾ En dicho arbitraje, una directriz para el árbitro⁽¹³⁾ ha de ser que el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación. Ese plazo podrá, no obstante, ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso.

¹²⁾ Si las partes no pueden ponerse de acuerdo para designar un árbitro en un lapso de 10 días de haber sometido la cuestión a arbitraje, el árbitro será designado por el Director General en un plazo de 10 días, después de consultar con las partes.

¹³⁾ Se entenderá que el término *árbitro* designa indistintamente a una persona o a un grupo.

- Cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre el nivel de anulación o menoscabo para efectos de determinar la suspensión de las concesiones u otras obligaciones. El párrafo 6 del artículo 22 señala que:

Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, el OSD, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida por consenso desestimar la petición. No obstante, si el miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje estará a cargo del

grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro⁽¹⁵⁾ nombrado por el Director General, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje.

⁽¹⁵⁾ Se entenderá que el término *árbitro* designa indistintamente a una persona o a un grupo.

No obstante, si la parte afectada por la solicitud de suspensión de concesiones cuestiona también cómo se ha procedido para elegir las concesiones a suspender, podrá someter este asunto a arbitraje. El párrafo 7 del artículo 22 señala al respecto que:

El árbitro⁽¹⁶⁾ que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo. El árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación. En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3. Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. Se informará sin demora de la decisión del árbitro al OSD: y este, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla.

⁽¹⁶⁾ Se entenderá que el término *árbitro* designa indistintamente a una persona, a un grupo o a los miembros del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto si actúan en calidad de árbitro.

Cabe agregar que en estos casos el arbitraje es obligatorio, sin que se tenga que arribar a acuerdo de las partes involucradas en la diferencia.

2.2.3. Fase de cumplimiento o ejecución

2.2.3.1. Vigilancia y aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD

Luego de la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, los miembros deben cumplir con las recomendaciones del referido informe. Se ha discutido en doctrina sobre el valor jurídico de las recomendaciones.¹⁹⁰ Entendemos junto con Jackson¹⁹¹ que las decisiones del OSD tienen valor jurídico y generan obligaciones internacionales sobre las partes de la diferencia. Por ello el párrafo 1 del artículo 21 del ESD establece que:

Para asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los miembros, es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD.

Para efectos de disponer el cumplimiento de las recomendaciones del informe, el OSD debe evaluar la factibilidad de cumplir con las recomendaciones de la manera más pronta posible. Debido a ello, el párrafo 3 del artículo 21 prevé un mecanismo para la evaluación de la posibilidad de concretar el cumplimiento de las recomendaciones.

De conformidad con la mencionada norma, de no poderse cumplir con las recomendaciones y resoluciones de manera inmediata, el miembro perdedor en el informe dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo.

¹⁹⁰ JACKSON, J. H. *Ob. cit.*, pp. 69-74. Véase en sentido opuesto BELLO J. H. «The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More». *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, p. 417.

¹⁹¹ *Ibid.*

En principio, el plazo prudencial puede ser el propuesto por el miembro afectado por la decisión, siempre y cuando sea aceptado por el OSD. De no existir esta aprobación, el plazo se establece de común acuerdo por las partes de la diferencia dentro de los 45 días siguientes a la adopción del informe del grupo especial. En caso de que exista desacuerdo, se puede establecer el plazo a través de un arbitraje con carácter vinculante para las partes de la diferencia, con la única limitación para el árbitro de que el plazo prudencial no puede exceder de 15 meses desde la adopción del informe definitivo, aunque puede ser excepcionalmente más largo si las circunstancias lo ameritan.

La determinación del plazo prudencial a través del árbitro debe sustentarse en la razonabilidad de exigir a la parte afectada por la decisión la implementación de esta medida. En otras palabras se debe atender a la minimización de costos para la parte afectada por la medida y para la parte perdedora de la decisión dentro del plazo de 15 meses, el cual se constituye como una «norma límite» para casos habituales, según reconoció el árbitro que estableció el plazo prudencial para el cumplimiento del asunto *Comunidades Europeas-Hormonas*.¹⁹²

De conformidad con la interpretación del término *pronto* desarrollado en este asunto, se entendió que el plazo debe de ser el «más breve posible». Adicionalmente en el arbitraje del asunto *Australia-Medidas a la importación del salmón* se determinó que el sentido de la palabra *pronto* se comprendía a través de lo estipulado en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, según el cual, «No se debe recurrir a la compensación sino en el caso

¹⁹² Decisión del Árbitro, *CE-Hormonas*, arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. WT/DS26/15 y WT/DS48/13, del 29 de mayo de 1998.

de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado [...]».¹⁹³

Las partes que pretenden sustentar la *prudencialidad* de determinado plazo deben presentar las pruebas respectivas. Por ejemplo en el asunto *Comunidades Europeas-Hormonas*, las Comunidades Europeas señalaron que requerían: (a) un mínimo de dos años para completar las evaluaciones de los riesgos específicos de cada hormona y los riesgos específicos de cada residuo con respecto a todas las hormonas de que se trata, comprendida una evaluación de los riesgos derivados para la salud humana de la falta de observancia de buenas prácticas veterinarias;¹⁹⁴ y (b) un período de 15 meses para adoptar las medidas legislativas necesarias, habida cuenta de los resultados de las evaluaciones de los riesgos. Por su parte los Estados Unidos y Canadá solicitaron que se estableciera como plazo prudencial diez meses desde la adopción del informe del OSD, dado que no era necesario hacer una evaluación del riesgo de la medida y que mediante el proceso de modificación legislativa del artículo 43 del Tratado de la CE se permite que la Decisión en cuestión sea derogada a través de un sistema de consultas.

Así, sobre la base de las pruebas presentadas, se determinó que no existía mérito para conceder a las Comunidades Europeas un plazo de dos años para realizar las evaluaciones del riesgo a la salud humana. Sin embargo, también se consideró que, a pesar de que a través del artículo 43 del Tratado de la CE se podía derogar la medida en cuestión, con la entrada en vigencia del Tratado de Amsterdam el 1 de enero de 1999, se

¹⁹³ Decisión del Árbitro *Australia-Salmón*, arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, WT/DS18/9 del 23 de febrero de 1999.

¹⁹⁴ Comunicación escrita de las Comunidades Europeas, página 74 de la Decisión del Árbitro.

exigiría la adopción de medidas concernientes a la salud humana a través del proceso legislativo de codecisión. Por ello, se consideró prudencial un período de 15 días.

En el asunto *Australia-Medidas que afectan la importación de salmón*, el árbitro determinó como plazo prudencial ocho meses desde la adopción del informe del OSD, considerando que no era pertinente la evaluación del riesgo para la adopción de las medidas, y que el proceso de modificación de la medida era administrativo y no legislativo, por lo que sería más factible una modificación sin seguir un protocolo legislativo de modificación.¹⁹⁵

Es importante resaltar que la regla establecida por la práctica del sistema de solución de diferencias del GATT y la OMC en cuanto al retiro de las medidas declaradas incompatibles con el ordenamiento jurídico de la OMC es que el retiro de las medidas se produce *ex nunc*, es decir, con posterioridad a la declaración de incompatibilidad, de manera prospectiva.¹⁹⁶ Sin embargo se ha entendido que para el caso de subvenciones declaradas prohibidas bajo las reglas del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y que han consistido en desembolsos de una sola vez en el tiempo, el retiro de las medidas se debe producir de manera retroactiva, es decir, *ex tunc*. De otra forma, no se reestablecerían las condiciones de competencia que existían sin la subvención.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Decisión del Árbitro *Australia-Salmón*, arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias WT/DS18/9 del 23 de febrero de 1999.

¹⁹⁶ PETERSMANN, E.U. *Ob. cit.*, p. 139.

¹⁹⁷ *Ibid.*, Véase Informe del grupo especial, *Australia-Subvenciones al cuero de automóviles*, arriba, nota de pie de página 175.

2.2.3.2. Compensación y suspensión de concesiones y/u obligaciones

De conformidad con el párrafo 1 del artículo 22 del ESD, si al vencimiento del plazo prudencial para el cumplimiento de la decisión del OSD el miembro no lleva a cabo las recomendaciones del informe, se puede recurrir al mecanismo de compensación o al de suspensión de concesiones u obligaciones.

Antes del vencimiento del plazo prudencial, el miembro obligado al cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD deberá entablar negociaciones con las partes de la diferencia que se lo soliciten para efectos de hallar una compensación mutuamente aceptable.

No obstante, si dentro de 20 días de la fecha de expiración del plazo prudencial no se llega a un acuerdo, se podrá solicitar al OSD la autorización para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados, con respecto al miembro que no cumple con las recomendaciones y resoluciones del OSD.

Para determinar el nivel de las concesiones u obligaciones que se suspenderá se aplicará los siguientes principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 23 del ESD:

- el principio general es que la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores) en que el grupo especial o el Órgano Permanente de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo;
- si la parte considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores), podrá tratar de suspender

concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo;

- si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado;

Para la determinación de la ineficacia o impracticabilidad de la suspensión de concesiones en un sector o acuerdo determinado, el aplicante debe tener en cuenta:

- el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que el grupo especial o el Órgano Permanente de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la importancia que para la parte perjudicada tenga ese comercio;
- los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las concesiones económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

Si la parte decide pedir autorización para suspender concesiones u otras obligaciones en virtud de lo dispuesto en los apartados b) o c) del párrafo 3 del artículo 23, indicará en su solicitud las razones en que se funde. Cuando se traslade la solicitud al OSD se dará simultáneamente traslado de la misma a los consejos correspondientes y también, en el caso de una solicitud formulada al amparo del apartado b), a los órganos sectoriales correspondientes;

- f) a los efectos del presente párrafo, se entiende por «sector»:
 - i) en lo que concierne a bienes, todos los bienes;
 - ii) en lo que concierne a servicios, un sector principal de los que

- figuran en la versión actual de la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios en la que se identifican esos sectores¹⁹⁸;
- iii) en lo que concierne a derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, cualquiera de las categorías de derechos de propiedad intelectual comprendidas en la sección 1, la sección 2, la sección 3, la sección 4, la sección 5, la sección 6 o la sección 7 de la Parte II, o las obligaciones dimanantes de la Parte III o la Parte IV del Acuerdo sobre los ADPIC;
 - g) a los efectos del presente párrafo, se entiende por «acuerdo»:
 - i) en lo que concierne a bienes, los acuerdos enumerados en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, tomados en conjunto, así como los Acuerdos Comerciales Plurilaterales en la medida en que las partes en la diferencia de que se trate sean partes en esos acuerdos;
 - ii) en lo que concierne a servicios, el AGCS;
 - iii) en lo que concierne a derechos de propiedad intelectual, el Acuerdo sobre los ADPIC.

El OSD debe aplicar un criterio de razonabilidad para determinar las concesiones que se va a suspender. Debe considerar la importancia del comercio en el sector donde se han localizado los perjuicios provocados por la medida declarada incompatible con los Acuerdos de la OMC para la parte reclamante. Este criterio está referido al valor real que para la parte reclamante representa el comercio en donde se ha producido la vulneración de sus ventajas.

Adicionalmente debe considerar dos puntos: (a) la trascendencia de la anulación o menoscabo más allá del acuerdo y el sector determinado, en otros aspectos económicos no propiamente comerciales (situación financiera del país, demanda interna, oferta exportable, entre otros), y (b) las consecuencias económicas en sentido real y potencial sobre las partes de la suspensión de concesiones u obligaciones.

¹⁹⁸ En la lista que figura en el documento MTN.GNS/W/120 se identifica once sectores.

La conjunción de ambos criterios permite al OSD evaluar la proporcionalidad entre los efectos económicos de la medida perjudicial (es decir, la anulación o menoscabo que la misma produce) y las consecuencias de la suspensión de las concesiones u obligaciones.

El párrafo 4 del artículo 21 del ESD reafirma este procedimiento al señalar que el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD debe ser equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. Se debe precisar que para el caso de subvenciones declaradas prohibidas los procedimientos especiales del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* establecen que el monto de la medida retaliatoria debe ser equivalente al monto de la subvención otorgada. La nota al pie de página 9 del referido Acuerdo señala que se entiende que el término «contramedidas apropiadas [...] no permite la aplicación de contramedidas desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas».

El párrafo 8 del artículo 21 del ESD establece ciertos principios generales que se debe considerar para la temporalidad de la suspensión de concesiones. Así señala que:

La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y solo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria.

La suspensión de concesiones puede servir como un mecanismo de disuasión de conductas oportunistas cuando existe *amenaza creíble* de retaliación. Sin embargo, cuando se trata de países con bajos montos de comercio, que por el contrario dependen de las importaciones del país demandado, resulta difícil

La conjunción de ambos criterios permite al OSD evaluar la proporcionalidad entre los efectos económicos de la medida perjudicial (es decir, la anulación o menoscabo que la misma produce) y las consecuencias de la suspensión de las concesiones u obligaciones.

El párrafo 4 del artículo 21 del ESD reafirma este procedimiento al señalar que el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD debe ser equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. Se debe precisar que para el caso de subvenciones declaradas prohibidas los procedimientos especiales del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* establecen que el monto de la medida retaliatoria debe ser equivalente al monto de la subvención otorgada. La nota al pie de página 9 del referido Acuerdo señala que se entiende que el término «contramedidas apropiadas [...] no permite la aplicación de contramedidas desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas».

El párrafo 8 del artículo 21 del ESD establece ciertos principios generales que se debe considerar para la temporalidad de la suspensión de concesiones. Así señala que:

La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y solo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria.

La suspensión de concesiones puede servir como un mecanismo de disuasión de conductas oportunistas cuando existe *amenaza creíble* de retaliación. Sin embargo, cuando se trata de países con bajos montos de comercio, que por el contrario dependen de las importaciones del país demandado, resulta difícil

considerar que esos países se encuentren en la capacidad de retaliar. Esta situación plantea serias interrogantes con respecto a la eficacia del sistema de retaliación para países en desarrollo. Sin embargo, la existencia del Acuerdo sobre los ADPIC facilita una salida para países de volumen comercial relativamente moderado en tanto que, sin perjudicar sus importaciones, pueden ejercer presión sobre un aspecto sensible para países desarrollados, como lo es la intangibilidad de los derechos de propiedad intelectual. Al respecto es interesante apreciar la estrategia que tomó Ecuador en el asunto *CE-Bananas* cuando solicitó al OSD la suspensión de concesiones comerciales no solo en el marco del comercio de bienes y servicios, sino también en los referente a la protección de derechos de propiedad intelectual bajo el Acuerdo de los ADPIC.¹⁹⁹

Por otra parte, el sistema actual de contramedidas prospectivas no *compensa* los daños ocasionados por este tipo de conductas. Probablemente los gobiernos puedan obtener algún tipo de compensación comercial a través de concesiones en otras áreas, sin embargo esta *compensación* no beneficia directamente a los agentes de comercio, que se ven perjudicados por el riesgo político que significa la adopción de políticas comerciales no conformes con los compromisos internacionales o con las expectativas razonables al momento de concertar los acuerdos.

Por el contrario, existen mecanismos regionales y preferenciales cuyos sistemas de solución de diferencias sí permiten de alguna manera satisfacer los intereses de los particulares. No obstante, su actividad plantea algunas controversias con respecto al sistema comercial GATT/OMC y al sistema de solución de diferencias de la OMC.

¹⁹⁹ Véase el documento *Comunidades Europeas-Bananas, recurso al párrafo 7 del artículo 22 por el Ecuador*, WT/DS27/54 del 8 de mayo de 2000.

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y SU RELACIÓN CON LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE MECANISMOS REGIONALES DE COMERCIO DEL ÁMBITO AMERICANO

El sistema de solución de diferencias de la OMC ha sido diseñado para mantener los objetivos del GATT y de los Acuerdos Comerciales de la OMC tomando en cuenta los beneficios comunes que provee la cooperación comercial.

Para ello se ha recurrido a una estructura institucional y de normas y procedimientos cuyo propósito es preservar el funcionamiento eficaz del sistema de comercio mundial, a través de una pronta, positiva y satisfactoria solución de diferencias, otorgar seguridad a los Estados y demás partes sobre los derechos y obligaciones correspondientes y sobre el equilibrio de materias negociadas, y brindar previsibilidad tanto a los gobiernos como a los particulares sobre el tipo de conductas que deberían regir las relaciones comerciales internacionales.

A pesar de las diferencias, el sistema de solución de diferencias de la OMC se ha convertido en modelo para la solución de controversias internacionales con una clara orientación ha-

cia los mecanismos *legales*,²⁰⁰ desplazando a los mecanismos políticos utilizados tradicionalmente para la solución de controversias comerciales.

Esta clara tendencia favorece los intereses de los agentes económicos no gubernamentales, que si bien aún no son considerados sujetos de derecho internacional (y por lo tanto no pueden exigir internacionalmente el cumplimiento de los Acuerdos de la OMC) mejoran sus expectativas con respecto a los abusos de la política de los gobiernos en lo que respecta al manejo de sus relaciones comerciales internacionales.

La mayor credibilidad en las instituciones del comercio mundial reduce la incertidumbre sobre las conductas de los gobiernos y a su vez, el *riesgo-país*.²⁰¹ Esto genera un ambiente propicio para la reducción de costos de transacción que imposibilitan la creación de intercambios comerciales eficientes²⁰² e impiden confianza entre los Estados miembros del sistema comercial GATT/OMC. Jackson ha señalado al respecto:

Dicha orientación [la legalista] es necesaria para las decisiones de inversión, las decisiones de apertura de mercado y las decisiones en materia de tecnología. En el lenguaje de los economistas, este sistema reduce el «costo por riesgo» de algunas de estas decisiones. Esto es lo que está en juego.²⁰³

²⁰⁰ JACKSON, J. H. «Los Procedimientos de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio: Una evaluación preliminar». *Revista de Derecho Internacional Económico*, vol. 1, n.º 2, 1996, p. 10.

²⁰¹ YARBROUGH, B. V. y R. M. YARBROUGH. «Institutions for Governance of Opportunism in International Trade». *Journal of Law, Economics, and Organization*, Yale University, vol. 3, n.º 1, 1987, pp.130-131.

²⁰² PETERSMANN, E. U. «How to promote the international rule of law? Contributions by the WTO Appellate Review System». En: CAMERON, James y Karen CAMPBELL (eds.). *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*. Londres: Cameron May, 1998, p. 96.

²⁰³ JACKSON, John H. *Ob. cit.*, p. 3.

Para muchos teóricos la cooperación para la liberalización comercial es planteada como una *empresa común* para la cual los miembros del sistema de comercio mundial GATT/OMC deberían trabajar como un equipo. La racionalidad económica que da sustento a la *empresa común* es que los resultados grupales deben ser superiores a la suma de los resultados individuales, y por lo tanto, por razones de eficiencia grupal es necesaria la cooperación entre naciones:

[...] the nations of the world can produce more with a given quantity of resources by forming a «team» and agreeing to allow unrestricted trade. Such regime permits each country to specialize in producing those goods which it is able to produce relatively efficiently and to import those which it produces relatively inefficiently. The value of the world's output of goods and services is maximized when all countries play by the rules of the team.²⁰⁴

Sin embargo, no siempre los Estados tienen incentivos para cooperar. En tanto los beneficios de la cooperación son inferiores a la utilidad de emplear otros mecanismos de política comercial en un corto plazo, y en tanto no sea factible detectar al Estado que no cumpla con *su parte* en los propósitos de cooperación, no existirán incentivos para realizar conductas cooperativas, y por el contrario, habrá cabida para situaciones de oportunismo comercial y de políticas comerciales estratégicas.²⁰⁵

En los acuerdos cooperativos la cooperación se manifiesta en las dimensiones más transparentes, mientras que el oportunismo tiende a hacerse presente en los aspectos menos claros de los compromisos asumidos.²⁰⁶ Tomando en cuenta lo señalado anteriormente, los aranceles son el instrumento más visible de restricciones al comercio, y sucesivas rondas de nego-

²⁰⁴ YARBROUGH, B. V. y R. M. YARBROUGH. *Ob. cit.*, p. 350.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 351.

²⁰⁶ DIXIT, A. K. y B. J. NALEBUFF. *Ob. cit.*, pp. 108-110.

ciaciones han conseguido reducciones recíprocas importantes. Sin embargo, cada miembro del sistema sigue teniendo sus propias presiones para evitar la cooperación con todos los miembros del sistema o para restringir las importaciones, impulsando formas encubiertas de restricciones al comercio.²⁰⁷

En tal sentido, algunos de los mecanismos de política comercial que plantean conflictos con el sistema comercial GATT/OMC son los sistemas multilaterales de comercio y/o mecanismos preferenciales, de acceso restringido a determinados miembros del sistema GATT/OMC.

La existencia de preferencias *discriminatorias* solo para unos miembros del sistema contraviene el sentido de la *cláusula de nación más favorecida* contenida en el artículo I del GATT, y genera costos de transacción *ex post* para los miembros del sistema GATT/OMC, que negociaron concesiones arancelarias sobre la base de condiciones de competitividad no discriminatorias. Debido a la necesidad de establecer una regulación para la coexistencia *pacífica* de estos sistemas multilaterales de comercio con el sistema GATT/OMC, se ha establecido determinadas disposiciones en el Acuerdo General y otros instrumentos derivados.

Sin embargo, cabe añadir que la coexistencia de ambos tipos de sistemas comerciales no solo implica externalidades para el sistema GATT/OMC, sino también para los mecanismos preferenciales de comercio, cuya lógica y racionalidad económica preexiste a dicho sistema de comercio mundial y responde al realismo en la política comercial internacional.²⁰⁸

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ OMC. *El Regionalismo y el Sistema Mundial del Comercio*. Ginebra: OMC, 1995, p. 8.

En la regulación de esta existencia paralela hoy el sistema de solución de diferencias de la OMC cumple un papel fundamental debido a los alcances que tiene sobre las disposiciones de la OMC que regulan esta materia, y a su alcance sobre 136 sujetos de derecho internacional que conforman dicha organización internacional.

Por otra parte, otro problema que surge de la coexistencia entre sistemas multilaterales de comercio es el relativo a los costos de información con respecto a los incumplimientos de la cooperación.

En efecto, como lo mencionáramos anteriormente, el oportunismo en política comercial tiende a aparecer en las dimensiones menos transparentes de los acuerdos comerciales.²⁰⁹ En tal sentido, y tomando en cuenta que las partes de cualquier acuerdo comercial tienen únicamente información imperfecta sobre la ejecución del mismo por parte de los demás miembros del sistema,²¹⁰ es muy difícil en algunos casos determinar la existencia de acciones no cooperativas, sea por violación directa de las normas o por anulación o menoscabo sin violación de las mismas.²¹¹

Ante esta situación, el carácter multilateral del sistema de solución de diferencias de la OMC y, en concreto, las obligaciones de notificación de consultas y de establecimiento de grupos especiales, así como el sometimiento al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (en el que participan los representantes diplomáticos de todos los miembros) de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, o

²⁰⁹ Véase arriba, nota 50.

²¹⁰ «[...] parties to any agreement will generally have only imperfect information concerning one another's trade policies; in addition, the negotiation and enforcement of trade agreements is quite costly». YARBROUGH, B. V. y R. M., YARBROUGH. *Ob. cit.*, p. 348.

²¹¹ *Ibid.*, p. 351.

en general, la divulgación de la existencia de controversias entre los miembros del sistema, permiten reducir costos de información sobre las posibles políticas *no cooperativas* que reducen las ganancias conjuntas de la liberalización mundial del comercio.²¹²

Los miembros del sistema de solución de diferencias de la OMC se informan sobre la adopción de medidas que, si no los afectan directamente a todos, pueden constituir una amenaza en el futuro o formas encubiertas de anulación o menoscabo. En razón de ello, el ESD permite recurrir al mecanismo con solo poseer «intereses comerciales sustanciales» que puedan verse conculcados de manera indirecta, por la controversia entre terceros miembros del sistema.

Así por ejemplo, en el Asunto *CE-Bananas*, los Estados Unidos iniciaron el procedimiento legal ante el OSD basándose en intereses comerciales sustanciales:

El párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y el párrafo 3 del artículo 3 del ESD no establecen un requisito de procedimiento, sino que se refieren a la iniciación de un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC cuando un miembro considere que ventajas resultantes directa o indirectamente para él se hallan anuladas o menoscabadas. [...] el derecho de un miembro a iniciar un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC puede fundarse tanto en los intereses potenciales de ese miembro en el comercio de bienes o servicios como en su interés por obtener una declaración de derechos y obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC.²¹³

No obstante, estos beneficios que aporta la multilateralidad del sistema pueden verse limitados por la coexistencia de ju-

²¹² *Ibid.*

²¹³ Informes del grupo especial, *CE-Bananas*, párrafo 7.52, criterio confirmado por el Órgano de Apelación: véase arriba, nota 134.

risdicciones paralelas, derivadas de otros mecanismos de preferencias, en los que únicamente participan algunos de los miembros del sistema multilateral GATT/OMC. La limitación de acceso impide tomar conocimiento de posibles violaciones a las normas OMC o de posibles anulaciones o menoscabos sobre los objetivos cooperativos del sistema, realizados en el marco del sistema preferencial. Si bien es probable que acciones no cooperativas sean cuestionadas por algunos socios comerciales, lo es también que muchos de estos cuestionamientos y controversias queden restringidos solamente al conocimiento de los mecanismos de solución de diferencias propios de estos esquemas.

En el presente capítulo analizaremos el papel que cumple el sistema de solución de diferencias de la OMC en la interrelación entre el sistema comercial de la OMC y los mecanismos preferenciales. Seguidamente, desarrollaremos los problemas de coordinación entre el sistema de solución de diferencias de la OMC y otros sistemas de solución de diferencias de mecanismos arancelarios preferenciales del hemisferio americano.

1. El Sistema de Solución de diferencias de la OMC y la interrelación GATT/OMC - Mecanismos Comerciales Preferenciales

Algunos de los mecanismos regionales y preferenciales se configuran bajo sus instrumentos constitutivos como zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes e incluso uniones económicas. De conformidad con la experiencia en política comercial, se concibe las *zonas de libre comercio* como territorios en los que existe libre tránsito de bienes, sin barreras ni restricciones de ningún tipo, las *uniones aduaneras* como la conjunción de territorios que además de ser zonas de libre comercio mantienen en forma conjunta una política arancelaria común, los *mercados comunes* como las áreas en las que existe libre tránsito de bienes, servicios, capitales y personas (las cuatro libertades) y existe una política arancelaria común

(arancel externo común), y las *uniones económicas* como aquellos mercados comunes que adicionalmente a los flujos comerciales unifican las políticas fiscales y monetarias de sus miembros.²¹⁴

La existencia de acuerdos preferenciales, zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes y otros mecanismos preferenciales²¹⁵ se basa en razones de eficiencia económica para las posibles partes; principalmente, por los efectos de creación sobre desviación de comercio.²¹⁶

Según la teoría, la creación de comercio consiste en la generación de flujo comercial por el reemplazo de la producción nacional por importaciones de otros países a costos menores.²¹⁷ La creación de comercio *premia* los productos más competitivos, incentiva la competitividad en las empresas nacionales y beneficia a los consumidores. Internacionalmente, conduce a una mejor asignación internacional de los recursos productivos hacia los fines más eficientes, fomenta la identificación de las ventajas comparativas de cada país y la división internacional del trabajo.²¹⁸

Por otra parte, la desviación del comercio consiste en el reemplazo de las importaciones de determinado país por las importaciones de otro, no por contar con mayores ventajas en términos de costos o calidad de producto, sino porque su Estado cuenta con mayores concesiones preferenciales que los Estados de donde son originarias las otras importaciones. La desviación de comercio puede generar beneficios al consumidor

²¹⁴ SALVATORE, D. *Ob. cit.*, pp. 321 y ss.

²¹⁵ Nos referimos a concesiones unilaterales dadas a determinados países en desarrollo o menos adelantados, como desarrollaremos más adelante.

²¹⁶ SALVATORE, D. *Ob. cit.*, p. 322.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*, p. 323.

en el corto plazo. Sin embargo, genera más beneficios a *alguien* que no es tan eficiente en la producción, a costa de otros, que ven relegadas sus ventajas comparativas, desvirtuando la lógica de la división internacional del trabajo.

Los mecanismos preferenciales pueden generar comercio y una liberalización más dinámica de las restricciones comerciales.²¹⁹ No obstante, su coexistencia con el sistema GATT/OMC, genera anulación o menoscabo para los miembros de este que se han visto desplazados por las importaciones *preferenciales*. Adicionalmente, podrían encubrir intenciones de políticas discriminatorias ya no de uno, sino de varios miembros del sistema que pretenden actuar al amparo de un mecanismo de *creación de comercio*, que intenta minimizar la discriminación.

1.1. El conflicto sustantivo: Evitar la discriminación multilateral contra el fomento de la creación de comercio regional

Como mencionáramos anteriormente, la *cláusula de la nación más favorecida* se establece en los tratados comerciales con el propósito de evitar la pérdida del valor comercial negociado por concesiones posteriores a la celebración del mismo, otorgadas a terceras partes. Al Estado que tiene la obligación de extender las ventajas y concesiones se lo denomina *Estado concedente*, mientras que al Estado sujeto de este derecho se lo denomina *Estado beneficiario*.²²⁰

El artículo I del GATT contiene la *cláusula de la nación más favorecida* para el sistema GATT/OMC según la cual:

²¹⁹ Así por ejemplo, Krugman y Obstfeld señalan que, a pesar del recrudescimiento del sistema GATT a fines de los ochenta, diversos acuerdos comerciales regionales cobraron impulso en la liberalización del comercio mundial. KRUGMAN, P. R. y M. OBSTFELD. *Ob. cit.*, 1994, p. 250.

²²⁰ NGUYEN QUOC, D., P. DAILLIET y A. PELLET. *Droit International Public*. 5.^a edición. París: LGDJ, 1994, p. 241.

Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase, impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

Si bien la cláusula limita la discriminación en política comercial y trata de otorgar igualdad de oportunidades de acceso a los mercados de cada uno de los miembros del sistema, restringe las oportunidades de creación de comercio a través de mecanismos preferenciales, que por motivos de cercanía geográfica, cultural o comercial pueden tener los incentivos para lograr acercamientos muy estrechos en sus relaciones comerciales.

Por otro lado, las condiciones de competitividad negociadas para los miembros del sistema GATT/OMC se pueden ver distorsionadas por mejores concesiones posteriormente, otorgadas únicamente a los miembros de un sistema *preferencial* (p.ej. Comunidad Europea, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Comunidad Andina, Sistema General de Preferencias de la Comunidad Europea, entre otros),²²¹ en tanto no hayan podido ser previstas en las negociaciones del sistema GATT/OMC.

²²¹ YARBROUGH y YARBROUGH reconocen la ineficiencia de mecanismos preferenciales con respecto a la liberalización no discriminatoria. *Ob. cit.*, p. 136.

Ambos tipos de sistemas generan externalidades recíprocas. Por otra parte, la existencia de la cláusula podría ser vista como una limitación al fomento del comercio entre países cuyas características económicas y geopolíticas facilitan una mejor integración comercial.

No obstante, el sistema GATT/OMC ha acogido la posibilidad de coexistencia con determinados mecanismos preferenciales ya existentes al momento de negociar el Acuerdo General. La justificación para esta excepción a la cláusula de nación más favorecida se basa en el peso político y los beneficios que representaban estos mecanismos para las partes implicadas y respondían básicamente a la realidad en el manejo de las relaciones comerciales.

Habida cuenta de tan grandes ventajas de la no discriminación, se plantea lógicamente la cuestión de por qué los fundadores del GATT incluyeron disposiciones que permiten las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio. Ello se debe en parte al realismo político. Las uniones aduaneras tienen una larga historia [...] y muchos de los países no hubieran firmado futuros acuerdos de esta clase con sus vecinos. [...] Las normas del GATT sobre las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio reflejan el deseo de sus autores de tener en cuenta esos acuerdos, garantizando al mismo tiempo el respeto de los intereses comerciales de terceros países y, en general, que esos acuerdos sean compatibles con un sistema de comercio multilateral normativo gradualmente más abierto.²²²

Por consiguiente, en el párrafo 2 del artículo I del Acuerdo General las partes contratantes se encargaron de eximir de la obligación de trato de nación más favorecida los siguientes mecanismos preferenciales ya existentes al momento de la entrada en vigor del GATT de 1947:

²²² OMC. *Ob. cit.*, pp. 7-8.

Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no implicarán, con respecto a los derechos o cargas de importación, la supresión de las preferencias que no excedan de los niveles prescritos en el párrafo 4 y que estén comprendidas en los grupos siguientes:

- a) preferencias vigentes exclusivamente entre dos o más de los territorios especificados en el Anexo A, a reserva de las condiciones que en él se establecen; [*British Commonwealth Preference Scheme* de 1932, que contiene preferencias otorgadas entre el Reino Unido y algunas colonias y ex colonias²²³]
- b) preferencias vigentes exclusivamente entre dos o más territorios que el 1º de julio de 1939 estaban unidos por una soberanía común o por relaciones de protección o dependencia, y que están especificados en los Anexos B, C y D, a reserva de las condiciones que en ellos se establecen; [preferencias otorgadas por Francia a territorios que fueron posesiones coloniales]
- c) preferencias vigentes exclusivamente entre los Estados Unidos de América y la República de Cuba; [preferencias otorgadas por Estados Unidos a territorios que se encuentran bajo su dominio]
- d) preferencias vigentes exclusivamente entre países vecinos enumerados en los Anexos E y F. [preferencias otorgadas por Chile a Argentina, Bolivia y Perú y por Libia-Siria a Palestina]

Estas disposiciones permitieron generar un régimen de excepción para la situación existente en aquel momento. Sin embargo no dotaban de libertad para que los miembros del sistema pudieran concertar en el futuro nuevos mecanismos preferenciales. Para ello se consideró necesario incluir ciertas disposiciones que permitiesen la coexistencia de estos mecanismos.

²²³ SALVATORE, D. *Ob. cit.*, p. 321.

1.1.1. Mecanismos de integración económica (uniones aduaneras y zonas de libre comercio)

El artículo XXIV del GATT permite la celebración de acuerdos para la formación de uniones aduaneras y zonas de libre comercio en compatibilidad con el sistema GATT/OMC bajo determinados supuestos:

[...] 4. Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.

5. Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, a condición de que:

i) en el caso de una unión aduanera o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una unión aduanera, los derechos de aduana que se apliquen en el momento en que se establezca dicha unión o en que se concierte el acuerdo provisional no sean en conjunto, con respecto al comercio con las partes contratantes que no formen parte de tal unión o acuerdo, de una incidencia general más elevada, ni las demás reglamentaciones comerciales resulten más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la unión antes del establecimiento de esta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso;

ii) en el caso de una zona de libre comercio o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una zona de libre comercio, los derechos de aduana mantenidos en cada territorio constitutivo y aplicables al comercio de las partes

contratantes que no formen parte de tal territorio o acuerdo, en el momento en que se establezca la zona o en que se concierte el acuerdo provisional, no sean más elevados, ni las demás reglamentaciones comerciales más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la zona antes del establecimiento de esta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso; y todo acuerdo provisional a que se refieren los apartados *a)* y *b)* anteriores comprenda un plan y un programa para el establecimiento, en un plazo razonable, de la unión aduanera o de la zona de libre comercio.

[...]7. Toda parte contratante que decida formar parte de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, o participar en un acuerdo provisional tendiente a la formación de tal unión aduanera o de tal zona de libre comercio, lo notificará sin demora a las PARTES CONTRATANTES, facilitándoles, en lo que concierne a la unión o zona en proyecto, todas las informaciones que les permitan someter a las partes contratantes los informes y formular las recomendaciones que estimen pertinentes.

Si, después de haber estudiado el plan y el programa comprendidos en un acuerdo provisional a que se refiere el párrafo 5, en consulta con las partes en tal acuerdo y teniendo debidamente en cuenta las informaciones puestas a su disposición de conformidad con el apartado *a)* de este párrafo, las PARTES CONTRATANTES llegan a la conclusión de que dicho acuerdo no ofrece probabilidades de dar por resultado el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio en el plazo previsto por las partes del acuerdo, o consideran que este plazo no es razonable, las PARTES CONTRATANTES formularán sus recomendaciones a las partes en el citado acuerdo. Estas no lo mantendrán o no lo pondrán en vigor, según sea el caso, si no están dispuestas a modificarlo de conformidad con tales recomendaciones [...].

Sobre la base de estas disposiciones, se ha concretado diversos mecanismos de integración, de los que se ha notificado al GATT desde 1948 hasta la fecha. Así por ejemplo, sobre la base de estas disposiciones se notificó de la creación, a través

del Tratado de Roma de 1957, de la Comunidad Económica Europea (hoy Comunidad Europea) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Estos mecanismos unieron a Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo²²⁴ en el proceso de integración más avanzado de la historia. La Comunidad Económica Europea fue notificada como una unión aduanera mientras que la Comunidad Europea de la Energía Atómica fue notificada como un mercado común para productos nucleares.²²⁵

Cabe señalar que la Comunidad del Carbón y del Acero (CECA), tercera comunidad que ha dado sustento al proceso de integración europeo y que data de 1951, no fue notificada bajo los alcances del artículo XXIV, debido a su incompatibilidad manifiesta con esta disposición.²²⁶ Sin embargo la CECA consiguió una exención en virtud del artículo XXV²²⁷ del GATT,²²⁸ bajo el entendido de que «[...]acompañada de apropiadas políticas comerciales por parte de la Comunidad, podría beneficiar a otras partes contratantes del GATT».²²⁹

Los criterios técnicos fueron por tanto dejados de lado y más que nada primaron consideraciones de tipo político que com-

²²⁴ FONTAINE, P. *Diez lecciones sobre Europa*. Bruselas: Comisión Europea, 1995, p. 5.

²²⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Guía de las normas y usos del GATT*, p. 951.

²²⁶ KUILWIJK, K. J. *The European Court of Justice and the GATT Dilemma: Public Interest versus Individual Rights?* Beunigen: Nexed Editions Academic Publishers, 1996, p. 63

²²⁷ GATT, artículo XXV.- «Acción colectiva de las partes contratantes.- 1. Los representantes de las partes contratantes se reunirán periódicamente para asegurar la ejecución de las disposiciones del presente Acuerdo que requieren una acción colectiva y, en general, para facilitar la aplicación del mismo y que se puedan alcanzar sus objetivos. Cada vez que se menciona en él a las partes contratantes obrando colectivamente se designan con el nombre de PARTES CONTRATANTES [...]».

²²⁸ OMC. *Ob. cit.*, p. 966.

²²⁹ KUILWIJK, K. J. *Ob. cit.*, p. 63.

prometían a la sociedad internacional a aceptar tal tipo de mecanismo de integración. Fontaine señala consecuentemente que el proceso de integración europeo «[...] ha sido una empresa de paz, puesto que consiguió asociar en un conjunto institucional regido por el principio de igualdad a los vencedores y a los vencidos de la última guerra intraeuropea».²³⁰

La cooperación²³¹ y los beneficios a largo plazo habrían llevado a estos Estados europeos a vencer el *dilema del prisionero* propiciado por las guerras anteriores. En la actualidad, como es ampliamente conocido, la Comunidad Europea se encuentra perfeccionando el proceso de formación de una unión económica, con el mantenimiento de una moneda común denominada *euro* y la armonización de sus políticas monetarias y fiscales.

En total, antes de la creación de la OMC se notificó al GATT de 106 zonas de libre comercio, uniones aduaneras y/o acuerdos provisionales tendientes a la constitución de los mismos.²³² Así, adicionalmente al Tratado de Roma de 1957 que dio origen a la Comunidad Económica Europea, hoy Comunidad Europea,²³³ otro tratado notificado bajo el artículo XXIV del Acuerdo General es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),²³⁴ que pretende integrar a los Estados Unidos, Canadá y México en una zona de libre comercio.

²³⁰ FONTAINE, P. *Ob. cit.*, p. 6.

²³¹ Dejamos de lado la discusión con respecto a si esta cooperación surgió por voluntad autónoma de dichos Estados o por la presión política que pudieron ejercer otros Estados. Al margen de esto, los efectos cooperativos por una u otra causa se presentan de la misma manera.

²³² OMC. *Ob. cit.*, pp. 951-966.

²³³ KUILWIJK, K. J. *Ob. cit.*, p. 63.

²³⁴ *Ibid.*

1.1.2. Preferencias unilaterales y preferencias entre países en desarrollo

Las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio pueden estar justificadas por el artículo XXIV del Acuerdo General. A pesar de constituir excepciones al trato de nación más favorecida, estos mecanismos aún conservan la reciprocidad en las concesiones. No obstante, en la actualidad existen determinados mecanismos preferenciales no recíprocos que responden a objetivos concretos de la política económica internacional.

En efecto, a raíz de la universalización de la sociedad internacional, algunos países en desarrollo tuvieron una política exterior más activa para el reconocimiento de «un orden internacional más justo» y de un «derecho al desarrollo».²³⁵

En el marco del sistema de comercio mundial del GATT, se consideró que los mecanismos existentes de intercambio comercial no facilitaban el desarrollo de sus industrias nacientes:

La philosophie essentiellement libre échangiste du GATT a dû être progressivement atténuée pour faire droit aux revendications des pays en développement, jugeant en particulier que le système de l'Accord général ne leur permettait pas suffisamment de se protéger de la concurrence des produits étrangers pour favoriser l'essor de leurs industries naissantes.²³⁶

Así, en 1964, en la primera Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Comercio (UNCTAD I), el Secretario de las Naciones Unidas promovió la idea de otorgar trato especial al comercio con los países en desarrollo, a través de la concesión de aranceles bajos por parte de los países indus-

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ DUPUY, Pierre Marie. *Ob. cit.*, p. 460.

trializados, sin exigir reciprocidad a cambio.²³⁷ Siendo esta idea claramente incompatible tanto con el principio de no discriminación como también con el de reciprocidad, era necesario desarrollar una excepción legal a la cláusula de nación más favorecida para el beneficio de los países en desarrollo,²³⁸ diferente a la vez al artículo XXIV. Se trataba pues de una controversia *política* cuya solución consistía en la modificación del derecho existente por nuevas reglas para los países en desarrollo.²³⁹

En este contexto, se adopta la Parte IV del GATT, denominada «Comercio y Desarrollo», la que si bien no contaba con carácter vinculante, establece determinadas orientaciones para las prerrogativas que se otorga a los países en desarrollo. Así, en el artículo XXVI de la Parte IV del GATT se señala que:

Las partes contratantes desarrolladas no esperan reciprocidad por los compromisos contraídos por ellas en negociaciones comerciales de reducir o suprimir los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio de las partes contratantes poco desarrolladas.

Sin embargo, no fue hasta 1971 que las PARTES CONTRATANTES del GATT, a través de la facultad del artículo XXV del GATT, establecieron como excepción al artículo I de este el mecanismo de concesiones preferenciales no recíprocas a favor de los países en desarrollo, conocido como el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP).²⁴⁰ Esta *habilitación* de las PARTES CONTRATANTES se otorgó para que los países indus-

²³⁷ JACKSON, J. H. *Ob. cit.*, p. 322.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ A pesar de las reservas realizadas con respecto a las categorías clásicas de *conflicto jurídico* y *conflicto político* sí podemos apreciar que en este caso se trataba de un conflicto *político* no susceptible de solución a través de un mecanismo judicial. SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Londres: Mc Millan, 1968, pp. 627-628.

²⁴⁰ JACKSON, J. H. *Ob. cit.*, p. 323.

trializados utilizasen mecanismos preferenciales unilaterales a favor de países en desarrollo.

Sobre la base de este mecanismo de excepción, algunos países industrializados reformularon su política comercial exterior frente a los países en desarrollo para facilitar concesiones y medidas comerciales de ayuda. El SGP no establecía requerimientos legales y daba mucha discreción a cada Estado desarrollado para su implementación.²⁴¹

Con una anterioridad de dos años a la finalización de vigencia del SGP, las PARTES CONTRATANTES adoptaron en 1979 la Decisión sobre «trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo», conocida como la *cláusula de habilitación*. A través de esta Decisión se extiende la vigencia del SGP y se precisa los alcances del artículo I del Acuerdo General en lo concerniente al trato diferenciado entre países en desarrollo, estableciendo un sistema más flexible con respecto a los requisitos exigidos por el artículo XXIV del GATT:

1. No obstante las disposiciones del artículo I del Acuerdo General, las partes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo¹, sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes.

2. Las disposiciones del párrafo 1 se aplicarán²: [...]

c) A los acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las PARTES CONTRATANTES, las medidas no arancelarias, aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo.

¹ Debe entenderse que la expresión *países en desarrollo*, utilizada en este texto, comprende también a los territorios en desarrollo.

² Las PARTES CONTRATANTES conservan la posibilidad de consi-

²⁴¹ *Ibíd.*

derar caso por caso, de conformidad con las disposiciones del Acuerdo General sobre acción colectiva, todas las propuestas sobre trato diferenciado y más favorable que no estén comprendidas dentro del alcance de este párrafo.

En lo que se refiere a mecanismos de concesiones recíprocas entre países en desarrollo, se ha notificado 11 acuerdos,²⁴² entre los que figuran el Acuerdo del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)²⁴³ y el Acuerdo de Cartagena de 1969.²⁴⁴

Las diferencias entre las normas notificadas a la luz del artículo XXIV y de la cláusula de habilitación recaen básicamente en la flexibilidad del mecanismo de notificación, y son poco significativas en cuanto a derechos y obligaciones para las partes.²⁴⁵ La única diferencia es que solo los países en desarrollo pueden acogerse a la cláusula de habilitación y no los países industrializados.

En general, cuando nos referimos a mecanismos preferenciales lo hacemos a instrumentos que, si bien contravienen el espíritu del GATT, son concebidos como necesarios para el mantenimiento del mismo:²⁴⁶

Trade negotiations involve the design of a configuration of provisions which elicits support for an agreement based on its acceptable allocation of costs and benefits. Examples of provisions clearly in conflict with the spirit of GATT but nonetheless necessary to achieve the cooperation of certain countries are numerous, [such as] the tolerance of Britain's Imperial Preference System, customs unions, and the Gene-

²⁴² OMC. *Ob. cit.*, p. 29.

²⁴³ *Ibid.*, p. 938.

²⁴⁴ Comisión del Acuerdo de Cartagena. «Notificación y participación del Grupo Andino en el marco de la Organización Mundial del Comercio». Documento de Trabajo: Caracas: Junta del Acuerdo de Cartagena, 28 de junio de 1996, COM/LXVIII/di1, p. 1.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 3.

²⁴⁶ YARBROUGH Beth V. y Robert M. YARBROUGH. *Ob. cit.*, p. 132.

ral System of Preference for developing country exports, all of which violate the GATT principle of non-discrimination. These provisions can be viewed as bribes to the beneficiary countries.²⁴⁷

Esta opinión es consistente con la hipótesis de que históricamente el sistema comercial mundial se ha sostenido en el poder relativo de una potencia hegemónica (sea el Reino Unido en el siglo XIX o los Estados Unidos en el siglo XX). Estas concesiones a diferentes Estados, serían los *pagos colaterales* necesarios para conseguir el apoyo político al sistema de comercio mundial.²⁴⁸

Como el sistema de solución de diferencias de la OMC busca otorgar seguridad jurídica a los miembros del sistema comercial, minimizando la orientación política a los aspectos estrictamente necesarios, y en tanto las normas que regulan la compatibilidad de los mecanismos preferenciales con el sistema comercial GATT/OMC se encuentran abarcadas en los alcances del ESD,²⁴⁹ el sistema de solución de diferencias de la OMC se convierte en el último mecanismo de protección de carácter multilateral de las ventajas y concesiones del Sistema Mundial de Comercio GATT/OMC, con potestad para evaluar la *validez* de otros ordenamientos jurídicos internacionales a la luz de las disposiciones del sistema GATT/OMC:

One of the most important and often ignored structural changes of the scope of WTO dispute settlement relates to the examination of preferential trade agreements. Exceptions to MFN are now fully under the jurisdiction of the panel process. While Article XXIV GATT formerly was basically

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 361.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ La Decisión de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1979 sobre «trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo» se halla comprendida en el GATT de 1994, de conformidad con el artículo 1, b) de este Acuerdo.

outside the scrutiny of panels and left to diplomatic working parties, the examination of regional or bilateral preferential agreement is now fully subject to panel review and dispute settlement. This is of major importance for the Union [en referencia a la Unión Europea] with its many regional agreement claiming exceptions to Article XXIV GATT, in the future, also Article V GATS.

...

For government, this means that the application of preferential trade rules may be subject to claims by third parties. To companies, it means that reliance on privileges granted by such agreements eventually found to be inconsistent with the WTO law may not offer lasting tariff protection from third country competition.²⁵⁰

Así, en el pasado se cuestionaba la procedencia de recurrir al artículo XXIII del Acuerdo General y al procedimiento de solución de diferencias para plantear alguna reclamación con respecto a algún mecanismo en concreto, debido a que por lo general el examen se realizaba en el ámbito político en algún grupo de trabajo.²⁵¹ No obstante en la actualidad se resalta la posibilidad de recurrir al sistema de solución de diferencias de la OMC como forma de garantizar la validez de los mecanismos regionales a la luz de las normas de la OMC.²⁵²

²⁵⁰ COTTIER, T. «Dispute settlement in the World Trade Organization: Characteristics and structural implications for the European Union». *Common Market Law Review*, Kluwer Law Review, n° 35, 1998, p. 331.

²⁵¹ OMC. *Ob. cit.*, p. 21.

²⁵² Según el punto 1 del Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994, «Podrá recurrirse a las disposiciones de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, con respecto a cualesquiera cuestiones derivadas de la aplicación de las disposiciones del artículo XXIV referentes a uniones aduaneras, zonas de libre comercio o acuerdos provisionales tendientes al establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio». Véase además OMC. *Ob. cit.*, pp. 27-28.

1.1.3. Función del mecanismo de solución de diferencias de la OMC para evaluar la compatibilidad de los sistemas preferenciales con el sistema de comercio mundial GATT/OMC

Una posible evaluación de los mecanismos preferenciales con las disposiciones del sistema GATT/OMC genera incertidumbre sobre la validez de las preferencias otorgadas tanto para los Estados involucrados como para los particulares que podrían haber formulado proyectos de negocio basándose en estas preferencias.

Sin embargo, las ventajas o concesiones alcanzadas en las negociaciones multilaterales del sistema GATT/OMC también se pueden ver afectadas por preferencias discriminatorias a favor de determinados socios comerciales. Este trato diferenciado puede generar anulación o menoscabo sobre las expectativas razonables al momento de concertar las concesiones en el sistema GATT/OMC.

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC tiene, por lo tanto, la posibilidad de exigir la internalización de estos costos de transacción, de manera imperfecta, a través de la declaración de incompatibilidad de las medidas preferenciales o de manera negociada a través de compensaciones entre las partes de la controversia.

Cabe destacar que la potestad de declarar la incompatibilidad de mecanismos preferenciales con respecto a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC o de ordenar la compensación comercial no se da a la inversa en ningún mecanismo preferencial. Es decir, no existe mecanismo preferencial que evalúe las normas de la OMC con respecto al mecanismo preferencial.

En la historia del sistema comercial GATT/OMC se han registrado cuatro diferencias que de manera indirecta han abordado la problemática de los mecanismos preferenciales con res-

pecto al sistema GATT/OMC y una que de manera directa la abordó. Del primer grupo, las tres primeras diferencias se dieron en el contexto del GATT y versaron sobre las concesiones otorgadas por las Comunidades Europeas a los países del Mediterráneo y a los países del África, el Caribe y el Pacífico (ex dominios europeos). En estos casos, las Comunidades Europeas vetaron la adopción de los informes respectivos que declaraban la incompatibilidad de los mecanismos en cuestión con el GATT de 1947. La cuarta diferencia producida en el contexto de la OMC ha sido el asunto del «Régimen para la importación, venta y distribución del banano» y ha desembocado, a diferencia de los otros asuntos, en un informe muy importante en la práctica actual que cuestiona a las Comunidades Europeas con respecto al sistema que mantienen. Sobre la única diferencia en la que se ha abordado la consistencia de un esquema preferencial a la luz del ordenamiento jurídico de la OMC, *Turquía-Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, tanto el grupo especial como el Órgano de Apelación consideraron que las deficiencias de la unión aduanera entre las Comunidades Europeas y Turquía no permitían la adopción de medidas restrictivas en el tema de productos textiles.²⁵³ Luego de esta decisión surgió la polémica sobre la idoneidad del mecanismo de solución de controversias para analizar la consistencia de estos mecanismos preferenciales.²⁵⁴

Nosotros creemos que la posibilidad de activar el mecanismo de solución de diferencias de la OMC para abordar este tipo de diferencias constituye un riesgo político para el sistema, debido a la trascendencia que tienen estos sistemas preferenciales.

²⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Turquía-Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, WT/DS34/AB/R, del 22 de octubre de 1999.

²⁵⁴ DAVEY, W. *Ob. cit.*

Por ello, consideramos que si bien teóricamente existe esta posibilidad, los miembros deben sopesar la utilidad de actuar al amparo del ESD para activar el mecanismo de solución de diferencias sobre estas materias.

Sin embargo, aun en el caso de que se determine la compatibilidad de instrumentos preferenciales con el ordenamiento legal de la OMC, se presentan problemas operativos que pueden menoscabar las ventajas multilaterales del sistema de solución de diferencias de la OMC.

Como lo referimos antes, los incentivos para incumplir las normas de cooperación dependen de la utilidad que provee el incumplimiento y, por otra parte, de la posibilidad de que sea detectado. Sobre este último aspecto, el acceso limitado a mecanismos preferenciales y a sus respectivos mecanismos de solución de diferencias limita el conocimiento por parte de los demás socios comerciales del sistema GATT/OMC sobre la adopción de medidas individuales o grupales en contravención con las normas u objetivos del sistema GATT/OMC. Por otra parte, no existen mecanismos de complementariedad para el conocimiento de las controversias planteadas en diferentes sistemas.

1.2. El conflicto operativo: Problemas de complementariedad de competencias

Al igual que con el sistema de solución comercial GATT/OMC, la falta de jurisdicción internacional obligatoria para la observancia de las obligaciones internacionales hace necesario que los miembros de los sistemas preferenciales implementen sus propios mecanismos de solución de diferencias.²⁵⁵

²⁵⁵ Recordemos que la lógica del dilema del prisionero es del todo aplicable en estos esquemas debido a que la cooperación permite conseguir beneficios superiores a la no cooperación, salvo en el caso de las preferencias unilaterales, en las que no existe reciprocidad comercial, y por lo tanto, la suerte de las controversias queda a criterio del Estado concedente de la preferencia.

Cabe recordar que no se puede recurrir al sistema de solución de diferencias de la OMC para velar por el cumplimiento de disposiciones de los acuerdos preferenciales, en tanto este solo se aplica a las diferencias que surgen con motivo de la aplicación de los Acuerdos señalados en el Apéndice 1 del ESD. Únicamente se puede reconocer competencias implícitas al OSD para conocer sobre el alcance de obligaciones de mecanismos preferenciales, en tanto sirvan para interpretar obligaciones que se derivan de los Acuerdos de la OMC,²⁵⁶ y obviamente cuando su compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la OMC sea cuestionada.

Es necesario tener presente que uno de los objetivos del sistema de solución de diferencias de la OMC es brindar a los miembros de la OMC previsibilidad sobre las relaciones comerciales y seguridad jurídica sobre sus derechos y sobre el mantenimiento del equilibrio negociado. Este propósito se logra en cierta medida a través de la multilateralidad del sistema de solución de diferencias de la OMC que garantiza la información a todos los miembros sobre las diferencias ocurridas en el seno de la OMC para efectos de que ejerzan sus derechos, sea asociándose a las consultas de las que inicialmente no formaron parte o a los grupos especiales, como partes o en calidad de terceros. Con esto, se minimiza costos de información y costos administrativos de pretender solucionar paralelamente diver-

²⁵⁶ Como lo señalamos anteriormente, en el asunto de las *Comunidades Europeas-Régimen para la importación del banano* se consideró que el OSD puede interpretar una norma regional o preferencial para interpretar los derechos y obligaciones de un acuerdo abarcado. En dicho caso, se interpretó determinada disposición del Convenio de Lomé de 1992. Por otra parte, en el asunto *Comunidades Europeas-Productos avícolas* se consideró que la lista de preferencias concedidas por las Comunidades Europeas a favor del Brasil sobre la base de la cláusula de la nación más favorecida generaba obligaciones en el sistema legal del GATT, debido a que recogía la lista de concesiones negociadas por las Comunidades Europeas en el marco del artículo II del Acuerdo General.

sas diferencias que probablemente podrían tener su origen en la misma práctica o medida nacional controvertida.

En tal sentido, resulta necesario establecer vasos comunicantes entre unos mecanismos y otros, de modo que no se perjudiquen los objetivos del mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

Sin embargo, es importante identificar los supuestos en los que se podría plantear algún interés para los miembros del sistema GATT/OMC.

1.2.1. *Supuestos de la interrelación entre normas de los Acuerdos de la OMC y normas preferenciales*

Resulta pertinente distinguir los diferentes tipos de interrelación que se pueden producir entre las normas preferenciales y las normas de los acuerdos abarcados de la OMC. A nuestro criterio podrían presentarse cuatro situaciones:

- que las normas preferenciales establezcan disposiciones contrarias a las de los Acuerdos de la OMC,
- que las normas preferenciales establezcan disposiciones iguales a las de los Acuerdos de la OMC o los incorporen,
- que las normas preferenciales establezcan disposiciones más rigurosas que las de los Acuerdos de la OMC,
- que las normas preferenciales regulen aspectos no regulados por las disposiciones de la OMC.

Con respecto al primer caso, las normas de los mecanismos preferenciales no pueden establecer regulaciones contrarias a las de los Acuerdos de la OMC, ya que incurrirían en incompatibilidad con estas normas. Es evidente que este tipo de interrelación podría ser cuestionada ante el sistema de solución de diferencias de la OMC.

Con respecto al segundo caso, se trata de cuándo las disposiciones preferenciales son semejantes o las mismas a las previstas por el ordenamiento legal de la OMC. Tal ha sido el caso por ejemplo de la Comunidad Andina en materia de valoración aduanera, que a través de la Decisión n.º 378 ha recogido las disposiciones del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, mejor conocido como el Acuerdo del Valor del GATT. El propósito de la adopción de estas normas a través de normas propias del mecanismo preferencial (en este caso mecanismo de integración) es la supervisión de dichas normas por el órgano administrativo y el órgano judicial que tienen las potestades para velar por el ordenamiento jurídico andino y conocer las controversias que surjan únicamente de normas comunitarias andinas. Similar situación sucede con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que, como veremos más adelante, incorpora en sus disposiciones diversos principios básicos del sistema comercial de la OMC, como el trato de la nación más favorecida.

En este supuesto sí consideramos que, al someterse cualquier controversia al mecanismo de solución de diferencias del mecanismo preferencial, se puede vulnerar ventajas del sistema de solución de diferencias de la OMC. Si las disposiciones de acuerdos preferenciales y las normas de la OMC coinciden, las violaciones de unas serán también las violaciones de las otras. Sin embargo, el acceso a un mecanismo preferencial es limitado a los miembros del sistema. Adicionalmente, el conocimiento de las diferencias que surjan en el sistema preferencial no es comunicado a los demás miembros del sistema GATT/OMC.

En relación al tercer caso, consideramos que se produce una suerte de suplementariedad de las normas preferenciales con respecto a las normas de la OMC (en el sentido de que las disposiciones preferenciales pueden ser más rigurosas que los Acuerdos OMC, como obviamente sucede con los procesos de

liberación arancelaria),²⁵⁷ y en este sentido, si las diferencias versan sobre los aspectos suplementarios a la regulación OMC, podríamos señalar que no existirán problemas para los miembros del sistema GATT/OMC, ya que se tratará de diferencias sobre materias no reguladas, como lo desarrollamos seguidamente. Si, por el contrario, las diferencias versan sobre los aspectos no suplementarios de las normas preferenciales, nos encontraremos en el tercer caso, ya mencionado anteriormente.

Con respecto al cuarto caso, no existirían problemas de información para los miembros del sistema GATT/OMC debido a que las diferencias versarían sobre materias no reguladas por los Acuerdos de la OMC. El sistema de solución de diferencias del mecanismo preferencial tendría competencia para el conocimiento de estas disposiciones, sin afectar en absoluto las características multilaterales del sistema de solución de diferencias de la OMC. En el marco de determinados mecanismos preferenciales existen regulaciones específicas no reguladas en las normas de la OMC (como sucede en materia de competencia o de comercio electrónico, por ejemplo).

Esta enumeración de supuestos nos permite concluir que los problemas para los miembros del sistema de solución de diferencias de la OMC se presentan cuando las normas preferenciales coinciden con las normas de los acuerdos OMC abarcados por el ESD o se hallan incorporadas. En este supuesto cabe preguntarse qué foro resultará competente para conocer de las diferencias.

²⁵⁷ Como una orientación podríamos señalar que, para el derecho interno de países de tradición civilista, la suplementariedad se entiende como la siguiente situación «Para el supuesto de hecho "s" se aplican simultáneamente el precepto "x" de la disposición a) y el precepto "x+n" de la disposición b). La suplementariedad presupone la presencia de distintas instancias normativas que inciden a la vez sobre idéntico aspecto de la regulación del mismo supuesto de hecho». MARTÍN VALVERDE, A. En: NEVES, J. y Guillermo BOZA. *Derecho Laboral. Materiales de Enseñanza*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 301.

1.2.2. Distribución de competencias

A efectos de evaluar las competencias del sistema de solución de diferencias de la OMC y de los sistemas preferenciales, debemos recordar lo que señalan los párrafos 1 y 2 el artículo 23 del ESD:

1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.

2. En tales casos, los miembros:

a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento.

El primer párrafo del artículo 23 del ESD tiene como efecto obligar a los miembros de la OMC a observar las disposiciones del ESD para la solución de diferencias en relación con la aplicación de las disposiciones de los acuerdos abarcados. Esta obligación, aparentemente general, se hace limitativa en el siguiente párrafo del mismo precepto al prohibirse la determinación de anulación o menoscabo de ventajas, con o sin violación de normas, así como la del incumplimiento de los objetivos de los acuerdos abarcados de la OMC a través de medios alternativos diferentes a los previstos en el ESD. Es importante destacar que únicamente se prohíbe la formulación de determinación de violación de normas, anulación o menoscabo o el incumplimiento de los objetivos de los acuerdos abarcados de la OMC por parte los miembros de la OMC. No se prohíben,

por el contrario, ni la determinación negativa de que no ha existido violación de normas, anulación o menoscabo de ventajas o incumplimiento de los objetivos de los Acuerdos de la OMC, ni el uso de mecanismos alternos de solución de diferencias en tanto no realicen determinaciones bajo los alcances del acápite a) del párrafo 2 del artículo 23.

Esta disposición es imperativa para los miembros de la OMC, en el sentido de que los obliga a aplicar las disposiciones del ESD, sin embargo creemos que no limita necesariamente el recurso a otros mecanismos de solución de diferencias que coexistan con el sistema de solución de diferencias de la OMC y que se basan en mecanismos comerciales preferenciales, notificados al amparo del artículo XXIV o de la cláusula de habitación.

Por otra parte las diferencias que surjan de normas preferenciales coincidentes con las normas OMC pueden ser sometidas a los mecanismos preferenciales de solución de diferencias no por ser normas OMC, sino por su carácter de normas preferenciales.

Una interpretación contraria, tendiente a limitar la competencia de mecanismos preferenciales cuando las controversias surjan de normas OMC y de normas preferenciales, podría solucionar los problemas de información con respecto a las controversias que surgen de la aplicación de normas preferenciales y de normas OMC. Sin embargo, no nos parece que se pueda desprender del artículo antes citado, y por el contrario creemos que limita la función de los mecanismos comerciales preferenciales, en tanto los desprovee de mecanismos de arreglo de diferencias sobre normas que, si bien pueden estar recogidas en los Acuerdos de la OMC, no dejan de tener naturaleza preferencial.

De otro lado, en algunos mecanismos preferenciales se establece la competencia obligatoria del sistema de solución de di-

ferencias preferencial para conocer sobre las controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas preferenciales²⁵⁸ y en otros se establece la competencia facultativa para recurrir al sistema preferencial o al sistema de solución de diferencias de la OMC, cuando se trate de controversias relativas a la aplicación de normas preferenciales y de normas OMC.²⁵⁹

Consideramos que, si bien la competencia excluyente de determinados mecanismos preferenciales puede solucionar cualquier posible contienda de competencia, reafirma los problemas de costos de información para los miembros del sistema de solución de diferencias GATT/OMC y limita sus ventajas derivadas del ESD.

Por otra parte, la posibilidad de recurrir a mecanismos preferenciales con carácter facultativo no soluciona la posible contienda de competencias, sin embargo da la posibilidad de que se minimice los costos de información para los miembros del sistema de solución de diferencias de la OMC, al permitir que las partes del mecanismo preferencial recurran a este.

Una alternativa de solución podría consistir en establecer mecanismos de coordinación entre ambos tipos de sistemas, a través de notificaciones del inicio de controversias. Creemos

²⁵⁸ Así por ejemplo, en el marco de la Comunidad Andina, el artículo 42 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, modificado por el Protocolo de Cochabamba (en adelante el «Tratado que crea el Tribunal»), establece que «los Países miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado».

²⁵⁹ Así por ejemplo, en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte el artículo 2005 establece la posibilidad de que las controversias que surjan en relación con lo dispuesto en ese Tratado y en el GATT podrán resolverse en uno u otro foro a elección de la parte reclamante.

que las coordinaciones de este tipo pueden resultar positivas para minimizar costos de información. No obstante, no solucionan el problema de que se puedan dar dos procedimientos paralelos, que quizá desembocarían en soluciones distintas.

Desde el punto de vista del sistema GATT/OMC, parecería más conveniente que el sistema de solución de diferencias de la OMC sea el encargado de conocer las diferencias que surjan con motivo de la aplicación de normas OMC y de normas preferenciales. Sin embargo, existen motivos sólidos a favor de la utilización de mecanismos preferenciales de solución de diferencias, como veremos a continuación.

1.2.3. Ventajas de los sistemas de solución de diferencias de mecanismos comerciales preferenciales

La mayor ventaja de que existan sistemas de solución de diferencias de mecanismos preferenciales es que se facilita la solución de las diferencias comerciales. Los costos de transacción entre las partes se hacen menores si se trata de *vecinos* o de socios comerciales que mantienen relaciones de largo plazo y saben que llegar a soluciones de manera cooperativa puede maximizar los beneficios de la relación comercial en el futuro.

Además, otra de las ventajas es que los particulares pueden acceder a algunos de estos mecanismos preferenciales sin recurrir a sus Estados nacionales, lo que asegura de mejor manera el cumplimiento de las normas internacionales de comercio.

Tomando en cuenta el caso europeo, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Justicia ha asegurado la supremacía y la aplicación directa del derecho comunitario europeo, transformando a los *ciudadanos europeos* de meros objetos en sujetos de derecho comunitario europeo, dotándolos de la potestad de hacer

exigir sus derechos a través de las cortes nacionales y comunitarias contra la resistencia de gobiernos proteccionistas.²⁶⁰

No obstante, algunos sistemas regionales no prevén el acceso de los particulares a sus mecanismos de solución de diferencias, como sucede con el caso del MERCOSUR, el TLCAN y el ALADI.²⁶¹

Peor aun, algunos acuerdos preferenciales establecen disposiciones que prohíben expresamente a los Estados conceder legitimidad a sus particulares para entablar acciones judiciales para el cumplimiento del acuerdo.²⁶²

En algunos casos los particulares pueden acceder incluso contra su mismo Estado. Las ventajas que se dan en este caso consisten en evitar el trámite engorroso de recurrir a los procedimientos administrativos nacionales para obtener una revocación o anulación de medidas del propio Estado, que surgen de intereses de política comercial, los cuales para muchos no se encuentran sometidos a control constitucional y gozan de amplia discrecionalidad,²⁶³ y asimismo, permitir que los mis-

²⁶⁰ PETERSMANN, E. U. *Ob. cit.*, p. 83.

²⁶¹ HAINES-FERRARI, Marta. *Ob. cit.*, p. 270.

²⁶² Artículo N-20 del Tratado de libre comercio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Chile, del 5 de diciembre de 1996. «Ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su ley interna contra la otra Parte con fundamento en que una medida de la otra Parte es incompatible con este Tratado».

²⁶³ «Constitutional restraints on domestic policy powers were, however, never effectively applied to the foreign policy powers of governments. Some national constitutional theories perceived foreign policy as part of the executive function, based on Montesquieu's unrealistic perception of foreign policy as "execution of international law"; other constitutional theories (such as that of John Locke) recognised foreign policy as a separate government function, and argued in favour of broad foreign discretion given the particular risks and difficulties of foreign policy». PETERSMANN, E. U. *Ob. cit.*, p. 76. Ramón Parada considera los actos relativos a las relaciones internacionales como actos políticos o de gobierno, no enjuiciables plenamente por los Tribunales que realizan

mos perjudicados por las medidas restrictivas y las externalidades sean los interesados en activar los mecanismos procesales para exigir la internalización de los costos de transacción *ex post* y no el Estado afectado utilizando fondos públicos.

En el caso de mecanismos de integración, la facilidad con que los particulares pueden exigir en parte el cumplimiento de las normas preferenciales radica en la *aplicación directa* que las caracteriza.²⁶⁴ A diferencia de ello, las normas de la OMC no son en muchos casos de aplicación directa, a menos que así las considere la interpretación de los jueces para comprender el sentido de las disposiciones nacionales:

In some legal systems, the legal obligation may actually have a «direct application» or at least fairly direct effects on the legal system. It is true that in other major jurisdictions, including the United States and the Commonwealth countries, this effect is much different. Arguably in these latter places there is no «direct application» or «self executing» effect, but nevertheless under long-established US court precedents a court is bound to utilise international law obligations in its interpretation of national law (statutes, etc.).²⁶⁵

En conclusión podríamos afirmar que, si bien lo ideal desde el punto de vista del sistema GATT/OMC, para efectos de evitar desinformación y vulneración del interés comercial de terceros, sea recurrir a la jurisdicción de la OMC ante contiendas de competencia con mecanismos de solución de diferencias

el control de la actividad administrativa. PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1996, pp. 98-99.

²⁶⁴ «No solo el derecho comunitario se inserta automáticamente en el ordenamiento interno de los Estados miembros, sino que además posee una aptitud general de completar directamente el patrimonio jurídico de los particulares de derechos subjetivos y/o obligaciones, tanto en sus relaciones con otros particulares como en sus relaciones con el Estado al que pertenecen». ISAAC, G. *Manual de Derecho Comunitario General*. Madrid: Editorial Ariel, 1995, p. 188.

²⁶⁵ JACKSON, John. *Ob. cit.*, p. 71.

preferenciales, existen fuertes ventajas en lo que se refiere a la exigencia de las normas internacionales de comercio para recurrir a los mecanismos de solución de diferencias preferenciales.

2. Coordinación de competencias con determinados sistemas de solución de diferencias de mecanismos preferenciales de comercio

Comenzaremos este desarrollo con aquellos sistemas de los que el Perú es parte.

El punto de partida para el análisis de conflictos de competencia jurisdiccional entre dos mecanismos supranacionales de resolución de conflictos es la determinación de la existencia de preeminencia normativa en el tiempo, sea de uno u otro sistema jurídico, de modo tal que si solo las disposiciones sustantivas de uno se sobreponen a las del otro en el tiempo, ello determinaría de manera exclusiva la competencia jurisdiccional de uno de los mecanismos en cuestión. Para dicho propósito, es necesario recurrir a las reglas generales de Derecho de los Tratados con respecto a la vigencia de las normas convencionales en el tiempo. Así, de conformidad con la costumbre internacional, recogida en el párrafo 2 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, se establece lo siguiente:

Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.

2.1. El sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina

El proceso de integración andino surge con la suscripción del Acuerdo de Cartagena de 1969 entre Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú con los objetivos de:

promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano [...], propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países miembros [con] la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.²⁶⁶

Posteriormente, Chile se retiró en 1976 y Venezuela tomó su lugar.

En 1996 y 1997 el proceso de integración fue reformulado desde su base para ser dotado de un marco institucional sólido. A través del Acta de Trujillo y el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)²⁶⁷ y del Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena de 1997)-Protocolo de Sucre,²⁶⁸ se modifica diversas disposiciones del Acuerdo de Cartagena a efectos de reimpulsar la integración andina, creando la Comunidad Andina²⁶⁹ como una organización subregional con «personería o personalidad jurídica internacional».²⁷⁰

²⁶⁶ Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena.

²⁶⁷ Acta de Trujillo y el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscritos el 10 de marzo de 1996.

²⁶⁸ Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena de 1997)-«Protocolo de Sucre», suscrito el 25 de junio de 1997.

²⁶⁹ Artículo 5 del Acuerdo de Cartagena. «Se crea la "Comunidad Andina", integrada por los Estados soberanos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración que se establece por el presente Acuerdo».

²⁷⁰ Acuerdo de Cartagena, artículo 48.

Así, en la actualidad, el sistema de solución de controversias en el marco del proceso de integración andino comprende normativamente las disposiciones del Acuerdo de Cartagena de 1969, modificado a través de los Protocolos antes señalados, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (del 25 de mayo de 1979), el Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (19 de agosto de 1983), el Reglamento Interno del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (9 de mayo de 1984), el Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena-Protocolo de Cochabamba (28 de mayo de 1996) y el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina (14 de diciembre de 1997). Desde un punto de vista de organización, las instituciones comunitarias que dan vida al sistema son el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, con sede en Quito, y la Secretaría General de la Comunidad Andina, con sede en Lima, ambos órganos funcionales de la Comunidad Andina.²⁷¹

Según el artículo 47 del Acuerdo de Cartagena, «la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se sujetará a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia».

Por otra parte, como lo señaláramos antes, el artículo 42 del Tratado que crea el Tribunal, modificado por el Protocolo de Cochabamba, establece que:

[...]los Países miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

²⁷¹ Artículo 29 del Acuerdo de Cartagena. «La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y en tal carácter actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión [...]»; artículo 40, «El Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina».

na a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.

De ambas normas se concluye la jurisdicción excluyente de la Comunidad Andina a través de sus órganos competentes para conocer todas las controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

No obstante, en el ordenamiento jurídico andino no se prevé ningún mecanismo de coordinación con otros mecanismos de solución de diferencias de los que también podrían formar parte los Estados andinos. Por lo tanto, la ocurrencia de diferencias entre ellos no es necesariamente conocida por los demás miembros del sistema GATT/OMC, a pesar de que podrían versar sobre disposiciones también recogidas en las normas de este sistema.

Cabe resaltar que, según el ordenamiento andino, las controversias que surgen «con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina» contra medidas adoptadas por los Estados pueden ser únicamente de tres tipos:

- el cumplimiento o incumplimiento del ordenamiento jurídico andino (normas de derecho primario y normas de derecho derivado o secundario),²⁷²
- calificación de restricciones o gravámenes al comercio subregional andino, y
- nulidad de las normas de derecho secundario con respecto a las normas de derecho primario o tratados constitutivos (artículo 17 del Tratado que crea el Tribunal).

²⁷² Artículo 24 del Tratado que crea el Tribunal (modificado). «Cuando un País miembro considere que otro País miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que esta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior».

2.1.1. Incumplimiento de normas comunitarias

Luego de un proceso administrativo sumario, descrito en la Decisión 425, el Secretario General de la Comunidad Andina emite un pronunciamiento a través de un dictamen en el que se pronuncia sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado denunciado. El pronunciamiento de la Secretaría General se materializa en una Resolución, instrumento jurídico que tiene efecto tanto sobre las posibles partes privadas como sobre los Estados implicados.

El incumplimiento de las normas comunitarias andinas es la simple contravención de las disposiciones. Si no existe incumplimiento, es claro que no hay mérito para que la petición del reclamante sea aceptada.

Cabe puntualizar que este supuesto es semejante a la anulación o menoscabo de ventajas del Acuerdo General con violación de normas, el cual está previsto en el artículo XXIII, 1a) del GATT.

La continuación de la violación da motivo a que el Estado afectado recurra a la jurisdicción internacional del Tribunal de Justicia Andino. Si este considera que ha existido incumplimiento de las normas andinas, el Estado andino demandado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para implementar el fallo.

En sede judicial, el proceso por incumplimiento de normas comunitarias deviene en una sentencia con reconocimiento y mérito ejecutorio automático en los cinco Estados miembros de la Comunidad Andina.

Es importante resaltar que, de conformidad con el artículo 30 del Protocolo de Cochabamba, esta sentencia tiene título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspon-

da.²⁷³ Con esta disposición, se permite que los verdaderos afectados por las medidas restrictivas puedan exigir la internalización de los daños y «costos de transacción *ex post*» causados por políticas de gobierno irresponsables.

El problema de jurisdicción que se plantea es con respecto a la posible incorporación o adopción de disposiciones de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento andino. Como ejemplos, se pueden citar la incorporación de las disposiciones relativas a valoración aduanera, recogidas en la Decisión 378 de la Comunidad Andina,²⁷⁴ y la adopción (mas no incorporación) en la Decisión 456 de la Comunidad Andina sobre *dumping* de las reglas establecidas en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

En el primero de los casos, la incorporación representa una coexistencia en el tiempo de ambos ordenamientos sustantivos y como consecuencia de sus respectivos mecanismos de solución de diferencias. Ello hace teóricamente posible que un país andino cuestione ante la OMC y las instancias jurídicas de la Comunidad Andina la aplicación del Acuerdo de Valoración. Como resultado se podría plantear una situación de incompatibilidad con ambos ordenamientos y a la vez un problema de *forum shopping*.

²⁷³ Artículo 30 del Protocolo de Cochabamba. «La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25 [posibilidad de que los particulares puedan recurrir a las instituciones de solución de diferencias andinas], constituirá título legal y suficiente para que en el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere».

²⁷⁴ Artículo 1 de la Decisión 378. «Para los efectos de la valoración aduanera, los Países miembros se registrarán por la presente Decisión, y por lo dispuesto en el texto del “Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994” (Acuerdo del Valor del GATT de 1994), que figura como Anexo a la presente Decisión».

Con respecto al segundo supuesto, se podría argüir que las disposiciones de la norma preferencial mantienen preeminencia sobre la primera en tanto son posteriores en el tiempo. De allí se desprendería que para las relaciones entre países andinos prima la norma comunitaria. Sin embargo, esta hipótesis no ha sido oficialmente respaldada hasta la fecha.

2.1.2. Calificación de restricciones y gravámenes al comercio

Cuando los Estados miembros imponen barreras de acceso a sus mercados de manera injustificada, los particulares o Estados miembros afectados pueden solicitar ante la Secretaría General que se califique la medida adoptada como una restricción o gravamen al comercio subregional andino. El Estado en cuestión puede justificar su medida en alguno de los supuestos de excepción previstos en el Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, para ello tendrá que demostrar la necesidad y proporcionalidad de la medida con los fines perseguidos.

De manera semejante al concepto de anulación o menoscabo sin violación de normas, la calificación de restricciones o gravámenes es una declaración sobre los efectos perniciosos de una medida en los flujos comerciales. De esta aproximación, una diferencia importante que se puede apreciar entre un sistema multilateral basado en las concesiones de acceso a mercados, como el de la OMC, y otro de integración es que en el primero, si no existe violación de normas, no existe tampoco necesidad de remover medidas incompatibles con las obligaciones asumidas, mientras que en el segundo, a pesar de que no hay violación de normas, existe la obligación de remover las medidas que pudiesen ser lícitas pero que generan efectos comerciales negativos. La consecuencia de esta calificación es ordenar al país miembro, a través de una norma comunitaria, su levantamiento en un plazo prudencial fijado por la propia Secretaría General.

Se podría dar en teoría un conflicto jurisdiccional para afrontar situaciones que constituyen restricciones o gravámenes al comercio andino y, a la par, anulación o menoscabo sin violación ante el ordenamiento de la OMC. En este supuesto, la exclusividad de ambos mecanismos se mantiene en teoría, aunque en la práctica no se haya presentado ninguna contienda.

De no cumplirse con este mandato, se activa el mecanismo de incumplimiento de normas comunitarias abordado previamente.

2.1.3. Nulidad de normas comunitarias

Debido a la existencia en el ordenamiento jurídico andino de normas de derecho derivado o secundario, lo cual no se da en el sistema legal del GATT y de la OMC, se regula la nulidad de estas normas con respecto al derecho originario o primario. La controversia en este tipo de diferencias radica en la compatibilidad vertical entre normas comunitarias primarias y secundarias, por lo que no existe materia controvertida que tenga alguna relevancia para el sistema de la OMC.

2.2. El sistema de solución de controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) es una organización internacional instituida por el Tratado de Montevideo de 1980²⁷⁵ con el propósito de promover el proceso de integración latinoamericana en el marco del desarrollo económico-social armónico y equilibrado.²⁷⁶ Son miembros de ALADI Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

²⁷⁵ Tratado de Montevideo que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), suscrito el 12 de agosto de 1980.

²⁷⁶ Artículo 1 del Tratado de Montevideo de 1980.

La ALADI sucede a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC),²⁷⁷ establecida por el Tratado de Montevideo de 1960²⁷⁸ y de la que se notificó ese mismo año al sistema GATT como un acuerdo provisional tendiente a la formación de una zona de libre comercio.²⁷⁹

ALADI se caracteriza por ser un mecanismo preferencial poco rígido,²⁸⁰ en el que incluso las preferencias otorgadas a determinados miembros del sistema no necesariamente deben ser concedidas a los demás en virtud de una cláusula de nación más favorecida.²⁸¹

En cuanto al sistema de solución de diferencias, este está basado en las normas del Tratado de Montevideo de 1980 y en la Resolución n.º 114 del Comité de Representantes,²⁸² órgano funcional que organizativamente desempeña estas funciones.

²⁷⁷ Artículo 54 del Tratado de Montevideo de 1980. «La personalidad jurídica de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, establecida por el Tratado de Montevideo suscrito el 18 de febrero de 1960, continuará, para todo sus efectos, en la Asociación Latinoamericana de Integración. Por tanto, desde el momento en que entre en vigencia el presente Tratado los derechos y obligaciones de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio corresponderán a la Asociación Latinoamericana de Integración».

²⁷⁸ SWACKER, F. y otros. *Ob. cit.*, p. 223.

²⁷⁹ OMC. *Ob. cit.*, p. 952.

²⁸⁰ SWACKER, F. y otros. *Ob. cit.*, p. 223.

²⁸¹ El Tratado de Montevideo de 1980 permite la celebración de acuerdos de alcance regional y de alcance parcial. En los primeros participan todos los miembros del sistema (artículo 6), mientras que en los segundos solo participan algunos de ellos (artículo 7, segundo párrafo). En virtud de estos últimos, los derechos y obligaciones derivados de ellos tienen alcance exclusivo para los miembros que los suscriban o se adhieran a los mismos (artículo 7, segundo párrafo).

²⁸² Resolución n.º 114 del Comité de Representantes ante ALADI - Procedimiento destinado a preservar el cumplimiento de los compromisos contraídos en los Acuerdos concertados por los Países miembros y en las Resoluciones dictadas or la Asociación, adoptada el 22 de marzo de 1990.

Según el artículo 35 del Tratado de Montevideo, el Comité de Representantes debe proponer fórmulas para la solución de asuntos presentados por los miembros, siempre que la inobservancia de alguna de las disposiciones o principios del Tratado de Montevideo haya sido alegada,²⁸³ o que según el artículo único de la Resolución n.º 114 exista contravención de alguna de las disposiciones de los Acuerdos suscritos en el marco de este mecanismo preferencial o de las Resoluciones expedidas por los órganos de esta Asociación.

De conformidad con esta Resolución, el procedimiento para la solución de diferencias consta de dos etapas: la primera, autocompositiva, consistente en consultas directas entre las partes de la diferencia, y la segunda asistida con la intervención del Comité de Representantes Permanentes, para que proponga las recomendaciones a fin de solucionar la diferencia.

A pesar de que el sistema de ALADI comprende un mecanismo autocompositivo y otro heterocompositivo, existen algunas limitaciones que se desprenden de su estructura institucional.

Así, de conformidad con los artículos 37 y 43, las decisiones del Comité se adoptan por mayoría de dos tercios de los países miembros, y sin la oposición de ningún miembro bajo los alcances del segundo párrafo del artículo 43.²⁸⁴ Esta disposi-

²⁸³ Artículo 35 del Tratado de Montevideo. «El Comité es el órgano permanente de la Asociación y tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones: [...] m) Proponer fórmulas para resolver las cuestiones planteadas por los países miembros, cuando fuera alegada la inobservancia de algunas de las normas o principios del presente Tratado [...]».

²⁸⁴ Tratado de Montevideo, artículo 43. «El Consejo, la Conferencia y el Comité adoptarán sus decisiones con el voto afirmativo de dos tercios de los países miembros. Se exceptúan de esta norma general las decisiones sobre las siguientes materias, las cuales se aprobarán con los dos tercios de votos afirmativos y sin que haya voto negativo: [...] b) Adopción de decisiones que corresponden a la conducción política superior del proceso de integración. c) Adopción de las decisiones que formalicen el resultado de las negociaciones

ción limitaría la efectividad de las decisiones del Comité, en tanto cualquier decisión suya podría ser vetada por las propias partes de la diferencia, con lo que retornaríamos a los problemas que tenía el GATT cuando aún existía el derecho de veto.²⁸⁵

Por otra parte, solo pueden acceder a este mecanismo los Estados miembros de la Asociación, con lo que se limita los beneficios de que los particulares internalicen las gestiones en pro del cumplimiento de la ley internacional.

Asimismo, las normas de ALADI solo prevén el incumplimiento de normas, mas no la anulación o menoscabo sin infracción de normas, prevista en el Acuerdo General. Esta omisión permitiría a los Estados recurrir a la OMC cuando exista concurrencia de normas preferenciales y normas OMC y que, con motivo de ambas, se genere anulación o menoscabo. A diferencia de lo que acontece con el sistema de solución de diferencias de la Comunidad Andina, no existe norma preferencial imperativa que prohíba someter cualquier controversia que surja con motivo de la aplicación de normas preferenciales al mecanismo preferencial.

Por tal motivo, creemos que, si bien existe normatividad específica para los casos de incumplimientos, hay una posible contienda de competencias con el sistema de solución de diferencias de la OMC para los posibles casos de anulación o menoscabo de ventajas sin infracción de normas.

Finalmente, no se ha establecido mecanismos de coordinación con otros sistemas de solución de diferencias para efectos de minimizar costos de información.

multilaterales para la fijación y profundización de la preferencia arancelaria regional [...]».

²⁸⁵ Véase el capítulo 1.

2.3. El sistema de solución de controversias en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) surge por el Tratado de Asunción, suscrito el 26 de marzo de 1991, como un mecanismo de integración entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con el propósito de crear un mercado común «que implique la libre circulación de bienes, servicios, factores productivos, esto es capital y mano de obra».²⁸⁶

Sin embargo, este proceso de integración surgió de la nada con fines muy ambiciosos. En efecto, como lo refiere Pérez Otermin, el proceso de integración se inició desde el grado menor y debió pasar por la zona de libre comercio y la unión aduanera antes de llegar a un mercado común.²⁸⁷

En cuanto al sistema de solución de diferencias, las primeras disposiciones estuvieron referidas en el Anexo III del Tratado de Asunción, que surgió como una regulación transitoria.²⁸⁸ En el artículo 3 de este instrumento se señaló que, de manera transitoria hasta el 31 de diciembre de 1994, el régimen de solución de diferencias sería el contenido en el Anexo III de dicho Tratado.

Sin embargo, el 17 de diciembre de 1991 los cuatro Estados conformantes de MERCOSUR consideraron conveniente suscribir un Protocolo que regulase especialmente el sistema de solución de diferencias del mecanismo de integración. Nos referimos al Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.²⁸⁹

²⁸⁶ PÉREZ OTERMIN, J. *El Mercado Común del Sur: Desde Asunción a Ouro Preto*. Monterico: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 11.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 13.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 71.

²⁸⁹ Cabe mencionar que el 18 de febrero de 2002 los miembros de MERCOSUR suscribieron el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias que

El Protocolo de Brasilia reconoce que las controversias pueden surgir entre Estados o entre particulares y Estados.²⁹⁰ En el primer caso, lo importante no es solo el cumplimiento de las obligaciones, sino también la interpretación y la aplicación de las mismas.²⁹¹ En el segundo caso, el énfasis está en los efectos restrictivos, discriminatorios o de competencia desleal de las medidas adoptadas por los Estados.²⁹²

Por esta enunciación un tanto amplia podríamos entender que las controversias bajo el ordenamiento legal del MERCOSUR pueden comprender tanto los casos de violación de normas como de anulación o menoscabo sin violación. En apoyo de esta afirmación el artículo 4 del Protocolo de Brasilia, en el párrafo 2, define las potestades del Grupo Mercado Común, como órgano que «evaluará la situación, dando oportunidad a las partes en las controversias para que expongan sus respectivas posiciones». En ningún momento se señala que el Grupo Mercado Común deberá determinar el cumplimiento o incum-

define con mayor detalle las reglas y procedimientos para la conducción de los procedimientos de solución de diferencias, y que derogaría al Protocolo de Brasilia. Este nuevo instrumento aún no entra en vigor encontrándose en proceso de ratificación.

²⁹⁰ Artículos 1 y 25 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

²⁹¹ Artículo 1 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias. «Las controversias que surjan entre Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común y de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el presente Protocolo».

²⁹² Artículo 25 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias. «El procedimiento establecido en el presente capítulo se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común o de las Resoluciones del Grupo del Mercado Común».

plimiento de las disposiciones del MERCOSUR. Abundando en lo dicho, el artículo 5 señala que «[...] al término de este procedimiento, el Grupo Mercado Común formulará recomendaciones a los Estados Partes en la controversia tendiente a la solución del diferendo».

El sistema está compuesto por dos tipos de mecanismos: autocompositivo o de negociaciones directas y heterocompositivos, referidos a la actuación del Grupo Mercado Común o, alternativamente, a un tribunal arbitral *ad hoc*.²⁹³ En el caso de reclamaciones de particulares contra Estados, estas se realizan ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común para luego ser remitidas a este. Sin embargo, cuando se trate de controversias contra el propio Estado del que es nacional el reclamante, es probable que la Sección Nacional no tenga el incentivo para apoyar la reclamación. Por ello nos parece no del todo deseable este mecanismo para que los particulares puedan exigir las obligaciones de los acuerdos internacionales.

En lo que respecta a la coordinación con el sistema de solución de diferencias de la OMC, no existe ninguna interrelación entre ambos, por lo que resulta factible sostener que se produzca una anulación o menoscabo para determinados miembros del sistema GATT/OMC cuando se acude al sistema de solución de controversias del MERCOSUR por normas preferenciales que coinciden con los Acuerdos de la OMC. A diferencia de los andinos, en la práctica se han presentado diversas contiendas ante la OMC entre socios comerciales del esquema.²⁹⁴

²⁹³ Artículos 2 y 24 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

²⁹⁴ Una revisión actualizada se puede encontrar en la siguiente página web de la OMC, <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm#2002>.

2.4. El sistema de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

En lo referente a la relación entre el TLCAN y los Acuerdos de la OMC, el artículo 103 del TLCAN contempla la coexistencia de ambos ordenamientos jurídicos e incluso el supuesto de la incompatibilidad entre estos para casos especiales. Sin embargo en este último supuesto, y a diferencia de la norma consuetudinaria general, el segundo párrafo del mencionado artículo contempla la prevalencia del TLCAN sobre las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Así se señala lo siguiente:

1. Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y otros acuerdos de los que sean parte.
2. En caso de incompatibilidad entre tales acuerdos y el presente Tratado, este prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, salvo que en el mismo se disponga otra cosa.

La coexistencia normativa, reconocida expresamente en el TLCAN, no genera *per se* problemas de competencias. Así por ejemplo los Acuerdos de la OMC podrían establecer hipotéticamente solo regulación sustantiva y delegar la resolución de conflictos a los mecanismos jurisdiccionales regionales del TLCAN.

Sin embargo, tanto los Acuerdos de la OMC como los del TLCAN establecen cada cual sus propios mecanismos jurisdiccionales en la aplicación de sus respectivas normas sustantivas y, por lo tanto, se plantea la posibilidad de que sí se presenten conflictos de competencias entre uno y otro.

Más aun, el TLCAN se refiere en varias de sus disposiciones a normas sustantivas de los Acuerdos Multilaterales de la OMC. Esto significa que la eventual violación de ciertas normas del TLCAN acarrea *ipso facto* la violación de las normas de la OMC

a las que se hace referencia. Así por ejemplo, las disposiciones del artículo III, relativo a trato nacional, se hallan incorporadas a través del párrafo 1 del artículo 603, referencias al artículo XIX del GATT, y las reglas sobre salvaguardias se encuentran recogidas en el párrafo 1 del artículo 802, las excepciones del artículo XX del GATT se incorporan por referencia al TLCAN a través del párrafo 1 del artículo 2101.

El Tratado pretende salvar el conflicto otorgándole la discreción a la parte reclamante de recurrir a uno u otro mecanismo. Así el párrafo 1 del artículo 2005 del TLCAN estipula lo siguiente:

Excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan en relación con lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor (GATT), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante.

Sin embargo, esta norma contiene tres excepciones procesales que restringen la potestad del reclamante de manera relativa. La primera viene dada por lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 5, que establece la potestad por parte del tercer Estado contratante del TLCAN de impedir que el Estado reclamante recurra a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC:

Antes que una de las Partes inicie un procedimiento de solución de controversias contra otra Parte ante el GATT, esgrimiendo fundamentos sustancialmente equivalentes a los que pudiera invocar conforme a este Tratado, notificará a la tercera Parte su intención de hacerlo. Si respecto al asunto la tercera Parte desea recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado, lo comunicará a la Parte notificadora lo antes posible y esas Partes consultarán con el fin de convenir en un foro único. Si las Partes consultantes no llegan a un acuerdo, la controversia normalmente se solucionará según los lineamientos de este Tratado.¹

¹artículo 2005 (2) «Solución de controversias conforme al GATT»: esta obligación no pretende estar sujeta a la solución de controversias conforme a este capítulo.

La segunda se encuentra contemplada en el párrafo 3 del artículo 2005 y permite a la parte demandada impedir el recurso a los procedimientos de solución de diferencias por parte del reclamante cuando la diferencia se base en aspectos ambientales y de conservación. Así, se señala al respecto lo siguiente:

En las controversias a que hace referencia el párrafo 1, cuando la Parte demandada alegue que su acción está sujeta al artículo 104, «Relación con tratados en materia ambiental y de conservación», y solicite por escrito que el asunto se examine en los términos de este Tratado, la Parte reclamante podrá solo recurrir en lo sucesivo y respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado.

La última excepción se encuentra recogida en el párrafo 4 del artículo 2005 y permite también a la parte demandada impedir los procedimientos de solución de diferencias ante la OMC cuando la controversia se refiera a asuntos del sector agropecuario, de medidas sanitarias y fitosanitarias o relativas a normalización y se encuentren de por medio la salud y la vida de personas, animales o el medio ambiente en general. La referida excepción señala lo siguiente:

En las controversias a que hace referencia el párrafo 1, que surjan conforme a la Sección B del Capítulo VII, «Sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias», o conforme al Capítulo IX, «Medidas relativas a normalización»:

- a. sobre una medida que una Parte adopte o mantenga para la protección de la vida y la salud humana, animal o vegetal, y del medio ambiente; y
- b. que den lugar a cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente, la salud, la seguridad o la conservación, incluyendo las cuestiones científicas directamente relacionadas,

cuando la Parte demandada solicite por escrito que el asunto se examine conforme a este Tratado, la Parte reclamante solo podrá recurrir en lo sucesivo, respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado.

Es importante mencionar que los procedimientos contemplados en el TLCAN no establecen mecanismos para la inhibición de competencias por parte del TLCAN y la afirmación de competencia de la OMC. En dicho caso, el procedimiento de solución de diferencias de conformidad con el TLCAN continúa una vez que ya ha sido iniciado.

Asimismo, una vez que se opta por uno u otro foro, la utilización de dicho mecanismo resulta excluyente. Así el párrafo 5 del artículo 2005 señala lo siguiente:

Una vez que se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al artículo 2007 o bien uno conforme al GATT, el foro seleccionado será excluyente del otro, a menos que una Parte presente una solicitud de acuerdo con los párrafos 3 ó 4.

Sin embargo surge entonces la controversia con respecto a la definición del inicio de procedimientos. El párrafo 6 del mencionado artículo regula el concepto de inicio de procedimientos en cuanto a lo que se refiere al sistema GATT/OMC:

Para efectos de este artículo, se considerarán iniciados los procedimientos de solución de controversias conforme al GATT cuando una Parte solicite la integración de un panel, por ejemplo de acuerdo con el artículo XXIII:2 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, o la investigación por parte de un Comité, como se dispone en el artículo 20.1 del Código de Valoración Aduanera.

Por su parte, el artículo 2007 determina implícitamente que el inicio de los procedimientos ante los respectivos órganos del TLCAN se concreta cuando el Estado reclamante solicita a la

Comisión de Libre Comercio (órgano encargado de administrar la solución de diferencias) que se reúna a efectos de continuar con los procedimientos sucesivos.²⁹⁵ Este punto de vista es compartido por la doctrina que también considera que la realización de consultas en el marco del TLCAN no impide las consultas paralelas en el marco de la OMC.²⁹⁶

Consecuentemente, el TLCAN contempla la posibilidad de que coexistan procedimientos de consultas en ambos ámbitos hasta que en alguno de ellos se solicite bien el establecimiento de un panel arbitral o bien la reunión de la Comisión. El TLCAN negaría la posibilidad de que coexistan procedimientos ante grupos especiales de la OMC y ante la Comisión (sea ante esta última para analizar las formas de llegar a un arreglo o para

²⁹⁵ TLCAN, Inicio de procedimientos. Artículo 2007 La Comisión-buenos oficios, conciliación y mediación.

1. Cualquiera de las Partes consultantes podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión si no logran resolver un asunto conforme al artículo 2006 dentro de un plazo de:
 - a. 30 días después de la entrega de la solicitud para las consultas;
 - b. 45 días después de la entrega de esa solicitud, cuando cualquier otra de las Partes haya solicitado consultas subsecuentemente o participado en las relativas al mismo asunto;
 - c. 15 días después de la entrega de una solicitud de consultas en asuntos relativos a bienes agropecuarios perecederos; u
 - d. otro que acuerden.
2. Una Parte también podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión cuando:
 - a. se hayan iniciado procedimientos de solución de controversias conforme al GATT respecto de cualquier asunto relativo al artículo 2005 (3) o (4), y haya recibido una solicitud en los términos del artículo 2005(5) para recurrir a los procedimientos de solución de controversias dispuestos en este capítulo; o
 - b. se hayan realizado consultas conforme al artículo 513, «Procedimientos aduanales-Grupo de trabajo y subgrupo de aduanas»; al artículo 723, «Medidas Sanitarias y fitosanitarias-Consultas técnicas», y al artículo 914, «Medidas de normalización-Consultas técnicas».

²⁹⁶ GANTZ, D. «Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties». *American University International Law Review*, vol. 14, 1999, pp. 1039-1040.

la integración de un panel arbitral), aunque veremos más adelante que dicha coexistencia no acarrea necesariamente consecuencias jurídicas serias.

Si bien esta dualidad se halla expresamente prevista en el TLCAN, esta claridad no se desprende del ESD, cuyo artículo 23 establece que:

1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.

2. En tales casos, los miembros:

a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento;

b) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones; y

c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial.

Como se señaló previamente, el artículo 23 no prohíbe ni la determinación negativa, de que no ha existido violación de

normas, anulación o menoscabo de ventajas o, incumplimiento de los objetivos de los Acuerdos de la OMC, ni el uso de mecanismos alternos a los no previstos en el ESD, como es el caso del mecanismo del TLCAN.

Así, la determinación por parte de un panel arbitral del TLCAN de que ha existido violación de normas OMC, anulación o menoscabo de ventajas o incumplimiento de los objetivos de los Acuerdos de la OMC no acarrea *per se* violación del artículo 23 del ESD, a no ser que dichas determinaciones sean adoptadas por los Estados parte del TLCAN. Sobre el particular, se debe destacar que el párrafo 1 del artículo 2018 del TLCAN no otorga efecto inmediato a las determinaciones de los paneles arbitrales.²⁹⁷ Por el contrario, las deja a disposición de los Estados parte para que convengan sobre la base de ellas una solución adecuada. Así, se señala lo siguiente:

Una vez recibido el informe final del panel, las Partes contendientes convendrán en la solución de la controversia, la cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel, y notificarán a sus secciones del Secretariado toda resolución que hayan acordado.

En la misma línea de argumentación, García considera que los informes de los paneles arbitrales del mecanismo de solución de diferencias del TLCAN no cuentan con carácter estrictamente vinculante:

[...] because the final reports of the arbitral panels are not binding and are not supranational in this sense. Thus, despite the appearance of a producing role, the NAFTA DSM actually plays a facilitative role, supporting the resolution of disputes among NAFTA parties through the development of

²⁹⁷ Opinión compartida con GANTZ, D. *Ob. cit.*, p. 7.

recommendations and options for agreement, but falling short of authoritatively resolving the dispute.²⁹⁸

La negación del carácter imperativo de estas determinaciones y su reconocimiento como instrumento de negociación y facilitación para la solución de diferencias llevarían a considerar que las formulaciones de *no parte* son diferentes a las que se refiere el artículo 23 del ESD, y por ende, los informes de los paneles arbitrales del TLCAN no constituirían violación alguna del artículo 23 del ESD.

Sin embargo, sí existe una situación en la que los procedimientos paralelos del TLCAN podrían resultar incompatibles con las disposiciones del ESD. Se trata del caso en que los Estados proceden, de conformidad con las constataciones y conclusiones de los informes de los paneles arbitrales, a suspender beneficios o concesiones sin haber previamente recurrido al mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Según el artículo 2019 del TLCAN, en caso de que las partes no hayan alcanzado un acuerdo sobre la base del informe del panel, la parte reclamante se encontrará autorizada a suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la parte demandada hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia. Bajo este contexto, sí se produciría una incompatibilidad con el ordenamiento de la OMC en el momento en que el Estado reclamante determine que existe una infracción o medida, susceptible de retaliación, ya que estaría realizando una formulación prohibida en el sentido del acápite a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD.

Las limitaciones impuestas sobre el sistema de solución de diferencias del TLCAN por el artículo 23 del ESD generan incentivos para que los Estados reclamantes opten por los procedi-

²⁹⁸ GARCÍA, F. «Decision Making and Dispute Resolution in the Free Trade Area of the Americas: An Essay in Trade Governance: An Essay on Governance». *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, n.º 357, 1979, p. 379.

mientos de solución de diferencias de la OMC. No obstante, existen también otros factores que se toman en cuenta al adoptar esta decisión.

Así, por el contrario, el criterio de prontitud en el cumplimiento es un factor a favor de la utilización del mecanismo de solución de diferencias del TLCAN. Según este factor, en el TLCAN se puede tomar medidas de retaliación a partir del día 30 siguiente a la recepción del informe final (salvando el tema de la compatibilidad de esta medida con el ordenamiento jurídico de la OMC), mientras que en el caso de la OMC solo se pueden tomar medidas de retaliación si el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación que pone fin a la diferencia ha sido adoptado por el OSD, se le ha concedido a la parte demandada un plazo prudencial para poner sus medidas en compatibilidad con las disposiciones de los Acuerdos de la OMC, se ha examinado la compatibilidad de estas nuevas medidas de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y, finalmente, se ha concedido autorización para la suspensión de concesiones de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Todos estos procedimientos desde luego no tiene una duración inferior a 30 días.

Otro aspecto significativo es el relativo al número de terceras partes que pueden participar en cada uno de los procedimientos. En el caso del TLCAN, solo existe la posibilidad de que el Estado restante participe en la diferencia. Sin embargo, en el marco de la OMC todos aquellos miembros que posean un interés comercial sustancial pueden solicitar su participación. Este factor impone evidentemente mayor presión política sobre la parte demandada y puede ejercer influencia sobre el demandante al momento de elegir el foro que utilice. Sin embargo, el aspecto negativo de contar con mayor cantidad de partes es que puede resultar más difícil llegar a una negociación para una solución amigable. En contraste, en el marco del TLCAN solo resulta imprescindible extender el arreglo amistoso a una tercera parte.

En lo que se refiere a mayor garantía de resoluciones sujetas a Derecho, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC otorga mayor seguridad jurídica debido a su doble instancia cuasi-judicial. En efecto, el papel fundamental que cumple el Órgano de Apelación asegurando la coherencia en el manejo de los conceptos jurídicos y las reglas de la OMC no tiene par en el contexto del TLCAN ni de otros acuerdos comerciales.

Un factor importante que Gantz trae a colación es el de los casos relativamente sensibles que para algunos Estados parte del TLCAN podrían crear un precedente peligroso para futuras diferencias. En estos casos, señala Gantz, sería aconsejable recurrir al mecanismo del TLCAN para no involucrar en la diferencia a partes que no pertenecen al acuerdo de integración.²⁹⁹

Otro tema que se debe considerar es la determinación de los aspectos predominantes en la diferencia. Si estos son esencialmente jurídicos y versan sobre las disposiciones del sistema legal del GATT y la OMC, puede ser aconsejable recurrir al mecanismo de la OMC. Si por el contrario estos se encuentran mayormente relacionados con aspectos muy propios del ambiente económico legal norteamericano, es probablemente preferible recurrir al mecanismo del TLCAN.

Evidentemente, la elección del foro más adecuado es solo factible si existen disposiciones que regulan las mismas materias en uno y otro ámbito normativo. Si por el contrario un ordenamiento regula aspectos que el otro no, no debiera existir competencia. Así por ejemplo, dado que el TLCAN regula algunas materias relativas a competencia que no se encuentran bajo el alcance de los Acuerdos de la OMC, el TLCAN es el único sistema con competencia jurisdiccional para conocer de dichos asuntos.

²⁹⁹*Ibid.*, p. 23.

Un criterio que es muy importante considerar con respecto a la elección del foro más apropiado es el relativo a las posibles ventajas que se puede obtener de las normas sustantivas de uno u otro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en los casos de diferencias relacionadas con materias ambientales puede ser más conveniente para el reclamante recurrir a los mecanismos del TLCAN antes que a los de la OMC, en tanto que las disciplinas del TLCAN establecen mayor regulación sustantiva en la materia que el artículo XX del GATT y que determinadas normas en algunos de los acuerdos abarcados de la OMC.

2.5. Las propuestas de solución de diferencias para el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)

En la negociación del Grupo de Solución de Controversias en el marco del Área de Libre Comercio de las Américas (el ALCA), se ha planteado la prevalencia de los mecanismos regionales por encima del mecanismo de solución de diferencias del ALCA³⁰⁰ y únicamente para este se plantea la posibilidad de elegir foro con respecto al de la OMC.³⁰¹ Lo que no concuerda con la posibilidad de elección de foro es la adopción para el ALCA de la disposición de exclusividad contenida en el artículo 23 del ESD, que si bien se encuentra entre corchetes, no sería compatible con la libre elección de foros.³⁰²

Es fundamental que, para facilitar la interrelación con el sistema de solución de diferencias de la OMC, el sistema del ALCA establezca la obligación de notificar toda controversia que surja con motivo de disposiciones contenidas tanto en los Acuerdos de la OMC como en el Acuerdo del ALCA. Con ello

³⁰⁰ El numeral 42 del Borrador de Acuerdo, aunque encorchetado, establece la exclusividad del foro regional con respecto al del ALCA, FTAA.TNC/w/133/Rev.1, 3 de julio de 2001.

³⁰¹ El numeral 41 del Borrador de Acuerdo plantea sin corchetes la elección del foro entre el foro del ALCA y el de la OMC. *Ibid.*

³⁰² Numeral 275 del Borrador de Acuerdo.

se eliminaría costos de información para los otros miembros del Sistema OMC que no participen en el ALCA.

Entendemos que el mecanismo de solución de diferencias en ALCA deberá actuar sobre la base de una organización internacional a la que los Estados otorguen competencias de acción. Sin embargo, este planteamiento institucional va más allá del aspecto procedimental. No obstante, es importante destacar que se prevé en debate un mecanismo de apelación, semejante al Órgano de Apelación de la OMC.³⁰³

Por otra parte, en cuanto a materia sustantiva, las negociaciones de ALCA parten de las disposiciones de los acuerdos de la OMC, elevando los estándares de manera más estricta. En tal sentido, es probable que las disposiciones de los acuerdos de ALCA tengan una relación suplementaria con respecto a las disposiciones de la OMC. Por ello, creemos que sí es factible que se produzca la contienda de competencia entre el sistema de solución de diferencias de ALCA y el de OMC, para lo cual deberían existir mecanismos de coordinación necesarios.

Nos parece positiva la perspectiva de negociación que se está tomando para la unificación de los procedimientos de solución de diferencias en un solo procedimiento general, que probablemente contemple determinadas disposiciones específicas para algún tipo de materia particular.

Con la unificación del procedimiento se reduce la posibilidad de *forum shopping* entre ALCA y OMC, dependiendo de procedimientos específicos para las diferentes materias negociadas.

De conformidad con lo anteriormente desarrollado, consideramos que resulta necesario alinearse con la tendencia internacional hacia el legalismo en la solución de diferencias de

³⁰³ Numeral 231 del Borrador de Acuerdo.

ALCA, sin perder la posibilidad de resolver las diferencias de manera diplomática, por lo cual resulta positivo que se haya considerado un esquema similar al del sistema de solución de diferencias de la OMC, haciendo énfasis en el papel de la conciliación.³⁰⁴

Consideramos que las significativas asimetrías entre los países que conforman el ALCA hace necesario que se privilegie la opción legal antes que la opción política, ya que de lo contrario existe un fuerte riesgo de que primen consideraciones políticas, del poder relativo de determinados miembros del sistema, para lograr la solución negociada de las diferencias, creando impredecibilidad para las transacciones de los particulares.

Por otra parte, dentro del procedimiento legalista que se debe priorizar, la presencia de un ente permanente antes que *ad hoc*, sea en primera instancia o en primera y segunda instancia, minimiza los costos de la administración de justicia y a su vez, genera estabilidad sobre los criterios adoptados.

A pesar de la aparente negativa a considerar la participación de particulares,³⁰⁵ nos parece adecuado que se permita el acceso de particulares a los mecanismos, los cuales podrían ser litisconsortes de sus respectivos Estados para evitar demandas temerarias o malintencionadas. Creemos incluso que debería permitirse recurrir a los particulares a los Poderes Judiciales nacionales para exigir la indemnización por daños y perjuicios que corresponda por conductas políticas irresponsables.

Consideramos que el mecanismo debería prever en sus competencias situaciones tanto de violación de normas como de anulación o menoscabo sin violación de estas, fijando la com-

³⁰⁴ Numerales 50-100 del Borrador de Acuerdo.

³⁰⁵ Numeral 30 del Borrador de Acuerdo. *Ibid.*

petencia exclusiva del sistema de solución de diferencias del ALCA con respecto a otros mecanismos de alcances más amplios y coordinando con estos la puesta en conocimiento de las controversias que se presenten, a efectos de minimizar costos de información.

3. Efectos de los sistemas regionales de los que forma parte el Perú sobre los objetivos del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC

Si bien pueden existir normas que coincidan con las disposiciones de la OMC y sobre las cuales no exista exclusión de competencia, la generación de anulación o menoscabo sin violación de normas no sancionada por el mecanismo preferencial podría ser reclamada ante el OSD, a menos que los Estados parte de estos mecanismos preferenciales hayan renunciado a esta posibilidad. De otra forma se le estaría restando al Estado un derecho reconocido por el GATT.

Cabe comentar que el plantear una controversia ante la OMC permite ampliar la posibilidad de cuestionamiento por parte de otros sujetos que no necesariamente se ven perjudicados (se debe tener en cuenta la posibilidad de ser asociados a consultas y la posibilidad de recurrir al mecanismo por presunción de anulación o menoscabo sin incumplimiento de normas, para las cuales no es necesario presentar daño). Esto debe ser tomado en cuenta para regular posibles criterios de legitimación al inicio del procedimiento de controversias ante la OMC.

Además, hay que mencionar el hecho de que un miembro de la OMC que no sea parte del mecanismo preferencial pueda cuestionar una medida ante el OSD. La decisión del OSD no tiene necesariamente efectos sobre el mecanismo preferencial, a no ser que el mecanismo como tal sea miembro del sistema GATT/OMC, como sucede con las Comunidades Europeas.

Sin perjuicio de lo antes señalado, los mecanismos de solución de controversias de los mecanismos preferenciales tienen efectos positivos en muchos aspectos. Algunos de ellos facilitan el acceso de los particulares para la exigencia de las obligaciones de comercio internacional. Sin embargo, podrían servir como limitante para el mantenimiento del multilateralismo en el sistema legal de la OMC. El aumento de mecanismos de solución de controversias regionales podría significar la disminución de competencias para la OMC, o al menos la remisión a este sistema de las controversias que se presenten entre bloques preferenciales, con lo cual se genera el riesgo de una nueva forma de proteccionismo.³⁰⁶

A pesar de que no se soliciten consultas en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, el conocimiento de la existencia de una diferencia por algún tipo de medida, incompatible o no con los acuerdos de la OMC, que genere anulación o menoscabo, brinda información que puede evitar transacciones comerciales innecesarias.

Por otra parte la adopción de decisiones que a la luz del ordenamiento de los ordenamientos jurídicos regionales sean válidas puede generar anulación o menoscabo, o incluso la incompatibilidad para las partes de la controversia con respecto a los demás miembros de la OMC, y a su vez incertidumbre en los criterios que manejen las conductas comerciales de los Estados. Cabe resaltar que, a diferencia de los ordenamientos nacionales, en el sistema jurídico internacional pueden coexistir dos normas que se reputen igualmente válidas. Una medida puede ser válida para un ordenamiento, mientras que puede ser inválida o incompatible con las disposiciones de otro sistema jurídico. Por tal motivo, le corresponde al sistema de solución de diferencias de la OMC un rol fundamental como

³⁰⁶ KRUGMAN, Paul R. y Maurice OBSTFELD. *Ob. cit.*, p. 264.

garantizador de la coexistencia *pacífica* de las disposiciones del sistema GATT/OMC y los sistemas preferenciales.

En cuanto a su interrelación con los mecanismos preferenciales anteriormente abordados, cabe decir que muchos de estos sistemas no prevén las controversias por anulación o menoscabo de ventajas sin infracción de normas, por lo que correspondería determinar si el sistema de solución de diferencias de la OMC podría conocer de estas controversias en concreto. Creemos que esta posibilidad está negada si explícitamente existe una renuncia a otras jurisdicciones que no sean las de los mecanismos preferenciales para conocer de las controversias que surjan con motivo de las normas preferenciales que coincidan con las de la OMC.

CONCLUSIONES

1. El mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio surge como el resultado de un proceso de adaptación institucional por el que han transitado los Estados de la Comunidad Internacional que originalmente suscribieron la Carta de La Habana en 1947.
2. El porqué del actual mecanismo es la generación de condiciones de predictibilidad en las relaciones comerciales entre Estados, de modo que haya seguridad jurídica en las condiciones de competencia en mercados externos bajo un concepto dinámico que amerita una pronta solución de las controversias.
3. La finalidad o *para qué* responde a la consecución de beneficios comunes para todos aquellos que participan en la coordinación de limitaciones a las políticas comerciales nacionales en forma unilateral.
4. El ESD recoge la costumbre internacional sobre los procedimientos ante el GATT, creándose una organización internacional y un órgano especializado encargado de administrar el ESD. Este mecanismo se ha organizado en tres fases secuenciales mas no excluyentes ni exclusivas: la fase política, la fase jurídica de recurso al OSD de la OMC y la fase de la vigilancia o cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD.
5. La fase política diplomática responde a una necesidad de obtener información y buscar teóricamente una solución

positiva de la controversia. Se puede emplear consultas u otros medios de solución de diferencias, como los buenos oficios, la mediación y la conciliación. Sin embargo, la utilización de estos últimos mecanismos no es exclusiva de esta primera fase. Las reglas de procedimiento permiten que las diferencias se solucionen paralelamente con el procedimiento ante el OSD a través de estos medios.

6. En la fase jurídica cabe señalar que el OSD es un ente político, conformado por representantes de los miembros de la OMC. No obstante el estudio de las reclamaciones que se hace ante él, es delegado a grupos especiales, que se conforman de manera *ad hoc* para cada caso en concreto, y al Órgano Permanente de Apelación en caso de que se cuestione la decisión del grupo especial. Se produce pues una duplicidad jurídico-política para la solución por un tercero.
7. El grupo especial emite un dictamen técnico que de por sí no es vinculante si no es aprobado por el OSD. En este sentido, si bien el ente *juzgador* es un ente político conformado por los representantes de los miembros de la OMC, por la delegación del examen al grupo especial, así como por la llamada regla del consenso negativo para la adopción de los informes, se ha minimizado el carácter político de la decisión para hacer exigible el cumplimiento de las disposiciones de la OMC.
8. El perfil jurídico del procedimiento legal se enfatiza con la posibilidad de recurrir al Órgano de Apelación de la OMC.
9. Las reglas de procedimiento permiten que únicamente los miembros de la OMC puedan recurrir al mecanismo de solución de diferencias. Esta solución no es óptima, si consideramos que, más allá de los miembros de la OMC, son los particulares o sus *nacionales* los que soportan los efec-

tos de la *anulación o menoscabo* o incumplimiento de los objetivos de los Acuerdos de la OMC por las posibles conductas oportunistas de otros miembros. Sin embargo, es al menos un avance que se pueda conseguir un mandato internacional que permita el retiro de medidas incompatibles con los acuerdos alcanzados y la compensación de ventajas ante medidas que modifiquen los términos comerciales inicialmente previstos, a pesar de que por regla general se reparen estos actos de manera prospectiva.

10. El procedimiento está estructurado en forma tal que permite un acercamiento entre las partes y los terceros interesados en las etapas iniciales de la diferencia. La realización de una primera audiencia permite que las partes y los terceros expongan sus posiciones y argumentos y que el grupo especial tenga intermediación con las partes e interesados en la diferencia, a pesar de que en la práctica exista una tendencia adversarial.
11. La segunda audiencia permite que las partes presenten contrargumentos a los argumentos planteados por las otras partes. Luego de lo cual el grupo especial deberá remitir los capítulos expositivos de su informe provisional a las partes de la diferencia para que den sus comentarios. Este acto es una muestra de la interrelación que se busca preservar y así lograr la focalización de la controversia a razones estrictamente objetivas, lo cual redundará en beneficio de la aceptación del informe y su posterior implementación.
12. Luego de la evaluación de los comentarios por el grupo especial, este traslada a las partes de la diferencia el informe provisional que, a diferencia de los capítulos expositivos, recoge las consideraciones y recomendaciones del grupo especial. La parte que se vea afectada por el informe del grupo especial podrá solicitar un nuevo examen del informe. En esta etapa de reexamen las partes deben

presentar las consideraciones en que sustentan el mismo, y pueden solicitar la realización de audiencias.

13. Concluida la etapa de reexamen, se distribuye el informe definitivo a los miembros de la OMC para que procedan a dar sus comentarios al respecto. Luego de ello se procede a someter a votación ante el OSD la aprobación o no del informe, a no ser que alguna de las partes recurra en apelación al informe.
14. Es de resaltar que los comentarios de las partes frente a las posibles decisiones de los grupos especiales permiten evitar el mal mayor de un cuestionamiento posterior, y otorgan mayor transparencia al procedimiento y a las expectativas de las partes sobre las diferencias.
15. La actuación ante el Órgano Permanente de Apelación debe basarse únicamente sobre cuestiones de derecho y no sobre cuestiones de hecho. El Órgano de Apelación emite un informe que es sometido, con el informe del grupo especial, al voto del OSD.
16. Las decisiones se adoptan por consenso negativo, lo cual significa que los informes usualmente se adoptan a no ser que exista consenso respecto a que no se debe aceptar su adopción.
17. Los acuerdos regionales de integración plantean problemas para la consecución de los objetivos de los acuerdos de la OMC, dado que en algunos casos recogen la normativa de la OMC y pueden causar un menoscabo al carácter multilateral de la solución de diferencias en la OMC. Sin embargo, también plantean beneficios como la posibilidad de un mayor acceso a los mecanismos de solución de diferencias por parte de los particulares.

18. El Órgano de Solución de Diferencias es el único mecanismo de solución de diferencias de espectro global que puede evaluar la compatibilidad de otros mecanismos comerciales de ámbito más restringido a la luz de sus disposiciones sustantivas.
19. En muchos mecanismos las únicas controversias sancionadas son aquellas que infringen normas. Esta situación permitiría aun que se recurra al sistema de solución de diferencias de la OMC por supuestos de anulación o menoscabo sin infracción de normas o por incumplimiento de los objetivos del GATT.
20. Sería aconsejable que los sistemas regionales notifiquen al OSD de los casos que están conociendo y asimismo se pueda comprometer a los Estados que conforman algún esquema de integración a responsabilizarse por las políticas que adopte una organización regional de integración.
21. El mecanismo de solución de diferencias representa un avance para la institucionalización de la legalidad en el sistema internacional. A su vez representa un avance para evitar las ineficiencias y los costos innecesarios que generan sobre los particulares las políticas unilaterales de los Estados.
22. Sin embargo, plantea deficiencias, mayormente en cuanto a los remedios comerciales para países en desarrollo que no cuentan con capacidad efectiva para utilizar la amenaza de retaliación frente a países desarrollados.
23. El sistema de la OMC cumple aún un papel integrador en aspectos que no son cubiertos por los mecanismos regionales. Sin embargo, es importante lograr alguna forma de comunicación entre los mecanismos regionales y el mecanismo multilateral, al menos para evitar problemas de duplicidad de competencias o de desconocimiento de

conductas oportunistas que pueden afectar a una magnitud mayor de Estados que formen parte de la OMC.

24. A pesar de todo, significa un adelanto en el camino de la integración de reglas comunes en materia comercial y sin dudas en la integración de las naciones separadas por diversas variables. Por lo tanto constituye un avance dentro de los objetivos de la comunidad internacional de sentar las bases institucionales de un orden económico mundial.

BIBLIOGRAFÍA

1. Tratados y manuales

BINMORE, K. *Teoría de Juegos*. Madrid: Mc Graw-Hill/Interamericana de España, 1994.

BRIERLY, J. L. *The Law of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1963.

BROWNLIE, James. *Principles of Public International Law*. 5.^a edición. Oxford: Clarendon Press, 1998.

BURCHILL, S., A. LINKLATER, R. DEVETAK, M. PATERSON y S. LINKATER. *Theories of International Relations*. Nueva York: St. Martins Press, 1996.

CARRILLO SALCEDO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1992.

COOTER R. y T. ULEN. *Derecho y Economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

DIXIT, A. K. y B. J. NALEBUFF. *Pensar estratégicamente*, Madrid: Bosch, 1991.

DUPUY, Pierre Marie. *Droit International Public*. París: Dalloz, 1993.

DUPUY, R. J. *Le Droit International*. París: Presses Universitaires de France, 1993.

FONTAINE, P. *Diez lecciones sobre Europa*. Bruselas: Comisión Europea, 1995.

HUDEC, R. E. *Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Modern GATT Legal System*. Salem: Butterworth Legal Publishers, 1993.

ISAAC, G. *Manual de Derecho Comunitario General*. Madrid: Editorial Ariel, 1995.

JACKSON, J.H. *The Jurisprudence of GATT and the WTO, Insights on Treaty Law and Economic Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

_____ *The World Trading System*. Cambridge: The MIT Press, 1998.

JENNING, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. 9.^a edición. Londres: Longman, vol. 1, 1996.

KENEN, P. B. *The International Economy*. 4.^a edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KEOHANE, R. O. *International Institutions and State Power*. Londres: Westview Press, 1989.

KRUGMAN, P. y M. OBSTFELD. *International Economics, Theory and Politics*. 5.^a edición. Reading (Mass.): Addison-Wesley, 2000.

KUILWIJK, K. J. *The European Court of Justice and the GATT Dilemma: Public Interest versus Individual Rights?* Beunigen: Nexed Editions Academic Publishers, 1996.

MERRILLS, J.G. *International Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

MONTAÑA Y MORA, M. *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

MORGENTHAU, H. *Política entre las naciones. La lucha por el poder y la paz*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986.

NGUYEN QUOC, Dihn, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. 5ª edición. París: LGDJ, 1994.

NEVES, J. y G. BOZA. *Derecho Laboral. Materiales de Enseñanza*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

NORTH, D. C. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

OLSON, M. *The Logic of Collective Action, Public goods and the theory of groups*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1998.

_____ *Power and Prosperity, outgrowing communism and capitalism dictatorship*. Nueva York: Basic Books, 2000.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1996.

PASTOR RIDRUEJO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

PÉREZ OTERMIN, J. *El Mercado Común del Sur: Desde Asunción a Ouro Preto*. Monterrico: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

PETERSMANN, E. U. *The GATT/WTO Dispute Settlement System, International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. La Haya: Kluwer Law, 1998.

PIÉROLA, Fernando. *Remand Authority for the Appellate Body of the World Trade Organization*. Tesis de Maestría en Derecho Internacional y Economía. Berna: World Trade Institute, 2001.

PUIG, J. C. *Doctrinas internacionales y autonomía latinoamericana*. Caracas: Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad Simón Bolívar, 1980.

REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

SALVATORE, D. *Economía Internacional*. México: Prentice Hall, 1995.

SORENSEN, M. *Manual de Derecho Internacional Público*. Londres: Mc Millan, 1968.

SWACKER, F, K. REDDEN y L.B. WENGER. *World trade without barriers. Comparative Dispute Resolution-Public and Private*. Charlottesville: Michie Butterworth, 1996.

THE NEW PALGRAVE: A DICTIONARY OF ECONOMICS. Londres: The Macmillan Press Limited, vol. 3, 1987.

2. Artículos

BELLO, J.H. «The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More». *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996.

CARMODY, C. «Beyond the Proposals: Public Participation in International Economic Law». *American University International Law Review*, vol. 15, 2000.

CASS, R. «Economics and International Law» *New York University Journal of International Law and Politics*. NYU Press, vol. 29, n.º 4, 1997.

CHARNOVITZ, S. «Participation of Nongovernmental Organization in the World Trade Organization». *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, n.º 1, 1996.

COTTIER, T. «Dispute settlement in the World Trade Organization: Characteristics and structural implications for the European Union». *Common Market Law Review*, Kluwer Law Review, n.º 35, 1998.

DAVEY, W. «Dispute Settlement in GATT». *Fordham International Law Journal*, vol. 11, n.º 1, 1987.

_____ «Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and Its Use of Issue-Avoidance Techniques». *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n.º 1, 2001.

FOOTER, M. «The Role of Consensus in GATT/WTO Decision-making». *Journal of International Business*, n.º 653, 1996.

GAFFNEY, J. «Due Process in the World Trade Organization: The need for procedural justice in the dispute settlement». *American University International Law Review*, vol. 14, n.º 4, 1999.

GANTZ, D. «Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties». *American University International Law Review*, vol. 14, 1999.

GARCÍA, F. «Decision Making and Dispute Resolution in the Free Trade Area of the Americas: An Essay in Trade Governance: An Essay on Governance». *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, n.º 357, 1997.

GOERTZ, G. y P. F. DIEHL. «Towards a theory of international norms». *Journal of the Peace Science Society (International)*, vol. 36, n.º 4, 1992.

HANSEN, P. «Transparency, Standards of Review and the Use of Trade Measures to Protect the Global Environment». *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, n.º 881.

HAINES-FERRARI, Marta. «MERCOSUR: Individual Access and the Dispute Settlement Mechanism». En: CAMERON, J. y K. Campbell (eds.). *Dispute resolution in the World Trade Organisation*. Londres: Cameron May, 1998.

HUDEC, R. E. «The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence». En: *Essays on the Nature of International Trade Law*. Londres: Cameron May, 1999.

INFANTE CAFFI, M. T. «La Solución Judicial de Controversias Internacionales entre Estados». *Revista de Derecho*, Lima: PUCP, n.º 41, 1987.

JACKSON, J. H. «Los Procedimientos de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio: Una evaluación preliminar». *Revista de Derecho Internacional Económico*, vol. 1, n.º 2, 1996.

_____ «The WTO dispute settlement understanding-misunderstandings on the nature of legal obligation». En: CAMERON, J. y K. Campbell (eds.). *Dispute resolution in the World Trade Organisation*. Londres: Cameron May, 1998.

LITTLE, S. «Preliminary Objections to Panel Requests and Terms of Reference, Panel and Appellate Body Rulings on the First Line of Defence in WTO Dispute Settlement Proceedings». *Journal of World Trade*, vol. 35, n.º 4, 2001.

MARCEAU, G. y P. PEDERSEN. «Is the WTO Open and Transparent?». *Journal of World Trade*, vol. 33, n.º 1, 1999.

PETERSMANN, E. U. «The WTO Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948». *Common Market Law Review*, n.º 31, 1994.

_____ «The transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement establishing the World Trade Organization». *European Journal of International Law*, vol. 6, n.º 2, 1995.

_____ «How to promote the international rule of law? Contributions by the WTO Appellate Review System». En: CAMERON, J. y K. Campbell (eds.). *Dispute resolution in the World Trade Organisation*. Londres: Cameron May, 1998.

_____ «From the Hobbesian international law of coexistence to modern integration law: The WTO dispute settlement system». *Journal of International Economic Law*, vol. 1, n.º 1, 1998.

RUIZ FABRI, H. «Appel et règlement des différends». *Revue Générale de Droit International Public*, 1999.

SACERDOTI, G. «Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review». En: PETERSMANN, E.U. (ed.). *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, Studies in Transnational Economic Law*. Kluwer Law International, vol. 11, 1997.

VAN DER BORGHT, K. «The review of the WTO understanding on dispute settlement: Some reflections on the current debate». *American University International Law Review*, vol. 14, 1999.

YARBROUGH, B. V. y R. M. Yarbrough. «Free Trade, Hegemony, and the Theory of Agency». *Kyklos*, vol. 38, 1985.

_____ «Institutions for Governance of Opportunism in International Trade». *Journal of Law, Economics, and Organization*, Yale University, vol. 3, n.º1, 1987.

3. Documentos y Referencias legales

Textos legales de la OMC

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT 1947).
- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT 1994).
- Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.
- Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.
- Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (*Acuerdo Antidumping*).
- Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

Informes de grupos especiales GATT/OMC, del Órgano de Apelación y de Arbitrajes

Grupos especiales

GATT

- Informes del grupo especial del GATT, *Beneficios Familiares Belgas*, G/32 - 1S/59, adoptado el 7 de noviembre de 1952.

- Informe del grupo especial del GATT, *Legislación Tributaria de los Estados Unidos (DISC)*, L/4422-23S/98, presentado al Consejo de Representantes el 12 de noviembre de 1976 (no adoptado).

OMC

OMC. *Guía de normas y usos del GATT, Índice Analítico*, OMC, 1995.

OMC. *Con el comercio hacia el futuro: OMC, la Organización Mundial del Comercio*. División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación de la OMC, 1998.

OMC. *El Regionalismo y el Sistema Mundial del Comercio*, OMC, 1995.

- Informe del grupo especial *Estados Unidos-Imposición de derechos antidumping a los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) de un megabit como mínimo procedentes de Corea (Estados Unidos-Memorias DRAM)*, WT/DS99/R, del 29 de enero de 1999.
- Informe del grupo especial *Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS75/R y WT/DS84/R, del 17 de setiembre de 1998.
- Informe del grupo especial *Brasil-Aeronaves civiles*, WT/DS46/R, del 14 de abril de 1999.
- Informe del grupo especial *Canadá-Medidas que afectan la exportación de leche y productos lácteos*, WT/DS103/R, del 17 de mayo de 1999.
- Informe del grupo especial *Argentina-Medidas de salvaguardias impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/R, del 25 de junio de 1999.

- Informe del grupo especial en el asunto *Japón-Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo (Japón-Películas)*, WT/DS44/R, del 22 de abril de 1998.
- Informe del grupo especial e informe del Órgano de Apelación *Australia-Salmón*, WT/DS/18/R y WT/DS/18/AB/R, del 6 de noviembre de 1998.
- Informe del grupo especial *Australia-Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles (Australia-Subvenciones al cuero de automóviles)*, WT/DS126/R, 25 de mayo de 1999.
- Informe del grupo especial *India-Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales*, WT/DS90/R, 6 de abril de 1999.

Órgano de Apelación

- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos-Gasolina)*, WT/DS2/R/AB, adoptado el 20 de mayo de 1996.
- Informe del Órgano de Apelación, *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996.
- Informe del Órgano de Apelación, *Brasil-Medidas que afectan el coco desecado*, WT/DS22/AB/R adoptado el 20 de marzo de 1997.
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*. WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997.

- Informe del Órgano de Apelación, *Canadá-Determinadas medidas que afectan las publicaciones (Canadá-Publicaciones)*, WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997.
- Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (CE-Bananas)*, adoptado el 25 de setiembre de 1997, WT/DS27/R.
- Informe del Órgano de Apelación, *India-Protección mediante patentes de los productos farmacéuticos y de los productos químicos para la agricultura (India-Patentes)*, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de Junio de 1998.
- Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Medidas que Afectan la Importación de Determinados Productos Avícolas (Comunidades Europeas-Productos avícolas)*, WT/DS69/AB/R, adoptado el 23 de julio de 1998.
- Informe del Órgano de Apelación, *Australia-Medidas que afectan la importación de salmón (Australia-Salmón)*, WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.
- Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala-Investigación antidumping sobre el cemento portland procedente de México (Guatemala-Cemento portland)*, WT/DS60/R/AB, adoptado el 25 de noviembre de 1998.
- Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan la importación de carne y productos cárnicos (CE-Hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998.

- Informe del Órgano de Apelación, *Japón-Medidas que afectan los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999.
- Informe del Órgano de Apelación, *Brasil-Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (Brasil-Aeronaves)*, WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999.
- Informe del Órgano de Apelación, *Turquía-Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, WT/DS34/AB/R, adoptado el 19 de noviembre de 1999.
- Informe del Órgano de Apelación, *Corea-Medida de Salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos (Corea-Productos lácteos)*, WT/DS98/AB/R, 12 de enero de 2000.
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero»*, WT/DS108/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 2000.
- Informe del Órgano de Apelación, *Canadá-Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles, recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (Brasil-Aeronaves, párrafo 5 del artículo 21)*, WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000.
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Ley Anti-dumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de setiembre de 2000.
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas (Estados Unidos-Gluten de trigo)*, WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001.

- Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan el amianto y los productos que contienen amianto (CE-Amianto)*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001.
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedente de Nueva Zelandia y Australia (Estados Unidos-Carne de cordero)*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2001.
- Informe del Órgano de Apelación, *México-Investigación anti-dumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (México-Jarabe de maíz, párrafo 5 del artículo 21)*, WT/DS132/AB/RW, adoptado el 23 de noviembre de 2001.
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia de transición aplicadas a los hilados peinados procedentes de Pakistán*, WT/DS192/AB/R, adoptado el 5 de noviembre de 2000.

Arbitraje

- Decisión del árbitro *CE-Hormonas*. Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, WT/DS26/15 y WT/DS48/13, del 29 de mayo de 1998.
- Decisión del árbitro *Australia-Salmón*. Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. WT/DS18/9, del 23 de febrero de 1999.

Otros documentos de la OMC

Comunicación del Ecuador *CE-Bananas, recurso al párrafo 7 del artículo 22 por el Ecuador*, WT/DS27/54 del 8 de mayo del 2000.

Status de las diferencias comerciales:

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm#2002.

Legislación internacional de otros sistemas de solución de diferencias

Comunidad Andina

- Acta de Trujillo y el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscritos el 10 de marzo de 1996.
- Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, modificado por el Protocolo de Cochabamba
- Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena de 1997)-Protocolo de Sucre, suscrito el 25 de junio de 1997.
- Comisión del Acuerdo de Cartagena. «Notificación y participación del Grupo Andino en el marco de la Organización Mundial del Comercio». Documento de Trabajo. Caracas: Junta del Acuerdo de Cartagena, 28 de junio de 1996, COM/LXVIII/di1.
- Decisión 378 sobre Valoración Aduanera
- Decisión 456-Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de *dumping* en importaciones de productos originarios de países miembros de la Comunidad Andina.

TLCAN

Tratado de Libre Comercio de América del Norte

MERCOSUR

Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias.

ALADI

- Tratado de Montevideo que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), suscrito el 12 de agosto de 1980.
- Resolución n.º 114 del Comité de Representantes ante ALADI-Procedimiento destinado a preservar el cumplimiento de los compromisos contraídos en los Acuerdos concertados por los países miembros y en las Resoluciones dictadas por la Asociación, adoptada el 22 de marzo de 1990.

ALCA

Borrador de Acuerdo del ALCA, FTAA.TNC/w/133/Rev.1, 3 de julio de 2001.

Otros instrumentos:

Tratado de libre comercio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Chile.

Este libro se terminó de
imprimir en el mes de noviembre
de 2002 en los talleres gráficos de
Editorial e Imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 16521), Gral. Varela 1577,
Lima 5, Perú.

ÚLTIMAS PUBLICACIONES
DEL FONDO EDITORIAL Y DEL IDEI

Derecho del Mar. Análisis de la Convención de 1982

Coordinadora: Sandra Namihas

FABIÁN NOVAK,
ALFONSO ARIAS-SCHREIDER,
FERNANDO PARDO, MARISELA SILVA,
JORGE VILLALOBOS, ELVIRA MÉNDEZ,
PATRICIO RUBIO, EDUARDO FERRERO,
TULLIO SCOVAZZI

Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción

FELIPE VILLAVICENCIO

La Corte Penal Internacional y las Medidas para su implementación en el Perú

Coordinadora: Elizabeth Salmón

LUIS BRAMONT-ARIAS, CARLOS CARO,
MARÍA DEL CARMEN GARCÍA,
MARÍA DEL CARMEN MÁRQUEZ,
FABIÁN NOVAK, FERNANDO PARDO,
ELIZABETH SALMÓN, CÉSAR SAN MARTÍN,
FELIPE VILLAVICENCIO

**Serie Política Exterior Peruana:
Las Relaciones entre el Perú y España (1821-2000)**

FABIÁN NOVAK

Derecho Internacional de los Refugiados

Editora: Sandra Namihas

EDUARDO ARBOLEDA, JOSE H. FISCHER
DE ANDRADE, FRANCISCO GALINDO
VÉLEZ, PATRICIO RUBIO CORREA,
JAIME RUIZ DE SANTIAGO

**Derecho Internacional Público. Tomo II.
Vol. I. Sujetos de Derecho Internacional**

FABIÁN NOVAK
y LUIS GARCÍA-CORROCHANO