



Sustento del uso justo
de Materiales Protegidos
derechos de autor para
fines educativos



UCI

Universidad para la
Cooperación Internacional

UCI
Sustento del uso justo de materiales protegidos por
derechos de autor para fines educativos

El siguiente material ha sido reproducido, con fines estrictamente didácticos e ilustrativos de los temas en cuestión, se utilizan en el campus virtual de la Universidad para la Cooperación Internacional – UCI – para ser usados exclusivamente para la función docente y el estudio privado de los estudiantes pertenecientes a los programas académicos.

La UCI desea dejar constancia de su estricto respeto a las legislaciones relacionadas con la propiedad intelectual. Todo material digital disponible para un curso y sus estudiantes tiene fines educativos y de investigación. No media en el uso de estos materiales fines de lucro, se entiende como casos especiales para fines educativos a distancia y en lugares donde no atenta contra la normal explotación de la obra y no afecta los intereses legítimos de ningún actor.

La UCI hace un USO JUSTO del material, sustentado en las excepciones a las leyes de derechos de autor establecidas en las siguientes normativas:

a- Legislación costarricense: Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, No.6683 de 14 de octubre de 1982 - artículo 73, la Ley sobre Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, No. 8039 – artículo 58, permiten el copiado parcial de obras para la ilustración educativa.

b- Legislación Mexicana; Ley Federal de Derechos de Autor; artículo 147.

c- Legislación de Estados Unidos de América: En referencia al uso justo, menciona: "está consagrado en el artículo 106 de la ley de derecho de autor de los Estados Unidos (U.S, Copyright - Act) y establece un uso libre y gratuito de las obras para fines de crítica, comentarios y noticias, reportajes y docencia (lo que incluye la realización de copias para su uso en clase)."

d- Legislación Canadiense: Ley de derechos de autor C-11– Referidos a Excepciones para Educación a Distancia.

e- OMPI: En el marco de la legislación internacional, según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual lo previsto por los tratados internacionales sobre esta materia. El artículo 10(2) del Convenio de Berna, permite a los países miembros establecer limitaciones o excepciones respecto a la posibilidad de utilizar lícitamente las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales.

Además y por indicación de la UCI, los estudiantes del campus virtual tienen el deber de cumplir con lo que establezca la legislación correspondiente en materia de derechos de autor, en su país de residencia.

Finalmente, reiteramos que en UCI no lucramos con las obras de terceros, somos estrictos con respecto al plagio, y no restringimos de ninguna manera el que nuestros estudiantes, académicos e investigadores accedan comercialmente o adquieran los documentos disponibles en el mercado editorial, sea directamente los documentos, o por medio de bases de datos científicas, pagando ellos mismos los costos asociados a dichos accesos.



**Solución
de Controversias
Comerciales
Inter-Gubernamentales:**

**Enfoques
Multilaterales
y Regionales**



Banco Interamericano de Desarrollo
Departamento de Integración
y Programas Regionales


ITD

División Integración,
Comercio
y Asuntos Hemisféricos

Iucat

Instituto para
la Integración de América
Latina y el Caribe

**Editores:
Julio Lacarte
Jaime Granados**



**Solución
de Controversias
Comerciales
Inter-Gubernamentales:**

**Enfoques
Multilaterales
y Regionales**

**Editores:
Julio Lacarte
Jaime Granados**



ITD

Banco Interamericano de Desarrollo
Departamento de Integración y Programas Regionales

Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe BID - INTAL
Esmeralda 130, pisos 16 y 17 (C1035ABD) Buenos Aires, Argentina -
<http://www.iadb.org/intal>

División de Integración, Comercio y Asuntos Hemisféricos
1300 New York Avenue, NW. Washington, D.C. 20577 Estados Unidos
<http://www.iadb.org/int>

*Las opiniones expresadas pertenecen a los autores y no necesariamente reflejan
la posición oficial del BID y/o INTAL-ITD, o de sus países miembros.*

Impreso en Argentina

Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe
Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales
1ª ed. - Buenos Aires: BID-INTAL, 2004.
00 p.; 28 x 21 cm.

ISBN 950-738-203-8

1. Economía Internacional. I. Título
CDD 338.91

US\$ 15.00

Edición:
Susana Filippa

PRÓLOGO

ENRIQUE V. IGLESIAS

PRESIDENTE EJECUTIVO

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO

Uno de los elementos esenciales para el éxito de la integración comercial internacional radica en que los países miembros de esa integración puedan contar con mecanismos institucionales que le den un respaldo adecuado a los acuerdos suscritos. Entre esos mecanismos, los sistemas de solución de controversias adecuados son quizás los más importantes.

El Banco Interamericano de Desarrollo, a través de la Iniciativa Especial sobre Comercio e Integración del Departamento de Integración y Programas Regionales, desea promover con esta publicación y con la conferencia que le precedió, el análisis cuidadoso de una serie de temas relevantes para los diferentes mecanismos multilaterales y regionales de solución de controversias comerciales. El Banco está convencido de la importancia de estos temas como garantes de la efectividad de los procesos de integración económica de los países de América Latina y el Caribe entre sí y con el resto de mundo.

A través de esta publicación, el Banco quiere difundir un mayor entendimiento de las muy variadas facetas de los mecanismos de solución de controversias en el comercio internacional, incluyendo sus implicaciones sobre las negociaciones comerciales y, en general, sobre las relaciones económicas internacionales. Dada la calidad de los análisis de quienes escriben estos ensayos, nos abriga la seguridad de que este volumen ayudará al análisis minucioso y comprensión de estos temas tan complejos y de tanta actualidad.

AGRADECIMIENTOS

JULIO LACARTE Y JAIME GRANADOS

Ni este libro ni la conferencia que le antecedió, celebrada en Montevideo, pudieron haber sido posibles sin el esfuerzo y colaboración de muchas personas.

Agradecemos al Dr. Jorge Batlle Ibáñez, Presidente de la República Oriental del Uruguay por habernos honrado con su presencia en la inauguración y en la sesión matutina del primer día de la conferencia. Al Dr. Didier Opertti, Ministro de Relaciones Exteriores de ese país, no solo por habernos acompañado en la ceremonia de clausura de la conferencia sino por habernos brindado su opinión sobre el recién aprobado Protocolo de Olivos. Fue tan valiosa su intervención que hemos decidido incorporarla como un Capítulo más en este libro.

Queremos agradecer a Nohra Rey de Marulanda y a Robert Devlin, Gerente y Subgerente respectivamente del Departamento de Integración y Programas Regionales y a Peter Kalil, Jefe de la División de Comercio, Integración y Asuntos Hemisféricos, todos del Banco Interamericano de Desarrollo, por su apoyo a la conferencia internacional que antecedió a este libro y a la publicación del mismo, tanto en idioma inglés como en español, con el financiamiento de la Iniciativa Especial para Comercio e Integración. En el Banco también agradecemos el apoyo brindado por Pablo Pezzimenti, Silvia Leal y Jorge Seleme.

Agradecemos profusamente a la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay, en particular a su anterior presidente Horacio Castells, a James Whitelaw del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR –también basado en la Cámara-, a Claudio Piacenza, Alicia Pola, Laura Gomensoro, Mabel Calvo y a todas las demás personas de la Cámara que de una u otra forma se involucraron activamente en la preparación y celebración de tan exitosa conferencia.

Nuestro caluroso saludo va también para quienes participaron con sus ponencias o sus comentarios en la conferencia, así como a aquellos que, sin haber estado en Montevideo con nosotros, contribuyeron con los valiosos documentos que presentamos en este libro. Agradecemos a Valerie Hughes, Debra Steger, Steve Charnovitz y Ernst-Ulrich Petersmann por sus consejos sobre la conferencia y/o sobre esta publicación.

También queremos reconocer el esfuerzo de las señoras Sarah Wilson y Vivian López por sus eficientes servicios de traducción, así como la asistencia de Lesley Cassar en la revisión final del manuscrito. Finalmente, agradecemos profundamente al personal del Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL) por su apoyo en la edición y publicación de estos materiales.

Para nosotros ha sido un placer trabajar con todos ustedes.

TABLA DE CONTENIDOS

Prólogo

Agradecimientos

Siglas y acrónimos

i

Introducción General

1

Julio Lacarte y Jaime Granados

/ La Perspectiva Global

- | | | |
|---|--|----|
| 1 | Estudio Comparativo de los Mecanismos de Solución de Diferencias del GATT y de la OMC: ¿Qué se Logró en la Ronda Uruguay? | 13 |
| | <i>Julio Lacarte y Fernando Piérola</i> | |
| 2 | ¿Adónde va la OMC? Reflexiones sobre los Desafíos que Enfrentará en el Futuro el Sistema Multilateral de Comercio | 33 |
| | <i>Rufus Yerxa</i> | |
| 3 | La Dinámica Externa del Entendimiento sobre Solución de Diferencias: Un Primer Análisis Acerca de su Incidencia sobre las Relaciones y Negociaciones Comerciales | 41 |
| | <i>John Weekes</i> | |

4	El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC: Una Experiencia Exitosa <i>Valerie Hughes</i>	61
5	Dejar que Entre el Sol: Una Opinión sobre el Examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias <i>James Bacchus</i>	88
6	Últimas Novedades y Trabajos Académicos sobre los Recursos para el Cumplimiento de las Normas de la OMC <i>Steve Charnovitz</i>	95
7	El Sistema de Solución de Diferencias de la OMPI: El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI <i>Carlos Fernández Ballesteros</i>	107
8	Mesa Redonda: Perspectivas para la Ronda Doha de la OMC y su Repercusión sobre la Solución de Controversias	129
// MECANISMOS REGIONALES Y SUBREGIONALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS		
9	Nuevas Perspectivas para la Solución de Controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) <i>Juan Rojas Penso</i>	133
10	Régimen de Solución de Controversias en el MERCOSUR <i>James Whitelaw</i>	139
11	El Nuevo Mecanismo de Solución de Controversias del MERCOSUR <i>Didier Opertti</i>	149
12	La Solución de Controversias en el Derecho Comunitario Andino <i>Ricardo Vigil Toledo</i>	159
13	Solución de Diferencias Comerciales entre Estados: La Experiencia de los Países Centroamericanos <i>Roberto Echandi</i>	173

14	Mesa Redonda: La Efectividad de los Mecanismos de Solución de Controversias en América Latina	185
15	15. La Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) <i>Debra Steger</i>	187
16	Mesa Redonda: Virtudes y Debilidades del Sistema de Solución de Controversias del TLCAN	203
17	El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas <i>Kurt Riechenberg</i>	205
18	Mesa Redonda: Diferencias en Materia de Solución de Controversias entre Europa y las Américas	213
/// ORIENTACIONES Y TENDENCIAS		
19	Una Aproximación a Nuevas Tendencias en los Mecanismos de Solución de Controversias de Acuerdos Comerciales Preferenciales <i>Félix Peña</i>	217
20	El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA): Un Sistema de Solución de Controversias Incierto en una Era Colmada de Incertidumbres <i>Luiz Olavo Baptista</i>	231
21	Tratamiento de las Asimetrías en Tamaño y Desarrollo en los Acuerdos Comerciales Internacionales: Algunas Sugerencias para la Solución de Controversias en los Acuerdos Norte-Sur <i>Jaime Granados y Ann Casanova</i>	239
22	Mesa Redonda: ¿Satisfacen las Actuales Propuestas de Procedimientos para Solución de Controversias en el ALCA las Necesidades de los Países Participantes?	269
23	La Proliferación y Fragmentación de los Mecanismos de Solución de Controversias en el Comercio Internacional: Los Procedimientos de Solución de Diferencias de la OMC y los Mecanismos de Solución Alternativa de Controversias <i>Ernst-Ulrich Petersmann</i>	273

24	Mesa Redonda: ¿Puede y Debe Evitarse la Proliferación de Mecanismos Sobre Solución de Controversias?.	319
25	Arbitrajes: La Participación de los Estados en Controversias Internacionales con Inversionistas Extranjeros. <i>Jan Paulsson</i>	323
IV IV. CUESTIONES PRÁCTICAS DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS		
26	El Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC <i>Leo Palma</i>	343
27	Mesa Redonda: Discusión sobre Servicios de Solución de Controversias Proporcionados a Gobiernos por Varias Organizaciones Internacionales	355
28	El Proteccionismo Agrícola y las Negociaciones Multilaterales en la OMC <i>Carlos Pérez del Castillo</i>	357
29	El Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC en Perspectiva ¿Cómo Hacer Frente a los Subsidios a la Agricultura que Distorsionan el Comercio? <i>Marcos Jank, Leandro Araújo y José Díaz</i>	369
30	Mesa Redonda: Perspectivas para la Solución de Controversias en la OMC sobre Cuestiones Agrícolas	393
	Conclusiones Generales. Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales: Enfoques y Negociaciones Multilaterales y Regionales <i>Julio Lacarte y Jaime Granados</i>	397
	Autores	407

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

AARU	Acuerdo sobre la Agricultura de la Ronda Uruguay
ABARE	Oficina de Economía Agropecuaria y de los Recursos Naturales de Australia
ACP	Acuerdos Comerciales Preferenciales
ACWL	Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC
ADPIC	Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio
ADR	Resolución Alternativa de Controversias (<i>Alternative Dispute Resolution</i>)
AEC	Arancel Externo Común
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
AMI	Acuerdo Multilateral de Inversiones
AMUMA	Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente
AWP	Precio Mundial Ajustado (<i>Adjusted World Price</i>)
BIRPI	Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (<i>Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle</i>)
CCI	Cámara de Comercio Internacional

CCP	Pagos Anticíclicos (<i>Counter-Cyclical Payments</i>)
ccTLD	Nombres de Dominio de Nivel Superior correspondientes a códigos de países
CDI	Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDEAO	Comunidad Económica de los Estados del África Occidental
CEDH	Convenio Europeo sobre Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CEG	Ganancias por Intercambio de Certificados (<i>Certificate Exchange Gains</i>)
CEI	Comunidad de Estados Independientes
CFP	Contrato de Flexibilidad en la Producción
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIE	Comité de Impugnación Extraordinaria
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CJC	Corte Centroamericana de Justicia
CLC	Comisión de Libre Comercio
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COMESA	Mercado Común del África Oriental y Austral
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CSP	Pagos a los Productores de Semillas de Algodón (<i>Cotton Seed Payments</i>)
ECJ	Tribunal de Justicia Europeo (<i>European Court of Justice</i>)
EIE	Exclusión de los Ingresos Extraterritoriales
ESD	Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC
EVE	Empresas de Ventas en el Extranjero
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FIRA	Agencia para el Examen de la Inversión Extranjera del Canadá

GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GCI	Indemnización a la industria algodonera de Georgia (<i>Georgia Cotton Indemnity</i>)
GMC	Grupo Mercado Común
gTLD	nombres de dominio genéricos de nivel superior
ICANN	Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet
IED	Inversión Extranjera Directa
IIPA	Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual (<i>International Intellectual Property Alliance</i>)
IIRSA	Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional de Suramérica
LDP	Pagos por Deficiencia de Préstamos (<i>Loan Deficiency Payments</i>)
MAAN	Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado
MAL	Préstamos de Asistencia para la Comercialización (<i>Marketing Assistance Loans</i>)
MCCA	Mercado Común Centroamericano
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MGA	Medida Global de Ayuda
MIC	Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
MLA	Pagos de Asistencia por Pérdidas en el Mercado (<i>Market Loss Assistance</i>)
MLG	Ganancia de Préstamos de Comercialización (<i>Marketing Loan Gain</i>)
MSCCA	Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales de Centroamérica
NMF	Nación Más Favorecida
OECD	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico
OGM	Organismos Genéticamente Modificados
OIC	Organización Internacional del Comercio
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de Propiedad Intelectual
ONG	Organización No Gubernamental
OSD	Órgano de Solución de Diferencias

PCT	Tratado de Cooperación en materia de Patentes
PMA	Países Menos Adelantados
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
SGP	Sistema Generalizado de Preferencias
SMC	Subvenciones y Medidas Compensatorias
TBI	Tratado Bilateral de Inversiones
TED	Trato Especial y Diferenciado
TIDM	Tribunal Internacional del Derecho del Mar
TJCA	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TPR	Tribunal Permanente de Revisión
UDRP	La Política Uniforme de Resolución de Controversias de Nombre de Dominio (<i>Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy</i>)
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UMP	Pago por Comercialización del Usuario (<i>User Marketing Payment</i>)
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNCTC	Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
USTR	Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos
WCT	Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor
WPPT	Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas

INTRODUCCIÓN GENERAL

JULIO LACARTE Y JAIME GRANADOS

El fenómeno de la inserción de los países en la economía internacional se ha hecho visible -entre otras maneras de manifestarse- por la proliferación de acuerdos de integración comercial y económica suscritos entre muchos países en los últimos años. Estos acuerdos tienen muy diferente morfología y varían desde los múltiples acuerdos de libre comercio bilaterales -de cuyas negociaciones nos informan los periódicos diariamente- hasta las negociaciones multilaterales auspiciadas por la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Una tendencia que se percibe en estos acuerdos es la inclusión de mecanismos de solución de controversias como estrategia para resolver las diferencias que se presentan en la aplicación de los acuerdos así como para reforzar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas. El mundo de los mecanismos de solución de controversias es complejo y dinámico. Por un lado, aún cuando se pueden observar amplias tendencias, cada mecanismo en cada acuerdo de integración es un microcosmos. Por otro, un acuerdo comercial puede tener más de un mecanismo. Al realizar un inventario de toda esa gama de enfoques y matices que ofrecen tal cantidad de mecanismos, podemos observar que estamos frente a una materia cuyo análisis es difícil por sus múltiples implicaciones y ramificaciones de todo orden.

El objetivo de este libro es colaborar en el entendimiento de una gran cantidad de elementos importantes en muchos de estos mecanismos. El alcance del libro permitirá al lector entrar en contacto con una variedad muy amplia de temas: desde el sistema de solución de controversias de la OMC hasta las últimas innovaciones en los acuerdos bilaterales de libre comercio suscritos entre los países del Hemisferio Occidental y entre éstos y algunos socios comerciales en Asia, pasando -por supuesto- por los mecanismos de las uniones aduaneras en ese Hemisferio y hasta el Tribunal Europeo de Justicia. Igualmente, se exploran cuestiones de naturaleza horizontal como la problemática mundial relacionada con la proliferación y fragmentación de los sistemas de solución de controversias, la selección de foro (*forum-shopping*), el reconocimiento de la especial situación de los países en desarrollo en los litigios comerciales y en las negociaciones de los mecanismos de solución de controversias, el avance de las negociaciones multilaterales de la Agenda de Desarrollo de Doha y el impacto de los litigios agrícolas recientes sobre esas negociaciones, así como cuestiones sectoriales como los mecanismos especiales disponibles en materia de propiedad intelectual o de inversión.

La gran mayoría de las contribuciones en este libro fueron ponencias presentadas en el contexto de la Conferencia sobre Solución de Controversias en el Comercio Internacional organizada por los editores, que se celebró en Montevideo, Uruguay, los días 15 y 16 de abril de 2004. Algunas pocas contribuciones fueron solicitadas a

sus autores para redondear mejor los contenidos de esta publicación. Los autores, en todo caso, son personas de reconocida capacidad y trayectoria internacional en los respectivos temas. La Conferencia fue ocasión también para celebrar mesas redondas en torno a los temas propuestos por los ponentes. Dada la calidad de esos intercambios, este libro incluye también resúmenes de las discusiones sostenidas en esas mesas redondas. Estos resúmenes se encuentran intercalados entre los diferentes Capítulos del libro.

El énfasis del libro se encuentra claramente en los mecanismos de solución de controversias Estado-Estado. Sin embargo, algunos de los Capítulos se dedican total o parcialmente a los canales disponibles para el sector privado para la solución de sus problemas, así como a las complejas relaciones entre esos canales y los canales estatales.

Este libro está dirigido hacia una audiencia variada. En primer lugar, los artículos aquí incluidos tienen especial relevancia para el funcionario público involucrado en los procesos de formulación de política comercial, de negociaciones y de litigio comercial internacional. En segundo lugar, la lectura de este libro le resultará interesante al sector privado, entendiendo como tal a ese conjunto de actores que realizan los negocios internacionales: productores, comerciantes e inversionistas, tanto en materia de bienes como de servicios y de propiedad intelectual, y la amplia gama de asesores que prestan sus servicios al sector privado: cámaras, gremios, asociaciones, abogados practicantes, economistas, etc. En tercer lugar, aún cuando este libro no fue concebido originalmente con un propósito académico, la actualidad de todos los temas, la información brindada y la agudeza de los análisis aquí vertidos hace que la academia se beneficie también de su lectura. En ese sentido, el libro también puede resultar relevante para propósitos de capacitación de especialistas en temas de comercio internacional, ya sea que se enfoquen hacia la política pública o hacia al el aspecto transaccional privado. En cuarto lugar, el libro es valioso para el público en general que quiere entender un aspecto esencial de las relaciones comerciales internacionales. La sociedad civil, como parte de ese público, pasa por un momento de asombro e inquietud ante todos los acontecimientos que trae consigo la globalización. Este libro busca arrojar luz sobre muchos de los temas que normalmente se perciben como arcanos con el propósito de diseminar mejor su entendimiento, comprender sus desafíos y contribuir a la construcción de soluciones adecuadas.

EL ENFOQUE GLOBAL

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es el principal punto de referencia en materia de solución de controversias comerciales internacionales. De ahí que es menester iniciar ordenadamente con los análisis referidos a ese mecanismo. Este libro dedica su Parte I a los sistemas globales para la solución de controversias, fundamentalmente el de la OMC, aunque también se incluye un análisis de algunos sistemas especializados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI).

El período previo a la conclusión de la Ronda Uruguay (1947-1993) demostró las bondades y falencias del mecanismo de solución de controversias forjado a través de los años bajo los auspicios del GATT. El Capítulo I de Julio Lacarte y Fernando Piérola pone el mecanismo del sistema multilateral de comercio en perspectiva histórica y describe el tortuoso camino por el que debió transitar el sistema actual codificado fundamentalmente en el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC negociado durante la Ronda Uruguay. Al contrastar ambas experiencias, el lector puede apreciar claramente la envergadura de los acontecimientos y la importancia de los cambios sustanciales introducidos en el sistema. Entre estos, llama poderosamente la atención la facilidad diseñada en el sistema para la aprobación cuasi-automática de las decisiones finales, lo cual en el pasado implicaba quizás la debilidad más importante del sistema. Igualmente, la creación del Órgano de Apelación implica un momento cumbre en el sistema multilateral de comercio al reconocer la necesidad de un órgano que garantice la consistencia y coherencia de las decisiones arbitrales. La filosofía legal y política que alimenta estas innovaciones denota una mayor madurez de las relaciones comerciales en el mundo. Las reflexiones expresadas en este Capítulo abren la puerta para el análisis de otros potenciales problemas, a saber, la proliferación de acuerdos regionales y subregionales que, a su vez, genera una proliferación de mecanismos de solución de controversias con los consabidos fenómenos de selección de foros, de conflictos de normas y la amenaza de una fragmentación de los sistemas de solución de controversias. Este libro abordará esos temas en otros Capítulos más adelante.

Rufus Yerxa, Sudirector General de la OMC, nos brinda en el Capítulo 2 una visión sobre los desafíos por los que atraviesa actualmente la Agenda de Desarrollo de Doha, es decir, la novena ronda de negociaciones comerciales multilaterales. Yerxa señala cómo los temas agrícolas, acceso a mercados, servicios, antidumping y el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo vuelven a acaparar la atención del mundo y nos brinda un panorama de las consecuencias del fracaso o del éxito que puedan tener las negociaciones. El desarrollo de esta Agenda es esencial para el progreso que se pueda hacer en materia de solución de controversias. Si bien la revisión del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC no está formalmente vinculado al “todo único” prescrito por los ministros en Doha, es difícil ver avances en este frente si la Agenda como un todo no progresa.

Las controversias comerciales tienen un impacto sobre el ritmo de las negociaciones y esa relación corta en ambas direcciones. El Capítulo 3 de John Weekes, entre otros, es claro al respecto. El análisis de Weekes, diplomático comercial de larga data y ex Embajador de Canadá ante la OMC, señala que las negociaciones, la solución de controversias y el manejo de las relaciones comerciales constituyen una tríada de elementos que se deben calibrar cuidadosamente para obtener beneficios comerciales específicos. Weekes percibe que ha hecho falta, tanto a nivel de formulación de política, de negociación y de análisis académico, esa coordinación estrecha de los temas. Este Capítulo pone sobre la mesa una serie de ideas y ejemplos que demuestran la importancia -y los eventuales réditos- de establecer esos ligámenes. En forma muy perceptiva, este Capítulo señala, por ejemplo, que las negociaciones pueden facilitar los resultados en materia de solución de controversias por cuanto la implementación de las negociaciones puede ser utilizada como ocasión para implementar también enmiendas necesarias para satisfacer el cumplimiento de obligaciones en los términos señalados por un panel arbitral, porque es más fácil obtener aprobación política -cuando se perdió un panel- en el contexto de la aprobación de un paquete más amplio donde también hay ganancias.

El Capítulo 4 de Valerie Hughes, actual Directora de la Secretaría del Órgano de Apelación de la OMC, nos narra la experiencia en la aplicación del nuevo mecanismo de solución de controversias de la OMC desde su entrada en vigor en 1994. Este Capítulo constituye una excelente síntesis del mecanismo de la OMC, de su experiencia práctica y de los principales problemas que lo aquejan. En términos generales, Hughes describe esta experiencia como una historia de éxito. Si bien se reconoce la necesidad de introducirle ciertos ajustes, el récord es uno de satisfacción para los usuarios y, en el contexto de la revisión del mecanismo que se efectúa actualmente, no se oyen voces que reclaman por una revisión estructural del mismo.

De seguido, James Bacchus, ex Presidente del Órgano de Apelación de la OMC, ofrece una excelente contribución en el Capítulo 5 sobre precisamente los temas que requieren revisión urgente en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. En particular, el autor argumenta que el sistema debe ser más transparente a través de la apertura al público de algunas de las etapas del procedimiento y mediante la codificación de la práctica actual de aceptar comunicados *amicus curiae*. También argumenta Bacchus que es importante mejorar el entendimiento de ciertas reglas claves del sistema incluyendo, por ejemplo, las referidas a pruebas, alcance de la revisión (*standard of review*), la interrelación entre las disputas comerciales y las disputas en otras áreas del Derecho Internacional tales como la protección ambiental, aspectos laborales, derechos humanos, y otros. El Capítulo también llama a la creación de paneles arbitrales permanentes, tal y como lo han propuesto las Comunidades Europeas en la revisión del mecanismo, llama a mayor colaboración con los países en desarrollo; sugiere que se aumenten los recursos disponibles para las funciones de solución de controversias, que se revisen las reglas sobre la secuencia entre la implementación de la decisión y retorsión y que se consideren reglas sobre la reparación de daños. Bacchus concuerda con la visión exitosa del mecanismo de la OMC, pero argumenta que una revisión como la sugerida contribuirá enormemente a mejorar su efectividad y -muy importante- su legitimidad.

Steve Charnovitz, connotado Profesor de Derecho de la Universidad George Washington, nos hace en el Capítulo 6 un análisis del estado de la literatura y de las decisiones recientes en OMC en torno al importantísimo tema del cumplimiento e implementación de las decisiones emanadas del sistema de solución de controversias de esa organización. El autor señala los dos puntos de vista centrales en una especie de contienda que se libra simultáneamente en la literatura especializada y en el debate de política. El primero manifiesta que el actual mecanismo de la OMC es una emanación del paradigma tradicional existente en GATT según el cual el

mecanismo facilita la compensación como una opción expedita para reconstituir el balance de derechos y obligaciones entre los Miembros cuando uno de ellos violenta las obligaciones multilaterales. El segundo, por el contrario, critica ese paradigma tradicional porque facilita la “compra del incumplimiento”, un expediente demasiado fácil para un país grande, y que no genera claridad, ni torna predecible el sistema multilateral de comercio. Por el contrario, esta segunda tesis argumenta que el cambio institucional y legal operado en OMC luego de la Ronda Uruguay hizo que el sistema multilateral de comercio transite hacia un nuevo paradigma: los compromisos fueron asumidos para respetarlos y el mecanismo de solución de diferencias de la OMC fue diseñado para hacer cumplir esos compromisos como función esencial; únicamente después, en forma transitoria y voluntaria, se puede brindar compensación. Charnovitz suscribe esta segunda tesis y aporta nuevas consideraciones políticas y legales para fundamentarla.

El Capítulo 7 se dedica a un mecanismo multilateral fuera del contexto de la OMC: el del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, expuesto por Carlos Fernández Ballesteros, ex Subdirector General de la OMPI. El autor narra la génesis del Centro y brinda un cuadro comprensivo de los mecanismos de solución de controversias que están disponibles en el marco específico de la propiedad intelectual y, en particular, de los nombres de dominio, un elemento muy relevante y actual en un mundo interconectado por el Internet. El Capítulo en sus primeras páginas describe la relación entre el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio (ADPIC) de la OMC y la OMPI, así como la relación entre los respectivos mecanismos de solución de controversias de ambos foros. Este Capítulo pone en evidencia que hay -hoy por hoy- todo otro mundo fuera de la OMC y de los acuerdos comerciales que ha surgido para atender necesidades particulares de muchos actores. Se espera que esta lectura inicie la reflexión del lector en torno a los temas de la proliferación y la necesidad de coordinar la labor jurisdiccional de la multiplicidad de foros que han surgido y seguirán surgiendo en el futuro.

Al final de esta Parte I se encuentra el informe de la mesa redonda titulada “Las perspectivas de la Agenda de Desarrollo de Doha de la OMC y sus repercusiones sobre la solución de diferencias comerciales”. En esa mesa redonda se tocan los temas más relevantes, no sólo para el avance en general de las negociaciones sino en particular las agrícolas y las de solución de diferencias. Para una mayor utilidad, se recomienda la lectura conjunta de este informe y del último informe de mesa redonda del libro cuyo enfoque es precisamente la relación entre negociaciones agrícolas y litigios comerciales.

MECANISMOS REGIONALES Y SUBREGIONALES PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El mundo también ha sido testigo de la reciente proliferación de cientos de acuerdos de integración comercial a nivel regional y subregional. Una explosión de acuerdos tendientes a la creación de zonas de libre comercio o de uniones aduaneras ha hecho que mucha de la atención se vuelque hacia esos acuerdos. Su dinámica comercial es interesante, al punto que el crecimiento del comercio intraregional, por lo menos en el Hemisferio Occidental, es claramente imputable a dichos acuerdos. Estos acuerdos, sin embargo, no están libres de polémica. Una parte de la literatura ha mostrado su preocupación por los efectos comerciales que pueden generar, no sólo en los términos típicos de desviación del comercio y la inversión sino por el efecto de desviación de la atención política y por la creación de múltiples y complejos sistemas de preferencias comerciales que no necesariamente contribuyen a una simplificación del sistema internacional de comercio. Otra parte de la literatura, por el contrario, estima que estos acuerdos pueden fungir como parte del andamiaje necesario para construir un mejor sistema multilateral de comercio y que, en todo caso, ante el lento avance de la apertura multilateral, los acuerdos han brindado el marco para avanzar en procesos de apertura comercial más dinámicos. En realidad, hay argumentos en todas las direcciones. Lo que es un hecho de la vida real, sin embargo, es que los acuerdos de integración regional y subregional están aquí para quedarse.

Cada acuerdo de integración regional o subregional tiene a su vez su propio mecanismo de solución de controversias. Los alcances del mecanismo varían en función de los alcances del acuerdo. Se observa un cierto principio de la proporcionalidad. Sin embargo, la linealidad es difícilmente parte del cuadro que se observa en el Hemisferio Occidental. La Parte II del libro estudia la situación en regiones y subregiones a ambos lados del Atlántico: el marco de la ALADI, el NAFTA, el Mercado Común Centroamericano, la Comunidad Andina,

MERCOSUR y la Unión Europea. En muchos de estos acuerdos se podrá ver cómo el mecanismo de solución de controversias de la OMC ha servido como fuente de inspiración.

El Capítulo 8 trae a la atención del lector los canales de solución de controversias provistos en el marco de la ALADI. La ALADI, como acuerdo sombrilla bajo el cual se han negociado una cantidad importante de acuerdos comerciales de variado alcance entre sus once miembros, ha tenido bajo su agenda el tema de la solución de controversias. El actual Secretario General de la ALADI, Juan Rojas Penso, informa que la ALADI ha tenido altos y bajos en su evolución como foro para resolver disputas. Sin embargo, Rojas sugiere en este Capítulo que la Secretaría de ALADI está en una posición adecuada para constituirse en un foro de apoyo a la solución de controversias comerciales en la región latinoamericana.

Sobre los mecanismos de solución de controversias en MERCOSUR el libro cuenta con dos contribuciones. La primera por James Whitelaw, primer vicepresidente de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. La segunda por Didier Operti, Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay. El Capítulo 9 de Whitelaw realiza un análisis crítico del nuevo Protocolo de Olivos, que es el nuevo marco para la solución de controversias en el MERCOSUR, y plantea que el nuevo protocolo representa un avance respecto del sistema anterior. Sin embargo, Whitelaw señala algunas de las carencias del nuevo mecanismo, en particular lo referido a los reclamos de personas privadas. Por su parte, Operti en el Capítulo 10 también hace una serie de reflexiones sobre los progresos que han quedado registrados en el Protocolo de Olivos y plantea la idea de que el Tribunal Permanente de Revisión sea efectivamente un tribunal permanente y no uno de convocatoria. Igualmente, Operti plantea un mecanismo para facilitar la aprobación doméstica de muchas de las normas comunitarias que han sido aprobadas por los Poderes Ejecutivos de los cuatro países miembros del MERCOSUR pero que no han sido internalizadas. El mecanismo consistiría en la aplicación directa de las normas comunitarias cuando, transcurrido un plazo que se debe determinar, la Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR no defina otra cosa. La idea es pragmática pero muy provocativa. Corresponde, entonces, generar una discusión al respecto, lo cual queda obviamente fuera del alcance de este libro.

El siguiente mecanismo en este libro es el de la Comunidad Andina. El Capítulo 12, escrito por Ricardo Vigil Toledo, Magistrado de la Corte Andina de Justicia, nos presenta un análisis de dicha Corte, inspirada claramente en la Corte Europea de Justicia. El Capítulo demuestra el único esfuerzo supranacional en materia jurisdiccional en el Hemisferio Occidental, su evolución, su éxito y sus limitaciones. El mecanismo ha trabajado satisfactoriamente y de manera expedita. Para efectos de análisis, el autor traza paralelismos entre la Corte europea y el mecanismo del MERCOSUR. Uno de los problemas en los cuales el autor sugiere que se debe trabajar es el de la legitimidad de la Corte como órgano regional. Hay un nivel de desconocimiento importante de las funciones y labores de la Corte en todos los países miembros de la Comunidad Andina. Superar ese escollo mediante actividades de divulgación popular y capacitación de jueces y abogados puede ser muy importante para el trabajo de la Corte. Finalmente, el autor enfatiza que no existe un mecanismo bueno o uno malo, simplemente cada uno tiene un trasfondo político al que obedecer. El de la Comunidad Andina es uno que busca la integración profunda de la subregión, proceso ese que ha registrado períodos de avance y de retroceso.

El caso del mecanismo de solución de controversias del Mercado Común Centroamericano ejemplifica muy bien lo difícil que es avanzar hacia la profundización de la integración regional. El Capítulo 13, de Roberto Echandi, Embajador Adjunto de Costa Rica para las negociaciones del tratado de libre comercio entre Centroamérica y Estados Unidos, señala muchas de esas dificultades, en particular la necesidad de adecuar las instituciones a los objetivos de política. El Capítulo describe la evolución del mecanismo centroamericano que ha pasado por procesos de consulta diplomática y política, por propuestas de Corte de Justicia Centroamericana que no han logrado despegar, hasta llegar al mecanismo arbitral actual fuertemente inspirado en el de la OMC. El Capítulo pone el mecanismo en una perspectiva amplia de promoción del desarrollo económico regional y de credibilidad de los compromisos adquiridos, sobretodo por países pequeños en desarrollo, como son los centroamericanos.

A pesar de los múltiples problemas señalados en muchos de los mecanismos subregionales en América Latina, el segundo informe de mesa redonda de este libro, titulado "¿Qué tan eficientes son los mecanismos de solución de controversias en América Latina?" pone de manifiesto que la apreciación es satisfactoria. Los

participantes señalan que los mecanismos existentes han funcionado bien para el estado de desarrollo del comercio intrarregional. De hecho, hay voces que señalan que estos mecanismos regionales y subregionales son bastante adecuados y accesibles para los países por lo que deben ser considerados como alternativas serias a otros foros de más difícil manejo, tales como el de la OMC. Queda claro, entonces, que pueden haber foros que eventualmente pueden brindar una solución regional. La decisión sobre cómo escoger el foro más adecuado requiere tomar en cuenta una cantidad importante de factores. Esa decisión, como se verá más adelante en el libro, es una decisión estratégica y muy compleja.

El mecanismo del NAFTA es parada obligada no solamente porque bajo dicho acuerdo transita el flujo más importante de comercio bilateral en el mundo, sino porque sirvió como modelo para muchos otros acuerdos de nueva generación en América Latina y el Caribe. En el Capítulo 14, Debra Steger, Profesora de Derecho de la Universidad de Ottawa, aborda de frente dos de los múltiples mecanismos de solución de controversias del NAFTA: el mecanismo Estado-Estado, y el sistema de revisión bilateral de las decisiones sobre la imposición de derechos antidumping y compensatorios. Steger analiza su funcionamiento durante los primeros diez años de existencia del NAFTA y brinda un examen objetivo de algunos de los temas más relevantes tales como la intervención de partes privadas, la transparencia, la obligatoriedad de la decisión final y las limitaciones identificadas en el sistema, en particular en lo que refiere a selección de panelistas. El tema tiene una relevancia y actualidad especiales, sobretudo a la luz del impacto que varias medidas en Estados Unidos tienen sobre las exportaciones canadienses.

Seguidamente, el libro incluye el informe de la mesa redonda titulada “Virtudes y Debilidades del Mecanismo de Solución de Controversias del NAFTA”. Los participantes ponen especial énfasis en el tema de la selección de foro, en particular la escogencia del foro ante la disyuntiva OMC/NAFTA. También señalan las virtudes y defectos identificados, donde sobresale claramente el problema de la selección de los miembros de los paneles arbitrales. Luego se vierten otras opiniones más controvertidas en torno a temas como los acuerdos laborales y ambientales, la supuesta superioridad del NAFTA sobre la OMC por permitir aquel acudir directamente a la retorsión en caso de incumplimiento con la decisión arbitral, y otros.

Como se indica arriba, la Corte Europea de Justicia cumple una función importante en la administración de justicia en lo que a los instrumentos legales de la integración europea concierne. Dicho papel lo juega en forma exclusiva. Si lugar a dudas la Corte Europea corresponde al modelo más avanzado a nivel internacional de jurisdicción supranacional y como tal constituye un modelo por alcanzar, como se vio, en otras subregiones del mundo, como en la Comunidad Andina y quizás también en el MERCOSUR. El Capítulo 15, de Kurt Riechenberg, Jefe de Gabinete del Presidente de la Corte Europea de Justicia, aborda este tema mediante una explicación de los conceptos básicos de la integración europea y el rol del Derecho Internacional en la salvaguarda de ese proceso. El Capítulo describe la organización, los procedimientos legales y las competencias de la Corte y señala algunas de las decisiones fundamentales, por ejemplo en materia de efecto directo de las normas y de responsabilidad de los Estados en casos de violación de normas comunitarias. Riechenberg argumenta que la Corte ha cumplido bien su papel y está preparada para abordar muchos de los retos que trae consigo la ampliación de la Unión Europea.

Finalmente, esta Parte incluye el informe de la mesa redonda sugestivamente titulada “Las Diferencias en Materia de Solución de Controversias en Europa y las Américas”. Los participantes manifestaron una variedad de puntos de vista. Varios son los puntos que llaman la atención en esta mesa redonda, entre ellos el hecho que no hay una experiencia de justicia supranacional en las Américas debido a que, con excepción de la Comunidad Andina, los proyectos de integración tienen objetivos muy divergentes al compararlos con el proceso europeo. Esto define muchas de las diferencias subsiguientes, no sólo en términos de legitimidad de los mecanismos sino también en cuanto a sus alcances, independencia judicial, garantías, acceso de personas privadas a la justicia regional y otros elementos, muchos de los cuales no son sino un reflejo de las asimétricas relaciones de poder entre Estados. Llama la atención el consenso entre los participantes en que la prevalencia del rol del derecho es una de las mejores formas de promover la legitimidad de los procesos de integración regionales y subregionales.

ORIENTACIONES Y TENDENCIAS

En el Hemisferio Occidental también se han detectado innovaciones en materia de mecanismos en los acuerdos comerciales más recientes. En el Capítulo 16, Félix Peña nos ilustra algunas de las más importantes innovaciones en los mecanismos, para lo cual toma como modelo el acuerdo de libre comercio suscrito entre Chile y Corea del Sur. Algunas de las características apuntadas, sin embargo, también se hacen efectivas en los acuerdos suscritos en los últimos meses tales como el acuerdo de libre comercio entre Estados Unidos con los países centroamericanos y con la República Dominicana, y los acuerdos de aquel país con Australia y con Marruecos. Las principales innovaciones se pueden identificar, según Peña, en los temas de cobertura, transparencia, cooperación y consultas, selección del foro, procedimientos y disponibilidad de métodos alternos de solución de controversias.

Uno de los proyectos de integración comercial más importantes y ambiciosos jamás concebidos es el del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Iniciado desde 1994, el proyecto había venido avanzando ininterrumpidamente hasta junio de este año. En los últimos meses, sin embargo, las negociaciones no han continuado. Es muy probable que la actual suspensión de las negociaciones obedezca a coyunturas que con frecuencia aparecen en negociaciones de tan amplio alcance como las del ALCA. Por ello, existe una buena probabilidad de que las negociaciones del ALCA continúen en el año 2005 aunque, por supuesto, se debe reconocer que hay varios factores que podrían eventualmente atentar contra dicha continuidad. En todo caso, el proyecto es sumamente valioso y requiere su profunda consideración. Por ello, el Capítulo 17 de Luiz Olavo Baptista, actual miembro del Órgano de Apelación de la OMC, aborda el mecanismo de solución de controversias del ALCA. Si bien no es posible discernir un mecanismo concreto de solución de controversias en el ALCA por la falta de consenso en muchos de sus elementos, Baptista señala las semejanzas y diferencias entre el mecanismo del ALCA (suponiendo que es lícito hacer una lectura del borrador de mecanismo del ALCA bajo la premisa de que muchos de los elementos del sistema propuesto son aceptados por los 34 países que lo negocian) y la OMC y ofrece valiosas observaciones al respecto. Se enfatiza también la necesidad de equilibrar las asimetrías que existen en el Hemisferio donde hay países de muy variadas capacidades económicas, políticas e institucionales.

Ese tema de las asimetrías en el tamaño de las economías y niveles de desarrollo es abordado más ampliamente en el Capítulo 18 de Jaime Granados y Ann Casanova. Ese Capítulo inicia con la breve presentación de un marco analítico para la clasificación de los tratamientos de esas asimetrías en cuatro categorías: trato especial y diferenciado, desarrollo de capacidad, asistencia técnica *ad hoc* y legalización del sistema. Con esa tipología, los autores exploran brevemente una serie de acuerdos y negociaciones comerciales (OMC y las negociaciones de Doha, MERCOSUR, NAFTA, el acuerdo de libre comercio entre Chile y Estados Unidos, el acuerdo de libre comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos, y el proyecto de mecanismo del ALCA) para clasificar y analizar la efectividad de los tratamientos efectivamente concedidos para abordar las asimetrías. Todo esto conduce al ofrecimiento de una serie de sugerencias básicas para los negociadores, en particular de países en desarrollo que negocian acuerdos ambiciosos tipo Norte-Sur, que subrayan la importancia fundamental de legalizar los mecanismos y los acuerdos en general de manera que se garantice el mejor cumplimiento posible de las obligaciones, así como la necesidad de contar con más desarrollo de capacidades institucionales, sin olvidar la necesidad de asistencia técnica *ad hoc*, así como algunos elementos de trato especial y diferenciado.

Para seguir abordando el tema del ALCA, el libro de seguido ofrece un resumen de los resultados de la mesa redonda sugestivamente titulada "¿Satisfacen las propuestas del ALCA las necesidades de los países participantes en materia de solución de controversias?". En esa mesa redonda se señalan algunos de los desafíos más importantes del ALCA en esta materia específica. En particular, los participantes señalaron la necesidad de acordar un mecanismo que permita el cumplimiento cabal de las obligaciones que eventualmente se negocien. Se reconoce que el proyecto está en plena gestación y que por ello no hay todavía espacio para conclusiones sino para observaciones y por eso se sugiere que el mecanismo del ALCA debe contar fundamentalmente con una serie de elementos que se observan en la OMC: apoyo institucional adecuado de la Secretaría, apoyo en asesoría legal a los países en desarrollo, un órgano de apelación y un órgano político de monitoreo del cumplimiento similar al Órgano de Solución de Diferencias. Esto pone en evidencia que el mecanismo de la OMC es un punto de referencia esencial para muchos otros mecanismos en acuerdos comerciales plurilaterales

y amplios. Se pone en evidencia aquí que los negociadores regionales deben dar seguimiento cuidadoso a las negociaciones multilaterales para aprender de la experiencia, no cometer errores ya cometidos en otros foros, y darle consideración cuidadosa a la revisión actual bajo el marco de Doha para transferir muchas de las lecciones multilaterales.

De seguido, Ernst-Ulrich Petersmann, Profesor de Derecho Internacional y Europeo del Instituto Universidad Europea de Florencia, nos ofrece en el Capítulo 19 un panorama muy comprensivo de otro de los temas de mayor actualidad en materia de solución de controversias de comercio internacional: el de la proliferación y la fragmentación. Este Capítulo condensa en relativamente pocas páginas un proceso de observación muy amplio y agudo y traza paralelismos y relaciones entre mecanismos comerciales y otros que no son necesariamente comerciales pero que empiezan a entrecruzarse con los primeros. La literatura especializada es realmente escasa en temas tan transversales como éste. Con la rigurosidad metodológica y riqueza de información que lo caracteriza, el Profesor Petersmann inicia explorando el tema del aumento en el traslape de las jurisdicciones y los desafíos de selección de foro que se observa actualmente. Luego se ofrece un panorama de la cantidad de métodos para la solución de controversias en el Derecho Internacional Público y cuestiona si muchos de estos métodos son en definitiva, los óptimos. El autor luego pondera algunas de las alternativas que se presentan al resolver conflictos dentro de la OMC, la Corte Internacional de Justicia, ICSID, y la OMPI. Petersmann señala que hay necesidad de distinguir los conflictos de conformidad con los intereses subyacentes que en última instancia promueven la controversia y que eso puede colaborar en la promoción de la consistencia legal necesaria entre los mecanismos de solución de controversias domésticos e internacionales. Finalmente, el autor incorpora algunas prescripciones de política. El Capítulo manifiesta que la competencia entre jurisdicciones debería ser utilizada como un incentivo para la cooperación judicial y para la promoción del derecho a través de redes judiciales.

La mesa redonda titulada “¿Se podría y se debería evitar la proliferación de Mecanismos de Solución de Controversias?” revela diferentes puntos de vista al respecto. Algunos de los participantes en dicha mesa redonda argumentaron que es imposible detener la tendencia de los países a negociar acuerdos internacionales y a incluir en ellos los mecanismos que consideren adecuados para resolver las controversias que se presenten. Otros argumentan que se debería restringir esa posibilidad para evitar la fragmentación futura del sistema comercial. Algunos argumentan que el verdadero problema es evitar los conflictos de normas y la manera de abordar estos problemas en los mecanismos. Un relativo consenso aparece, sin embargo, en que la proliferación *per se* no necesariamente es un problema. Los problemas de la fragmentación y de los potenciales conflictos de normas sí parecieran preocupar más. Al respecto, se sugiere mayor coordinación entre negociadores, entre jueces, y entre estos y aquellos.

El tema de la solución de diferencias entre Inversionista y Estado es definitivamente otro de los temas candentes en las relaciones económicas internacionales. En general, la sociedad civil ha mostrado su fuerte preocupación con estos mecanismos desde las negociaciones del fallido Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en el seno de la OECD a finales de la década anterior. El Capítulo 20, escrito por Jan Paulsson, Presidente de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, plantea una serie de interesantes observaciones sobre los mecanismos Inversionista-Estado, que resultan muy oportunos en este momento en que la globafobia ha resuelto criticar a dichos mecanismos. Paulsson argumenta que el Derecho Internacional es un instrumento de conveniencia propia para los países que lo suscriben y brinda un recuento histórico en respaldo de sus argumentos. Las principales ideas de este ensayo radican en cuatro postulados fundamentales: someter a los Estados a decisiones vinculantes de tribunales internacionales no es una invención históricamente nueva; los tribunales arbitrales son instrumentos de Derecho -no de países ricos o de países pobres- que permiten a los Estados contraer compromisos creíbles; no se debe culpar a los tribunales arbitrales por los contenidos de los acuerdos; y la necesidad de respetar las decisiones arbitrales para poder derivar los beneficios de largo plazo del Derecho. Esta lectura contribuye a poner la discusión en la dimensión analítica adecuada. Definitivamente hay mucho que corregir y enmendar en las tendencias globalizantes que imperan actualmente. Sin embargo, también es cierto que las relaciones entre Estados y de estos con actores privados extranjeros van a seguir aumentando en el futuro. Por ello, poner al Derecho Internacional como un instrumento propicio para un tejido armónico de relaciones comerciales internacionales es sumamente importante. Este Capítulo apunta a ello.

CUESTIONES PRÁCTICAS DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La Parte IV de este libro aborda fundamentalmente dos grupos de temas de suma relevancia que ya habían sido previamente planteados y analizados en el libro. En esta Parte, sin embargo, los temas son abordados de manera más específica. El primero se refiere al apoyo que necesitan los países en desarrollo en materia de litigios comerciales internacionales. El segundo se refiere al imponente tema de las negociaciones agrícolas de la OMC y su relación con las controversias agrícolas.

El Capítulo 21 fue escrito por Leo Palma, Subdirector del Centro de Asesoría Legal sobre Asuntos de la OMC, quien narra la génesis, servicios y funcionamiento de dicho Centro. El Centro obedece a un esfuerzo pionero de países desarrollados y en desarrollo para asistir a los países en desarrollo, especialmente a los países en desarrollo menos adelantados, en sus litigios comerciales en el seno de la OMC. El Centro brinda sus servicios legales a un precio más cómodo que los precios regulares de una firma legal especializada. Esta iniciativa tiene un valor extraordinario, no solamente por el claro elemento de solidaridad internacional que representa, sino por el ejemplo que sienta en un tema tan delicado, al punto que varias contribuciones en este libro plantean la idea de establecer en las Américas un servicio similar con miras a apoyar las relaciones comerciales intra- e inter-hemisféricas. La idea de un centro de esta naturaleza, en el contexto de un continente unido por un acuerdo de integración comercial, definitivamente requiere seria consideración.

La mesa redonda sobre “Servicios de Solución de Controversias Brindados a Gobiernos por Varias Organizaciones Internacionales” confirma lo anterior. Dadas las limitaciones institucionales en los países en desarrollo, se reconoce la urgencia de equipar a los países con instrumentos para estar en mejores condiciones al litigar en foros comerciales. Se ha dicho que el trato especial y diferenciado reflejado en las normas del mecanismo de la OMC no ha sido utilizado por los países en desarrollo para no desmejorar la legitimidad de su caso frente a países más poderosos. La tendencia pareciera ser optar por el desarrollo de la capacidad institucional doméstica como la mejor alternativa, seguida por la existencia de servicios de apoyo como los del Centro de Asesoría Legal sobre Asuntos de la OMC. Los servicios de apoyo, sin embargo, deberían ampliarse para incluir otros apoyos técnicos, por ejemplo en materia cuantitativa relevante para las disputas comerciales.

El Capítulo 22 hace una ponderada reflexión sobre uno de los temas más importantes y de mayor actualidad en el comercio internacional: las negociaciones agrícolas de la OMC. Este Capítulo, escrito por Carlos Pérez del Castillo, Ex Embajador de Uruguay ante la OMC y Ex Presidente del Consejo General de esa organización, hace un recuento de los tres pilares de la distorsión agrícola mundial: los subsidios a la exportación, los problemas de acceso al mercado y los programas de apoyo interno. Pérez del Castillo recorre estos tres temas a la luz de los mandatos de negociación de la Agenda de Desarrollo de Doha y brinda un panorama claro y bien fundamentado sobre las posibilidades reales de éxito de las negociaciones. El Capítulo señala fundamentalmente que el tema más duro en estas negociaciones será el de acceso a los mercados, en tanto que es posible esperar más flexibilidad en los temas de subsidios a las exportaciones y medidas de apoyo interno. El autor plantea algunos escenarios y brinda estimaciones sobre las ganancias en el comercio que se generarían en caso de llegar a un acuerdo satisfactorio en estas negociaciones.

Marcos Jank, Leandro de Araujo y José Díaz establecen en el Capítulo 23 un ligamen claro entre el mecanismo de solución de controversias de la OMC y los temas agrícolas. Este Capítulo, muy rico en el procesamiento de información cuantitativa de muy difícil recolección, es particularmente relevante en este año por haber expirado la Cláusula de Paz del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC. Al estar abierta la “temporada de caza”, resulta muy interesante discutir las relaciones entre la existencia de subsidios, las posibilidades de promover litigios en OMC y la relación de todo esto con las negociaciones agrícolas bajo el mandato de Doha. El Capítulo se enfoca particularmente en el caso del Algodón de Altura iniciado por Brasil contra los Estados Unidos por el supuesto uso de subsidios en términos contrarios a las obligaciones ante la OMC, pero contiene información sumamente valiosa sobre los programas de subsidios en beneficio de otros productos agrícolas como el maíz, arroz, frijol de soya y trigo. La información provisional disponible al momento revela que Brasil tuvo razón en este caso, aunque quizás no sea sino hasta finales del 2004 que se conozcan con certeza los resultados finales del mismo. Estas reflexiones conducen a poner en perspectiva el rol y la legitimidad misma de la OMC como foro de solución de diferencias y de negociación. Los autores son de la opinión que,

dados los altos niveles de subsidio a la agricultura en los Estados Unidos, un resultado positivo para Brasil implica ganancias en la credibilidad del foro y de su mecanismo. Lo contrario, implicaría una pérdida grave para todo el sistema mundial de comercio. Sea como sea, ciertamente habrán muchos ojos volcados sobre los resultados de este caso, y otros semejantes, buscando conclusiones de todo tipo con relación a la agricultura nacional e internacional, las negociaciones, los mecanismos de solución de controversias, la OMC y las alternativas de los países.

La mesa redonda sobre "Perspectivas para la Solución de Controversias en la OMC sobre Cuestiones Agrícolas" comparte muchas de esas opiniones. En esta mesa redonda, una de las más ricas en la Conferencia y en este libro, los participantes vierten una gran cantidad de muy interesantes observaciones sobre la historia del tema desde los tiempos del GATT, la delicada relación entre los litigios y las negociaciones agrícolas, y la dimensión política y técnica de estos temas. Hay consenso en que el litigio debe utilizarse en forma proactiva pero muy cuidadosa para obtener resultados positivos en las negociaciones multilaterales. Se advierten también los riesgos y desafíos inherentes y se reconoce el importante rol que han tenido organizaciones no gubernamentales internacionales, como OXFAM, en la recopilación y divulgación de información sobre las implicaciones negativas en el mundo en desarrollo de los subsidios brindados por los países desarrollados a sus productores agrícolas.

Finalmente, las Conclusiones buscan poner en perspectiva los principales puntos de vista manifestados en los diferentes Capítulos de este libro. Sin pretensión de ser exhaustos, los autores desean brindar un vistazo de la amplísima gama de temas analizados a través de los veintidós capítulos y ocho informes de sendas mesas redondas. Para ello, se proponen ocho conclusiones principales que son desarrolladas con un poco más de detalle. En estas queda claro que el Derecho Internacional es una herramienta de apoyo para las relaciones internacionales armónicas y para el desarrollo económico de los países en desarrollo. También se identifica una correlación entre los diferentes mecanismos de solución de controversias y los objetivos de política de los diferentes tipos de acuerdos de integración. Se reconoce el fundamental papel del mecanismo de la OMC pero se reconoce también que hay necesidad de ciertos cambios. Se resume la relación biunívoca entre negociaciones y litigio y se enfatiza la necesidad de apoyar mucho más a los países en desarrollo en la construcción de sus propias capacidades de litigio comercial internacional.

LA
PERSPECTIVA
GLOBAL

ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DEL GATT Y DE LA OMC: ¿QUÉ SE LOGRÓ EN LA RONDA URUGUAY?

JULIO LACARTE Y FERNANDO PIÉROLA

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo establece una comparación entre las normas, procedimientos y prácticas por los que se rige la solución de diferencias a tenor del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), por un lado, y la Organización Mundial del Comercio (OMC), por el otro. La Sección I describe los acontecimientos históricos que generaron los elementos centrales del mecanismo de solución de diferencias del GATT hasta su modificación en la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. En la Sección II se exponen los componentes principales del mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Por último, la Sección III contiene algunas reflexiones acerca del proceso de reforma del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC (ESD).

I. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DEL GATT: SU EVOLUCIÓN A LO LARGO DE CUARENTA Y SIETE AÑOS

Antes de evaluar las modificaciones del sistema de solución de diferencias que se acordaron durante la Ronda Uruguay y las propuestas que hoy son objeto de debate en el marco del proceso de reforma del ESD, debemos analizar cómo funcionaba el sistema en sus orígenes y cómo evolucionó en el contexto del GATT. Sólo esta visión retrospectiva nos permitirá comprender y evaluar de modo integral el ESD vigente hoy, así como las propuestas presentadas para su modificación.

A. La Carta de La Habana para una Organización Internacional del Comercio

En el año 1948, la Carta de la Habana para una Organización Internacional del Comercio (la Carta de La Habana de la OIC) incluyó disposiciones para la solución de diferencias que guardaban similitud –en su esencia– con las contenidas en los Artículos XXII y XXIII del GATT, si bien aquéllas también contemplaban la posibilidad de

recurrir a la Corte Internacional de Justicia para solicitarle opiniones consultivas.¹ Como sabemos, la Carta de La Habana jamás entró en vigor y el GATT –que había sido objeto de negociación por parte del Comité Preparatorio de veintitrés países poco tiempo antes de la Conferencia de La Habana, e iba a quedar incorporado a la OIC a través del Capítulo IV de la Carta– cobró vida propia como una versión simplificada de la frustrada OIC.²

En su análisis del GATT publicado en 1947, el Departamento de Estado de los Estados Unidos simplemente sostuvo que, como era inviable prever y contemplar en detalle todas las medidas posibles que podrían llegar a afectar las relaciones comerciales entre las naciones, los Artículos XXII y XXIII del GATT establecían las disposiciones relativas a las consultas a celebrar y los procedimientos a seguir en los casos de *anulación o menoscabo de ventajas*.³ Ambas cláusulas, y particularmente el párrafo 1 del Artículo XXIII, establecen dos causas de acción que una parte contratante puede invocar para iniciar un procedimiento de solución de diferencias a tenor del GATT:

- la anulación o menoscabo de ventajas que pudieran corresponderle en virtud del GATT o
- la existencia de un impedimento para el cumplimiento de alguno de los objetivos del GATT.

Estas causas de acción pueden ser el resultado de:

- a. medidas incompatibles con las disposiciones del GATT,
- b. medidas no incompatibles con las disposiciones del GATT u
- c. otras situaciones posibles.

Los Artículos XXII y XXIII se apartan de la normativa convencional en materia de responsabilidad de los Estados –que se basa fundamentalmente en la ilegalidad de los actos ilícitos–, porque contemplan los perjuicios provocados no sólo por medidas comerciales ilícitas sino también los sufridos a consecuencia de medidas comerciales "lícitas". Este tipo de disposiciones fueron redactadas tomando como modelo el enfoque aplicado por los Estados Unidos en materia de negociación de acuerdos bilaterales en las décadas de 1920 y 1930.⁴

B. Funcionamiento del sistema de solución de diferencias del GATT en sus primeros años

En los años iniciales del GATT, cuando el número de partes contratantes era muy reducido y los países estaban adecuándose al escenario de posguerra en el campo de las relaciones internacionales, no había casi motivo para la creación de un sistema de solución de diferencias. Según el trabajo estadístico elaborado por el profesor

¹ Artículos 92 a 97 de la Carta de La Habana para una Organización Internacional del Comercio, *Acta final y documentos conexos*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, abril de 1948, Nueva York, págs. 49-50. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

² A raíz de este fracaso institucional, el término "GATT" adquirió una doble denotación: por un lado, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que contenía los derechos y obligaciones de las partes contratantes del mismo y, por el otro, la organización *de facto* encargada de la aplicación de las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

³ Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Washington, D.C., Publicación 2983, Serie Política Comercial 109, noviembre de 1947.

⁴ Como expresa el profesor Hudec, "[t]anto en sus aspectos de fondo como en los de forma, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio se inspiró marcadamente en los acuerdos comerciales bilaterales de las décadas de 1920 y 1930, sobre todo en los acuerdos comerciales negociados por los Estados Unidos en el decenio posterior a 1935". También refiere que el Acuerdo entre los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos del 23 de diciembre de 1942 es el que mayor similitud guarda con el GATT. R. E. Hudec, "The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence", en: *Essays on the Nature of International Trade Law*, (Cameron May, 1999), pág. 18. El Artículo XIV de dicho Acuerdo establece que "[s]i el Gobierno de los Estados Unidos de América o el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos consideran que alguna de las medidas adoptadas por el otro Gobierno, aunque no contravenga los términos de este Acuerdo, tiene por efecto *la anulación o el menoscabo* de cualquiera de los objetos del Acuerdo, ese otro Gobierno deberá examinar con comprensión toda representación o proposición escrita presentada a los fines de lograr una resolución mutuamente satisfactoria del asunto". United States Government Printing Office, *Reciprocal Trade, Agreement Between the United States of America and Mexico*, Executive Agreement Series 311, Washington, D.C., 1943, pág. 16. [Nota del Trad.: Traducción no oficial del Acuerdo].

Hudec, durante la "sobredimensionada" primera década de funcionamiento del GATT, cincuenta y tres actuaciones para la solución de diferencias fueron entabladas por una de las partes contra otra, veinte de las cuales se tramitaron ante "grupos de trabajo" o "grupos especiales".⁵ En general, en estas reuniones participaron las mismas personas que habían tenido a su cargo la negociación del GATT y, mientras la composición del GATT se mantuvo limitada, el sistema en realidad funcionó (como a veces se dijo) como un club selecto que resolvía los conflictos a su manera, aplicando una combinación de ingredientes técnicos, diplomáticos y políticos. A menudo, las decisiones eran tomadas por el órgano de máximo nivel, las PARTES CONTRATANTES,⁶ a través del Consejo del GATT; los textos de esas decisiones eran breves y esporádicos.

En 1952 se introdujo un cambio fundamental en el funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias. Hasta ese momento, la flexible redacción del párrafo 2 del Artículo XXIII permitía que las partes contratantes del GATT recurrieran a grupos de trabajo en los que tenían una participación directa en la evaluación de los hechos controvertidos, incluso en el caso de que fueran partes principales en la diferencia. Sin embargo, el 14 de octubre de 1952, el presidente de las PARTES CONTRATANTES decidió establecer un grupo especial que se encargaría de examinar las reclamaciones presentadas por Dinamarca y Noruega contra el sistema de subsidios familiares de Bélgica. Este grupo especial quedó integrado por representantes de seis partes contratantes que no poseían ningún interés en la diferencia. Por primera vez en el GATT, ni la parte reclamante ni la parte demandada integraron el órgano encargado de resolver la diferencia. Esta transición de grupos de trabajo a grupos especiales contribuyó a fortalecer la intención de las partes contratantes de garantizar la neutralidad de las resoluciones.⁷ Desde esta trascendental decisión, el uso de grupos especiales ha sido la práctica habitual en los procedimientos de solución de diferencias sustanciados a tenor del Artículo XXIII.⁸

El 10 de noviembre de 1958, las PARTES CONTRATANTES adoptaron los Procedimientos en virtud del Artículo XXII, sobre cuestiones que afecten a los intereses de cierto número de Partes Contratantes.⁹ De acuerdo con estos procedimientos, toda parte contratante que solicitara de otra parte contratante la apertura de una consulta de conformidad con el Artículo XXII del GATT enviaría al mismo tiempo una notificación al Secretario Ejecutivo del GATT, a los fines de que éste informara sobre la iniciación de un nuevo procedimiento a todas las otras partes. Evidentemente, la finalidad de esta disposición era evitar el bilateralismo en la solución de diferencias y brindar a las otras partes contratantes la posibilidad de sumarse a las consultas, en caso de que las mismas argumentaran tener un interés comercial sustancial en la cuestión objeto de la diferencia y siempre que las partes en la consulta acordaran que tal pretensión tenía suficiente mérito.¹⁰

⁵ R. E. Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, (Butterworth Legal Publishers, 1993), pág. 11 y págs. 590 – 608.

⁶ Quedó establecido en la práctica el uso del término "PARTES CONTRATANTES" en mayúsculas para denominar a las partes contratantes del GATT cuando actuaban en forma colectiva como el máximo órgano político del GATT, mientras que el término "partes contratantes" en minúsculas se empleaba para identificar a cualquiera de las partes contratantes que ejerciera sus derechos emergentes del GATT a título individual.

⁷ En igual sentido, el profesor Montañá Mora establece una distinción entre los "grupos de trabajo" y los "grupos especiales"; los primeros incluyen en su composición a representantes de las partes contratantes que son partes en la diferencia, mientras que los últimos están integrados sólo por expertos que deben desempeñar sus tareas independientemente de las partes. M. Montañá Mora, *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT*, (McGraw-Hill, 1997), pág. 63.

⁸ La preferencia por el uso de grupos especiales en la práctica del GATT quedó plasmada en el párrafo 6(ii) del Anexo –Exposición acordada de la práctica consuetudinaria del GATT en materia de solución de diferencias (Artículo XXIII, párrafo 2)– del Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, adoptado el 28 de noviembre de 1979 (Secretaría del GATT, IBDD 26S/210), que –en su parte pertinente– establece que "[e]n los casos de diferencias, las PARTES CONTRATANTES establecen grupos especiales (que han recibido diversos nombres) o grupos de trabajo que los ayuden a examinar las cuestiones planteadas al amparo del párrafo 2 del Artículo XXIII. Desde 1952, los grupos especiales vienen siendo el procedimiento habitual".

⁹ Secretaría del GATT, IBDD 7S/24.

¹⁰ Secretaría del GATT, IC/SR.38, 19; Organización Mundial del Comercio, *Índice analítico: Guía de las normas y usos del GATT*, (OMC, 1995), Vol. 2, págs. 612-615. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

C. Mejoras introducidas en la década de 1960

En 1962 las constataciones del grupo especial que entendió en el caso *Recurso del Uruguay al Artículo XXIII* confirmaron el enfoque de corte legalista aplicado a la solución de diferencias. En ese caso, el grupo especial introdujo uno de los aspectos más relevantes del sistema que aún hoy sigue vigente: la presunción de anulación o menoscabo de ventajas cuando se haya comprobado la existencia de una violación del GATT.

Como se mencionó anteriormente, a diferencia de las normas convencionales en materia de responsabilidad de los Estados en el derecho público internacional, los Artículos XXII y XXIII del GATT facultan a las partes contratantes a interponer reclamaciones contra otras partes contratantes a causa de la anulación o menoscabo de las ventajas que les corresponderían en virtud de ese tratado, *independientemente de la compatibilidad o incompatibilidad con el GATT de las medidas en cuestión*. Según las normas generales en materia de la carga de la prueba del derecho público internacional, por la estructura del Artículo XXIII un reclamante debería probar la existencia de tal anulación o menoscabo de ventajas –incluso si se hubieran violado obligaciones internacionales de acuerdo con el GATT– a los fines de obtener un fallo favorable en su reclamación.

La interpretación del párrafo 1 del Artículo XXIII por parte del grupo especial a cargo del caso *Recurso del Uruguay al Artículo XXIII* reafirmó la fuerza de las obligaciones jurídicas contraídas en virtud del GATT:

"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 [...] esas medidas constituirán *prima facie* un caso de anulación o menoscabo de una ventaja y entrañarían *ipso facto* la cuestión de dilucidar si las circunstancias son suficientemente graves para que esté justificada la autorización de suspender ciertas concesiones u obligaciones".¹¹

A partir de esta constatación se generalizó la práctica de que las partes reclamantes no están obligadas a probar la existencia de la anulación o el menoscabo de ventajas cuando exista una violación *prima facie* de alguna disposición del GATT. En otras palabras, si se demuestra la existencia de tal incompatibilidad *prima facie*, hay presunción de que ha ocurrido tal anulación o menoscabo de ventajas y, entonces, la carga de la prueba recae sobre la parte demandada.

Además de tal precedente jurisprudencial, las PARTES CONTRATANTES adoptaron en la década de 1960 la Decisión del 5 de abril de 1966, en la cual se fijan los procedimientos tendientes a facilitar las reclamaciones interpuestas por los países en desarrollo contra los países desarrollados. Una de las normas establecía que el Director General iniciaría actuaciones de buenos oficios en los casos en que en las consultas entabladas en una diferencia entre un país en desarrollo y un país desarrollado no se alcanzara una solución consensuada. Posteriormente, el Director General debía informar al Consejo acerca del proceso y, acto seguido, se designaba un grupo de expertos a quienes se les encomendaba estudiar el asunto y proponer una solución apropiada, tomando debidamente en cuenta las consecuencias que la medida en cuestión tendría para el desarrollo comercial y económico de la parte perjudicada. Si el Consejo concluía que alguna de las partes no había dado pleno cumplimiento a la recomendación pertinente del Consejo y que persistían la anulación o el menoscabo de las ventajas en un nivel de gravedad considerable, la parte afectada podía obtener autorización para suspender tales concesiones en detrimento del país desarrollado en cuestión, en la medida que las circunstancias lo justificaran.

En la práctica, este recurso fue utilizado en escasas oportunidades,¹² pero sentó las bases para que se preste especial consideración a los intereses de los países en desarrollo en los procedimientos de solución de diferencias.

¹¹ Informe del Grupo Especial, *Recurso del Uruguay al Artículo XXIII*, L/1923, adoptado el 16 de noviembre de 1962, 11S/95, 99-100, párrafo 15.

¹² En tiempos del GATT, sólo se lo invocó en seis instancias. Organización Mundial del Comercio, *Índice analítico: Guía de las normas y usos del GATT*, (OMC, 1995), Vol. 2, pág. 765. [Nota del Trad.: El número de página corresponde a la versión en inglés].

Estas cuestiones se retomaron posteriormente en el Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, del 28 de noviembre de 1979 (Entendimiento de 1979).

D. Codificación de los procedimientos y prácticas sobre solución de diferencias en el Entendimiento de 1979

Durante la década de 1960 y comienzos de la de 1970, disminuyó la cantidad de casos de solución de diferencias.¹³ Sin embargo, hacia fines de la década de 1970, se produjo un aumento significativo en las reclamaciones de solución de diferencias¹⁴ y el recurso sucesivo al Artículo XXIII resultó en la emisión de informes de grupos especiales cada vez más exhaustivos.

El Entendimiento de 1979, que fue parte de los Acuerdos de la Ronda de Tokio de 1979, codificó los procedimientos que se habían perfeccionado paulatinamente desde los inicios del GATT. Cubría aspectos tales como la notificación, la celebración de consultas, los procedimientos de buenos oficios, el establecimiento y la composición de grupos especiales, los derechos de los terceros, los derechos de los grupos especiales a recabar información, la naturaleza y el contenido de los informes de los grupos especiales, la conveniencia de la pronta actuación de los grupos especiales y de las PARTES CONTRATANTES, la vigilancia y la cooperación técnica para los países en desarrollo.

Un Apéndice del Entendimiento de 1979 establecía las prácticas acordadas en el GATT en relación con la solución de diferencias. En esencia, el Entendimiento de 1979 unificó, de un modo mucho más coherente que la práctica anterior, los procedimientos desarrollados a lo largo de todos esos años, y podemos afirmar con toda seguridad que constituyó un hito fundamental en el proceso tendiente a mejorar el mecanismo de solución de diferencias del GATT.

Este Entendimiento de 1979 coincidió con la adopción de los Acuerdos de la Ronda de Tokio, que fueron aceptados por los países desarrollados, pero no contaron con el apoyo generalizado de los países en desarrollo. En consecuencia, las partes contratantes quedaron sujetas a distintos instrumentos en materias similares; y esta situación no sólo permitió que las partes recurrieran a lo que se denomina la "feria de foros", sino que también propició situaciones en las que, al producirse una violación determinada, la parte afectada interponía una reclamación al amparo de una disposición preexistente del GATT, ignorando el Código de la Ronda de Tokio pertinente, si ésta o la otra parte contratante en la diferencia no habían aceptado el Código.

Esta coexistencia de disposiciones paralelas pero discrepantes en materias similares fue consecuencia del hecho de que los países desarrollados (como grupo) tenían la intención de ejercer presión para obtener compromisos de mayor alcance en las negociaciones de la Ronda de Tokio y que los países en desarrollo no compartían, en general, la misma opinión. El resultado no fue conducente a la creación de un sistema uniforme de solución de diferencias y, por fortuna, en la OMC ya no existe esa dicotomía.

Además del tema de la selección de foros (forum shopping), y si bien el Entendimiento de 1979 cristalizaba los procedimientos desarrollados durante la práctica previa sobre solución de diferencias, ciertos elementos cruciales del sistema no sufrieron alteraciones. En términos más específicos, ése fue el caso de la norma del consenso necesario para acordar el establecimiento de un grupo especial, la adopción del informe de un grupo especial y, por último, la eventual autorización para la suspensión de concesiones u obligaciones emergentes del GATT.

¹³ Es importante mencionar que luego de la diferencia planteada entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos, *Acción al amparo del Artículo XXVIII con respecto a las aves de corral* (conocida como "la guerra de los pollos"), en 1963, no se recurrió al sistema de solución de diferencias del GATT hasta fines de 1969, cuando los Estados Unidos impugnaron ciertos cargos por servicios estadísticos y administrativos de Italia (L/3279).

¹⁴ Entre 1976 y 1978, se presentaron catorce reclamaciones distintas; siete de las cuales fueron interpuestas por países que no eran ni los Estados Unidos ni las Comunidades Europeas. R. E. Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, (Butterworth Legal Publishers, 1993), nota de pie de página N° 4, pág. 52.

E. Las innovaciones de la década de 1980, previas a la Ronda Uruguay

En ocasión de la Reunión Ministerial del GATT de 1982, celebrada en un momento de auge proteccionista, se consideró innecesaria la incorporación de ningún cambio significativo en el Entendimiento de 1979, el cual –junto con los Artículos XXII y XXIII del GATT– seguía constituyendo el marco fundamental por el que se regía la solución de diferencias en el GATT, si bien quedaba todavía margen para hacerlo más eficiente y mejorarlo en ciertos aspectos concretos.

En la Decisión sobre Solución de Diferencias del año 1982, se detallaron los procedimientos de conciliación y buenos oficios; se subrayó que los mandatos y las conclusiones de los grupos especiales facilitaban la solución de las diferencias; se recaló la importancia del pronto tratamiento de los casos tanto por parte de los grupos especiales como de las PARTES CONTRATANTES; se hizo hincapié en la función de vigilancia y se previó la compensación a tenor del Artículo XXIII. Se confirmó que el consenso debía ser el método tradicional a aplicar para la solución de diferencias, si bien se acordó a la vez que no debía producirse la obstrucción. Por último, se arribó al entendimiento de que las decisiones en materia de solución de diferencias no podían ni acrecentar ni disminuir los derechos y obligaciones establecidos en el GATT.¹⁵

Si bien esta Decisión pudo haber tenido en ese momento sólo el efecto de una recomendación sin carácter vinculante ("*soft-law*" en inglés), constituyó un avance en lo que hacía a despojar de consideraciones políticas tanto la aprobación de los informes como el logro de soluciones mutuamente satisfactorias.

Las PARTES CONTRATANTES formularon una exhortación contra el ejercicio de la obstrucción, pero en realidad esquivaron la cuestión, ya que reiteraron la validez de las decisiones consensuadas. Continuó existiendo la dicotomía: se desalentaban las prácticas obstruccionistas, pero las obstrucciones se seguían aplicando.

Dos años más tarde, en 1984, las PARTES CONTRATANTES acordaron la incorporación de otras enmiendas al Entendimiento de 1979, que se aplicarían a título experimental por el término de un año. Con el fin de evitar demoras en el establecimiento de los grupos especiales, se creó una lista indicativa de expertos que no ocuparan cargos públicos, si bien se seguiría dando preferencia a los funcionarios gubernamentales para la composición de los grupos especiales. Más importante aún, se acordó que toda vez que no se lograra el consenso entre las partes para la composición de un grupo especial, el Director General podría recurrir a los expertos de la lista para resolver la cuestión en un plazo máximo de treinta días. De este modo, prácticamente se eliminaron las extensas demoras para el establecimiento del consenso entre los gobiernos acerca de la composición de los grupos especiales. Además, los grupos especiales seguirían fijando sus propios procedimientos y plazos de trabajo.¹⁶

Durante toda la década de 1980 se registró un significativo incremento del número de casos. Además, se logró mejorar los informes de los grupos especiales, los que ganaron en profundidad de análisis e, inevitablemente, extensión. El sistema de solución de diferencias del GATT, como es lógico, acompañó los cambios introducidos por las sucesivas medidas adoptadas por las PARTES CONTRATANTES. Los procesos de negociación como las Rondas Dillon, Kennedy y de Tokio, la firma del Tratado de Roma y el consiguiente establecimiento del Mercado Común Europeo, los altibajos proteccionistas, las vicisitudes de la economía mundial y el creciente número de partes contratantes repercutieron en las políticas y actitudes de los gobiernos que, de una manera u otra, condicionaron sus posturas con respecto a los Artículos XXII y XXIII del GATT. Quedó claro, asimismo, que la aceptación de nuevos compromisos, por ejemplo en la época de los Acuerdos de la Ronda de Tokio, llevó a los gobiernos a prestar mayor atención a las disposiciones relativas a la solución de diferencias, como un medio para proteger sus intereses de las violaciones cometidas por otros gobiernos. En consecuencia, no es de sorprender que con el tiempo haya existido una firme tendencia a llenar los vacíos legales, mejorar los procedimientos y perfeccionar en general el texto básico de los Artículos XXII y XXIII. Y como una de las características salientes del GATT era la de proceder con cautela y en forma gradual, tampoco es de sorprender que el sistema de solución de diferencias haya evolucionado pausadamente y en sucesivas etapas.

¹⁵ Declaración Ministerial del 29 de noviembre de 1982, Decisión sobre Solución de Diferencias (Secretaría del GATT, IBDD 29S/13).

¹⁶ Decisión sobre Solución de Diferencias del 30 de noviembre de 1984 (Secretaría del GATT, IBDD 31S/9).

Todos estos elementos movieron a las partes contratantes a considerar durante la Conferencia Ministerial de Punta del Este, celebrada en 1986, un mandato para mejorar y fortalecer las normas y procedimientos relativos a la solución de diferencias. En virtud de este mandato, las PARTES CONTRATANTES acordaron lo siguiente:

"Con el fin de asegurar la solución pronta y efectiva de las diferencias en beneficio de todas las partes contratantes, las negociaciones tendrán por finalidad mejorar y fortalecer las normas y procedimientos del proceso de solución de diferencias, reconociendo al mismo tiempo la contribución que prestarían normas y disciplinas del GATT más eficaces y exigibles. Las negociaciones deberán incluir la elaboración de disposiciones adecuadas para la supervisión y control del procedimiento, que faciliten el cumplimiento de las recomendaciones adoptadas".¹⁷

En un decidido esfuerzo para fortalecer las normas y procedimientos del mecanismo de solución de diferencias, se emprendió un proceso de negociaciones mucho más abarcadoras, que incluyeron no sólo el comercio de mercancías sino también el de servicios, así como los aspectos de derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Las sucesivas medidas adoptadas en esta dirección por las PARTES CONTRATANTES culminaron en la Reunión Ministerial de Mitad de Período de la Ronda Uruguay, con la adopción de la Decisión del 12 de abril de 1989, que contenía un nuevo conjunto de mejoras que, una vez más, serían aplicadas a título experimental hasta la finalización de la Ronda.¹⁸

Esta Decisión fue el producto de arduas negociaciones entre los participantes de la Ronda Uruguay y, en efecto, fue la precursora del ESD. Muchos de los delegados que trabajaron en su redacción participaron luego en la elaboración del texto del ESD en las etapas finales de las negociaciones generales.

En la Decisión de 1989, los grupos especiales fueron, una vez más, objeto de especial atención en lo relativo a su establecimiento, su mandato (que sería uniforme a menos que las partes en la diferencia acordaran lo contrario) y su composición (normalmente tres integrantes, a menos que las partes acordaran cinco). Se fijaron los plazos para las fases sucesivas del trabajo de los grupos especiales, y se determinó que los grupos especiales debían presentar sus informes en un plazo normal de seis meses, que podría prorrogarse por tres meses más. De existir pluralidad de partes reclamantes en una misma diferencia, se prefería el establecimiento de un único grupo especial, a los fines de evitar engorrosas duplicaciones de funciones y las demoras consiguientes. Se afianzaron aún más los derechos de los terceros. En relación con las medidas tomadas por los países en desarrollo, la Decisión contempló una ampliación de la fase de consultas, siempre que ésta no llevara a exceder el plazo máximo total de quince meses contados desde el momento de la presentación de la reclamación inicial hasta la adopción de una decisión en relación con el informe del grupo especial por parte del Consejo del GATT, a menos que las partes acordaran lo contrario.

Se confirmó la norma del consenso para la adopción de los informes de grupos especiales. Volvió a afirmarse la necesidad de evitar cualquier tipo de demoras en el sistema de solución de diferencias. Obviamente, el recurrir a la obstrucción siguió siendo posible.

Se fomentó aún más la cooperación técnica prestada por parte de la Secretaría a los países en desarrollo en particular y a todas las partes contratantes en general. Sin embargo, fueron mínimas las repercusiones que en la práctica tuvo esta disposición, y en el Acuerdo sobre la OMC se retomó este tema con mayor énfasis.

Por último, se declaró que el pronto cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones de las PARTES CONTRATANTES era esencial para la eficacia del sistema de solución de diferencias. Se encomendó al Consejo del GATT la vigilancia de la aplicación de las decisiones tomadas de acuerdo con el párrafo 2 del Artículo XXIII y se determinó que dicho órgano debía mantener estas cuestiones en su orden del día hasta tanto se las resolviera de manera definitiva. A los efectos de ejercer mayor presión sobre las partes contratantes que

¹⁷ Declaración Ministerial de Punta del Este sobre el inicio de las negociaciones de la Ronda Uruguay, Declaración del 20 de septiembre de 1986 (Secretaría del GATT, IBDD 335/44).

¹⁸ Decisión del 12 de abril de 1989 relativa a mejoras de las normas y procedimientos de solución de diferencias del GATT (Secretaría del GATT, IBDD 36S/61).

habían violado sus obligaciones emergentes del GATT, se contempló que las mismas debían presentar un informe escrito ante el Consejo antes de cada una de sus sesiones, en el que explicarían las medidas adoptadas tendientes a dar cumplimiento a sus compromisos.

En cuanto a los países en desarrollo, el Consejo debía considerar qué otras medidas podría tomar, adecuadas a las circunstancias, de conformidad con los párrafos 21 y 23 del Entendimiento de 1979. Esta disposición recuperó un compromiso previo, pero no lo modificó.

Quienes estén familiarizados con los contenidos del ESD percibirán fácilmente que, durante la era del GATT, se estableció un completo y detallado sistema de solución de diferencias, formulado a partir del texto básico de los Artículos XXII y XXIII, a través de sucesivas correcciones y mejoras que culminaron en la Decisión de 1989.

Cabía suponer que los gobiernos adoptarían el sistema tal como había quedado establecido en la Decisión de 1989, como un mecanismo apto para resolver las diferencias que surgieran en la inminente OMC. El hecho de que no lo hicieran y que, por el contrario, ejercieran aún mayor presión para lograr un texto revisado y definitivamente más sólido, responde básicamente a dos motivos relacionados entre sí. En primer lugar, eran todos conscientes de que, independientemente de las mejoras incorporadas, la Decisión de 1989 dejaba significativos vacíos en el sistema. En segundo lugar, el volumen y la importancia de los nuevos compromisos emergentes de la Ronda Uruguay requerían un sistema de solución de diferencias que asegurara a todos y cada uno de los países una salvaguarda garantizada en caso de que algún otro país incurriera en alguna infracción.

Debía existir un equilibrio entre la aceptación de mayores obligaciones y la certeza de que se honrarían las ventajas comerciales obtenidas. Sólo así se podría garantizar un balance aceptable para todos los participantes entre las concesiones dadas y las recibidas.

Recordemos que durante su primer medio siglo de vida, el GATT era el dominio casi indiscutido de los negociadores comerciales, quienes aplicaban allí sus habilidades y experiencias particulares. El sistema de solución de diferencias era un reflejo de esta situación, en la que estos duros negociadores comerciales se empeñaban en asegurar que la aplicación de los Artículos XXII y XXIII siguiera el ritmo del gradual desarrollo del cuerpo de obligaciones que estaba generándose paulatinamente. En virtud de las nuevas condiciones, esto debió modificarse.

II. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC: EL ESD Y LA OMC

Cuando los participantes de la Ronda Uruguay acordaron que debían avanzar decididamente hacia un mecanismo más preciso, debieron también pasar del sistema reinante –con su arraigado énfasis en las soluciones negociadas– a uno de naturaleza más judicial.

En esta dirección apuntan generalmente las críticas que el ESD ha recibido: se lo tilda de ser en la realidad sólo un mecanismo cuasijudicial. Sin embargo, en vista de la experiencia anterior, esto es lo máximo que cualquier observador racional, al tanto del contexto político imperante, podría haber esperado en ese momento en particular.

Podríamos de paso mencionar que la Decisión Ministerial que estableció que el ESD habría de ser sometido a un examen integral dentro de los cuatro años siguientes a la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC también dispuso que –en tal ocasión– se decidiría mantener, modificar o dejar sin efecto el ESD.¹⁹ Una vez más, primó la típica cautela del GATT, aunque resulta difícil imaginar a los Miembros de la OMC modificando radicalmente, y menos aún dejando sin efecto, el ESD después de casi diez años de experiencia en su aplicación.

¹⁹ Decisión sobre Aplicación y Examen del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, adoptada el 15 de diciembre de 1993.

El ESD representa un hito en la transición que permitió dejar atrás determinadas cuestiones –a las que ahora nos referiremos– y colocó a la OMC en los umbrales de introducir plenamente el imperio de la ley en su mecanismo de solución de diferencias.

No hubo de sorprender que los gobiernos quisieran aprovechar la experiencia acumulada durante el GATT. El párrafo 1 del Artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC establece que salvo disposición en contrario en el Acuerdo sobre la OMC o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexados al mismo, la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria observadas de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947. Y particularmente en relación con el ESD, los Miembros afirman en su Artículo 3 su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta ese momento al amparo de los Artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el ESD.

Esta declaración general, junto con el Artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, garantizó la preservación del acervo del GATT acopiado durante casi medio siglo.²⁰

Un análisis exhaustivo acerca de los antecedentes, el proceso de negociación y las justificaciones de todas las modificaciones que el ESD introdujo en el sistema del GATT de 1947 excedería ampliamente el alcance de este trabajo. Por lo tanto, nos limitamos a dar una reseña a grandes rasgos de las innovaciones más prominentes y que merecen especial atención.

Mencionamos antes la coexistencia de distintas obligaciones para distintas partes contratantes del GATT como resultado de la aceptación de los Acuerdos de la Ronda de Tokio. Hubo amplio consenso acerca de que esa situación no podía persistir una vez concluida la Ronda Uruguay. Con el fin de garantizar la uniformidad general de las obligaciones y ventajas, no se aceptó ninguna reserva respecto de ninguno de los acuerdos de la OMC. Asimismo, los acuerdos de la Ronda de Tokio quedaron absorbidos por los nuevos acuerdos negociados, y desaparecieron como instrumentos independientes.

El Artículo 1 del ESD establece que éste será aplicable a todos los acuerdos de la OMC (también llamados "acuerdos abarcados"). Como algunos de los acuerdos abarcados contienen normas y procedimientos especiales o adicionales en materia de solución de diferencias, tales normas y procedimientos se describen en detalle, y el ESD especifica que los mismos prevalecerán por sobre los establecidos en el ESD, en caso de que exista discrepancia entre ellos. Si bien hubiera sido conveniente evitar estas disposiciones especiales, lo cierto es que la dinámica de las negociaciones de la Ronda Uruguay –fundamentalmente en sus etapas finales, en las que varios grupos se reunían día y noche, con la presión de los plazos, para acordar una gran cantidad de textos sobre temas muy diversos– no permitió que existiera una coordinación integral sobre estas cuestiones. De todos modos, no queda claro si tal esfuerzo hubiera sido fructífero porque, a menudo, la incorporación de una norma o un procedimiento en particular era esencial para alcanzar un acuerdo final en el asunto en debate, por razones que eran bien conocidas por los especialistas a cargo de las negociaciones.

En varias diferencias sustanciadas en el marco de la OMC, los grupos especiales y el Órgano de Apelación definieron estas discrepancias con considerable precisión, y demostraron que la coexistencia de una norma especial y una de carácter general no constituye un obstáculo insalvable para la resolución de una diferencia. Por ejemplo, en el caso *Guatemala – Investigación antidumping sobre el cemento Portland proveniente de México*, el Órgano de Apelación dejó en claro que la norma general y la norma especial se aplican en forma acumulativa y que las normas especiales prevalecen sobre las generales, sólo en la medida en que exista una *discrepancia* entre las mismas.

²⁰ Así, el Órgano de Apelación en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* consideró en este contexto, por ejemplo, que "[l]os informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT". Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

"El párrafo 2 del Artículo 1 del ESD dispone que "las normas y procedimientos del presente Entendimiento se aplicarán *sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales* que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados y se identifican en el apéndice 2 del presente Entendimiento" (la cursiva es nuestra). Establece, además, que esas normas y procedimientos especiales o adicionales "prevalecerán" sobre las disposiciones del ESD "en la medida en que exista una *discrepancia*" entre las dos series de disposiciones (la cursiva es nuestra). En consecuencia, si no hay ninguna "discrepancia", se aplicarán *conjuntamente* las normas y procedimientos del ESD y las disposiciones especiales o adicionales de los acuerdos abarcados. En nuestra opinión, *sólo* deben *prevalecer* esas disposiciones en caso de que *no sea posible* considerar que las disposiciones del ESD, de una parte, y las normas y procedimientos especiales y adicionales, de otra, se *complementan* recíprocamente. Sólo podrá llegarse a la conclusión de que una disposición especial *prevalece* sobre una disposición del ESD en el supuesto de que el cumplimiento de una disposición lleve aparejada la vulneración de la otra, es decir, en caso de *conflicto* entre ellas. Así pues, el intérprete, *antes* de llegar a la conclusión de que *prevalece* la disposición especial o adicional y de que la disposición del ESD no es aplicable, debe identificar la existencia de una *incompatibilidad o discrepancia* entre una y otra disposición".²¹

La creación del Órgano de Solución de Diferencias como el órgano máximo de la OMC encargado de administrar el ESD ha dado excelentes resultados. El hecho que en su orden del día sólo se incluyan temas relativos a la solución de diferencias garantiza que la atención se concentre exclusivamente en estos asuntos, y los miembros participan en animados –y a veces acalorados– debates que no sólo son muy instructivos sino que, además, sirven para demostrar la creciente importancia que se le asigna a la adecuada solución de las diferencias y al funcionamiento del ESD propiamente dicho.

Las decisiones del OSD se adoptan de acuerdo con el principio del consenso,²² en sintonía con el procedimiento utilizado durante la vigencia del GATT. De hecho, el Artículo IX del Acuerdo sobre la OMC dispone que la OMC mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del GATT de 1947. Debemos subrayar la palabra "práctica" ya que tanto el Artículo XXV del GATT –incorporado al Acuerdo sobre la OMC– como los Artículos IX y X del Acuerdo sobre la OMC contemplan el procedimiento de votación, y de hecho, algunas cuestiones de la OMC se someten a votación.

El establecimiento de un Órgano de Apelación permanente fue, por cierto, una de las innovaciones más significativas en relación con la anterior práctica del GATT. El Órgano de Apelación se creó para garantizar la máxima calidad de los informes mediante la incorporación de un segundo filtro de carácter jurídico. También podría considerarse que el Órgano de Apelación se instituyó como una compensación de la aceptación de la norma del consenso negativo. Debido a la composición y la naturaleza de los grupos especiales, sus miembros cuentan con plazos para cumplir sus funciones. Si bien el Órgano de Apelación también está sujeto a rígidos plazos, sus miembros dedican todas sus energías a casos específicos y así pueden abocarse a su exhaustivo análisis y debate. La emisión de informes de alta calidad por parte de los grupos especiales y el posterior examen minucioso del Órgano de Apelación inevitablemente generan un producto final mejor del que se obtenía con el sistema anterior.

Las apelaciones sólo versan sobre cuestiones de derecho contempladas en el informe del grupo especial, incluidas las interpretaciones de carácter jurídico. Así, al Órgano de Apelación le está prohibido efectuar constataciones de hecho y reexaminar *de novo* las constataciones de hecho efectuadas por los grupos especiales. Sin embargo, aun observando estrictamente esta disposición, una Sección del Órgano de Apelación que entienda en un caso en particular puede, y de hecho lo hace, aclarar los hechos sobre los que versa el informe del grupo especial, a través del extensísimo interrogatorio característico de la audiencia en la que intervienen ambas partes. La Sección tiene la ventaja de contar con toda la documentación del caso, así como con el análisis y

²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala – Investigación antidumping sobre el cemento Portland proveniente de México*, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998, párrafo 65.

²² Según la nota 1 del ESD, "[s]e 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".

las constataciones de los grupos especiales. Este voluminoso material aporta la información de referencia suficiente para la tarea de la Sección y a menudo constituye la base para la formulación de nuevos razonamientos y para una percepción aún más profunda de los elementos principales del caso.

En ocasiones, la Sección ha discrepado con la evaluación que el grupo especial hizo de los hechos para llegar a sus constataciones, y ha considerado conveniente reformular el razonamiento jurídico del grupo especial sobre los mismos hechos. Así, por ejemplo, en el caso *Canadá – Publicaciones* el Órgano de Apelación revocó las constataciones del grupo especial en relación con la similitud de los productos en cuestión, de acuerdo con la primera oración del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994, pero completó el análisis jurídico acerca de la posibilidad de sustituir los productos en cuestión, de acuerdo con la segunda oración del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994.²³

La existencia de procedimientos de trabajo extremadamente exigentes garantiza que sea imposible que surja un conflicto de intereses entre cualquiera de los miembros del Órgano de Apelación.²⁴ Las actuaciones son de carácter confidencial, están prohibidas las comunicaciones *ex parte* y las opiniones expresadas a título individual en los informes del Órgano de Apelación son anónimas. Estas disposiciones han sido aplicadas y respetadas con notable rigor por los gobiernos, el Órgano de Apelación y la Secretaría.

Si bien los miembros del Órgano de Apelación pueden votar –si lo consideran necesario– para aprobar un informe o una parte del mismo, es digno de destacar que hasta hoy sólo en una oportunidad se registró una opinión disidente.²⁵ Dada la delicada y a menudo compleja naturaleza de muchas de las apelaciones, no resulta difícil comprender que este singular grado de unanimidad entre personalidades fuertes sólo ha sido posible a través de intensos y extensos intercambios de opiniones tendientes a ahondar exhaustivamente en las cuestiones, sin dejar de considerar ningún principio, argumento ni hecho pertinente. De hecho, el análisis meticuloso y riguroso ha demostrado ser la clave para que el Órgano de Apelación emita informes estrictamente ajustados a derecho.

Los grupos especiales y el Órgano de Apelación se encuentran, como debe ser, bajo el escrutinio constante de los Miembros de la OMC. En las reuniones del Órgano de Solución de Diferencias, sus informes son objeto de elogio y censura por parte de las distintas delegaciones. La prensa y el mundo académico a su vez también analizan estos informes con fuerte espíritu crítico. El Órgano de Apelación es plenamente consciente de la variedad de opiniones que sus constataciones generan. No obstante, el ESD establece que tales opiniones no podrán tener ningún efecto disuasivo sobre el Órgano de Apelación. En sus deliberaciones no deberá inmiscuirse ningún factor extraño. Probablemente, la mejor garantía de su objetividad y equidad que tienen los Miembros es la actitud resuelta que el Órgano de Apelación ha demostrado al momento de fallar en casos harto difíciles y controvertidos.

Los grupos especiales y el Órgano de Apelación no pueden incrementar o disminuir los derechos y obligaciones contemplados en los acuerdos abarcados. El Órgano de Apelación no tiene facultad para reenviar la causa al grupo especial y, en consecuencia, debe resolver toda apelación que se sustancie ante él. Si bien esta situación es deseable en el sentido de que el automatismo del sistema no se ve menoscabado y se evitan demoras, debemos tener en cuenta que las disposiciones de la OMC no siempre constituyen un modelo de claridad y, a veces, apenas sirven de guía. Además, por motivos de economía judicial, los grupos especiales no siempre constatan todos los hechos ni resuelven todas las cuestiones planteadas por las partes, y el Órgano de Apelación, luego de revocar una constatación de un grupo especial, no necesariamente cuenta con todos los elementos fácticos requeridos para examinar el fondo de un reclamo y completar el análisis jurídico.

²³ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997.

²⁴ Órgano de Apelación, Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/7, 1º de mayo de 2003; Órgano de Solución de Diferencias, Normas de conducta para la aplicación del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimiento por los que se Rige la Solución de Diferencias, WT/DSB/RC/1, 11 de diciembre de 1996.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, págs. 149-154. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

El Acuerdo sobre la OMC traza una clara línea que los grupos especiales y el Órgano de Apelación no pueden trasponer. Sólo la Conferencia Ministerial y el Consejo General, en virtud del párrafo 2 del Artículo IX del Acuerdo sobre la OMC, pueden adoptar interpretaciones autorizadas sobre los acuerdos de la OMC, y sólo si las mismas se aprueban por mayoría de tres cuartos de los Miembros. Al día de hoy, no se ha presentado ninguna propuesta de interpretación conforme a esta disposición. En ciertas oportunidades, algunos Miembros han sostenido que el Órgano de Apelación ha traspasado esta línea. Por ejemplo, en la reunión del Órgano de Solución de Diferencias en la que se adoptó el Informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos – Medidas que tratan como subvenciones las limitaciones de las exportaciones* (WT/DS194/R), el representante de los Estados Unidos planteó que la interpretación en abstracto del grupo especial en cuanto a si las restricciones a las exportaciones podrían o no constituir una contribución financiera a tenor del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) era una tarea que competía exclusivamente a la Conferencia Ministerial y al Consejo General, según lo establece el párrafo 2 del Artículo IX del Acuerdo sobre la OMC.²⁶ En la reunión del OSD en la que se adoptó el Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Australia – Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles – Recurso al párrafo 5 del Artículo 21 del ESD por los Estados Unidos*, el representante del Japón expresó su opinión acerca de que la interpretación por parte del grupo especial de la frase "el grupo especial recomendará que el Miembro que concede esa subvención la retire sin demora", tal como lo establece el Artículo 4.7 del Acuerdo SMC, interfería con la autoridad de la Conferencia Ministerial y del Consejo General estipulada en el párrafo 2 del Artículo IX del Acuerdo sobre la OMC.²⁷

Aquí debe establecerse un delicado equilibrio. El Órgano de Apelación está obligado a resolver adecuadamente todas las reclamaciones tramitadas ante él. Naturalmente, debe fundamentar sus argumentos en el significado de las disposiciones aplicables, que emana de su texto. De algún modo, podría decirse que determinar el significado de una disposición equivale a interpretarla. Sin duda, no es esto lo que establece el Artículo IX del Acuerdo sobre la OMC. Debe concluirse que el Órgano de Apelación tiene conocimiento de esta distinción y de la necesidad de respetar el Artículo IX, así como que los Miembros también entienden esta diferenciación.

El Órgano de Apelación también es consciente de que, en virtud del párrafo 2 del Artículo 3 del ESD, uno de los objetivos del sistema de solución de diferencias de la OMC es "aclarar las disposiciones vigentes [del Acuerdo sobre la OMC] de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". En este respecto, el Órgano de Apelación, ya desde la primera apelación,²⁸ circunscribió la interpretación de las disposiciones de la OMC a los principios generales de interpretación del derecho internacional público establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y reconoció que la interpretación "ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado. El intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado".²⁹

En el contexto del GATT de 1947, una de las debilidades más notables del sistema era el hecho de que cualquiera de las partes contratantes tuviese la facultad de obstaculizar el proceso de solución de diferencias negando específicamente el consenso. A pesar de las numerosas exhortaciones y recomendaciones contenidas en sucesivos pronunciamientos de los gobiernos en los que se favorecía el tratamiento expedito de las diferencias, el GATT quedó esclavo de esta práctica. En consecuencia, las partes contratantes a menudos desistían de aprovechar procedimientos que no les ofrecían garantía de un trato justo, ya que la aprobación del informe de un grupo especial favorable a sus intereses podía quedar obstaculizada indefinidamente por la parte contraria.

El ESD eliminó este serio impedimento mediante la aprobación del principio del consenso negativo para el establecimiento de los grupos especiales, la aprobación por parte del OSD de los informes de los grupos

²⁶ Órgano de Solución de Diferencias, Acta de la reunión celebrada el 23 de agosto de 2001, WT/DSB/M/108, párrafo 49.

²⁷ Órgano de Solución de Diferencias, Acta de la reunión celebrada el 11 de febrero de 2000, WT/DSB/M/75, pág. 9.

²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS4/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, págs. 15-16. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

²⁹ *Ibidem*, pág. 27.

laudo.³¹ En los primeros de estos arbitrajes, los árbitros establecieron que el plazo prudencial era de alrededor de 15 meses. La tendencia posterior fue disminuir dicho plazo prudencial. Hasta la fecha, el plazo prudencial más breve fue de seis meses, en el asunto *Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*.

Puede ocurrir que, una vez que un Miembro cumpla con las recomendaciones y resoluciones del OSD, surja un desacuerdo en cuanto a si la nueva medida es compatible o no con un acuerdo abarcado. De hecho, en catorce diferencias las partes reclamantes (y la parte demandada en una oportunidad) recurrieron al procedimiento contemplado en el párrafo 5 del Artículo 21 a los fines de que los grupos especiales y el Órgano de Apelación evaluaran si las medidas adoptadas por las partes demandadas para dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD eran compatibles con la normativa de la OMC.³² En dos de estas ocasiones, las partes reclamantes recurrieron más de una vez a este procedimiento.

De acuerdo con el ESD, tal desacuerdo "se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias". Esto implica, desde ya, cumplir una vez más las etapas de consultas, procedimientos de los grupos especiales y examen del Órgano de Apelación, lo que obviamente ocasiona otra larga demora en el proceso de solución de la diferencia. Como el grupo especial (y el Órgano de Apelación) ya han analizado minuciosamente las cuestiones, resultaría conveniente –en pos de lograr la pronta solución de la diferencia– acortar considerablemente el plazo en cuestión. Este tema requeriría la exhaustiva consideración de los Miembros en el examen del ESD.

En la práctica, las actuaciones para la solución de diferencias en la OMC,³³ desde la fecha de establecimiento del grupo especial hasta la adopción de los informes del Órgano de Apelación, han durado entre 357³⁴ y 862³⁵ días, con un promedio de 516 días. Debe tenerse en cuenta que, entre 1995 y 1998, se registró un incremento constante de la duración promedio; en 1999, ésta cayó para volver a aumentar de 1999 a 2001 y, por último, disminuir desde 2001 hasta 2003. Como se muestra en el cuadro siguiente, en 1995 el promedio de duración fue de 404 días, el cual subió en 1996 a 444 días, en 1997 a 550 días y, finalmente, en 1998 a 562 días. En 1999, la duración promedio se redujo a 514 días, pero en el año 2000 volvió a incrementarse a 538 días, y en 2001 aumentó a 563 días. La duración promedio bajó a 520 días en 2002 y, durante el año 2003, creció a 553 días.

³¹ *Estados Unidos – Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea*, WT/DS202/17, 26 de julio de 2002. En el caso *Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246, la emisión del laudo está aún pendiente.

³² Esto ocurrió en *Estados Unidos – Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas*, WT/DS212; *Comunidades Europeas – Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India*, WT/DS141; *Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos*, WT/DS103, WT/DS113 (dos procedimientos a tenor del párrafo 5 del Artículo 21); *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "Empresas de Ventas en el Extranjero"*, WT/DS108; *México – Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos*, WT/DS132; *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58; *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves* (dos procedimientos a tenor del párrafo 5 del Artículo 21); *Estados Unidos – Imposición de derechos antidumping a los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) de un megabit como mínimo procedentes de Corea*, WT/DS99; *Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70, WT/DS71; *Australia – Prohibición de las importaciones de salmón procedentes del Canadá*, WT/DS18; *Australia – Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles*, WT/DS126, y *CE – Bananos*, WT/DS27/15 (dos procedimientos distintos a tenor del párrafo 5 del Artículo 21, uno iniciado por la parte reclamante original y el otro por la parte demandada).

³³ Con excepción de los procedimientos a tenor del párrafo 5 del Artículo 21, del párrafo 3 del artículo 21 y del Artículo 22 del ESD.

³⁴ El tiempo más breve de resolución se logró en el asunto *Estados Unidos – Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*, WT/DS24. El grupo especial se estableció el 5 de marzo de 1996 y el informe del Órgano de Apelación se adoptó el 25 de octubre de 1997.

³⁵ El tiempo más largo de resolución se dio en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135. El grupo especial se estableció el 25 de noviembre de 1998 y el informe del Órgano de Apelación se adoptó el 5 de abril de 2001.

especiales y del Órgano de Apelación y la autorización para suspender concesiones u obligaciones otorgadas o contraídas al amparo del Acuerdo sobre la OMC. En virtud de este nuevo criterio, el establecimiento de los grupos especiales, la adopción de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación y la autorización para suspender concesiones otorgadas o contraídas a tenor del Acuerdo sobre la OMC quedan automáticamente aprobados por el OSD *a menos que* se obtenga consenso para no establecer un grupo especial, no adoptar un informe o no suspender concesiones u obligaciones.

El automatismo de los procedimientos de solución de diferencias se ve aún más fortalecido por la existencia de plazos máximos para la etapa de consultas, para el establecimiento de los grupos especiales, para sus mandatos y su composición y para la presentación de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. En total, desde la solicitud de celebración de consultas hasta la adopción de los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación, el procedimiento tiene una duración de dieciséis a veinte meses.

Hasta el momento, las constataciones y recomendaciones del OSD han coincidido siempre con las de los informes de los grupos especiales o las de los informes de los grupos especiales que contienen modificaciones introducidas por el Órgano de Apelación, en los casos en que se haya interpuesto apelación. En razón de la norma del consenso negativo, es poco factible que esta práctica se modifique, al menos en el futuro previsible.

Una vez que el OSD se ha pronunciado, el Miembro afectado debe aplicar las recomendaciones y resoluciones correspondientes, y el Artículo 21 del ESD estipula que el OSD deberá desempeñar la función de vigilancia para asegurar que tal aplicación se lleve debidamente a cabo.

Puede darse el caso de que los Miembros no siempre estén en condiciones –aunque sí estén dispuestos– de aplicar las recomendaciones y resoluciones de forma inmediata. Por ejemplo, una ley vigente que viola los compromisos de la OMC no puede derogarse de la noche a la mañana. A veces, a causa de la situación interna de un país Miembro, éste puede realizar intentos para demorar la aplicación de las recomendaciones y resoluciones. Los Miembros cuentan con un tiempo prudencial para dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones. Este plazo puede ser propuesto por el Miembro afectado y aprobado por el OSD, o bien acordado por las partes intervinientes dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la adopción de las recomendaciones y resoluciones. Si no se emplea ninguno de estos dos procedimientos, las partes pueden recurrir a un arbitraje expedito de carácter vinculante. El árbitro debe guiarse por la siguiente pauta: el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones no podrá superar los quince meses a partir de la fecha de adopción del informe. Sin embargo, también se estipula que el plazo puede ser menor o mayor, según las circunstancias del caso. Por lo tanto, en la práctica, el árbitro tiene bastante margen de acción, y su decisión se verá influenciada por las circunstancias del caso.

En la práctica, se recurrió al arbitraje contemplado en el párrafo 3 del Artículo 21 en dieciocho diferencias. En dieciséis de los dieciocho arbitrajes sustanciados de acuerdo con el párrafo 3 del Artículo 21, los árbitros emitieron laudos,³⁰ mientras que en un solo caso las partes llegaron a un acuerdo y no se dictó un

³⁰ Esto ocurrió en *Estados Unidos – Ley de Compensación*, WT/DS217/14, WT/DS234/22, 13 de junio de 2003; *Chile – Productos agrícolas*, WT/DS207/13, 17 de marzo de 2003; *Estados Unidos – Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón*, WT/DS184/13, 19 de febrero de 2002; *Argentina – Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, WT/DS155/10, 31 de agosto de 2001; *Canadá – Período de protección mediante patente*, WT/DS170/10, 28 de febrero de 2001; *Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136/11, WT/DS162/14, 28 de febrero de 2001; *Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160/12, 15 de enero de 2001; *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/12, WT/DS142/12, 4 de octubre de 2000; *Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*, WT/DS114/13, 18 de agosto de 2000; *Chile – Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS87/15, WT/DS110/14, 23 de mayo de 2000; *Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 de junio de 1999; *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/9, 23 de febrero de 1999; *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS54/15, WT/DS55/14, WT/DS59/13, WT/DS64/12, 7 de diciembre de 1998; *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (Hormonas)*, WT/DS26/15, WT/DS48/13, 29 de mayo de 1998; *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/15, 7 de enero de 1998; *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/15, WT/DS10/15, WT/DS11/13, 14 de febrero de 1997.

Año	Tiempo Promedio (en días) transcurrido desde el establecimiento del Grupo Especial hasta la adopción del Informe del Órgano de Apelación
1995	404
1996	444
1997	550
1998	562
1999	514
2000	538
2001	563
2002	520
2003	553

En la mayoría de estos casos, la duración de los procedimientos de solución de diferencias guarda relación directa con la duración de las actuaciones de los grupos especiales antes que con la de cualquier otra etapa del proceso de resolución. En cierto modo, la prolongación excesiva de algunas diferencias genera inquietudes válidas acerca de la posibilidad de que los beneficios del automatismo en el establecimiento de los grupos especiales y la adopción de los informes de dichos grupos o del Órgano de Apelación estén siendo afectados por la existencia de impedimentos procesales que obstaculizan la etapa de los grupos especiales.

El Artículo 22 del ESD versa sobre los casos extremos de compensación y suspensión de concesiones. En coherencia con el principio de que los procedimientos de solución de diferencias tienen por objeto garantizar la conformidad de las medidas en cuestión con los acuerdos abarcados, se considera que la compensación y suspensión de concesiones constituyen el recurso alternativo más efectivo hasta que se concrete la plena conformidad. El texto de la disposición refleja fielmente este principio. La primera fase en tales situaciones es la negociación de una compensación mutuamente aceptable. De no lograrse consenso en este sentido, veinte días después del vencimiento del plazo prudencial la parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias puede solicitar la autorización del OSD para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones en relación con el Miembro afectado hasta el nivel equivalente a la anulación o menoscabo que haya tenido lugar.

El OSD autoriza la suspensión de acuerdo con la norma del consenso negativo. Sin embargo, si el Miembro afectado formula objeciones, el asunto se somete a un arbitraje vinculante, el cual deberá resolverse dentro de los sesenta días.

La suspensión de concesiones u otras obligaciones es temporaria y sólo puede aplicarse hasta que se produzca la resolución definitiva; el ESD ejerce la vigilancia de la cuestión hasta tal momento.

Como ya quedó dicho, el objeto del ESD es hallar una solución positiva para una diferencia. Este es un objetivo razonable y, de hecho, necesario. De no serlo, el sistema de solución de diferencias correría el riesgo de convertirse en un mecanismo en el que se tolerarían las infracciones por períodos indefinidos siempre que las partes perjudicadas pudieran a su vez suspender obligaciones o concesiones equivalentes. Éste sería un escenario propicio para deshacer compromisos que ha costado mucho esfuerzo conseguir e, inevitablemente, debilitaría a la OMC. El principio es entonces atinado, pero sería aconsejable hacerlo más eficiente reduciendo determinados plazos.

Volviendo a la antigua práctica obstruccionista del GATT, en la Ronda Uruguay prevaleció la posición de que la misma no debía tolerarse en la OMC. En este respecto existía gran preocupación acerca de cómo resultaría la aplicación del Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos. La norma del consenso negativo constituye de por sí un instrumento adecuado para evitar la obstrucción, pero un cierto número de participantes pretendían que se aprobara un compromiso inequívoco que impidiera que prosperaran

III. LA REFORMA DEL ESD Y LOS PRÓXIMOS DESAFÍOS QUE ENFRENTARÁ EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Ya está en curso el proceso de examen del ESD y los Miembros han presentado propuestas en relación con todas las etapas del proceso de solución de diferencias. Con excepción de algunas disposiciones, todo el ESD está siendo analizado minuciosamente por los Miembros.³⁹ Sin embargo, dada la actual estructura del sistema, consideramos que algunas propuestas tendrían implicaciones más profundas que otras⁴⁰ porque pueden alterar la forma en se concibió el sistema, virando más decididamente hacia un sistema más judicializado. Entre las propuestas en análisis, cuatro son de particular importancia: el establecimiento de un grupo especial permanente, el otorgamiento de la facultad de reenvío al Órgano de Apelación, la posibilidad de adoptar en forma parcial un informe del Órgano de Apelación y la eficacia de las medidas correctivas existentes para los casos de infracción de la normativa de la OMC.

En cuanto al establecimiento de un grupo especial permanente, las Comunidades Europeas sugieren que los grupos especiales estén integrados por personas incluidas en una lista permanente de candidatos confeccionada por el OSD. Una vez establecido un grupo especial, sus integrantes deben ser designados de manera aleatoria por el Director General de la OMC. No obstante, las partes pueden acordar incluir hasta dos personas que no figuren en la lista, siempre que las mismas cuenten con competencia técnica en el asunto que sea objeto de la diferencia. El número de personas de la lista será el que "determine periódicamente el Consejo General" y "el OSD incluirá a las personas en las listas por períodos de seis años, tras los cuales no se podrá volver a nombrar a ninguna de ellas". La propuesta de las Comunidades Europeas apunta a corregir varios defectos del actual funcionamiento de los grupos especiales, tales como el reiterado desacuerdo de las partes en relación con la composición de dichos grupos; la disponibilidad de personas idóneas para integrarlos para entender no sólo en la diferencia inicial, sino también en cualquier diferencia subsiguiente surgida en relación con la aplicación de las recomendaciones y resoluciones; la falta de experiencia y conocimientos en cuanto al tratamiento de la normativa de fondo de la OMC y, al mismo tiempo, de cuestiones procesales que surjan en los procedimientos de los grupos especiales, y el riesgo de que los distintos informes de dichos grupos contengan interpretaciones divergentes de una misma disposición.⁴¹

Con respecto a investir al Órgano de Apelación de la facultad de reenvío, se ha propuesto que toda vez que el informe del grupo especial o del grupo especial de cumplimiento (párrafo 5 del Artículo 21) no contenga suficientes constataciones de hecho (o suficientes constataciones de hecho no controvertidas) que le permitan al Órgano de Apelación resolver la diferencia, se reenvíe el caso del Órgano de Apelación al grupo especial inicial o al grupo especial de cumplimiento, ya sea directamente –sin la intervención de ninguna de las partes en la diferencia (propuesta de Jordania)– o a través del OSD, a pedido de alguna de las partes en la diferencia (propuesta de las Comunidades Europeas). Como dijimos anteriormente, en virtud del actual sistema, el Órgano de Apelación no está facultado para pronunciarse sobre las cuestiones de hecho de una diferencia. Si bien esta limitación garantiza la función jurídica del Órgano de Apelación, podría tener consecuencias adversas respecto del objetivo de hallar una solución positiva para las partes cuando los grupos especiales fracasen en el proceso de constatación de los hechos o cuando, en ejercicio de la economía judicial, no efectúen las constataciones de hecho necesarias que, en la instancia de la apelación, permitirían al Órgano de Apelación resolver la diferencia. El establecimiento de la facultad de reenvío al grupo especial por parte del Órgano de Apelación tiene por finalidad brindar a las partes en una diferencia un recurso para evitar el *non*

³⁹ OMC, *Órgano de Solución de Diferencias en sesión extraordinaria, Recapitulación de propuestas*, JOB(03)/10/Rev.3, 17 de marzo de 2003. Los autores también han considerado todas las propuestas presentadas con posterioridad a la fecha de esta recopilación.

⁴⁰ Algunas propuestas simplemente reflejan el acuerdo de los Miembros en cuanto a la práctica existente (por ejemplo, el examen de la "cuestión de la secuencia" sobre la base de la práctica actual) o representan cambios menores en el desarrollo de las actuaciones (por ejemplo, que la parte reclamante solicite el establecimiento de los grupos especiales en la primera reunión del OSD), pero no implican un cambio sustancial en relación con la estructura del actual ESD.

⁴¹ *Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora y a la aclaración del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, Comunicación de las Comunidades Europeas, TN/DS/W/38, 23 de enero de 2003.

las acciones unilaterales. El Artículo 23 frustra cualquier intento de unilateralismo, ya que establece expresamente que los Miembros que participen en procedimientos de solución de diferencias deben observar estrictamente las disposiciones correspondientes del ESD y no pueden adoptar ningún otro curso de acción.

Es cierto que las obligaciones que establece el Artículo 23 ya están incluidas en otras disposiciones del ESD y que, en este sentido, el Artículo contiene disposiciones redundantes. Sin embargo, su redacción fue la respuesta a una experiencia del antiguo GATT que la gran mayoría de los países no quería repetir. El Artículo 23 tiene un considerable tono político y ciertamente trajo alivio a las serias preocupaciones planteadas durante la Ronda Uruguay.

En razón del contenido del Artículo 23, podría haberse temido que los países recurrieran a otros medios para desalentar la interposición de reclamaciones contra ellos, como el ejercicio de presiones bilaterales, la amenaza de retorsión o la no adhesión a la normativa de la OMC. En general, ello no ha ocurrido. Los Miembros han cumplido fielmente su compromiso político con el ESD y, al hacerlo, han fortalecido tanto al ESD como a la OMC. Es parte del juego recurrir a todas las disposiciones posibles para defender los intereses nacionales, y así ha procedido la mayoría de los Miembros. Básicamente, los Miembros han tenido escasas oportunidades de invocar el Artículo 23 en las diferencias planteadas.³⁶

Obviamente, la presión sobre los gobiernos se ejerce, por lo general, de manera bilateral y es poco probable que llegue al dominio público. Resultaría imposible determinar en qué grado y con qué frecuencia se ha recurrido a ella en el marco de la OMC, pero dado que la presión es una tradicional herramienta diplomática, sería extraño que se haya abandonado totalmente su práctica.

Sin embargo, cuanta más credibilidad y reconocimiento internacional gane el ESD, menor será el margen para esta prácticas. Las estadísticas muestran que Miembros supuestamente más débiles no han dudado en impugnar a los países más poderosos al amparo del ESD. Este dato puede tomarse como una clara evidencia de la eficacia del ESD.

Entre enero de 1995 y mayo de 2004, la OMC recibió 311 pedidos de celebración de consultas, que llevaron al establecimiento de 106 grupos especiales y a 61 apelaciones.³⁷ Al 26 de marzo de 2004, se habían adoptado 77 informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación y se habían notificado 43 soluciones acordadas de mutuo consentimiento. En contraposición a esto, durante los cuarenta y siete años de funcionamiento del GATT, se notificaron formalmente 235 reclamaciones, 108 de las cuales condujeron al establecimiento de grupos especiales, cuyo informe se adoptó en 95 de dichos casos.³⁸ En perspectiva, podríamos decir que en casi diez años de funcionamiento, la OMC ha recibido más reclamaciones que el GATT y, teniendo en cuenta tanto las diferencias resueltas por la vía procesal como las soluciones acordadas de mutuo consentimiento, ha permitido llegar a más soluciones que el GATT. Así, durante este período, el mecanismo de solución de diferencias se ha afirmado como una herramienta fundamental para garantizar la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio.

La OMC tiene una estructura muy vasta y compleja. Fue erigida para servir a la comunidad internacional y todo lo que haga peligrar su estabilidad tendrá profundas repercusiones negativas para todos. El ESD es un pilar que la fortalece y el apoyo que ha recibido de parte de los Miembros nos demuestra que –con todas las mejoras que puedan incorporársele– es una pieza clave del sistema comercial mundial.

³⁶ Las únicas ocasiones en las que se planteó el Artículo 23 como elemento sustancial de una reclamación fueron los asuntos *Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* (WT/DS152); y *Estados Unidos – Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas* (WT/DS165).

³⁷ Secretaría de la OMC, *Situación de las diferencias en la OMC - Actualización*, WT/DS/OV/20, 26 de marzo de 2004, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm.

³⁸ Organización Mundial del Comercio, *Índice analítico: Guía de las normas y usos del GATT*, (OMC, 1995), Vol. 2; también, R. E. Hudec, *supra*, nota de pie de página N° 4, págs. 417 y siguientes.

liquet o para no verse obligadas a recomenzar todo el procedimiento a causa de una falla en el enlace entre el órgano encargado de las constataciones de hecho y la etapa de la apelación, de naturaleza puramente jurídica. Sin embargo, para ello sería conveniente que los Miembros confirieran mayor flexibilidad en lo que respecta a las prórrogas de los plazos contemplados en el ESD. Es más, también sería aconsejable que en el proceso de composición de los grupos especiales se tuviera debidamente en cuenta la disponibilidad permanente de integrantes en casos de diferencias reenviadas por el Órgano de Apelación.

En relación con la adopción parcial de los informes del Órgano de Apelación, se ha presentado una propuesta que establece que "el OSD podrá decidir por consenso no adoptar una constatación formulada en el informe o las razones en que ésta se base. No será necesario que ninguna de las partes en la diferencia acepte una constatación, o las razones en que ésta se base, que el OSD no haya adoptado".⁴² En virtud de la norma del consenso positivo aplicable en este contexto, esta propuesta parece ser simplemente un llamado de determinados Miembros a reafirmar el poder político que el OSD tiene sobre las decisiones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Puede haber oportunidades en que ciertas constataciones o conclusiones específicas del Órgano de Apelación sobre cuestiones distintas queden aisladas del marco general del informe del Órgano de Apelación o de las constataciones o conclusiones del grupo especial. Sin embargo, no parece ser ésta la regla general, dada la creciente complejidad de las diferencias y las interconexiones entre las constataciones y conclusiones del Órgano de Apelación y las cuestiones decididas anteriormente en la etapa de actuación del grupo especial.

Por último, en lo que hace a la eficacia de los recursos para remediar las infracciones a la normativa de la OMC, un Miembro ha propuesto la introducción de un mecanismo de reparación provisional y algunos Miembros han propuesto la reformulación de la compensación y la autorización para suspender concesiones y obligaciones de distintas maneras. México propuso que la parte reclamante indique en su primera comunicación escrita al grupo especial si la parte demandada debe tomar alguna medida para detener o contrarrestar el perjuicio o amenaza de perjuicio que, de lo contrario, sería difícil reparar si tal medida no se adopta durante el curso del procedimiento. Según esta propuesta, el grupo especial debe autorizar a la parte reclamante a tomar las medidas pertinentes si la parte demandada no demuestra que ha adoptado medidas para detener el perjuicio o la amenaza de perjuicio provocado por la medida en cuestión.⁴³ La introducción de la reparación provisional desalentaría cualquier intento de las partes demandadas de demorar innecesariamente las actuaciones. Al mismo tiempo, garantizaría a la parte reclamante que el daño puede controlarse o, al menos, que puede preservarse el equilibrio de concesiones entre las partes en la diferencia mientras dure la sustanciación de la causa. Sin perjuicio de estas potenciales ventajas, aún queda sin dilucidar si los Miembros estarían dispuestos a delegar tal facultad a un órgano judicial *ad hoc* sin que el OSD ejerza vigilancia alguna. En relación con las formas innovadoras de encarar el tema de la compensación y la autorización para suspender concesiones y obligaciones, Ecuador propuso que la compensación sea de carácter pecuniario.⁴⁴ La inquietud que surge es hasta qué punto tal compensación monetaria, de otorgarse, debería extenderse inmediata e incondicionalmente a todos los Miembros, aplicando el criterio de nación más favorecida (NMF). La suspensión de concesiones es, por definición, discriminatoria. Sin embargo, la compensación aún se regiría por el principio de NMF. México propuso que el derecho de suspender concesiones pueda transferirse a uno o más Miembros hasta un nivel equivalente a la anulación o el menoscabo sufrido por la parte reclamante.

Todas estas propuestas están encaminadas a mejorar la eficacia del sistema a través de modificaciones generadas desde el interior del mismo. No obstante ello, los Miembros siempre deben tener en cuenta que el sistema de la

⁴² *Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias relativas al mejoramiento de la flexibilidad y el control de los Miembros en la solución de diferencias de la OMC, Propuestas de texto presentadas por Chile y los Estados Unidos, TN/DS/W/52, 14 de marzo de 2003.*

⁴³ *Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, Propuesta de México, TN/DS/W/23, 4 de noviembre de 2002.*

⁴⁴ *Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, Propuesta del Ecuador, TN/DS/W/33, 23 de enero de 2003.*

Es útil reflexionar que al abordar la reforma del ESD, los Miembros aún no han tomado debida cuenta de este significativo acontecimiento. El ESD contiene disposiciones que constituyen importantes y reconocidos avances en la solución de diferencias comerciales internacionales, como los relacionados con el derecho de los Miembros a presentar una reclamación, a que la misma se resuelva y a obtener una reparación, derechos que no siempre están contemplados en las disposiciones análogas de los acuerdos celebrados de conformidad con el Artículo XXIV. Esta cuestión se ha vuelto más compleja precisamente en razón de la proliferación. Se nos plantea entonces el interrogante acerca de si la comunidad comercial internacional ha llegado a una situación en la que debe procurar llegar un grado de uniformidad razonable en los procedimientos de solución de diferencias, al menos en los casos en que confluyan intereses de Miembros de la OMC, ya sea en virtud del ESD o de los acuerdos celebrados al amparo del Artículo XXIV.

¿ADÓNDE VA LA OMC?

REFLEXIONES SOBRE LOS DESAFÍOS QUE ENFRENTARÁ EN EL FUTURO EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

RUFUS YERXA¹

INTRODUCCIÓN

El sistema del GATT/OMC ha sido objeto de considerables cambios de fondo desde su creación en 1947. Lo que comenzó como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), un sistema para la reducción gradual de los aranceles juntamente con un marco básico de normas para salvaguardar tales reducciones y prohibir las barreras no arancelarias más abusivas, ha evolucionado hasta convertirse en un conjunto de normas y compromisos mucho más amplios y detallados, que comprenden todos los aspectos sobre cómo se reglamenta el comercio internacional de bienes, y que también abarca ahora el sector de los servicios y esferas tales como la protección de la propiedad intelectual y las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio.

Este régimen de normas comerciales más amplio y detallado, que en la actualidad administra la Organización Mundial del Comercio (OMC), se ha adentrado mucho más en campos que alguna vez estuvieron reservados a la reglamentación nacional, tales como los relativos a las normas técnicas para productos, las medidas sanitarias y fitosanitarias, la política de subsidios y la legislación sobre propiedad intelectual. Más importante aún es que se han fortalecido y tornado más útiles los mecanismos de solución de diferencias del GATT original debido a la participación más amplia de todos los Miembros en las disciplinas de la OMC, así como a que los acuerdos de solución de diferencias son ahora de índole más automática y vinculante.

A pesar de estos notables cambios, la OMC continúa acosada por muchos problemas. Algunos de ellos representan retos que los Miembros de la OMC deben enfrentar si quieren que la Organización sea un sistema verdaderamente universal que proteja la liberalización del comercio y garantice prácticas leales en el comercio mundial. Estos problemas abarcan la ausencia básica de liberalización y disciplinas en la agricultura, la necesidad de una mayor reducción de las barreras a los productos industriales que resultan de importancia exportable para los países en desarrollo y la necesidad de una mayor liberalización en el denominado "comercio sur/sur".

Este documento contempla las perspectivas y probabilidades de lograr solucionar esos problemas que tiene la ronda actual de negociaciones de la OMC, la denominada "Ronda de Doha", iniciada en 2001 en la Reunión Ministerial de Doha.

¹ Las opiniones vertidas en este artículo pertenecen al autor y no deben considerarse compartidas por la Secretaría de la OMC.

ANTECEDENTES: EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DEL GATT/OMC

La transformación del sistema multilateral desde el GATT de 1947 a la OMC actual ha sido muy profunda, si bien ello ha requerido varias generaciones de negociaciones. Cuando en 1948 entró en vigor el GATT con sólo veintitrés miembros, sus normas y disciplinas apuntaban fundamentalmente a los aranceles, las restricciones cuantitativas y los tipos más evidentes de medidas en las fronteras. También se impusieron importantes disciplinas a otras formas de discriminación contra los bienes importados. Por ejemplo, el Artículo III prohibía el trato discriminatorio en materia de tributación y reglamentaciones nacionales de los bienes provenientes del exterior. Asimismo, presentaba algunas escasas disciplinas sobre las prácticas de otorgamiento de subsidios. Pero muchos de los artículos relacionados con las formas más complejas de prácticas no arancelarias, tales como medidas antidumping (Artículo VI), valoración en aduana (Artículo VII), derechos y formalidades (Artículo VIII), subsidios (Artículo XVI), balanza de pagos (Artículo XVIII) y salvaguardas (Artículo XIX), tenían una redacción ambigua en la que faltaban términos y condiciones claros y legalmente exigibles. También había pocas normas detalladas en relación con otros mecanismos regulatorios locales que tenían un efecto indirecto sobre las importaciones, tales como las normas de productos. Además de estas deficiencias, el Acuerdo estipulaba un sistema de solución de diferencias sin verdadero poder, que carecía de cronogramas y de exigibilidad. Como resultado, el GATT fue muy importante en el área de los aranceles industriales y las restricciones cuantitativas, pero en cierta medida menos útil en el caso de los aspectos no arancelarios del comercio de bienes (si bien el principio de trato nacional fue invocado por los Miembros y objeto de decisiones significativas en las primeras etapas). Por otra parte, incluso en cuestiones relacionadas con los aranceles y los contingentes arancelarios había sectores enteros, tales como el agropecuario y el de los textiles, sobre los que prácticamente se eludía el tema de las disciplinas, lo cual redujo en gran medida el impacto del GATT en esos sectores.

Abordar esas deficiencias y lagunas en la normativa del sistema multilateral de comercio llevó su tiempo. Las primeras seis "rondas" de negociaciones del GATT se concentraron en las reducciones arancelarias y algunos temas relacionados con los contingentes. En la séptima ronda, conocida como la "Ronda de Tokio" (1973-79), se celebraron varios acuerdos referidos a artículos claves del GATT, tales como aquellos sobre medidas antidumping y compensatorias, subsidios, valoración en aduana y licencias de importación. Estos "códigos", según se los denominó, se redactaron en calidad de acuerdos acerca de la "interpretación y aplicación" de artículos existentes del GATT y no como modificaciones de tales artículos. Sin embargo, nunca gozaron de aplicación universal porque la mayoría de los países en desarrollo no los firmaron. Esto se debió fundamentalmente a la creencia de los países en desarrollo de que poco podían ganar con la Ronda de Tokio, ya que ciertas áreas de importancia primordial como las de los textiles y la agricultura quedaron efectivamente fuera del sistema. De todos modos, dichos acuerdos ayudaron a conformar las prácticas entre los países desarrollados (y, posteriormente, entre un puñado de países en desarrollo) que los rubricaron, además de convertirse en el modelo para el siguiente gran emprendimiento de reforma y mejora de los artículos del GATT: la Ronda Uruguay.

El principal acontecimiento que transformó el sistema multilateral de comercio fue la Ronda Uruguay (1986-93), que creó la Organización Mundial del Comercio y un conjunto totalmente nuevo de acuerdos que, en esencia, actualizaron y ampliaron el GATT original. La Ronda Uruguay significó tanto una evolución como una revolución, ya que muchos de sus acuerdos se basaron en normas previas del GATT mientras que otros fueron absolutamente originales. Asimismo, la Ronda Uruguay representó un "todo único" que incluyó a todos los Miembros de la OMC, un "todo único" que abandonó el concepto de los códigos de la Ronda de Tokio, respaldados sólo por algunos Miembros, a cambio de la idea de un sistema universal de normas y disciplinas. Por supuesto, continuó habiendo diferentes niveles de compromisos incorporados en los anexos de distintos países, así como muchas disposiciones que otorgaban un trato "especial y diferenciado" a los países en desarrollo. Sin embargo, en líneas generales la OMC dejó atrás el enfoque "a la carta" del pasado y lo reemplazó por un menú fijo de derechos y obligaciones.

Vale la pena analizar brevemente los cambios radicales que impulsó la Ronda Uruguay. En un único y excepcional acuerdo, los Miembros lograron lo siguiente:

- ampliar el sistema multilateral respecto del GATT original mediante la incorporación del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad

Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC).

- eliminar el acuerdo que constituía una importante desviación de las normas básicas del GATT respecto de los contingentes de productos textiles y de vestido que se negociaban bilateralmente, conocido como el "Acuerdo Multifibras", así como adoptar compromisos de eliminación gradual de los contingentes de productos textiles por parte de los países importadores.
- crear disciplinas más estrictas en el campo de los subsidios a la industria, con términos más claros relacionados con temas tales como los subsidios prohibidos, los efectos desfavorables y los perjuicios graves, otorgando de esa manera mayor sentido a las normas originales sobre subsidios del GATT.
- establecer un marco para las disciplinas en materia de subsidios y las reducciones arancelarias en el comercio agropecuario, con por lo menos un conjunto inicial de compromisos de reducción (incluida la denominada "arancelización" de las barreras no arancelarias) y una agenda integrada para las negociaciones futuras.
- generar normas detalladas en muchas esferas en las que anteriormente el GATT carecía de disposiciones o bien las que contenía no eran lo suficientemente detalladas, incluidas aquellas sobre medidas antidumping y compensatorias, salvaguardas, valoración en aduana, licencias de importación, normas de origen, normas técnicas para productos y medidas sanitarias y fitosanitarias. Muchos de estos acuerdos se basaron en los códigos de la anterior Ronda de Tokio, pero ampliando y fortaleciendo su texto.
- llegar al entendimiento de que esos nuevos acuerdos de la OMC se aplicarían a la totalidad de los Miembros como un "todo único", en lugar de aplicarse solamente a ciertos Miembros, como sucedía con los códigos de la Ronda de Tokio.
- establecer un sistema unificado de solución de diferencias, que reúne todos los acuerdos precedentemente mencionados y fija procedimientos y plazos muy claros, además de ofrecer una certidumbre mucho mayor en cuanto al carácter vinculante del resultado de las diferencias.
- establecer una organización permanente –la OMC– con todas las facultades necesarias para poner en práctica y administrar el nuevo conjunto de normas y el nuevo sistema de solución de diferencias.

A pesar de que, en el momento en que la Ronda Uruguay entró en vigor, era evidente la existencia de numerosas lagunas y deficiencias en la normativa de la OMC, estos cambios convirtieron a la OMC en un árbitro de políticas comerciales internacionales mucho más válido. Lo que anteriormente había sido un proceso de negociaciones con normas débiles y escasas disposiciones sobre la solución de diferencias se transformó en un sistema cuasi-judicial con normas sumamente claras. Este sistema es ahora mucho más efectivo para limitar –aunque no usurpar– la soberanía nacional en el campo del comercio. Hoy en día, muchas de las elaboradas normas de la OMC abordan áreas que en algún momento fueron consideradas por algunos legisladores nacionales como ajenas a la esfera de competencia del GATT. Si bien los gobiernos habían aceptado el papel del GATT como un foro de negociación de compromisos vinculantes en materia de reducción arancelaria, muchos gobiernos seguían sintiéndose con derecho a eludir estas obligaciones con normas técnicas discriminatorias, medidas de salvaguarda de dudosa legalidad, subsidios nacionales a las industrias afectadas u otros medios sutiles de proteccionismo. La Ronda Uruguay cambió radicalmente esa conducta al crear disciplinas efectivas y vinculantes respecto de muchas de estas prácticas.

Como era de esperar, actualmente muchos políticos y grupos no gubernamentales de todo el mundo consideran que el sistema de la OMC se ha extralimitado al imponer restricciones a la soberanía nacional en un amplio abanico de áreas. Desde todos los ángulos se pone en duda la legitimidad de la OMC: lobbies proteccionistas que quieren mantener las barreras no arancelarias; grupos de la sociedad civil que desean utilizar medidas comerciales para lograr objetivos no relacionados con el comercio; partidarios de la antiglobalización que creen que las normas de la OMC privilegian los intereses comerciales por sobre todo otro objetivo; grupos ambientalistas y de consumidores que temen que la OMC desvirtúe el marco regulatorio forjado en muchos

países en los últimos cuarenta años, e incluso gobiernos locales que creen que el sistema de la OMC les quitará el derecho a operar los servicios públicos.

Si bien los detractores de la OMC merecen una respuesta integral, no es la finalidad de esta ponencia examinar dichas críticas en detalle. Antes bien, la premisa sobre la que se basa este trabajo es que la abrumadora mayoría de gobiernos elegidos democráticamente, y por supuesto sus votantes, no aceptan los argumentos de quienes afirman que la OMC y sus normas se contraponen en cierta forma a los intereses del ciudadano común. Hay muchos motivos para dudar de la lógica en la que se fundan esos ataques. En primer lugar, los opositores a la OMC exageran enormemente el impacto y los desequilibrios de la Organización. Pero un acuerdo que privilegiara los intereses comerciales no habría llevado a una decisión que declaró ilegales las exoneraciones tributarias para ciertas sociedades estadounidenses por un valor de US\$4.000 millones. Así como tampoco dicho foro sería considerado por los países pobres como su mejor posibilidad para que se eliminen los subsidios a la agricultura. Por otra parte, la OMC prácticamente no ha tocado las leyes de protección de los consumidores, las reglamentaciones sobre el medio ambiente ni los servicios públicos, a pesar de las desmesuradas afirmaciones en contrario de algunos grupos no gubernamentales.

De todos modos, estos opositores todavía representan la opinión de una minoría en casi todas las sociedades democráticas. En líneas generales, los principios básicos de la OMC respecto de la importancia de la liberalización multilateral del comercio de manera no discriminatoria aún cuentan con un sólido respaldo en todo el mundo. La cuestión que tienen por delante la mayoría de los gobiernos no es cómo dismantelar o dejar de lado a la OMC, sino cómo mejorarla y hacerla aún más efectiva en cuanto al logro de sus objetivos básicos.

¿CUÁLES SON LOS RETOS QUE ACTUALMENTE ENFRENTA LA OMC?

A pesar de los logros de la Ronda Uruguay, existe un acuerdo general entre los Miembros acerca de que el sistema de la OMC adolece todavía de muchas deficiencias. Si ha de sobrevivir y crecer hasta convertirse en el principal mecanismo para liberalizar el comercio mundial y garantizar el respeto de las normas comerciales en todo los sectores, debe enfrentar varios retos políticamente difíciles, a saber:

- En primer lugar, si las normas y disciplinas que rigen la protección y los subsidios a la agricultura pueden fortalecerse significativamente en forma multilateral, de modo de compatibilizarlas con aquellas aplicables a los bienes industriales. La agricultura ha evadido las disciplinas impuestas sobre otros productos, a pesar de los logros parciales de la Ronda Uruguay. El promedio de los aranceles agrícolas de todos los Miembros de la OMC duplica, por lo menos, el promedio de los aranceles aplicados a productos industriales, y muchos aranceles agrícolas en países tanto desarrollados como en desarrollo llegan a tornar prohibitivo el comercio. Lo que es más importante es que los subsidios a la exportación, que han sido prohibidos en el caso de los productos industriales, siguen estando a niveles inaceptablemente altos. Los subsidios nacionales a la agricultura también representan un problema de grandes proporciones. Solamente los países desarrollados invierten para ello entre US\$200 mil millones y US\$250 mil millones, mientras que los países en desarrollo, que poseen recursos mucho más limitados, invierten alrededor de US\$20 mil millones. Por lo tanto, las disciplinas en ambas esferas resultan cruciales, sobre todo para los intereses de los países en desarrollo, que se basan más en la agricultura pero no pueden darse el lujo de otorgar subsidios.
- En segundo lugar, si el mundo desarrollado estará dispuesto a liberalizar sectores industriales claves y productos de interés comercial para los países en desarrollo, tales como los textiles, el calzado y los bienes manufacturados básicos, lo que constituye una cuestión clave. Esto implica reducciones en los aranceles altos y los picos arancelarios, y asimismo significa reducir la incidencia de la progresividad arancelaria, que penaliza a los países en desarrollo que procesan y fabrican productos en lugar de exportar materias primas.
- En tercer lugar, si los propios países en desarrollo continuarán avanzando hacia la liberalización del comercio, incluido el comercio sur/sur. Estos países todavía tienen aranceles promedio comparativamente altos y muchas restricciones no arancelarias, en gran medida como resultado de su decisión de resistirse

a las primeras rondas de liberalización del comercio porque en ellas no se contemplaron sus intereses en materia de exportación. Estas altas barreras desalientan el comercio entre los países en desarrollo y perjudican así su propio potencial de crecimiento. La mayoría de los estudios realizados por organismos internacionales demuestran claramente que los países en desarrollo que más se han beneficiado con el comercio mundial son los que liberaron el comercio dentro de sus propias fronteras.

- En cuarto lugar, si todos los Miembros, tanto los desarrollados como los en desarrollo, están dispuestos a liberalizar aún más el comercio de servicios. Si bien la celebración del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) fue un resultado muy importante de la Ronda Uruguay, la mayoría de los compromisos reales en cuanto al acceso a los mercados y al trato nacional no fueron más que obligaciones que transparentaron las prácticas habituales. La pregunta que surge a partir de esto es si los países están dispuestos a avanzar en la liberalización de sectores de servicios y modalidades de abastecimiento claves que se han mantenido cerrados a la competencia externa. Éste es un aspecto esencial de la agenda de Doha.
- En quinto lugar, si pueden fortalecerse y mejorarse las normas no arancelarias en otras áreas vitales, tales como las del antidumping, los subsidios a la industria pesquera y los acuerdos regionales de comercio. Se trata de áreas donde la proliferación de medidas con efectos potencialmente restrictivos para el comercio ha generado gran inquietud, a pesar de que muchos Miembros defienden dichas medidas, manifestando que son totalmente coherentes con los principios básicos de la OMC. En el caso del antidumping, el debate implica complejos procedimientos nacionales que tocan cuestiones políticas sensibles tanto en los países usuarios como en los países exportadores, y las propias normas de la OMC son asimismo muy complejas.
- En sexto lugar, si el principio de trato especial y diferenciado puede hacerse más concreto y operativo, de modo que los países en desarrollo cuenten con un mapa más claro en cuanto a si dicho principio se aplica tanto a los acuerdos existentes como a los nuevos compromisos. Ello exige lograr un delicado equilibrio que reconozca la necesidad del trato especial y diferenciado en ciertos aspectos de los acuerdos de la OMC pero que no anule las obligaciones que los países en desarrollo asumieron durante la Ronda Uruguay.

La Ronda de Doha es la única vía disponible para que los Miembros enfrenten estos retos. ¿Por qué necesitamos una "ronda" integral de negociaciones para considerar estas inquietudes? ¿Por qué, por ejemplo, no puede la OMC mejorar gradualmente a través de un proceso más regularizado de modificaciones en lugar de las episódicas rondas de negociaciones, con todas las concesiones recíprocas y complejidades que conllevan? Si bien estas preguntas son lógicas, la respuesta la brinda el historial de negociaciones del GATT/OMC. Los cambios de esta magnitud siempre han dependido de un toma y daca entre los Miembros, con "victorias" y "derrotas" para cada uno de ellos (al menos, en un sentido político), de modo que todas las partes pueden decir que lograron un resultado equilibrado. Sin un acuerdo integral que equilibre las ganancias y las concesiones entre todos los Miembros de la OMC, será imposible corregir las lagunas de las normas y disciplinas de dicha Organización.

El mandato de Doha incluye negociaciones que apuntan a resolver todas las deficiencias precedentemente descritas. Sin embargo, no es una conclusión inevitable que la Ronda producirá cambios útiles en todas esas áreas, ni siquiera que será satisfactoria. Por lo tanto, se imponen dos preguntas de importancia crítica: en primer lugar, ¿cuáles son las perspectivas actuales de éxito de la Ronda de Doha? En segundo lugar, ¿cuáles son las consecuencias de que la Ronda culmine con un fracaso o, al revés, con un éxito?

¿CUÁLES SON LAS PERSPECTIVAS ACTUALES DE ENFRENTAR LOS RETOS?

La Ronda de Doha está ahora en su tercer año, y no puede negarse que hasta este momento los negociadores están muy atrasados en prácticamente todas las áreas de la Ronda. Los Miembros de la OMC siguen comprometidos con el cumplimiento exitoso de la agenda de Doha. Sin embargo, las dificultades políticas que afronta el comercio en muchos países, junto con las profundas diferencias que existen acerca de las metas de la OMC y de los objetivos de la Ronda misma, han conspirado contra los avances en Ginebra. No hay dudas

OMC no es un régimen comercial internacional aislado. En este contexto, sin perjuicio del hecho de que el ESD esté inserto en el marco más abarcador del comercio internacional, el sistema se ve afectado cuando los Miembros recurren a mecanismos de solución de diferencias que tornan exigibles acuerdos comerciales preferenciales.

El Artículo XXIV del GATT reconoce la conveniencia de incrementar el libre comercio a través de la creación de uniones aduaneras y zonas de libre comercio, de tal manera que permitan facilitar el comercio entre los territorios constitutivos de esos acuerdos de integración y no interpongan barreras al comercio de otros Miembros con esos territorios. Si bien el Tratado de Roma de 1958 sin duda fue el instrumento más abarcador celebrado hasta la fecha a tenor del Artículo XXIV, fue seguido por otros cuya importancia no puede subestimarse, tales como los que resultaron en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Asociación Europea de Libre Comercio y el Mercosur. Quizá deba considerarse que el momento en que los países comenzaron a inclinarse definitivamente a favor del uso del Artículo XXIV fue cuando la Ronda Uruguay parecía estar al borde del fracaso. El Balance de Mitad de Período de Montreal y la Conferencia de Bruselas introdujeron diferencias sustanciales que, en ambos casos, prácticamente paralizaron las negociaciones durante varios meses. El lanzamiento de la Ronda Uruguay se había dado en una época en que el proteccionismo se encontraba en pleno apogeo en el mundo. Los gobiernos estaban justificadamente preocupados por las perspectivas negativas que avizoraban, y buscaron ayuda para sus exportaciones en las negociaciones multilaterales del GATT. Cuando temieron que éstas pudieran fracasar, inevitablemente procuraron hallar alternativas, y el Artículo XXIV les ofreció una.

Cada vez con mayor frecuencia los gobiernos optaron por emprender vías paralelas para la liberación del comercio; una de ellas fue la cláusula de NMF del sistema del GATT/OMC, y la otra, las condiciones de acceso preferencial a los mercados contempladas en el Artículo XXIV. Son cada vez más numerosos los acuerdos celebrados conforme al Artículo XXIV. Según datos de la Secretaría de la OMC, se han notificado formalmente ciento setenta acuerdos de esta naturaleza, y hay otros setenta más en vigor. De mantenerse las tendencias actuales, para fines del año 2005 podría haber unos trescientos acuerdos de esta clase.⁴⁵

Si consideramos que muchos de estos acuerdos comerciales preferenciales han establecido sus propios mecanismos de solución de diferencias, cabe preguntarse hasta qué punto el ESD sigue siendo el mecanismo para resolver las controversias que surgen entre los Miembros de la OMC, para lo que fue concebido y negociado. La selección de foros –que se había tornado posible en razón de los Acuerdos de la Ronda de Tokio– desapareció y, al término de la Ronda Uruguay, el ESD se erigió como la vía para sustanciar las diferencias comerciales mundiales. Sin embargo, los acuerdos preferenciales a tenor del Artículo XXIV que incluyen sus propias normas para la solución de diferencias están generando un nuevo tipo de selección de foros, esta vez entre los mecanismos de solución de diferencias multilaterales y los regionales. El notable aporte del profesor Ernst-Ulrich Petersmann a este libro hace hincapié en los riesgos que conlleva la proliferación y fragmentación de los mecanismos de solución de diferencias y, por lo tanto, no es necesario que ahondemos en ello aquí. No obstante, deseamos destacar que esta cuestión es un desafío del cual los Miembros deben ser conscientes. Por un lado, no todos los mecanismos de solución de controversias han alcanzado el mismo nivel de evolución que el sistema de solución de diferencias de la OMC y, por consiguiente, pueden eludirse ciertas garantías procesales de la OMC a través del recurso a aquellos mecanismos. Por otro lado, es posible recurrir a los mecanismos regionales de solución de diferencias para evitar las disciplinas multilaterales que garantizan que la solución de diferencias se extienda a todos los Miembros.

⁴⁵ Los acuerdos celebrados de conformidad con el Artículo XXIV se notifican a la OMC y son objeto de un exhaustivo análisis por parte de los Miembros, pero en la práctica no son ni aprobados ni rechazados formalmente. Se revisan rigurosamente en forma periódica. Obviamente, el hecho de saber que es sumamente improbable que se determine que uno de esos acuerdos en particular infringe el Artículo XXIV otorga a las partes del mismo una gran libertad de acción. En los tiempos del GATT no se logró resolver esta situación y los esfuerzos realizados durante la Ronda Uruguay fueron asimismo esencialmente infructuosos. La repercusión que estos acuerdos celebrados al amparo del Artículo XXIV tienen sobre el comercio mundial no sólo es amplia, sino también creciente. Probablemente, no menos de la mitad, si no más, del comercio mundial se rige por acuerdos preferenciales.

de que alcanzar esos objetivos requerirá un compromiso político mayor que el demostrado hasta el momento por los principales gobiernos de todo el mundo.

Sin embargo, hay motivos para ser optimistas. A pesar de la contramarcha que significó la reciente Reunión Ministerial de Cancún y no obstante el hecho de que los negociadores no lograron cumplir hasta ahora ninguno de los plazos claves en las conversaciones, actualmente se está tratando de concluir un paquete de acuerdos provisionales para que la Ronda progrese. Se han logrado avances importantes en áreas tales como la agricultura, los aranceles industriales, ciertas cuestiones relacionadas con el desarrollo y los servicios. Pese a todo, queda mucho por hacer:

- En cuanto a la agricultura, el mandato de Doha establece el compromiso de "celebrar negociaciones globales encaminadas a lograr: mejoras sustanciales del acceso a los mercados; reducciones de todas las formas de subvenciones a la exportación, con miras a su remoción progresiva; y reducciones sustanciales de la ayuda interna causante de distorsión del comercio". Sin embargo, hasta el momento los negociadores no han logrado acordar un marco para negociar estos compromisos específicos. Se espera ahora que dicho marco quede estructurado en julio de este año.
- En las negociaciones sobre el denominado "acceso a los mercados para los productos no agrícolas" (un eufemismo para referirse a los productos industriales), el mandato pide a los Miembros "reducir o, según proceda, eliminar los aranceles, incluida la reducción o eliminación de los picos arancelarios, los aranceles elevados y la progresividad arancelaria, así como los obstáculos no arancelarios, en particular respecto de los productos cuya exportación interesa a los países en desarrollo". En este caso, asimismo, todavía no se ha acordado el marco básico que guiará y delineará la negociación de una fórmula de reducción arancelaria, así como tampoco ha habido grandes avances en lo atinente a un paquete no arancelario. Los negociadores también esperan completar el marco para este grupo en julio.
- En el área de los servicios, se ha iniciado el proceso de negociación de un nuevo conjunto de compromisos de liberalización bajo el enfoque de petición-oferta, pero una cantidad de países no han presentado aún sus ofertas iniciales y es mucho el trabajo que resta todavía para imprimirles más celeridad a las negociaciones.
- En lo que se refiere a las normas de la OMC (sobre antidumping, subsidios y acuerdos regionales de comercio), el mandato de Doha conviene en celebrar negociaciones encaminadas a "aclarar y mejorar" las disciplinas ya previstas por la OMC, "preservando al mismo tiempo los conceptos y principios básicos y la eficacia de estos Acuerdos, y de sus instrumentos y objetivos". Estas negociaciones acaban de pasar a una etapa más intensa de debate, ya que los primeros dos años y medio de la Ronda se dedicaron a elaborar las propuestas. La fase más intensa de negociaciones y trabajo técnico en estas áreas, tan complejas y sensibles desde un punto de vista político, llevará algún tiempo.
- En las esferas relacionadas con el desarrollo, una serie de disposiciones referidas al trato especial y diferenciado han llegado al punto de un acuerdo *ad referendum*, pero los países en desarrollo consideran que esto es sólo el comienzo y están ejerciendo presión para que se avance con medidas adicionales de trato especial y diferenciado. Asimismo, hay otros temas clave relacionados con el desarrollo que necesariamente deben formar parte de cualquier paquete definitivo.
- También están los cuatro temas de Singapur: inversión, competencia, contratación pública y facilitación del comercio. Estas cuestiones han constituido obstáculos importantes. La V Reunión Ministerial de la OMC, celebrada en Cancún, se clausuró en medio de un agrio debate acerca de qué se hará con estos temas. Lo que está procurando realizarse actualmente es determinar cuáles son los temas de Singapur que se quitarán del paquete de Doha (tal vez para seguir trabajándolos en el ámbito de la OMC, pero no como parte de esta Ronda) y cuáles pasarán a la etapa de negociación plena. En este momento, parecería que sólo a la facilitación del comercio se le otorgará este último tratamiento.
- Finalmente, también se está intentando aclarar y mejorar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), según lo solicitado en la Declaración de Doha. Sin embargo, las negociaciones al respecto, que se

suponía iban a concluir en 2003, se han tornado más complejas y debieron ser prorrogadas en dos oportunidades. Actualmente da la impresión de que estas negociaciones insumirán su tiempo y muchos participantes parecen estar dispuestos a prolongar las conversaciones sobre el ESD hasta la misma conclusión de la Ronda. Otros todavía confían en lograr resultados antes.

Lograr resultados en todas estas áreas será arduo. El problema que afrontan los Miembros en este momento es cómo alcanzar un resultado ambicioso al tiempo que protegen las inquietudes individuales propias en esferas de vulnerabilidad política. Esto nunca fue tarea fácil.

Los acuerdos provisionales no definirán el formato de los acuerdos definitivos ni determinarán el nivel real de los recortes a los aranceles o a los subsidios que se obtendrán en el pacto final. Antes bien, proporcionarán el "marco" de futuras negociaciones y definirán sólo los parámetros externos de los posibles acuerdos. Como tales, el carácter de estos acuerdos provisionales es más parecido al de resultados a mediano plazo. No causarán ningún cambio en las políticas gubernamentales del mundo. Para eso habrá que aguardar el resultado final de la Ronda.

Aun suponiendo la existencia de un acuerdo provisional, parece que la búsqueda de consenso en todas las áreas llevará más tiempo que el previsto. De hecho, los Miembros están considerando activamente una prórroga de la fecha de finalización original, que es el 1º de enero de 2005. Sin embargo, al momento de la publicación de este artículo es demasiado temprano para saber si se acordará una prórroga y, de ser así, bajo qué condiciones. Es muy probable que éste será un tema que tratará el Consejo General de la OMC en algún momento de este año, y tal vez también vuelva a considerarse durante la VI Conferencia Ministerial de la OMC en 2005.

¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS DEL FRACASO O DEL ÉXITO?

Fracaso

No considerar los desafíos que enfrenta la OMC abonará la creciente opinión de que su sistema está desequilibrado y que es incapaz de liberalizar áreas esenciales del comercio, tales como la agricultura. Por otra parte, llevará a que muchos países en desarrollo arriben a la conclusión de que el tema de las altas barreras que impone el mundo desarrollado contra el ingreso de sus productos de exportación más importantes no puede abordarse en la OMC. En tercer lugar, significará que muchas de las altas barreras en el comercio sur/sur tampoco puedan abordarse a través de la OMC. Esto puede derivar en una mayor marginalización de los países en desarrollo más pobres respecto del sistema de comercio, países que necesitan desesperadamente liberalizar el comercio antes de poder alcanzar sus propios objetivos de desarrollo. En el campo de los servicios, un fracaso de la Ronda probablemente signifique que el AGCS es más bien un reflejo del *status quo* en materia de servicios antes que un medio para lograr una mayor liberalización del comercio.

¿Cómo reaccionarán los miembros ante estas decepciones? La reacción más probable es que se acelerarán las tendencias ya evidentes hacia la liberalización regional y bilateral. Ese resultado no solamente perjudicará el hecho de que se alcance una mayor liberalización en el contexto de la OMC, sino que también cuestionará la efectividad de las normas existentes de dicha Organización, ya que el cumplimiento de las normas actuales depende del apoyo político que se le otorgue a la OMC misma. Por lo tanto, una precipitación hacia el bilateralismo hará que los Miembros tomen sus compromisos hacia la OMC con menor seriedad.

Desafortunadamente para ellos, es probable que los Miembros descubran que cualquier nivel de actividad a nivel regional y bilateral no puede reemplazar el sistema multilateral. De hecho, la compleja trama de acuerdos bilaterales y regionales generará, en cierta forma, mayores costos y distorsiones en el comercio a causa de la cacofonía de normas y preferencias arancelarias contra la que las empresas deben luchar. Asimismo, es mucho menos probable que los pactos regionales y bilaterales contemplan, como sí lo hace la OMC, temas primordiales, tales como los subsidios a la agricultura, que sólo se prestan a una solución global.

Esto no quiere decir que si no se afrontan los desafíos de la Ronda de Doha, las normas existentes o el proceso actual de solución de las diferencias irán hacia el fracaso irremediablemente. De hecho, es altamente improbable –aunque no imposible– que Miembros claves de la OMC, como los Estados Unidos o la Unión Europea, abandonen la Organización. Después de todo, la OMC es el único marco que tienen ambos Miembros para manejar su relación comercial bilateral. Por ello, es más probable que los acuerdos hoy en día vigentes de la OMC se mantengan para los actuales Miembros. Sin embargo, por los motivos descritos anteriormente, la aplicabilidad de esos acuerdos declinará y es muy probable que la adhesión a las resoluciones en materia de solución de diferencias se torne aún más problemática. Con el tiempo, se pondrá de manifiesto que todo esto será muy perjudicial para el concepto de cooperación multilateral en cuestiones comerciales.

Éxito

El fortalecimiento y la ampliación de la OMC tendrá obviamente un efecto positivo sobre la institución y su papel como fuerza que promueve una mayor liberalización. Un éxito que acarree resultados en áreas tales como la agricultura y los productos básicos será una señal que indicará a los países en desarrollo que el multilateralismo es una manera de mejorar sus condiciones económicas. Pero también ayudará a recuperar la confianza en la OMC de muchos países desarrollados, ya que ellos sólo pueden reformar áreas tales como la de la agricultura si los mercados del mundo liberalizan sectores como el de los servicios.

Otro aspecto importante de una ronda exitosa, y por lo tanto de una OMC satisfactoria y fortalecida, es la base que ello proporcionará para las reformas económicas nacionales en lugares claves del mundo. Tenemos actualmente una serie de países que están en proceso de adhesión a la OMC: Rusia, Vietnam, Arabia Saudita, Ucrania y muchos otros. Su disposición para llevar adelante el dificultoso proceso de las reformas y la liberalización nacionales necesarias para acceder a la Organización depende en gran medida del permanente crecimiento y vitalidad de las disciplinas de la OMC. Asimismo, será más probable que países que han ingresado recientemente, tales como China, sigan adelante con los compromisos de reforma y apertura de sus economías asumidos ante la OMC si la Ronda triunfa. Será más fácil para el gobierno de China hacer convincente su ambicioso programa de reformas si puede decir que participa en la apertura progresiva de los mercados mundiales de conformidad con las disciplinas de la OMC.

CONCLUSIÓN

Los ciudadanos de muchos países de todo el mundo no reconocen la importancia que la liberalización representa para el progreso económico y social. Lo cual es difícil de entender para la mayoría de los economistas académicos. La gran mayoría de estos economistas advierte que los países que liberalizaron el comercio han podido satisfacer en mayor medida las necesidades económicas, políticas y sociales de sus ciudadanos que aquellos que se mantuvieron aislados de la interdependencia global. A pesar de esta realidad económica prácticamente irrefutable, muchos gobiernos y grupos de intereses de todo el mundo ya no confían en la visión creada por los arquitectos del sistema del GATT/OMC. Una década de ataques concertados contra la legitimidad y efectividad básicas de la OMC por toda suerte de antagonistas está mostrando sus efectos.

Actualmente, los políticos del mundo entero enfrentan la peligrosa alternativa de abandonar el concepto fundamental de que la liberalización del comercio es buena. También en este caso a los economistas les puede resultar difícil entender esto. Pero los economistas no enfrentan las presiones políticas de los electores locales que acosan a los políticos, y son estos electores los que no parecen comprender que el sistema del GATT/OMC ha sido vital para el progreso económico y social de los últimos cincuenta años. Ha llegado el momento de que los gobiernos del mundo logren que los ciudadanos recuperen la confianza en el sistema multilateral de comercio dando los próximos pasos lógicos en la evolución del sistema. Sin esa confianza, el sistema no puede prosperar.

LA DINÁMICA EXTERNA DEL ENTENDIMIENTO SOBRE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: UN PRIMER ANÁLISIS ACERCA DE SU INCIDENCIA SOBRE LAS RELACIONES Y NEGOCIACIONES COMERCIALES

JOHN WEEKES

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo es enfatizar que la solución de diferencias, el manejo de las relaciones y las negociaciones comerciales deben considerarse como parte de un proceso integrado coherente. Por más que la relación entre la solución de diferencias y los acuerdos y negociaciones comerciales resulte obvia, a menudo se la pasa por alto. Ésta es una relación en ambas vías. Un buen acuerdo puede convencer a los gobiernos de que acepten un sistema de solución de diferencias que permita dictar sentencias imparciales y definitivas de manera expeditiva. Un buen sistema de solución de diferencias fortalece las obligaciones asumidas en el marco del acuerdo y puede contribuir significativamente a renegociar dicho acuerdo. Si bien este trabajo se centra en la OMC, creo que gran parte de este análisis y muchas de las conclusiones también tienen pertinencia para otros acuerdos y negociaciones.

Un acuerdo claro, sin ambigüedades, que aborde frontalmente los temas complicados reducirá drásticamente el número de diferencias. Pero la aplicación del sistema de solución de diferencias no debe ser vista como un signo de debilidad de un acuerdo. Por ejemplo, a menudo es necesario recurrir a los procedimientos de solución de diferencias para determinar el significado de ciertas disposiciones de un acuerdo dentro de un contexto que quizá no ha sido previsto por los negociadores. En efecto, el hecho de que se necesite interpretar los artículos principales del viejo GATT (incluidos especialmente los artículos I y III) para resolver muchas diferencias dentro de la OMC prueba que se puede ayudar a los gobiernos de todos los países Miembros a entender mejor la naturaleza de sus obligaciones comerciales internacionales.

Este trabajo está encarado no desde la perspectiva de un teórico sino desde la de alguien que ha puesto la teoría en práctica. Me he desempeñado en el área de las políticas comerciales desde 1971, primero al servicio del gobierno canadiense y luego en el sector privado. Tengo experiencia en negociaciones y el manejo de las relaciones y las diferencias comerciales tanto multilaterales en el seno del GATT y la OMC como en el ámbito regional y bilateral. Para ser más exactos, participé de la Ronda de Tokio, me desempeñé como embajador canadiense ante el GATT durante la Ronda Uruguay, lideré el equipo de negociaciones canadiense en el TLCAN, estuve a cargo de las relaciones comerciales de Canadá con los Estados Unidos desde 1993 a 1995 y luego me desempeñé como embajador ante la OMC. Creo que mi experiencia en el sector privado, primero en APCO Worldwide y ahora en Sidley Austin Brown and Wood, ha ampliado mi perspectiva ya que me ha permitido comprender mejor la visión del sector empresarial y otros actores del sector privado sobre las

negociaciones y las relaciones comerciales internacionales. Sidley, especialmente, ha sido un excelente lugar para abocarme a escribir este trabajo, y muchos de mis colegas de la empresa han dedicado generosamente parte de su tiempo a ayudarme con el desarrollo de mi análisis y la búsqueda de ejemplos.¹ Me gustaría disculparme de antemano por el uso desmedido de la primera persona pero, dada la naturaleza personal de esta reseña, no me quedaban muchas opciones.

Las acciones incoadas en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC llaman mucho la atención del resto del mundo. Durante mis años de servicio, descubrí que los ministros canadienses se sentían fascinados por el proceso en general y por casos específicos en particular. En las sesiones generales de información, el segmento dedicado a la solución de diferencias era el que solía extenderse más de lo planificado. Los periodistas de Ginebra me cuentan que sus respectivas agencias de noticias están más interesadas en los informes sobre lo que sucede con la solución de diferencias de la OMC que en cualquier otro acontecimiento relacionado con las muchas organizaciones internacionales de la ciudad. Las ONG vigilan este proceso de solución de diferencias muy de cerca y atemperan las críticas si su postura sobre el tema en cuestión se ve favorecida por los resultados o las enardecen si se ve debilitada. De hecho, el público en general también parece verdaderamente interesado en las diferencias comerciales y en el papel asumido por la OMC para resolverlas. Se presta mayor atención a las diferencias como sucesos protagonistas en sí mismos que a la forma en que encajan dentro de un contexto más amplio. Para ser francos, gran parte del análisis académico adolece del mismo problema ya que tiende a concentrarse sólo en el sistema sin tomar en consideración sus efectos en un ámbito más amplio.

En una primera instancia, este trabajo analiza la incidencia del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC sobre el manejo de las relaciones comerciales y luego considera su impacto potencial en la Ronda de Doha, en parte analizando ejemplos del contexto de la Ronda Uruguay.

LA INCIDENCIA DEL ESD SOBRE EL MANEJO DE LAS RELACIONES COMERCIALES

Tres extractos del artículo sobre las Disposiciones generales del ESD nos ayudan a establecer el contexto en el cual debe analizarse la importancia del ESD para el manejo de las relaciones comerciales:

El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio.²

El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados. De no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate...³

Queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla.⁴

Otro punto a tener en cuenta es que el ESD fue el producto de casi cincuenta años de experiencia e innovaciones con un sistema de solución de diferencias acordado por primera vez en el seno del GATT en 1947:

¹ También desearía agradecer al señor Simon Farberbloom del Ministerio Australiano de Asuntos Comerciales y Relaciones Exteriores por sus opiniones, en las que me basé para escribir este trabajo.

² Primera oración del párrafo 2 del Artículo 3 del ESD.

³ Parte del párrafo 7 del Artículo 3 del ESD.

⁴ Parte del párrafo 10 del Artículo 3 del ESD.

Washington. En 1982, el ministro canadiense a cargo de la FIRA era el ministro de Industria y Comercio, Herb Gray, quien anteriormente había elaborado un informe donde alentaba la creación de dicho organismo.

Los Estados Unidos habían entablado consultas bilaterales con el Canadá, en las que plantearon sus preocupaciones sobre los "arreglos" de la FIRA y finalmente dejaron en claro que, si el gobierno canadiense no estaba dispuesto a negociar, entonces los Estados Unidos se verían obligados a presentar una reclamación en el marco del GATT. En ese momento, invocar el procedimiento de solución de diferencias del GATT no era tan común como lo fue años más tarde. El gobierno analizó cuidadosamente la forma de responder a este ultimátum de los Estados Unidos y, con el tiempo, el Gabinete tomó una decisión sobre la que se fundamentó la postura del Canadá. Resulta una obviedad aclarar que la atmósfera que rodeaba el análisis de este asunto estaba políticamente sobrecargada. En términos generales, las medidas en cuestión gozaban de la aprobación popular aunque algunos poderosos representantes de la comunidad empresarial no estaban de acuerdo con su naturaleza intervencionista. Como si esto fuera poco, el manejo de las relaciones entre el Canadá y los Estados Unidos siempre representa un gran desafío, especialmente cuando parece que los Estados Unidos quieren que el Canadá modifique sus políticas. Además, una gran parte de la población se mostraba muy reticente respecto del control ejercido por los Estados Unidos sobre la economía canadiense, ya que lo consideraban una amenaza a la soberanía de su país.

La abrumadora opinión de los ministros canadienses fue que sería preferible dejar que los Estados Unidos recurrieran al procedimiento de solución de diferencias del GATT antes que tratar de negociar una solución bilateral, y su fundamentación resulta muy ilustrativa. En primer lugar, la mayoría de los ministros creía que la Agencia para el Examen de la Inversión Extranjera y la forma en que era administrada eran buenas para el Canadá y el hecho de que los Estados Unidos la desaprobaran fortalecía esta opinión. Los ministros se mostraron renuentes a introducir cambios en el marco de las negociaciones bilaterales por temor a que se los acusara de ceder ante la presión estadounidense. Otro punto importante era que los Estados Unidos podrían desear demasiados cambios en la política inversionista del Canadá y sería difícil determinar dónde poner el límite. Por otra parte, si la diferencia era planteada en el marco del GATT, un grupo especial internacional resolvería la cuestión tomando en cuenta el fondo de la reclamación de los Estados Unidos. Los ministros sostenían que sería mejor determinar qué debería hacer el gobierno una vez conocidas las constataciones del grupo especial en vez de involucrarse en una negociación indefinida con los Estados Unidos. Finalmente, y éste es un punto de gran importancia, en el ámbito nacional el gobierno podía llevar a cabo los cambios requeridos como una respuesta a una decisión imparcial de un órgano internacional antes que a la presión ejercida por los Estados Unidos.

Los Estados Unidos procedieron a solicitar un grupo especial que dio a conocer su informe el 25 de julio de 1983,⁶ el cual fue adoptado por el Consejo del GATT el 7 de febrero de 1984. El Grupo Especial concluyó que "la práctica del Canadá, consistente en permitir ciertas inversiones con sujeción a la Ley sobre el examen de la inversión extranjera y a condición de que los inversores asuman compromisos por escrito de comprar mercancías de origen canadiense o mercancías de procedencia canadiense, es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del Acuerdo General". Sin embargo, respecto del tema de los compromisos acerca de las exportaciones, el Grupo Especial concluyó que "el Canadá no obra de manera incompatible con el párrafo 1(c) del artículo XVII del Acuerdo General cuando permite que ciertas inversiones sujetas a la Ley sobre el examen de la inversión extranjera se hagan a condición de que los inversores contraigan el compromiso de exportar una cantidad o proporción especificada de su producción". El Canadá consideró que la decisión fue producto de un proceso justo e imparcial. El gobierno puso en práctica las constataciones a través de modificaciones en las prácticas administrativas, y los Estados Unidos no presentaron queja alguna sobre el modo de instrumentación. En el ámbito nacional, se explicó que los cambios respondían a las constataciones de un grupo especial del GATT y no se oyeron grandes críticas sobre la forma en que el Gobierno había manejado la diferencia. La experiencia fortaleció la opinión del Canadá de que el GATT podía desempeñar un papel valiosísimo en el manejo de las relaciones comerciales internacionales.

La tarea de encontrar una solución aceptable para ambas partes resultó más fácil porque existió una determinación objetiva sobre la compatibilidad entre las prácticas canadienses y las disciplinas del GATT.

⁶ El informe del Grupo Especial se distribuyó bajo el nombre de documento L/5504 del GATT.

Mitigando las diferencias de poder

El sistema de solución de diferencias de la OMC puede ayudar a mitigar las diferencias de poder entre los países partes en una diferencia. Por cierto, el Canadá consideró el caso *GATT FIRA* como un buen ejemplo de ello. Si analizamos los casos presentados ante la OMC, veremos que los países Miembros con un nivel de ingresos medio alto, medio bajo y bajo incoaron 68 reclamaciones contra Miembros con un nivel de ingresos alto.⁷ Estas estadísticas indican que los países más pequeños decididamente están usando el sistema para resolver los problemas que tienen con las políticas o prácticas instrumentadas por sus socios comerciales más poderosos. A partir de mi propia experiencia sé que en los albores del GATT, los países más pequeños temían que el entablar una reclamación contra una gran potencia pudiera dañar sus relaciones bilaterales. Dicho temor parece haberse disipado a partir de la experiencia práctica. La disposición del ESD citada más arriba, según la cual el presentar reclamaciones no debería ser "considerado como actos contenciosos", parece estar funcionando en la práctica.

CÓMO MANEJAR LAS RELACIONES ENTRE LAS GRANDES POTENCIAS

Por último, el sistema también sirve para manejar las diferencias entre las grandes potencias y, de hecho, ha tenido importancia para facilitar el manejo de las relaciones entre los Estados Unidos y la Unión Europea. Si bien estas relaciones han atravesado momentos difíciles, no existe ninguna alternativa real más que la OMC y su sistema de solución de diferencias para facilitar el manejo de las diferencias comerciales entre los Estados Unidos y la UE. Resulta prácticamente seguro que este sistema desempeñará un papel fundamental en el manejo de las diferencias con China. Tal vez en algunos casos, su mera existencia y la posibilidad de recurrir a él faciliten que las partes acuerden una solución.

EL IMPACTO DEL ESD EN LAS NEGOCIACIONES

El impacto que el sistema de solución de diferencias de la OMC y su antecesor, el GATT, ejerce en las negociaciones reviste una importancia fundamental. Sin embargo, en gran medida no se otorga el debido reconocimiento a dicho impacto ni se lo ha estudiado en profundidad. En primer lugar, en esta sección analizaremos la incidencia que tuvieron una serie de diferencias dentro del GATT en los resultados de la Ronda Uruguay para luego examinar el impacto potencial del ESD en el Programa de Doha para el Desarrollo. Asimismo, analizaremos cómo los Miembros de la OMC podrían beneficiarse de la experiencia obtenida a partir de la solución de diferencias para darle forma al enfoque con que llevan a cabo sus negociaciones. A modo de introducción, vale la pena recordar la disposición del ESD en virtud de la cual los Miembros reconocen que el sistema de solución de diferencias de la OMC "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".⁸ La aclaración de las disposiciones suele constituir un objetivo de las negociaciones y forma parte de las instrucciones que los ministros adoptaron en la Declaración de Punta del Este y en la de Doha.

En la Declaración de Punta del Este que dio inicio a la Ronda Uruguay, el término figura tres veces en la Parte I, D, donde se estipulan los temas de las negociaciones:

- Salvaguardias

"El acuerdo sobre salvaguardias: ...**aclarará** y reforzará las disciplinas del Acuerdo General y deberá aplicarse a todas las partes contratantes".

⁷ Datos estadísticos tomados de WorldTradeLaw.net. La clasificación económica utilizada para los Miembros de la OMC se basa en los datos y la terminología del Banco Mundial.

⁸ Parte del párrafo 2 del Artículo 3 del ESD.

- Acuerdos de las NCM

"Las negociaciones tendrán por finalidad mejorar, **aclarar** o ampliar, según proceda, los Acuerdos negociados en las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la Ronda de Tokio".

- Aspectos comerciales de los derechos de propiedad intelectual, incluido el comercio de mercancías falsificadas

"...las negociaciones tendrán por finalidad **clarificar** las disposiciones del Acuerdo General y elaborar, según proceda, nuevas normas y disciplinas".

En la Declaración de Doha los ministros ordenaron que se aclarara el significado de las disposiciones relacionadas con las negociaciones sobre la promoción del comercio, las normas y la relación entre el comercio y el medio ambiente:

- Facilitación del comercio

"En el período que transcurra hasta el quinto período de sesiones, el Consejo del Comercio de Mercancías examinará y, según proceda, **aclarará** y mejorará los aspectos pertinentes de los artículos V, VIII y X del GATT de 1994...".

- Normas

"...convenimos en celebrar negociaciones encaminadas a **aclarar** y mejorar las disciplinas previstas en el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias...".

"En la fase inicial de las negociaciones, los participantes indicarán qué disposiciones, incluidas las disciplinas sobre prácticas que distorsionan el comercio, pretenden **aclarar** y mejorar en la fase siguiente".

"...los participantes también procurarán **aclarar** y mejorar las disciplinas de la OMC con respecto a las subvenciones a la pesca...".

"Convenimos también en celebrar negociaciones encaminadas a **aclarar** y mejorar las disciplinas y procedimientos previstos en las disposiciones vigentes de la OMC aplicables a los acuerdos comerciales regionales".

- Comercio y medio ambiente

"La labor sobre estas cuestiones deberá incluir la identificación de cualquier necesidad de **aclarar** las normas pertinentes de la OMC".

Es evidente que una de las funciones principales del ESD constituye también uno de los grandes objetivos que se repiten en las negociaciones comerciales. El aclarar el significado tampoco tiene pertinencia sólo en las áreas donde en los mandatos ministeriales se lo menciona específicamente como un objetivo de la negociación. Cuando se procura modificar o mejorar la redacción de un documento de la OMC, resulta esencial comprender claramente el significado real de dicho texto. Parece obvio que los negociadores quieren asegurarse de que están al día con las aclaraciones resultantes de las constataciones del OSD cuando participan en alguna negociación.

El impacto de las diferencias en la Ronda Uruguay

Robert Hudec, el famoso investigador del GATT, realizó una obra maestra al analizar las constataciones de las reclamaciones planteadas durante la década de 1980 e incluso examinó cómo en casos individuales la solución de la diferencia solía estar relacionada con los resultados de la Ronda Uruguay.⁹ No obstante, no asevera que las constataciones de un sistema de solución de diferencias en permanente evolución hayan ayudado a dar forma a los resultados de la Ronda Uruguay. En cambio, se centra en la manera en que el resultado de la Ronda Uruguay brindó una oportunidad para avanzar un gran trecho en el camino hacia la reforma del sistema de solución de diferencias. El siguiente párrafo nos brinda una descripción minuciosa de esta idea.

Es necesario comprender que la magnitud del paquete de medidas adoptadas por la Ronda Uruguay es casi tan importante para la reforma del procedimiento de solución de diferencias como los compromisos sustantivos concretos que contiene. Para que las reformas del procedimiento de solución de diferencias den fruto, los principales países deben asumir un mayor compromiso con las normas del GATT. Dicho compromiso jurídico exigirá un escenario político de dimensiones gigantescas. Requerirá de un emprendimiento de la magnitud de la Ronda Uruguay, capaz de integrar la enorme energía y ambición políticas necesarias para ratificar el inmenso paquete de acuerdos de la Ronda Uruguay. Sólo en esta clase de entorno político será realista pedirles a los gobiernos que asuman un nuevo y profundo compromiso con el cumplimiento de las normas jurídicas.¹⁰

No obstante, las constataciones de varios casos presentados a fines de la década de 1980 tuvieron incidencia en las negociaciones y desempeñaron un papel importante en la forma que adoptó el resultado final. Haré referencia a algunos casos concretos para ejemplificar esta idea.

Pagos y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal

Esta intensa diferencia entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas tenía como objeto unos US\$ 8.000 millones anuales en exportaciones estadounidenses en virtud de un acuerdo de consolidación de arancel cero otorgado por las CE en 1962. Los Estados Unidos alegaban que los subsidios concedidos a los procesadores de semillas oleaginosas no sólo eran ilegales según las disposiciones sobre trato nacional del Artículo III del GATT sino que además traían aparejados la anulación y el menoscabo de las concesiones arancelarias. Después de una serie de consultas, los Estados Unidos solicitaron la formación de un grupo especial del GATT en abril de 1988. El Grupo Especial rindió su informe en diciembre de 1989, en el cual básicamente falló a favor de los Estados Unidos.¹¹ Respecto de la violación del trato nacional, el Grupo Especial recomendó que "las PARTES CONTRATANTES pidan a la Comunidad que pongan esos reglamentos en conformidad con el Acuerdo General". En relación con el menoscabo, el Grupo Especial recomendó que "las PARTES CONTRATANTES sugieran que la Comunidad considere los medios para eliminar el menoscabo de las concesiones arancelarias otorgadas para las semillas oleaginosas".

El Grupo Especial expuso su opinión de que si las CE actuaban de forma que sus prácticas cumplieran lo dispuesto en el Artículo III, también se resolvería el problema del menoscabo. El informe del Grupo Especial fue adoptado el 25 de enero de 1990. Sin embargo, las CE respondieron otorgándoles los subsidios a los productores en lugar de los elaboradores con el objeto de cumplir con las disposiciones del Artículo III. Finalmente, en diciembre de 1991 se alcanzó un acuerdo en el marco del período anual de sesiones de las Partes Contratantes del GATT para volver a convocar al Grupo Especial original "con el fin de que examinen si las medidas adoptadas por la Comunidad Europea en el reglamento (CEE) N° 3766/91 del Consejo, de 12

⁹ Robert E. Hudec, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*.

¹⁰ Ídem, pág. 365.

¹¹ El informe se distribuyó bajo el nombre de documento L/6627 del GATT.

de diciembre de 1991, por el que se establece un régimen de apoyo para los productores de semillas de soja, de colza y nabina y de girasol son compatibles con las recomendaciones y resoluciones que se exponen en las Conclusiones (párrafos 155-157) del Informe del Grupo Especial sobre las Semillas Oleaginosas, adoptado el 25 de enero de 1990".

El informe elaborado por el Grupo Especial fue primero analizado por el Consejo en su sesión del 30 de abril de 1992.¹² El Grupo Especial dictaminó que ya no se violaba el Artículo III, pero que el menoscabo sí seguía produciéndose, y recomendó que "la Comunidad proceda sin dilación a eliminar el menoscabo de las concesiones arancelarias –modificando su nuevo régimen de apoyo a las semillas oleaginosas o renegociando sus concesiones arancelarias para las semillas oleaginosas en virtud del artículo XXVIII. En caso de que la diferencia no se resuelva rápidamente de cualquiera de estos modos, las PARTES CONTRATANTES, si así lo solicitan los Estados Unidos, deberían considerar la posibilidad de adoptar ulteriores medidas al amparo del párrafo 2 del artículo XXIII del Acuerdo General". Luego, el 19 de junio de 1992, el Consejo del GATT, sin haber adoptado el informe, autorizó a las Comunidades a entablar negociaciones al amparo del párrafo 4 del Artículo XXVIII a fin de modificar las concesiones arancelarias sobre los productos que eran objeto de la diferencia. Estas negociaciones fracasaron al abordar el nivel de compensación requerido. Las Comunidades obstruyeron una solicitud de los Estados Unidos para aplicar medidas de retorsión en virtud del Artículo XXIII. Finalmente el 20 de noviembre, en vista de la inminente retorsión por parte los Estados Unidos, se llegó a un acuerdo bilateral sobre las limitaciones impuestas a la producción de soja de las Comunidades.

El informe sobre las semillas oleaginosas demuestra claramente la existencia de un nexo entre la solución de diferencias y las negociaciones. El acuerdo se celebró junto con el "Acuerdo Blair House" entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas, que estableció la base de lo que sería el producto final de la Ronda Uruguay. Quienes cuentan con información interna sugieren que las Comunidades no podrían haber aceptado una solución para la diferencia sobre las oleaginosas fuera del contexto más amplio de los resultados de la Ronda Uruguay. Pero la presión para hallar una solución a la diferencia también hizo que fuera más fácil alcanzar las soluciones de transacción claves reflejadas en el Acuerdo de Blair House. Asimismo, la naturaleza de la diferencia realizó un aporte significativo a la noción de que los resultados de la Ronda Uruguay tendrían que incluir disciplinas sobre la ayuda interna a la agricultura. La diferencia sobre las semillas oleaginosas y el destino de la Ronda Uruguay terminaron entrelazándose: no es posible analizar una de estas cuestiones sin abordar la otra.

SUBSIDIOS A LOS PRODUCTOS AGROPECUARIOS: "PERJUICIO GRAVE" Y "MÁS DE UNA PARTE EQUITATIVA DEL COMERCIO MUNDIAL"

Varios grupos especiales del GATT y del Código de la Ronda de Tokio abordaron el tema de estos términos que aparecen en el Artículo XVI del GATT, pero a los reclamantes les resultó difícil recabar suficientes pruebas para demostrar sus alegaciones. Las constataciones de los casos siguientes presentan este problema: resultaba particularmente difícil obtener constataciones como resultado de la invocación de las disposiciones sobre solución de diferencias del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Ronda de Tokio. En el marco de este acuerdo, la adopción de las constataciones de grupos especiales por parte del comité creado por el Código se transformó en la excepción en lugar de la norma. Los reiterados fracasos para lograr que estas disposiciones del GATT o del Código fueran exigibles ejercieron un impacto significativo en los objetivos que las delegaciones que participaron de la Ronda Uruguay tenían respecto de las negociaciones. Varias delegaciones procuraron garantizar que el Acuerdo de la Ronda Uruguay sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias brindara definiciones más claras y un método más operativo de solución de diferencias para determinar la existencia de posibles violaciones. Los dos grupos especiales que abordaron problema del azúcar mencionado a continuación representan las únicas ocasiones en que las Partes Contratantes del GATT determinaron la existencia de la "amenaza de perjuicio grave". No obstante, las constataciones de "perjuicio grave" no trajeron aparejada ninguna consecuencia operativa real en virtud del Artículo XVI del GATT, mientras que una constatación acerca de la prueba de "más de una parte equitativa" impone la obligación de que

¹² El informe se distribuyó bajo el nombre de documento DS28/R del 31 de marzo de 1992.

"esta subvención no será aplicada de manera tal que dicha parte contratante absorba entonces más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación del producto de referencia".¹³

El 25 de octubre de 1979 presentó su informe el Grupo Especial del GATT establecido a solicitud de Australia para abordar la cuestión de los reintegros por exportaciones a causa de los reintegros por exportaciones de azúcar de la UE.¹⁴ Los siguientes extractos de sus constataciones ejemplifican la dificultad.

(f) Vistas todas las circunstancias relacionadas con la presente reclamación y teniendo especialmente en cuenta las dificultades existentes para determinar de manera clara la relación causal entre el aumento de las exportaciones comunitarias, la evolución de las exportaciones australianas de azúcar y otros hechos acaecidos en el mercado mundial del azúcar, el Grupo especial constató que no se hallaba en condiciones de concluir de manera categórica que el aumento de la parte de las Comunidades Europeas había significado la obtención por éstas de "más de una parte equitativa en el comercio mundial de exportación de ese producto" en el sentido del artículo XVI, párrafo 3.

(g) El Grupo especial observó, sin embargo, que el sistema comunitario de reintegros por las exportaciones de azúcar y su aplicación habían contribuido a hacer bajar los precios mundiales del azúcar en los últimos años, causando así indirectamente un perjuicio grave a Australia, aunque no era posible cuantificarlo con exactitud.

(h) El Grupo especial constató que el sistema comunitario de reintegros por las exportaciones de azúcar no preveía limitaciones efectivas preestablecidas ni en cuanto a la producción, ni en cuanto al precio ni en cuanto al monto de los reintegros, y constituía una fuente permanente de incertidumbre en los mercados mundiales del azúcar. En consecuencia, concluyó que el sistema comunitario y su aplicación constituían una amenaza de perjuicio en el sentido del artículo XVI, párrafo 1. (El énfasis de las negritas fue agregado por el autor).

A fines de 1978 se conformó un segundo grupo especial, al que se le confirió el siguiente mandato:

Examinar el recurso del Brasil (documento L/4722 de 14 de noviembre de 1978) de que los reintegros por las exportaciones de azúcar concedidos o mantenidos por la CEE e informar al respecto.

*(i) han dado como resultado que los exportadores de la CEE han obtenido **una proporción** de las exportaciones mundiales **superior** a la que les correspondía de conformidad con los términos del artículo XVI, párrafo 3;*

*(ii) **causan o amenazan causar un grave perjuicio** a los intereses del Brasil;*

*(iii) **anulan o disminuyen los beneficios** que directa o indirectamente puede obtener el Brasil en virtud del Acuerdo General. (El énfasis de las negritas fue agregado por el autor).*

Las cuestiones que versaban sobre "más de una parte equitativa" y el "perjuicio grave" pasaron a estar otra vez en el centro del debate. Las conclusiones¹⁵ de este Grupo Especial demostraron nuevamente la dificultad de determinar la existencia de estas condiciones.

*(e) Por consiguiente, vistas todas las circunstancias relacionadas con la presente reclamación y teniendo especialmente en cuenta las **dificultades existentes para determinar de manera clara la relación causal entre el aumento de las exportaciones comunitarias, la evolución de las exportaciones brasileñas de azúcar y otros hechos acaecidos en el mercado mundial del azúcar**, el Grupo especial constató que, sobre la base de las pruebas de que disponía respecto de este asunto concreto, **no se hallaba en condiciones de concluir que el aumento de la parte de las Comunidades Europeas hubiese tenido por***

¹³ Párrafo 3 del artículo XVI del GATT, 1994.

¹⁴ El documento sobre el asunto *Comunidades Europeas - Reintegros por las exportaciones de azúcar* fue distribuido bajo el número L/4833 del GATT y adoptado el 6 de noviembre de 1979.

¹⁵ El documento sobre el asunto *Comunidades europeas - Reintegros por las exportaciones de azúcar - Reclamación del Brasil* fue distribuido bajo el número L/5011 del GATT el 7 de octubre de 1980 y adoptado el 10 de noviembre de 1980.

efecto que éstas obtuvieran "más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación de ese producto" en el sentido del párrafo 3 del artículo XVI.

(f) El Grupo especial concluyó que, en vista de la cantidad de azúcar de la Comunidad disponible para la exportación con reintegros máximos y de los fondos no limitados de que se disponía para financiar los reintegros por la exportación, el régimen comunitario de concesión de reintegros por la exportación de azúcar había sido aplicado de una manera que, en la situación especial del mercado prevaleciente en 1978 y 1979, había contribuido a hacer bajar los precios del azúcar en el mercado mundial, y que ello **constituía un perjuicio grave** para los intereses del Brasil en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI.

(g) El Grupo especial constató que el régimen comunitario de reintegros por las exportaciones de azúcar no preveía limitaciones efectivas preestablecidas ni en cuanto a la producción, ni en cuanto al precio, ni en cuanto al monto de los reintegros por las exportaciones, y que la manera en que el régimen comunitario había sido aplicado no limitaba efectivamente ni los excedentes exportables ni la cuantía de los reintegros concedidos. Ni el régimen ni su aplicación impedían a las Comunidades Europeas obtener más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación de azúcar. Por lo tanto, el Grupo especial concluyó que el régimen comunitario y su aplicación **constituían una fuente permanente de incertidumbre en los mercados mundiales del azúcar y por consiguiente una amenaza de perjuicio grave** en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI. (El énfasis de las negritas fue agregado por el autor).

El 14 de diciembre de 1981, el Comité del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias estableció un grupo especial¹⁶ para analizar una reclamación de los Estados Unidos sobre las exportaciones de harina de trigo efectuadas por la Comunidad Europea. Los Estados Unidos expusieron la reclamación en los siguientes términos:

[L]a delegación de los Estados Unidos sostuvo que las subvenciones de la CEE a la exportación de harina de trigo:

(a) se aplicaban en una forma incompatible con el párrafo 1 del Artículo 10 del Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (denominado en adelante "Código") por cuanto su efecto había sido que la CEE absorbiese **más de una parte equitativa** del comercio mundial de exportación de harina de trigo;

(b) se aplicaban en una forma que tenía por efecto que sus precios fueran considerablemente inferiores a los de otros proveedores del mismo mercado, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 10 del Código;

(c) causaban una anulación o menoscabo de los beneficios que para los Estados Unidos se derivaban del Acuerdo General y un perjuicio grave a sus intereses, en el sentido del artículo 8 del Código. (El énfasis de las negritas fue agregado por el autor).

Las constataciones del Grupo Especial revelan que existe el mismo problema para constatar la cuestión de "más de una parte equitativa", tal como queda demostrado en el siguiente extracto:

5.3 Sin embargo, el Grupo especial constató **que no se hallaba en condiciones de concluir que el aumento de la parte de la CEE hubiese tenido por efecto que ésta absorbiera "más de una parte equitativa"** en el sentido del artículo 10, **dado que** los niveles y condiciones del comercio de harina de trigo son sumamente artificiales y que la evolución de los mercados es muy compleja, además de la interacción de una serie de factores especiales cuya importancia relativa es imposible evaluar, **y, lo que es más importante, dadas las dificultades que entraña el concepto de "más de una parte equitativa"**. (El énfasis de las negritas fue agregado por el autor).

Francamente frustrado ante esta situación, el Grupo Especial continúa diciendo:

5.8 Finalmente, desde una perspectiva económica y de política comercial más amplia, el Grupo especial estimó que, en lo tocante a las subvenciones a la exportación y otros aspectos del comercio de la harina de trigo, la situación era sumamente insatisfactoria, y sintió preocupación por lo que esto significaba para la eficacia de las disposiciones jurídicas en esta esfera. El nivel y condiciones artificiales de gran

¹⁶ Asunto Comunidad Económica Europea – Subvenciones para la exportación de harina de trigo, distribuido como documento SCM/42 del 21 de marzo de 1983.

parte del comercio de este producto eran representativos de los problemas actuales y de los riesgos previsibles. A este respecto, el Grupo especial estimó anómalo, por ejemplo, que la CEE, que de no haber concedido subvenciones a la exportación no hubiera podido en general exportar cantidades importantes de harina de trigo, hubiese aumentado en el transcurso del tiempo su parte del mercado mundial hasta convertirse, por amplio margen, en el mayor exportador.

5.9 El Grupo especial estimó que determinados problemas podían paliarse mejorando la transparencia y quizá mediante otras formas de cooperación multilateral en el Consejo Internacional del Trigo o en el GATT. Sin embargo, consideró que **las soluciones al problema de las subvenciones a la exportación en esta esfera solamente podían hallarse aplicando las disposiciones pertinentes del Código de manera más operativa, estricta y eficaz**. A este respecto, merecen examinarse entre otros, los siguientes elementos:

- i) **la posibilidad de llegar a una comprensión común más clara del concepto de "más de una parte equitativa", y de dotar de una mayor operatividad a este concepto.**
- ii) **si los arreglos internacionales relativos a las ventas en condiciones distintas de las comerciales completan y apoyan de manera adecuada las disciplinas deseadas en materia de subvenciones a la exportación.** (El énfasis de las negritas fue agregado por el autor).

Ningún grupo especial del GATT o del Código logró jamás constatar que existiera un caso en el que una de las Partes Contratantes del GATT hubiese obtenido "más de una parte equitativa del comercio mundial". Debido a estas fallas, los negociadores se vieron motivados en su esfuerzo por negociar el acuerdo de la Ronda Uruguay sobre estos asuntos.

EL GRUPO ESPECIAL DEL CASO *FIRA* Y EL ACUERDO SOBRE LAS MEDIDAS EN MATERIA DE INVERSIONES RELACIONADAS CON EL COMERCIO (ACUERDO SOBRE LAS MIC)

El Grupo Especial para la aplicación de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera canadiense (FIRA) al que me referí anteriormente tuvo gran incidencia en las negociaciones que condujeron al Acuerdo sobre las MIC de la Ronda Uruguay. Esto se trasluce especialmente en las disposiciones del Acuerdo sobre las MIC concernientes a las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que, en muchos aspectos, representan una codificación de las constataciones del Grupo Especial respecto de los compromisos de los inversores de comprar productos canadienses. Para otras medidas que requieren la exportación de productos, el Acuerdo sobre las MIC parece haber sobrepasado la jurisprudencia del caso *FIRA* a fin de establecer nuevas disciplinas.

LA RECLAMACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS CONTRA LAS RESTRICCIONES DE JAPÓN SOBRE CIERTOS PRODUCTOS AGROPECUARIOS

En 1986, los Estados Unidos incoaron una reclamación contra las restricciones cuantitativas que Japón imponía sobre doce grupos de productos agrícolas. Se conformó un grupo especial,¹⁷ el cual constató que las restricciones japonesas eran incompatibles con el Artículo XI del GATT. El informe fue adoptado por el Consejo del GATT en febrero de 1988. En consecuencia, Japón acordó eliminar las restricciones cuantitativas, aunque en el caso de los productos lácteos y de las féculas no lo hizo inmediatamente sino como parte de la instrumentación de la Ronda Uruguay. Este fue uno de los casos que contribuyeron a la futura celebración de un acuerdo para convertir la protección cuantitativa sobre los productos agrícolas en aranceles como parte del resultado general de las negociaciones sobre agricultura de la Ronda Uruguay.

Los ejemplos anteriores demuestran cómo las constataciones de algunos grupos especiales definieron de diferentes maneras el resultado de la Ronda Uruguay. No se pretende que éste constituya un análisis definitivo

¹⁷ El informe del Grupo Especial se distribuyó bajo el nombre de documento del GATT L/6253 del 18 de noviembre de 1987.

sino que suministre suficientes pruebas que demuestren que dicho impacto fue una realidad en el caso de la Ronda Uruguay. Un análisis más profundo podría permitirnos entender mejor la naturaleza de la interacción entre la solución de diferencias y las negociaciones; no obstante, éste no es el objetivo de este trabajo.

EL CAMBIO SISTÉMICO DEL GATT A LA OMC

El *corpus* de derecho comercial internacional que surgió de la Ronda Uruguay difiere en gran medida del GATT tanto en su naturaleza como en su campo de acción. Este acontecimiento ha agregado aún mayor importancia a la relación entre la función de la solución de diferencias y la OMC en sí misma, y tiene consecuencias significativas para la Agenda de Desarrollo de Doha. Los observadores y los Miembros de la OMC aún no han evaluado en su totalidad la naturaleza de estas implicancias.

El hecho de que todos los resultados de la Ronda Uruguay fueran adoptados como un compromiso único puso fin a los Códigos de la Ronda de Tokio, a los que se adhirieron sólo algunas de las Partes Contratantes del GATT. El nuevo conjunto de disposiciones es un todo integrado y abarca una mayor cantidad de temas, sobre todo ya que al régimen del GATT, que se había concentrado principalmente en las mercancías, se agregaron disciplinas en materia del comercio de servicios y de la propiedad intelectual. Esto dio como resultado un conjunto de disposiciones más amplio, complejo y detallado. Además del impacto de este cambio en la interpretación de estas disciplinas, el Órgano de Apelación ahora se concentra en la arquitectura global de los acuerdos de la OMC y no sólo en sus detalles.

A partir de este nuevo sistema, los Miembros de la OMC tomaron conciencia de que estas normas tienen implicaciones para ellos. La percepción al respecto de los Miembros no siempre es positiva y ése es uno de los factores que complica aún más las negociaciones de la Ronda de Doha. Por ejemplo, el caso del banano tuvo consecuencias funestas para algunos países del Caribe. Estos países probablemente nunca previeron semejante desenlace cuando firmaron el Acuerdo de Marrakech en 1994. Pero esta nueva toma de conciencia no tiene solamente aspectos negativos, tal como queda demostrado en el caso de los países del África Occidental productores de algodón, que se esfuerzan por aprovechar las negociaciones de Doha a fin de establecer las condiciones comerciales que les permitirán cosechar los beneficios de su natural ventaja comparativa.

Es probable que estas experiencias, junto con otras constataciones del OSD, incidan en la conducta de los negociadores, especialmente cuando las negociaciones lleguen al punto de tener que describir las nuevas disciplinas con terminología jurídica.

POTENCIALES IMPLICACIONES DE LAS CONSTATAIONES DEL OSD PARA EL PROGRAMA DE DOHA PARA EL DESARROLLO

En la siguiente sección encontraremos algunos ejemplos de cómo las constataciones respecto de las diferencias pueden incidir sobre la ronda actual de negociaciones. De ninguna manera constituye un análisis exhaustivo, sino que apunta a dejar en claro que este tema debe ser tratado con mayor detenimiento.

NORMAS

Como ya vimos, en el transcurso de las negociaciones sobre las normas, los Miembros de la OMC convinieron en celebrar "negociaciones encaminadas a aclarar y mejorar las disciplinas" relacionadas con las disposiciones de la OMC sobre medidas antidumping, subsidios y medidas compensatorias. Desde 1995, el OSD ha efectuado treinta y seis constataciones¹⁸ en reclamaciones sobre antidumping y cuarenta y nueve relativas a subsidios y medidas compensatorias. Naturalmente, esto representa una "aclaración" significativa de las

¹⁸ Las estadísticas sobre las constataciones fueron extraídas de WorldTradeLaw.net.

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.⁵

Por consiguiente, se desprende que si se desea analizar la incidencia del ESD, resulta sumamente importante tomar en cuenta el impacto del sistema de solución de diferencias en el marco del GATT y durante la Ronda Uruguay.

Si bien puede resultar un tanto paradójico para el ojo del observador casual, recurrir a las disposiciones del ESD a menudo tiende a despolitizar una diferencia. Cuando un país inicia una reclamación, toma un tema por lo general sumamente contencioso e irritante en lo que respecta a las relaciones internacionales y lo transforma en un ejercicio técnico que será resuelto por abogados de los Miembros participantes en base a su fondo jurídico. En esencia, tiene el efecto de sacar el asunto de la agenda bilateral durante el período en el cual se resuelve el caso. Obviamente, este proceso también facilita el manejo de la diferencia en el ámbito nacional. Ambos países pueden seguir defendiendo sus posturas y esperar que las mismas sean reivindicadas por las futuras constataciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD). El público no espera que su gobierno tome alguna otra medida durante el proceso de resolución.

Cuando el OSD finalmente emite una constatación, propone la interpretación jurídica definitiva de los derechos y las obligaciones de la OMC que deberán ser cumplidos por los Miembros en cuestión. Otra ventaja para los países en conflicto es que, a partir del ESD, renuncian al poder que alguna vez tuvieron de evitar que el Consejo del GATT adoptara un informe de un grupo especial. A veces, la política hacía imposible resistirse a esa tentación. Ahora, un informe de un grupo especial puede ser apelado, pero un Miembro no puede hacer nada para impedir que el OSD lo adopte. Este proceso incrementa las probabilidades de solucionar una diferencia ya que las partes contendientes disponen de una interpretación jurídica definitiva de la condición jurídica de las medidas que son objeto de la diferencia. A partir de la interpretación definitiva de los hechos jurídicos, es más fácil trabajar para hallar una "solución de mutuo acuerdo" o asegurar "la supresión de las medidas de que se trate".

Se dice que las constataciones en virtud del ESD son "vinculantes" porque constituyen las resoluciones jurídicas definitivas de los Miembros de la OMC actuando en conjunto. Sin embargo, no son vinculantes en el sentido de que los Miembros están legalmente obligados a acatar las conclusiones y recomendaciones adoptadas por el OSD. Aunque hasta ahora se ha registrado un alto nivel de acatamiento, hay evidentemente algunos casos en los que no se ha logrado ningún cumplimiento y hay pocas esperanzas de que algún día se logre. Por distintos motivos políticos, un Miembro puede optar por incumplir con la resolución, lo cual puede conducir al ofrecimiento de una compensación o la aplicación de medidas de retorsión. No obstante, el análisis de estas cuestiones está fuera del alcance de este trabajo.

Durante mis años al servicio del gobierno canadiense, tuve ocasión de ver en acción los procesos descriptos anteriormente. Aprendí mucho especialmente a raíz de una reclamación presentada por los Estados Unidos en el marco del GATT en 1982 en relación con ciertas prácticas de la Agencia para el Examen de la Inversión Extranjera (FIRA) del Canadá. La reclamación de los Estados Unidos se centraba en las obligaciones asumidas por inversores extranjeros frente a la FIRA junto con la aprobación de una propuesta de inversión. Estas obligaciones solían incluir el compromiso de comprar bienes y contratar servicios de proveedores canadienses o de exportar cierto porcentaje de su producción canadiense. Mi intención no es examinar los detalles del caso sino analizar la dinámica política que lo rodeó, dado que fui el funcionario gubernamental encargado de la defensa de la FIRA ante el GATT.

Las leyes sancionadas por el Parlamento en 1973 formaron parte de una serie de políticas económicas nacionalistas moderadas propuestas por el gobierno liberal del primer ministro Pierre Trudeau. (Algunos canadienses pueden objetar el uso del término "moderado", especialmente aquellos que estaban en desacuerdo con dichas políticas). Para cuando la controversia de la FIRA llegó a un punto crítico, otras iniciativas canadienses, tales como el Programa de Energía Nacional introducido en 1980, ya habían generado gran consternación en

⁵ Párrafo 1 del artículo 3 del ESD.

disciplinas de la OMC en esta área. De más está decir que estas constataciones serán estudiadas concienzudamente por los negociadores para ver si las "aclaraciones" del OSD son el tipo de "aclaraciones" que los Miembros de la OMC quisieran pactar en las negociaciones. Quizás exista margen para considerar si algunas o la totalidad de estas "aclaraciones" podrían ser codificadas en las negociaciones.

Quizá también valga la pena recalcar que el OSD efectuó dieciséis constataciones en casos sobre salvaguardas. Si bien las salvaguardas no forman parte de las negociaciones sobre las normas, es difícil comprender cómo pueden clarificarse y mejorarse las normas antidumping sin tomar en cuenta la relación entre los derechos antidumping y las salvaguardas, especialmente en un mundo donde los derechos antidumping están convirtiéndose en la "salvaguarda" preferida por muchos Miembros de la OMC.

AGRICULTURA

Tanto la reclamación sobre el algodón presentada por Brasil contra los Estados Unidos como la reclamación sobre el azúcar entablada por Australia, Brasil y Tailandia contra la Unión Europea tendrán importantes consecuencias sobre la conducción y el éxito de las negociaciones agrícolas. Ambos casos se encuentran aún en la etapa de examen de los grupos especiales. En el caso del *Algodón*, el informe provisional fue entregado a las partes contendientes. En el caso del *Azúcar*, la segunda reunión del Grupo Especial estaba prevista para la semana del 10 de mayo. Esto significa que aun cuando haya apelaciones, en ambos casos el OSD debería adoptar las constataciones antes del fin del año en curso, lo cual asegura que la fase de implementación de ambas diferencias se definirá durante la fase final de las negociaciones de Doha.

Obviamente, el análisis definitivo de las implicaciones de ambos casos deberá esperar hasta los resultados finales. Sin embargo, las reclamaciones hechas en los dos casos son de dominio público y a las claras muestran la magnitud de lo que está en juego.¹⁹ En cuanto al caso del *Algodón*, podría escribirse un trabajo por separado para analizar la importancia de las reclamaciones, que incluye:

- una impugnación de la totalidad del sistema de garantías de créditos a la exportación de los Estados Unidos para los productos agrícolas a raíz de que constituyen subsidios a las exportación;
- una impugnación de dos programas que, según los Estados Unidos, se encuentran en la caja verde, por no cumplir con los requisitos de los subsidios comprendidos en la caja verde;
- la primera impugnación en el marco de la OMC sobre la base de que ciertos subsidios nacionales están causando "perjuicio grave" a los productores brasileños.

Independientemente de los resultados, es obvio que las resoluciones concernientes a esos temas tendrán una incidencia directa sobre aspectos claves de las negociaciones agrícolas.

En el caso del azúcar, los correclamantes sostienen, entre otras cosas, que la Unión Europea viola sus compromisos sobre los subsidios a la exportación contraídos en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura.²⁰ La reclamación ha concentrado considerable atención internacional y fue objeto de amplia cobertura de los medios de prensa. Veintidós miembros de la OMC participan en las actuaciones en calidad de terceros. Naturalmente, las constataciones formuladas conforme al ESD en este caso afectarán las posturas en las negociaciones. En la próxima sección de este trabajo, analizaremos cómo la reacción de la Unión Europea se ve condicionada por la relación entre la diferencia y la Ronda de Doha.

¹⁹ Ver, por ejemplo, diversos informes en *Inside U.S. Trade*.

²⁰ Ver, por ejemplo, *Inside U.S. Trade*, del 2 de abril de 2004.

SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

El 2 de abril de 2004, el informe del Grupo Especial a cargo del asunto *México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones* se distribuyó como un documento de libre acceso.²¹ Este informe responde a una reclamación iniciada por los Estados Unidos sobre los compromisos y las obligaciones asumidos por México conforme al AGCS respecto de los servicios de telecomunicaciones básicas y con valor añadido. Ésta es la primera diferencia en el marco de la OMC que trata específicamente un asunto relativo a los servicios. También implica la interpretación del significado del Documento de Referencia (que establece los principios de reglamentación pro-competitivos) incluido en el Acuerdo sobre Telecomunicaciones Básicas e incorporado a la lista de México anexa al AGCS. Las constataciones de este caso deben ser estudiadas detenidamente por los negociadores, dada la indiscutible incidencia que ejercerán sobre las negociaciones sobre servicios de la Ronda de Doha. Esto sería especialmente significativo para cualquier sector donde se estuviera analizando la posibilidad de incluir un enfoque como el del Documento de Referencia a fin de asegurar que la liberalización acordada traiga aparejada una competencia efectiva.

PREFERENCIAS ARANCELARIAS PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO

El 23 de abril de 2004, el OSD²² adoptó el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo* (WT/DS 246/AB/R) y el informe del Grupo Especial (WT/DS246/R), modificado por el informe del Órgano de Apelación. La reclamación fue entablada por la India, que, al solicitar la formación de un grupo especial, planteó una reclamación no sólo contra los regímenes especiales de las Comunidades Europeas para combatir el tráfico y la producción de drogas sino también respecto de sus acuerdos sobre incentivos especiales para la protección del medio ambiente y los derechos laborales. Posteriormente, la India decidió limitar su reclamación a las preferencias arancelarias concedidas por las Comunidades Europeas de conformidad con el Régimen Droga. Al revocar las constataciones del Grupo Especial, el Órgano de Apelación concluyó que cierto grado de diferenciación en la concesión de preferencias conforme al SGP puede estar justificado a partir de lo descrito en el párrafo 173 de su informe, transcrito a continuación:

Tras examinar el texto y el contexto de la nota 3 al párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilitación y el objeto y fin del Acuerdo sobre la OMC y la Cláusula de Habilitación, llegamos a la conclusión de que la expresión "sin discriminación" de la nota 3 no prohíbe a los países desarrollados Miembros conceder diferentes preferencias arancelarias a productos originarios de beneficiarios diferentes del SGP, siempre que ese trato arancelario diferenciado cumpla las demás condiciones de la Cláusula de Habilitación. No obstante, en virtud de la expresión "sin discriminación", los países que conceden preferencias están obligados, al conceder ese trato arancelario diferenciado, a garantizar la posibilidad de un trato idéntico a todos los beneficiarios del SGP que se hallan en una situación similar, es decir, a todos los beneficiarios del SGP que tienen las "necesidades de desarrollo, financieras y comerciales" a las que se pretende dar respuesta con el trato en cuestión.

Esta conclusión fue muy bien recibida por la Unión Europea y por los Estados Unidos, que consideraban que la resolución anterior ponía en peligro el fundamento legal de sus propios esquemas de preferencias. En cambio, la India reaccionó airadamente cuando el OSD analizó el informe. A juicio del representante indio, existía un nexo claro entre esta conclusión y las negociaciones.

"Los países en desarrollo están siendo... privados de sus derechos de trato de NMF por determinación judicial dentro de un sistema de solución de diferencias establecido justamente para preservar los derechos y obligaciones de todos los Miembros", declaró la India.

²¹ Documento WT/DS204/R.

²² Documento WT/DS246/10.

Si la resolución del Órgano de Apelación es utilizada como fundamento de la futura jurisprudencia de la OMC, "los países en desarrollo no podrán negociar más las concesiones arancelarias con la seguridad de que las concesiones obtenidas a cambio de las otorgadas no serán erosionadas por un trato discriminatorio", continuó Nueva Delhi. Como los países en desarrollo compiten principalmente entre sí en los mercados de los países donantes del SGP, esto podría perjudicar las futuras rondas de negociaciones arancelarias".²³

A los efectos de este trabajo, no importa definir cuál es la postura correcta. Lo que sí importa es cómo esta constatación afecta la forma de percibir las negociaciones y la conducta potencial de los negociadores.

Los muchos ejemplos citados en esta sección muestran la pertinencia de las constataciones del OSD para la dirección de las negociaciones. Muchas otras constataciones del OSD pueden también resultar pertinentes. El propósito aquí es tan sólo sugerir que estos asuntos deben ser analizados más concienzudamente. Dicho análisis redundaría en beneficio de las partes que llevan a cabo la negociación y también contribuiría a sentar los cimientos de un conjunto mejorado y más claro de disciplinas de la OMC en aquellas áreas que son objeto de negociaciones.

IMPLICACIONES SOBRE LAS NEGOCIACIONES DEL PROCESO DE ADHESIÓN A LA OMC

Un componente fundamental de cualquier proceso de negociación para la adhesión consiste en examinar la compatibilidad entre el régimen comercial del país en proceso de adhesión y las disciplinas de la OMC y luego, en caso de discrepancias, se debe acordar la forma en que el régimen comercial ha de adaptarse a las disposiciones de la OMC. Obviamente, es conveniente conocer el significado de estas disposiciones, en especial en las áreas que revisten mayor importancia para la negociación. En los casos en que las disposiciones hayan sido "aclaradas" por constataciones del OSD, sería importante que tanto el país en proceso de adhesión como los que ya son Miembros de la OMC entendieran la naturaleza de dichas aclaraciones.

A fin de ilustrar este punto analicemos un ejemplo puntual reciente. La cuestión de la fijación de precios de la energía ha concentrado considerable atención sobre las negociaciones para la adhesión de Arabia Saudita y Rusia. A algunos Miembros de la OMC les preocupaba que dicha fijación de precios confiriera una ventaja competitiva injusta a ciertos productores que utilizan productos que funcionan con energía como insumos para producir otros bienes. Dos casos recientes de la OMC parecen ser pertinentes en esta cuestión.

En la reunión del 17 de febrero de 2004, el Órgano de Solución de Diferencias²⁴ adoptó el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá* (WT/DS257/AB/R) y el informe del Grupo Especial (WT/DS257/R y Corr.1), modificado a partir del informe del Órgano de Apelación. Parte de esta diferencia se basaba en si se podía llegar a considerar que las provincias del Canadá concedían un beneficio o subsidio bajo la forma de suministro de madera en pie a los madereros y, por lo tanto, creaban una situación en la que las autoridades de los Estados Unidos podían determinar si se justificaría la aplicación de derechos compensatorios. En el párrafo 76 de su informe, el Órgano de Apelación arribó a la siguiente conclusión:

Por estos motivos, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.30 de su informe, según la cual "la determinación del USDOC de que las provincias del Canadá hacen una contribución financiera bajo la forma del suministro de un bien al proporcionar madera en pie a los madereros a través de los programas de derechos de tala" no es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

Si bien la energía no es madera, la constatación sobre este asunto plantea la cuestión de si la fijación de precios de un producto derivado de un recurso natural puede ser contrarrestada por un derecho compensatorio. El

²³ BNA International Trade Reporter publicó un informe sobre la reunión del OSD en su edición del 29 de abril de 2004, Vol. 21, N° 18.

²⁴ Documento WT/DS/257/11 del 23 de febrero de 2004.

caso de la fijación de precios de la energía parece ser lo suficientemente pertinente como para merecer un análisis más profundo.

Otra diferencia actual en el seno de la OMC concierne a las prácticas comerciales de la Junta de Trigo Canadiense. En este caso, los Estados Unidos alegaron, entre otras cosas, que el Canadá violaba las obligaciones impuestas por la OMC "con respecto a cuestiones concernientes a la exportación de trigo por la Junta de Trigo Canadiense". Las alegaciones se centraban especialmente en las obligaciones comerciales del Estado estipuladas por el Artículo XVII del GATT de 1994. El informe emitido por el Grupo Especial conformado para entender en la reclamación fue distribuido el 6 de abril de 2004.²⁵ El Grupo Especial determinó que:

Los Estados Unidos no cumplieron sus obligaciones de probar que el Canadá violó el párrafo 1 del artículo XVII del GATT de 1994 porque el Régimen de Exportación de la [Junta de Trigo Canadiense] lleva necesariamente a que ésta efectúe ventas de exportación en una forma incompatible con los principios de los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo XVII.

Los Estados Unidos han manifestado su decisión de apelar. Una vez más, la verdadera cuestión a los efectos de este trabajo es que sea cual fuere la decisión final, seguramente tendrá incidencia sobre la naturaleza de las obligaciones asumidas por un país en proceso de adhesión que lleva a cabo actividades similares.

OPINIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA OMC SOBRE EL SISTEMA

Por último, resulta útil analizar la opinión de los Miembros de la OMC sobre el funcionamiento del sistema de solución de diferencias. En general, el veredicto parece ser sumamente positivo, lo cual paradójicamente puede ser una de las razones por las cuales las negociaciones sobre la solución de diferencias de la Ronda de Doha progresan tan lentamente. No obstante, existen algunos signos de creciente frustración tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea. Unas pocas citas sirven para ejemplificar esto:

Los Estados Unidos

Los Estados Unidos han manifestado cierto grado de frustración respecto tanto de las negociaciones como del OSD. La mayor preocupación parece ser el tema de las constataciones del OSD respecto de las medidas correctivas comerciales, la cual se dejó traslucir en dos documentos presentados por los Estados Unidos en el seno del Grupo de Negociación sobre Normas.

En la página 2 del TN/RL/W27 los Estados Unidos afirmaron que:

Un componente esencial de la confianza en el sistema de comercio basado en normas es la existencia de un mecanismo de solución de diferencias plenamente eficaz, que permita resolver las diferencias sin aumentar ni disminuir los derechos y las obligaciones de los Miembros de conformidad con los Acuerdos de la OMC. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

En la página 4 del TN/RL/W130, los Estados Unidos volvieron a tocar el mismo tema:

Independientemente de la posición que adopten respecto de las cuestiones sustantivas, todos los Miembros deben preocuparse por las constataciones del procedimiento de solución de diferencias que hacen caso omiso de las disposiciones convenidas por los Miembros en el curso de negociaciones. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

²⁵ Documento WT/DS274/R del 6 de abril de 2004.

Cierta preocupación sobre la forma en que funciona el sistema también se trasluce en un trabajo conjunto de los Estados Unidos y Chile acerca de las negociaciones sobre solución de diferencias, que en la página 1 del TN/DS/W28 dice:

En consecuencia, los razonamientos y las constataciones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación no deberían trascender de los aspectos de la diferencia que la parte reclamante y la parte demandada consideren necesarios para solucionarla. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

Deily, el embajador de los Estados Unidos, dijo en la reunión del OSD del 10 de diciembre de 2003²⁶ celebrada con motivo de la adopción de las constataciones del Órgano de Apelación y del Grupo Especial sobre las medidas de salvaguarda al acero impuestas por los Estados Unidos:

El Órgano de Apelación agrava su error al interpretar la norma "explícita" de una manera que le induce a rechazar constataciones simplemente porque no están formuladas con las palabras que él espera. Buen ejemplo de ello es el examen que realiza el Órgano de Apelación del término paralelismo. Esta exaltación de la forma frente al fondo debe ser motivo de preocupación para todos los Miembros.

Finalmente, cabe destacar dos citas atribuidas al Embajador Zoellick que datan del 28 de abril de 2004, posteriores a los informes de prensa que abordaron la naturaleza de los informes provisionales del Grupo Especial encargado de la reclamación sobre algodón que el Brasil entabló contra los Estados Unidos:

"Creo que sería un gran error tratar de resolver estas complejísticas cuestiones agrícolas a través del litigio país contra país", dijo Zoellick. "Sería gradual... disparejo... tomaría más tiempo del necesario... Y en mi opinión, será conflictivo y, en última instancia, contraproducente".

"El verdadero efecto... dependerá de los demás países", dijo, "porque si los demás países deciden tomar distancia del tema y litigar, en lugar de negociar, creo que terminará siendo conflictivo e improductivo para todos".²⁷

LA UNIÓN EUROPEA

Los subsidios al azúcar y a la exportación parecen haber generado un sentido de frustración en la Unión Europea. En una declaración que circuló ampliamente con motivo de la primera reunión del Grupo Especial sobre el asunto del azúcar al que hicimos referencia anteriormente, la Unión Europea manifestó lo siguiente el 30 de marzo de 2004:

Párrafo 21

Además, ellos [los reclamantes] saben que nunca pidieron, y mucho menos negociaron, dicha reducción [de las exportaciones de azúcar de las Comunidades Europeas] y que no pagaron precio alguno por ella. También saben que no tenían esperanza alguna de que las Comunidades Europeas redujeran su exportación de azúcar C hasta hace poco, es decir, hasta que confundieron el caso Canadá-Productos lácteos con un billete de lotería ganador por valor de 3 millones de toneladas de azúcar.

Párrafo 23

No se debe abusar del procedimiento de solución de diferencias de la OMC para sacar ventajas injustas sobre otros Miembros. Si el Grupo Especial declarara con lugar esta reclamación, estaría recompensando

²⁶ Documento WT/DSB/M160 del 27 de enero de 2004.

²⁷ BNA Daily Report for Executives, 29 de abril de 2004.

el oportunismo y la falta de buena fe de los reclamantes, en detrimento de la confianza mutua entre los Miembros, sin la cual no existiría posibilidad alguna de negociación.

Al mismo tiempo, la Comisión Europea estaba a punto de indicarles a sus socios de la OMC que estaba dispuesta a negociar la abolición de todos los subsidios a la exportación de productos agrícolas. Dicha posibilidad fue ciertamente sugerida por Pascal Lamy en su discurso pronunciado el 26 de febrero en Washington:

Por ejemplo, hemos propuesto eliminar los subsidios a la exportación de una serie de productos de interés para los países en desarrollo. Lo curioso es que, en el transcurso de un año desde que formulamos esa propuesta, nadie sugirió los productos cuyos subsidios desean eliminar. Después de todo, esto no es algo demasiado complicado. Es como si los países temieran que hubiera alguna trampa tendida, como si los países fueran prisioneros de la opinión de los medios de comunicación acerca de que los europeos siempre tienen un programa secreto relativo a la agricultura que por lo general implica al azúcar. Bueno, he de decirles que no lo tenemos. No proponemos exclusiones a priori. Y volviendo al tema del azúcar, quizás el único sea el plazo porque no podemos proceder a una eliminación inmediata sin antes esperar a que nuestra reforma interna haya surtido efecto.

Resulta razonable suponer que estos acontecimientos guardaban cierta relación con la reacción un tanto iracunda del Comisario ante una declaración sobre los subsidios formulada por el doctor Supachai, Director General de la OMC, durante la reunión ministerial del Grupo Cairns en Costa Rica a fines de febrero. El 3 de marzo, el Comisario Lamy le escribió²⁸ al Dr. Supachai lo siguiente:

Es extremadamente molesto que el Director General de la OMC se refiera a cifras sumamente cuestionables utilizadas por la OCDE que ni siquiera forman parte del documento de referencia de la OMC. Me refiero, por supuesto, a los US\$300.000 millones (o US\$1.000 millones diarios) supuestamente gastados por los países desarrollados en agricultura. ¿Debo recordarle que esta cifra no corresponde de ninguna manera a los desembolsos presupuestarios reales? Es una cifra total de subsidios "equivalentes" que incluye gastos presupuestarios, protección arancelaria y diferencias entre los precios. La cifra real rondaría los US\$100.000 millones, y menos de US\$45.000 millones por año en la Unión Europea.

Estas reacciones de parte de los Estados Unidos y la Unión Europea revelan cierto grado de frustración respecto del sistema de solución de diferencias. Lo que es más importante desde mi punto de vista es que hacen hincapié en el hecho de que la negociación y la solución de diferencias son realmente parte de un proceso más amplio de elaboración e instrumentación de políticas comerciales y del manejo de las relaciones comerciales.

LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS CONSTATAIONES DEL OSD Y LAS NEGOCIACIONES

Actualmente estamos siendo testigos de un aumento de constataciones del sistema de solución de diferencias que no difiere de lo ocurrido durante el período de la Ronda Uruguay. En verdad, ya es evidente que a los gobiernos les resulta difícil implementar una serie de constataciones. Las constataciones del OSD sobre hormonas contra la Unión Europea y sobre la "Enmienda Byrd" contra los Estados Unidos son dos ejemplos. Los esfuerzos continuos de los Estados Unidos por adecuar sus prácticas impositivas a las resoluciones de la OMC sobre la Ley de derogación de las disposiciones relativas a las empresas de ventas en el extranjero (EVE) y exclusión de los ingresos extraterritoriales (EIE) ponen de manifiesto las dificultades implícitas. Puede suceder que las constataciones en los casos del azúcar y el algodón mencionados anteriormente también sean difíciles de poner en práctica.

Una de las razones que justifican la no adopción o la lentitud en adoptar los informes de grupos especiales durante la Ronda Uruguay fue que los gobiernos en cuya contra se habían efectuado las constataciones querían evitar el difícil desafío de implementar los resultados. Resultó evidente que el proceso de implementación se vería facilitado "en el contexto de la finalización de la Ronda". De hecho, una serie de informes se adoptó

²⁸ El texto de la carta puede consultarse en la edición del 26 de marzo de 2004 de *Inside U.S. Trade*.

exactamente con ese tipo de salvedad. El caso de las semillas oleaginosas mencionado con anterioridad es un buen ejemplo.

Resulta mucho más sencillo implementar constataciones políticamente complejas en el contexto de un paquete más amplio de acuerdos. Ésta es una realidad política. Algunos de los comentarios de los Estados Unidos y de la Unión Europea que figuran en la sección anterior deben ser analizados tomando esto en cuenta.

Los Miembros de la OMC deberían estar pensando en cómo usar la Ronda para facilitar la concreción del tema de la implementación, que aún está pendiente. Por supuesto será necesario evitar que parezca que de alguna manera los Miembros de la OMC están "pagando" con las negociaciones la eliminación de las medidas "ilegales". Esto no debería resultar demasiado difícil. Después de todo, es bien sabido que la retórica mercantilista que rodea a las negociaciones comerciales no es más que eso: retórica. Además, los gobiernos que han resultado "ganadores" también pueden considerar más ventajosa la aplicación de las constataciones a través de la negociación porque podrán opinar sobre la forma en que se lleva a cabo. La implementación de las constataciones de los grupos especiales es una cuestión que en primera instancia la parte perdedora debe asumir. Como ya se ha visto en numerosos casos de la OMC, dicha implementación no siempre se lleva a cabo de forma tal que se traduzca en su cumplimiento.

Tampoco debemos perder de vista el hecho de que mientras que litigar es importante, la OMC sigue siendo esencialmente un foro de negociación para el manejo de las relaciones comerciales entre sus Miembros.

Finalmente, si bien es cierto que para cualquier gobierno sería políticamente más fácil implementar constataciones dentro de un contexto más amplio de medidas, esto es sobre todo aplicable a los Estados Unidos cuando la implementación demanda que el Congreso sancione leyes. Los resultados de una negociación pueden ser puestos en práctica a partir de las facultades de "vía rápida", mientras que la implementación de las constataciones del OSD requiere una acción adicional del Congreso.

CONCLUSIÓN

Como se mencionó anteriormente al analizar el caso reciente sobre el SGP, a los efectos de este trabajo no importa la postura de qué Miembro prevalece; lo que realmente importa es la incidencia de la constatación en la percepción que se tiene acerca de las negociaciones y la conducta potencial de los negociadores. Esta observación es pertinente en cualquier diferencia. Para entender la repercusión de diversas diferencias, es necesario partir de un conocimiento profundo de la forma en que las constataciones de un caso en particular aclaran o interpretan las normas de la OMC.

Es realmente necesario considerar la solución de diferencias, el manejo de las relaciones comerciales y las negociaciones comerciales como parte de un proceso integrado coherente. No obstante, no queda claro si esto realmente sucede en la práctica. Pareciera que el ámbito académico ha decidido no abordar ese tipo de enfoque. También contamos con suficientes pruebas anecdóticas para sugerir que existe el mismo problema en el seno de los gobiernos, donde los abogados que participan en procedimientos de solución de diferencias no parecen estar trabajando a la par de los negociadores. Para ser honestos, descuidar la interrelación entre estas cuestiones constituye un serio pecado de omisión que, en un nivel general y amplio, llevará a descartar oportunidades de aprovechar las negociaciones actuales en beneficio del sistema comercial multilateral. En el caso individual de cada Miembro, puede llegar a significar perder la oportunidad de solucionar definitivamente serios problemas de larga data.

Éste es el momento de comenzar a rectificar esas omisiones, mientras aún está al alcance de nuestras manos la posibilidad de aprovechar al máximo la Agenda de Desarrollo de Doha.

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC: UNA EXPERIENCIA EXITOSA

VALERIE HUGHES

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de solución de diferencias de la OMC está próximo a celebrar su décimo aniversario. ¡Y vaya si tiene motivos para festejar! Ha demostrado ser un sistema más que eficiente para resolver diferencias comerciales entre gobiernos y sigue sirviendo a los ciento cuarenta y seis Miembros¹ que hoy integran la Organización Mundial del Comercio de un modo que ni siquiera sus creadores llegaron a imaginar.

Uno de sus creadores nos acompaña hoy aquí. Como la mayoría de ustedes sabe, el embajador Julio Lacarte presidió el grupo de negociación al que se le encomendó la redacción de las normas que rigen el sistema de solución de diferencias de la OMC. Además, el embajador Lacarte fue uno de los siete miembros originales del Órgano de Apelación de la OMC, en el que se desempeñó desde 1995 hasta febrero de 2002. Fue el primer presidente del Órgano de Apelación. Durante el desempeño de sus funciones en dicho Órgano, el embajador Lacarte no sólo resolvió cuarenta y nueve apelaciones, relativas a toda clase de cuestiones complejas y delicadas de naturaleza comercial surgidas entre numerosos países desarrollados y en desarrollo Miembros de la OMC, sino que también contribuyó de manera decisiva al desarrollo del Órgano de Apelación como institución, conduciéndolo con gran destreza en sus críticos años iniciales. Si bien el embajador Lacarte dejó el Órgano de Apelación hace dos años, aún hoy se siente en él su influencia. De hecho, la OMC no ha permitido que el embajador Lacarte se desvincule del sistema de solución de diferencias de la OMC. Recientemente ocupó el cargo de presidente de un grupo especial que abordó la novedosa y compleja tarea de la diferenciación entre los países en desarrollo para la aplicación de los Sistemas Generalizados de Preferencias.²

En esta ponencia me propongo describir los principales elementos del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, así como destacar algunas de las cuestiones surgidas en los casi diez años de funcionamiento del sistema. También he de referirme a algunas de las propuestas de aclaraciones y mejoras del sistema que se encuentran actualmente en debate, en el contexto de las negociaciones de la Ronda de Doha para el Desarrollo.

¹ Al 1° de abril de 2004.

² Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo* ("CE – Preferencias Arancelarias"), WT/DS246/R, adoptado el 20 de abril de 2004, incluyendo las correcciones y enmiendas introducidas por el Informe del Órgano de Apelación WT/DS245/AB/R.

Pero antes de pasar al mecanismo de solución de diferencias, deseo plantear qué es lo que está en juego en las diferencias que se presentan ante la OMC. En otras palabras, mi intención es demostrar las enormes repercusiones que generan algunas de esas cuestiones, con el propósito de poner de manifiesto su importancia desde una perspectiva práctica y no meramente jurídica.

Los temas sobre los que versan las diferencias son variados: van desde bienes primarios como el acero hasta productos agrícolas como el banano, pasando por cuestiones ambientales tales como la protección de las tortugas marinas y la reglamentación de los organismos genéticamente modificados. Y atañen a todo tipo de industrias, incluidas –por mencionar sólo algunas– la de las telecomunicaciones, la automotriz, la textil, la pesquera, la de la música y la farmacéutica.

La magnitud de las cuestiones es de millones de dólares. Tomemos, por ejemplo, el caso de las Empresas de Ventas en el Extranjero (EVE) sobre subsidios a las exportaciones entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas, en el que se vio afectado un volumen de transacciones comerciales de US\$4.000 millones.³ La reciente diferencia en relación con aranceles aduaneros aplicados a las importaciones de acero hacia los Estados Unidos tuvo similares repercusiones financieras –le significaron más de US\$2.000 millones a las CE, algo más de US\$500 a Japón, entre US\$350 millones y US\$400 millones a Brasil y unos US\$40 millones a Nueva Zelanda.⁴ La batalla legal por los organismos genéticamente modificados (OGM) podría causar un impacto económico masivo, estimándose que los cultivos y productos genéticamente modificados representaron en el mercado mundial ventas por US\$17.000 millones en el año 2002,⁵ con un volumen potencial calculado en varias veces esa cifra.

Y no se trata exclusivamente de enfrentamientos entre países desarrollados. De hecho, los países en desarrollo son partícipes muy activos en el sistema de solución de diferencias de la OMC. Entre 1995 y 2002, los países en desarrollo interpusieron cerca de la mitad de las reclamaciones, y un 41 por ciento de éstas estaban dirigidas contra otros países en desarrollo.⁶ En los últimos cuatro años, los países en desarrollo solicitaron más consultas –la primera etapa del proceso de solución de diferencias–⁷ que los países desarrollados.⁸ La Argentina, Brasil, Chile y México están entre los diez usuarios más asiduos del sistema de solución de diferencias de la OMC.⁹ Uruguay intervino en carácter de tercero ante tres grupos especiales, y solicitó la celebración de consultas en un asunto que posteriormente se resolvió.¹⁰

³ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "Empresas de Ventas en el Extranjero" – Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del Artículo 22 del ESD y en el párrafo 11 del Artículo 4 del Acuerdo SMC (EE.UU. – EVE (Artículo 22.6 – Estados Unidos))*, WT/DS108/ARB, 30 de agosto de 2002.

⁴ Informe de la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos (USITC), *Acero*, Investigación N° TA-201-73, Vol. III, Pub. 3479 (Diciembre de 2001) Apéndice C; "Reunión entre funcionarios de los Estados Unidos y de la UE para debatir sobre los aranceles aduaneros al acero; la UE afirma que se habló sobre las compensaciones", *BNA WTO Reporter*, 20 de marzo de 2002, www.bna.com; "Los Estados Unidos determinan 178 productos adicionales a ser excluidos del sistema de salvaguardas en el año 2002", *BNA WTO Reporter*, 23 de agosto de 2002, www.bna.com; "Japón anuncia represalias arancelarias por US\$85 millones contra las sanciones impuestas por los Estados Unidos a las importaciones de acero", *BNA WTO Reporter*, 28 de noviembre de 2003, www.bna.com; "Bush suspende aranceles de salvaguarda sobre el acero ante la amenaza de la Unión Europea de aplicar represalias arancelarias", *BNA WTO Reporter*, 5 de diciembre de 2003, www.bna.com.

⁵ Thomas Bernauer, *Genes, Trade and Regulation*, Princetown University Press (2003), pág. 6.

⁶ *Informe sobre el Comercio Mundial 2003*, Organización Mundial del Comercio (2003), pág. 175. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁷ Ver *infra*, Parte III.

⁸ En el año 2003, los países en desarrollo solicitaron el 62 por ciento de las consultas; en el año 2002, el 49 por ciento; en el 2001, el 71 por ciento; y en el 2000, el 55 por ciento.

⁹ Al 31 de octubre de 2003, la Argentina fue parte reclamante en cuatro diferencias y demandada en ocho; Brasil fue parte reclamante en once diferencias, y demandada en tres; Chile fue parte reclamante en cuatro diferencias y demandada en tres, y México fue parte reclamante en cuatro diferencias y demandada en dos.

¹⁰ *Hungría – Subvenciones a las exportaciones de productos agropecuarios*, WT/DS35; *Argentina – Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado ("Argentina – Calzado (EC)")*, WT/DS121/AB/R; *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos ("EC – Productos biotecnológicos")*, WT/DS291 (iniciada por los Estados Unidos), WT/DS292 (iniciada por Canadá), WT/DS293 (iniciada por la Argentina). (En esta última diferencia, se constituyó un grupo especial único el 4 de marzo de 2004, a tenor de una solicitud conjunta de los Estados Unidos, Canadá y la Argentina (WT/DS291/24, WT/DS292/18, WT/DS293/18). Uruguay ha hecho reserva de sus derechos de participar en carácter de tercero en las reclamaciones iniciadas por Canadá y la Argentina); Solicitud de celebración de consultas presentada por el Uruguay, *Comunidades Europeas – Aplicación de los compromisos de la Ronda Uruguay relativos al arroz*, WT/DS25/1, 17 de enero de 1996.

Los Miembros de la OMC recurren habitualmente al mecanismo de solución de diferencias, dando prueba de su confianza en el sistema. Desde 1995 hasta el 1º de abril de 2004, los Miembros de la OMC adoptaron ochenta y nueve informes de grupos especiales y sesenta informes del Órgano de Apelación. Comparemos estas estadísticas con las de la Corte Internacional de Justicia en sus primeros cincuenta años de funcionamiento, durante los cuales emitió sesenta y una sentencias y veintitrés dictámenes. Incluso el mecanismo de solución de controversias entre Estados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) –establecido en el Capítulo XX de dicho Tratado– sólo sustanció tres controversias en el transcurso de diez años.¹¹ En la actualidad, once grupos especiales de la OMC trabajan en la solución de diversas diferencias, y se han establecido siete grupos especiales más, cuya composición se encuentra aún pendiente.¹² El Órgano de Apelación emitió su último informe el 7 de abril de 2004,¹³ y prevé recibir hasta cuatro anuncios de apelación en las próximas semanas.¹⁴

II. LAS NORMAS: LA JOYA DE LA CORONA

En 1995 se creó el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, conocido a menudo como la "joya de la corona de la Ronda Uruguay". Esta joya, consistente en unas treinta normas para la solución de diferencias surgidas entre Miembros de la OMC, está contenida en un documento que lleva por título "Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias". Estas normas son generalmente conocidas como el Entendimiento sobre Solución de Diferencias o ESD.

Comprenderemos más cabalmente la estructura del sistema de solución de diferencias de la OMC si analizamos primero los principios básicos del sistema. En primer lugar, el Artículo 3 del ESD establece que "el sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento *esencial* para aportar *seguridad y previsibilidad* al sistema multilateral de comercio".¹⁵ No debemos perder de vista este principio al evaluar el funcionamiento del sistema en sus más de nueve años de existencia. En segundo término, el Artículo 3 del ESD dispone además que "el *objetivo* del mecanismo de solución de diferencias es hallar una *solución positiva* a las diferencias".¹⁶ Por último, el ESD dice que "el *primer* objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general *conseguir la supresión de las medidas* de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados".¹⁷

De modo que, en sus disposiciones iniciales, el ESD nos dice que el mecanismo de solución de diferencias es un elemento *esencial* del sistema de comercio que ha de aportar *seguridad y previsibilidad* a ese sistema. También nos explica que los objetivos del sistema son hallar una *solución positiva* a la diferencia y lograr la *supresión* de las medidas que suponen una infracción. En otras palabras, lo importante es que el ESD *no dice* que el primer objetivo sea garantizar una compensación cuando se hayan aplicado medidas incompatibles, sino que el énfasis está en la supresión de tales medidas.

Veamos ahora algunos de los principales elementos del sistema. El ESD dispone un procedimiento de solución de diferencias que consta de varias etapas:

¹¹ Se han tramitado numerosas controversias a tenor de otros mecanismos de solución de controversias del TLCAN que no son mecanismos entre Estados. El Capítulo XIX estipula el reemplazo de la revisión judicial de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias por la revisión que lleve a cabo un panel binacional. El Capítulo XI dispone un mecanismo de solución de controversias surgidas entre un inversionista y un Estado.

¹² Al 1º de abril de 2004.

¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/R, adoptado el 20 de abril de 2004.

¹⁴ Al 1º de abril de 2004.

¹⁵ ESD, Artículo 3.2 (bastardilla agregada para mayor énfasis).

¹⁶ *Ibidem*, Artículo 3.7 (bastardilla agregada para mayor énfasis).

¹⁷ *Ibidem*

- En primer lugar, las partes en una diferencia deben celebrar consultas con el fin de buscar la solución de la diferencia.
- Si no se alcanza una solución, las partes pueden acceder a la etapa siguiente, que consiste en someter la diferencia a grupos especiales.
- Luego, la decisión del grupo especial podrá apelarse ante el Órgano de Apelación.
- Por último, tenemos la fase de aplicación de las resoluciones o de retorsión.

Explicaré el funcionamiento de cada una de estas etapas y mencionaré algunas de las reformas que actualmente se debaten.

En cuanto a las reformas, debo aclarar que existe en la actualidad un debate en el marco de las negociaciones de Doha sobre las posibles mejoras y aclaraciones a introducirse en el ESD. De hecho, en los últimos años se han llevado a cabo negociaciones para tratar las posibles modificaciones del ESD, incluso desde antes de la Conferencia Ministerial de Seattle de 1999, pero no es dable esperar que las mismas concluyan en un futuro cercano. Desde el comienzo, en 1995, se partió del supuesto de que sería necesario evaluar las normas sobre solución de diferencias una vez que hubieran estado en vigencia por algunos años, para poder evaluar su eficacia y realizar los ajustes necesarios a la luz de la experiencia.¹⁸ El mandato inicial para discutir posibles mejoras y aclaraciones del ESD se renovó en la Declaración Ministerial de Doha en noviembre de 2001,¹⁹ pero el plazo acordado venció en mayo de 2003 sin que se llegara a ningún consenso en tal sentido.²⁰ El entonces Presidente del grupo de negociaciones tuvo que remitir un texto al Comité de Negociaciones Comerciales reconociendo que el mismo no contaba con el consenso de los Miembros. Sin embargo, el Consejo General prorrogó el mandato hasta mayo de 2004,²¹ y veremos entonces si para esa fecha se alcanza algún resultado positivo.²²

Los Miembros han elevado numerosas propuestas en el marco de las discusiones, siendo algunas de ellas de carácter bastante técnico, mientras que otras plantean cambios significativos que alterarían la naturaleza del sistema tal como fue concebido originalmente. Al exponer sobre los diversos aspectos del mecanismo de solución de diferencias, haré mención de algunas de estas propuestas.

¹⁸ Decisión sobre la aplicación y examen del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, LT/UR/D-1/6, 15 de abril de 1994.

¹⁹ Conferencia Ministerial – Cuarto período de sesiones – Doha – Declaración Ministerial, adoptada el 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, que establece en su párrafo 30:

Convenimos en celebrar negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Las negociaciones deberán basarse en la labor realizada hasta ahora, así como en las propuestas adicionales que presenten los Miembros, e ir encaminadas a acordar mejoras y aclaraciones no más tarde de mayo de 2003, momento en el que adoptaremos disposiciones para asegurarnos que los resultados entren en vigor en el más breve plazo posible.

²⁰ El entonces Presidente, embajador Péter Balás (Hungria) remitió un Texto del Presidente al Comité de Negociaciones Comerciales el 6 de junio de 2003 (TN/DS/9), que incluía algunas de las propuestas debatidas, pero excluía otras que, a criterio del Presidente, no contaban con "un nivel de apoyo suficiente". El Texto del Presidente fue remitido de oficio por el Presidente ya que el mismo "no podía ser objeto de acuerdo [porque] [v]arios Miembros señalaron que todavía tenían dificultades conceptuales con determinadas propuestas que figuraban en el documento [mientras que otros] continuaron subrayando la importancia que atribuían a otras propuestas que no estaban incluidas" en el texto. (*Informe del Presidente, Embajador Péter Balás, al Comité de Negociaciones Comerciales, TN/DS/9, 6 de junio de 2003, párrafos 10-11 (en adelante "Informe del Presidente")*).

²¹ Consejo General, Acta de la Sesión celebrada en el Centro William Rappard los días 24 y 25 de julio de 2003, WT/GC/M81.

²² El actual Presidente de la Sesión Extraordinaria del Órgano de Solución de Diferencias con mandato para llevar a cabo las negociaciones es el embajador David Spencer (Australia).

III. LA FASE DE CONSULTAS: EL OBJETIVO ES LOGRAR UNA SOLUCIÓN

En la fase de consultas, las partes en conflicto se reúnen para celebrar consultas de carácter confidencial "con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria".²³ También podrán participar terceros que posean algún interés en la diferencia, si bien es posible limitar la participación a las dos partes principales en la diferencia exclusivamente. Las consultas deberán tener lugar dentro de los treinta días a partir de la fecha de su petición, si bien se podrá acordar un plazo mayor. Si la parte a quien se haya dirigido la solicitud de celebración de consultas no se aviene a llevarlas a cabo dentro de esos treinta días, no se verá frustrada la resolución del asunto, ya que la parte reclamante podrá en tales circunstancias proceder a la siguiente etapa del proceso de solución de diferencias.²⁴ Si las consultas se llevan a cabo pero "no permiten resolver la diferencia en un plazo de 60 días", la parte reclamante podrá acceder a la siguiente etapa del proceso.²⁵

Existen opiniones divergentes acerca de la utilidad de la fase de consultas. Algunos la consideran como un mero ejercicio *pro forma*, en el que no se hace ningún esfuerzo para solucionar la diferencia; las partes celebran las consultas por el sólo hecho de que éste es un requisito necesario para acceder a la etapa siguiente del proceso.²⁶ Otros, en cambio, argumentan que esta fase puede resultar de considerable utilidad para delimitar los alcances de una diferencia e incluso llevar a las partes a una solución. De hecho, el Órgano de Apelación sostuvo:

*Estamos de acuerdo con México en la importancia de las consultas. Mediante las consultas, las partes intercambian información, evalúan los puntos fuertes y débiles de sus respectivos argumentos, reducen el alcance de las diferencias existentes entre ellos y, en muchos casos, llegan a una solución mutuamente aceptable con arreglo a la preferencia expresada explícitamente en el párrafo 7 del Artículo 3 del ESD. Además, incluso cuando no se llegue a ninguna solución aceptada, las consultas dan a las partes la oportunidad de definir y delimitar el alcance de la diferencia existente entre ellas. Evidentemente las consultas reportan muchas ventajas a las partes reclamantes y a las partes demandadas, así como a los terceros y al sistema de solución de diferencias en su conjunto.*²⁷

Es más, un estudio sugiere que es mucho más probable resolver una diferencia en sus instancias iniciales, y que las consultas constituyen una oportunidad para que las partes reclamantes obtengan importantes concesiones de las partes demandadas, sin que sea necesario llevar la cuestión hasta una decisión definitiva.²⁸

La utilidad o no de la fase de consultas depende sin duda de cada diferencia en particular. Por ende, ambas opiniones son válidas.

En cuanto a las propuestas de reforma de la fase de consultas, algunos Miembros son de la idea de que la reducción del período de consultas a treinta días redundaría en un ahorro de tiempo,²⁹ si bien algunos países

²³ ESD, Artículo 4.3.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, Artículo 4.7.

²⁶ El Artículo 6.2 del ESD dispone que el pedido para la constitución de un grupo especial "indicará si se han celebrado consultas". Para hallar un análisis de los requisitos para celebrar consultas, ver el Informe del Órgano de Apelación del asunto *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 (Artículo 21.5 – Estados Unidos)"), WT/DS132/AB/RW*, adoptado el 21 de noviembre y en cuyo párrafo 58 el Órgano de Apelación sostiene que "por regla general, las consultas son requisito previo de las actuaciones de los grupos especiales. Sin embargo, esta proposición general está sujeta a ciertas limitaciones".

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *México – Jarabe de maíz (Artículo 21.5 – Estados Unidos)*, párrafo 54.

²⁸ Marc L. Busch y Eric Reinhardt, "Bargaining in the Shadow of the Law. Early Settlement in GATT/WTO Disputes", 24 *Fordham International Law Journal*, 158 (2000-2001), págs. 158-172.

²⁹ Ver, por ejemplo, las propuestas de las Comunidades Europeas (*Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/1, 12 de marzo de 2002, pág. 9); Japón (*Enmienda del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, TN/DS/W/32, 22 de enero de 2003, pág. 9), y China (*Modificaciones específicas del Entendimiento sobre Solución de Diferencias – Contribuciones de China a la redacción*, TN/DS/W/51/Rev.1, 13 de marzo de 2003, pág. 1). [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

en desarrollo están a favor de mantener el plazo de sesenta días.³⁰ Hay asimismo interés por modificar las normas de modo de facilitar la participación de Miembros que no sean las partes principales en la diferencia pero posean un interés comercial sustancial en la cuestión que es objeto de la diferencia.³¹

IV. LA FASE DEL GRUPO ESPECIAL: UN PROCESO CONTENCIOSO

A. Petición de establecimiento de un grupo especial: Un primer paso importante

En la fase del grupo especial, el proceso se vuelve más "legalista". Un Miembro de la OMC presenta ante el Órgano de Solución de Diferencias una petición formal para el establecimiento de un grupo especial. El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) fue creado en 1995 para administrar las normas y procedimientos del sistema de solución de diferencias de la OMC. Está compuesto por todos los Miembros de la OMC y su actual Presidente es la Embajadora Amina Chawahir Mohamed, de Kenia.

La petición escrita para el establecimiento de un grupo especial es un documento de gran importancia y debe ser redactado con gran esmero porque contiene el texto propuesto del mandato del grupo especial que ha de analizar la diferencia.³² Si la petición omite alguna medida en particular, la parte reclamante no podrá invocarla más adelante en esa diferencia.³³

No siempre se da lugar a la petición de establecimiento de un grupo especial la primera vez que se presenta; de hecho, por lo general se concede en la segunda oportunidad en que el OSD se reúne para analizarla.³⁴ Algunos Miembros sostienen que esta norma debe modificarse ya que demora innecesariamente las actuaciones, de modo que el pedido deba aceptarse la primera vez que el OSD se reúna para su consideración.³⁵ Algunos países en desarrollo prefieren dejar la norma tal como está, con el argumento que necesitan mayor tiempo para prepararse.³⁶ Es difícil predecir si se concretará alguna modificación de esta norma como resultado de las negociaciones, si bien el Texto del Presidente incluía la idea de establecer los grupos especiales en la primera reunión del OSD en la que se presente una petición, teniendo los países en desarrollo la opción de diferir la decisión hasta la segunda reunión.³⁷ Basta decir, por ahora, que la situación ha mejorado significativamente en relación con los tiempos del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), cuando un Miembro podía obstaculizar el establecimiento de un grupo especial de forma definitiva. Esto es así porque, de acuerdo con el GATT, era necesario contar con consenso antes de establecerse un grupo especial; de ese modo, la parte cuya medida estaba siendo impugnada podía –y a menudo lo hacía– bloquear el proceso.

³⁰ Las propuestas de las Comunidades Europeas y Japón mencionadas en la nota al pie precedente incluyen la posibilidad de prorrogar el plazo inicial de treinta días por otros treinta días más si una o más de las partes es un país en desarrollo Miembro, siempre que todas las partes presten su consentimiento. La propuesta de China contempla la posibilidad de otorgar tal prórroga a pedido del país en desarrollo Miembro.

³¹ Ver *Propuesta de Costa Rica – Derechos de los terceros*, TN/DS/W/12/Rev.1, 5 de marzo de 2003, pág. 2; *Contribución de Jamaica al examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) que fue objeto de mandato en Doha*, TN/DS/W/44/Rev.1, 14 de febrero de 2003, pág. 1. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

³² ESD, Artículo 7.

³³ Ver, por ejemplo, el *Informe del Órgano de Apelación, Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas ("Chile – Sistema de bandas de precios")*, WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafos 129-144.

³⁴ ESD, Artículo 6.1.

³⁵ Ver las propuestas de Japón (*Enmienda del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, TN/DS/W/32, 22 de enero de 2003, pág. 9); de las Comunidades Europeas (*Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora y a la aclaración del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/38, 23 de enero de 2003, pág. 1); Australia (*Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, TN/DS/W/94, 14 de febrero de 2003, pág. 2), y China (*Modificaciones específicas del Entendimiento sobre Solución de Diferencias – Contribución de China a la redacción*, TN/DS/W/51/Rev.1, 13 de marzo de 2003, pág. 1). [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

³⁶ La propuesta de China a la que se hace referencia en la nota al pie precedente contempla esta posibilidad.

Ahora, desde la creación de la OMC, tenemos lo que se denomina la norma del "consenso negativo", que estipula que sólo si se logra consenso para *no* establecer el grupo especial, la petición será rechazada.

Establecido el grupo especial, cualquier Miembro de la OMC que "tenga un interés sustancial" en un asunto sometido a la consideración del grupo especial podrá notificar al OSD de la existencia de tal interés y, de allí en adelante, podrá participar como "tercero" en el proceso del grupo especial.³⁸ Por lo general, los derechos de un tercero están más restringidos que los de las partes principales en la diferencia; por ejemplo, los terceros no pueden concurrir a todas las audiencias y no reciben copias de todas las comunicaciones escritas durante la etapa de actuación del grupo especial.³⁹ Sin embargo, existen una serie de propuestas para intensificar la participación de los terceros en la etapa de grupos especiales.⁴⁰

B. Etapas de la fase de actuación de los grupos especiales: un proceso escrito y oral

1. Selección de los miembros de los grupos especiales: para algunos, causa de demoras innecesarias

Una vez que el OSD ha establecido un grupo especial, se procede a la composición del mismo, ya que no existe ningún grupo especial en sesión permanente. Las partes de cada diferencia deben elegir tres miembros (a menos que no lleguen a un consenso en este sentido, en cuyo caso la elección estará a cargo del Director General), quienes deberán atender el caso.⁴¹ Los miembros de los grupos especiales pueden elegirse de una lista indicativa de personas, funcionarios gubernamentales o no, cuyos nombres son suministrados por los Miembros de la OMC, si bien los Miembros también podrán elegir personas que no figuren en dicha lista. El ESD estipula las condiciones que deberán reunir los miembros de los grupos especiales, a saber:

*[...] 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 [...] como representantes en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado [...] o hayan formado parte de la Secretaría [...], 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 en un Miembro.*⁴²

Los miembros de los grupos especiales actúan a título personal y no en carácter de representantes de un gobierno u organización,⁴³ y no podrán ser electos para dichos cargos los ciudadanos de Miembros cuyos gobiernos participen en la diferencia o posean algún interés en ella (a menos que se acuerde lo contrario).⁴⁴ Los miembros de los grupos especiales están sujetos a las normas de conducta "destinadas a mantener la integridad, imparcialidad y confidencialidad de los procedimientos sustanciados conforme al ESD" y que abarcan, *inter alia*, las cuestiones de conflictos de intereses y los requisitos de auto-declaración de hechos.⁴⁵

³⁷ Informe del Presidente, Anexo, pág. 4. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

³⁸ ESD, Artículo 10.2.

³⁹ *Ibidem*, Artículo 10.3

⁴⁰ Ver Informe del Presidente, Anexo, pág. 5. El Grupo Africano (*Negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD)*, TN/DS/W/15, 25 de septiembre de 2002, páginas 4-5); Taipei Chino (*Contribución del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu al Examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) que fue objeto de Mandato en Doha*, TN/DS/W/36, 22 de enero de 2003, páginas 1-2); Costa Rica (*Propuesta de Costa Rica – Derechos de los terceros*, TN/DS/W/12/Rev.1, 6 de marzo de 2003, páginas 1-6); las Comunidades Europeas (*Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora y a la aclaración del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/38, 23 de enero de 2003, páginas 4-5) y Japón (*Enmienda del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, TN/DS/W/32, 23 de enero de 2003, página 10) presentaron propuestas para intensificar la participación de terceros en la etapa de grupos especiales. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁴¹ ESD, Artículo 8. A tenor del Artículo 8.5, es posible elegir cinco miembros para integrar un grupo especial, pero esto nunca ha ocurrido.

⁴² *Ibidem*, Artículo 8.1.

⁴³ ESD, Artículo 8.9.

⁴⁴ *Ibidem*, Artículo 8.3.

⁴⁵ Ver WT/AB/WP/7, Anexo II.

A veces, la selección de los miembros de los grupos especiales resulta problemática, ya que a las partes a menudo les cuesta llegar a un acuerdo en relación con su composición. Esta situación se da especialmente cuando en la diferencia intervienen varias partes, porque puede no resultar fácil encontrar personas con la experiencia y los conocimientos necesarios en los países que se perciben como neutrales. Por lo general, los Miembros insisten en que los integrantes de los grupos especiales deben tener experiencia previa en este tipo de grupos. Asimismo, los Miembros tienden a preferir distintos tipos de especialización. Por ejemplo, algunos Miembros consideran que es importante que un abogado ocupe la presidencia porque parten del supuesto de que la experiencia en el campo jurídico resultará útil para resolver cualquier discrepancia procesal. Otros Miembros son de la creencia de que los diplomáticos destinados en Ginebra son los más indicados para solucionar diferencias comerciales, pero temen que no cuenten con el tiempo suficiente para trabajar en los grupos especiales. Y hay otros que piensan que un académico podría adoptar un enfoque excesivamente teórico. Todo esto puede ocasionar largas demoras en el proceso de selección de los grupos especiales. Si bien el ESD contempla veinte días para este proceso,⁴⁶ el tiempo promedio entre el establecimiento del grupo especial y su composición es de unos sesenta días.⁴⁷

El ESD dispone que si las partes no llegan a un consenso en cuanto a la composición del grupo especial, cualquiera de ellas podrá solicitar al Director General la elección de uno o más miembros del grupo especial.⁴⁸ Este método de selección de los grupos especiales es cada vez más común. Por ejemplo, en el año 2003, se recurrió al Director General para elegir uno o más integrantes para el ochenta por ciento de los grupos especiales compuestos.⁴⁹ No es de sorprender, por lo tanto, que se hayan propuesto profundos cambios en el proceso de selección de grupos especiales en el contexto de las negociaciones para la mejora del ESD. Por ejemplo, se ha sugerido que el OSD confeccione una lista de expertos –que tendrá una vigencia de seis años– y que los miembros de los grupos especiales sean designados por el Director General de entre los integrantes de esa lista dentro de los cinco días de establecido el grupo especial.⁵⁰ La propuesta también establece la posibilidad de que las partes puedan acordar elegir dos miembros de un grupo especial con calificaciones especiales de entre personas que no figuren en la lista, si bien el presidente del grupo especial siempre debe ser elegido por el Director General de entre las personas incluidas en la lista. La propuesta no especificó cuántas personas debe contener la lista –la decisión quedará a criterio del Consejo General– pero sí especificó que la lista debe ser ampliamente representativa de la composición de la OMC. Presumiblemente, la lista debería contener un mínimo de veinticinco nombres, de modo de garantizar la necesaria competencia, disponibilidad, etcétera.

Otra de las propuestas presentadas⁵¹ plantea que el Director General debe establecer una nómina permanente de presidentes de grupos especiales. Todas las personas de la lista deben acreditar experiencia en grupos especiales. Sólo se debe recurrir a la selección de ese listado cuando las partes no lleguen a un

⁴⁶ ESD, Artículo 8.7.

⁴⁷ Datos del período 1º de enero de 1995 - 31 de octubre de 2003. Las Comunidades Europeas han indicado los tiempos que demandaron las composiciones de todos los grupos especiales hasta el año 2001 en las *Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas formuladas por la India*, TN/DS/W/7, 30 de mayo de 2002, Anexo 1, págs. 11-13. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁴⁸ ESD, Artículo 8.7.

⁴⁹ Las Comunidades Europeas han sostenido que hasta febrero de 2002, la composición de 22 de entre 54 grupos especiales fue determinada por el Director General y que "[ú]ltimamente, recurrir al [Director General] ha pasado a ser la regla... De los 24 grupos especiales establecidos en el período que va de 2000 a abril de 2002, el Director General estableció... la composición de 14... (el 58 por ciento). Esa tendencia va en aumento. De los 9 grupos especiales establecidos en 2000, el Director General estableció sólo la composición de 4 (el 44 por ciento). De los 15 establecidos desde entonces, el Director General estableció la composición de 10 (el 75 por ciento)" (*Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas formuladas por la India*, TN/DS/W/7, 30 de mayo de 2002, pág. 2). [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁵⁰ *Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora y a la aclaración del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/38, 23 de enero de 2003, págs. 3-4. El párrafo 14.3 de la propuesta hace referencia a "personas de autoridad reconocida, con competencia técnica acreditada en derecho mercantil internacional, economía internacional o política comercial internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general, y/o experiencia anterior como integrantes de grupos especiales del GATT/OMC". (Bastardilla en el texto original). [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁵¹ *Contribución para aclarar y mejorar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias: Sistema de grupos especiales*, Comunicación de Tailandia, TN/DS/W/31, 22 de enero de 2003, págs. 1-2.

acuerdo en cuanto a la composición de un grupo especial. Y otra propuesta⁵² sugiere mejorar el sistema actual de designación de expertos mediante la creación de una lista indicativa de la cual se eligen los miembros de los grupos especiales. Las designaciones serán analizadas por un comité de la OMC y aprobadas por el Consejo General.

Cada una de estas propuestas busca facilitar la selección de los integrantes de los grupos especiales mediante la confección de listas permanentes de expertos. Algunos Miembros se oponen a este enfoque y prefieren conservar el control absoluto sobre la selección de los grupos especiales, sin tener que recurrir a una lista de expertos determinada. Según estos Miembros, los ciudadanos que ellos representan aceptarían mejor un proceso en el que los Miembros decidan quién va a determinar el resultado. También se ha expresado preocupación en cuanto a que un sistema de selección de una lista fija no permitirá suficiente flexibilidad para seleccionar un integrante de un grupo especial con una especialización que alguna diferencia en particular requiera. También se han opuesto a estas propuestas algunos países en desarrollo y países menos adelantados Miembros preocupados por el riesgo que la lista fija tenga un número insuficiente de miembros de grupos especiales provenientes de países en desarrollo. Esta inquietud puede mitigarse en cierta medida si se aceptan las propuestas que requieren una cantidad mínima de miembros provenientes de países en desarrollo o de países menos adelantados en cualquier grupo especial en el que las partes principales en la diferencia sean países en desarrollo y/o países menos adelantados.⁵³

El ex Presidente del Órgano de Apelación Claus-Dieter Ehlermann se manifestó a favor de un grupo especial permanente en los siguientes términos:

*Creo entonces que es altamente conveniente modificar el actual sistema de grupos especiales y garantizar la estabilidad estructural de los mismos y, por ende, la independencia de sus miembros. Dos vías deben explorarse activamente. Una es el establecimiento de un grupo especial permanente cuyos miembros sean designados por un determinado número de años, siguiendo el ejemplo del Órgano de Apelación. En orden a facilitar un cierto grado de especialización, el grupo especial permanente podría estar compuesto por distintas secciones (divisiones) integradas por expertos. Otra reforma, de carácter menos ambicioso, consistiría en establecer una lista limitada de miembros potenciales de grupos especiales, la cual no debería ser demasiado extensa. Los miembros de los grupos especiales serían elegidos de esa lista limitada.*⁵⁴

Por el momento son remotas las perspectivas de que se establezca una lista permanente de miembros de grupos especiales. La iniciativa no se incluyó en el Texto del Presidente sometido a la consideración del Consejo General por entenderse que la misma no contaba con un "nivel de apoyo suficiente".⁵⁵ Incluso en el supuesto de que se llegara a un acuerdo con respecto a la iniciativa de creación de una lista permanente, resultaría extremadamente difícil lograr que los ciento cuarenta y seis o más Miembros lleguen un consenso en cuanto a la composición de dicha lista.

2. Comunicaciones escritas y audiencias: exiguas normas de procedimiento

El ESD no describe los procedimientos de trabajo en excesivo detalle; casi toda la organización del trabajo queda a criterio de los miembros de los grupos especiales, si bien existen en la actualidad prácticas arraigadas que, en general, los miembros de los grupos especiales tienden a seguir. En el Apéndice 3 del ESD se fijan los pasos y calendarios de las actuaciones; se disponen dos rondas de comunicaciones escritas y dos audiencias, aunque pueden existir procedimientos adicionales, como cuando el grupo especial o las partes deciden

⁵² *Contribución del Canadá a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/41, 24 de enero de 2003, págs. 3-5.

⁵³ *Texto de la propuesta de los PMA en el ámbito de las negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Comunicación de Haití (en nombre del Grupo de los PMA), TN/DS/W/37 de 2003, págs. 1-2; *Contribución de Jordania a la mejora y a la aclaración del Mecanismo sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/43, 28 de enero de 2003, pág. 3. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁵⁴ Claus-Dieter Ehlermann, "Six Years on the Bench of the 'World Trade Court', Some Personal Experiences as a Member of the Appellate Body of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, Vol. 36, N° 4 (2002), pág. 628.

⁵⁵ *Informe del Presidente*, pág. 1. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

consultar a expertos en temas científicos o en otras especialidades a los fines de recabar información para la toma de decisiones.⁵⁶ Las comunicaciones escritas pueden redactarse en inglés, francés o español –los idiomas oficiales de la OMC–, a elección de las partes. Las audiencias se celebran en cualquiera de los tres idiomas oficiales, con interpretación simultánea.

3. *El informe provisional: ¿un anacronismo?*

Entre dos y tres meses después de la segunda audiencia, el grupo especial da traslado a las partes en la diferencia (pero no a los terceros) de lo que se conoce como el "informe provisional", en el que el grupo especial expone sus constataciones y conclusiones. Las partes en la diferencia pueden "presentar por escrito una petición de que el grupo especial reexamine aspectos concretos"⁵⁷ del informe provisional antes de su distribución como informe definitivo. Si bien el informe provisional es un documento de carácter confidencial, a menudo es divulgado, presumiblemente por una de las partes. No olvidemos que las cuestiones sobre las que versan las diferencias tienen por lo general impacto sobre algún poderoso sector empresarial de los países reclamantes y/o demandados. Por esta razón le urge a la parte favorecida por el informe hacer saber su triunfo, especialmente a la opinión pública de su país.

Como ya dije, el reexamen sólo se refiere a "aspectos concretos" del informe. En otras palabras, las partes no pueden aprovechar la etapa intermedia de reexamen para conseguir que se vuelva a redactar íntegramente el informe. Australia solicitó tal reexamen en un caso entre ese país y Canadá, en relación con las normas vigentes en Australia para la importación de salmón, y el Órgano de Apelación falló que no era ése el objetivo de la etapa intermedia de reexamen.⁵⁸

Algunos Miembros sugirieron en los inicios del sistema que la etapa intermedia de reexamen fuera eliminada, alegando que la misma no resultaba útil ya que existe un mecanismo de apelación; más aún, su eliminación resultaría en un ahorro de tiempo. Creo que esta propuesta tiene fundamento, puesto que la estrategia de reservar toda la artillería para la apelación puede ser mucho más efectiva que la de hacer suprimir del informe del grupo especial aquellos contenidos que puedan ser objeto de una apelación. Sin embargo, con el avance de las negociaciones, esta idea no prosperó entre los Miembros de la OMC, y no quedó incorporada al Texto del Presidente remitido al Consejo General. El Presidente, en cambio, incluyó disposiciones sobre la posibilidad de que se diera traslado a los terceros de aquellas partes del informe provisional que reflejaran sus argumentos, de modo que pudieran remitir al grupo especial sus observaciones al mismo. Esto en parte daría respuesta a las propuestas presentadas por algunos Miembros de la OMC, que aspiran a que los terceros reciban traslado de la totalidad del informe provisional al mismo momento de su distribución a las partes en la diferencia.⁵⁹ Como a menudo el informe provisional se filtra de inmediato al público, la adopción de esta propuesta no parece tener demasiadas ventajas.

4. *Emisión y distribución del informe definitivo: en su conjunto, un procedimiento muy eficiente*

Entre la composición del grupo especial y la emisión y distribución del informe definitivo a las partes en la diferencia, se estipula que deben transcurrir de seis a no más de nueve meses,⁶⁰ si bien las normas disponen que los grupos especiales pueden conceder prórrogas a los países en desarrollo en ciertas etapas de la diferencia

⁵⁶ ESD, Artículo 13.

⁵⁷ ESD, Artículo 15.2 (bastardilla agregada para mayor énfasis).

⁵⁸ 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, DSR 1998: VIII, 3327.

⁵⁹ Ver las propuestas de Taipei Chino (*Contribución del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu al Examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) que fue objeto de Mandato en Doha*, TN/DS/W/36, 22 de enero de 2003, pág. 2) y de Costa Rica (*Propuesta de Costa Rica – Derechos de los terceros*, TN/DS/W/12/Rev.1, pág. 3). [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁶⁰ ESD, Artículo 12.9.

cuando se impugnen medidas de los países en desarrollo. En promedio, el procedimiento propiamente dicho dura unos nueve meses. Pero deben calcularse dos o tres meses más para la confección de las traducciones correspondientes antes de que el informe definitivo se distribuya a todos los Miembros de la OMC y al público.⁶¹ Así y todo, lograr que esta etapa del procedimiento se complete en doce meses constituye una proeza que otros mecanismos internacionales de solución de controversias no pueden igualar. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas demora cerca de dos años en dictar sentencia.⁶² Igual o más tiempo tarda la Corte Internacional de Justicia. De hecho, la sustanciación de un procedimiento de resolución de una controversia en el territorio de muchos Miembros de la OMC sería mucho más lenta que ante un grupo especial de la OMC.

Entonces, ¿por qué hay quejas acerca del lento avance de las actuaciones? Quizá porque la fase posterior a la resolución a veces dista bastante de ser eficiente, lo que ha motivado a algunos Miembros a procurar medidas para acelerar dicha fase del procedimiento.⁶³ Más adelante trataré esta cuestión.

5. *Adopción o apelación de los informes: la decisión debe tomarse en sesenta días*

Una vez que el informe de un grupo especial se ha emitido y distribuido a todos los Miembros de la OMC en sus versiones en inglés, francés y español, los Miembros de la OMC podrán adoptarlo en una reunión del OSD, o cualquiera de las partes en la diferencia podrá notificar al OSD su decisión de apelar, todo ello dentro de un plazo no mayor de sesenta días.⁶⁴ A tenor del GATT, la parte perdedora podía obstaculizar la adopción de los informes de los grupos especiales. Sin embargo, esto no es posible en la OMC en virtud de la aplicación de la norma del "consenso negativo", que mencioné anteriormente. En otras palabras, sólo si se logra consenso para *no* adoptar el informe de un grupo especial, o si el mismo es apelado, no se adoptará dicho informe.⁶⁵

6. *Confidencialidad: existen opiniones marcadamente divergentes entre los Miembros de la OMC*

Las actuaciones dentro de la etapa de los grupos especiales se consideran confidenciales; las comunicaciones escritas de las partes son de carácter confidencial⁶⁶ y las reuniones se celebran a puerta cerrada.⁶⁷ El carácter confidencial de las actuaciones de los grupos especiales es objeto de debate en el marco de las negociaciones que se llevan a cabo para introducir aclaraciones y mejoras al sistema. Algunos Miembros se han manifestado

⁶¹ El informe definitivo sólo se distribuye una vez que está disponible en los tres idiomas oficiales. Las tareas de traducción pueden causar largas demoras en las actuaciones, en especial cuando los servicios de traducción de la OMC están sobrecargados de trabajo debido a la celebración de gran número de reuniones (como durante la etapa de preparación de las reuniones ministeriales) o cuando se emite en forma casi simultánea una cierta cantidad de informes de grupos especiales. Los informes de los grupos especiales por lo general constan de doscientas a cuatrocientas páginas, y hasta seiscientas páginas cuando se les adjuntan las comunicaciones escritas de las partes. Al día de hoy, el informe de grupo especial más extenso fue el del caso *Estados Unidos – Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero* ("Estados Unidos – Salvaguardias acero"), que contiene 969 páginas.

⁶² Los fallos tienen por lo general una extensión de quince a veinte páginas, y sólo en raras ocasiones superan las cuarenta páginas. Esto contrasta significativamente con la extensión promedio de los informes de los grupos especiales de la OMC.

⁶³ Ver, por ejemplo, la propuesta de Corea (*Contribución de la República de Corea a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/11, 10 de julio de 2002, pág. 2) y la de Australia (*Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, TN/DS/W/8, 8 de julio de 2002, págs. 1, 4 y 5). [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁶⁴ ESD, Artículo 16.4. Los terceros no pueden apelar los informes de los grupos especiales, pero pueden participar en las apelaciones interpuestas por las partes principales en la diferencia.

⁶⁵ Desde ya, no se adoptará un informe si ningún Miembro de la OMC solicita su adopción. Sin embargo, lo más probable es que el Miembro favorecido por el informe peticione su adopción.

⁶⁶ ESD, Artículo 18.2 y párrafo 3 del Apéndice 3. El ESD dispone que los Miembros pueden hacer públicas sus propias comunicaciones escritas (*ibidem*). Pocos Miembros lo hacen, si bien Canadá y los Estados Unidos publican sus comunicaciones en sus sitios oficiales en Internet.

⁶⁷ ESD, Apéndice 3, párrafo 2.

a favor de una mayor transparencia⁶⁸ sugiriendo, por ejemplo, abrir las audiencias al público o transmitir las en salas especiales de exhibición, mientras que otros Miembros de la OMC son férreos opositores a esta propuesta, ya que alegan que debe preservarse el hecho de que el sistema de solución de diferencias es un mecanismo entre gobiernos. En un reciente discurso ante el Consejo Nacional de Comercio Exterior en Washington, el ex presidente del Órgano de Apelación James Bacchus se pronunció a favor de abrir las audiencias al público. En su opinión:

*Si las puertas de las actuaciones sobre solución de diferencias de la OMC fuesen abiertas, el mundo vería que aquellos a quienes los Miembros de la Organización les confirieron la responsabilidad de ayudar a solucionar las diferencias comerciales están cumpliendo con su deber de manera correcta y concienzuda. Los funcionarios judiciales de la OMC son independientes, imparciales, justos, objetivos y en extremo minuciosos al examinar prácticamente todos los matices de cada tema que surge en una diferencia. Es sólo debido a que las puertas siguen estando cerradas que algunos pueden sugerir lo contrario.*⁶⁹

7. *Escritos o comunicaciones de amicus curiae: la situación actual es insostenible*

Y ahora que estamos en el tema de abrir las audiencias al público, probablemente deba detenerme brevemente en la cuestión de las comunicaciones de *amicus curiae*. En este contexto, una comunicación de *amicus curiae* es una argumentación escrita de carácter jurídico presentada por un particular o una organización no gubernamental (ONG) ante un grupo especial o el Órgano de Apelación. En ese escrito, la persona o la ONG expresan su opinión acerca de cómo debería resolverse el caso. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación han establecido que pueden aceptar y tener en cuenta tales informes para la resolución de los casos;⁷⁰ no obstante ello, esta cuestión sigue siendo un anatema para algunos Miembros de la OMC que insisten en que el mecanismo de solución de diferencias de la Organización no contempla esta posibilidad. Mientras tanto, se siguen presentando comunicaciones de *amicus curiae*,⁷¹ e incluso en una oportunidad tal comunicación fue presentada en apelación por Marruecos, Miembro de la OMC. (Marruecos hizo uso de este recurso porque no había participado en carácter de tercero durante la etapa del grupo especial y no tenía ningún otro medio para participar en la apelación).⁷²

⁶⁸ *Contribución de los Estados Unidos a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OCM en relación con la transparencia*, TN/DS/W/13, 22 de agosto de 2002, páginas 1-2; *Nueva contribución de los Estados Unidos a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OCM en relación con la transparencia*, TN/DS/W/46, 11 de febrero de 2003, páginas 1-3; *Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OCM*, TN/DS/W/1, 13 de marzo de 2002, páginas 6-7; *Contribución del Canadá a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OCM*, TN/DS/W/41, 24 de enero de 2003, páginas 5-6. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁶⁹ "Open Doors For Open Trade; Shining Light on WTO Dispute Settlement". Discurso pronunciado por el señor James Bacchus ante el Consejo Nacional de Comercio Exterior en Washington, D.C., el 29 de enero de 2004. Ver también el Capítulo 5 de este libro, escrito por Bacchus.

⁷⁰ Ver, por ejemplo, el Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido ("Estados Unidos – Plomo y bismuto II")*, en el que el Grupo Especial expresó que era "evidente que [tenían] la facultad discrecional de aceptar" el escrito. WT/DS138/R y Corr.2, adoptado el 7 de junio de 2000, y confirmado por el Informe del Órgano de Apelación, WT/DS138/AB/R, DSR 2000:VI, 2631, párrafo 6.3). En la apelación de dicho caso, el Órgano de Apelación sostuvo que "opinamos que el ESD nos faculta legalmente para aceptar y examinar comunicaciones *amicus curiae*". (Informe del Órgano de Apelación, DSR 2000:V, 2601, párrafo 42).

⁷¹ Por ejemplo, el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas ("Estados Unidos – Medidas compensatorias aplicadas a determinados productos de las CE")*, WT/DS212/AB/R, adoptado el 8 de enero de 2003; el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Salvaguardias sobre productos de acero*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003; y el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá ("Estados Unidos – Madera blanda IV")*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004.

⁷² En virtud del párrafo 4 del Artículo 17 del ESD, sólo los Miembros que han participado como terceros en la etapa de actuaciones de los grupos especiales están habilitados para participar como terceros en la apelación. Marruecos no había actuado en carácter de tercero en la etapa del grupo especial en *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas ("CE – Sardinas")*, pero presentó un escrito *amicus curiae* en apelación ante el Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación determinó que podía aceptar el escrito, pero que el mismo no le resultó útil para resolver la apelación (Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafos 167 y 170).

La cuestión de los escritos *amicus curiae* ha sido objeto de intensos debates en el contexto de las actuales negociaciones sobre el ESD. Algunos Miembros se han pronunciado a favor de agregar una disposición que prohíba taxativamente la aceptación de tales escritos,⁷³ mientras que otros proponen incorporar una disposición que fije los parámetros para la presentación y aceptación de esos escritos.⁷⁴ Hasta el momento, no se ha alcanzado consenso en relación con este tema, y parece poco probable que los Miembros puedan lograr una solución mutuamente aceptable en un futuro cercano.⁷⁵

Como miembro de la Secretaría del Órgano de Apelación y funcionaria de la OMC, no me corresponde a mí decir si las comunicaciones de *amicus curiae* deben o no deben tener cabida en el sistema de solución de diferencias de la OMC. Sin embargo, en tanto y en cuanto no se prohíban tales comunicaciones mediante una enmienda del ESD, creo que es importante desarrollar mecanismos para su tratamiento. La situación actual, donde cualquier particular u organización en cualquier momento durante las actuaciones presenta escritos *amicus curiae* –de diversas extensiones y formatos y no siempre distribuidos a todos los participantes en una diferencia–, es inaceptable, tanto para aquellos ante los que se presentan los escritos (es decir, los miembros de los grupos especiales y el Órgano de Apelación) como para las partes en esas diferencias. En mi opinión, si los Miembros de la OMC no llegan a un acuerdo acerca de la prohibición de tales escritos, y en vista de que los escritos *amicus curiae* probablemente se sigan presentando, se prestaría un gran servicio al sistema acordando las normas que estipulen quiénes y en qué momento pueden presentar tales escritos, y qué requisitos de formato, extensión y contenido deben reunir.

Será difícil olvidar que el Órgano de Apelación adoptó un procedimiento adicional para que se acepte una "solicitud de autorización para presentar un escrito *amicus curiae*" para el tratamiento de los numerosos *amici* en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al asbesto y a los productos que contienen asbesto* ("CE – Asbesto"),⁷⁶ y que la mayoría de los Miembros de la OMC entendieron que el Órgano de Apelación no debería haberlo hecho por considerar que la adopción de tal procedimiento debía quedar a criterio de los Miembros de la OMC. Los Miembros reconocieron en ese entonces que "el establecimiento de normas más claras [en este respecto] beneficiaría... al sistema", pero sugirieron que el Órgano de Apelación "debe actuar con suma prudencia en casos futuros hasta que los Miembros examinen qué normas son necesarias".⁷⁷ Esto fue hace más de tres años, y el Órgano de Apelación parece haber seguido este consejo. Pero los Miembros de la OMC aún deben acordar esas "normas más claras". Como estimamos que se seguirán presentando comunicaciones de *amicus curiae*, cabe preguntarse hasta cuándo podrá tolerarse este vacío legal.

⁷³ *Propuestas relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias: Textos jurídicos*, Comunicación de la India en nombres de Cuba, Egipto, Honduras, Jamaica, Malasia y la República Dominicana, TN/DS/W/47, 11 de febrero de 2003, pág. 1. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁷⁴ Las Comunidades Europeas han propuesto un procedimiento exhaustivo para la presentación y aceptación de tales escritos, que se asemeja en gran medida al mecanismo ideado por el Órgano de Apelación para el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al asbesto y a los productos que contienen asbesto* ("CE – Asbesto"). (Ver *Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/1, 13 de marzo de 2002, páginas 7 y 11-12). En *Contribución de Jordania a la mejora y a la aclaración del Mecanismo sobre Solución de Diferencias de la OMC*, Jordania se manifiesta de acuerdo con la propuesta de las Comunidades Europeas y sugiere el establecimiento de un fondo para prestar asistencia a los países en desarrollo y a los países menos adelantados "en el apoyo financiero para la presentación de escritos *amicus curiae* no solicitados". (TN/DS/W/43, 28 de enero de 2003, páginas 7-8). Los Estados Unidos indicaron en una propuesta que "es posible que los Miembros de la OMC deseen examinar si resultaría conveniente proponer una guía de procedimientos para tratar las comunicaciones *amicus curiae* con el fin de dar respuesta a las preocupaciones de procedimiento que han planteado los Miembros, los grupos especiales y el Órgano de Apelación", si bien expresaron en una segunda propuesta que "a juicio de los Estados Unidos, no es necesaria una modificación del Entendimiento sobre Solución de Diferencias con este fin". (Contribución de los Estados Unidos a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC en relación con la transparencia, TN/DS/W/13, 22 de agosto de 2002, pág. 3; Nueva contribución de los Estados Unidos a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC en relación con la transparencia, TN/DS/W/46, 11 de febrero de 2003, pág. 3.) [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁷⁵ Ninguna de las dos posiciones fue incluida en el *Texto del Presidente* remitido al Consejo General.

⁷⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001.

⁷⁷ Consejo General, Acta de la reunión celebrada el 22 de noviembre de 2000, WT/GC/M/60, 23 de enero de 2001, pág. 28. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

Antes de concluir el tema de los escritos *amicus curiae*, es necesario plantear una última consideración. Es importante tener presente que el Órgano de Apelación ha subrayado la "distinción entre, por un lado, las partes y los terceros en una diferencia, que tienen un *derecho reconocido legalmente* a participar en las actuaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, y, por otro, los particulares y las organizaciones, que no son Miembros de la OMC y que, por consiguiente, no tienen un *derecho reconocido legalmente* a participar en procedimientos de Solución de Diferencias".⁷⁸ En consecuencia, el Órgano de Apelación determinó que:

*Las personas y organizaciones que no son miembros de la OMC no tienen derecho a presentar comunicaciones o ser oídos por el Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación no está legalmente obligado a aceptar o tener en cuenta comunicaciones amicus curiae no solicitadas presentadas por personas o por organizaciones que no son miembros de la OMC. El Órgano de Apelación sólo está legalmente obligado a examinar las comunicaciones presentadas por Miembros de la OMC que sean partes o terceros en una diferencia determinada.*⁷⁹

Los Miembros de la OMC, entonces, tienen *derecho* a ser escuchados, y sus opiniones deben tenerse en cuenta; pero las opiniones de los que presentan escritos *amicus curiae* pueden o no ser tenidas en cuenta, a discreción del Órgano de Apelación. Resulta interesante señalar que, si bien el Órgano de Apelación ha aceptado numerosos escritos *amicus curiae* en varias apelaciones, toda vez que lo hizo manifestó que el escrito no le resultó de utilidad para llegar a la decisión final en la apelación. La pregunta, entonces, es ¿cuánto falta para que el Órgano de Apelación efectivamente determine que un escrito *amicus curiae* le resultó útil para resolver un asunto en apelación?

V. LA ETAPA DE LA APELACIÓN: EXAMEN POR UN ÓRGANO PERMANENTE DE APELACIÓN

A. El examen en apelación: Una innovación trascendental

Una de las mayores innovaciones introducidas por el sistema de solución de diferencias de la OMC es la posibilidad de apelar. En los tiempos del GATT no era posible apelar el informe de un grupo especial; la decisión del grupo especial era firme. La incorporación de la instancia de la apelación constituyó una innovación porque tal recurso no es común en los mecanismos de solución de controversias entre Estados. Por ejemplo, el sistema del TLCAN no contempla la instancia de apelación, y tampoco puede un Estado apelar un fallo de la Corte Internacional de Justicia o del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

Aparentemente, se incorporó la instancia de la apelación al sistema de la OMC en razón de la aceptación de la norma del "consenso negativo", que acrecentó las probabilidades de adopción de los informes de los grupos especiales, en comparación con el sistema del consenso positivo que se aplicaba de acuerdo con el GATT. Se consideró necesario disponer de una especie de "red de seguridad" que evitara que los informes de grupos especiales "no estrictamente jurídicos" pasaran a revestir la categoría de "leyes" o que la parte a la que el informe había sido adverso se viera obligada a darle cumplimiento. También cabe mencionar que el hecho de contar con un sistema que contemple la instancia de actuación de un Órgano Permanente de Apelación contribuye a fortalecer uno de los pilares básicos del mecanismo, el de la "seguridad y previsibilidad" del sistema multilateral de comercio que mencionamos anteriormente. Un concienzudo examen por parte de un grupo permanente de expertos ayudará, en mi opinión, a garantizar la coherencia en la interpretación de las obligaciones de la OMC.

⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafo 158.

⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Plomo y bismuto II*, WT/DS138/AB/R, adoptado el 7 de junio de 2000, DSR 2000; V, 2601, párrafo 41. (El énfasis de las redondas corresponde al original).

1. Composición del Órgano de Apelación: siete expertos representativos de los Miembros de la OMC

El Órgano Permanente de Apelación está integrado por siete miembros, siendo cada uno de ellos designado por mandatos de cuatro años, renovables una sola vez.⁸⁰ El ESD establece las calificaciones que deben reunir los miembros del Órgano de Apelación, las cuales difieren de las que deben acreditar los miembros de los grupos especiales antes mencionados:

*...personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. No estarán vinculados a ningún gobierno.*⁸¹

Asimismo, la integración del Órgano de Apelación debe ser ampliamente representativa de la composición de la OMC.⁸² Su actual presidente es el señor Georges Abi-Saab, de Egipto. Sus demás integrantes son el señor Luiz Olavo Baptista (Brasil), el señor Arumugamangalam Venkatachalam Ganesan (India), la señora Merit E. Janow (Estados Unidos), el señor John Lockhart (Australia), el señor Giorgio Sacerdoti (Italia) y el señor Yasuhei Taniguchi (Japón).⁸³

En el marco de las negociaciones sobre el ESD, se ha dado un debate sobre la conveniencia de aumentar el número de miembros del Órgano de Apelación y de modificar la duración de su mandato. Algunos Miembros de la OMC fueron de la opinión que podría ser necesario aumentar su número, quizás a nueve miembros,⁸⁴ alegando que la actual composición del Órgano de Apelación no puede hacer frente al mayor volumen de trabajo,⁸⁵ mientras que otros consideraron que el número de integrantes debe ser variable, de modo de adecuarse a las fluctuaciones en el volumen de trabajo.⁸⁶ Algunos Miembros de la OMC expresaron su preferencia por un mandato único de seis años,⁸⁷ con el argumento que la supresión del segundo mandato de cuatro años eliminaría la posibilidad de que los miembros del Órgano de Apelación busquen desempeñar sus tareas de modo de no hacer peligrar un segundo nombramiento. (No obstante, los Miembros de la OMC aclararon que no tenían conocimiento de que esto hubiese ocurrido en alguna oportunidad). El Texto del Presidente hace referencia a "por lo menos" siete miembros, contemplando la posibilidad de que el Órgano de Solución de Diferencias, en consulta con el Consejo General en cuanto a cualquier incidencia presupuestaria, modifique el número de integrantes.⁸⁸ El Texto del Presidente no incluyó propuestas relativas a la modificación del término del mandato de los miembros del Órgano de Apelación.

⁸⁰ ESD, Artículos 17.1 y 17.2.

⁸¹ ESD, Artículo 17.3. Los miembros del Órgano de Apelación asimismo están sujetos a las *Normas de conducta para la aplicación del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, contenidas en los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación ("Procedimientos de trabajo")* WT/AB/WP/7, Anexo II.

⁸² ESD, Artículo 17.3.

⁸³ En el sitio oficial de la OMC en Internet (www.wto.org) se pueden consultar las biografías de los actuales miembros del Órgano de Apelación y de los anteriores miembros de dicho Órgano.

⁸⁴ *Propuesta para revisar el párrafo 1 del Artículo 17 del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, Comunicación de Tailandia, TN/DS/W/30, 22 de enero de 2003.

⁸⁵ *Enmienda del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, Propuesta del Japón, TN/DS/W/22, 14 de octubre de 2002, pág. 4. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁸⁶ *Enmienda del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, Propuesta del Japón, TN/DS/W/32, 22 de enero de 2003, páginas 2 y 11; *Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora y a la aclaración del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/38, 23 de enero de 2003, pág. 5. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁸⁷ *Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora y a la aclaración del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/38, 23 de enero de 2003, pág. 5; *Propuesta relativa al Entendimiento sobre Solución de Diferencias: Textos jurídicos*, Comunicación de la India en representación de Cuba, Egipto, Honduras, Jamaica, Malasia y la República Dominicana, TN/DS/W/47, 11 de febrero de 2003, pág. 1. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁸⁸ *Informe del Presidente*, Anexo, pág. 7. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

El ex presidente del Órgano de Apelación Claus-Dieter Ehlermann aportó una visión interesante acerca de la cuestión del número de miembros del Órgano de Apelación, así como de la duración del mandato de sus integrantes. En un artículo que escribió poco tiempo después de la finalización de su segundo mandato en el Órgano de Apelación, el señor Ehlermann manifestó lo siguiente:

Sin embargo, no comparto la opinión de que un número mayor de integrantes del Órgano de Apelación sea la respuesta más acertada al creciente número de apelaciones y al consiguiente incremento del volumen de trabajo. Admito que en 1995 me sobrecogía el verme integrando un reducido grupo de siete personas que representaba a la totalidad de los Miembros de la OMC. Pero pronto aprendí a valorar la enorme sabiduría de aquellos que decidieron limitar a siete el número de integrantes del Órgano de Apelación. Ese número reducido ha tenido –en mi opinión– efectos extremadamente positivos sobre la intimidad y colegialidad de las deliberaciones del Órgano de Solución de Diferencias. Lo que en una primera impresión parecía poco menos que una anomalía demostró ser un bien preciado. Este número de miembros debería mantenerse por todos los medios durante todo el tiempo posible.⁸⁹

El señor Ehlermann también es partidario de la idea de un único mandato, a los fines de preservar la independencia de los miembros del Órgano de Apelación, si bien considera que ese único mandato no renovable debería durar ocho años.⁹⁰

2. *Apelaciones: se limitan a cuestiones de derecho*

El ESD dispone que las apelaciones "tendrá[n] únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste".⁹¹ Así, no pueden apelarse las constataciones de hecho del grupo especial, a menos que el grupo especial no haya actuado de forma objetiva al evaluar los hechos del caso.⁹² Si bien esta disposición parece bastante clara, con frecuencia resulta difícil distinguir entre una cuestión de hecho y una de derecho, distinción que a menudo es materia de apelación. Además, actualmente también suele alegarse la falta de objetividad por parte del grupo especial como causal de apelación,⁹³ causal que no era común invocar en los primeros años.⁹⁴

El hecho de que el Órgano de Apelación carezca de competencia para efectuar constataciones de hecho y deba basarse exclusivamente en las constataciones de hecho realizadas por el grupo especial ha generado algunos problemas. Por ejemplo, en el caso *Canadá – Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos, Recurso de Nueva Zelandia y los Estados Unidos al párrafo 5 del Artículo*

⁸⁹ Claus-Dieter Ehlermann, "Six Years on the Bench of the 'World Trade Court', Some Personal Experiences as a Member of the Appellate Body of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, Vol. 36, N° 4 (2002), pág. 610.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 609.

⁹¹ ESD, Artículo 17.6.

⁹² El Artículo 11 del ESD establece que los grupos especiales deben "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 éstos".

⁹³ Ver, por ejemplo el Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas* ("Japón – Manzanas"), WT/DS245/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003; el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Salvaguardias sobre productos de acero*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003; el Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India, Recurso de la India al párrafo 5 del Artículo 21 del ESD* ("CE – Ropa de cama de algodón (Párrafo 5 del Artículo 21 – India)"), WT/DS141/AB/RW, adoptado el 24 de abril de 2003; el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000* ("Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)"), WT/DS217/AB/R, WT/DS 234/AB/R, adoptado el 27 de enero de 2003; el Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos, Segundo recurso de Nueva Zelandia y los Estados Unidos al párrafo 5 del Artículo 21 del ESD* ("Canadá – Lácteos (Párrafo 5 del Artículo 21 – Nueva Zelandia y Estados Unidos II)"), WT/DS103/AB/RW2, WT/DS113/AB/RW2, adoptado el 17 de enero de 2003 y el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas*, WT/DS212/AB/R, adoptado el 8 de enero de 2003.

⁹⁴ Un ejemplo de los primeros años del mecanismo de solución de diferencias es el Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas)* ("CE – Hormonas"), WT/DS26, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1995, DSR 1998:I, 135.

21 del ESD, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del grupo especial relativas a la norma para determinar la existencia de "pagos", tal como se los define en el párrafo 1(c) del Artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura, y elaboró su propia norma. El Órgano de Apelación no pudo dictar fallo en cuanto a si los "pagos" efectuados a tenor del párrafo 1(c) del Artículo 9 estaban afectados porque el grupo especial había efectuado constataciones de hecho en relación con su propia norma, pero, obviamente, no había realizado constataciones de hecho en relación con la norma diferente del Órgano de Apelación. En consecuencia, no pudo resolverse el asunto, y Nueva Zelanda y los Estados Unidos debieron recomenzar íntegramente el procedimiento de solución de diferencias, aportando hechos pertinentes a la norma del Órgano de Apelación para que se determinara si estaban comprendidos los "pagos" a los que hace mención el párrafo 1(c) del Artículo 9.

El mismo problema surgió en otros casos;⁹⁵ esta situación llevó a algunos Miembros a proponer –en el contexto de las negociaciones sobre el ESD– la introducción de un mecanismo de reenvío en la instancia de apelación.⁹⁶ La idea tuvo buena acogida, de modo que el Texto del Presidente contempla la facultad de reenvío al grupo especial.⁹⁷ Esta nueva propuesta establece que el Órgano de Apelación debe identificar y exponer, en su informe, las insuficiencias específicas de las constataciones de hecho. Una vez adoptado el informe del Órgano de Apelación, la parte reclamante contará con un plazo de treinta días para solicitar al OSD el reenvío de la cuestión al grupo especial inicial. El grupo especial que recibe el reenvío debe emitir su informe en el término de noventa días, si bien podría demorar hasta seis meses. Dicho informe será apelable.

En mi opinión, la incorporación de un procedimiento de reenvío al grupo especial representaría una mejora del ESD, a pesar de que tengo ciertas dudas con respecto al mecanismo propuesto en el Texto del Presidente. Por ejemplo, me pregunto si lo más aconsejable es proceder a la adopción de los informes pertinentes del grupo especial y del Órgano de Apelación antes de que la cuestión que es objeto del reenvío sea sustanciada ante el grupo especial inicial. La decisión del reenvío puede repercutir en otras cuestiones comprendidas en el caso; si efectivamente así fuera, puede ser factible resolver la totalidad de la diferencia a través de una solución convenida de mutuo acuerdo. Esta situación se vería impedida si esas cuestiones ya estuvieran incluidas en un informe del grupo especial adoptado o del Órgano de Apelación ya adoptado. Además, no tengo claro por qué el procedimiento de reenvío propuesto otorga esta facultad sólo a la parte reclamante; puede darse el caso que la parte demandada tenga interés en solicitar el reenvío en ciertas circunstancias. Por último, tengo dudas acerca de cómo se daría cumplimiento del fallo si se demorara –quizás hasta por seis meses– la decisión sobre algún aspecto de la medida. Puede resultar difícil determinar el plazo prudencial para dar cumplimiento a una decisión estando pendiente de resolución un procedimiento de reenvío.

3. Pasos de la fase de apelación: un procedimiento escrito y oral

Las actuaciones a cumplir en la fase de apelación están contenidas en los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* ("Procedimientos de trabajo"), redactados por el Órgano de Apelación.⁹⁸ Los procedimientos establecen los plazos para el cumplimiento de las distintas etapas del proceso, definen los contenidos del Anuncio de Apelación y de las comunicaciones escritas del apelado y del apelante, reglamentan la participación de terceros y disponen un calendario de trabajo y una audiencia oral. Al igual que en la fase

⁹⁵ Ver, por ejemplo, el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania* ("Estados Unidos – Acero al carbono"), WT/DS213/AB/R y Corr.1, adoptado el 19 de diciembre de 2002 y el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Madera blanda IV*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004.

⁹⁶ *Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora y a la aclaración del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/38, 23 de enero de 2003, págs. 5-7; *Contribución de Jordania a la mejora y a la aclaración de Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/43, 28 de enero de 2003, págs. 6-7. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁹⁷ *Informe del Presidente*, Anexo, páginas 8-9. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁹⁸ El documento WT/AB/WP/7 del 1º de mayo de 2003 contiene las reglas vigentes actualmente. El párrafo 9 del Artículo 17 del ESD dispone que el "Órgano de Apelación, en consulta con el Presidente del OSD y con el Director General, establecerá los procedimientos de trabajo y dará traslado de ellos a los Miembros para su información".

de los grupos especiales, las actuaciones del Órgano de Apelación son de carácter confidencial.⁹⁹ Las apelaciones son oídas por Secciones de tres miembros,¹⁰⁰ quienes son seleccionados "por rotación, teniendo en cuenta los principios de selección aleatoria, imprevisibilidad de la selección y poder de actuar de todos los Miembros, con independencia de su origen nacional".¹⁰¹

4. *Las audiencias de apelación: marcado contraste en relación con las audiencias del grupo especial*

Las audiencias ante el Órgano de Apelación son en general bastante diferentes de las audiencias ante los grupos especiales. Ante éstos, las partes en la diferencia comúnmente tienen la posibilidad de leer extensas exposiciones, que pueden durar desde treinta minutos hasta una hora o más. Por lo general sigue luego un interrogatorio por parte del grupo especial, pudiendo las partes además formularse preguntas mutuamente. Sin embargo, las respuestas son normalmente de carácter preliminar, porque se suele permitir a las partes presentar sus respuestas por escrito una o dos semanas después. Por el contrario, una audiencia ante el Órgano de Apelación es, en términos generales, mucho más agotadora. ¡Y hablo por propia experiencia! Por norma, las partes cuentan con entre cinco y treinta minutos para exponer sus argumentos iniciales, según la cuestión y el número de participantes; si éstos últimos se exceden en los tiempos asignados, muy probablemente son interrumpidos. Luego comienzan los interrogatorios. Los miembros del Órgano de Apelación se turnan para formular las entre cincuenta y ochenta –¡o más!– preguntas de un minucioso y complejo interrogatorio relativo a las cuestiones que son objeto de la apelación. En esta etapa, las partes comprueban que los miembros del Órgano de Apelación han leído las comunicaciones escritas con gran detenimiento y están absolutamente familiarizados con el caso. Las respuestas de las partes no son preliminares; no existe la opción de presentar posteriormente las respuestas por escrito. Y así las actuaciones se prolongan durante todo un día, y a veces continúan al día siguiente, y quizás hasta dos días más.¹⁰² Al final de la audiencia, las partes tienen la posibilidad de exponer brevemente sus alegatos finales. En la mayoría de los casos, las partes no hacen uso de esta opción. ¡Prefieren terminar de una vez por todas con este padecimiento!

5. *La decisión: procurar el consenso*

Si bien en la Sección encargada de resolver una apelación sólo sesionan tres miembros del Órgano de Apelación y sólo esos tres miembros suscriben el informe del Órgano de Apelación para esa apelación, los siete miembros del Órgano participan en cada decisión que se toma. Este aspecto del proceso de apelación se denomina "colegialidad"; está establecido específicamente en los *Procedimientos de trabajo*¹⁰³ y su finalidad es la de:

*...garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de decisiones y... aprovechar la competencia individual y colectiva de los Miembros.*¹⁰⁴

Para cada apelación, se reúnen los siete miembros del Órgano de Apelación con el objeto de realizar lo que se denomina un Intercambio de Opiniones, en el que todos los miembros exponen sus opiniones acerca de la decisión que consideran procedente. Los miembros que no están encargados de la resolución de la apelación examinan todas las comunicaciones escritas presentadas y la transcripción de la audiencia. Vuelvo a citar al ex

⁹⁹ ESD, Artículo 17.10.

¹⁰⁰ *Ibidem*, Artículo 17.1.

¹⁰¹ *Procedimientos de Trabajo*, WT/AB/WP/7, Regla 6(2). Además, las directivas relativas a conflictos de intereses se aplicarán para determinar quién resuelve una apelación, porque los Miembros no pueden participar en ningún asunto en el que tengan "un conflicto directo o indirecto de intereses". (Ver ESD, párrafo 3 del Artículo 17 y *Normas de conducta para la aplicación del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, WT/AB/WP/7, Anexo II.)

¹⁰² Por lo general, la mayoría de las audiencias duran entre siete y ocho horas, sin contar el receso para el almuerzo. Sólo en contadas oportunidades han durado tres días.

¹⁰³ WT/AB/WP/7, Regla 4(1).

¹⁰⁴ *Ibidem*.

Presidente del Órgano de Apelación señor Claus-Dieter Ehlermann, quien efectúa la siguiente ponderación de esta manera de decidir las apelaciones:

*El sistema de "intercambio de opiniones" entre todos los miembros ha demostrado ser de enorme utilidad para la tarea del Órgano de Apelación. Tal como fueron concebidos, los intercambios han permitido a las secciones aprovechar la competencia individual y colectiva de todos los miembros. Asimismo, han contribuido significativamente a garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de decisiones. De este modo, los intercambios de opiniones han ayudado a "aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio", que es –de acuerdo con el párrafo 2 del Artículo 3 del ESD– el objetivo fundamental del sistema de solución de diferencias de la OMC. [...] El sistema de intercambio de opiniones combina los beneficios de la deliberación de la totalidad de los siete miembros del Órgano de Apelación con las ventajas de la toma de decisiones por parte de secciones integradas por sólo tres miembros.*¹⁰⁵

El ESD dispone que el Órgano de Apelación "examinará cada una de las cuestiones planteadas"¹⁰⁶ y estará facultado para "confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial".¹⁰⁷ Los *Procedimientos de trabajo* establecen que las secciones del Órgano de Apelación harán todos los esfuerzos posibles para tomar sus decisiones por consenso.¹⁰⁸ A la fecha, en sesenta y un informes del Órgano de Apelación, jamás se ha dado una opinión disidente,¹⁰⁹ una hazaña digna de destacar. Por cierto, esta situación ha contribuido al desarrollo de la jurisprudencia y al logro del objetivo de "seguridad y previsibilidad" del sistema multilateral de comercio, consagrado en el párrafo 2 del Artículo 3 del ESD. No obstante ello, no todos entienden que el esforzarse por alcanzar el consenso sea el mejor criterio. En el contexto de las discusiones relativas a la enmienda del ESD, algunos Miembros han propuesto la introducción de una cláusula que establezca que cada miembro del Órgano de Apelación pueda expresar su propia opinión por escrito,¹¹⁰ con el argumento que "las opiniones discrepantes pueden poner en un primer plano preocupaciones normalmente desatendidas que a la larga pueden configurar la evolución del sistema".¹¹¹ Los opositores a la propuesta sobre que cada miembro del Órgano de Apelación exprese su propia opinión temen que tal situación pueda dar lugar a "desafortunadas especulaciones en relación con el autor de una opinión en particular, especialmente en situaciones en las que un nacional de la parte perdedora sea miembro de la sección" que resolvió la apelación.¹¹² La idea de que cada miembro del Órgano de Apelación emita su propia opinión no se incorporó al Texto del Presidente.

¹⁰⁵ Claus-Dieter Ehlermann, "Six Years on the Bench of the 'World Trade Court', Some Personal Experiences as a Member of the Appellate Body of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, Vol. 36, N° 4 (2002), págs. 612-613. En el mismo artículo, el señor Ehlermann opina que la incorporación de la adopción de decisiones por parte del Órgano de Apelación *en banc* no sería "ni necesaria ni conveniente". (Ibídem, pág. 613.)

¹⁰⁶ ESD, Artículo 17.12.

¹⁰⁷ Ibídem, Artículo 17.13.

¹⁰⁸ WT/AB/WP/7, Regla 3(2).

¹⁰⁹ En una apelación, se dio una "opinión concurrente". (Informe del Órgano de Apelación, *CE – Asbesto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001.)

¹¹⁰ *Texto de la propuesta de los PMA en el ámbito de las negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Comunicación de Haití (en representación del Grupo de los PMA), TN/DS/W/37, 22 de enero de 2003, pág. 2; *Texto para las propuestas del Grupo Africano sobre las negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Comunicación de Kenia (en representación del Grupo Africano), TN/DS/W/42, 24 de enero de 2003, pág. 3. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹¹¹ *Negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Propuesta del Grupo de los PMA (presentada por Zambia en nombre del Grupo de los PMA), TN/DS/W/17, 9 de octubre de 2002, pág. 2. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹¹² Claus-Dieter Ehlermann, "Reflections on the Appellate Body of the WTO", *Journal of Economic Law*, Vol. 6, N° 3 (2003), pág. 697.

6. *No hay etapa intermedia de reexamen en apelación: ¿debería existir?*

A diferencia de la fase de actuación de los grupos especiales, no está contemplado el mecanismo de reexamen en apelación. El Órgano de Apelación emite su informe a las partes y lo publica el mismo día. Algunos Miembros opinan que debe preverse el reexamen en apelación porque entienden que, de ese modo, los Miembros de la OMC ejercerían un control más efectivo sobre el procedimiento de solución de diferencias. Estos Miembros mencionaron en sus propuestas las "áreas delicadas que podrían haberse aprovechado de una oportunidad adicional para el debate y el examen de los Miembros"; identificaron las áreas específicas en las que el texto pertinente de la OMC no trata una cuestión (en otras palabras, las lagunas en las obligaciones) y las situaciones en las que se han aplicado para la solución de diferencias determinados conceptos jurídicos ajenos a los textos de la OMC, "incluyendo normas usuales de interpretación del derecho internacional".¹¹³ Si bien hubo posiciones encontradas en relación con esta idea, la etapa de reexamen en apelación fue incluida en el Texto del Presidente.¹¹⁴

Así expresa su postura un férreo opositor a la idea de la etapa intermedia de reexamen en apelación:

*A primera vista, la ampliación del mecanismo intermedio de reexamen de la etapa de actuación de los grupos especiales al Órgano de Apelación parecería inocua. Pero pensándolo bien, no lo es. A los grupos especiales les compete constatar los hechos, mientras que el Órgano de Apelación debe limitarse a la consideración de las cuestiones de derecho. [...] Obligar a los miembros de una sección del Órgano de Apelación a deliberar con las partes antes de emitir su informe, sus constataciones y los fundamentos de sus constataciones entraña –en mi opinión– el riesgo de perjudicar la independencia y la autoridad del Órgano de Apelación.*¹¹⁵

No se incorporó al Texto del Presidente una propuesta afín para estipular un mecanismo tendiente a eliminar de mutuo acuerdo determinadas constataciones de los informes del Órgano de Apelación.¹¹⁶

7. *Plazo máximo: noventa días*

El procedimiento completo, desde la presentación del Anuncio de Apelación hasta la emisión del informe del Órgano de Apelación en inglés, francés y español, dura sólo noventa días.¹¹⁷ Este es un procedimiento extraordinariamente rápido; ningún otro tribunal o corte internacional funciona con tanta celeridad. Y esto es aún más extraordinario si consideramos la complejidad de las cuestiones sustanciadas, así como el hecho de que las comunicaciones escritas presentadas por las partes contienen de cincuenta a cien páginas –y a veces más– y que el año pasado, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación tuvieron una extensión promedio de noventa y cuatro páginas.

¹¹³ *Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias relativas al mejoramiento de la flexibilidad y el control de los Miembros en la Solución de Diferencias de la OMC*, Contribución de Chile y los Estados Unidos, TN/DS/W/28, 23 de diciembre de 2002, páginas 1-2. Ver además *Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias relativas al mejoramiento de la flexibilidad y el control de los Miembros en la Solución de Diferencias de la OMC*, Propuestas de texto presentadas por Chile y los Estados Unidos, TN/DS/W/52, 14 de mayo de 2003, pág. 1. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹¹⁴ *Informe del Presidente*, Anexo, pág. 7. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹¹⁵ Claus-Dieter Ehlermann, "Reflections on the Appellate Body of the WTO", (2003) 6 *Journal of Economic Law*, N° 3, pág. 708.

¹¹⁶ *Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias relativas al mejoramiento de la flexibilidad y el control de los Miembros en la Solución de Diferencias de la OMC*, Contribución de Chile y los Estados Unidos, TN/DS/W/28, 23 de diciembre de 2002, pág. 2. Ver además *Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias relativas al mejoramiento de la flexibilidad y el control de los Miembros en la Solución de Diferencias de la OMC*, Propuestas de texto presentadas por Chile y los Estados Unidos, TN/DS/W/52, 14 de mayo de 2003, pág. 2. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹¹⁷ Sólo en cuatro de las sesenta y un apelaciones no se respetó este plazo, existiendo en todos esos casos circunstancias atenuantes (Informe del Órgano de Apelación *CE – Hormonas*; Órgano de Apelación *Estados Unidos – Plomo y bismuto II*; Informe del Órgano de Apelación *Tailandia – Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia ("Tailandia – Vigas doble T")*; Informe del Órgano de Apelación *CE – Asbesto*).

Los creadores del sistema de solución de diferencias de la OMC estimaron que las apelaciones serían esporádicas. No ha sido ése el caso. A la fecha, de los ochenta y nueve informes de grupo especiales adoptados, se apelaron sesenta y uno, lo que arroja un índice de apelaciones del 68 por ciento.¹¹⁸ Desde ya, la proporción de apelaciones fluctúa, de modo tal que en un año el índice fue de sólo 50 por ciento,¹¹⁹ mientras que en otros años –sobre todo en los primeros años– se apelaron todos los informes de grupos especiales adoptados.¹²⁰

8. ¿Cómo se mide la eficacia del sistema?

A menudo se afirma que el elevado índice de apelaciones es revelador de la confianza que los Miembros de la OMC tienen depositada en el sistema. En general, estaría de acuerdo con esta aseveración. Sin embargo, creo que es difícil –de hecho, desacertado– hacer demasiadas conjeturas acerca del sistema sobre la base de estas estadísticas. En otras palabras, creo que sería incorrecto suponer que un alto índice de apelaciones significa que los grupos especiales realizan una tarea deficiente, o que un menor índice de apelaciones revela que los grupos especiales han mejorado su desempeño en relación con años anteriores, o que ha disminuido la confianza en el Órgano de Apelación, en comparación con los primeros años del sistema. Hay muchos motivos por los cuales pueden apelarse los informes de los grupos especiales. Si una de las partes cree que un grupo especial ha cometido un error en alguna cuestión de derecho, probablemente apelará para procurar un resultado más favorable. Pero no siempre éste es el caso; a veces un Miembro prefiere no correr el riesgo de someter una cuestión particularmente delicada a la consideración del Órgano de Apelación y que éste afiance aún más la constatación del grupo especial. Esto nos lleva a concluir que los Miembros de la OMC tienden a considerar que las repercusiones de las decisiones del Órgano de Apelación trascienden el ámbito de la diferencia en particular sobre la que el Órgano se haya expedido. Está de más decir que, desde el punto de vista técnico, no hay *stare decisis* en el sistema de solución de diferencias de la OMC, y que los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación son vinculantes sólo para las partes en la diferencia en cuestión. Sin embargo, las partes habitualmente citan y fundamentan sus argumentos en informes del Órgano de Apelación, y el Órgano de Apelación habitualmente cita sus decisiones anteriores en las fundamentaciones de sus constataciones y conclusiones.

Existen otros motivos –aparte de los de naturaleza jurídica– para apelar el informe de un grupo especial. Los casos de marcado carácter político o los que versan sobre temas delicados son más susceptibles de ser apelados porque en general es improbable que un gobierno se rehúse a aprovechar todos los recursos a su alcance para intentar obtener el resultado deseado. Puede ocurrir que empresas influyentes persuadan a sus gobiernos de interponer apelaciones en ciertos casos, incluso si las posibilidades de éxito son escasas, con el sólo fin de postergar la enmienda o supresión de la medida incompatible.

En mi opinión, la eficacia del Órgano de Apelación no se mide por la cantidad de apelaciones que éste haya resuelto –si bien ésta es una prueba de la confianza depositada en él– sino por su contribución al progreso del derecho comercial internacional a través del desarrollo de un repertorio de jurisprudencia que abarca una gran variedad de cuestiones. El Órgano de Apelación ha resuelto cuestiones que se encuadran dentro de catorce acuerdos de la OMC e interpretado numerosas disposiciones de esos acuerdos. Las materias que han sido objeto de su examen han sido a veces extremadamente técnicas, a menudo controvertidas y muy raramente de sencilla resolución. Creo que el embajador Julio Lacarte expresó este concepto con mayor claridad en su discurso de despedida ante el OSD, al término de su segundo y último mandato en el Órgano de Apelación:

*El Órgano de Apelación ha sido caracterizado como resuelto y decidido en sus resoluciones. Creo que esto se logró. Somos todos conscientes de que probablemente ninguna de nuestras decisiones reciba aprobación universal. Pero no es ésa nuestra función; nuestra función es ser independientes, imparciales y objetivos en todo momento. Y creo que esto también se logró.*¹²¹

¹¹⁸ Al 1° de abril de 2004.

¹¹⁹ En el año 2002 se apelaron seis de los doce informes de grupos especiales adoptados.

¹²⁰ En 1996 se apelaron los dos informes de grupos especiales adoptados; en 1997 se apelaron los cinco informes adoptados.

¹²¹ Palabras del miembro saliente del Órgano de Apelación, embajador Julio Lacarte, en su discurso de despedida, al término de la Reunión del OSD celebrada el 19 de diciembre de 2001.

VI. LA FASE DE APLICACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES: PRONTO CUMPLIMIENTO

1. Cumplimiento dentro de un plazo prudencial

El ESD establece que "[p]ara 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".¹²² De hecho, el sistema de solución de diferencias de la OMC es como cualquier otro sistema, en el cual la justicia lenta no es justicia. El ESD establece que el cumplimiento debe ser inmediato, pero además reconoce que no siempre es factible cumplir inmediatamente todas las resoluciones y recomendaciones.¹²³ En consecuencia, los Miembros cuentan con lo que se denomina "un plazo prudencial" para cumplir, plazo que puede fijarse de mutuo acuerdo o mediante arbitraje.¹²⁴ Se han tramitado diecisiete arbitrajes de este tipo –todos ellos a cargo de un miembro del Órgano de Apelación–, en virtud de los cuales se han fijado plazos prudenciales de un mínimo de seis meses a un máximo de quince meses y cinco días.¹²⁵ Los árbitros sólo tienen competencia para decidir el plazo en el cual debe cumplirse la decisión y no *el modo* en que el cumplimiento ha de llevarse a cabo. El modo de cumplir las recomendaciones y resoluciones queda a criterio del Miembro sobre quien recaiga la obligación de aplicarlas. Por lo general, el plazo prudencial "debe ser el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD".¹²⁶

2. Incumplimiento: graves consecuencias

El OSD está encargado de vigilar la aplicación de las recomendaciones y resoluciones. Los Miembros deben presentar al OSD por escrito un informe sobre la situación de los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones y resoluciones, y la cuestión de la aplicación se mantendrá en el orden del día de las reuniones del OSD hasta que se resuelvan.¹²⁷ Esta disposición regirá incluso cuando una cuestión haya permanecido en el orden del día por meses y hasta incluso años. Obviamente, el criterio de cumplimiento a veces puede ser "subjetivo". Por esta razón, el ESD contempla un procedimiento por el cual el grupo especial que entendió inicialmente en el asunto podrá intervenir para determinar si se han tomado las medidas necesarias para dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD y, en caso afirmativo, si tales medidas son compatibles con la OMC.¹²⁸ Se recurrió en varias oportunidades a tales procedimientos, muchos de los cuales han sido materia de apelación.¹²⁹

Si no se cumplen las recomendaciones y resoluciones del OSD dentro de un plazo prudencial, el ESD dispone – como medida "temporal" – la compensación y suspensión de concesiones u otras obligaciones.¹³⁰ La compensación es de carácter voluntario, y debe acordarse a través de negociaciones entre la parte que incurrió en el incumplimiento y el Miembro que resultó favorecido con la decisión. Sin embargo, de no llegarse a consenso en este sentido, el Miembro favorecido con la decisión puede solicitar al OSD la autorización para suspender

¹²² ESD, Artículo 21.1. (Bastardilla agregada para mayor énfasis).

¹²³ ESD, Artículo 21.3.

¹²⁴ *Ibidem*, Artículo 21.3 (b) y (c).

¹²⁵ Para más información acerca de estos arbitrajes, consultar el siguiente enlace en el sitio oficial de la OMC: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_e.html.

¹²⁶ Este principio fue consagrado por primera vez en el Laudo del Árbitro, *CE – Hormonas, Arbitraje de conformidad con el párrafo 3(c) del Artículo 21 del ESD*, y fue reiterado en varios laudos arbitrales posteriores. (WT/DS26/15, WT/DS48/13, 29 de mayo de 1998, DSR 1998:V, 1833, párrafo 26). Consultar además Valerie Hughes, "Arbitration within the WTO" en la edición de Federico Ortino y Ernst-Ulrich Petersmann, *The WTO Dispute Settlement System 1995 – 2003, Studies in Transnational Economic Law*, Vol. 18 (La Haya, Kluwer Law International, 2004), págs. 75-86.

¹²⁷ ESD, Artículo 21.6.

¹²⁸ *Ibidem*, Artículo 21.5.

¹²⁹ Entre 1995 y diciembre de 2003, se adoptaron doce informes de grupos especiales de conformidad con el párrafo 5 del Artículo 21, de los cuales ocho fueron apelados.

¹³⁰ ESD, Artículo 22.1.

la aplicación al Miembro al cual la decisión le resultó adversa de las concesiones u otras obligaciones resultantes del ESD.¹³¹ Por ejemplo, el Miembro favorecido por la decisión puede reclamar la autorización para aplicar derechos de aduana del 100 por ciento sobre determinadas importaciones del Miembro que haya incurrido en incumplimiento. Sin embargo, existe un límite máximo permitido para la retorsión, la cual no podrá superar el nivel de "anulación o menoscabo" de beneficios sufrido como resultado de la aplicación de las medidas incompatibles.¹³² Si el Miembro que incurrió en incumplimiento impugna el nivel de la suspensión propuesta – por ejemplo, si considera que la aplicación de derechos de aduana del 100 por ciento sobre los productos identificados por la parte favorecida excedería el perjuicio sufrido–, podrá solicitar la determinación del nivel adecuado de la suspensión mediante arbitraje, el cual queda generalmente a cargo del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto.¹³³ Este tipo de decisión arbitral no es apelable.¹³⁴

3. Críticas infundadas

La fase de aplicación de recomendaciones y resoluciones del mecanismo de solución de diferencias de la OMC ha sido objeto de severas críticas, que la califican de excesivamente lenta o –peor aún– ineficaz. En mi opinión, esta crítica indiscriminada –si bien comprensible, quizá– es infundada. El índice de cumplimiento en la OMC ha sido extremadamente elevado; los críticos exageraron el problema motivados por la existencia de unos pocos casos resonantes de bajo nivel de cumplimiento o de incumplimiento.¹³⁵ Es cierto que hay deficiencias, pero los Miembros están tomando todas las medidas a su alcance para corregirlas en el contexto de las negociaciones relativas al ESD. El Texto del Presidente contiene un número de propuestas que apuntan, por ejemplo, a aclarar los procedimientos establecidos para determinar el nivel de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD, para agilizar el procedimiento para la determinación del plazo prudencial en el que debe producirse el cumplimiento y el establecimiento del nivel adecuado de suspensión de las concesiones, y para aclarar la secuencia comprendida entre la evaluación por parte del grupo especial del nivel de cumplimiento y la determinación por parte del grupo especial del nivel adecuado de suspensión de las concesiones.¹³⁶

¹³¹ *Ibidem*, Artículo 22.2.

¹³² *Ibidem*, Artículo 22.4.

¹³³ *Ibidem*, Artículo 22.6. Entre 1995 y diciembre de 2003, se sustanciaron siete arbitrajes de este tipo.

¹³⁴ *Ibidem*, Artículo 22.7.

¹³⁵ Por ejemplo, *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos ("CE – Bananos III")*; *CE – Hormonas*; *Estados Unidos – Empresas de Ventas en el Extranjero y Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916 ("Estados Unidos – Ley de 1916")*.

¹³⁶ *Informe del Presidente*, Anexo, págs. 9-17. Varios Miembros de la OMC presentaron propuestas relativas a las disposiciones sobre la aplicación de las recomendaciones y resoluciones: Ecuador (*Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, TN/DS/W/33, 23 de enero de 2003, págs. 1-4); Corea (*Contribución de la República de Corea a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/35, 22 de enero de 2002, págs. 1-4); Costa Rica (*Propuesta de Costa Rica – Derechos de los terceros*, TN/DS/W/12/Rev.1, 5 de marzo de 2003, pág. 4); Jordania (*Contribución de Jordania a la mejora y a la aclaración del Mecanismo sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/43, 28 de enero de 2003, pág. 6); las Comunidades Europeas (*Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/1, 13 de marzo de 2002, págs. 4-6 y 13-20 y *Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora y a la aclaración del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, TN/DS/W/38, 23 de enero de 2003, págs. 7-9); Japón (*Enmienda del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, TN/DS/W/32, 22 de enero de 2003, págs. 1-2 y 4-9); Australia (*Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, TN/DS/W/49, 14 de febrero de 2003, págs. 3-7); México (*Enmiendas al Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, TN/DS/W/40, 27 de enero de 2003, págs. 4-6); el Grupo de los PMA (*Texto de la propuesta de los PMA en el ámbito de las negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Comunicación de Haití (en nombre del Grupo de los PMA); TN/DS/W/37, 22 de enero de 2003, págs. 2-3); el Grupo Africano (*Texto para las propuestas del Grupo Africano sobre las negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Comunicación de Kenia (en nombre del Grupo Africano), TN/DS/W/42; 24 de enero de 2003, págs. 3-4); Filipinas y Tailandia (*Propuesta de revisión del párrafo 7 del Artículo 22 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, TN/DS/W/3, 21 de marzo de 2002, págs. 1-3); y la India en representación de Cuba, Egipto, Honduras, Jamaica, Malasia y la República Dominicana (*Propuestas relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias: Textos jurídicos*, TN/DS/W/47, 11 de febrero de 2003, págs. 3-4). [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

Sin embargo, aún falta dar respuesta a algunas inquietudes planteadas en el ámbito de las negociaciones del ESD. Por ejemplo, los países en desarrollo han señalado que la suspensión de concesiones no es una solución práctica para los países en desarrollo que resultan favorecidos en un procedimiento de solución de diferencias contra países desarrollados, porque los países en desarrollo se perjudican aún más al aplicar las medidas de retorsión. En otras palabras, los países en desarrollo sostienen que la aplicación de elevados aranceles aduaneros sobre las importaciones provenientes de países desarrollados Miembros infractores puede ocasionar un perjuicio al país en desarrollo, mientras que es poco factible que el nivel de volumen comercial afectado sea tal que ocasione un perjuicio al país desarrollado, y en consecuencia no existe un incentivo suficiente para adecuar una medida infractora al marco jurídico de la OMC.¹³⁷ Esta situación motivó la presentación de propuestas para la suspensión colectiva de concesiones por parte de la totalidad de los Miembros de la OMC contra el Miembro que incurra en incumplimiento en un caso contra un país en desarrollo Miembro.¹³⁸ Otra idea en esta misma dirección plantea la posibilidad de transferir el derecho de suspender concesiones a otro Miembro que esté en una situación más favorable para hacer valer el derecho.¹³⁹ Asimismo, algunos Miembros han propuesto que la compensación sea obligatoria en lugar de voluntaria, y que la misma sea preferentemente monetaria.¹⁴⁰ No obstante, algunos temen que el permitir que un Miembro que incurra en incumplimiento quede exonerado en una diferencia mediante el pago de una suma de dinero socavaría uno de los objetivos fundamentales del sistema de solución de diferencias: conseguir la supresión de las medidas incompatibles.¹⁴¹ De todos modos, ninguna de estas ideas obtuvo el apoyo necesario para quedar incluida en el Texto del Presidente.¹⁴²

Por último, se ha expresado preocupación acerca del "plazo durante el cual se puede mantener una medida incompatible con la OMC sin consecuencia alguna".¹⁴³ Esto llevó a un Miembro a proponer algunas enmiendas del ESD que permitirían determinar el nivel de anulación y menoscabo en la etapa de actuación de los grupos especiales, en lugar de que ello sólo sea posible una vez que haya transcurrido el "plazo prudencial" y se haya sustanciado cualquier procedimiento de cumplimiento planteado. En opinión de ese Miembro, se crearía de este modo un incentivo para hallar una solución negociada o, de no lograrse esta última, para que se produzca el cumplimiento inmediato, ya que la compensación sería exigible a partir de la fecha de adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, en lugar de mucho tiempo después de tal adopción, una vez completados los procedimientos de cumplimiento. Esa misma propuesta también sugiere la incorporación de mecanismos para que los Miembros soliciten la suspensión de las medidas impugnadas o adopten medidas provisionales para hacer frente a situaciones de emergencia.¹⁴⁴ Estas propuestas carecieron de apoyo significativo y, en consecuencia, no quedaron incorporadas en el Texto del Presidente.

¹³⁷ Consultar, por ejemplo, *Negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD)*, Propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, 25 de septiembre de 2002, pág. 3 y *Negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Propuesta del Grupo de los PMA, TN/DS/W/17, 9 de octubre de 2002, págs. 3-4. Este problema quedó claramente ilustrado en el caso *CE – Bananos III, Recurso presentado por Ecuador de conformidad con el párrafo 5 del Artículo 21 del ESD*. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹³⁸ *Negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD)*, Propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, 25 de septiembre de 2002, pág. 3; *Texto para las propuestas del Grupo Africano sobre las negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Comunicación de Kenia en nombre del Grupo Africano, TN/DS/W/42, 24 de enero de 2003, págs. 3-4; *Negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Propuesta del Grupo de los PMA, TN/DS/W/17, 9 de octubre de 2002, pág. 4; *Texto de la propuesta de los PMA en el ámbito de las Negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Comunicación de Haití en nombre del Grupo de los PMA, TN/DS/W/37, 22 de enero de 2003, págs. 3-4. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹³⁹ *Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Propuesta de México, TN/DS/W/23, 4 de noviembre de 2002, págs. 5-6. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁴⁰ *Negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Propuesta del Grupo de los PMA, TN/DS/W/17, 9 de octubre de 2002, pág. 4. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁴¹ ESD, Artículo 3.7.

¹⁴² Sin embargo, existe el requisito –aunque no específico– de que "se prestará especial consideración a las limitaciones específicas con que puedan tropezar los países [menos adelantados] para hallar medios efectivos a través del posible retiro de concesiones u otras obligaciones". (Ver *Informe del Presidente*, Anexo, pág. 14). [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁴³ *Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, Propuesta de México, TN/DS/W/23, 4 de noviembre de 2002, pág. 1. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁴⁴ *Ibidem*, páginas 2-5. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

VII. EL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO

Por último, voy a referirme al tema de la participación de los países en desarrollo en el sistema de solución de diferencias de la OMC. La solución de diferencias a tenor del GATT se consideraba "más sensible a los intereses de los poderosos que a los de los débiles".¹⁴⁵ Es quizás en reconocimiento de esta debilidad que el ESD incluye una serie de disposiciones relativas a las necesidades especiales de los países en desarrollo y de los países menos adelantados. Por ejemplo, durante las consultas los Miembros deberán "prestar especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo Miembros"¹⁴⁶ y podrán acordar una prórroga del período de consultas antes de proceder a la fase de intervención del grupo especial.¹⁴⁷ El grupo especial "concederá al país en desarrollo Miembro tiempo suficiente para preparar y exponer sus alegaciones" cuando la parte demandada sea un país en desarrollo.¹⁴⁸ En el contexto de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones, se prestará "especial atención a las cuestiones que afecten los intereses de los países en desarrollo Miembros con respecto a las medidas que hayan sido objeto de solución de diferencias".¹⁴⁹ Asimismo, la Secretaría de la OMC deberá brindar asesoramiento y asistencia jurídicos en relación con la solución de diferencias a todo país en desarrollo Miembro que los solicite.¹⁵⁰ Además, los Miembros ejercerán la "debida moderación" al iniciar una reclamación contra un país menos adelantado Miembro y, en todas las etapas del procedimiento de solución de diferencias, se prestará "particular consideración a la situación especial" de los países menos adelantados Miembros.¹⁵¹

Dije anteriormente que los países en desarrollo son partícipes activos en los procedimientos de solución de diferencias. Podría interpretarse entonces que el sistema actual representa un avance con relación al GATT. Sin embargo, los países en desarrollo siguen tropezando con dificultades para recurrir al sistema. Resulta interesante observar que los países en desarrollo no suelen invocar las ventajas procesales dispuestas a favor de ellos. Frieder Roessler, director ejecutivo del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, una organización intergubernamental independiente con sede en Ginebra que brinda asistencia y capacitación a los países en desarrollo en relación con el marco jurídico de la OMC,¹⁵² explica las razones de esta situación en los siguientes términos:

*...los países en desarrollo son reticentes a invocar las disposiciones del ESD que les otorgan privilegios especiales [porque] los países en desarrollo quieren enfrentar a los países desarrollados como iguales en las actuaciones y, por lo tanto, se muestran poco propensos a invocar privilegios procesales de los que no gozan sus oponentes. Además, también temen que la aplicación de disposiciones procesales sesgadas a su favor pueda afectar la legitimidad del resultado... y, por ende, limitar la fuerza normativa de las resoluciones que aspiran obtener.*¹⁵³

Asimismo, los países en desarrollo han manifestado que "este enfoque [las disposiciones especiales contenidas en el ESD] no ha tenido en cuenta de modo pleno o coherente las dificultades básicas con que se enfrentan

¹⁴⁵ Robert Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System* (Londres, Butterworth Legal Publishers, 1993), pág. 353.

¹⁴⁶ ESD, Artículo 4.10.

¹⁴⁷ *Ibidem*, Artículo 12.10.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*, Artículo 21.2.

¹⁵⁰ *Ibidem*, Artículo 27.2.

¹⁵¹ *Ibidem*, Artículo 24.

¹⁵² El Centro fue fundado en julio de 2001.

¹⁵³ Frieder Roessler, "Special and Differential Treatment of Developing countries under the WTO Dispute Settlement System" en Federico Ortino y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003* (La Haya, Kluwer Law International, 2004), pág. 89.

los países en desarrollo Miembros cuando intentan recurrir al [sistema de solución de diferencias]" .¹⁵⁴ Los países en desarrollo han señalado la complejidad del sistema y los elevados costos que supone la sustanciación de los casos, así como las "limitaciones institucionales y de capacidad humana" .¹⁵⁵ Por lo tanto, las dificultades que deben enfrentar "se refieren a la falta o escasez de recursos humanos y financieros y a la escasa flexibilidad práctica para la selección de sectores en los que pueden proceder a la retorsión comercial" .¹⁵⁶

Para contrarrestar estas debilidades, los países en desarrollo han propuesto el "establecimiento de un fondo permanente en forma, por ejemplo, de una pequeña tasa en las contribuciones de los Miembros" .¹⁵⁷ También han sugerido procedimientos especiales para disponer asistencia "que consista en un grupo de expertos y juristas para la preparación o tramitación de los casos, el pago de los honorarios y gastos involucrados" .¹⁵⁸

El Presidente del grupo de negociación del ESD manifestó en su informe presentado ante el Comité de Negociaciones Comerciales el pasado mes de junio que "[e]l trato especial y diferenciado para los países en desarrollo fue objeto de un amplio debate" y que "[e]n el Texto del Presidente figuraban varias propuestas sobre el trato especial y diferenciado" .¹⁵⁹ No obstante, es interesante observar que la mayoría de estas propuestas establecen el mismo tipo de ventajas procesales que hasta el momento no han demostrado ser de utilidad, con el resultado de que también es probable que estas "mejoras" sean incapaces de dar respuesta a las "dificultades básicas" que enfrentan los países en desarrollo Miembros.

VIII. CONCLUSIÓN

Atesoramos hoy una experiencia de casi diez años en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Por lo general, los que recurrieron al sistema consideran que ha funcionado muy bien. Mi relación con él ha sido "desde afuera", como litigante de un Miembro de la OMC, y "desde adentro", como directora de la Secretaría del Órgano de Apelación. En mi experiencia, el sistema ha servido a sus usuarios de modo admirable. Es cierto que podría haberse encarado con un poco más de esmero el tratamiento de algunas "lagunas" que han salido a la luz en el curso de su aplicación; pero incluso en el contexto de las actuales negociaciones relativas al ESD, nadie ha propuesto su revisión integral ni una revisión sustancial de las normas. De hecho, si al cabo de varios años de negociaciones no se ha logrado consenso en relación con *ninguna* modificación, es dable concluir que no existe ninguna urgencia por cambiar nada.

Para terminar, me permito citar una vez más al ex presidente del Órgano de Apelación Claus-Dieter Ehlermann, quien –en mi opinión– se expresó magníficamente en los siguientes términos:

*El sistema de solución de diferencias negociado durante la Ronda Uruguay es aún hoy, a mi juicio, un logro extraordinario, cuya existencia es casi milagrosa. Me parece prudente no dar por sentada su existencia ni su permanencia. Por el contrario, debemos fomentar su consolidación y desarrollo en el camino emprendido con discreción y cautela, a la vez que con valor y total independencia, camino que hasta ahora ha demostrado ser realmente fructífero.*¹⁶⁰

¹⁵⁴ *Negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD)*, Propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, 25 de septiembre de 2002, pág. 4. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁵⁵ *Ibidem*, pág. 2. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁵⁶ *Ibidem*, pág. 4. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁵⁷ *Ibidem*, pág. 2. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 4. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁵⁹ *Informe del Presidente*, pág. 2. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁶⁰ Claus-Dieter Ehlermann, "Six Years on the Bench of the 'World Trade Court', Some Personal Experiences as a Member of the Appellate Body of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, Vol. 36, N° 4 (2002), pág. 639.

DEJAR QUE ENTRE EL SOL: UNA OPINIÓN SOBRE EL EXAMEN DEL ENTENDIMIENTO SOBRE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

JAMES BACCHUS

De 1995 a 2003, pasé mucho tiempo en Ginebra, Suiza, ya que me desempeñé como uno de los siete miembros de diferentes partes del mundo del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. Colaboré con los Miembros de la OMC en su lucha por defender las normas del comercio internacional a partir de la defensa del imperio de la ley en dicho ámbito. Durante ocho años, fui uno de los "funcionarios jurídicos extranjeros anónimos" de la OMC.

Durante la mayor parte de este período, traté de ser "anónimo" porque, pese a lo que Ralph Nader y Pat Buchanan deseen que el mundo crea, *sí* hay normas de conducta dentro de la OMC. Me regí por esas normas a lo largo de esos ocho años, y aún hoy lo sigo haciendo. Las normas de conducta de la OMC exigen que aquellos que dirimen las diferencias relativas al comercio internacional en Ginebra sean "anónimos", es decir que "no emitan opinión" alguna en forma individual ni en público sobre las cuestiones comerciales que deban abordar para beneficio de los Miembros de la OMC. Una opinión dada a conocer tanto individual como públicamente acerca de una cuestión comercial pendiente de resolución trae aparejado un potencial conflicto para un miembro del Órgano de Apelación.

Quienes me conocen, y especialmente quienes me conocieron durante mis días en Washington como congresista de los Estados Unidos, saben bien que *no* me caracterizo en absoluto por "callar mis opiniones". *Tampoco* me caracterizo por *no* desear expresar mis opiniones y, por cierto, *no* es típico de mi personalidad el *no* unir mi voz a las de quienes hoy en día participan en el permanente debate sobre el comercio internacional.

Durante los últimos ocho años, debido a las normas de conducta de la OMC tuve que conformarme con limitar mi opinión sobre todo a las palabras escritas junto con mis seis colegas en nuestros informes conjuntos dirigidos a los Miembros de la OMC sobre los recursos de apelación en el ámbito de la solución de diferencias de la Organización. Pero ahora soy un ex miembro del Órgano de Apelación y estoy ansioso de recuperar mi opinión personal como un ciudadano cualquiera y de volver a unirme al debate como un defensor del comercio.

Mi opinión como ex miembro del Órgano de Apelación será la misma que tuve a lo largo de mi participación en la mesa redonda de dicho Órgano en Ginebra. Mis palabras procurarán asegurar los beneficios mutuos del comercio defendiendo las normas vigentes del sistema internacional de comercio y haciendo todo lo que esté a mi alcance para respaldar y fortalecer el sistema internacional de comercio establecido por los Miembros de la OMC.

Conforme a las normas de conducta de la OMC, nunca podré hablar sobre los detalles específicos de nuestras deliberaciones o de las decisiones tomadas durante mis años en el Órgano de Apelación. Tampoco podré hacer comentario alguno sobre las diferencias que he ayudado a examinar y que aún están pendientes de resolución a través de una "solución positiva" tras un "plazo prudencial" de aplicación. De todas maneras, hay muchas cosas que ahora sí puedo contar.

Con el tiempo, espero poder decir muchas cosas que ayuden a aumentar el apoyo público a la OMC. El punto es que, a pesar del gran debate público sobre la OMC, la gente sabe poco acerca de la Organización, lo que torna más difícil darle mayor respaldo público. La verdadera cara de la OMC – y de aquellos que trabajan para los Miembros de la OMC– no se asemeja en nada a la falsa caricatura. Ahora que ya no formo parte de la Organización, espero poder arrojar luz sobre su verdadera realidad, sobre sus verdaderas ventajas y también sobre la verdadera necesidad de reformarla.

Deseo especialmente ayudar a echar luz sobre el procedimiento de solución de diferencias, porque creo en la importancia central que tiene en la OMC. Creo que la solución efectiva de diferencias por parte de la OMC es indispensable, y también creo que, para mejorar el procedimiento de solución de diferencias, debemos esclarecerlo más a fin de poder asegurar el éxito continuo de los esfuerzos llevados a cabo por la OMC.

Así que comenzaré donde creo que los Miembros de la OMC deben comenzar a arrojar luz. A lo largo de los últimos ocho años, ayudé a mantener cerradas las puertas de las audiencias del Órgano de Apelación. Debía atenerme a las normas estipuladas por los Miembros de la OMC, y estas normas claramente establecen que dichas puertas deben mantenerse cerradas. Ahora por primera vez soy libre de decir lo que siempre pensé.

DEBEMOS ABRIR LAS PUERTAS

Debemos abrir las puertas de la OMC y dejar entrar la luz de la inspección pública. Debemos permitir que los cinco mil millones de habitantes del mundo que se valen de la OMC la *conozcan*. Porque si no lo hacemos, sus Miembros nunca lograrán el mayor apoyo público necesario en la esfera internacional para continuar maximizando los beneficios comerciales mutuos que pueden lograrse a partir de un sistema internacional de comercio basado en las normas.

Sólo si abrimos más puertas podremos lograr nuestros objetivos de un comercio más abierto.

A fin de evitar malentendidos, permítanme ser más preciso sobre lo que propongo. Debemos abrir los procedimientos de los grupos especiales y las audiencias del Órgano de Apelación a la prensa y a la supervisión del público general. Además, debemos hacer lo mismo con las reuniones del Consejo General, el Órgano de Solución de Diferencias y los demás consejos principales de la OMC. Tenemos que abrir esas puertas de la OMC.

Permítanme también ser más preciso sobre lo que *no* propongo: que las *deliberaciones* de los grupos especiales ni del Órgano de Apelación sean abiertas. Ningún sistema judicial del mundo permite eso. Tampoco propongo abrir las *negociaciones comerciales* que se conducen por separado y fuera de las reuniones generales de los diversos consejos de la OMC. Nadie que alguna vez haya negociado acuerdos comerciales podría apoyar tal propuesta.

Es más, definitivamente no propongo que las ONG ni ningún otro grupo de intereses privados del tipo que fuere participen de los procedimientos de solución de diferencias o de las negociaciones comerciales, o tengan algún grado de "legitimación activa" oficial dentro de la OMC. La OMC debe continuar siendo una organización intergubernamental formada exclusivamente por países y otros territorios aduaneros. Nadie más debe gozar de "legitimación" jurídica en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

Entiendo perfectamente las reservas de los países en desarrollo sobre la "transparencia" y la preocupación que les genera el hecho de que, al abrirse las puertas, se vean desplazados por un ejército de intereses privados bien

financiados provenientes de los países desarrollados en lo que ahora es –y debe ser siempre– una organización "impulsada por sus Miembros". Sé que los países en desarrollo han sido testigos de esto en otras organizaciones internacionales en repetidas ocasiones.

No obstante, no tiene por qué suceder lo mismo en el seno de la OMC. Éstos y otros miedos similares pueden ser manejados si abrimos las puertas correctas de la manera correcta. Es más, creo que dichos miedos pierden gran parte de su importancia frente a la imperiosa necesidad de asegurarle al mundo que la OMC *sí* está "impulsada por sus Miembros" y que en verdad *está* trabajando para cumplir con el objeto y fin del Acuerdo sobre la OMC.

La OMC describe sus procedimientos como "confidenciales", pero el resto del mundo, como "secretos". No hay razón por la que las actuaciones de la OMC deban permanecer en secreto, mientras que existen muchas razones por las que deben ser expuestas a la inspección pública. El único elemento que les permite a quienes critican a la OMC tener algún tipo de credibilidad cuando tildan a la OMC de ser una suerte de "antiguo tribunal de inquisición" o "tribunal improvisado" es que las puertas permanecen cerradas. Es sólo porque las puertas permanecen cerradas que sobrevuela la sospecha de que el proceso de toma de decisiones de la OMC no respeta su Acuerdo.

Abrir las puertas sería un acto más redentor que revelador. Si las puertas de las actuaciones sobre solución de diferencias de la OMC fuesen abiertas, el mundo vería que aquellos a quienes los Miembros de la Organización les confirieron la responsabilidad de ayudar a solucionar las diferencias comerciales están cumpliendo con su deber de manera correcta y concienzuda. Los funcionarios judiciales de la OMC son independientes, imparciales, justos, objetivos y en extremo minuciosos al examinar prácticamente todos los matices de cada tema que surge en una diferencia. Es sólo debido a que las puertas siguen estando cerradas que algunos pueden sugerir lo contrario.

Quizá los grandes beneficiarios de la apertura de la OMC sean sus Miembros. De hecho, la última vez que analicé este tema comprobé que *la mayoría de los Miembros de la OMC* nunca habían presenciado una audiencia del Órgano de Apelación. Esto se debe a que sólo se les permite a las partes y a los terceros en una diferencia asistir y participar de una audiencia en una apelación de la OMC. Si abrimos las puertas, muchos Miembros podrían ver por primera vez con sus propios ojos qué sucede durante el proceso de solución de diferencias.

Mantener las puertas cerradas implicará que la OMC pierda la batalla. Alimenta la paranoia infundada que circula entre los antiglobalistas, los proteccionistas más cerrados y todos aquellos que se oponen a lo que los Miembros de la OMC están tratando de lograr como tales. Quienes se oponen a la OMC pueden ofrecer la visión distorsionada que de hecho ofrecen sólo porque, al mantener las puertas cerradas, los Miembros de la Organización tornan esa visión posible y supuestamente creíble.

Seguramente, el primer día que las puertas se abran, los grupos especiales y el Órgano de Apelación serán sin duda saludados por uno o dos bienintencionados disfrazados de tortugas. Pero pronto se extinguirá la novedad del primer día. Como alguien que ha permanecido sentado durante incontables horas de interminables deliberaciones sobre el significado de una nota al pie de las más de treinta mil páginas de los "acuerdos abarcados" de la OMC, estoy convencido de, que algunos días después, sólo quedarán las tortugas de caparazones más duros.

TAMBIÉN DEBEMOS ABRIR LAS VENTANAS

Las ONG y otros grupos de intereses privados *no* deberían tener "legitimación procesal" en el seno de la OMC. No son gobiernos. No deberían gozar de los derechos de los gobiernos. Sin embargo, se debería encontrar la forma de abrir las ventanas de la OMC a todo el mundo. Las opiniones de quienes no pertenecen a la OMC son de utilidad. Quienes no pertenecen a la OMC pero demuestran un interés por el resultado de sus actuaciones deberían tener la posibilidad de expresar su opinión. Si queremos que aquellos que se hallan

fuera de los confines de los comités, los organismos y los ministerios de comercio de los Miembros de la OMC vean que ésta se preocupa por todo el mundo más allá de los "mecanismos" comerciales, entonces se deben abrir sus ventanas a todo el mundo.

Dicha apertura puede ser lograda a nivel nacional, como se hace generalmente en los Estados Unidos conforme a las leyes de este país. Las leyes estadounidenses estipulan que, antes de formular una política comercial de los Estados Unidos, deben escucharse distintas posturas. Esto también se puede lograr en el ámbito internacional. En el seno de la OMC, está tratándose –y cada vez con mayor éxito– de lograr que las ONG y otros intereses privados tengan una mayor participación en el continuo proceso de toma de decisiones sobre el comercio internacional. Es necesario que la OMC continúe e incremente estos esfuerzos para *lograr la participación* del mundo en general y para *escucharlo*.

Específicamente en lo que respecta a la solución de diferencias, los grupos especiales y el Órgano de Apelación deben seguir aceptando comunicaciones de *amicus curiae* en sus actuaciones y, desde mi punto de vista, deben hacer un mayor uso de dichas comunicaciones en la solución de diferencias. Al permitirseles presentar comunicaciones de *amicus curiae*, quienes no forman parte de la OMC pueden dar su opinión, sin debilitar de modo alguno la naturaleza intergubernamental fundamental de dichas actuaciones. Las comunicaciones de *amicus curiae* pueden aportar otro punto de vista valioso, como sucede en el caso del poder judicial en todo el mundo.

Los temores más frecuentes planteados por numerosos Miembros de la OMC respecto de las comunicaciones de *amicus curiae* están fuera de lugar. No hay motivo para que estas comunicaciones abrumen o dominen el sistema de solución de diferencias. La incidencia de *amicus curiae* en los procedimientos de solución de diferencias puede – y debe– limitarse a la presentación de tales comunicaciones, cuya aceptación puede – y debe– estar regida y controlada por una norma razonable, tal como sucede con los sistemas judiciales en todo el mundo.

La norma utilizada por el Órgano de Apelación hace varios años en la apelación del caso del *asbesto* constituye un buen punto de partida para que los Miembros de la OMC comiencen a abordar esta cuestión. Dicha norma admitía las comunicaciones de *amicus curiae*, pero también establecía una serie de requisitos previos y límites razonables. La propuesta pendiente de las Comunidades Europeas sobre el actual "examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias" de la OMC hace eco de esa norma y, en mi opinión, merece ser seriamente considerada por todos los Miembros de la OMC.

Hasta ahora, más que echar luz sobre este tema lo que se ha hecho es generar un acalorado debate en los consejos de la OMC y en el proceso de examen del ESD. Los Miembros deberían tener esto en cuenta. Si no media la adopción de alguna norma por parte de los Miembros de la OMC, las comunicaciones de *amicus curiae* continuarán siendo aceptadas en el sistema de solución de diferencias conforme a las normas y resoluciones vigentes. Y pronto puede darse un caso en que un grupo especial o el Órgano de Apelación haga un uso más explícito de dichas comunicaciones.

Yo soy de Florida, donde hace tiempo que creemos en un "gobierno a plena luz del día". Los argumentos para mantener cerradas las puertas y las ventanas de la OMC son muy similares a los que se han venido planteando por décadas en Florida a fin de mantener cerradas las puertas y las ventanas del gobierno. Mi respuesta para Ginebra es la misma que para Tallahassee:

Dejen que entre el sol.

El mundo entero tiene sus ojos puestos sobre la OMC. El mundo entero tiene que poder ver a la OMC, y ésta debe ser capaz de ver al mundo entero.

Éste y otros temas relacionados con la OMC y su proceso de solución de diferencias exigen que ***también abramos la mente***.

El sistema de solución de diferencias de la OMC es el más exitoso para resolver controversias internacionales en la historia de la humanidad, aunque aún es reciente. Todavía se encuentra en plena etapa de elaboración. Si bien se basa en casi medio siglo de experiencia del GATT, el sistema de solución de diferencias de la OMC tiene menos de un decenio. Como mucho, algunas pocas disposiciones de la OMC han sido objeto de interpretación unas cuantas veces; y la mayoría de las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC no han sido jamás analizadas. Existen acuerdos enteros en el Acuerdo sobre la OMC que no han recibido ninguna interpretación, ni siquiera una, por parte del Órgano de Apelación. Así que en algunos aspectos, cada nuevo caso que llega a la OMC es, como decimos los abogados, un "caso sin precedente".

Es por eso que debemos ser cuidadosos al hacer generalizaciones sobre las consecuencias futuras de los resultados de las relativamente escasas diferencias resueltas hasta ahora según los procedimientos de la OMC. ¿Cómo puede sugerirse, por ejemplo, que se han explorado todos los matices del Acuerdo sobre Salvaguardias cuando la experiencia total de la OMC en casos de salvaguardias se reduce a sólo media docena y cuando la mayoría de las disposiciones de dicho Acuerdo aún deben ser interpretadas al menos una vez? ¿Y cómo puede llegarse a la conclusión de que todas las sutilezas del *chapeau* del Artículo XX del GATT de 1994, en lo atinente al comercio y el medio ambiente, han sido desentrañadas cuando dichas conclusiones se basan puramente en el resultado del caso *camarones y tortugas*?

Acabamos de comenzar a trabajar en el sistema de solución de diferencias de la OMC y estamos empezando a analizar las implicancias jurídicas del Acuerdo sobre la OMC. Las más de veinte mil páginas de resoluciones emitidas hasta el momento en actuaciones de dicho sistema en el seno de la OMC constituyen tan sólo el principio y así deben ser consideradas. La solución de diferencias en la OMC es un trabajo *en progreso* sobre el trabajo *del progreso*, y nuestro continuo avance en la mejora de ese sistema irá evolucionando, como en el caso de todo avance. Lo hará norma por norma y caso por caso.

En el primer decenio de vida de la OMC, tuve el privilegio de participar en más secciones y más apelaciones que cualquier otro miembro del Órgano de Apelación. Soy el único que se desempeñó en el Órgano de Apelación durante todas sus primeras sesenta apelaciones. Fui uno de los siete miembros fundadores y el último de esos siete en abandonarlo. A partir de esta experiencia única, también tengo opiniones profundamente enraizadas sobre otros tantos cambios que, según creo, son dignos de ser analizados por aquellos cuyas mentes abiertas se encuentren deseosas de mejorar el sistema de solución de diferencias de la OMC. Algunos figuran en la agenda actual del examen del ESD; otros, no.

Por distintos motivos, el sistema de solución de diferencias de la OMC necesita contar con normas sobre la proposición y admisibilidad de las pruebas. Un motivo, por ejemplo, es que nos urge encontrar un medio eficaz para alcanzar un equilibrio entre la necesidad de los grupos especiales de recabar pruebas y la de los gobiernos de proteger la información comercial de carácter confidencial. De hecho, creo que necesitamos procedimientos de trabajo uniformes y amplios que se apliquen a todos los aspectos procesales de las actuaciones de los grupos especiales de la OMC, similares a los "Procedimientos de trabajo para el examen en apelación" estándares que hemos aplicado desde un comienzo en las apelaciones ante la OMC. El Órgano de Apelación se lo ha sugerido a los Miembros de la OMC en varias ocasiones.

Necesitamos mayor entendimiento – y mayor consenso– entre *todos* los miembros de la OMC sobre el estándar de revisión (*standard of review*) apropiado en la solución de diferencias; especialmente en el caso de los mecanismos de defensa comercial. Lo que dice el Acuerdo sobre la OMC acerca del estándar de revisión para los mecanismos de defensa comercial y lo que algunas personas en Washington creen que dice son dos cosas distintas. Todos deberíamos leer el Artículo 17.6 del Acuerdo Antidumping *con sumo cuidado* y avanzar de ahí en más.

También necesitamos mayor entendimiento –y mayor consenso– entre *todos* los Miembros de la OMC sobre el equilibrio que los signatarios del Acuerdo sobre la OMC procuran lograr entre su derecho a aplicar mecanismos de defensa comercial y su derecho a beneficiarse de concesiones comerciales a través del acceso a los mercados. Sería mucho mejor resolver las diferencias sobre mecanismos de defensa comercial a través de negociaciones que a través de un proceso de solución de diferencias.

Como parte del Acuerdo sobre la OMC, necesitamos más y mejores normas sobre la interrelación adecuada entre el comercio y el medio ambiente, el comercio y el trabajo, el comercio y la salud, el comercio y los derechos humanos, el comercio y la propiedad intelectual, el comercio y la corrupción, y el derecho mercantil y el derecho internacional. La verdadera cuestión no es *si* estos asuntos denominados "comercio y..." deberían ser abordados por la OMC, sino *cómo* serán abordados en el seno la Organización. ¿Serán tratados a partir de la formulación de normas en las negociaciones de la OMC o a partir de la clarificación de normas en el sistema de solución de diferencias?

En mi opinión, en términos ideales no debería resolverse *ninguno* de estos temas a través del sistema de solución de diferencias de la OMC. Desde un punto de vista ideal, creo que *ninguno* debería ser resuelto por los grupos especiales o el Órgano de Apelación. Creo que *todos* estos temas procesales y sustantivos – y muchas otras cuestiones igualmente importantes y delicadas– deberían resolverse a partir de negociaciones multilaterales que se traduzcan en normas consensuadas y acordadas por los Miembros de la OMC bajo la forma de obligaciones asumidas en virtud del Acuerdo sobre la OMC.

Insisto: los Miembros de la OMC deberían tener en cuenta que el mundo no va a esperarlos sino que seguirá adelante. No se puede separar el comercio de otros temas globales apremiantes. Si no se halla una solución clara para las cuestiones "comercio y..." a través de negociaciones, entonces muchos de esos temas serán resueltos necesariamente a través del sistema de solución de diferencias.

También debemos abrir la mente a la necesidad de llevar a cabo cambios estructurales en el sistema de solución de diferencias de la OMC. A mi parecer, especialmente dos cambios son dignos de mención. En primer lugar, hemos llegado a un punto en el que necesitamos un panel permanente (*Standing Panel Body*), tal como lo sugirieron las Comunidades Europeas en el examen del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias. En segundo lugar, pronto llegaremos también a un punto en el que el Órgano de Apelación permanente deberá dejar de ser un tribunal con competencia en asuntos comerciales globales de medio tiempo para convertirse en un tribunal de tiempo completo. Un sistema comercial de tiempo completo demanda la completa atención de funcionarios judiciales de tiempo completo.

Desde hace ya varios años, ser miembro del Órgano de Apelación exige, *de facto*, una dedicación de tiempo completo, o por lo menos así me sucedió a mí. En la medida en que el trabajo del Órgano de Apelación siga aumentando y el sistema de solución de diferencias continúe evolucionando, los Miembros de la OMC deberán enfrentar el hecho de que, si quieren estar seguros de que los miembros del Órgano de Apelación presten total y absoluta atención a la solución de diferencias instrumentada por la OMC conforme a lo sabiamente dispuesto por el ESD, entonces tendrán que contar con funcionarios judiciales de tiempo completo.

Hay otros muchos temas legítimos para ser sometidos al "examen del ESD": la necesidad de que el Órgano de Apelación tenga la facultad de devolver las actuaciones a un tribunal inferior para que adecue la sentencia; el anacronismo de las "etapas intermedias de reexamen"; la necesidad de fortalecer los derechos de terceros; la necesidad de ayudar más a los países en desarrollo a defender sus derechos en el proceso de solución de diferencias; la necesidad de mayores recursos para brindar apoyo al trabajo llevado a cabo por el sistema de solución de diferencias; y los numerosísimos temas que han surgido de nuestra experiencia en relación con el cumplimiento del ESD: "secuencias", "daños" y otros.

Pero si pudiera arrojar tan sólo otro rayo de luz sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, sería éste: lo prioritario no es cambiar la solución de diferencias, sino que se produzcan cambios efectivos en todos los *demás* emprendimientos de la OMC que *no* forman parte de la solución de diferencias. Cualesquiera sean las puertas, ventanas y mentes que debemos abrir respecto de la solución de diferencias, las mayores dificultades de la OMC *no* residen, sin embargo, en esa esfera. La OMC cuenta con un sistema eficaz para clarificar y defender las normas. Lo que más necesitamos es un sistema igualmente eficaz para formular y revisar las normas a través de negociaciones multilaterales exitosas.

Cuando fundamos la OMC, esperábamos que se convirtiera en un foro permanente de negociación continua sobre un sinnúmero de temas comerciales en constante evolución. En ese entonces, deseábamos que la OMC

se convirtiera en el seno permanente de una "ronda permanente" de formulación de normas sobre el comercio global por parte de sus Miembros. En cambio, estamos inmersos en una nueva – la novena– ronda de negociaciones comerciales multilaterales. La estructura de esta novena ronda se asemeja mucho a la de las ocho anteriores.

Creo firmemente que en el mundo de hoy la prioridad suprema del comercio debe ser la conclusión exitosa de la Ronda de Doha para el Desarrollo. Aplaudo a Robert Zoellick, representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales, por su reciente iniciativa de tratar de hacer avanzar las negociaciones internacionales. Su causa cuenta con todo mi apoyo. El comercio es un tema demasiado importante como para ser considerado un asunto partidario y para ser pospuesto hasta después de las próximas elecciones presidenciales.

Conforme trabajamos para que la actual ronda concluya con éxito, creo que debemos recordar nuestra visión original de la OMC y continuar trabajando para lograr mejores mecanismos para que todos los Miembros de la OMC puedan trabajar juntos a fin de formular y acordar las normas comerciales correctas en forma permanente. También debemos trabajar para que la OMC se transforme en un ejemplo cada vez mejor de gobernabilidad democrática y cooperativa entre las naciones del mundo. Si lo logramos, estoy seguro de que el sistema de solución de diferencias de la OMC continuará siendo un éxito como un elemento apropiado y eficaz del sistema de comercio internacional.

Si abrimos las puertas, si abrimos las ventanas y si abrimos nuestra mente, creo que podemos abrir un camino hacia la formación y la consolidación de un consenso mundial para lograr una mayor apertura comercial. Si alcanzamos una mayor apertura comercial, tendremos sociedades más abiertas y la libertad que sólo resulta posible en las sociedades abiertas. Al echar más luz *sobre* la OMC, podemos lograr que la *propia* OMC, a su vez, arroje más luz: la luz del crecimiento, la prosperidad y la libertad que puede iluminar a todo el mundo con el sol del comercio.

ÚLTIMAS NOVEDADES Y TRABAJOS ACADÉMICOS SOBRE LOS RECURSOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE LA OMC

STEVE CHARNOVITZ

El país o territorio aduanero que ingrese a la Organización Mundial del Comercio (OMC) se obliga a respetar tanto el conjunto de normas aplicables a todos sus Miembros como todas las concesiones que haya ofrecido en el curso de las negociaciones multilaterales de la OMC.¹ En la seguridad de que los gobiernos Miembros de la OMC tendrían diferencias de opinión acerca del sentido de las normas y de su aplicación en determinadas circunstancias, el Acuerdo sobre la OMC incluye un entendimiento relativo a la solución de diferencias conocido como "ESD".² Si lo comparamos con la mayoría de los demás mecanismos de resolución de controversias y/o de cumplimiento de los tratados multilaterales, el ESD de la OMC constituye una potente combinación de procedimientos jurisdiccionales y herramientas para inducir al cumplimiento o ejecución. Conforme a los procedimientos jurisdiccionales, un Miembro de la OMC puede interponer una reclamación alegando que otro Miembro ha violado una norma de la Organización; dicha reclamación será examinada por un grupo especial independiente. El informe del Grupo Especial podrá ser apelado ante el Órgano de Apelación, cuya decisión – cualquiera sea ésta– será adoptada por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC a menos que exista consenso para descartarla. A pesar de que el ESD manifiesta que "es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD",³ los redactores del Entendimiento reconocieron que este cumplimiento podría no tener lugar y dispusieron otros recursos para los gobiernos reclamantes. De acuerdo con las normas del ESD, si la diferencia continúa sin resolverse, el "último recurso" que se le permite al gobierno reclamante es "suspender concesiones u otras obligaciones" asumidas respecto del gobierno infractor.⁴

Ese último recurso constituye el tema de este trabajo, que considera el procedimiento por el cual los Miembros reclamantes de la OMC pueden emplear la herramienta de suspender las concesiones u otras obligaciones para con el Miembro demandado por falta de cumplimiento.⁵ Durante la última década, se ha escrito mucho

¹ Ver el Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC), Artículo XVI.4.

² Acuerdo sobre la OMC, Anexo 2, Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias" (ESD).

³ ESD, Artículo 21.1.

⁴ ESD, Artículos 3.7, 22.7.

⁵ En otros trabajos he utilizado la expresión "SCOO" como abreviatura de "suspensión de concesiones u otras obligaciones". Steve Charnovitz, "The WTO's Problematic 'Last Resort' Against Noncompliance", 57 *Aussenwirtschaft* 409, 412 (2002). En este caso no emplearé

respecto de este procedimiento, sus ventajas y sus defectos. En este breve artículo, quiero reseñar algunas de las novedades recientes en la legislación y los círculos académicos acerca de cómo utiliza la OMC una suspensión de las concesiones.

Basándome en el trabajo de Robert E. Hudec, John H. Jackson, Petros C. Mavroidis, Joost Pauwelyn y otros estudiosos, en 2001 escribí un artículo titulado "Rethinking WTO Trade Sanctions".⁶ Mi tesis era que la OMC había llevado a cabo una "transformación del derecho comercial internacional", en el que actualmente la suspensión de las concesiones se considera en forma distinta de lo que ocurría en la época del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).⁷ En la era del GATT (de 1947 a 1994), la suspensión de las concesiones como resultado de un conflicto comercial era considerada parte de un "paradigma del reequilibrio", según el cual el país reclamante aplicaba una "solución satisfactoria para él" del problema comercial derivado de la violación del GATT.⁸ Por el contrario, en la era de la OMC la suspensión de concesiones por parte del gobierno reclamante se asemeja a un "propósito externamente dirigido" a inducir al gobierno demandado al cumplimiento.⁹ Mi trabajo procuraba demostrar que este proceso de suspender las concesiones realizadas en el marco de la OMC para modificar el comportamiento del otro gobierno estaba denominándose habitualmente "sanción" comercial y que esta nueva denominación es apropiada, a pesar de que, en el derecho y la práctica de la OMC, la suspensión de concesiones carece de una intención punitiva.¹⁰ Después de detallar la transformación del derecho comercial internacional, señalé varias formas en las que las nuevas sanciones de la OMC estaban provocando serias tensiones: en primer lugar, como el ESD no permite que la suspensión sea desproporcionada o punitiva, a menudo la medida no es lo suficientemente severa como para inducir al cumplimiento. En segundo lugar, este defecto creará presión política que apunta a endurecer las sanciones. En tercer lugar, la suspensión de concesiones u otras obligaciones puede socavar tanto el objetivo de la OMC de ampliar el comercio como su enfoque basado en normas. En cuarto lugar, la disponibilidad de sanciones comerciales en la OMC y no en otras organizaciones internacionales llevará a una "envidia de sanciones" y a presionar por agregar nuevas cuestiones a la OMC.¹¹

Me limito a presentar mis conclusiones sin entrar en detalles al respecto. En realidad, mi objetivo es repasar las novedades de mayor importancia producidas entre mediados de 2001 y abril de 2004. El resto de este trabajo se divide en tres partes: la parte I informa acerca de la jurisprudencia más reciente de la OMC. La parte II brinda una visión general de nuevos e importantes trabajos académicos acerca del mecanismo de ejecución de la OMC. En la parte III ofrezco breves comentarios de mi autoría.

I. LA NUEVA JURISPRUDENCIA DE LA OMC SOBRE APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Cuando se comprueba que un gobierno está violando normas de la OMC y no subsana esa situación, el o los gobiernos reclamantes pueden pedir que se los autorice a suspender la aplicación de concesiones al gobierno infractor.¹² El ESD manifiesta que el nivel de la suspensión debe ser equivalente al "nivel de la anulación o del menoscabo".¹³ En caso de que el Miembro demandado esté en desacuerdo con el nivel de suspensión propuesto, podrá solicitar un arbitraje. En los últimos tres años se han emitido tres decisiones de arbitraje. Dos de los

esa expresión ya que esta ponencia es fundamentalmente un análisis de los trabajos académicos de otras personas que no la utilizan. De aquí en adelante, por motivos de brevedad, a veces eliminaré la frase "u otras obligaciones" cuando me refiera a la suspensión de concesiones.

⁶ Ver Steve Charnovitz, "Rethinking WTO Trade Sanctions", *95 American Journal of International Law* 792 (2001).

⁷ Ídem en 793.

⁸ Ídem en 802, 804.

⁹ Ídem en 803.

¹⁰ Ídem en 793-94.

¹¹ Ídem en 792.

¹² ESD, Artículo 22.2.

¹³ ESD, Artículo 22.7.

casos involucraron el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC), que contiene disposiciones "especiales o adicionales" en materia de solución de diferencias.¹⁴ Respecto de los subsidios a la exportación prohibidos por el Acuerdo SMC, las normas establecen que el árbitro, de serle solicitado, determinará "si las contramedidas son apropiadas", en caso de no retirarse un subsidio a la exportación que esté prohibido.¹⁵ En orden cronológico, los laudos arbitrales más recientes tuvieron lugar en las tres diferencias siguientes: (1) *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"* (en adelante, las "EVE"), reclamo entablado por las Comunidades Europeas; (2) *Canadá – Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales* (en adelante, el asunto sobre las "aeronaves regionales"), reclamo entablado por Brasil; y (3) *Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916* (en adelante, la "Ley de 1916"), reclamo entablado por las Comunidades Europeas y Japón en el que sólo las Comunidades Europeas solicitaron una suspensión.¹⁶

En el caso de las EVE, el árbitro aprobó la imposición de una carga *ad valorem* del 100 por ciento a las exportaciones de los Estados Unidos a las Comunidades Europeas por un valor de US\$ 4.000 millones, un monto de contramedidas aproximadamente igual al costo presupuestado del subsidio prohibido, otorgado por el gobierno de los Estados Unidos. El árbitro explicó que el Acuerdo SMC no necesariamente convertía a los "efectos sobre el comercio" del subsidio en el criterio para determinar si las contramedidas eran apropiadas, ya que ese criterio equivaldría a optar por un "reequilibrio" y, de esa manera, eliminaría ciertas distinciones fundamentales del SMC.¹⁷ En lugar de ello, el árbitro manifestó que las contramedidas del SMC tienen "por finalidad inducir o garantizar", y también destacó que tales contramedidas no pueden ser "manifiestamente punitivas".¹⁸ Ante la solicitud de los Estados Unidos de que el árbitro determinara la parte del costo presupuestado del subsidio estadounidense que correspondía a exportaciones a Europa y no al resto del mundo, el árbitro se negó a considerarlo sobre la base de que su razonamiento en cuanto al monto de las contramedidas era "aplicable en forma inherente" a cualquier Miembro de la OMC y que no había habido un "problema de desglose" teniendo en cuenta que las Comunidades Europeas eran la única parte reclamante en el conflicto.¹⁹ El árbitro asimismo indicó que esperaba que su decisión de no disminuir la autorización concedida a las Comunidades Europeas para adoptar contramedidas tendría el efecto práctico de facilitar el inmediato cumplimiento de los Estados Unidos.²⁰

El monto de US\$ 4.000 millones en contramedidas autorizado por el arbitraje de las EVE en agosto de 2002 es por lejos el monto más alto en la historia de la OMC. Paradójicamente, después de semejante victoria, las Comunidades Europeas se mostraron renuentes a utilizar su autoridad,²¹ ya que demoraron la búsqueda de la autorización definitiva hasta mayo de 2003. Después de esperar varios meses más que los Estados Unidos cumplieran, en marzo de 2004 la Comisión Europea comenzó a imponer contramedidas contra una lista de

¹⁴ ESD, Artículo 1.2 y Anexo II.

¹⁵ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC), Artículos 4.7, 4.10.

¹⁶ *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "empresas de venta en el extranjero"* (Arbitraje de las EVE), Recurso al Arbitraje, WT/DS108/ARB (30 de agosto de 2002); *Canadá – Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales* (Arbitraje sobre las aeronaves regionales), Recurso al Arbitraje, WT/DS222/ARB (17 de febrero de 2003); *Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916* (Arbitraje sobre la Ley de 1916), Recurso al arbitraje, WT/DS136/ARB (24 de febrero de 2004).

¹⁷ Arbitraje de las EVE (referencia en nota al pie 16), párrafos 5.41, 5.43, 5.61, 6.34.

¹⁸ Ídem, párrafos 5.52, 5.62.

¹⁹ Ídem, párrafo 6.28. El árbitro también explicó que la obligación de los Estados Unidos de no utilizar un subsidio a la exportación es una obligación que se contrae en su totalidad con todos y cada uno de los Miembros de la OMC y no puede ser prorrateable entre ellos. Ídem, párrafo 6.10.

²⁰ Ídem, párrafos 6.28, 6.29.

²¹ Un analista sabiamente observó que: "A pesar de estar autorizada a imponer sanciones a un nivel varias veces superior al de cualquier otro asunto anterior del GATT o de la OMC, a la Unión Europea parece serle imposible imponerle el cumplimiento a los Estados Unidos si no se da anteriormente alguna forma de internalización de las normas y cambio de los incentivos políticos internos en ese país". Naboth van den Broek, "Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlement Reports", 37 *Journal of World Trade* 127, 148 (2003).

bienes exportados desde los Estados Unidos.²² Las primeras contramedidas arancelarias se fijaron a un arancel *ad valorem* del cinco por ciento, con aumentos mensuales automáticos de un punto porcentual hasta llegar al 17 por ciento.²³ Ésta es la primera vez en el contexto de la OMC que un gobierno que aplica contramedidas o suspende concesiones lo hace por aranceles *ad valorem* inferiores al 100 por ciento.

En el asunto sobre aeronaves regionales, relacionado con subsidios prohibidos, el árbitro aprobó que Brasil impusiera contramedidas a Canadá por un valor de US\$ 248 millones.²⁴ Este monto era menos del 10 por ciento de lo solicitado por Brasil, que el árbitro rechazó como inapropiado. Teniendo en cuenta que "la lógica en que se basan las contramedidas es que las de nivel más alto tienen mayores probabilidades de inducir al cumplimiento que las de nivel más bajo", el árbitro señaló que la prescripción del Acuerdo SMC de que las contramedidas sean apropiadas "impide basarse exclusivamente en esa lógica".²⁵ En lugar de ello, el árbitro basó el otorgamiento de contramedidas en el monto del subsidio prohibido, con un reajuste hacia arriba para inducir aún más al cumplimiento.²⁶ Tomando en consideración que Canadá admitió ante el árbitro que no pensaba retirar el subsidio prohibido, el árbitro agregó otro 20 por ciento al valor de las contramedidas "para hacer que el Canadá reconsidere su posición actual de mantener la subvención de que se trata en infracción de sus obligaciones".²⁷ Hasta el momento, Brasil no impuso ninguna contramedida.

En el arbitraje sobre la Ley de 1916, las Comunidades Europeas intentaron que se aprobara su criterio de suspender las obligaciones contraídas ante la OMC respecto de los Estados Unidos.²⁸ Los árbitros rechazaron la solicitud de las CE de reflejar la legislación de los Estados Unidos, así como el argumento de los Estados Unidos sobre que, en ausencia de efectos comerciales, el nivel de anulación o menoscabo era claramente "cero".²⁹ En lugar de ello, los árbitros decidieron que, como hubo una violación de las normas de la OMC, el nivel de anulación debía ser superior a "cero",³⁰ por lo que autorizaron una suspensión equivalente al valor monetario acumulativo de todo monto pagadero por entidades de las CE en virtud de sentencias judiciales firmes y resoluciones por reclamaciones formuladas al amparo de la Ley de 1916.³¹ Sin embargo, los árbitros se negaron a ir más lejos y contabilizar los costos derivados del "efecto paralizador" de la Ley de 1916 o las costas del procedimiento.³² Al pronunciar su laudo, el árbitro manifestó que un objetivo fundamental de la suspensión de obligaciones es "inducir al cumplimiento."³³ Hasta el momento, no se han tomado medidas tendientes al cumplimiento o a la imposición de la suspensión.

Estas nuevas decisiones son en gran medida congruentes con la anterior jurisprudencia arbitral. En los tres casos, los árbitros estuvieron de acuerdo en que inducir el cumplimiento es el objetivo esencial de las suspensiones que

²² Scott Miller, "EC Trade Sanctions Have Dual Edge", *Wall Street Journal*, 26 de febrero de 2004, en A3; Edward Alden y Tobias Buck, "'Sad Day' as EU Puts Sanctions on US Goods", *Financial Times*, 1º de marzo de 2004, en 6.

²³ European Communities, Foreign Sales Corporations (FSC): Questions and Answers, 27 de febrero de 2004, disponible en el sitio web sobre Comercio de las CE.

²⁴ Daniel Pruzin, "WTO Give Brazil Green Light for Sanctions in Canadian Aircraft Dispute", *BNA Daily Report for Executives*, 20 de marzo de 2003, en A-4.

²⁵ Arbitraje sobre las aeronaves regionales (referencia en nota al pie 16), párrafo 3.48. El árbitro también indicó que las contramedidas no deben ser desproporcionadas. *Idem*, en 3.36.

²⁶ *Idem*, párrafos 3.51, 3.91, 3.104, 3.107.

²⁷ *Idem*, párrafos 3.106, 3.119.

²⁸ Frances Williams, "WTO Allows Trade Sanctions on U.S.", *Financial Times*, 25 de febrero de 2004, en 8.

²⁹ Arbitraje sobre la Ley de 1916 (referencia en nota al pie 16), párrafos 5.32, 5.48.

³⁰ *Idem*, párrafo 5.50.

³¹ *Idem*, párrafos 5.8, 7.11, 8.1, 8.2. El árbitro hizo notar además que el ESD prohíbe las sanciones punitivas. *Idem*, párrafo 5.22.

³² *Idem*, párrafos 5.69, 5.76.

³³ *Idem*, párrafo 5.7.

se autoricen. En efecto, en el caso de las aeronaves regionales, el árbitro le agregó un aumento del 20 por ciento a Canadá, después de que este país manifestara que no cumpliría. En los tres casos también, el efecto comercial de la violación subyacente de normas de la OMC no parece haber sido tenido en cuenta en los cálculos. El aspecto más sorprendente de los arbitrajes fue la decisión del árbitro del asunto sobre las EVE de no asignarles a las Comunidades Europeas una parte proporcional del total del subsidio estadounidense a la exportación. Esta decisión, juntamente con la sugerencia del árbitro de que los posibles nuevos reclamantes contra la ley de los Estados Unidos podrían asimismo tener derecho a contramedidas por un valor de US\$ 4.000 millones, demuestra cómo se ha alejado la OMC del paradigma del reequilibrio. Otra característica interesante de los nuevos arbitrajes es que en sólo una de las tres diferencias se utilizó una contramedida/suspensión, e incluso en ese caso el monto impuesto fue bajo. Se torna cada vez más evidente que los gobiernos van a dudar antes de recurrir a las sanciones autorizadas por la OMC.

II. PANORAMA GENERAL DE LOS ÚLTIMOS TRABAJOS ACADÉMICOS SOBRE LA OBSERVANCIA DE LAS NORMAS DE LA OMC

El análisis de todo lo escrito por académicos en los últimos tres años acerca de la observancia de las normas de la OMC demandaría un espacio mucho mayor del que disponemos. Con esa explicación, y un pedido de disculpas a los autores omitidos, consideraré algunos estudios de importancia clave.

Schwartz y Sykes

A principios de 2002 se publicó un artículo de Warren F. Schwartz y Alan O. Sykes acerca de la economía política positiva de las negociaciones y solución de diferencias de la OMC.³⁴ Desde el punto de vista de los autores, el Acuerdo sobre la OMC emplea una sanción "contractual" para responder a una violación de las obligaciones.³⁵ Esa sanción es el retiro de concesiones sustancialmente equivalentes por parte de la nación perjudicada. Al basar una medida de defensa comercial en una norma sobre responsabilidad, según los autores, la OMC permite que una nación que ha hecho una promesa viole una obligación de la OMC cuando el costo de cumplirla supere los beneficios derivados de dicho cumplimiento para las naciones a las que se les otorgó dicha promesa. En otras palabras, si una nación que viola una norma de la OMC lo hace incluso si los socios comerciales perjudicados pueden responderle retirando concesiones equivalentes, entonces la OMC permite el acaecimiento de tan "eficiente" violación.³⁶ Es más, los dos autores alegan que la OMC debería permitir tales violaciones para promover la maximización del bienestar de los Miembros y facilitarle a cada gobierno Miembro la modificación de sus compromisos.

Schwartz y Sykes hacen observaciones tanto de índole económica como legal. La observación económica es que si consideramos que el Acuerdo sobre la OMC es un contrato, debería permitir a cada Miembro que lo incumpliera en tanto esté dispuesto a hacerse cargo del costo de la suspensión de las obligaciones en represalia. La observación legal es que los Miembros de la OMC no están obligados a respetar las decisiones en materia de solución de diferencias que les resulten desfavorables y, por lo tanto, que "el incumplimiento, en algunos casos, puede ser aceptable".³⁷ El hecho de que solamente se autorice que la nación afectada retire concesiones sustancialmente equivalentes en lugar de imponer alguna penalidad de mayor cuantía es una demostración, según los autores, de que los gobiernos que negociaron la creación de la OMC no tenían la intención de que el cumplimiento fuera obligatorio.³⁸

³⁴ Warren F. Schwartz y Alan O. Sykes, "The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization", 31 *Journal of Legal Studies* S179 (2002).

³⁵ Ídem, en S181.

³⁶ Ídem, en S182.

³⁷ Ídem, en S190.

³⁸ Ídem, en S191.

Sin embargo, Schwartz y Sykes consideran que la suspensión de las concesiones es una sanción. Después de notar que hay prácticamente una ausencia de sanciones formales en el sistema del GATT, explican que la OMC introdujo "una perspectiva alentadora de sanciones formales por violaciones que no se subsanen dentro de un lapso razonable".³⁹ Pero, al hacerlo, los negociadores de la OMC conservaron los límites de la era del GATT, que restringen en gran medida los beneficios de una sanción utilizada por la OMC para inducir al cumplimiento. Y los autores manifiestan que así debería ser, ya que "librarse de una obligación con un pago" sería un resultado superior al del cumplimiento.⁴⁰

Lawrence

El único análisis que llega a constituir un libro acerca del uso de la frase "suspensión de las obligaciones" en el proceso de solución de diferencias de la OMC fue escrito por Robert Z. Lawrence y publicado en octubre de 2003 por el Institute for International Economics.⁴¹ Lawrence aboga por el paradigma del reequilibrio de la OMC y busca revivirlo como el verdadero principio en el que se basa la suspensión de las concesiones, que él denomina "retorsión". Y llega a esta conclusión mediante una "deconstrucción" de las medidas correctivas de la OMC.⁴²

Su análisis comienza aclarando el "paradigma de la OMC", que guía los acuerdos abarcados así como la solución de diferencias.⁴³ Ese paradigma es el de la reciprocidad, o el intercambio de "concesiones" entre gobiernos que reflejan "flujos comerciales iguales".⁴⁴ Según Lawrence, "concesión" es un término apto para describir el acuerdo de un gobierno de reducir sus propias barreras al comercio, porque el hacerlo exige "costos políticos y económicos" en un país de gran tamaño y puede reducir el bienestar de su comunidad.⁴⁵ Por ello, el beneficio derivado de un acuerdo comercial para un país grande es la reducción de las barreras de otro país. Si ese otro país incumpliera sus obligaciones, el país perjudicado podría retirar las concesiones para revertir los costos incurridos en la celebración del acuerdo original.⁴⁶ Esa retorsión no beneficia al país perjudicado tanto como lo beneficiaría la conservación del acuerdo, pero es mejor que no tomar represalias, y no es equivalente a que el tiro se escape por la culata.⁴⁷ Lo que logra la retorsión es volver al país perjudicado a la posición que tenía antes de celebrar el acuerdo comercial.⁴⁸

Lawrence distingue su postura de la de Schwartz y Sykes.⁴⁹ En el modelo de violación contractual eficiente, la parte incumplidora reembolsa a la parte perjudicada los "daños y perjuicios por expectativas", y ninguna de las partes sale perdedora. Esta analogía no funciona en la OMC, de acuerdo con lo que señala Lawrence, porque los reembolsos se efectúan a través de volúmenes comerciales en lugar de transferencias financieras de sumas fijas. Como los cambios arancelarios pueden afectar la asignación de recursos, el país que toma

³⁹ Ídem, en S179, S200.

⁴⁰ Ídem, en S201.

⁴¹ Robert Z. Lawrence, *Crimes and Punishments? Retaliation under the WTO* (2003).

⁴² Ídem, en 8, 30.

⁴³ Ídem, en 19, 22.

⁴⁴ Ídem, en 21-22.

⁴⁵ Ídem, en 17, 20. Por el contrario, Lawrence argumenta que la reducción de los aranceles en un país pequeño aumentará el bienestar de su comunidad. Ídem, en 20.

⁴⁶ Ídem, en 17, 51.

⁴⁷ Ídem, en 8, 17, 36.

⁴⁸ Ídem, en 9, 18, 31, 38-39, 46, 51. Lawrence sostiene además que la retorsión cumple una "función política" útil porque los productores que compiten con la importación en el país que toma represalias "pueden tener su premio". Ídem, en 43-44.

⁴⁹ Ídem, en 36-39.

represalias podría no recuperar el nivel de bienestar que habría gozado de haberse cumplido la obligación de la OMC y, por lo tanto, el requisito previo exigido para que una violación sea eficiente no existe.

Del análisis de Lawrence pueden extraerse dos conclusiones principales acerca de las compensaciones con arreglo al ESD. Una es que la lógica de suspender las concesiones es reequilibrarlas, no inducir al cumplimiento. La otra conclusión relacionada es que el monto de la compensación debería ser el que permita lograr un reequilibrio comercial, y no ser fijado a un nivel coercitivo o punitivo.

En cuanto a la lógica de la compensación, el análisis de Lawrence se basa en la economía del "paradigma de la OMC" y en ciertas consideraciones de los textos de la OMC. En primer lugar, porque la compensación conforme al ESD por una reclamación que no implica violación es la misma que por una reclamación que sí involucra violación, lo cual demuestra que esa medida correctiva no "está concebida para inducir al cumplimiento".⁵⁰ En segundo lugar, debido a que la retorsión se encuentra más "fuertemente restringida" de conformidad con el ESD de lo que estaba en el GATT, lo que demuestra la improbabilidad de que los redactores del ESD se orientaran más al cumplimiento.⁵¹

En lo relativo al importe de la compensación, el análisis de Lawrence se basa en consideraciones políticas y económicas. Si la compensación se hubiera fijado a un nivel por encima o por debajo del nivel de reequilibrio comercial, los gobiernos se mostrarían renuentes a celebrar acuerdos de liberalización del comercio.⁵² Por lo tanto, la compensación apropiada conforme al ESD es un reequilibrio y no una sanción punitiva.⁵³

Usando su estructura analítica, Lawrence critica la forma en que se autorizan las compensaciones de la OMC desde la óptica tanto del ESD como del Acuerdo SMC. Desde su punto de vista, con el ESD los gobiernos han utilizado las suspensiones en forma punitiva, para infligir daños.⁵⁴ Pero Lawrence argumenta que esto es un error, porque el gobierno que emplea retorsiones debería tratar únicamente de anular concesiones comerciales por un monto equivalente al que ha perdido.⁵⁵ Una implicación importante de esta perspectiva, explica Lawrence, es que "las violaciones sin efectos comerciales no llevan a la retorsión comercial y, en principio, no se penaliza a los que las han practicado".⁵⁶ La desviación de las prácticas de la OMC es incluso más peligrosa conforme al Acuerdo SCM, sostiene Lawrence, porque los árbitros se han "apartado radicalmente del resto del sistema", pasando del paradigma del contrato a otro paradigma en el que las violaciones de las normas de la OMC se consideran "delitos".⁵⁷ Lawrence insiste en que la compensación por un subsidio a la exportación no retirado debería calcularse de acuerdo con el intercambio comercial perdido por el país perjudicado,⁵⁸

⁵⁰ Ídem, en 36 (en relación con el Artículo 26.1 del ESD).

⁵¹ Ídem, en 33, 35.

⁵² Ídem, en 18, 44–46, 98.

⁵³ Ídem, en 47, 95. Lawrence manifiesta que "[a] pesar del cuidado en la redacción y en la estrictez del Acuerdo sobre la OMC, existe una opinión generalizada de que el sistema de la OMC permite aplicar sanciones punitivas." Ídem, en 49–50. Yo pienso que esta afirmación no se justifica. No conozco ningún analista que sostenga que actualmente el sistema de la OMC permite sanciones punitivas. Lawrence llega a esta conclusión por la forma en que utiliza el término "sanción" – al que define como una "medida punitiva", es decir, una medida o respuesta que inflige más daño que la que dio lugar a la respuesta". Ídem, en 1 n. 1. Sobre la base de esta definición idiosincrática, el autor supone que cualquiera que manifieste que el ESD autoriza "sanciones" se refiere a sanciones punitivas. Lawrence no ofrece justificación alguna de esta definición de "sanción" ni intenta conciliarla con la costumbre contemporánea de la sanción económica en las Naciones Unidas u otra organización. Desde mi punto de vista, las sanciones económicas utilizadas en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial no tenían la intención de causarle más daño al gobierno culpable que el cometido por ese gobierno contra sus propios ciudadanos u otros países. Desde luego, no hay una metodología establecida para efectuar mediciones de desutilidad entre países.

⁵⁴ Ídem, en 9, 49–50, 54.

⁵⁵ Ídem, en 51, 54–55, 95.

⁵⁶ Ídem, en 9.

⁵⁷ Ídem, en 58, 60.

⁵⁸ Ídem, en 12, 55.

crítica especialmente el arbitraje sobre las aeronaves regionales (donde se agregó un 20 por ciento a las contramedidas) y se pregunta: "¿Esto es arbitraje o arbitrariedad?".⁵⁹

Jackson

Un nuevo artículo de John H. Jackson contribuye significativamente a nuestra comprensión de la naturaleza de las obligaciones de la OMC.⁶⁰ Un artículo tan rico no puede ser resumido adecuadamente en el espacio del que disponemos, pero sí es posible describir su esencia. Jackson sostiene que un gobierno que viola una norma de la OMC tiene la obligación de cumplirla y no puede simplemente pagar por su incumplimiento.⁶¹ Llega a esta conclusión mediante un análisis profundo de los textos de la OMC y de las bases en materia de política del GATT/OMC. En su opinión, la tendencia en cuanto a la solución de diferencias ha sido alejarse de las ideas incipientes del reequilibrio en dirección a las nociones más jurídicas de una jurisprudencia basada en las normas. Jackson dice que esta tendencia comenzó en la era del GATT y que, en este momento, "el reequilibrio desempeña un papel cada vez menor en el contexto de la OMC".⁶² El problema con la analogía contractual de las normas del comercio internacional, explica Jackson, es que los beneficiarios finales son más que las partes gubernamentales en el contrato.⁶³ Otro problema con el concepto del reequilibrio es que, como ocurre con las normas comerciales que actualmente consideran las barreras no arancelarias, a menudo será imposible cuantificar el efecto que puede tener la violación de una norma sobre el comercio potencial futuro.

III. COMENTARIOS

Jackson y Schwartz y Sykes están en desacuerdo acerca de si existe la obligación de cumplir las resoluciones de la OMC. (Lawrence no opina sobre esa cuestión jurídica).⁶⁴ Yo considero que Jackson tiene razón. Esta obligación puede encontrarse en los textos de la OMC así como en las posturas uniformes de los árbitros de la OMC en el sentido de que el objetivo de las compensaciones que se imponen cuando se solucionan diferencias es inducir al cumplimiento. Los árbitros han valorado la necesidad de exigir el cumplimiento de las normas para llegar a un orden comercial mundial.

Tanto Schwartz y Sykes como Lawrence están de acuerdo en que la solución de diferencias en la OMC no debería procurar inducir al cumplimiento. Schwartz y Sykes sostienen que la OMC no debería ordenar que se anule una violación eficiente, mientras que Lawrence va más allá al afirmar que la OMC debería permitir todas las violaciones siempre y cuando el país perjudicado también pueda tomar medidas para resolver su compromiso con la OMC. Schwartz y Sykes parecen acoger con entusiasmo las violaciones eficientes. Lawrence no lo hace, pero no quiere que la OMC se muestre intolerante al respecto. La crítica que hace Lawrence de la lógica de "inducir al cumplimiento" que tienen las compensaciones conforme al ESD se deriva de su renuencia a reconocer la obligación de cumplir y de su propio análisis legal, económico y político. Es este análisis el que consideraré a continuación.

Lawrence brinda dos argumentos legales en contra de la lógica de "inducir al cumplimiento". En primer lugar, ofrece un silogismo ilógico; según él, como (1) las compensaciones en presencia y en ausencia de violación son simétricas y (2) las reclamaciones en ausencia de violación no buscan el cumplimiento, el corolario es que

⁵⁹ Ídem, en 58.

⁶⁰ John H. Jackson, "International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy out'?", 98 *American Journal of International Law* 109 (2004).

⁶¹ Ídem, en 120–21, 123.

⁶² Ídem, en 121.

⁶³ Ídem, en 118–22.

⁶⁴ Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 41.

las reclamaciones en presencia de violación tampoco deben buscarlo.⁶⁵ Obviamente, las reclamaciones en ausencia de violación no buscan el cumplimiento, pero eso no nos dice nada acerca de las reclamaciones en presencia de violación. En segundo lugar, su aseveración de que la retorsión tiene restricciones más estrictas conforme al ESD de la OMC que las que tenía conforme al GATT ignora el hecho de que, en los cuarenta y siete años del GATT, sólo se autorizó una retorsión, y que no se podría haber autorizado ninguna sin la aprobación del país demandado. En realidad, el nuevo sistema de solución de diferencias de la OMC ha habilitado la retorsión y esta situación cambia las expectativas acerca del resultado de ese sistema.

El análisis económico y político de la OMC que hace Lawrence se basa en su paradigma de la OMC, de acuerdo con el cual los países intercambian oportunidades comerciales (o flujos comerciales) nuevas y equivalentes.⁶⁶ Al igual que muchos economistas que escriben sobre el tema del comercio internacional, Lawrence estudia a la OMC bajo la misma lente utilizada alguna vez para el GATT. El problema con esta lente es que no enfoca bien el papel de la OMC como organización internacional y como conjunto de normas jurídicas. Los miembros gubernamentales de la OMC han creado expectativas en cuanto a las obligaciones de los Miembros, y numerosos actores económicos privados esperan que la OMC mantenga el imperio de la ley en las relaciones comerciales. Actualmente, el derecho de OMC representa más que una simple reciprocidad comercial.

Si la OMC fuera a inducir el cumplimiento, según Lawrence, se haría más difícil lograr acuerdos comerciales multilaterales. Ese resultado seguramente ocurriría en caso de darse algún tipo de fuerza coercitiva. Sin embargo, lo que yo interpreto que está diciendo Lawrence es que cualquier compensación más onerosa que el simple reequilibrio desestabilizaría a la OMC.

No me convence esa hipótesis. En mi opinión, las compensaciones que permite el Acuerdo sobre la OMC no son suficientemente onerosas. En términos ideales, un gobierno infractor debería pagar daños y perjuicios (en efectivo) equivalentes a las pérdidas sufridas por los países perjudicados.⁶⁷ Cuando un gobierno viola las normas de la OMC y lo único que enfrenta como consecuencia es que se lo devuelva a la posición que tenía antes de celebrar el acuerdo, ello podría ser considerado un resultado aceptable según Lawrence, pero muchos observadores no coinciden con él. Su análisis pone poca atención acerca de cómo las violaciones no subsanadas de las normas de la OMC puedan impedir nuevos acuerdos comerciales y alentar a otros gobiernos a desobedecer dichas normas.⁶⁸

Retirar concesiones equivalentes es, según Lawrence, una respuesta suficiente para el que viola las normas de la OMC. En esa tesitura, manifiesta que "aceptar la retorsión [de ESD]" después de una violación es una cláusula de escape *de facto* de la OMC, similar al artículo XIX del GATT.⁶⁹ Una referencia citada por Lawrence es un análisis económico hecho por Chad P. Bown, quien postula que "a los países que necesitan flexibilidad en la política comercial se les da la opción de instrumentar protección ilegal o *legalmente*... a través de las disposiciones sobre salvaguardas del GATT/OMC".⁷⁰ Los puntos de vista de Lawrence y Bown se fundan en el concepto de que el reequilibrio es la respuesta correcta en ambas situaciones. En mi opinión, sin embargo, es más justificable la inferencia contraria. Es decir, que un gobierno que viola normas de la OMC debería afrontar medidas más severas que aquel que recurre a una salvaguarda *con arreglo* a las normas de la OMC.

⁶⁵ Ídem, en 35–36.

⁶⁶ Ídem, en 21–22.

⁶⁷ Ver Petros C. Mavroidis, "Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the Sequencing Issue and Suspension of Concessions", en *Preparing the Doha Development Round: Improvements and Clarifications of the WTO Dispute Settlement Understanding* 81, 97–98 (Ernst-Ulrich Petersmann, ed., European University Institute, 2002) (considerando sanciones retroactivas).

⁶⁸ Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 92 (donde brevemente describe estos puntos).

⁶⁹ Ídem, en 40.

⁷⁰ Chad P. Bown, "The Economics of Trade Disputes, the GATT's Article XXIII, and the WTO's Dispute Settlement Understanding," Departamento de Economía de la Universidad Brandeis, enero de 2002, en 27.

La antigua lente del GATT visualizaba los acuerdos comerciales como bilaterales, por lo que utilizar la misma lente para la OMC puede devolver una imagen distorsionada. En el análisis de Lawrence, la OMC ofrece a las partes una garantía de "devolución del dinero" en el sentido de que, si el Miembro A viola una norma y se autoriza una retorsión por parte del Miembro B, ambos países vuelven al *status quo* previo al acuerdo y ninguno de ellos estará peor de lo que estaba originalmente.⁷¹ Esa conclusión puede ser la apropiada para A y B (sin contar los costos de los reajustes locales). Pero el análisis no debería terminar allí, porque la violación del Miembro A puede causar externalidades negativas sobre los Miembros C, D, E u otros, que A puede no considerar al decidir si viola o no la norma. El modelo de Lawrence solamente funciona si los Miembros C, D y E someten una diferencia ante la OMC. Sin embargo, por muchas razones, C, D y E pueden decidir no hacerlo, especialmente si son países de bajos ingresos que carecen de recursos para entablar un proceso.⁷² La falta de demandantes ha sido un problema permanente en la solución de diferencias de la OMC. Es interesante destacar que, en el caso de las EVE, el árbitro se esforzó en explicar que el otorgamiento de US\$ 4.000 millones en contramedidas *no* autorizaba a las Comunidades Europeas a actuar en representación de Miembros que no fueran ellas mismas.⁷³ Esta conclusión es correcta, a mi entender, porque no puede esperarse que las Comunidades representen el interés por obtener el cumplimiento de los Estados Unidos de los otros 120 Miembros de la OMC.

El análisis de Lawrence se basa en gran medida en la tesis indiscutida de que, cuando el ESD manifiesta que el nivel de suspensión "será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo", esta norma se remite a los "efectos comerciales" de la violación.⁷⁴ Si bien, por un lado, acepto que dicha tesis no está desprovista de autoridad, me pregunto si "anulación o menoscabo" no será una expresión de la antigua jerga comercial que ya se encuentra madura para una interpretación más dinámica. Tal vez el Arbitraje sobre la Ley de 1916 muestra una leve diferencia de interpretación, ya que en su curso los árbitros determinaron la existencia de anulación o menoscabo sin referencia aparente a los efectos comerciales.⁷⁵

Por estos motivos, el derecho de la OMC no es tan claro como lo considera Lawrence cuando manifiesta que "las violaciones sin efectos comerciales no acarrearán retorsiones comerciales".⁷⁶ Si Lawrence tuviera razón, habría muchas normas de las OMC sin compensación posible, lo cual es lamentable en cualquier sistema jurídico. Las leyes nacionales "como tales" técnicamente podrían violar las normas de la OMC y, sin embargo, no podría haber retorsión alguna hasta que se demuestre la existencia de consecuencias comerciales. En mi opinión, el sistema de solución de diferencias de la OMC no debería acordarle a la expresión "anulación o menoscabo" una interpretación tan restringida que sólo cuando se producen infracciones con un efecto comercial desfavorable y cuantificable justifica una suspensión de las concesiones para subsanarlas.⁷⁷

Lawrence no se mueve de su paradigma del reequilibrio del comercio incluso cuando considera subsidios a la exportación prohibidos. En este caso, la norma del Acuerdo SMC pertinente autoriza una compensación especial mediante "contramedidas" apropiadas, compensación que no se encuentra en ninguna otra disposición de la OMC.⁷⁸ Teniendo en cuenta que en ninguno de aquellos arbitrajes por subsidios a la exportación se manifestó que las contramedidas debían ser equivalentes a los efectos sobre el comercio, Lawrence argumenta que los

⁷¹ Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 44.

⁷² Chang ha sugerido que los países pequeños podrían no presentar diferencias porque carecen del poder de exigir el cumplimiento. Pao-Li Chang, "The Politics of WTO Enforcement Mechanism", Singapore Management University, enero de 2004, en 17.

⁷³ Arbitraje de las EVE (referencia en nota al pie 16), párrafos 6.62–6.63.

⁷⁴ Ver Artículo 22.4 del ESD; Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 25, 47, 49.

⁷⁵ Ver texto que acompaña a la nota al pie 31. Téngase en cuenta que la decisión fue tomada después de la publicación del libro de Lawrence.

⁷⁶ Ver Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 9.

⁷⁷ Ver Jackson (referencia en nota al pie 60), en 121 (donde señala que es prácticamente imposible cuantificar el efecto que tiene la violación de una norma de la OMC sobre el posible intercambio futuro).

⁷⁸ Ver Acuerdo SMC, Artículo 4.10.

árbitros podrían haber interpretado contramedidas apropiadas para "adaptarlas" a su "paradigma de la OMC".⁷⁹ Tal vez debería haber ocurrido eso, pero el libro de Lawrence sería mejor si hubiera buscado con mayor ahínco una lógica económica de la jurisprudencia del ESD tomada tal cual, en lugar de medir la jurisprudencia con un paradigma procrusteano.

A Lawrence le gustaría que todos los árbitros designados conforme al ESD utilizaran su paradigma de la OMC, pero a algunos de ellos este paradigma puede parecerle no realista. Según lo expuesto anteriormente, Lawrence sostiene que la liberalización del comercio en los países grandes puede reducir el bienestar de la comunidad, y en los países pequeños puede aumentarlo.⁸⁰ Supongo que Lawrence, técnicamente, tiene razón (no soy un economista), pero que tal vez la diferencia más importante (en lugar de países grandes comparados con países pequeños) es si un país tiene suficiente capacidad para adaptarse a la liberalización, y esa capacidad puede diferir entre países de altos y de bajos ingresos. Si los países con bajo nivel de ingresos liberalizan el comercio sin una adecuada redistribución de sus recursos humanos, algunos de ellos no se beneficiarán con el comercio. Por otra parte, los países con alto nivel de ingresos pueden invertir fácilmente en los necesarios programas de readaptación de sus trabajadores y comunidades (a pesar de que, con frecuencia, no lo hacen). Tal vez los árbitros designados con arreglo al ESD no estén de acuerdo con Lawrence en que la liberalización del comercio en países con alto nivel de ingresos sea realmente un "costo" para ellos. De ser así, los árbitros podrían estar intentando presionar a dichos países al cumplimiento.

El presente ensayo examina el libro de Lawrence con detenimiento porque sus argumentos deberían ser considerados por la comunidad del comercio internacional. En muchos puntos estoy de acuerdo con él, incluso cuando se muestra incómodo con el hecho de que, en casos de incumplimiento, la OMC autoriza "respuestas proteccionistas regresivas".⁸¹ Una suprema paradoja del derecho internacional actual es que la sanción comercial que apunta a la observancia está más perfectamente desarrollada dentro de la OMC, en aparente desafío del objetivo de la OMC de eliminar las discriminaciones comerciales y emancipar el comercio.

⁷⁹ Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 59.

⁸⁰ Ídem, en 20.

⁸¹ Ídem, en 11. Un análisis reciente de Showalter sostiene que la OMC debería utilizar multas en lugar de compensaciones comerciales porque "no tiene sentido imponer costosas ineficiencias para subsanar las ineficiencias". J. Michael Showalter, "A Cruel Trilemma: The Flawed Political Economy of Remedies to WTO Subsidies Disputes", 37 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 587, 628 (2004).

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMPI: EL CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA OMPI

CARLOS FERNÁNDEZ BALLESTEROS

I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA OMPI

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), establecida por el Tratado de Estocolmo de 1967, que entrara en vigor en 1970, festejó en el año 2000 sus 30 años de existencia, en su hermoso edificio de la Place de Nations, en Ginebra. En este año 2004, por su parte, celebra un nuevo trigésimo aniversario, el de haber adquirido la calidad de Organismo Especializado del sistema de las Naciones Unidas, mediante el acuerdo firmado en 1974 con dicha organización.

No obstante esta presentación, que la ubicaría entre los “recién llegados” al concierto de organismos internacionales intergubernamentales, los orígenes de la OMPI se remontan a fines del siglo XIX, con la firma del Convenio de París (1883) para la Protección de la Propiedad Industrial, y del Convenio de Berna (1886) para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, tres años después. Estos dos Convenios, los más antiguos en el campo de la propiedad intelectual, crearon respectivas Uniones de Estados (la Unión de París y la Unión de Berna) cuyas Secretarías fueron reunificadas en 1893, para dar nacimiento al BIRPI (Bureaux Internationaux Réunis Pour La Protection De La Propriété Intellectuelle), predecesor de la OMPI, que funcionó primero en Berna y luego en Ginebra.

En 1974, tal como ya se ha dicho, por virtud del Acuerdo firmado con la ONU, la OMPI se convirtió en una de las 16 Agencias Especializadas del sistema de Naciones Unidas (tal como lo son, en sus respectivas competencias, la UNESCO, la OIT o la FAO), con el cometido exclusivo de promover en todo el mundo la protección de la propiedad intelectual, comprendiendo en ella la propiedad industrial (patentes, marcas, apelaciones de origen, entre otras) por una parte, y por otra la propiedad literaria artística, donde se ubica con carácter prioritario el derecho de autor, junto a aquellos derechos que le son relativos o afines, denominados por mucho tiempo “conexos” (artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión)

La OMPI heredó entonces la administración de los dos pilares jurídicos del sistema internacional de protección de la propiedad intelectual – el Convenio de París (del cual son parte 166 Estados) y el Convenio de Berna (con 152 Estados parte) habiendo este último duplicado el número de sus adherentes en los últimos 18 años. Ambos convenios subsisten hoy como tales, plenos de vigor, cuando la propiedad intelectual se ha erigido en eje del comercio internacional, tras su inclusión en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC), dentro de la órbita de la Organización

Mundial del Comercio (OMC), acuerdo vinculante para todos los Miembros de esta nueva organización internacional nacida en Marrakech en 1994.

La OMPI, que cuenta hoy con 179 Estados miembros, administra 23 tratados multilaterales relacionados con la propiedad intelectual, entre los que se incluyen – además de los dos centenarios de París y de Berna - el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) y el Acuerdo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas; en el campo de la propiedad literaria y artística, por su parte, destacan los llamados “Tratados Internet” de la OMPI: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Ambos Tratados, adoptados en la Conferencia Diplomática organizada por la OMPI en Ginebra, en diciembre de 1996, entraron en vigor en el 2002, constituyendo la más moderna contribución a la regulación jurídica de la propiedad intelectual, aportando soluciones técnicas y prácticas para regular el impacto de la tecnología digital sobre la utilización y el trasiego de obras literarias y artísticas y sus prestaciones a través de las redes digitales, incluyendo por ende el comercio electrónico.

II. PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMERCIO INTERNACIONAL

La Génesis del Centro

Incluimos este Capítulo porque nos proporciona el escenario frente al cual se generó la creación del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, objeto de esta presentación.

Tras el impacto de las sucesivas ondas de desarrollo tecnológico que se reflejaron en la evolución de la normativa internacional de la propiedad intelectual, los años 80 fueron testigos del advenimiento de un nuevo fenómeno: la transferencia progresiva de los temas que le son propios – propiedad industrial y derecho de autor y conexos - hacia la arena de las negociaciones comerciales multilaterales. Visto desde una óptica institucional, aparecía como un cambio de escenario, de la OMPI al GATT – primero – y a la OMC después, cuando ésta fue creada.

En efecto, la fuerte presión ejercida por las grandes industrias ligadas a la propiedad intelectual – particularmente la industria farmacéutica en el dominio de la propiedad industrial, así como aquellas del audiovisual, de las grabaciones sonoras y del software en la esfera del derecho de autor y afines – llevaron a los países altamente industrializados, con los Estados Unidos a la cabeza, a promover y obtener finalmente la inclusión en la agenda de la Ronda Uruguay del GATT (1986) el tema “Aspectos de los derechos de propiedad intelectual vinculados con el comercio”.

Este acontecimiento marcó para la propiedad intelectual el comienzo de una era de incertidumbre, si no de pánico, en la cual las supuestas falencias de los tratados administrados por la OMPI salieron a la luz. Entre ellas, particularmente, la falta de un sistema de observancia de los derechos consagrados en los distintos convenios internacionales, como también la carencia de un sistema apropiado y efectivo de solución de controversias.

El sistema de la OMC surgido de la Ronda Uruguay del GATT comprende entre otros acuerdos, como elemento constitutivo inseparable para los Miembros de la nueva organización, el “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio”, ADPIC (o TRIPS, de acuerdo a su versión inglesa), entrado en vigor el 1º de enero de 1996, exactamente un año después de comenzar a funcionar la OMC, tal como lo estipulara el Acuerdo firmado en Marrakech.

Uno de los rasgos o efectos fundamentales inmediatos del Acuerdo sobre los ADPIC, fue la integración de la propiedad intelectual y su efectiva protección al sistema de comercio multilateral plasmado en la Organización Mundial de Comercio (OMC). Como consecuencia de ello - habida cuenta que los procedimientos de solución de diferencias heredados del antiguo GATT, revisados y fortalecidos en la Ronda Uruguay, se aplican también al Acuerdo - el incumplimiento por un país miembro de la OMC de las obligaciones que le impone el Acuerdo sobre los ADPIC puede poner en peligro sus derechos de acceso a los mercados y los beneficios para él derivados de su pertenencia al nuevo régimen que desde 1995 rige el comercio mundial.

Con este nuevo instrumento internacional, la observancia de las normas de protección de la propiedad intelectual¹ se instauró como una condicionante del comercio mundial. A partir de su vigencia los Estados (los “Miembros”) – ya no solamente los titulares privados de los derechos – están habilitados para reaccionar contra otro u otros de sus pares para exigir el respeto de los derechos de autor, como también de los derechos de patentes, de marcas o de indicaciones geográficas de sus nacionales, entre otros que el Acuerdo ADPIC enumera; todo esto bajo pena de aplicar – cumplidos que sean los procedimientos perentorios estatuidos por el sistema - medidas comerciales de represalia legitimadas por la OMC y por la comunidad de los Miembros que la crearon.

El interés en establecer en el marco de las relaciones comerciales internacionales un sistema de protección homogéneo de la propiedad intelectual y fortalecer los mecanismos para la observancia de estos derechos, surge en la década de los setenta como consecuencia del incremento del comercio de productos falsificados y productos pirata y de la eliminación de barreras para la circulación de mercancías.

Se sumaron para ello, por un lado, la incapacidad o la falta de interés de los Estados para reprimir eficazmente las infracciones a esos derechos; y por otro, el desarrollo de la tecnología que comenzó a posibilitar la producción, a muy bajo costo, de copias ilícitas de productos elaborados por la industria del derecho de autor y de productos falsificados con marcas ampliamente difundidas en los medios publicitarios.

En general, puede decirse que, en el origen de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC, estuvo el convencimiento de que unas normas inadecuadas de protección y una observancia ineficaz de los derechos de propiedad intelectual privaban muchas veces de manera injusta a los titulares de los derechos de los beneficios resultantes de su creatividad y capacidad inventiva y, en consecuencia, perjudicaban los legítimos intereses comerciales de sus países.

Una primera reacción, a nivel nacional, la constituyó la Sección 301 de la *Trade and Tariff Act* de 1974, propuesta a iniciativa de los principales sectores empresariales norteamericanos, reunidos en la IIPA (International Intellectual Property Alliance), mediante la cual el Gobierno de los Estados Unidos podía aplicar sanciones económicas unilaterales, consistentes en restricciones cuantitativas a las exportaciones (a *contrario sensu* a las importaciones a territorio estadounidense), contra aquellos países que obstaculizaban el acceso de productos estadounidenses a su mercado; o que no otorgaban una adecuada y efectiva protección en su territorio a los derechos de propiedad intelectual cuyos titulares eran ciudadanos o empresas de los Estados Unidos.²

Puede decirse entonces que entre las principales razones que contribuyeron para trasladar la temática de la propiedad intelectual del ámbito de la OMPI al del GATT figuran, sin duda alguna:

1. La existencia de distintos niveles de protección para las creaciones del intelecto – particularmente en marcas, patentes y derecho de autor – que fomentó un aumento del comercio de mercancías infractoras, impidiendo el patentamiento de algunas invenciones y causando perjuicio a las industrias que invertían en investigación y desarrollo;
2. La convicción de que una protección inadecuada o inefectiva de los bienes que constituyen la “propiedad intangible” representaba una barrera al comercio internacional y era, en realidad, una forma más de proteccionismo. Se estimó que allí donde la propiedad intelectual no es protegida razonablemente, los bienes desarrollados a costa de enormes inversiones y años de esfuerzo son fácilmente desplazados del mercado por imitaciones o falsificaciones, que pueden ser ofrecidas a un precio mucho más bajo en razón de la diferencia de costos.³

¹ El ADPIC es el primer tratado internacional que se ocupa del conjunto de la propiedad intelectual, es decir que comprende tanto la hasta entonces llamada “propiedad industrial” como el derecho de autor y los derechos conexos. También es el primero en utilizar el término “derechos conexos”.

² Flores de Medina, Edith. Las Medidas de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual. Propiedad Intelectual – Temas Relevantes. Proyecto SIECA-USAID, 2000.

³ Rengifo García, Ernesto. Propiedad Intelectual. El moderno derecho de autor. Universidad Externado de Colombia. 1996.

3. La falta de voluntad y/o incapacidad de los Estados para reprimir eficazmente las infracciones a los derechos de propiedad reconocidos en sus legislaciones nacionales, así como a aquellos que se habían comprometido a respetar y proteger en virtud de convenios internacionales multilaterales;
4. La necesidad de un sistema de "*enforcement*", es decir, de medidas para asegurar la observancia de los derechos mediante procedimientos ágiles, medidas cautelares y sanciones penales; y
5. **La carencia de un procedimiento de solución de diferencias eficaz a nivel internacional**, pues los tratados existentes (Convenio de París y de Berna, o Convención de Roma) sólo contemplaban, en el mejor de los casos, la conciliación o el arbitraje y, por supuesto, el recurso a la Corte Internacional de Justicia de la Haya, cuya competencia no ha sido aceptada por todos los Estados.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio, ADPIC o TRIPS, se convirtió entonces en uno de los tres pilares de la OMC, junto con el Acuerdo sobre Comercio de Mercancías y el Acuerdo sobre Comercio de Servicios.

El TRIPS es el acuerdo multilateral más completo sobre propiedad intelectual y el primero - y único hasta hoy - que la abarca en su totalidad; el término "propiedad intelectual" es omnicompreensivo, en el sentido que abarca todos los bienes protegidos por esta disciplina jurídica: derechos de autor y derechos conexos; los bienes protegidos por la tradicionalmente conocida "propiedad industrial" (término que no se usa en el Acuerdo); las obtenciones vegetales; los circuitos integrados; la información confidencial y las prácticas restrictivas de la competencia.

Trata de cada una de las principales categorías de derechos de propiedad intelectual, estableciendo normas de protección y reglas para su observancia y extendiendo la aplicación del mecanismo de solución de diferencias de la OMC para resolver los litigios entre los Estados Miembros. Estos procedimientos (ESD) no son otros que los heredados del antiguo GATT y puede decirse que su aplicación a la propiedad intelectual constituye la gran novedad del nuevo sistema mundial de comercio.

Fue en este entorno, que precedió y acompañó la negociación que en la Ronda Uruguay del GATT llevó al establecimiento del Acuerdo sobre los ADPIC, intentando aliviar las presiones de los países industrializados por trasladar la "usina" de normas de propiedad intelectual hacia otros foros – lo que finalmente no sucedió - y procurando atenuar al mismo tiempo las críticas por la falta de observancia de los tratados tradicionales en la materia, que surgió en la OMPI la iniciativa para la creación de un sistema propio de solución de diferencias, en principio dedicado a las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual.

Fue así que en 1994, cuando llegaba a su fin la Ronda Uruguay y se creaba la Organización Mundial de Comercio, por decisión unánime de la Asamblea de la OMPI, que hizo suya la propuesta del entonces Director General, Dr. Arpad Bogsch, nació el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, como dependencia administrativa de la Oficina Internacional de la Organización Mundial, pero dotado de garantías de independencia e imparcialidad que lo llevaron – transcurridos diez años de su creación - a constituirse en uno de los más activos y eficaces sistemas internacionales de solución alternativa de diferencias comerciales.

III. EL CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA OMPI ⁴

III.1 Generalidades

El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, con sede en Ginebra (Suiza), fue creado en 1994 para promover la solución de controversias en materia de propiedad intelectual por medio de métodos de resolución alternativa

⁴ Condensado y extractado del sitio web de la OMPI y de la publicación "Solución de controversias para el siglo XXI", del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI (Publicación de la OMPI N° 779 (S). En el Anexo se ofrecen todos los sitios creados por la Oficina Internacional y por el Centro que contienen información completa y muy detallada sobre el funcionamiento de cada una de sus actividades .

de controversias (en sus siglas en inglés ADR, Alternative Dispute Resolution) incluyendo arbitraje y mediación, en relación con controversias internacionales comerciales entre partes privadas.

Acorde con el desarrollo de los medios para controlar el impacto de la tecnología digital sobre los derechos intelectuales, particularmente en el ámbito de las comunicaciones, tal como se reseñara en el capítulo anterior, el Centro ha movilizado los recursos necesarios a fin de establecer un marco operativo y jurídico para la administración de controversias relacionadas con Internet y el comercio electrónico. Con ello ha logrado que se le reconozca como uno de los principales proveedores de servicios de solución de aquellas controversias vinculadas al registro y el uso de los nombres de dominio en Internet.

Sin perjuicio de esta realidad incontestable, según la cual en las diferencias sometidas al Centro se muestra una clara preeminencia de las cuestiones relativas a propiedad intelectual y, dentro de ésta, a los aspectos relacionados con los nombres de dominio, también suele consultarse al Centro acerca de otros servicios especializados de solución de controversias.

En efecto, paralelamente a las controversias de nombres de dominio, en los últimos dos años se ha observado un incremento notable en el número de arbitrajes y mediaciones tramitados ante el Centro con base en los Reglamentos de Arbitraje, de Arbitraje Acelerado y de Mediación de la OMPI. En dichos procedimientos han participado partes provenientes de Alemania, Austria, China, España, Estados Unidos, Francia, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Países Bajos, Panamá, Reino Unido y Suiza. Los lugares elegidos por las partes para el desarrollo de los arbitrajes han sido Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Francia, Países Bajos, Reino Unido y Suiza.

En relación con el tipo de controversias sometidas, el Centro ha administrado tanto disputas contractuales (tales como acuerdos de licencia de patentes, licencias de software, acuerdos de coexistencia en materia de marcas, acuerdos de distribución para productos farmacéuticos y acuerdos de investigación y desarrollo) como extracontractuales (siendo las más comunes las relativas a infracción de patentes). Muchas de las controversias refieren a patentes farmacéuticas o biotecnológicas, o tienen que ver con productos informáticos.

Hasta la fecha, el Centro de la OMPI ha intervenido en 32 casos de arbitraje y mediación, de los cuales dos tercios han sido arbitrajes y el tercio restante mediaciones. Es dable señalar que más del 90% de las mediaciones resultaron en un acuerdo entre las partes.

En el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, las partes pueden recurrir a una lista de cerca de 1.000 árbitros y mediadores independientes, procedentes de 70 países, lista que sigue ampliándose. Los candidatos incluidos en la lista de árbitros y mediadores de la OMPI, van desde expertos con vasta experiencia en el campo general de la solución de diferencias, hasta profesionales altamente especializados en la totalidad del panorama técnico y jurídico de la propiedad intelectual.

El Centro recibe frecuentes peticiones para recomendar árbitros o mediadores de la OMPI, o incluso para actuar como órgano de designación de los mismos, en controversias que si bien no se regulan por los reglamentos de la Organización, requieren de experiencia en cuestiones de arbitraje y mediación, como también conocimiento especializado en los derechos de propiedad intelectual en disputa.

La creciente reputación del Centro y el número de solicitudes de información recibidas de partes en litigio o de sus asesores legales, en relación con las cláusulas contractuales recomendadas para recurrir a sus servicios, permiten vislumbrar que el incremento en el número de arbitrajes y mediaciones administradas por el Centro continuará en franco ascenso.

En los últimos tres años, fruto del importante acuerdo del cual hablaremos más adelante, el Centro ha administrado también un importante número de controversias relacionadas con el registro y uso abusivos de nombres de dominio en Internet.

Desde que entró en vigor la Política Uniforme de Solución de Controversias (Política Uniforme) - adoptada por la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN) en base a una propuesta elaborada por la Oficina Internacional de la OMPI - en diciembre de 1999 y hasta finales de 2003, el Centro

de Arbitraje y Mediación de la OMPI ha tramitado unas 6.000 controversias en las que estuvieron involucrados unos 10.000 nombres de dominio.

Siempre en este campo, el Centro administra también otras políticas o procedimientos diseñados para resolver controversias en los nuevos dominios de nivel superior (.aero, .biz, .coop, .info, .museum, .name y .pro). En particular, el Centro ha procesado más de 1.510 procedimientos en el marco del "período de arranque" del .info, así como 300 procedimientos con base en la Política "STOP" del .biz. En total, el Centro ha recibido más de 20.000 casos en relación con estos nuevos dominios. En cuanto a la distribución geográfica de las partes, el Centro ha administrado controversias en las cuales intervinieron partes de 113 países, utilizando nueve idiomas diferentes. En más de 120 de estos procedimientos la lengua utilizada fue el español.

La OMPI hizo grandes avances durante 2003 en sus esfuerzos contra el registro abusivo de marcas como nombres de dominio - práctica conocida como "ciberocupación"- si bien el problema persiste en todo el mundo, principalmente con nombres comerciales de productos de gran valor.

Aunque el número diario de demandas que se presentan hoy es menor que durante los primeros días de funcionamiento de la Política Uniforme, es preciso reducir la práctica de la ciberocupación para que Internet se desarrolle como un entorno seguro y fiable, que ofrezca confianza al número cada vez mayor de sus usuarios. El hecho de que más del 80 por ciento de las resoluciones de los expertos de la OMPI obraran a favor del titular de la marca, ya fuera una gran compañía multinacional o una pequeña o mediana empresa, pone de manifiesto la mala fe inherente a esta práctica.

Sólo en el 2003, se sometieron al Centro 1.100 demandas en virtud de la Política Uniforme, lo cual equivale a una media de tres casos diarios, cantidad parecida a la ratio diaria del año anterior. Aunque no hay duda de que ha habido una sensible mejoría en lo que refiere a reducir la práctica de la ciberocupación, en comparación con los cinco casos diarios que se recibían en el Centro durante los primeros días de funcionamiento de la Política Uniforme, la cifra sigue siendo significativa.

Además de los nombres de productos famosos (entre las demandas recientemente tramitadas por la OMPI se incluyen los nombres de dominio *pepsi-smash.com*, *calvinklein-watches.com*, *rolexgroup.com*), las celebridades siguen siendo un objetivo de los "ciberocupas". Con frecuencia, el fundamento para el éxito de las demandas se basa no en derechos sobre marcas registradas, sino en derechos consuetudinarios adquiridos respecto a sus nombres propios. En 2003, se sometieron al Centro demandas relacionadas con películas, actores y libros (*jrrtolkien.com*, *thecatinthehat.com*), estrellas del pop (*nsyncfilm.com*, *utadahikaru.com*), espectáculos de televisión (*oscartv.com*, *operaciontriunfo.tv*), y estrellas de cine (*piecebrosnan.com*, *victoriarowell.com*). Se agregan a la lista figuras del mundo del deporte (*terrelowens.com*), al igual que sucede en ocasión de los acontecimientos deportivos (*torino2006.net*, *madrid2012.org*).

Asimismo fueron objeto de esta práctica ilícita empresas que poco antes habían sido objeto de fusiones o cuya fusión estaba prevista. En los últimos tiempos se han tramitado en el Centro demandas sobre nombres de dominio como *yellowroadway.com*, *japanairgases.com*, *konicaminolta.net*, *astrazenica.com*, correspondientes a empresas de reciente creación a raíz de fusiones previstas o ya consumadas.

La Política Uniforme, propuesta por la OMPI y aceptada como estándar internacional para resolver controversias sobre nombres de dominio, se concibió específicamente para frenar la práctica abusiva de registrar marcas como nombres de dominio. Tal como se estipula en la Política Uniforme, debe probarse que el nombre de dominio objeto de controversia es idéntico o similar hasta el punto de crear confusión con la marca del demandante, y que el demandado no tiene derechos ni intereses legítimos respecto del nombre de dominio y ha registrado y utilizado el nombre de dominio con mala fe.

En 2003, se tramitaron en el Centro 56 demandas relacionadas con dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países (ccTLD), un aumento de un 40 por ciento respecto al año anterior. Entre las demandas tramitadas figuraban los nombres de dominio *bodyshop.as*, *nutella.bz*, *amazon.com.cy* y *yahoo.ph*. En la actualidad el Centro ofrece servicios de solución de controversias a 36 ccTLD, entre los que figuran .au

(Australia), *.mx* (México) y *.nl* (Países Bajos). Además, desde el 1 de marzo de 2004, el Centro dispondrá de un nuevo mecanismo de solución de controversias que se aplicará al dominio suizo *.ch*.

Es frecuente que los expertos del Centro tengan que resolver demandas referentes a nombres de productos de gran valor. Hasta la fecha, el Centro de la OMPI ha resuelto demandas que involucraban a 66 de las 100 marcas más caras del mundo, entre las que figuran siete de las 10 que ocupan los primeros puestos (Interbrand Brand Survey 2003).

Los servicios del Centro son multinacionales y plurilingües. Hasta ahora, han participado de la Política Uniforme de la OMPI partes de 116 países. En 2003, se añadieron tres idiomas más (holandés, italiano y ruso) a los nueve que ya se han utilizado en las demandas presentadas al Centro, a saber: alemán, chino, coreano, español, francés, inglés, japonés, noruego y portugués. Incluso los propios nombres de dominio se pueden presentar también en caracteres de diferentes alfabetos, como el chino, el cirílico o el coreano. Hasta la fecha, se han tramitado en el Centro 36 demandas de estos "nombres plurilingües", y se espera que su número vaya en aumento.⁵

III.2 Ventajas comparativas de los métodos alternativos de solución de controversias (ADR)

Los métodos de ADR ofrecen varias ventajas, en general, entre las que se incluyen:

Un procedimiento único. Por medio de estos métodos, las partes pueden convenir en resolver mediante un procedimiento único una controversia relativa a derechos de propiedad intelectual protegidos en distintos países, evitando los gastos y la complejidad de los litigios multijurisdiccionales y el riesgo de obtener resultados divergentes.

Autonomía de las partes. Debido a su carácter privado, estos métodos permiten a las partes ejercer un mayor control sobre el modo en que se soluciona su controversia que si recurrieran a los tribunales. A diferencia de un litigio ante los tribunales, las partes pueden seleccionar a los expertos que consideren más apropiados para dictar una resolución sobre su controversia. Asimismo, pueden escoger el derecho aplicable, el lugar y el idioma en que se llevarán a cabo los procedimientos de ADR. La mayor autonomía de las partes puede traducirse asimismo en un proceso más rápido y en un ahorro de costas, ya que las partes pueden diseñar procesos más eficaces para solucionar sus controversias.

Neutralidad. Los métodos de ADR ofrecen una alternativa a los tribunales a cualquiera de las partes, evitando así que sólo una de ellas esté familiarizada con el idioma, derecho aplicable y los procedimientos locales.

Confidencialidad. Los procedimientos de ADR son de carácter privado. Por consiguiente, las partes pueden convenir que los procedimientos y los resultados derivados de los mismos sean confidenciales. Esto les permite centrarse en el fondo de la controversia sin preocuparse por sus repercusiones públicas, lo que puede ser particularmente importante cuando están en juego reputaciones y secretos comerciales.

Irrevocabilidad de los laudos. A diferencia de las resoluciones judiciales que, por lo general, pueden impugnarse en una o más instancias, los laudos arbitrales no son normalmente susceptibles de recurso.

Fuerza ejecutiva de los laudos. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 1958, conocida como la Convención de Nueva York, estipula el reconocimiento de las sentencias arbitrales en igualdad de condiciones con las sentencias de los tribunales nacionales, sin necesidad de revisar el fondo de la cuestión. Esto facilita considerablemente la ejecución de los laudos a nivel internacional.

Pese a su complejidad, existen obviamente circunstancias en que es preferible recurrir a un pleito ante los tribunales. Por ejemplo, el carácter consensual de los métodos de ADR los hacen menos aconsejable cuando una de las dos partes se muestra poco dispuesta a colaborar, lo que puede producirse en el contexto de una

⁵ Todas las demandas sobre nombres de dominio tramitadas en el Centro están disponibles por orden en el sitio web: (<http://arbiter.wipo.int/domains/search/index.html>).

infracción extracontractual. Asimismo, podrá preferirse un litigio ante los tribunales cuando, a fin de clarificar sus derechos, una de las partes desea establecer un precedente jurídico público, en lugar de obtener un laudo cuyo alcance se limite a la relación entre las partes.

A las ventajas reseñadas anteriormente por el Centro de la OMPI, debe agregarse en el campo de la propiedad intelectual una que resulta a nuestro entender definitoria. Nos referimos a la ignorancia o desinformación existente en los tribunales en esta materia, que requiere una especificidad que hasta ahora ha demostrado estar ausente en los estrados judiciales. Particularmente en América Latina – con la honrosa excepción de Argentina – la jurisprudencia en materia de propiedad intelectual es prácticamente inexistente.

III.3 Servicios ofrecidos por el Centro a sus usuarios

A fin de facilitar la solución de controversias en materia de propiedad intelectual, el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI:

- ayuda a las partes a someter controversias existentes a los procedimientos de ADR de la OMPI cuando no hubieran previsto una cláusula de la OMPI.
- ayuda a las partes a seleccionar mediadores y árbitros, recurriendo a la base de datos del Centro, que incluye más de 1.000 árbitros y mediadores expertos en la solución de controversias en materia de propiedad intelectual.
- sirve de enlace entre las partes y los árbitros y mediadores a fin de garantizar una comunicación óptima y un procedimiento eficaz.
- organiza la prestación de servicios de apoyo, como traducción, interpretación o secretariado.
- establece los honorarios de los árbitros y mediadores, en consulta con las partes y con los árbitros y mediadores, y administra los aspectos financieros de los procedimientos.
- cuando el procedimiento tiene lugar en Ginebra, pone gratuitamente a disposición de las partes salas de reunión y, cuando el procedimiento tiene lugar fuera de Ginebra, ayuda a las partes a encontrar locales adecuados y otros servicios necesarios.

III.3.i Otros servicios ofrecidos por el Centro

Además de la función que desempeña en la administración de controversias en virtud de los Reglamentos de la OMPI, el Centro ofrece los siguientes servicios:

- ayuda a las partes a redactar cláusulas contractuales en las que se estipula que futuras controversias se someterán a los procedimientos de la OMPI.
- a solicitud de las partes y previo pago, recomienda árbitros y mediadores facilitando sus historiales profesionales detallados, para su nombramiento en controversias que no sean administradas por el Centro.
- crea procedimientos específicos de solución de controversias para circunstancias comerciales o sectores industriales específicos.
- organiza programas de formación para mediadores y árbitros, así como conferencias sobre la solución de controversias en materia de propiedad intelectual.
- ofrece servicios de buenos oficios, facilitando el debate entre las partes a fin de determinar si una controversia concreta debe someterse a un procedimiento de la OMPI.

III.3.ii Cláusulas contractuales y acuerdos de sometimiento

El sometimiento de una controversia a los procedimientos ADR de la OMPI es consensual. Para facilitar el acuerdo entre las partes, el Centro recomienda cláusulas contractuales (para el sometimiento de controversias futuras relativas al contrato) y acuerdos de sometimiento (para controversias existentes) a:

- arbitraje en virtud del Reglamento de Arbitraje de la OMPI;

- arbitraje acelerado en virtud del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI; y
- mediación en virtud del Reglamento de Mediación de la OMPI seguida de arbitraje, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la OMPI, cuando no haya habido solución.

Las cláusulas de la OMPI pueden encontrarse en una amplia variedad de contratos relativos a la propiedad intelectual, incluidas las patentes, licencias de *know-how* y de software, contratos de franquicia, acuerdos de co-titularidad de marcas, contratos de distribución, *joint-ventures*, contratos de investigación y desarrollo, contratos de empleo en industrias de alta tecnología, fusiones y adquisiciones que incluyen aspectos de propiedad intelectual, acuerdos de promoción de actividades deportivas y contratos de las industrias editorial, musical y cinematográfica. Las cláusulas de la OMPI se encuentran frecuentemente en contratos de licencia entre partes de distintas jurisdicciones.⁶

Cuando proceda, el Centro puede ayudar a las partes a adaptar las cláusulas tipo a las circunstancias de su relación contractual. Por ejemplo, pueden redactarse cláusulas específicas para situaciones comerciales en las que algunas empresas se encuentren con frecuencia implicadas en controversias con las demás en relación con derechos de propiedad intelectual que coinciden en parte.

Es importante destacar que, dada la aplicabilidad general de los Reglamentos de la OMPI, **las cláusulas de la OMPI pueden asimismo incluirse en contratos y controversias que no se relacionen con la propiedad intelectual.**

IV. PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN EL CENTRO DE LA OMPI

El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI ofrece reglamentos y recomienda árbitros y mediadores para los siguientes procedimientos:

- **Mediación:** se trata de un procedimiento no vinculante en el que un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar la controversia.
- **Arbitraje:** es un procedimiento neutral por el cual se somete una controversia a uno o varios árbitros que dictan una decisión obligatoria sobre la misma.
- **Arbitraje acelerado:** se trata de un procedimiento de arbitraje en el que se dicta un laudo en un plazo más breve y a costo reducido.
- **Mediación seguida de arbitraje:** se trata de un procedimiento en el que se recurre a la mediación y, si no se llega a una solución a través de la misma, se somete la controversia a arbitraje.

IV.1 Mediación

IV.1.i Generalidades

En términos generales, en un procedimiento de mediación, un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar su controversia de manera mutuamente satisfactoria. Cualquier acuerdo al que lleguen las partes se formaliza en un contrato.

La experiencia muestra que los litigios en materia de propiedad intelectual suelen culminar en un acuerdo. La mediación es un modo eficaz y económico de alcanzar ese resultado manteniendo, y en ocasiones mejorando, la relación entre las partes.

Las características principales de la mediación son:

- La mediación es un procedimiento no obligatorio controlado por las partes

⁶ Las cláusulas recomendadas por el Centro figuran al final del folleto "Solución de controversias para el siglo XXI". Asimismo, versiones electrónicas de las mismas cláusulas recomendadas están generalmente disponibles en: <<http://arbitrator.wipo.int/mediation/contract-clauses/index-es.html>>

En una mediación, no se puede imponer una decisión a las partes. A diferencia del árbitro o el juez, el mediador no toma decisiones. La función del mediador consiste en ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo sobre la solución de la controversia.

Es más, aun cuando las partes hayan convenido en someter una controversia a la mediación, no están obligadas a continuar el procedimiento de mediación tras la primera reunión si consideran que la continuación del procedimiento va en contra de sus intereses.

No obstante, cuando han decidido recurrir a la mediación, las partes suelen participar activamente en la misma.

Si deciden someter la controversia a mediación, las partes deciden con el mediador cómo se llevará a cabo el procedimiento.

- La mediación es un procedimiento confidencial

En una mediación, no se puede obligar a las partes a divulgar información que deseen mantener confidencial. Cuando, a los fines de solucionar la controversia, una parte opta por divulgar información confidencial o reconoce ciertos hechos, en virtud del Reglamento de Mediación de la OMPI, esa información no podrá ser divulgada fuera del contexto de la mediación, incluso si se lleva el caso ante los tribunales o se somete a arbitraje.

En virtud del Reglamento de Mediación de la OMPI, la existencia y el resultado de la mediación son también confidenciales.

El carácter confidencial de la mediación permite a las partes negociar de manera más libre y productiva, sin temor a la publicidad.

- La mediación es un procedimiento basado en los intereses de las partes

En un litigio ante los tribunales o en un proceso de arbitraje, el resultado de un caso está determinado por los hechos objeto de la controversia y el derecho aplicable. En la mediación, las partes pueden guiarse asimismo por sus intereses comerciales. Así pues, las partes pueden decidir libremente el resultado considerando el futuro de su relación comercial y no únicamente su conducta previa.

Cuando las partes tienen en cuenta sus intereses y entablan un diálogo, la mediación suele traducirse en un acuerdo que crea más valor que el que se habría creado si no hubiese surgido la controversia en cuestión.

La mediación, por su carácter no obligatorio y confidencial, entraña un riesgo mínimo para las partes y genera beneficios considerables. Es más, podría decirse que, aunque no se llegue a un acuerdo, la mediación nunca fracasa ya que permite que las partes definan los hechos y las cuestiones objeto de la controversia, preparando el terreno para procedimientos arbitrales o judiciales posteriores.

IV.1.2 Tipos de mediación

La mediación se encuentra siempre bajo el control de las partes, que pueden variar el procedimiento en función de sus propias necesidades y las circunstancias específicas de la controversia. Pese al alto grado de flexibilidad de este procedimiento, pueden distinguirse dos categorías de mediación:

En la **mediación facilitativa**, el mediador se esfuerza por facilitar la comunicación entre las partes y por ayudar a cada una de ellas a comprender la perspectiva, posición e intereses de la otra para solucionar la controversia.

En la **mediación evaluativa**, el mediador desempeña una función más activa, realizando un análisis no vinculante de la controversia, que luego las partes pueden aceptar o rechazar como solución de la controversia.

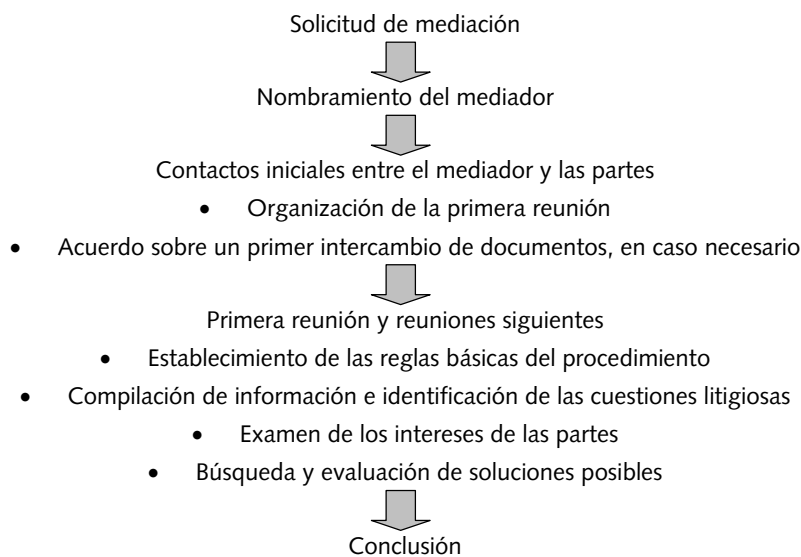
El Reglamento de Mediación de la OMPI combina ambos tipos y las partes pueden decidir cuál resulta más apropiado para su controversia.

IV.1.iii Ventajas de someter a mediación controversias relacionadas con la propiedad intelectual

La mediación es una opción atractiva para aquellas partes que tienen un especial interés en preservar o mejorar su relación comercial, que desean mantener el control sobre el proceso de solución de la controversia y que valoran la confidencialidad o aspiran a alcanzar una solución rápida sin dañar su reputación.

Las partes en contratos o relaciones relativos a derechos de propiedad intelectual suelen compartir dichos objetivos cuando se plantea una controversia. Entre los ejemplos de dichos contratos pueden citarse licencias de patentes, licencias de *know-how* y de marcas, contratos de franquicia, contratos en el ámbito de la informática, contratos multimedia, contratos de distribución, *joint-ventures*, contratos de investigación y desarrollo, contratos de empleo en empresas de alta tecnología, fusiones y adquisiciones que incluyan aspectos de propiedad intelectual, acuerdos de promoción de actividades deportivas y contratos en las industrias editorial, musical y cinematográfica.

IV.1.iv Principales etapas de la Mediación



IV.1.v Costo de un procedimiento de mediación de la OMPI

El Centro colabora con las partes y los árbitros y mediadores a fin de limitar el costo de la mediación.

El costo de la mediación de la OMPI se desglosa en dos componentes:

- la tasa de registro del Centro, que equivale al 0,10% del valor de la mediación hasta un máximo de 10.000 dólares de los EE.UU.
- los honorarios del mediador, que se negocian y determinan en el momento del nombramiento varían en función de la complejidad de la controversia y de su valor económico, así como de la experiencia del mediador.
- Las tasas indicativas para los mediadores, por hora y por día, son las siguientes:

	Tasa mínima (en dólares de los EE.UU)	Tasa máxima (en dólares de los EE.UU)
Por hora	300	600
Por día	1.500	3.500

IV.1.vi Reglamento de Mediación de la OMPI

Las partes pueden convenir en someter controversias presentes o futuras a la mediación de la OMPI. Al hacerlo, las partes adoptan el Reglamento de Mediación de la OMPI como parte de su acuerdo de mediación. El Reglamento de Mediación de la OMPI está concebido para que las partes controlen al máximo el proceso de mediación. El Reglamento, al establecer un marco mínimo para el proceso:

- indica cómo comenzar una mediación y determinar el proceso (Artículos 3-5 y 12).
- define cómo se nombra el mediador (Artículo 6).
- establece el carácter confidencial del proceso y de las divulgaciones efectuadas durante el mismo (Artículos 14-17).
- determina el modo en que se fijan los honorarios del mediador (Artículo 22).
- calcula las costas de la mediación (Artículo 24).

Dado su control sobre el proceso de mediación, las partes pueden adaptar el Reglamento de la OMPI a sus necesidades específicas.

IV.1.vii Funciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI en relación con la mediación

El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI administra mediaciones en virtud del Reglamento de Mediación de la OMPI. En su calidad de autoridad administradora, el Centro:

- ayuda a las partes a seleccionar y nombrar al mediador a partir de su lista de árbitros y mediadores calificados.
- establece los honorarios del mediador en consulta con las partes y con el mediador y administra los aspectos financieros de la mediación.
- cuando la mediación tiene lugar en la sede de la OMPI, en Ginebra, pone gratuitamente a disposición de las partes una sala de audiencias y salas de reunión. Cuando la mediación tiene lugar fuera de Ginebra, ayuda a las partes a encontrar salas de reunión adecuadas.
- ayuda a las partes a organizar cualquier otro servicio de apoyo que sea necesario, como los servicios de traducción, interpretación o secretariado.

IV.2 Arbitraje

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.

Las características principales del arbitraje son:

- El arbitraje es consensual

Un proceso de arbitraje únicamente puede tener lugar si ambas partes lo han acordado. En el caso de controversias futuras que pudieran derivarse de un contrato, las partes incluyen una cláusula de arbitraje en el contrato. Una controversia existente puede someterse a arbitraje mediante un acuerdo de sometimiento entre las partes. A diferencia de la mediación, una parte no puede retirarse unilateralmente de un proceso de arbitraje.

- *Las partes seleccionan al árbitro o árbitros*

En virtud del Reglamento de la OMPI, compete a las partes seleccionar conjuntamente a un árbitro único. Si optan por un tribunal compuesto por tres árbitros, cada parte selecciona a uno de los árbitros y éstos seleccionarán a su vez a un tercer árbitro que ejercerá las funciones de árbitro presidente. Otra posibilidad es que el Centro proponga árbitros especializados en la materia en cuestión o nombre directamente a miembros del tribunal arbitral. El Centro posee una amplia base de datos sobre árbitros, que incluye a expertos con vasta experiencia en el ámbito de la solución de controversias y expertos en todos los aspectos técnicos y jurídicos de la propiedad intelectual.

- *El arbitraje es neutral*

Además de seleccionar árbitros de nacionalidad apropiada, las partes pueden especificar elementos tan importantes como el derecho aplicable, el idioma y el lugar en que se celebrará el arbitraje. Esto permite garantizar que ninguna de las partes goce de las ventajas derivadas de presentar el caso ante sus tribunales nacionales.

- *El arbitraje es un procedimiento confidencial*

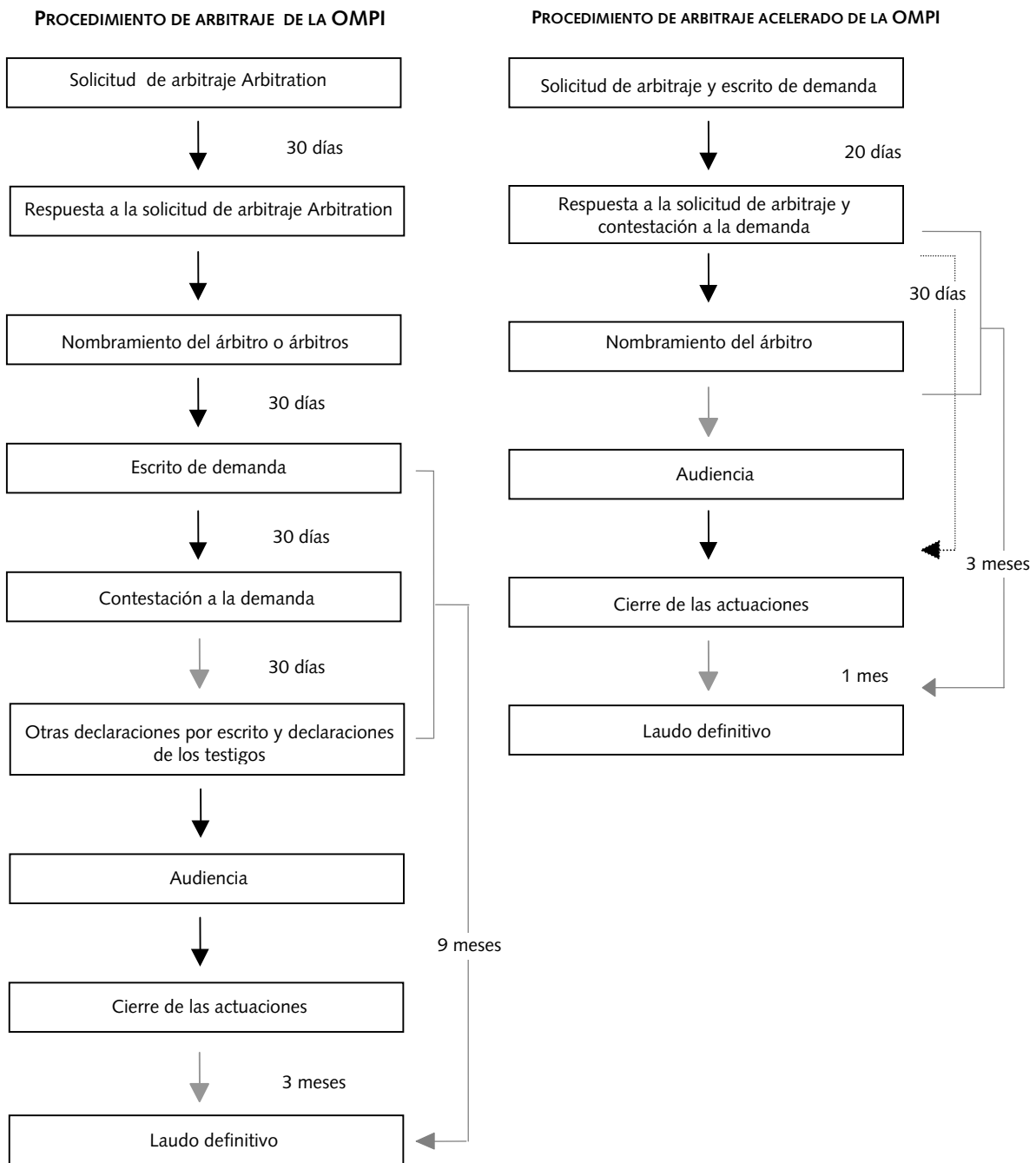
El Reglamento de Arbitraje de la OMPI protege específicamente la confidencialidad de la existencia misma del arbitraje, de las divulgaciones realizadas durante dicho proceso, y del laudo arbitral. En determinadas circunstancias, el Reglamento de Arbitraje de la OMPI permite a una parte restringir el acceso a secretos comerciales u otra información confidencial que se presente al tribunal arbitral.

- *La decisión del tribunal arbitral es definitiva y fácil de ejecutar*

En virtud del Reglamento de Arbitraje de la OMPI, las partes se comprometen a ejecutar el laudo del tribunal arbitral sin demora. Los laudos internacionales son ejecutados por los tribunales nacionales en virtud de la Convención de Nueva York, que sólo permite denegar la ejecución del laudo en un número limitado de excepciones.⁷

⁷ Puede consultarse la lista de más de 130 Estados parte en la Convención de Nueva York en la siguiente dirección: <http://arbitrator.wipo.int/arbitration/ny-convention/parties-es.html>

IV.2.i Principales etapas del arbitraje y arbitraje acelerado de la OMPI



IV.2.ii El arbitraje acelerado de la OMPI

El arbitraje acelerado de la OMPI es una forma de arbitraje que se lleva a cabo en un lapso de tiempo reducido y, por consiguiente, a bajo costo. Para lograr esos objetivos, el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI prevé:

- un árbitro único, en lugar de un tribunal compuesto por tres árbitros;
- períodos más cortos para cada una de las etapas del procedimiento;

- una audiencia más corta; y
- tasas fijas (incluidos los honorarios del árbitro) en el caso de controversias que no superen los 10 millones de dólares de los EE.UU.

TABLA COMPARATIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE Y ARBITRAJE ACCELERADO DE LA OMPI		
Fase del procedimiento	Arbitraje de la OMPI	Arbitraje Acelerado de la OMPI
Solicitud de arbitraje	Puede presentarse junto con el escrito de demanda	Debe presentarse junto con el escrito de demanda
Respuesta a la solicitud de arbitraje	Dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la solicitud de arbitraje	Dentro de los 20 días siguientes a la recepción de la solicitud de arbitraje. Debe presentarse junto con la contestación a la demanda
Tribunal arbitral	Uno o tres árbitros	Un árbitro
Escrito de demanda	Dentro de los 30 días siguientes a la notificación del establecimiento del tribunal	Presentado junto con la solicitud de arbitraje
Contestación a la demanda (incluidas las reconveniones)	Dentro de los 30 días siguientes a la notificación del establecimiento del tribunal o del escrito de demanda (el que sea posterior)	Presentada junto con la respuesta a la solicitud de arbitraje
Contestación a las reconveniones (si procede)	Dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la contestación a la demanda	Dentro de los 20 días siguientes a la recepción de la contestación a la demanda
Audiencias	El tribunal fijará la fecha, la hora y el lugar	Dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la respuesta a la solicitud de arbitraje
Cierre de las actuaciones	Dentro de los 9 meses siguientes a la presentación de la contestación a la demanda o el establecimiento del tribunal (lo que sea posterior)	Dentro de los 3 meses siguientes a la presentación de la contestación a la demanda o el establecimiento del tribunal (lo que sea posterior)
Laudo definitivo	Dentro de los 3 meses siguientes al cierre de las actuaciones	Dentro del mes siguiente al cierre de las actuaciones
Costas	Fijadas por el centro tras consultar a las partes y al tribunal	Fijas si el importe de la controversia no supera los 10 millones de dólares de los EE.UU.

IV.2.iii Costo de un arbitraje en el Centro de la OMPI

El Centro considera que el arbitraje debe efectuarse en un lapso de tiempo reducido y a bajo costo. Tras consultar con las partes y los árbitros, el Centro se cerciora de que todas las tasas derivadas de un proceso de arbitraje de la OMPI sean apropiadas habida cuenta de las circunstancias de la controversia.

Las costas de un arbitraje dependen de distintos factores, incluidos la cuantía objeto de la controversia y la complejidad de la misma. La conducta de la partes repercutirá asimismo en las costas del arbitraje.

Como rasgo distintivo, el arbitraje acelerado de la OMPI establece unas costas de arbitraje fijas cuando el importe objeto de la controversia no supere los 10 millones de dólares de los EE.UU

IV.2.iv Los árbitros y mediadores de la OMPI

El éxito de un mecanismo de ADR depende en gran medida de la calidad de los árbitros y mediadores. En el caso de controversias relativas a la propiedad intelectual, un alto nivel de experiencia y conocimientos en el

campo de la solución de controversias debe acompañarse de conocimientos especializados en el tema objeto de la controversia.

Al someter una controversia a la OMPI, las partes pueden aprovecharse de la existencia de una base de datos de la OMPI con el historial profesional de más de 1.000 destacados árbitros y mediadores procedentes de 70 países. Los árbitros y mediadores de la lista de la OMPI van desde expertos con vasta experiencia en el área de la solución de controversias, hasta expertos altamente especializados que abarcan la totalidad del panorama técnico y jurídico de la propiedad intelectual.

El Centro recurre a la lista de la OMPI en las siguientes situaciones:

- Cuando se le solicita la designación de un árbitro o de un mediador en el contexto de un procedimiento en virtud de cualquiera de los Reglamentos de la OMPI, teniendo en cuenta las características específicas de la controversia, pone a disposición de las partes el historial profesional detallado de los candidatos idóneos que figuran en su base de datos. En caso de que las partes no se pongan de acuerdo sobre la selección del árbitro o mediador, el Centro recomendará y nombrará candidatos tomando en consideración las preferencias de las partes.
- También puede, previa solicitud, recomendar árbitros o mediadores a partes en controversias que no estén sometidas al Reglamento de la OMPI. Este servicio se presta previo pago de una tasa en concepto de recomendación de 500 dólares de los EE.UU. Si posteriormente las partes deciden someter la controversia a la OMPI, la tasa de recomendación se deducirá de la tasa administrativa aplicada por el Centro de la OMPI.

V. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE NOMBRES DE DOMINIO. ALCANCE DE LA POLÍTICA UNIFORME

V.1 Nombres de dominio

Un nombre de dominio es una dirección de Internet fácil de identificar y recordar, por ejemplo, *<ompi.int>* o *<yahoo.com>*. El sistema de nombres de dominio se basa en una jerarquía de nombres. Los dominios de nivel superior están divididos en dos categorías: los dominios genéricos de nivel superior (gTLD) y los dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países (ccTLD). De la gestión de *.com*, *.net* y *.org*, así como de los nuevos gTLD *.aero*, *.biz*, *.coop*, *.info*, *.museum*, *.name*, y *.pro* se ocupan varios Registros, bajo la autoridad de la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN). La gestión de los ccTLD está a cargo de los órganos competentes de registro en el plano nacional. Existen unos 243 ccTLD, cada uno de los cuales contiene un código de país de dos letras, por ejemplo, *.fr* para Francia, *.jp* para Japón o *.uy* para Uruguay.

Debido a la creciente popularidad y uso comercial de Internet, los nombres de dominio han pasado a ser identificadores comerciales y, en ciertos casos, sustituyen a las propias marcas, como AMAZON.COM. Al registrar sus marcas y nombres como nombres de dominio, como en el caso de *<sony.com>*, las empresas atraen a los clientes a sus sitios Web.

V.2 Ciberocupación

Por ciberocupación se entiende el registro anticipado y de mala fe de marcas como nombres de dominio por personas que no tienen derecho alguno sobre esos nombres. Los "ciberocupas" se aprovechan del hecho de que el sistema de registro de nombres de dominio funciona por riguroso orden de solicitud, y proceden al registro de nombres de marcas, personalidades y empresas, así como de variaciones de dichos nombres. Un motivo frecuente de la ciberocupación es la intención de vender el nombre de dominio al titular de la marca, o atraer un gran número de visitas a un sitio Web en el que se publiquen ofertas comerciales que no guardan relación con el nombre.

La ciberocupación plantea controversias entre los titulares de marcas y los titulares de nombres de dominio, controversias que por sus características no se prestan a una solución en el marco del régimen judicial ordinario.

Basado en el principio de territorialidad, el sistema judicial no ofrece en todos los casos una solución completa a conflictos de dimensión mundial. Por otro lado, la vía judicial puede resultar lenta y onerosa, factores que pueden llevar al titular de la marca a una situación *de facto*, en la que lo más rápido y menos costoso será adquirir directamente al *ciberocupado* los derechos sobre un nombre de dominio antes que tratar de reclamar dichos derechos mediante un proceso judicial. Por consiguiente, era fundamental instaurar un mecanismo alternativo para solucionar estas controversias en las que suelen estar involucradas partes de varios países.

V.3 La Política Uniforme (UDRP)

La Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio establece el marco jurídico para la solución de controversias existentes entre el titular de un nombre de dominio y un tercero (es decir, una parte distinta a la del titular) por el registro y utilización abusivos de un nombre de dominio de Internet en los dominios de nivel superior o gTLD (.com, .net, .org, .biz, .info y .name), así como en los ccTLD que han adoptado la política de forma voluntaria. En reuniones celebradas el 25 y 26 de agosto de 1999 en Santiago (Chile), la Junta directiva de la ICANN aprobó la Política Uniforme, que se basa ampliamente en las recomendaciones contenidas en el Informe de la OMPI sobre el Proceso relativo a los nombres de dominio de internet, así como en observaciones remitidas por los registradores y otras partes interesadas. Todos los registradores acreditados por la ICANN que están autorizados a registrar nombres en los dominios de nivel superior .com, .net y .org así como los ccTLD que han adoptado la política de forma voluntaria han aceptado someterse a ella y ejecutarla. Cualquier persona o entidad que desee registrar un nombre de dominio en los dominios de nivel superior o gTLD (.com, .net, .org, .biz, .info y .name), así como en los ccTLD en cuestión, está obligada a aceptar las cláusulas y condiciones de la Política Uniforme.

El 24 de octubre de 1999, la Junta directiva de la ICANN aprobó el Reglamento de la Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio, que establece las normas y otros requisitos correspondientes a cada etapa del procedimiento administrativo para la solución de controversias. Administran el procedimiento los proveedores de servicios de solución de controversias acreditados por la ICANN. **El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI (Centro de la OMPI) es uno de esos proveedores de servicios de solución de controversias.**

V.3.i Marco general de la Política Uniforme

El Reglamento relativo a la Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (Reglamento de la Política uniforme), y los reglamentos adicionales del proveedor de servicios de solución de controversias dan efecto a la Política Uniforme (UDRP). El Centro ha elaborado el Reglamento Adicional de la OMPI relativo a la Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (Reglamento Adicional de la OMPI) que complementa la Política Uniforme (UDRP) y el Reglamento de la misma en lo referente a un cierto número de cuestiones de procedimiento.

V.3.ii Ámbito de aplicación de la Política Uniforme

De conformidad con el acuerdo de acreditación firmado con la ICANN, todos los registradores de nombres de dominio en los gTLD convienen en observar y ejecutar la Política Uniforme. En consecuencia, ésta se aplica a los gTLD .com, .net y .org, y a todos los gTLD recientemente creados.

La Política Uniforme está incorporada en la cláusula estándar de solución de controversias que figura en todos los acuerdos de registro de nombres de dominio en los gTLD. En consecuencia, el titular de un gTLD debe someterse al marco general de la Política, aún cuando el registro del nombre de dominio se haya efectuado antes de la entrada en vigor de dicha Política.

Además de los gTLD, algunos ccTLD también han adoptado la Política Uniforme (UDRP) de forma voluntaria.

V.3.iii Titularidad para valerse del procedimiento administrativo de la Política Uniforme

Cualquier persona o empresa del mundo puede presentar una demanda relacionada con un nombre de dominio registrado en los dominios *.com*, *.net*, *.org*, *.biz*, *.info* y *.name* utilizando el procedimiento administrativo de la Política Uniforme.

En cuanto a las controversias relacionadas con nombres de dominio registrados en dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países, también podrá utilizarse el procedimiento para los gTLD si el acuerdo de registro que abarca el nombre de dominio en cuestión incorpora de manera explícita la Política Uniforme (como en el caso de determinados ccTLD).

V.3.iv Criterios de aplicación de la Política Uniforme (UDRP)

La Política Uniforme (UDRP) se aplica a controversias en materia de nombres de dominio que se ajusten a los tres criterios siguientes:

- el nombre de dominio registrado por el titular es idéntico o similar, hasta el punto de crear confusión, con respecto a una marca de productos o de servicios sobre la que el demandante tiene derechos; y
- el titular del nombre de dominio no tiene derechos o intereses legítimos respecto del nombre de dominio en cuestión; y
- el nombre de dominio ha sido registrado y se utiliza de mala fe.

En el párrafo 4.b) de la Política uniforme (UDRP) se ofrecen algunos ejemplos (entre otros, el nombre de dominio ha sido registrado con el fin expreso de venderlo al propietario de la marca) que, dado el caso, se considerarán como prueba de la existencia de mala fe en el registro y la utilización del nombre de dominio en cuestión. Del mismo modo, en el párrafo 4.c) de la Política uniforme (UDRP) se ofrecen algunos ejemplos de circunstancias (entre otras, el nombre de dominio se utiliza en relación con una oferta de buena fe de productos) que, dado el caso, se considerarán como prueba de que el demandado tiene derechos o intereses legítimos sobre el nombre de dominio en cuestión.

V.3.v Ventajas del procedimiento administrativo de la Política Uniforme

- Agilidad

En virtud de la Política Uniforme (UDRP), los titulares de marcas pueden someter las controversias derivadas del supuesto registro abusivo de nombres de dominio a un procedimiento administrativo rápido y obligatorio, interponiendo una demanda ante un proveedor de servicios de solución de controversias acreditado (el proveedor). En lo que respecta a los gTLD, la acreditación de los proveedores está a cargo de la ICANN, y en cuanto a los ccTLD que han adoptado voluntariamente la Política uniforme (UDRP), los proveedores son acreditados por los administradores de cada ccTLD.

- Alcance internacional

El alcance de la Política Uniforme (UDRP) es internacional, en la medida en que ofrece un mecanismo único para la solución de controversias en materia de nombres de dominio, independientemente de la ubicación geográfica del registrador, del titular del nombre de dominio o del titular de la marca que haya interpuesto la demanda.

Cualquier persona o empresa del mundo puede solicitar que se solucione una controversia relativa a un nombre de dominio mediante el procedimiento establecido en virtud de la Política Uniforme (UDRP), justificando que su caso cumple con los tres criterios necesarios para la aplicación de este mecanismo. En los procedimientos administrativos entablados hasta la fecha en el Centro en virtud de la Política Uniforme (UDRP), las partes procedían de más de 100 países.

- Rapidez y economía

Comparados con la vía judicial, los procedimientos administrativos en virtud de la Política Uniforme (UDRP) son rápidos y económicos, en particular en el contexto internacional. Las demandas relacionadas con los nombres de dominio que se presentan ante el Centro suelen resolverse en menos de dos meses, incluida un intercambio de escritos y, en general, utilizando Internet como medio de comunicación. Las tasas de la OMPI son fijas y su cuantía moderada.

- Resoluciones con fuerza ejecutoria

Una ventaja esencial de los procedimientos entablados en virtud de la Política Uniforme (UDRP) es que las resoluciones dictadas son vinculantes. No se plantean cuestiones en relación con su ejecución a nivel internacional, ya que los registradores tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para velar por el cumplimiento de las resoluciones de transferencia dictadas en virtud de la Política Uniforme (UDRP), con sujeción al derecho de la parte perdedora de someter la controversia ante un tribunal competente y suspender la ejecución de la resolución.

- Transparencia

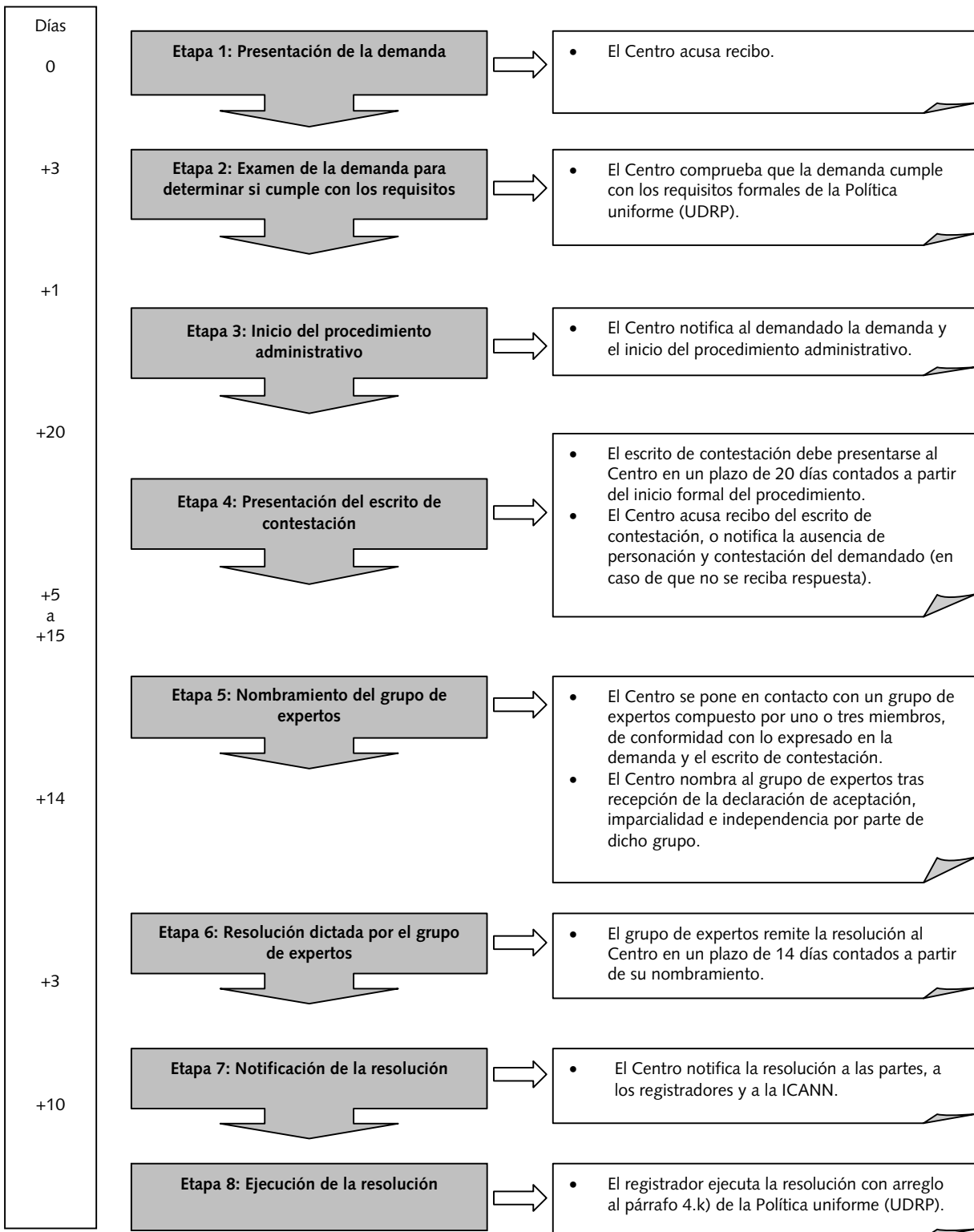
Los procedimientos entablados en virtud de la Política Uniforme (UDRP) son transparentes. En el sitio Web del Centro se publican todos los nombres de dominio sujetos a controversia, el status de las demandas, las estadísticas relativas a las demandas y el texto completo de las resoluciones. Además, el Centro ofrece un Índice de resoluciones de los Grupos de Expertos de la OMPI basadas en la Política Uniforme (UDRP), que es un nuevo instrumento de consulta en Internet destinado a facilitar el acceso a la jurisprudencia existente en la materia.

- Eventual recurso a procedimientos judiciales

Una vez que el demandante inicia un procedimiento administrativo en virtud de la Política Uniforme (UDRP), el titular del nombre de dominio debe someterse al proceso. Sin embargo, dado su carácter administrativo, la Política no impide que el titular del nombre de dominio o el titular de la marca presenten una demanda ante un tribunal con miras a que dicte una nueva resolución; cada una de las partes puede entablar un proceso judicial antes, durante o después de un procedimiento entablado en virtud de la Política Uniforme. En el párrafo 4.k) de la Política se autoriza también a la parte perdedora, titular de un nombre de dominio, a impugnar la resolución del grupo administrativo de expertos interponiendo una demanda ante un tribunal competente y, por lo tanto, a suspender la ejecución de la resolución del grupo de expertos. Si bien las partes disponen de esta vía judicial, en la práctica rara vez se recurre a ella.

El Índice de resoluciones de los Grupos de Expertos de la OMPI basadas en la Política Uniforme (UDRP), disponible en el sitio Web del Centro, permite a las partes y a los integrantes del grupo de expertos consultar en Internet las resoluciones anteriores dictadas por grupos de expertos, con miras a examinar los hechos y circunstancias de la demanda en función de la jurisprudencia de la OMPI.

V.3.vi Etapas de un Procedimiento Entablado en Virtud de la Política Uniforme (UDRP)



V.3.vii Elementos del Procedimiento Administrativo

a) Demandante

El demandante es cualquier persona o entidad que reivindique derechos sobre una marca de productos o de servicios y que interpone una demanda referente al registro de un nombre de dominio en virtud de la Política uniforme (UDRP). El Centro puede tramitar las demandas interpuestas por todo tipo de demandantes, que van desde las grandes multinacionales (por ejemplo, BMW, Gucci, Tata, Microsoft y Sony), hasta las pequeñas y medianas empresas y los particulares (por ejemplo, Isabelle Adjani, Venus y Serena Williams, Isabel Preysler, Julia Roberts y Michael Crichton).

b) Demandado

El demandado es el titular del registro del nombre de dominio contra el cual se interpone la demanda. En virtud del acuerdo de registro de nombres de dominio concertado entre el demandado y el registrador, el demandado debe someterse al marco general de la Política uniforme (UDRP). De conformidad con el Reglamento de la Política uniforme, el demandado dispone de un período de 20 días para presentar un escrito de contestación a la demanda interpuesta en su contra en virtud de la Política uniforme (UDRP). En los casos tramitados ante el Centro, los demandados, al igual que los demandantes, proceden de todo el mundo.

c) Proveedor de servicios de solución de controversias: el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI

El Centro fue el primer proveedor de servicios de solución de controversias acreditado por la ICANN, y el primero ante el que se presentó una demanda en virtud de la Política uniforme (UDRP).

Desde diciembre de 1999, fecha de presentación de esa primera demanda, el Centro es el principal proveedor de servicios de solución de controversias en materia de nombres de dominio. En 2002, los casos tramitados en virtud de la Política uniforme (UDRP) se refirieron a 8.267 nombres de dominio. La mayoría de los casos tenían que ver con el dominio *.com* (72.8%), seguido por los dominios *.net* (14.7%), *.org* (8.5%), *.info* (1.6%) y *.biz* (0.9%). El 1.5% restante se repartió entre los ccTLDs. Entre los ejemplos de nombres de dominio objeto de demanda ante el Centro en virtud de la Política uniforme (UDRP) tramitados figuran *<marlboro.com>*, *<deutschetelecom.net>*, y *<celinedion.com>*.

Si se contabilizan las demandas interpuestas en virtud de otras políticas específicas adoptadas por los diferentes Registros, al margen de la Política uniforme (UDRP), el número total de casos relativos a los nombres de dominio tramitados por el Centro durante 2002 pasa a ser de 20.133, con un promedio de 18 demandas presentadas por día hábil.

El papel del Centro, como proveedor consiste en administrar el caso, velando que el procedimiento se lleve a cabo sin dificultades y de forma equitativa y rápida. Con esa finalidad, el Centro comprueba que la demanda cumple con los requisitos formales de la Política uniforme (UDRP), del Reglamento de la Política uniforme y el Reglamento Adicional de la OMPI, coordina su labor con el o los registradores en cuestión para comprobar que el demandado es efectivamente titular del o de los nombres de dominio en cuestión, notifica la demanda al demandado, remite las comunicaciones referentes al caso, nombra al grupo de expertos y notifica la resolución a las partes.

El Centro es un órgano independiente e imparcial. No dicta directamente la resolución con respecto a la controversia entre las partes. En tanto que órgano administrativo, puede informar sobre los aspectos formales de la Política uniforme (UDRP), pero no ofrece asesoramiento jurídico acerca de los puntos a favor o en contra de los argumentos esgrimidos por las partes.

ANEXO

El Sitio Web del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI

Toda la información está en el portal del Centro: <http://arbiter.wipo.int/center/index-es.html>

La actividad del Centro se divide principalmente en dos sectores:

1) La resolución de controversias en materia de nombres de dominio:

<http://arbiter.wipo.int/domains/index-es.html>

Existe una guía que proporciona la información general: <http://arbiter.wipo.int/domains/guide/index-es.html>

Todas las decisiones están publicadas en el portal: <http://arbiter.wipo.int/domains/cases/all-es.html>
y existe un índice jurídico y de categorías de nombres de dominio (por actividades empresariales):
<http://arbiter.wipo.int/cgi-bin/domains/search/legalindex?lang=spa>

Se pueden encontrar las estadísticas en: <http://arbiter.wipo.int/domains/statistics/index-es.html>

La mayoría de las decisiones tratan de disputas relativas a nombres de dominio genéricos (gTLDs = generic Top Level Domains) pero el Centro administra también las disputas de algunos ccTLDs o county code Top Level Domains): <http://arbiter.wipo.int/domains/cctld/index-es.html>

Si se quiere más información sobre la creación de este procedimiento administrativo se puede consultar el primer proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio en:

<http://wipo2.wipo.int/process1/index-es.html>

<http://wipo2.wipo.int/process1/report/index-es.html>

A nivel del futuro se puede consultar el segundo proceso: <http://wipo2.wipo.int/process2/index-es.html>

2) La segunda parte de la actividad del Centro es la promoción y administración de disputas tradicionales en materia de arbitraje y mediación

<http://arbiter.wipo.int/arbitration/index-es.html>

Existe una guía <http://arbiter.wipo.int/arbitration/guide/index-es.html>

<http://arbiter.wipo.int/mediation/index-es.html>

También con una guía <http://arbiter.wipo.int/mediation/guide/index-es.html>

MESA REDONDA: PERSPECTIVAS PARA LA RONDA DOHA DE LA OMC Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

PANELISTAS: JOHN WEEKES, CARLOS PÉREZ DEL CASTILLO, FÉLIX PEÑA Y RICARDO RAMÍREZ

MODERADOR: JULIO LACARTE

RELATOR: CARLOS FERNÁNDEZ BALLESTEROS

En general, los panelistas coincidieron con el planteamiento inicial formulado por el Sr. Carlos Pérez del Castillo – en tanto Presidente saliente del Consejo General de la OMC – respecto a que existe voluntad en los países miembros de la OMC de recuperar el tiempo perdido en Cancún, que fue una decepción para todos; que hay una clara intención de volver a transitar el camino del multilateralismo y que las soluciones empiezan a visualizarse. Particularmente, hay voluntad para que el 2004 no sea un año "perdido" para los objetivos de Doha.

Se están haciendo ya claros esfuerzos para que en el 2004 haya decisiones que permitan resultados en temas básicos, para así retomar la Ronda, pero las decisiones difíciles quedarán para más adelante.

Respecto a temas específicos, es tal vez posible llegar a una negociación que contemple los intereses de todas las partes respecto a los Temas Agrícolas, pero para ello será necesario que todos renuncien a algo; puede también haber un avance en las negociaciones sobre productos no agrícolas. Al respecto, las discusiones sobre Algodón se van a integrar en las negociaciones agrícolas; en cuanto a los llamados "Temas de Singapur", se les ve en esta coyuntura de difícil solución.

La Mesa entiende también -sea por declaración explícita de sus miembros como por acuerdo consensual- que habrá que poner más cuidado en el lenguaje futuro de las negociaciones, respecto a las soluciones alcanzadas por "ambigüedad constructiva", que fueron cuestionadas por el OSD. En este punto deberá tenerse presente que para los pequeños países va a ser más fácil y ventajoso alcanzar soluciones por la vía de la negociación que a través de paneles y procedimientos con plazos estrictos y perentorios.

El Sr. John Weekes, considera que se deberá ser muy preciso en cuanto al *timing* de las negociaciones, habida cuenta de los plazos concedidos por el Congreso de los Estados Unidos respecto al "fast track". El período Julio 2004 - Junio 2005, será crucial según él para determinar avances ciertos en las negociaciones sobre aspectos técnicos.

Con respecto a las relaciones entre las negociaciones en Ginebra - OMC - y las que se están llevando a cabo a nivel regional - ALCA entre otras – el Sr. Weekes se pronuncia decididamente por la primera; entiende que sería un desastre que la negociación global sobre Doha fracasase y fuera sustituida por una multiplicidad de negociaciones regionales. Ello, para el experto canadiense, es vital para la Agricultura. Pero también lo es en

cuanto al escenario idóneo para la negociación entre Miembros como los Estados Unidos, la Unión Europea, China, Brasil o la India. Por eso los próximos meses serán cruciales y tiene confianza que la Unión Europea sea la parte que demuestre mayor flexibilidad.

El Sr. Félix Peña, por su parte, considera que uno de los puntos más débiles de los futuros conflictos en la OMC, lo constituye la proliferación de "clubes privados" dentro de la misma. La norma del Art. 24 no es clara, por un elemento nuevo de discriminación en perjuicio de los países en desarrollo: el acceso a los acuerdos comerciales preferenciales. La creciente potestad de los grandes de elegir quién accede y quien no, puede llevar a una erosión creciente del sistema. Por ello no basta el OSD, sino que se requiere una solución política. Este aspecto debería ser un punto crucial en la Negociación de Doha.

El Sr. Ricardo Ramírez describe la situación actual de las negociaciones sobre solución de controversias en el marco de la Ronda de Doha, que ha sufrido ya tres prórrogas, la cual se presenta complicada ante las numerosas propuestas (40) que se encuentran en estudio. Dichas propuestas pueden clasificarse en tres grupos, a saber: 1) las que quieren codificar o dar secuencialidad al sistema; 2) las que tienden a obtener una mayor transparencia externa o interna, dando mayor participación a los terceros o incluso abrir el sistema al público; y 3) las que atienden a asegurar el cumplimiento. Aquí estaría la verdadera transformación del sistema, es decir, que la aplicación de las resultancias del DSU no quede en una ambigüedad.

Existen dos pautas –continúa el jurista mexicano– que deberán tomarse en cuenta necesariamente para una modificación del sistema de solución de diferencias en aras de dotarlo de mayor efectividad:

1ª) El plazo entre la presentación de una demanda de solución de controversias y la solución del conflicto, está actualmente tomando demasiado tiempo, durante los cuales la medida violatoria se mantiene sin modificación alguna. Debe resarcirse al Miembro perjudicado, indemnizándolo por el perjuicio sufrido durante el tiempo que la controversia se mantuvo sin solución;

2ª) Las interpretaciones de los tribunales están repercutiendo sobre las negociaciones, cuando los casos presentados corresponden en un 65% a países desarrollados (35% por países en desarrollo y un solo caso por un país menos adelantado). Esta realidad demuestra que debe consagrarse que los Tribunales no están para interpretar el derecho sino solamente para resolver la contienda que se les plantea.

El Sr. Pérez del Castillo, respondiendo a una pregunta de la audiencia, puntualizó que para que Doha sea ambiciosa y marque pautas en la negociación comercial multilateral, se hace absolutamente necesario obtener un resultado en Agricultura, de lo contrario, todo lo demás desaparece o pierde valor. Dentro de ese resultado esperado, destacan tres pilares:

1. Deben eliminarse todos los subsidios a la exportación, incluyendo aquellos elementos de subsidio incluidos por ejemplo la ayuda alimentaria, sean ellos impuestos por la Unión Europea como por los Estados Unidos, si bien existe conciencia que la carga mayor en este rubro corresponderá a la primera. Existe disposición para negociar posibles plazos en este proceso, pero es necesario llegar a la eliminación total;
2. Los apoyos internos, que si bien sería una utopía pensar que desaparezcan totalmente, se debe bregar por su reducción (de acuerdo a las directivas de Doha). Existen apoyos que son más distorsionantes que otros y a ellos deberá atacarse con mayor énfasis. Aquí la carga mayor recaerá sobre los Estados Unidos; y
3. El acceso a los mercados, es el pilar más difícil, al cual deberá llegarse por contingentes. Este punto reclamará un esfuerzo adicional por parte de los países en desarrollo.

Esta declaración del Sr. Pérez del Castillo mereció el total apoyo del Sr. Lacarte, en tanto moderador de la Mesa.

Finalmente, el Sr. Weekes, también respondiendo a cuestiones sometidas desde la audiencia, concuerda que las diferencias pueden resolverse más fácilmente en las negociaciones que en los conflictos; que las medidas de retorsión no son la solución y debe por tanto estudiarse una alternativa. Es optimista en cuanto a que los países industrializados van a hacer esfuerzos en Agricultura, pero no cree que sea el único tema a solucionarse.

**MECANISMOS
REGIONALES
Y SUBREGIONALES
DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS**

NUEVAS PERSPECTIVAS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI)

JUAN ROJAS PENSO

1. ANTECEDENTES Y RÉGIMENES ACTUALMENTE EXISTENTES EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA ALADI

1.1. El Tratado de Montevideo 1980

El Tratado de Montevideo de 1980 (TM80), que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), no contiene un procedimiento específico destinado a la solución de las controversias a nivel regional.

Esta circunstancia no quiere decir que la ALADI se haya desentendido completamente de establecer normas regionales destinadas a la solución de las diferencias que pudieran suscitarse entre sus países miembros o a ejercer determinados controles de legalidad, como lo demuestran las referencias de los artículos 35, literal m), ñ) y 38, literal i) del TM80 y el artículo 5, literal f) de la Resolución 2 del Consejo de Ministros de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), de fecha 12/VIII/1980.

Los Ministros de la ALALC y otras Resoluciones del Consejo de Ministros de la ALADI, encomendaron reglamentar la efectiva aplicación de esas competencias de los órganos de la ALADI, otorgadas por los artículos 35 y 38 del TM80, para resolver situaciones de inobservancia de las normas de la Asociación, lo cual dio lugar a nuevos esfuerzos tendientes a lograr establecer efectivamente un procedimiento regional de solución de controversias.

1.2. La Resolución 114 del Comité de Representantes

La Resolución 114 del Comité de Representantes -adoptada el 22 de marzo de 1990- configuró el primer intento regional (y a la postre el único consumado) dirigido a establecer un procedimiento destinado a preservar el cumplimiento de las normas del TM80 y los compromisos contraídos en los Acuerdos concertados por los países miembros y en las Resoluciones dictadas por los órganos de la Asociación.

Esta Resolución, que ha procurado reglamentar la competencia del Comité establecida en artículo 35 m) del TM80, tiene un alcance muy limitado pues solo ha institucionalizado un régimen de consulta entre los países

miembros en virtud del cual cualquiera de ellos podrá solicitar su celebración al país que, a su entender, aplique medidas incompatibles con los compromisos asumidos conforme el Tratado o a las Resoluciones pertinentes de la Asociación.

El procedimiento es pues de carácter facultativo, fija plazos para su iniciación y conclusión, a cuyo vencimiento sin haber logrado una solución satisfactoria, los países miembros sólo “podrán” recurrir al Comité de Representantes para que éste proponga fórmulas (de carácter no vinculante) para resolver la cuestión planteada.

La consecuencia, en la práctica, ha sido que el sistema ha resultado virtualmente carente de toda utilización, al no representar un mecanismo que logre efectivamente resolver las cuestiones planteadas por los países miembros, tal como lo requiere el artículo 35 literal m) del TM80, careciendo de capacidad de coerción y limitándose únicamente en los hechos a encauzar nuevamente la controversia al plano bilateral.

Ante la debilidad jurídica del procedimiento previsto en la Resolución 114, los países miembros continuaron realizando esfuerzos para negociar, en el ámbito de la ALADI, mecanismos regionales de solución de controversias a través de Acuerdos Regionales, los cuales no prosperaron por falta de consenso para su aprobación.

1.3. Las opciones en materia de solución de controversias para los países miembros de la ALADI

La falta de un sistema regional de solución de las controversias en la ALADI fue resolviéndose, en definitiva, a través de la adopción de regímenes específicos en los Acuerdos de alcance parcial suscritos entre sus países miembros al amparo del TM 80, los que constituyen actualmente el acervo más importante de la Asociación en la materia.

Estos regímenes específicos se han ido perfeccionando hasta llegar, en muchos casos, a contar con mecanismos de arbitraje cuyos laudos tienen fuerza obligatoria para las Partes, lo cual muestra la importancia que, en los últimos tiempos, los países miembros le han otorgado a los procedimientos de solución de controversias como instrumento clave para garantizar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos en el marco de sus acuerdos, brindando seguridad jurídica y previsibilidad a los mismos. Esta tendencia se refuerza por la importancia cada vez mayor de los compromisos comerciales que se pactan en los acuerdos, los cuales al día de hoy establecen en su mayoría verdaderas zonas de libre comercio entre las Partes, con la correspondiente desgravación del universo arancelario, la adopción de normas necesarias para la regulación del comercio negociado y la inclusión de disposiciones en nuevos temas cada vez más trascendentes en el comercio internacional actual.

Como ejemplo paradigmático de esta evolución encontramos al sistema de Solución de Controversias previsto para MERCOSUR- contenido en el Acuerdo de Complementación Económica N° 18- que se ha profundizado en dos ocasiones en sus más de 10 años de existencia, hasta llegar, en el marco del Protocolo de Olivos de reciente entrada en vigor, a la institucionalización de un verdadero Tribunal Permanente de Arbitraje.

Por lo demás, también es necesario señalar que un grupo de países miembros de la ALADI solucionan sus controversias a través del sistema previsto en la Comunidad Andina. Para los cinco países de la ALADI que la integran, esto significa la posibilidad de recurrir, para la resolución de sus controversias mutuas, al sistema de solución de controversias más avanzado de la región, en la medida en que cuenta con un órgano jurisdiccional permanente, el Tribunal Andino de Justicia.

Finalmente, los países miembros de la ALADI son a la vez miembros de la OMC. Esto, en materia de solución de diferencias, ha significado y significa que los países tienen abierta esa jurisdicción en forma complementaria a la existente en los acuerdos regionales, para los casos en que la controversia recaiga a la vez en normas del acuerdo regional y en normas contenidas en los acuerdos de la OMC. Esta circunstancia particular, donde el sistema de solución de controversias de la OMC puede ser utilizado como una suerte de órgano de apelación del laudo dictado a nivel regional, con todos los problemas que se derivan de dicha circunstancia, ha dado lugar a la inclusión, en los más reciente acuerdos regionales, de la llamada cláusula de opción de foro

excluyente, en donde las partes se comprometen a accionar únicamente en el foro al que recurran en primer lugar, fijando así la competencia exclusiva de éste.

Esto es sin dudas un adelanto significativo para la consolidación de los foros regionales como instancias decisorias, aunque entendemos que hubiera sido preferible consagrar además la preceptividad del foro regional respecto de otros foros, obligando de esta forma a que la controversia fuera sustanciada necesariamente en el foro regional. Creemos que esta forma de direccionar preceptivamente la jurisdicción hacia lo regional (marco referencial y cultural natural de la misma), reforzando su importancia, tendría consecuencias positivas en el logro de soluciones efectivas para las controversias originadas en acuerdos celebrados en el marco de la Asociación.

2. LA PARTICIPACIÓN DE LA ALADI EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

2.1. La participación de la ALADI en materia de solución de controversias en el marco del Comité de Representantes por aplicación de la Resolución 114

En este ámbito *solo dos veces* han existido planteos contra un país miembro, el segundo de los cuales se encuentra en estos momentos en curso. En el primer caso, el Comité recomendó únicamente que la controversia se solucionara mediante negociaciones bilaterales entre las partes involucradas.

2.2. La participación de la ALADI en materia de solución de controversias en el marco técnico de la Secretaría General

En los últimos años y en mérito a lo dispuesto en numerosos acuerdos celebrados al amparo del TM80, la SG ha participado en controversias contenidas en los acuerdos ACE 22. Chile-Bolivia; ACE 35. Chile-MERCOSUR; ACE 8 México-Perú y ACE 24 Chile-Colombia.

Dicha participación, enmarcada necesariamente en las competencias previstas a tales fines en los acuerdos respectivos, ha guardado relación, en términos generales, con tareas vinculadas a la designación de expertos o árbitros; a brindar apoyo técnico cuando le ha sido solicitado y a colaborar directamente en los procedimientos, cuando fue designada como Entidad Administradora de los mismos.

3. REAFIRMACIÓN DEL PAPEL DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA ALADI EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Ante la proliferación de sistemas de solución de controversias regionales establecidos en los acuerdos que se celebran en el marco del TM80 y por la experiencia ya recogida por la Secretaría General en la materia, creemos que la ALADI está capacitada para cumplir un papel relevante en la materia, a través de una participación activa y regulada de la Secretaría General en los diferentes acuerdos existentes.

Como se dijo, muchos de los acuerdos prevén ya dicha participación. Pero de la experiencia recogida puede inferirse que la generalización de la misma llevaría a potenciar las ventajas comparativas de la Secretaría General en beneficio de todos los países miembros.

Creemos apropiado dividir en cuatro categorías las ventajas que la Secretaría General posee en este ámbito: ventajas que guardan relación con su conocimiento técnico en la materia regulada por los acuerdos; las vinculadas con el manejo y experiencia en los aspectos procesales; las que guardan relación con la organización de los procedimientos y, finalmente, aquellas referidas al necesario apoyo logístico-institucional requerido en el manejo de una controversia.

3.1. Ventajas en materia de conocimiento técnico

En la Secretaría General confluyen técnicos de todas las áreas temáticas de los acuerdos objeto de las controversias. En este sentido, la Secretaría General es **un centro de conocimiento técnico sobre los acuerdos**, que conserva, por un lado, la historia y la memoria de los mismos, con todo lo que esto significa en materia de antecedentes, negociaciones, suscripción, registro, vigencia (o sea el nacimiento formal de los acuerdos y sus Protocolos adicionales), y, por otro lado, también conoce los problemas derivados de la aplicación de los acuerdos. No debe olvidarse en este sentido que la ALADI es el centro de elaboración y procesamiento de toda la información, estudios o análisis vinculados a la evolución de los acuerdos celebrados en el marco del TM80. Esa centralización de un conocimiento global potencia las posibilidades y la calidad del apoyo técnico a la hora de asesorar sobre un aspecto relacionado con un acuerdo o protocolo.

Por lo demás, la Secretaría General es un centro receptor de consultas, públicas y privadas, vinculadas con la aplicación o ejecución de disposiciones previstas en los acuerdos, lo cual, a lo largo de años, le ha permitido tener una experiencia específica en la materia que le permite brindar un apoyo técnico integral tanto a los expertos como a las partes en la controversia.

La Secretaría General es, además, depositaria de los acuerdos y protocolos que se celebran en el marco del TM80, lo que la convierte en el único lugar donde **se conserva toda la documentación** que integra el patrimonio histórico de la Asociación, desde los orígenes del proceso de integración en 1960.

El amplísimo acervo bibliográfico y documental con que cuenta la Secretaría General en materia de integración subregional, regional y hemisférica, permite asimismo brindar un respaldo académico y técnico, no solo a las Partes en la controversia sino también a los Expertos o Árbitros seleccionados para resolverla.

3.2. Ventajas en aspectos procesales

La Secretaría General puede tener un papel relevante como **entidad centralizadora de los procedimientos de solución de controversias**, colaborando en materia de comunicaciones y de recepción y distribución de documentación, atenuando los inconvenientes de tiempo o forma que se producen cuando las actuaciones se desarrollan a distancia, desde las capitales de los países miembros. Este es un aspecto de enorme importancia en materia procesal, en particular en lo que se refiere al cómputo y cumplimiento de plazos perentorios. La Secretaría General cuenta a tales efectos con un área jurídica con experiencia en materia de solución de controversias en los esquemas de integración regional.

La centralización de las actuaciones en la Secretaría General permite, asimismo, **llevar un expediente completo del procedimiento de solución de controversias**, el cual puede ser consultado permanentemente por las Partes, los Expertos o Árbitros, y convertirse en documentación de gran utilidad a la hora de analizar la ejecución o grado de cumplimiento de los compromisos asumidos por los países miembros en sus acuerdos, además de servir de archivo y respaldo original de las actuaciones.

Eventualmente esta circunstancia podría propiciar que la Secretaría General tuviera incidencia en el **control de la legalidad de los procedimientos**, competencia que está prevista, por lo demás, en el artículo 38 i) del TM80 referido a las atribuciones de la Secretaría General.

La centralización en la Secretaría General (tercero imparcial) resulta por este hecho garante de la **confidencialidad e imparcialidad de los procedimientos**. En este sentido asegura además la **objetividad y transparencia** para las Partes, al significar un lugar común pero neutral.

3.3. Ventajas en materia de organización y administración del procedimiento

La amplia experiencia adquirida por la Secretaría General en el área administrativa y de recursos humanos, asegura un apoyo eficiente y profesional, de vital importancia para la **organización de los procedimientos** referidos a una controversia, **tanto de naturaleza financiera como logística**. En este sentido pueden mencionarse la contratación de los Expertos o Árbitros, los pagos de viajes, viáticos, la coordinación de reuniones, etc., que no solo agiliza el desarrollo de los procedimientos, sino que optimiza y racionaliza la asignación de los recursos, al tiempo que permite su debido control, todo lo cual constituye un conjunto de aspectos prácticos que revisten gran importancia para el mejor funcionamiento del sistema y pueden ser ampliamente apreciados por los países que lo utilizan.

3.4. Ventajas en materia de infraestructura institucional.

El edificio Sede de la ALADI está equipado para poder brindar la infraestructura adecuada en cualquier procedimiento de solución de controversias (salas privadas de reuniones, salas de audiencias, sistema de grabación, sistemas de proyección, apoyo secretarial, traducciones simultáneas, etc.) contribuyendo al mejor desarrollo de los procedimientos.

CONCLUSIÓN

La complejidad que han venido adquiriendo los esquemas de integración en los últimos tiempos, ha demandado la existencia de mecanismos de solución de controversias cada vez más profundos, transformándose actualmente en una pieza esencial en cualquier negociación. Ya no es concebible un esquema de integración sin la seguridad jurídica que se deriva de la existencia de un mecanismo de solución de controversias.

Ante esta nueva realidad, los países miembros se enfrentan a la necesidad de contar con una entidad administradora de sus procedimientos de solución de controversias, que sea capaz de llevarlos adelante con profesionalidad y experiencia en la materia. A modo de ejemplo, el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, cuenta con una Secretaría a esos efectos.

La Secretaría General es el órgano técnico y administrativo de la ALADI, para lo cual se le han conferido facultades y atribuciones que le permiten brindar apoyo a sus países miembros, así como a los órganos políticos que la integran, función que ha venido ejerciendo por más de 40 años de integración.

Los países miembros cuentan entonces con un órgano propio, especializado, capaz de ejercer la función de entidad administradora de los procedimientos de solución de controversias previstos en sus acuerdos, evitando de esta forma duplicar esfuerzos, y aprovechando el acervo profesional acuñado durante años en el seno de la Asociación.

Esta nueva función de la Secretaría General, que en los hechos ya ha venido ejerciendo al haber participado hasta la fecha en varios procedimientos de solución de controversias, puede transformarse en una nueva fortaleza de la ALADI que contribuya a seguir dando impulso a los esfuerzos integradores en la región.

RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

JAMES WHITELAW

I. INTRODUCCIÓN. ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN REGIONAL

A efectos de poder apreciar la aptitud del régimen de solución de controversias del MERCOSUR con respecto al estado de integración actual de los países que conforman este bloque regional resulta pertinente señalar en primer término que, no obstante, su denominación, éste no constituye aún un mercado común.

El Tratado de Asunción previó la constitución de un Mercado Común, denominado "Mercado Común del Sur" (MERCOSUR), entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que debía estar conformado al 31 de diciembre de 1994.¹

Este Mercado Común implicaba la libre circulación de los factores de producción, el establecimiento de un arancel externo común, la adopción de una política comercial común y la coordinación de posiciones en foros económicos-comerciales, regionales e internacionales, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y la armonización de las legislaciones para fortalecer el proceso de integración.

Este ambicioso propósito de constituir un Mercado Común en el exiguo plazo de, prácticamente, tres años, fue modificado en el año 1994.

En efecto, en diciembre de este último año se dispuso el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera que consistió en un mecanismo de desgravación del comercio intrazonal, que debía culminar con una preferencia del 100% en un plazo de cuatro años para Argentina y Brasil y de cinco años para Paraguay y Uruguay, a contar desde el 1° de enero de 1995, con ciertas excepciones, y con un régimen especial para el azúcar y el sector automotriz.

Asimismo, se estableció, en la misma oportunidad indicada en el parágrafo anterior, un Régimen de Convergencia al Arancel Externo Común que, en principio, iba a finalizar el 1° de enero de 2006 respecto, particularmente, de Bienes de Capital (que pasarían a estar gravados con el 14%) y de Informática y Telecomunicaciones (que

¹ El Tratado de Asunción fue suscrito el 26 de marzo de 1991 y entró en vigencia el 29 de noviembre de 1991.

pasarían a estar gravados con el 16%). En esa fecha, estaba prevista la vigencia plena del Arancel Externo Común (AEC).²

Sin embargo, Decisiones del Consejo Mercado Común, de diciembre de 2003, establecieron excepciones al AEC respecto de ciertos países y de determinados bienes de capital no producidos en el MERCOSUR y para algunos bienes de informática y telecomunicaciones que durarán hasta el 1º de enero de 2010.

Vale decir que, en el MERCOSUR vigente, rige una unión aduanera imperfecta.

A diferencia del Tratado de Asunción que establecía una fecha para la constitución de un Mercado Común, ahora esa fecha ya no existe.

Cabe agregar que el MERCOSUR mantiene relaciones especiales con Bolivia y Chile, países a los que se les conoce como Estados asociados, con los que convino en el año 1996 conformar una Zona de Libre Comercio en un plazo de diez años.³

II. MARCO NORMATIVO DEL RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El régimen de solución de controversias entre los Miembros Plenos del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) se encuentra regulado actualmente por dos Protocolos adicionales al Tratado de Asunción, que son el de Olivos⁴ y el de Ouro Preto.⁵

El Protocolo de Olivos fue reglamentado por el Consejo del Mercado Común por Decisión N° 37/03, de 15 de diciembre de 2003.⁶

A su vez, los mecanismos de solución de controversias entre el MERCOSUR y Bolivia, y entre sus Miembros Plenos y Bolivia están contenidos en el Acuerdo de Complementación Económica N° 36 y en su Octavo Protocolo Adicional; y entre el MERCOSUR y Chile y entre sus Miembros Plenos y Chile se hallan en el Acuerdo de Complementación Económica N° 35 y en su Vigésimo Segundo Protocolo Adicional.

Una de las características del régimen de solución de controversias del MERCOSUR es su transitoriedad, que viene arrastrándose desde el Tratado de Asunción. El régimen actualmente vigente es el tercero que rige desde el año 1991.

² Los Regímenes de Adecuación Final a la Unión Aduanera y el de Convergencia al Arancel Externo Común fueron adoptados el 5 de agosto de 1994 por el Consejo Mercado Común en decisiones Nos. 5/94 y 7/94 respectivamente. El Arancel Externo Común fue establecido el 17 de diciembre de 1994 por Decisión N° 24/94 del Consejo Mercado Común.

³ Bolivia y Chile suscribieron con el MERCOSUR, en el año 1996, los Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica Nos. 36 y 35 respectivamente. Estos Acuerdos se celebraron al amparo del Tratado de Montevideo de 1980, que estableció la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Este Tratado prevé los Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica, o simplemente Acuerdos de Complementación Económica (ACE), que tienen como objetivos, entre otros, promover el máximo aprovechamiento de los factores de producción, estimular la complementación económica, asegurar condiciones equitativas de competencia, facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros. El Tratado de Asunción también fue protocolizado en la ALADI como Acuerdo de Complementación Económica N° 18.

⁴ El Protocolo de Olivos se suscribió el 18 de febrero de 2002 y entró en vigencia el 2 de enero de 2004.

⁵ El Protocolo de Ouro Preto fue suscrito el 17 de diciembre de 1994 y comenzó a regir el 15 de diciembre de 1995. En materia de solución de controversias, interesan de este Protocolo sus artículos 21 y 44 y su Anexo relativo al Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

⁶ El artículo 2 de esta Decisión dispone que no necesita ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes por reglamentar aspectos de funcionamiento o de la organización del MERCOSUR.

Su transitoriedad fue establecida en los tres instrumentos que han regulado la materia, es decir, primeramente en el Anexo III del Tratado de Asunción,⁷ más tarde en los Protocolos de Brasilia⁸ y Ouro Preto,⁹ y últimamente en el Protocolo de Olivos.

En este último se dispone que, antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común.

También los instrumentos indicados que recogen el régimen de solución de controversias entre el MERCOSUR y Bolivia, y el MERCOSUR y Chile, tienen carácter provisional.

Esa prudente y gradual aproximación a lo que será el mecanismo definitivo de solución de diferencias, ha ido permitiendo, en términos generales, un mejoramiento paulatino del régimen a través de los distintos textos que se han ido sucediendo.

III. EL RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL PROTOCOLO DE OLIVOS. SUS INNOVACIONES

Tanto el sistema de Olivos como su antecesor de Brasilia distinguen un régimen de controversias entre Estados Partes y otro que denomina "reclamos de particulares"; expresión esta última que podría dar lugar a confusión.

En efecto, deberá tenerse presente que en uno y otro sistema las partes de la controversia son exclusivamente los Estados. Los particulares no tienen legitimación activa en el régimen de solución de controversias del MERCOSUR. Lo que sucede en el sistema de "reclamo de particulares" es que el procedimiento de solución es iniciado por los particulares afectados ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común, órgano que, si admite el reclamo, proseguirá el trámite establecido entre los Estados. Aquí los particulares tienen la posibilidad de ser oídos y de presentar sus argumentos en una audiencia, pero no de participar en calidad de parte.

A) Controversias entre Estados Partes

Las controversias que pueden ser sometidas a este régimen son las que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del derecho constitutivo (Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto y demás protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción) y del derecho derivado (Decisiones del Consejo Mercado Común, Resoluciones del Grupo Mercado Común y Directivas de la Comisión del MERCOSUR).

El ámbito de aplicación de este sistema debe vincularse, por su parte, con el derecho aplicable a que refiere el artículo 34 del Protocolo de Olivos, disposición ésta que excede el derecho constitutivo y derivado del MERCOSUR al disponer que también se aplicarán los principios y disposiciones de Derecho Internacional relativos a la materia.

Un punto que es regulado en este Protocolo es el relativo a la elección de foro, cuando las controversias alcanzadas por el mismo puedan ser también sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización

⁷ El Anexo III del Tratado de Asunción sobre Solución de Controversias estuvo vigente entre el 29 de noviembre de 1991 y el 21 de abril de 1993.

⁸ El Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias rigió entre el 22 de abril de 1993 y el 1º de enero de 2004.

⁹ Este Protocolo regula los aspectos institucionales del MERCOSUR: su estructura, personalidad jurídica, sistema de toma de decisiones, aplicación interna de las normas emanadas de los órganos, fuentes jurídicas, presupuesto, idiomas. En materia de solución de controversias, establece que las controversias que surgieren entre los 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, y las de derecho derivado, entre las que incorpora las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia (artículo 43).

Mundial del Comercio (OMC) o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR.

La solución es que la elección de uno u otro foro la hace el demandante; salvo que las partes en la controversia, de común acuerdo, convengan otro foro.

También se establece la prohibición de recurrir a otros foros respecto del mismo objeto, una vez seleccionado un foro determinado.

El Reglamento del Protocolo de Olivos disciplina la opción de foro particularmente respecto del sistema de solución de controversias de la OMC y deja librado al Consejo Mercado Común la reglamentación de la opción de foro para otros esquemas preferenciales de comercio.

Las fases del procedimiento de solución de controversias entre Estados son las siguientes:

1. Negociaciones directas (15 días)
2. Arbitraje (60 días prorrogables por 30 más)
3. Revisión (30 días prorrogables por 15 días más)

Respecto de estas etapas, es preciso hacer las siguientes precisiones, a la vez que indicar las novedades introducidas por el Protocolo de Olivos.

1) En el supuesto que, a través de las negociaciones directas, no fuera solucionada total o parcialmente la controversia, cualquiera de las partes puede iniciar directamente el procedimiento arbitral, salvo dos excepciones: a) que las partes en la controversia decidan, de común acuerdo, someterla a consideración del Grupo Mercado Común (GMC); y b) que un Estado, que no sea parte en la controversia, requiera justificadamente tal procedimiento al término de las negociaciones directas.

El Protocolo de Brasilia establecía la intervención preceptiva del GMC antes de poder acudir al arbitraje.

A estar a las expresiones de uno de los negociadores uruguayos del Protocolo vigente, la modificación obedeció a dos órdenes de razones, a saber: una de orden práctico y de economía procesal, en que el procedimiento se reduce en treinta días, ventaja que compensa el lapso que demandará la etapa de revisión; y otra empírica, según la cual, y salvo excepciones, la intervención del GMC se reveló ineficaz, no alcanzándose resultados positivos por participar en esta etapa demandante y demandado.¹⁰

Como se verá más adelante, en el procedimiento de "reclamo de particulares", la intervención del GMC sigue siendo preceptiva y no contingente.

En lo atinente a la posibilidad de que un Estado que no sea parte de la controversia pueda solicitar la intervención del GMC, fue propiciada por razones de transparencia. Al respecto, se ha señalado que: "En efecto, los debates en el seno del GMC, aun cuando durante su transcurso no se resuelva la cuestión, permiten poner en autos a los demás Estados acerca de asuntos específicos vinculados a al diferendo que pudieran ser de su interés. De obviarse esta etapa, los Estados ajenos a la controversia sólo tomarían contacto con la cuestión controvertida de modo indirecto; por lo que se entendió beneficioso otorgar esta facultad...".¹¹

La etapa de intervención del GMC no podrá superar los treinta días.

¹⁰ Berta Feder, en Jornada Académica sobre el "Protocolo de Olivos para la Solución de las Controversias en el MERCOSUR", ALADI, febrero de 2003, p. 44.

¹¹ Berta Feder, en Jornada Académica cit., 45.

2) El arbitraje tiene, en principio, dos instancias, una ante un Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, y otra ante el Tribunal Permanente de Revisión.

Sin embargo, las partes en la controversia pueden acordar someterse directamente y en una única instancia al Tribunal Permanente de Revisión (TPR), una vez culminada la etapa de negociaciones directas.

El laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* podrá ser objeto del denominado "recurso de revisión" ante el TPR, y tendrá efecto suspensivo sobre el laudo durante su tramitación.

El recurso de revisión y la creación del TPR fueron introducidos por el Protocolo de Olivos. En el régimen del Protocolo anterior, el procedimiento concluía con el dictado del laudo del Tribunal *Ad Hoc*.

Cabe señalar que este recurso de casación, más que de revisión,¹² se halla limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. Se trata del mismo objeto del recurso de apelación que se prevé en la Organización Mundial del Comercio (OMC) contra las decisiones de los grupos especiales (artículo 17.6 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los cuales se rige la Solución de Diferencias –en adelante, ESD–).

Como es sabido, esta suerte de recursos procuran la correcta aplicación de las normas y la unificación de la jurisprudencia.

No admiten este medio impugnativo los laudos dictados en base a los principios *ex aequo et bono*.

El TPR, al igual que el Órgano de Apelación de la OMC (artículo 17.13 del ESD), podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*.

Este laudo será definitivo y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*.

A diferencia del régimen de la OMC, que impone que los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación deben ser adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias, los laudos del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* y del TPR no requieren ulterior adopción por ningún otro órgano.

La posibilidad de una segunda instancia que se habilita mediante el recurso, fue establecida, a juicio de algunos Estados Partes, con el propósito de dotar al procedimiento de una garantía más, doble instancia que no suele contemplarse en los procesos arbitrales.

Esta fue una fórmula de compromiso entre los países miembros del MERCOSUR, según ha sido destacado. Así, Uruguay estimaba que una segunda instancia iba a extender más el juicio, a la par que lo encarecería y propició la instalación "de un Tribunal arbitral único, central, permanente, constituido con sede propia y que este debía tener competencia original y exclusiva en única instancia de todas las controversias que se plantearan en el MERCOSUR con capacidad para conocer de las situaciones de hecho y de derecho, vale decir, para resolver sobre los casos con amplias facultades".¹³

Por su parte, "Argentina quería un tribunal de revisión, exclusivamente de revisión de las sentencias de primera instancia de los tribunales ad hoc. Uruguay y Paraguay queríamos un Tribunal Central permanente, con facultades de revisión si había que llegar a un consenso como llegamos, felizmente, pero que además tuviera la posibilidad de competencia exclusiva si las partes estaban de acuerdo en someterse a ella".¹⁴

¹² En el Uruguay, el recurso de revisión es un medio impugnativo extraordinario contra sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, por causales excepcionales previstas en la ley, y cuyo objeto es la revocación del fallo impugnado.

¹³ Didier Opertti, en Jornada Académica citada en nota 10, p. 14.

¹⁴ Didier Opertti, Exposición sobre el Protocolo de Olivos y la Solución de Controversias en el MERCOSUR, Colegio de Abogados del Uruguay, p. 6.

Cabe señalar que el TPR se integra con cinco árbitros, y actuarán tres si la controversia involucra a dos Estados Partes. Si la controversia involucra a más de dos Estados Partes, el TPR actuará con sus cinco miembros.

Los integrantes del TPR, una vez que acepten su designación, deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque, a semejanza de la solución que impera para los miembros del Órgano de Apelación de la OMC (artículo 17.3 del ESD).

En cuanto a las calificaciones de los árbitros requeridas para integrar, tanto los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* como el TPR, se exige, desde el Protocolo de Brasilia respecto de los árbitros de los Tribunales *Ad Hoc*, que sean juristas de reconocida competencia en la materia que puedan ser objeto de las controversias y –agrega el Protocolo de Olivos– tener conocimiento del conjunto normativo del MERCOSUR.

La calidad de juristas de los árbitros, y no sólo expertos, obedece, según expresa un negociador uruguayo del Protocolo de Brasilia a que "la controversia debe resolverse en base a derecho, que el arbitraje es jurisdiccional, por lo cual debe ser un profesional del derecho quien tenga las funciones de árbitro. Por otra parte, si en su pronunciamiento debe analizar temas ajenos a su profesión, está previsto expresamente que puede recurrir al asesoramiento que considere necesario. Pero en definitiva lo que estará en juego serán normas jurídicas, el Ordenamiento Jurídico del MERCOSUR, su derecho originario y derivado, motivo por el cual es ínsito a la materia en discusión que sea un jurista el que tome resolución".¹⁵

Esta es una marcada diferencia con el estatuto de la OMC en que los integrantes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación no deben revestir necesariamente la calidad de juristas (artículos 8 y 17.3 del ESD).

3) Los laudos del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* y del TPR admiten un recurso denominado "de aclaratoria", por el cual se solicita una aclaración del laudo y sobre la forma en que éste debe cumplirse.

4) También cabrá una actuación posterior al dictado del laudo por parte del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* o del TPR, según corresponda, si el Estado beneficiado por el laudo entiende que las medidas adoptadas por el Estado obligado no dan cumplimiento al mismo o éste cuestiona las medidas compensatorias adoptadas por el Estado beneficiado con el laudo, por entender que las que adoptó son satisfactorias o considere excesivas las medidas compensatorias aplicadas.

En el Protocolo de Brasilia, el procedimiento de solución de diferencias quedaba prácticamente concluido con el dictado del laudo.

B) Reclamo de particulares

El ámbito de aplicación de este procedimiento es distinto al que rige en el de Controversias entre Estados Partes.

Este procedimiento se aplica a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por parte de cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del derecho constitutivo y derivado del MERCOSUR.

Las etapas de este procedimiento son las siguientes: 1. Consultas (15 días). 2. Intervención preceptiva del Grupo Mercado Común (30 días). 3. Arbitraje (60 días prorrogables por 30 más). 4. Revisión (30 días prorrogables por 15 más).

¹⁵ Jorge Pérez Otermin, "El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídicos-Institucionales", 2ª. ed. actualizada, FCU, Montevideo, 2000, p. 59.

Cabe señalar que también corresponden el recurso de aclaratoria y la posibilidad de actuación posterior del Tribunal arbitral *Ad Hoc* o del TPR si existen divergencias sobre el cumplimiento del laudo o se cuestionan las medidas compensatorias.

Los particulares deben formalizar sus reclamos ante la Sección Nacional del GMC donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios.

Para que el reclamo tenga andamio debe ser admitido por la referida Sección Nacional, la cual no tiene plazo establecido para admitir o rechazar el reclamo.

En caso que el GMC acepta el reclamo, debe convocar a un grupo de expertos, el cual deberá dar oportunidad al particular reclamante y a los Estados involucrados en el reclamo, de ser oídos y de presentar sus argumentos en audiencia conjunta.

El Protocolo de Olivos, a diferencia del de Brasilia, dispone que el dictamen del grupo de expertos que considere procedente el reclamo formulado en contra de un Estado Parte debe dictarse por unanimidad.¹⁶ Al respecto, se señala que si el dictamen considera improcedente el reclamo o el grupo de expertos no alcanza unanimidad para emitirlo, el GMC deberá dar de inmediato por concluido el reclamo.

La procedencia del reclamo contra un Estado Parte, admitida por unanimidad del grupo de expertos, habilita a cualquier otro Estado Parte a requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperare dentro del plazo de quince días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral.

Este grupo de expertos se integra con tres miembros que, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos designados por el GMC, podrán ser elegidos por los Estados Partes. Vale decir, que si el experto elegido por el Estado reclamado no se pronuncia a favor de la procedencia del reclamo, éste será rechazado.

Esta injustificada exigencia de unanimidad del grupo de expertos permite avizorar que, junto con otros aspectos criticables del procedimiento de reclamo de particulares que se verán, torne ineficaz el procedimiento instaurado a solicitud de los verdaderos actores de la integración, que son quienes soportan directamente las consecuencias que producen los apartamientos de los Estados Parte de la normativa del MERCOSUR.

IV. OTRAS INNOVACIONES

El Protocolo de Olivos facultó al Consejo Mercado Común a establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al TPR definiendo su alcance y sus procedimientos.

El Reglamento del Protocolo de Olivos, dictado por el mencionado Consejo, creó el mecanismo y limitó la legitimación para solicitar opiniones consultivas a todos los Estados Parte del MERCOSUR actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR (Consejo Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio) y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional.

Las opiniones consultivas deberán versar sobre cualquier jurídica comprendida en el derecho constitutivo y derivado del MERCOSUR.

El Reglamento dice expresamente que las opiniones consultivas no tendrán carácter vinculante ni obligatorio.

Este instituto fue concebido con el propósito de prevenir o evitar una controversia.

¹⁶ Este requisito fue establecido por el Reglamento del Protocolo de Brasilia (artículo 35), texto que no llegó a entrar en vigencia porque no fue incorporado a los ordenamientos internos por la totalidad de los Estados Parte.

En efecto, el primer proyecto formulado por Uruguay denominado "Protocolo para la prevención y la solución de controversias", disponía respecto de las opiniones consultivas: "A fin de prevenir una eventual controversia, los Estados Partes involucrados y los particulares podrán solicitar opiniones consultivas relativas al ámbito de aplicación señalado en el artículo 1".¹⁷

Como podrá apreciarse, se preveía la posibilidad que los particulares pudieran formular consultas; legitimación que pudo ser contemplada en el Reglamento indicado y que, sin embargo, no fue recogida.

Otras novedades del Protocolo de Olivos refieren a los mecanismos relativos a aspectos técnicos y las medidas excepcionales y de urgencia.

Respecto de los primeros, dispone que, cuando se considere necesario, podrán ser establecidos mecanismos expeditos para resolver divergencias entre Estados Partes sobre aspectos técnicos regulados por instrumentos de políticas comerciales comunes.

Queda librado a la definición y aprobación del Consejo Mercado Común todo lo concerniente a las reglas de funcionamiento, el alcance de esos mecanismos y la naturaleza de los pronunciamientos que se emitieran.

En cuanto a los segundos, también se faculta al Consejo del Mercado Común para establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran causar daños irreparables a las Partes.

El Consejo Mercado Común no ha establecido todavía ninguno de estos dos mecanismos.

V. PROTOCOLO DE OURO PRETO. RECLAMACIONES ANTE LA COMISIÓN DE COMERCIO DEL MERCOSUR

Será preciso tener presente que el Protocolo de Ouro Preto otorgó competencia a la Comisión de Comercio del MERCOSUR para considerar las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, originadas por los Estados Partes o en demandas de particulares, cuando estuvieran dentro de su área de competencia.

Las reclamaciones deben estar motivadas en la interpretación, aplicación e incumplimiento de las normas de derecho constitutivo y derivado del MERCOSUR y en la sanción o aplicación, por cualquier Estado Parte, de medidas legales o administrativas de efectos restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del derecho del MERCOSUR.

El procedimiento de las reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR está regulado por el Anexo del protocolo de Ouro Preto.

VI. VALORACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR

En términos generales, como ya se expresó, el sistema de solución de controversias entre Estados Partes vigente en el MERCOSUR, resultante del Protocolo de Olivos, mejora las soluciones anteriores.

En efecto, por un lado se procura la unificación de la interpretación, aplicación y cumplimiento del conjunto normativo del MERCOSUR, a través de las opiniones consultivas y del procedimiento de revisión o instancia única ante el Tribunal Permanente de Revisión.

Bajo el Protocolo de Brasilia no era posible esa uniformidad, más allá que los laudos dictados mantuvieron una cierta coherencia en la interpretación y aplicación del derecho regional.

¹⁷ Citado por Berta Feder, en *op. cit.*, p. 43.

Por otra parte, se intenta una mayor celeridad en los procedimientos, sin mengua de garantías, a efectos de alcanzar una solución a la mayor brevedad de las controversias.

En este sentido, pueden citarse la posibilidad que el Consejo Mercado Común establezca mecanismos expeditos para resolver divergencias sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes y procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables; la supresión de la etapa de intervención necesaria del Grupo Mercado Común; la posibilidad de acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión, en una instancia única, prescindiendo de la etapa ante el Tribunal Arbitral *Ad Hoc*; el mantenimiento de plazos flexibles –modificables de común acuerdo por las partes o, en su caso, por el Tribunal–, breves y perentorios para las diversas fases del procedimiento.

El régimen que no ha sido contemplado en el Protocolo de Olivos y en el Reglamento en orden a su perfeccionamiento es el denominado "reclamo de particulares".

Primeramente, el Reglamento del Protocolo excluyó a los particulares de la posibilidad de formular consultas, privándolos de este medio de prevención de conflictos, así como disipador de incertidumbres a la hora de interpretar y aplicar las normas.

En segundo término, el ámbito de aplicación del régimen de reclamo de particulares, circunscripto a la sanción y aplicación de medidas legales o administrativas, impide reclamar por las omisiones que incurran las autoridades, inactividad que también puede tener efectos restrictivos, discriminatorios y de competencia desleal en violación del derecho regional.

En tercer lugar, la circunstancia que el particular no tenga acceso directo a la justicia del MERCOSUR, y que lo tendrá sólo si el reclamo es admitido por la Sección Nacional del GMC, supedita el interés del particular a la estrategia del Estado Parte, y puede llevar "...en cierto modo a una selectividad de los casos marcada por el poderío económico de los litigantes y no por la justicia intrínseca que los asiste".¹⁸

El monopolio del sistema de solución de controversias por parte del Estado y la amplia discrecionalidad de que goza para admitir o no el reclamo de los particulares politiza inconvenientemente el régimen.

Además, se mantiene injustificadamente asimétrico al sistema de reclamo de particulares con respecto al que rige las controversias entre los Estados, cuando se sigue exigiendo en aquél la intervención preceptiva del GMC, consagrando con ello una mayor duración del procedimiento. Las mismas razones prácticas y de economía procesal tenidas en cuenta para suprimir esa etapa en las controversias entre Estados militan también en el reclamo de los particulares.

Por su parte, la unanimidad del grupo de expertos que se exige para proseguir el procedimiento, ya visto, vuelve casi ilusorio el régimen de estos reclamos.

Por las consideraciones precedentes, estimamos que, si se quiere instrumentar un régimen realmente operativo de reclamo de particulares, que satisfaga sus intereses, será preciso modificar el vigente a la mayor brevedad. Abrigamos la esperanza que no haya que aguardar al régimen definitivo de solución de controversias del MERCOSUR para que se acuerde a quienes padecen de modo inmediato los efectos de actuaciones ilegítimas de los Estados, un acceso directo a la justicia, desvinculado de los intereses estratégicos de sus países y plenamente eficaz.

¹⁸ Didier Operti, en Jornada Académica cit., p. 17.

EL NUEVO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR¹

DIDIER OPERTTI

Agradezco la oportunidad de estar aquí con ustedes participando en el cierre de una sesión que ha durado varios días, donde se han recibido ponencias y presentaciones importantes que han testimoniado básicamente experiencias de los distintos mecanismos de solución de controversias, que hoy aparecen en el escenario de las relaciones comerciales internacionales.

Yo he recibido naturalmente algunos insumos que participantes en esta reunión me han acercado. He pensado en la utilidad o en la no utilidad de su empleo, por cuanto creo que los temas tratados por quienes han efectuado su aporte han tenido por objeto que cada uno diera su aporte específico: la OMC con sus mecanismos, los mecanismos regionales con los propios, la pluralidad de mecanismos como uno de los problemas por resolver -acaso uno de los mas complejos- y en ese cuadro de situación he tomado una opción.

La opción que he tomado es hablar -que para mí hablar también es pensar- sobre el mecanismo con el cual estamos más familiarizados, que tiene en el tiempo una inmediatez obvia por cuanto acaba de ponerse en vigor, y porque en definitiva es el mecanismo a partir del cual tendremos que ver incluso el relacionamiento en nuestra región -MERCOSUR- en el plano de la solución de las controversias con los demás foros específicos encargados de estos temas.

Por eso yo voy a compartir con ustedes algunos comentarios y reflexiones que he volcado por escrito en un trabajo que hemos enviado hace pocas horas a una Institución de uno de los países socios del MERCOSUR, que habrá de recopilar las opiniones de los distintos Cancilleres y expertos en estos temas, que hemos colaborado con tal publicación.²

Naturalmente no voy a violar el copyright, pero sí como autor de algunas de las ideas que ahí están expresadas, voy a recurrir a ellas en el uso legítimo que tengo no ya de utilizar el texto, sino de utilizar los conceptos.

¹ La siguiente es una transcripción de la intervención oral que el Canciller del Uruguay, Dr. Didier Operti, ofreció en el acto de clausura de la Conferencia que originó este libro. Dada su relevancia y relación con los temas del libro, los editores decidieron incorporarla como un capítulo más.

² Operti, Didier. "Los Últimos Avances Institucionales del MERCOSUR". Instituto de Rio Branco, Itamarati. Brasilia, 2004.

Por lo tanto, me voy a detener esencialmente en el Protocolo de Olivos, que sé que ha sido aquí también examinado, y que sé que incluso ha recibido unas valoraciones, algunas positivas, otras quizá un tanto relativizantes de sus alcances y valores, y es por lo tanto un documento vivo que requiere ser profundizado y leído muy cuidadosamente. Porque no hay aún jurisprudencia basada en el Protocolo de Olivos, a diferencia del Protocolo de Ouro Preto y del Tratado del Protocolo del Brasilia, en donde sí ya tenemos jurisprudencia: nueve fallos arbitrales que ya componen un corpus juris de cierta importancia, y que -diría yo- reafirman los principios del ordenamiento jurídico Mercosureño. El Protocolo de Olivos no tiene todavía ningún estreno. No ha habido todavía ninguna presentación en sociedad de este instrumento a través del arbitraje.

Por eso me voy a detener en él, y me voy a detener en algunas de sus normas, que las voy a ordenar de la siguiente manera, en primer lugar voy a hablar del ámbito de aplicación del Protocolo y luego voy a hablar del Tribunal Permanente de Revisión, ¿qué es el Tribunal Permanente de Revisión?, ¿qué competencias tiene?, ¿cuáles son sus facultades? y ¿cómo se relaciona este sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR con los demás sistemas, incluido el de la OMC?

Por lo tanto, yo saludo a los distinguidos expertos que aquí nos acompañan, invitados, participantes, comenzando por nuestro querido Embajador Lacarte, que ciertamente ha abierto surco profundo en todos estos temas, y ha hecho historia real. Por ello, nuestra opinión no podrá ser, naturalmente, sino desde un plano de modestia y de aportación y en ningún caso de competencia, que en ese caso tendría además, "desventajas comparativas". Por tanto, yo me voy a concentrar en el Protocolo de Olivos y voy a entrar a mencionar la OMC, sólo para ver como imaginamos nosotros desde el Protocolo de Olivos la relación con la OMC, en orden -naturalmente- al tema de las controversias.

Ustedes saben que el Protocolo de Olivos fue el producto de una revisión en profundidad del Protocolo de Brasilia, y obsérvese que digo del Protocolo de Brasilia, no digo del Protocolo de Ouro Preto, porque el Protocolo de Olivos deroga al Protocolo de Brasilia, pero no deroga a Ouro Preto. Y, por lo tanto, como no deroga a Ouro Preto, no deroga al anexo del Protocolo de Ouro Preto, que también tiene normas en materia de procedimientos dirigidos a conjurar, o cautelar, la promoción de controversias.

Quiere decir que si seguirán conviviendo dos sistemas -como en el pasado convivía Brasilia con Ouro Preto- ahora convivirá Ouro Preto con Olivos; esa es la primera ubicación de tipo general -yo diría- de precisiones y alcances necesarios.

Tomando entonces el Protocolo de Olivos, que es el objeto central de nuestra exposición, estamos analizando su ámbito y las controversias que surjan entre los Estados partes, sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de la formativa MERCOSUR. En este aspecto, me cuesta bastante separar la palabra interpretación de aplicación, ya que toda aplicación conlleva la interpretación, pero de todas maneras lo que abunda no daña. Así pues, me refiero a interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los Protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común y de las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Aquí está definido el ámbito de aplicación. Sin embargo, a modo de primer análisis, en otra de las normas de este mismo Protocolo se establece que a la hora de establecer cuál es el derecho aplicable para resolver las controversias, no es exclusivamente el contenido en estos instrumentos que acabo de referir, ya que también son aplicables los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables a la materia. Por ello, una cosa es el ámbito de aplicación -las controversias que se suscitan en ese ámbito- y otra cosa es el derecho que los árbitros habrán de aplicar para resolverlas, que se nutre no sólo de esos instrumentos, sino, además de ellos, de los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables a la materia.

Y esto tiene significación, porque esto supone que el Tribunal de Revisión -para mencionar una jurisprudencia que seguramente habrá de ser jurisprudencia mayor por las características del propio Tribunal que luego veremos con detalle- va a aplicar no sólo la normativa Mercosureña, sino que aplicará también principios y disposiciones de Derecho Internacional general, vale decir, del Derecho Internacional en todas sus dimensiones,

tanto la general como la económica internacional y también comercial internacional, sin perjuicio de la especificidad del derecho intergubernamental mercosureño.

Quiere decir que un laudo del MERCOSUR puede llegar a aplicar el Derecho de la OMC. Esta es una primera reflexión un tanto no lineal de lo que es la separación de un organigrama de solución de controversias, en el que habría -simplificando- un organigrama regional aquí y un organigrama mundial allá. Por lo contrario, no hay incomunicación entre los dos organigramas, hay una relación que luego veremos al discutir cuáles serían los límites de esa comunicación.

La segunda referencia que quiero hacer al ámbito de aplicación, es que las controversias comprendidas en el ámbito del Protocolo de Olivos, que puedan también ser sometidas a la solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio, o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados partes del MERCOSUR, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante.

Primera concesión en cuanto a la autonomía de la voluntad en materia jurisdiccional: hay efectivamente elección de foros; se puede elegir el foro regional del MERCOSUR, el foro regional que el Estado específico del MERCOSUR hubiere contraído con otros foros regionales o el foro universal de la OMC. Primera e importante precisión: el Protocolo de Olivos no consagra la exclusividad de un foro de solución de controversias, sino la compatibilidad con otros foros, según libre elección de las partes.

Pero hay algo más. En favor de la parte demandante está la facultad de elegir la jurisdicción, vale decir el foro, pero en favor de ambas está la facultad de convenir el foro; quiere decir que los Estados Parte de Olivos, podrían convenir en ocasión de una controversia, ya sea en forma previa a ésta, o luego de suscitada, el foro, ante el cual discutirla.

Todo esto a qué apunta? A un examen pieletrista, a un examen literal de la norma? No. Apunta a encontrar cuál es clara y precisamente la dimensión de aplicación de este Protocolo. Primer punto, por lo tanto, es el de que existe la posibilidad de más de un foro. ¿Cuál es la relación entre los actos que dicte uno y otro foro? Hay una relación de prevalencia, hay una relación de subordinación, hay una relación jerárquica, hay una relación de superioridad, hay una relación de dimensión de dominio universal o regional, que coloque al dominio universal por encima del regional, hay una dimensión basada en la jerarquía que diga que las reglas del Comercio Internacional de la OMC están por encima de las reglas convencionales regionales? No, no está dicho ésto en ninguna parte.

Sólo existe la posibilidad de que las partes escojan, elijan o seleccionen algunos de esos foros, pero no está dicho que exista una relación de prevalencia. Al no haber una relación de prevalencia, el principio que juega, Principio General de Derecho, es el principio de la prevención, vale decir, aquel foro que comienza a conocer del litigio, o diferencia o controversia, es el foro que sigue teniendo competencia y eso lo afirma claramente el propio Protocolo cuando dice, que una vez iniciado un proceso de solución de controversia, de acuerdo al párrafo anterior, es decir, escogido uno de los foros, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto definido en los términos del Artículo catorce de este Protocolo.

Quiere decir que si las partes eligieron el Tribunal AD-HOC del MERCOSUR o eligieron el Tribunal, -el Tribunal Permanente de Revisión o TPR-, y fueron a él para una primera y única instancia, no pueden luego las mismas partes con motivo de la misma controversia recurrir al foro de la OMC. Y acá contesto una cuestión que sé que es debatible, que sé que es opinable pero yo como abogado tengo una opinión, que paso a exponer.

El principio de la prevención es indudablemente relevante, así como también el principio de la proximidad. Cuando hay un pleito entre Argentina y Uruguay, entre Brasil y Argentina o entre Brasil y Paraguay, etc., la proximidad del mecanismo del MERCOSUR está allí presente, como sucedió en el caso de una interpretación de una resolución en materia de Certificados de Origen, que fue una suerte de *leading case* que tuvimos en el MERCOSUR. Este caso vinculó a una empresa uruguaya fabricante de bicicletas con otro Estado parte del

MERCOSUR, en un pleito que el Estado hizo suyo acompañando a la parte privada, en consideración de estar en juego el régimen mismo de la certificación de origen.

Para fijar el régimen de origen del MERCOSUR, la lógica indicaba que había que atenerse a las normas Mercosureñas, que habían regulado que la Cámara de Industrias era el organismo certificador.

Este asunto encierra también una reflexión adicional, que es la de que quizá esta apertura, esta libre disposición de la jurisdicción, esta suerte de *forum-shopping*, que nos plantea esta norma, es un elemento -en cierto modo- de fragilidad del sistema, pero es una fragilidad a mi juicio acotada por el carácter intergubernamental del organismo. Este mecanismo no es supranacional, y como no es supranacional al no existir un derecho comunitario -porque hay sólo un derecho intergubernamental- parecería lógico que los Estados no se privaran de la facultad de recurrir a un foro diferente del acuerdo intergubernamental, en función de la afirmación de que esto que le ofrece el Protocolo de Olivos no es un mecanismo de solución de controversias por un organismo supranacional.

Entonces acá se nos plantea inmediatamente una cuestión que yo coloco también en el ámbito de aplicación del Protocolo antes de pasar al TPR, que es, por ejemplo, ¿qué pasa con el valor de la cosa juzgada de un fallo recaído en una controversia entre el Estado A y el Estado B en el marco del Protocolo de Olivos, respecto de la posible o eventual reconsideración del asunto a nivel de la OMC?

Aquí hay que sujetarse al principio de la cosa juzgada, y su valor interpartes. Lo que puede suceder es que una parte notoriamente insatisfecha por el fallo recaído al interior del sistema de solución de conflictos del MERCOSUR -y sin que eso suponga que la parte se atribuya la facultad de desconocer el fallo desde que este es obligatorio, imperativo, y tiene fuerza de cosa juzgada- puede ir a la OMC, para expresar allí su diferencia con el criterio aplicado y para que un panel en la OMC, resuelva acaso de un modo diferente a aquel que fue resuelto en el MERCOSUR el mismo tema. Esta no es una controversia entre cosas juzgadas, esta es la diferencia entre un sistema de solución de controversias que termina con un fallo, y un sistema de la OMC que termina con una indicación, son cosas distintas, son cosas diferentes. Y como son diferentes hay que admitir la posibilidad de su compatibilidad o de su conciliación y no de su exclusión recíproca. Sin duda, plantéase aquí un tema de fragmentación que merece un estudio en profundidad, al que, con un alcance general para todo el Derecho Internacional, se encuentra abocada la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI).

Por tanto, para resumir esta parte de la idea, obtenida que fuere la cosa juzgada en el Protocolo de Olivos, esta será obligatoria, vinculante, inevitable para los países concernidos por la contienda, y no podrán éstos ocurrir al sistema universal para revisar la cosa juzgada recaída en ese específico caso sujeto a resolución arbitral. Pero sí es posible que las partes o la parte que desee hacerlo plantee la cuestión en la OMC, para los alcances respecto de terceros, porque eso es en definitiva el límite de la cosa juzgada, obligatoria sólo inter-partes.

El valor de la cosa juzgada en los Estados de Derecho Continental de origen románico, a diferencia del *common-law*, tiene solo alcance interpartes, no juega como precedente ni tiene un efecto vinculante que vaya más allá de lo que puede ser la solución de esta controversia, y eso es un punto que tiene que ver con el valor de las familias jurídicas en los diferentes sistemas jurídicos, especialmente en el ámbito de las fuentes.

Las familias jurídicas influyen sobre las soluciones. Así, el *common-law* influye sobre determinados sistemas de solución de conflictos; por ejemplo, en lo relativo a los contratos internacionales. El derecho románico, por su parte, influye sobre su sistema de conflicto respectivo con una fuente todavía predominante, de base positiva.

Inmediatamente me voy a referir al Tribunal Permanente de Revisión, siendo evidente que el MERCOSUR ha estado zigzagueando entre la idea de tener una justicia o tener un arbitraje. Y ha estado un tanto zigzagueando porque parecería no haberse desenvuelto todavía en la región un espíritu -una *communis opinio*- sobre la pertinencia de crear un tribunal judicial, jurisdiccional clásico, del tipo de aquellos de que disponemos al interior de cada uno de los países, o del tipo de que dispone lo que ha sido el paradigma de todos estos instrumentos de integración, que es la Unión Europea con su Tribunal de Justicia.

Porque no hay duda de que la Unión Europea con su sistema ha influido y seguirá teniendo una gran influencia en la construcción del modelo comunitario.

Pero lo importante aquí es decir que este Tribunal arbitral es un poco la transacción entre quienes querían quedarse con un arbitraje puro y no ir más lejos, y quienes queríamos avanzar en este recorrido hacia la creación de un Tribunal Jurisdiccional. Como en todas las cosas de lo que constituye la integración, y en particular en cuanto a los mecanismos de esta índole, la solución estuvo en una solución transaccional, y la transacción, ¿cuál fue? Bueno, mantengamos los tribunales AD-HOC arbitrales, con todas sus competencias sobre los hechos y sobre el derecho y al Tribunal Permanente de Revisión demosle la competencia sólo de lo que atañe al derecho si se trata de instancia de revisión y sobre unos (hechos) y otro (derecho), si actúa como instancia única.

Por eso está mal denominado este Tribunal de Revisión. En realidad es un Tribunal de Casación, porque si sólo atañe al derecho, no puede revisar los hechos, y si no puede revisar los hechos tampoco es de apelación, porque si fuere de apelación, también involucraría una revisión de los hechos. Quiere decir que no es de Revisión ni de Apelación, es, en esencia, un Tribunal de Casación. Alguien podría decir que es un Tribunal de Anulación; no es tampoco un Tribunal de Anulación, porque la anulación puede ser una de las razones por las cuales se ocurra al Tribunal de alzada, pero no necesariamente la única. Es jurídicamente hablando -a mi juicio- un Tribunal de Casación.

Pero este Tribunal tiene algunas características un tanto peculiares. Primero es un Tribunal Permanente. ¿Qué quiere decir permanente? Este es un gran problema que tenemos. El Artículo diecinueve del Protocolo habla de la disponibilidad permanente, al establecer que los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión, una vez que acepten su designación, deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque, es decir, que tienen que haber unos señores que estén de guardia -como en una sala de medicina donde hay gente que está de guardia, tenga pacientes o no tenga pacientes, llegue un herido o no llegue un herido-. Debe haber una sala de guardia, de salud o de urgencia y hay una sala de guardia también en los servicios de seguridad. Acá, se trata del servicio de seguridad jurídica. Hay una guardia pues, y estos señores tienen que estar disponibles de modo permanente.

Aquí hay una discusión donde se mezclan un poco los temas. Hay quienes dicen que lo que es permanente es la puesta a disposición de los integrantes, y los integrantes tienen por tanto que estar a la orden, pero no quiere decir que el tribunal sea permanente, no tiene por qué estar abierta una oficina y que cada uno de los miembros esté sentado en su respectivo escritorio, sino que estarán cuando se los convoque.

Pero veamos un poquito más cuidadosamente esto. Este tribunal se tiene que integrar con personas de alta especialización, quienes van a revisar laudos dictados por otros Tribunales AD-HOC, también integrados por personas de alta especialización. Quiere decir que la diferencia entre un Tribunal y el otro ya no va a ser un tema de jerarquías de naturaleza personal, sino que va a ser una cuestión de devoción a la aplicación del derecho intergubernamental al caso concreto; de estudio de todos los antecedentes que puedan concurrir a una opinión jurídica; y que naturalmente haga del tribunal un referente de la jurisprudencia mercosureña; no sólo en la instancia de la casación, sino también en la instancia única, porque como ya lo expresamos, este Tribunal Permanente de Revisión, puede no ser de revisión, sino de instancia única si las partes van directamente a él. Caso en el cual deja de ser de Casación con las mismas competencias que los Tribunales AD-HOC, pero con una integración específica para esa función.

Quiere decir que el Tribunal Permanente de Revisión, tiene dos funciones eventuales: una que tiene que ver con la resolución de los recursos de revisión a los que yo llamo casación pero hablemos de revisión para manejar el mismo texto del Protocolo, y otra que es la de entender en los hechos y en el derecho, cuando por la voluntad de las partes, a solicitud de éstas, el Tribunal interviene en instancia única.

A la hora de imaginar un tribunal de estas características, que va a estar a disposición de las partes cuando éstas quieren recurrir a él en instancia única -y que va a estar a disposición de las partes cuando las partes recurren al fallo de primera instancia- ¿lo imaginan como un tribunal de similar convocatoria a los AD-HOC?

Vamos a analizar un poco más este punto. A este Tribunal se le pueden pedir opiniones consultivas, las que a mi juicio el reglamento del Protocolo ha limitado de manera excesiva, al impedir que los particulares puedan pedir opiniones consultivas, cuando, en verdad, el Protocolo de Olivos no lo dice en ninguna parte. Hay aquí una cosa extraña. Veámoslo. Los particulares pueden llegar a acceder al sistema de solución de controversias cuando la Sesión Nacional respectiva endosa el reclamo, pero no puede pedir opiniones consultivas. Quiere decir que pueden lo más, pero no pueden lo menos, esto me crea cierta perplejidad desde el punto de vista jurídico.

Si el reglamento hubiera sido el producto consolidado de una interpretación lógica y sistemática del Protocolo, debería haber consagrado en el reglamento normas habilitantes del particular para acceder a la instancia consultiva, bajo los mismos requisitos, si no se deseaba abrir de modo más flexible tal posibilidad que en el caso de una controversia.

Pero en todo caso no segarle el camino, como se le ha segado al particular para pedir una consulta, porque la opinión consultiva recaída al pedido de un particular podría en muchos casos evitar o cautelar una contienda y hasta evitarla, prevenirla, y en definitiva aclarar cuál es el derecho aplicable.

Pero hay algo más, a este Tribunal le pueden pedir opinión todos los órganos del MERCOSUR, por tanto cabe advertir que este Tribunal -al que le pueden pedir opinión el Consejo MERCOSUR, el Grupo Mercado Común, la Comisión, la Comisión Parlamentaria Conjunta y el Foro Económico Social- tiene que contar con una sede y organización en la que los funcionarios puedan estudiar los temas y sus posibilidades. Es muy difícil, por ello, una permanencia a media máquina con una disposición en la cual Asunción ha dispuesto una hermosa sede, instalaciones, etc. Pero claro, lo único que falta es el Tribunal. Además hay otra cosa: a este Tribunal le pueden pedir opinión los Jueces superiores de los Estados parte, en ocasión de una controversia interna que tiene lugar en ese Estado.

Quiere decir que mañana la Suprema Corte del Uruguay, por ejemplo, le puede pedir a este Tribunal que le dé un informe u opinión sobre una controversia entre dos particulares, en que uno de ellos invoca una norma Mercosureña. Entonces, ¿lo convocan al Tribunal especialmente para que dé esa opinión? ¿lo convocan como si lo convocaran para una resolución AD-HOC de una controversia? Es difícil de imaginar.

Claro está que podría decirse que el Tribunal Permanente quedaría integrado desde la designación de sus miembros y que sólo bastaría con convocarlos. Pero es aquí donde nace el problema, pues para reunirlos los miembros tienen que estar a disposición o sea que no podrían argüir que tienen otros compromisos u obligaciones o excusas, que se lo impidan.

Sin embargo, como sucede muchas veces, el dinero – esto es, el Presupuesto - se venga de las cosas que se hacen sin tomarlo en cuenta, porque este Tribunal implica un presupuesto, este Tribunal implica un costo. Si usted quiere tener un Tribunal del MERCOSUR, pues pague el Tribunal. Si usted quiere tener una Secretaría Técnica y no una mera Secretaría Administrativa o Notarial, pague la Secretaría Técnica. Querer tener Secretaría Técnica, Tribunal para resolver las controversias y prevenir los conflictos, atender las consultas, evacuar las preguntas de los Órganos del MERCOSUR y Tribunales superiores de los países socios, -que además tienden a crecer, porque además este mecanismo seguramente va a extenderse a través de los países como Chile y Bolivia, y eventualmente el Perú, a otros países que no son miembros plenos del MERCOSUR- sin adoptar previsiones presupuestales, es inviable e insustentable.

Quiere decir, por lo tanto, que sostenemos el concepto de un Tribunal que requiere de una permanencia. La idea que nosotros tenemos de disponibilidad permanente no es una disponibilidad exclusivamente personal, es una disponibilidad orgánica. Es el órgano el que tiene que tener disponibilidad permanente. Y esto, creemos, es lo esencial.

Que no estemos preparados suficientemente porque no hemos previsto el asunto y porque, además, el presupuesto, en momentos en el que los países tienen dificultades (naturalmente siempre las habrán de tener a la hora de resolver aportes a los organismos internacionales, como es notorio) hace más difícil la situación porque entre el gasto social, el costo de la salud o el funcionamiento regular del Estado y el aporte a un

organismo internacional, si yo fuera Economista y Ministro de Economía mi prioridad posiblemente no pasaría por el organismo internacional.

Pero las cosas no son así aunque lo parezcan, ya que, cuando uno observa que el crecimiento del comercio en el MERCOSUR fue notoriamente significativo en el 2003 y que las previsiones del 2004 alientan la misma expectativa y que además hay un crecimiento lineal del comercio sostenido al cabo de doce años, salvando la etapa de la crisis y superándola, hay que tener también cierta correspondencia con ese crecimiento y pensar si vale la pena o no tener en el MERCOSUR un Tribunal. Y yo creo que sí vale la pena. He pensado siempre de este modo y de lo que se trata ahora es de financiar su financiamiento.

Porque no tener un Tribunal es un síntoma de inmadurez institucional. Es una muestra elocuente de que el sistema no ha alcanzado todavía el grado de confiabilidad necesario, como para atribuirle a un órgano, o ad-hoc, o Permanente, la capacidad de resolver controversias dentro de una línea de interpretación capaz de construir una jurisprudencia de intereses solvente, sostenida y sólida, que genere una corriente prestigiosa de interpretación doctrinaria, que permita establecer criterios de previsibilidad y de certidumbre que es acaso lo máximo que puede ofrecer un sistema de justicia.

Para finalizar sobre este punto yo creo que, efectivamente, en esta materia nos quedan cosas por definir, y que el MERCOSUR tendrá necesidad de reglamentar esta permanencia -como lo intenta hacer un grupo que está estudiando en este momento el tema- pero reglamentarla sin perder de vista que la transacción no fue entre Tribunal sí o Tribunal no. La transacción fue entre Tribunal Judicial y Tribunal Arbitral. Esa fue la transacción, ese fue el espíritu y el objeto de la transacción, y lo afirmo en mi condición ya no de Profesor sino de Canciller de la República.

Es decir, ese fue el objeto y espíritu de la transacción: tengamos un Tribunal Arbitral Permanente, porque esa será la mejor manera de demostrar el crecimiento institucional del MERCOSUR.

Hay algunos otros temas que a mí me gustaría tocar, aunque mas no sea brevemente, porque sé que han estado en la consideración de los distintos grupos de trabajo, independientemente de que ya se hayan volcado opiniones importantes sobre ellos.

Tenemos un Protocolo de Olivos, tenemos los Tribunales AD-HOC y un Tribunal Permanente de Revisión. Tenemos todo eso, pero resulta que nosotros tenemos un déficit importantísimo en materia de derecho aplicable. ¿Por qué? Porque el derecho aplicable, el que dimana del MERCOSUR, no se internaliza o incorpora, y así buena parte de él no entra en vigor. Esto es, que el Consejo Mercado Común adopta una resolución, el grupo Mercado Común adopta la propia, la Comisión de Comercio lo mismo, etc, y ahí quedan en una situación de stand-by, ya sea porque no existe comunicación entre el órgano que tomó la decisión y los intereses en ella reflejados o porque hay inactualidad, entre el momento en que fue adoptada la disposición y la etapa posterior de su eventual incorporación, etc, etc.

En consecuencia: hay menos de un 50% de la normativa Mercosureña incorporada. Este es un tema muy trillado. Es un tema muy conocido. Todos los años aprobamos una resolución y todas las presidencias Pro-tempore se ocupan de este tema, sin llegar a resolverlo. Pero yo creo que ha llegado el momento de, como decimos en español, matar varios pájaros de un solo tiro.

¿Y cómo creo yo que podríamos matar varios pájaros de un solo tiro?

Primero, porque creo que no podemos esperar a reformar las Constituciones para resolver este problema. Si ponemos como condición previa para la resolución de este problema la reforma de las Constituciones, será realmente un proceso muy largo. Será seguramente un proceso cargado de connotaciones de tipo político porque no existe en nuestra región el concepto de que una puesta a punto en materia de Derecho Internacional o de Derecho Comunitario, o de Derecho de Integración, o de Derecho Regional, o como se le quiera llamar, pueda ser objeto de una reforma Constitucional, independientemente de las reformas políticas. A lo sumo, se piensa que este tipo de reformas puede entrar si hay otra maxi-reforma abarcativa de temas, en esencia, de naturaleza política y aún, como ha sucedido, electoral.

Ya lo hemos vivido eso en nuestro país. Algo sabemos al respecto. Por lo tanto, es difícil imaginar que los países se embarquen cada uno en sendos procesos de reforma constitucional para ver cómo hacen para consagrar la aplicación directa de la normativa Mercosureña. Yo, personalmente, en este momento lo considero eso muy difícil. Realmente de difícil aprobación.

Entonces, ¿cuál podría ser la solución o una de las soluciones? Veamos. Se habla mucho del Parlamento. El Parlamento parecería ser el tema *vedette* del MERCOSUR en este momento. Por nuestra parte, no decimos que el Parlamento como institución no sea importante. Ciertamente lo es. Sin embargo, creo que en el sistema de la Unión Europea (al que se cita como ejemplo), es bastante menos importante de lo que mucha gente cree. Pero cuando uno lee los instrumentos constitutivos del Parlamento, en especial los Tratados vigentes, se encuentra con que normalmente actúa junto con otros órganos, como el Consejo o la Comisión. Pero eso lo analizamos en ese otro trabajo al que yo hacía referencia al comienzo, por eso no lo vamos a plantear ahora.

Pero asumamos que queremos oxigenar el MERCOSUR. Que le queremos dar de alguna manera un mecanismo de consulta a la opinión pública. Que queremos que la opinión pública acompañe el proceso de construcción de este modelo y que lo vea como algo propio. Que no lo vea como algo que le es impuesto y que tenga para sí todas las valencias que tiene un proceso de consulta, de opinión, por lo tanto válido. Asumamos que fuera así. Usemos lo que tenemos, que es la Comisión Parlamentaria Conjunta, que está integrada por las cuatro Sesiones Nacionales de los respectivos Estados.

¿Usarla de qué manera? Del modo que dice el Protocolo de Ouro Preto de 1994, donde ya estaba la solución, al adjudicársele a la Comisión Parlamentaria Conjunta la facultad de facilitar la incorporación y la armonización legislativa de los Estados partes. Eso dice el Protocolo de Ouro Preto (Artículo 25). Entonces se trataría de ver cómo trabajar en la incorporación. Propongo una idea (yo sé que acá hay juristas de alta especialización en este tema, y por lo tanto una masa crítica calificada) para su consideración. Veámoslo.

Yo pienso que podría dictarse una resolución Mercosureña, ya sea del Consejo, ya sea del Grupo Mercado o de la Comisión de Comercio, y establecer que ésta -transcurridos sesenta días o noventa o treinta, dependerá del nivel de cada decisión- entrará directamente en aplicación, a menos que en ese lapso la Comisión Parlamentaria Conjunta, a través de la consulta entre las Sesiones Nacionales (que no requiere viajar, que se puede hacer por e-mail, o por teleconferencia) adopte una posición expresa en contrario e indique el procedimiento a seguir.

Es decir, si dentro de los días que se fijen (treinta, sesenta, noventa, etc, es un plazo convencional) esa Comisión Parlamentaria Conjunta no indica, por ejemplo, que debe de seguirse el procedimiento legislativo de aprobación por cada uno de los Parlamentos la norma entra en vigor. Este es el régimen del Consejo de Estado Francés para los tratados; el tratado entra en vigor si dentro de un plazo determinado el Consejo de Estado Francés no opina de una manera diferente. Seguro estoy que eso tendría dos virtudes a mi juicio: en primer lugar, tendría la virtud de tener un procedimiento expedito, claro, conciso, abreviado, un procedimiento del que hoy se adolece; y la segunda virtud es que tendría intervención, tendría su papel, tendría su rol, la Comisión Parlamentaria Conjunta, vale decir aquel órgano al cual le queremos reconocer ese oxígeno de opinión pública y de participación en el proceso de aprobación de la normativa Mercosureña.

Quiere decir, por lo tanto, que estaríamos por un lado atendiendo a una necesidad operativa muy tangible - como es la aprobación de la norma Mercosureña- y por otro lado relevando la importancia del órgano Comisión Parlamentaria Conjunta.

Yo no puedo ceder a la tentación de decir dos o tres cosas más, aunque muy breves, sobre otro tema, que si bien no ha estado, creo, en la consideración de este Foro, pienso que no deberíamos dejar de tomarlo en cuenta. Me refiero a la creación reciente del llamado COREPER para el MERCOSUR, esto es, el Comité de Representantes Permanentes, que fue creado por una resolución del Consejo MERCOSUR, en diciembre del año 2003. Este órgano, que es un órgano subsidiario, creado por el Consejo, tiene una característica muy

significativa, que es la de que implica el primer órgano de carácter Diplomático, vale decir, no de representación gubernamental, sino diplomática en el MERCOSUR.

No es esta una norma, sino en todo caso una resultancia de la práctica, hasta ahora práctica reciente, obviamente.

Pero este órgano puede tener una serie de facultades de identidad política externa, con una advertencia, que es que el Protocolo de Ouro Preto -al establecer las competencias de los órganos- prevé que el órgano que representa al MERCOSUR es el Consejo, no es la Secretaría, ni es el Grupo Mercado Común, ni es tampoco la Presidencia Pro tempore.

Quiere decir, que el COREPER podría recibir por atribución delegada la competencia para representar al MERCOSUR, en el mundo exterior por ejemplo. No en una negociación strictu sensu, porque el Consejo no tiene la facultad de delegar aquello que no posee, y el Consejo no es supranacional y por lo tanto él no puede negociar. Claramente los que negocian son los países, los Estados, por ejemplo con la Unión Europea en el formato MERCOSUR-UE o en el 4+1 con Estados Unidos. El Consejo simplemente puede aprobar resoluciones. En cuanto a la Presidencia del COREPER, posee competencias propias o delegadas: las primeras de representación política del cuerpo; las segundas, las que mejor convengan al caso concreto. El hecho de haberse previsto que el Presidente del COREPER sería una figura política relevante – lo es hoy día el ex Presidente, Doctor Eduardo Duhalde – le imprime a su acción un fuerte tono político al que el Consejo prestaría su concurso cuando lo crea necesario, y su atención. La coordinación, en todo caso, con la Presidencia Pro Tempore y la Secretaría del MERCOSUR resulta ineludible.

Digo esto para comenzar a abrir nuestra cabeza a la consideración de estos temas que son temas emergentes, temas nuevos, temas que están apareciendo, pero que nos permiten llegar a una conclusión con la cual termino: nos permiten decir que al MERCOSUR le quedan cosas por hacer naturalmente, por ejemplo, darle más consideración al hecho de que los particulares quizá tengan que tener en el futuro algún tipo de acceso más expedito, más rápido, más eficaz a los mecanismos de solución de controversias. Así también, creo que inteligentemente el Protocolo de Olivos ha previsto en el Artículo dos la posibilidad de que se apliquen mecanismos para resolver divergencias entre Estados. No controversias sino divergencias. Se trata de un concepto interesante, la distinción entre divergencias y controversias, que cabría profundizar.

Todo esto debería reglamentarse. Esto son temas que tienen un desarrollo progresivo. Por allí hay una posibilidad importante de que el MERCOSUR siga avanzando. Primera cosa por lo tanto, quedan cosas para hacer, el MERCOSUR tendrá que seguir avanzando.

Pero de lo que no hay duda es que con la creación de la Secretaría Técnica, o con la transformación de la antigua Secretaría Administrativa Técnica, o en Secretaría como tal, con la creación del Tribunal Permanente de Revisión, con los acotamientos, virtudes e insuficiencias que aún podamos sistemáticamente advertir, está claro que hay una evolución progresiva, y está claro que hoy el MERCOSUR tiene una identidad institucional, diferente de la que tenía. De ahí mi alegato en favor de esa permanencia del Tribunal, que no es otra cosa que corresponder con la idea del desarrollo progresivo de la jurisdicción en el MERCOSUR. No es simplemente para patentizar con la presencia puramente, en una suerte, digamos, de escenario de vidriera judicial, sino que es la posibilidad de contar con un cuerpo que estudie los temas, que analice las corrientes jurisprudenciales, que examine los intereses en juego, que conozca con familiaridad las reglas del comercio, que sepa como son las interpretaciones también a nivel internacional, para que al MERCOSUR no tenga que ocurrirle que el fallo que aquí se dicte, luego la OMC pueda adoptar un criterio distinto (aunque técnicamente ello será siempre posible), porque además a la hora de dictar el fallo hay que tener en cuenta los principios del Derecho Internacional General (Artículo 34 del Protocolo de Olivos).

Para eso se necesitan juristas que estudien, gente que esté dedicada a esa tarea. No imagino un Tribunal que se convoque y se reúna cuarenta y ocho o setentas y dos horas, y se vuelva a reunir dentro de quince o veinte días, sin ningún tipo de continuidad. Creo más bien que haya que imaginar algún tipo de apoyo para ese Tribunal, sin sustituir el trabajo específico de sus miembros, en especial al inicio de sus funciones.

Yo creo que hay un trabajo de "carpintería", como suele decirse, que muchas veces hay que hacerlo desde abajo, pero creo que la construcción la tienen que diseñar los arquitectos y los ingenieros. Por lo tanto me parece que los que tienen que tomar estas grandes medidas son los juristas, que por su condición, idoneidad, aptitudes, experiencia, prestigio, valía, conocimientos, representatividad, puedan hacerlo. Si no es así, no tendremos un verdadero Tribunal, tendremos un grupo de gente itinerante convocada que vendrá y que cambiará ideas en los aeropuertos o en los vuelos, que además habrán de ser breves, porque el Tribunal está en Asunción y funcionará allí con el pleno apoyo de Paraguay, a partir de agosto de este año. Quiere decir, por lo tanto, que no tendremos un verdadero Tribunal Permanente, sino que lo que tendremos será una convocatoria Permanente, y entre una convocatoria Permanente y un Tribunal Permanente, yo escojo un Tribunal Permanente.

Entonces por ahí van estas preocupaciones en ese sentido, pero sin desconocer, ni poner en tela de juicio que el Protocolo de Olivos, más allá de sus virtudes, defectos y críticas, constituye un avance en este no fácil recorrido de darle al MERCOSUR las instituciones que el MERCOSUR necesita.

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

RICARDO VIGIL TOLEDO*

1. INTRODUCCIÓN

La Solución de Controversias en el Derecho Comunitario Andino está confiada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, creado por su Tratado de Creación, adoptado en Cartagena de Indias, Colombia el 28 de Mayo de 1979 y modificado por el Protocolo de Trujillo, Perú, aprobado el 10 de Marzo de 1996 y, en parte, a la Secretaría General de la Comunidad.

La creación del Tribunal fue fruto de un largo proceso que se inició en Setiembre de 1971 por mandato de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y vino a culminar, 13 años después, a principios de 1984, cuando se instaló formalmente en su sede en la ciudad de Quito, Ecuador. Tiene 20 años de existencia, precedidos por 13 años de preparación. Lenta andadura si tomamos en consideración que hasta la fecha una gran mayoría de la población de los países que conforman la Comunidad Andina desconocen su funcionamiento; salvo, por cierto, la comunidad comercial, especialmente la vinculada con el comercio exterior. Fernando Uribe Restrepo,¹ ex Magistrado del Tribunal, piensa sin embargo que no fue una creación tardía sino prematura y señala, en apoyo de su aserto, que "todo sistema de controversias – así sea uno que puede considerarse sofisticado y avanzado – como es sin duda la presencia de un Tribunal permanente – nunca es, por si mismo, mejor o peor que otros sistemas alternativos. Deben tener en cuenta las características peculiares del proceso de integración al cual están llamados a servir".

En el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), antes de tomarse la trascendental decisión de su histórica implantación, se hicieron varios estudios al respecto a solicitud de la entonces Junta del Acuerdo de Cartagena entre los que destaca el Estudio intitulado "Los Métodos para la Solución de Conflictos y para asegurar la vigencia del Derecho en los procesos de integración económica". Antes de sus modificaciones, el Acuerdo de Cartagena contenía un mecanismo menos ambicioso para la solución de controversias que consistía en negociaciones, buenos oficios, mediación y conciliación de acuerdo con el protocolo de ALAC de 2 de Setiembre de 1967.

* Las opiniones vertidas en este ensayo son a título personal y no reflejan necesariamente la posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹ Uribe Restrepo, Fernando, en Memoria del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1992, pág. 232.

Ese derogado artículo del Acuerdo ha sido ahora sustituido por el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal que remite a éste, expresamente y de manera excluyente, todas las controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina al no permitir que los países miembros sometan controversia alguna a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento distinto de los contemplados en el Tratado de Creación del Tribunal. Ésta provisión, inspirada en un dispositivo semejante del que rige para la Unión Europea, confirma así el monopolio de la solución de controversias por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al menos para las controversias entre los países miembros entre sí y los de los Organismos del Sistema Andino de Integración entre sí y con los países miembros. Deja asimismo abierta la posibilidad para que, tanto los países miembros como las instituciones del sistema andino de integración en sus relaciones con terceros países puedan someterse voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal; situación ésta que hasta la fecha no se ha presentado. Es evidente que en caso de disputas con terceros países miembros de la Comunidad Latinoamericana se aplicaría en todo caso lo dispuesto en el Tratado de Montevideo o en mecanismos alternos para la solución de controversias.

Para auscultar la razón para haber elegido la opción de un Tribunal Permanente de Justicia para la solución de las controversias a diferencia de un sistema de arbitraje como el que rige en la OMC y en el MERCOSUR, habría que remitirse a las motivaciones políticas que, desde el inicio, llevaron a los países andinos a concebir la formación de una Comunidad, mas que como un Acuerdo de Libre Comercio, como una verdadera integración que apuntara a una unión mucho mas profunda. Existía entonces y persiste aún dicho ideal el mismo que está plasmado en el propio Acuerdo de Cartagena, - carta fundamental y verdadera constitución del sistema andino de integración - en su preámbulo con esta bella invocación: Los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela...*RESUELTOS a fortalecer la unión de sus pueblos y sentar las bases para avanzar hacia la formación de una comunidad subregional andina*". Para concluir, con lo que, a mi parecer, constituye el fundamento mismo de la integración andina: "*CONSCIENTES que la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países a fin de preservar su soberanía e independencia*".

Lo que proyecta dicho Preámbulo es la materialización de la voluntad del Libertador Simón Bolívar expresada en su Carta de Jamaica y en el Congreso Anfictiónico de Panamá, que no es otra que una propuesta de integración con vocación no solo económica y social sino sobretudo política.

Para darle forma a este proyecto de integración los legisladores andinos se inspiraron en las negociaciones que precedieron a la adopción del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero en Europa. Como es sabido,² los autores de esa Piedra de Toque de la actual Unión Europea, influenciados por los negociadores alemanes, cuando se abordó el tema sensible de la solución de controversias, rechazaron la idea de un Tribunal Arbitral y se decidieron por un órgano jurisdiccional; es decir, un por un poder judicial al interior de la Comunidad que haría de los Estados Miembros y de las Instituciones Comunitarias y, en general de los particulares, sujetos justiciables de ese Tribunal.

En la Comunidad Andina se optó por ese modelo. De ahí que la estructura, las competencias y las atribuciones del Órgano Jurisdiccional de la Comunidad Andina guarden tanta semejanza con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; y ello explica también que se siga de cerca el desarrollo de su jurisprudencia y que exista una relación mutua de cooperación entre ambos órganos jurisdiccionales. De otro lado, la naturaleza y las características del Derecho comunitario andino son idénticas al Derecho comunitario europeo en lo fundamental. Ambos Derechos tienen bases jurídicas distintas al Derecho internacional clásico, como bien anota Guy Isaac:³ (a) La justicia internacional es voluntaria. El sometimiento al Juez Arbitral está en función de la existencia de un Compromiso Arbitral mientras que en el Caso de la justicia Comunitaria es obligatoria; El juez comunitario, al igual que los jueces nacionales no puede renunciar a pronunciarse.⁴ (b) En la justicia comunitaria las personas naturales y jurídicas tienen acceso directo, lo que no sucede en la justicia internacional y

² ISAAC, Guy, Manual de Derecho Comunitario General, 5ª. Edición 2000 Editorial Ariel, Barcelona, Pág. 314.

³ Ibid.pág xxx

⁴ CJCE 12.7.1957 Algéria 7/56 y 3-7/57 Rec 118.

(c) Las sentencias internacionales solo son obligatorias para los Estados en cuestión mientras que en la Comunitaria tienen fuerza ejecutiva en el Territorio de los Estados Miembros.

El Derecho Comunitario Andino para ser aplicado correctamente y de manera uniforme en el territorio de todos los países miembros requería de la creación de un Tribunal Supranacional mediante una transferencia de poderes y competencias, originalmente reservados a los órganos jurisdiccionales nacionales. Es por eso que con el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se termina de configurar, luego del Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios, un verdadero Derecho constitucional comunitario para aplicar e interpretar con exclusividad las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino; derecho que tiene primacía sobre el derecho nacional de los países miembros y que escapa al control de la constitucionalidad por parte de los tribunales constitucionales de cada estado, como bien anota Allan Brewer Carias.⁵

En palabras del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

"El Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios junto con el Tratado que establece el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituyen el Derecho Primario Comunitario que crea una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias y de poderes derivados de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Países Miembros a la Comunidad en materias específicas".⁶

Estos fundamentos, que recuerdan los de la célebre sentencia Flaminio Costa (Sentencia del 15 de Julio de 1964, asunto 6/64) del Tribunal de las Comunidades Europeas, imprimen el carácter constitucional de las atribuciones del Tribunal por la auto limitación soberana que al efecto hicieron los países miembros al adoptar dichos instrumentos de integración, amparados, por cierto, en el mandato constitucional de cada uno de sus respectivos países. Al suscribir y ratificar dichos instrumentos internacionales ratificaron asimismo su voluntad de construir una integración no solo basada en vínculos de carácter económico sino dentro de un espectro más amplio, que incluyera aspectos sociales y políticos al igual que en la Unión Europea. Esto quedó ratificado con el último Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino, conocido como el Protocolo de Cochabamba, suscrito el 28 de mayo de 1996, donde el Acuerdo Subregional pasó a llamarse "Comunidad Andina", ratificándose así, con un instrumento de Derecho Primario, la vocación integracionista de sus países miembros.

La partida de nacimiento de un proceso de integración consiste, pues, en una transferencia de competencias y una limitación de poderes de los países que la quieren conformar, de otro modo se establecería solo un mecanismo de cooperación, que es lo que, en esencia, contienen los tratados internacionales y lo que normalmente se utiliza para acercar a países o Grupos Regionales antes de iniciar lo que puede llamarse, en propiedad, un proceso de integración. Es con la atribución o con la transferencia de competencias y poderes, aunque sea en un solo aspecto, que se inicia propiamente el proceso de integración y es entendible y acertado que en un comienzo este acuerdo este limitado exclusivamente a aspectos económicos; pero ello no desvirtúa sino que más bien refuerza la voluntad de integración que necesariamente debe hacerse de manera paulatina y progresiva, incorporando luego otros aspectos en la agenda como la agenda social "que es la agenda de lucha contra la pobreza, la exclusión y la desigualdad" como lo ha anunciado recientemente el nuevo Secretario General de la Comunidad Andina.⁷

El derrotero está indicado en el preámbulo del Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, la implementación para alcanzar ese anhelo, su materialización para que incluya otros aspectos como los sociales, los culturales y los políticos, debe quedar registrado de manera constante en la parte dispositiva del Derecho primario comunitario, cuando el tiempo así lo exija, con sendas incorporaciones puntuales.

⁵ BREWER CARIAS, Allan en "Implicancias Constitucionales ene. Proceso Andino", en Derecho Comunitario Andino PUCP, 2003, Pág. 101 y sgts.

⁶ TJCA, Sentencia en Proceso 14-AN-2001.

⁷ XIV Consejo Presidencial andino, Quirama – Colombia. Palabras del Secretario General de la Comunidad Andina, Guillermo Fernández de Soto, 27 de junio de 2003.

Una alegada falta de atribuciones específicas de competencias dentro de los ordenamientos constitucionales de los países miembros ha generado preocupación por parte de estudiosos de la materia,⁸ por cuanto, se afirma, existe una diferencia entre el proceso de integración de América Latina con el Europeo que ha cuidado de señalar en su Carta Constitucional – el Tratado de Roma- que "la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna".⁹ mientras que en algunos países de la Comunidad Andina, se alega, han "querido adentrarse en un proceso de integración sin atender las exigencias constitucionales".

El tema ha sido tratado en diferentes foros y en ellos se ha alegado que existe mandato constitucional en todos ellos aún cuando es más específico sólo en los casos de Colombia y Venezuela. En el caso de Bolivia los artículos 59 y 96 de su Constitución tratan de los acuerdos que puede firmar el Estado boliviano y aunque no se señalan expresamente específicamente los acuerdos de integración y órganos supranacionales, estos artículos darían suficiente autoridad para celebrar tratados de integración.

En el caso de Ecuador el artículo 4 de la Constitución de 1998 señala que el Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacional "propugna la integración, de manera especial la andina y latinoamericana y el artículo 161 establece que el Congreso Nacional aprobará o desaprobará los tratados y convenios internacionales que "comprometan al país en acuerdos de integración".

En el caso del Perú, ésta se deduce del texto de la Constitución de 1979, bajo cuyo mandato el Perú suscribió y ratificó el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. El texto constitucional peruano no puede ser más explícito al declarar su vocación integracionista con estas palabras: "Convencidos de la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo".

Para consignar de manera expresa en su artículo 100 que "el Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los Pueblos de América Latina, con miras a la formación latinoamericana de Naciones". Es un mandato que encarna los ideales bolivarianos y que no se limita a la integración de la subregión andina sino que es extensiva a la formación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones. Este es el marco constitucional adecuado no solo para incorporar dentro del ordenamiento jurídico nacional los Tratados y Acuerdos –con sus correspondientes atribuciones de competencias- de la Comunidad Andina sino también el fundamento para la incorporación del Perú como miembro asociado del MERCOSUR y lo será también para asociarse a otros esquemas de integración que promueva ALADI. Es de mencionar que la Constitución vigente aprobada el 1993 no derogó estos lineamientos generales sino que antes bien lo ratificó en su artículo 44 al señalar que es deber del estado promover la integración, particularmente la latinoamericana.

En Colombia el mandato no solo está en el preámbulo de la Constitución: ("... comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana) sino que los artículos 9, 150, 227 y 289, señalan que la política exterior se orientará a la integración de Latinoamérica y el Caribe, y que se podrán transferir atribuciones a organismos internacionales que promuevan la integración y que se podrá elegir democráticamente a los integrantes de un Parlamento Andino.

En el caso de Venezuela, en la Constitución Bolivariana de 2000 tanto en el preámbulo como en el artículo 153, se señala que debe existir la cooperación pacífica entre las naciones, la promoción de la integración latinoamericana y caribeña, y de la creación de una comunidad latinoamericana de naciones. Indica que se pueden atribuir poderes a organismos supranacionales y elegir democráticamente a los representantes a un Parlamento Andino.

⁸ Ver BREWER Carías, Allan "Implicancias Constitucionales del proceso de Integración en la Comunidad Andina" en Derecho Comunitario Andino. Pontificia Universidad Católica del Perú IEL, 2003.

⁹ Artículo 3 b) del Tratado de la Unión Europea.

2. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA COMUNIDAD ANDINA

Como ha sido dicho, el Acuerdo de Cartagena, le atribuye la función jurisdiccional dentro del proceso de integración al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, en parte, a la Secretaría General en la medida que encarga a ésta la investigación administrativa que es una fase pre-contenciosa pero de ineludible observancia para determinar la responsabilidad de los Estados Partes en los casos de alegado incumplimiento del ordenamiento jurídico andino.

2.1. La Secretaría General de la Comunidad Andina

Es el órgano ejecutivo y administrativo del acuerdo subregional andino, carácter que le ha sido otorgado por el Acuerdo de Cartagena y que le confiere facultades cuasi-jurisdiccionales como también cuasi-legislativas en algunas materias vinculadas a lo que se debe entender por requisitos de origen, por gravámenes y restricciones en el comercio intracomunitario pero, fundamentalmente, se le atribuye la función de "velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina...".¹⁰ En el propio Tratado de Creación del Tribunal de Justicia está previsto el procedimiento para el trámite de las Controversias ante la Secretaría General cuyo reglamento esta contenido en la Decisión 425 que norma los Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Los procedimientos llevados a cabo ante la Secretaría General se rigen por los principios de legalidad, economía y celeridad procesal, igualdad, eficacia, transparencia y están sujetos a las formalidades establecidas en las normas antes citadas.

Las decisiones o conclusiones a las que llegue la Secretaría en cada procedimiento se expresan mediante Resoluciones. Las mismas deben contener, el órgano emisor; la indicación de las disposiciones legales en las que se basa; los fundamentos de hecho y de derecho, señalando los alegatos de haber sido presentados; la medida dictada; la fecha de emisión; la firma del Secretario General y el Sello de la Secretaría General.

Cada caso analizado, presenta características particulares, señaladas en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, sin embargo ya se trate de procedimiento por incumplimiento o para calificación de gravámenes, etc.; todos tienen en común que la labor de la Secretaría General se inicia con la apertura de la investigación del caso y, de considerarlo pertinente luego de realizadas ciertas indagaciones con la remisión de observaciones por escrito al País Miembro que estaría incurriendo en incumplimiento de la normativa andina, fijando un plazo para que dicho país responda. Una vez que se reciba la respuesta o se venza el plazo para hacerlo, la Secretaría General debe pronunciarse mediante dictamen motivado.

Las Resoluciones son publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Una vez publicada los Países Miembros deberán cumplir de manera inmediata con lo indicado en las mismas, en base a la naturaleza misma de la norma comunitaria que es no solo supranacional sino que su ejecución es inmediata y con preeminencia de cualquier norma nacional (excepto si la propia Resolución señala una fecha posterior de entrada en vigencia de la misma). En caso de incumplimiento la Secretaría General, a petición de parte o de oficio, puede acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, iniciando la fase contenciosa en una acción de incumplimiento a fin de exigir la restauración del derecho conculcado y el cumplimiento de las obligaciones o caso contrario la imposición de sanciones.

Una vez agotada la etapa administrativa o pre-contenciosa ante la Secretaría General; la tutela jurisdiccional del Derecho Comunitario Andino, queda confiada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que tiene la misión de garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario¹¹ al cual se puede recurrir básicamente a través de cinco acciones judiciales concretas.

¹⁰ Artículo 30 literal a) del Acuerdo de Cartagena.

¹¹ El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia; las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y los Convenios de Complementación Industrial.

Sin embargo ni que el Tratado ni el Estatuto descartan la posibilidad de un mecanismo prejudicial de consultas o buenos oficios que pudiera ejercer directamente el Secretario General de la CAN con los Representantes Diplomáticos, a nivel de Embajadores, acreditados en Lima a fin de evitar el procesamiento de casos de incumplimiento, sobretodo los que resultan obvios desde la misma emisión del Dictamen y aún antes, desde el mismo inicio de la investigación. El inicio de la Acción ante el Órgano Jurisdiccional debería estar reservada tan solo para aquellos casos que ofrezcan una duda razonable que deba ser dirimida.

2.2. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

En la Declaración de Presidentes de Bogotá, en 1978, los mandatarios expresaron la necesidad de crear el Tribunal Andino de Justicia señalando las competencias que deberían corresponderle teniendo en consideración que "los avances registrados en el proceso de integración andina demuestran la impostergable necesidad de disponer de un órgano jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los países miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo" Con esa Declaración quedó plasmada la voluntad política de los países miembros para constituir el Tribunal con las competencias que luego se incluirían en el Tratado de Creación del Tribunal y se aumentarían en sus protocolos modificatorios.

El Tribunal está integrado por cinco magistrados, quienes deberán ser nacionales de origen de los Países Miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsulto de notoria competencia. Gozan de absoluta independencia y no pueden desempeñar otras actividades profesionales remuneradas o no excepto las de naturaleza docente. Son elegidos por unanimidad de los Países Miembros de ternas presentadas por cada país miembro por un período de seis años. Gozan de las inmunidades y privilegios que corresponden a un Jefe de Misión.

El Tribunal es competente para conocer de cinco tipos de acciones: de nulidad, de incumplimiento, interpretación prejudicial, recurso por omisión o inactividad y demanda laboral y además tiene atribuida una competencia arbitral para dirimir las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos o convenios suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros.

2.2.1. La Acción de nulidad

Con esta acción se busca ejercer el control y fiscalización de los actos comunitarios, declarando la nulidad de las Decisiones, Resoluciones y Convenios que sean dictados en contravención de las normas del Ordenamiento Jurídico Andino; incluso por desviación de poder. Esta acción se basa en la Tutela y el control de la legalidad y como en el caso del Derecho comunitario europeo su origen al igual que la acción de incumplimiento y del recurso por omisión son una transposición de las competencias del Consejo de Estado Francés en el procedimiento contencioso administrativo.¹²

Al respecto el Tribunal ha señalado que: "El control judicial de la legalidad busca que prime la seguridad jurídica como base para el fortalecimiento del sistema de integración".¹³

Esta acción puede ser intentada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los Países Miembros y las personas jurídicas o naturales cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos sean afectados. Los requisitos para las persona naturales y jurídicas han sido flexibilizados mediante jurisprudencia, señalándose que "... esta concepción amplia de participación de los particulares, sustituyó el requisito existente en el Tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser, en el caso de los particulares, quien demostrara que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio,

¹² ISAAC Guy, Ob. Cit., Pág. 315.

¹³ Sentencia dictada en el Proceso 14-AN-2001, Cesar Moyano B. contra artículos 1, 2 y 279 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en G.O.A.C. N° 773 de 18/3/2002.

por el requisito mucho más amplio y genérico de que las normas acusadas afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos".

La norma vigente es pues, mucho más abierta que la del Tratado original, al manifestar que solo es necesario acreditar que la norma impugnada pueda afectar al particular, esto es, bien sea en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos. En el caso en cuestión el accionante alegó, y demostró a juicio del Tribunal, la afectación en cuanto a su interés legítimo, basando su fundamento en su condición de abogado en ejercicio de su profesión y de ciudadano sujeto al régimen jurídico establecido en las normas comunitarias objeto de la demanda. Nada dijo, es cierto, respecto del derecho subjetivo posiblemente afectado pero no estaba obligado a hacerlo en la medida en que la norma que lo faculta sólo exige para acreditar la titularidad de la acción que se demuestre uno cualquiera de los elementos o factores acreditantes de la titularidad: o el interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo.

El Tribunal ha expresado:

"En el caso de la acción de nulidad la reforma para consagrar esta concepción amplia de participación de los particulares sustituyó el requisito existente en el Tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser, en el caso de los particulares, quien demostrara que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio por el requisito mucho más amplio y genérico de que las normas acusadas "afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos".

"El particular que establece la demanda de nulidad se presenta alegando el interés legítimo del cual es titular; en primer lugar, por su condición de individuo que se beneficia directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración andino; en segundo lugar, porque como abogado tiene interés en el mantenimiento, respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que se encuentra, para el caso que nos ocupa, tanto en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos como en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, pues si la Comisión no lo cumple, se rompe ese ordenamiento jurídico, imposibilitándose, así, el desenvolvimiento normal de la Comunidad Andina, lo cual me causa perjuicio, no sólo como abogado sino como persona sometida a dicho ordenamiento, pues como lo ha expresado el Tribunal los individuos se benefician directamente del ordenamiento jurídico, lo que los convierte, a la vez, en sujetos activos y obligados por el mismo".¹⁴

Con esta sentencia el Tribunal ha demostrado que el ordenamiento jurídico comunitario andino es en este sentido mucho más liberal que el de las Comunidades Europeas donde el Tratado constitutivo limitó el acceso de los particulares a la justicia comunitaria al no reconocerles el derecho a impugnar los actos de carácter general de las instituciones comunitarias.¹⁵

Esta acción debe ser intentada dentro de los dos años siguientes a la fecha de la entrada en vigencia del acto denunciado. Con la interposición de ésta acción no se afecta la eficacia o vigencia de la norma impugnada. Sin embargo, como medida cautelar puede solicitarse la suspensión. El Tribunal señalará en la sentencia los efectos en el tiempo de la sentencia impugnada.

2.2.2 La Acción de incumplimiento

Cuando se considere que la conducta de un País Miembro es contraria al ordenamiento jurídico comunitario, podrá intentarse esta acción a fin de que se dé cumplimiento a los compromisos adquiridos en el marco de la integración andina.

¹⁴ TJCA Proceso 14-AN- 2001.

¹⁵ Ortega Marta "El acceso de los particulares a la justicia comunitaria" Ariel Practicum, Barcelona 1999 Pág. 225.

El Tribunal ha sostenido que *"... a través de dicha acción, se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena. Este Tribunal asegura la observancia de la normativa jurídica andina así como el control de la legalidad del sistema, de acuerdo con lo previsto en su Tratado de Creación, que lo consagra como el Órgano Jurisdiccional de la Comunidad, con competencias para declarar e interpretar uniformemente el derecho comunitario y dirimir las controversias que surjan del mismo"*.¹⁶

Esta acción puede intentarse por la Secretaría General, los Países Miembros y en algunos casos por personas naturales o jurídicas cuando el presunto incumplimiento pudiera afectar sus derechos subjetivos. A solicitud de parte interesada, el Tribunal antes de dictar sentencia puede suspender temporalmente la medida que supuestamente incumple con el ordenamiento jurídico.

En cuanto a los requisitos que deben cumplirse para el ejercicio de la acción el Tribunal de Justicia ha señalado:

"Anteriormente se ha expresado que para que se pueda incoar válidamente la acción de incumplimiento, deben satisfacerse previamente algunas exigencias legales, como son las que derivan de lo dispuesto por los artículos 23 y 24 del Tratado de Creación del Tribunal, y que nuevamente se resumen, con el objeto de precisar si ellas fueron observadas en este Proceso: a) La nota de observaciones o pliego de cargos dirigido por la Secretaría General al País Miembro inculcado de incumplimiento en la que se le hacen saber las circunstancias de hecho y de derecho que configuran la conducta objeto de censura; b) La oportunidad procesal que debe otorgarse al País Miembro para rendir explicaciones o para corregir o enmendar su conducta; y, c) el dictamen de incumplimiento, de ser el caso.

Jurisprudencialmente se ha establecido, además, que debe existir correspondencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento y, por supuesto, entre éstas y las que sirven de fundamento a la demanda.

Como presupuesto procesal de la acción de incumplimiento se establece la necesidad de agotar, ante la Secretaría General y también por parte de ésta, unos actos prejudiciales semejantes a los que constituyen el "agotamiento de la vía gubernativa" en los ordenamientos jurídicos nacionales. Tres son los pasos previos a la interposición de la demanda ante el Tribunal, bien sea que ésta la proponga la Secretaría General o bien que la formule alguno de los Países Miembros: Primero, la formulación de observaciones por escrito, hecha por la Secretaría General al País Miembro al que se imputa el incumplimiento (observaciones que se formulan de oficio, o por reclamo que presente un País Miembro o personas particulares). Segundo, la respuesta del país cuya conducta es objeto de las observaciones, la cual deberá realizarse dentro de un plazo que no excederá de dos meses. Y, tercero, la elaboración y emisión de un dictamen por la Secretaría General, el cual puede ser de incumplimiento, en el caso de que así resulte cuando el País Miembro inculcado no haya dado respuesta a las observaciones o que éstas no sean satisfactorias; o, correlativamente, de cumplimiento si las explicaciones rendidas así lo ameritan.

En efecto, con el objeto de garantizar al País Miembro inculcado el derecho de defensa, tanto en la etapa prejudicial ante la Secretaría General como en el proceso ante El Tribunal, la jurisprudencia de éste ha señalado que las razones fundamentatorias del incumplimiento que se impute al País Miembro tanto en la nota de observaciones como en el respectivo y posterior dictamen, guarden congruencia entre sí y con la demanda que llegare a intentarse ante el Tribunal Andino para iniciar la subsiguiente vía judicial. Ha dicho... 'para este Tribunal Andino basta con que a su juicio exista suficiente congruencia en los tres momentos procesales, para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo a la controversia'".¹⁷

¹⁶ Sentencia dictada dentro del Proceso 52-AI-2002, Secretaría General c/ República Bolivariana de Venezuela, publicada en G.O.A.C. N° 990 del 1/10/2003.

¹⁷ TJCA, Proceso 07-AI-99 del 12 de Noviembre de 1999.

Si en la sentencia la conducta del País Miembro es declarada como de incumplimiento, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución en un plazo no mayor de 90 días. De no ser así, se abrirá el procedimiento sumario por desacato, en el cual el País acusado podrá demostrar si ha cumplido o no con la sentencia dictada. De no haber cumplido con la misma se podrá autorizar la imposición de sanciones por el resto de los Países Miembros.

El acceso de los particulares a esta acción es más limitado del que tienen con respecto a la Acción de Nulidad pues a diferencia de aquél donde solo es necesario acreditar un interés legítimo, en el caso de las acciones de incumplimiento es menester acreditar que el incumplimiento afecta un derecho subjetivo del accionante, como lo dispone el artículo 25 del Tratado.

Así el Tribunal de Justicia ha manifestado:

"Que la acción de incumplimiento sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de un derecho, y que la carga de probar en autos la afectación del citado derecho incumbe al actor;

Que el recurrente en el presente caso no fundamentó su acción en la afectación de su derecho, como lo exige el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, sino en la presunta titularidad de un interés legítimo, razón suficiente para ejercer la acción de nulidad, pero no bastante para ejercer la de incumplimiento;

Que no obra en autos elemento alguno demostrativo de la afectación de los derechos del recurrente, como lo exige el artículo 49, literal b, del Estatuto del Tribunal;

Que el recurrente no denunció in concreto la violación de norma comunitaria alguna, y que tampoco invocó norma expresa en apoyo de sus alegatos, relativos al derecho a la tutela de los particulares en virtud de las iniciativas y riesgos que están llamados a asumir, y a la inexigibilidad del perjuicio como presupuesto de la acción de incumplimiento."

2.2.3 La Interpretación prejudicial

Se conoce como la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina por cuanto mediante dicho mecanismo el Tribunal asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino. Esta acción es de colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario.

El Tribunal se limita a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto, sin interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso.¹⁸

La interpretación que realice el Tribunal tiene carácter obligatorio. Así lo indica tanto el Tratado como el Estatuto: "El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal".¹⁹

Lo resuelto por el Tribunal Andino vincula al juez nacional solicitante de la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquiera de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión, en el sentido de que deberán dar a la normativa comunitaria, dentro del litigio nacional, el significado recogido y decidido por el Tribunal.

Las consultas pueden ser facultativas y obligatorias. La primera se refiere a que: "Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento

¹⁸ Artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal.

¹⁹ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 35. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 127.

jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso".²⁰

Mientras que la obligatoria, "De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal".²¹

Esta acción resulta fundamental para garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en el territorio de todos los países miembros. La relación por lo tanto entre el Juez Nacional y el Comunitario es una relación de inter pares que deben cooperar entre sí. Es necesario recordar en apoyo de este aserto que según lo señalan los artículos 32 y 34 del Tratado de Creación del Tribunal, es de competencia del órgano supranacional la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad, mientras que la aplicación de dichas normas, a los hechos de cada causa son de competencia exclusiva de los jueces nacionales de cada País Miembro.

2.2.4 El Recurso por omisión o inactividad

Este recurso tiene por objeto "hacer cesar la inactividad y compeler, ya sea al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión o a la Secretaría General, cuando se encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento".²²

Puede ser intentada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales y jurídicas. Antes de recurrir al Tribunal, debe requerirse por escrito al órgano correspondiente, el cumplimiento de la actividad omitida.

Dentro de los treinta días siguientes a la admisión del recurso y una vez que se pidan explicaciones al representante del órgano acusado, el Tribunal emitirá la sentencia que corresponda.

2.2.5 La Acción laboral

Esta se refiere a la solución de controversias que puedan ocurrir por una relación de trabajo entre los órganos del Sistema Andino de Integración y sus funcionarios o empleados. Previamente deberá el afectado requerir a sus empleadores sus derechos laborales.

Luego de contestada la demanda, se convocará a las partes a una audiencia de conciliación.

En estos casos se aplicarán los principios generales del derecho laboral. La acción prescribe a los tres años contados desde el acto que origina el reclamo.

En todos los casos, las decisiones tendrán fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada. Los únicos recursos de las que serán objeto las serán las sentencias serán enmienda, aplicación, aclaración y revisión.

²⁰ Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 121.

²¹ Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 122.

²² Sentencia dictada dentro del Proceso 70-RO-2003, República del Perú c/ Secretaría General

2.2.6 La Función Arbitral

El Tribunal es competente para ejercer función arbitral dirimiendo, mediante arbitraje, controversias ocurridas por la aplicación o interpretación de contratos, convenios suscritos entre órganos del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros cuando así sea acordado por las partes.²³ Hasta la fecha, sin embargo, el Tribunal no ha tramitado ninguna causa arbitral en este sentido.

CONCLUSIONES

Cabe recordar aquí lo dicho en la introducción de esta charla, citando las palabras de Fernando Uribe Restrepo, ex Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el sentido que no existe un sistema de solución de controversias mejor o peor que otro. La opción de elegir entre un Sistema de Solución de Controversias en base a un Tribunal de Justicia Permanente o un Tribunal Arbitral está necesariamente vinculada con la decisión política de la dimensión de la integración que se pretende alcanzar. Una integración profunda que incluya no solamente aspectos económicos sino también sociales, culturales y políticos requiere, para consolidarse, de un Tribunal Permanente que se erija como guardián de la legalidad del Acuerdo Político que da nacimiento a dicha Comunidad de Naciones. Un sistema de Solución de Controversias distinto al que ejerce un órgano jurisdiccional comunitario es impensable dentro de un esquema de integración política donde existe una transferencia de atribuciones y competencias a órganos comunitarios distintos e independientes de los países miembros.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha ido asentándose con el tiempo y lo que no hace muchos años constituía una actividad un tanto aislada y ajena al desarrollo y la promoción del Derecho comunitario ha tenido un incremento progresivo de causas que confirman que existe una mejor percepción del proceso por parte de la comunidad, es decir por los habitantes de los cinco países que la conforman que son sus destinatarios finales. Sin embargo el sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina esta lejos de ser satisfactorio, pero no por defectos intrínsecos del sistema sino por el desconocimiento que aún persiste, lamentablemente, por parte de los mismos profesionales del Derecho, es decir, jueces y abogados. Esto sin embargo, no es privativo del proceso comunitario andino; también lo es del propio proceso de integración en la Unión Europea como se puede apreciar del *Informe del Grupo de Reflexión sobre el sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas*, que, presidido por Ole Due, antiguo Juez y Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien ha señalado sin ambages que uno de los mayores problemas que enfrenta el sistema jurisdiccional europeo es "*una mejor aptitud de los jueces nacionales para solucionar por sí mismos, con clarividencia, un número creciente de cuestiones de derecho comunitario que surgen en el ejercicio de sus competencias nacionales*". Y para ello sugiere "*garantizar urgentemente una mejor formación en Derecho comunitario y poner a disposición de esos profesionales medios de información potentes que les permitan conocer sin dificultad los elementos más recientes de la legislación o de la jurisprudencia comunitarias*".²⁴

A fin de remediar el problema de la falta de divulgación apropiada del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia y la Secretaría de la Comunidad Andina, apoyados por la Unión Europea y la Comisión Andina de Juristas, ha emprendido un programa en esa dirección mediante Seminarios subregionales y nacionales en los cinco países que la conforman, donde es posible intercambiar con las autoridades nacionales y especialmente las judiciales los problemas de la implementación de las normas de Derecho comunitario, haciéndose especial énfasis en el Derecho a la competencia que se encuentra en la agenda de la Comisión de la Comunidad Andina.

El otro problema que no se puede soslayar seguirá siendo, al igual que lo fue para la Unión Europea, es el de los incumplimientos a las normas comunitarias por parte de los países miembros.

En la gran mayoría de los casos las obligaciones incumplidas son claras que ni siquiera ameritarían la iniciación de un proceso judicial sino fuera por la necesidad de solicitar al Órgano Jurisdiccional el mandato para imponer sanciones que son restrictivas del comercio intracomunitario y de suyo sensibles pues afectan a los

²³ Artículo 38 del Tratado de Creación del Tribunal.

²⁴ ALONSO GARCIA, Ricardo "El Juez Español y el Derecho comunitario, consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003.

comerciantes al tener que pagar sobre tasas aduaneras tanto en las exportaciones como en las importaciones por faltas cuya remoción o incumplimiento no depende de ellos. Hay que recordar que el problema de los incumplimientos contamina el proceso diáfano orientado a concretar los ideales de la integración. Como ha señalara el Dr. Fernando Uribe Restrepo hace diez años, en esta misma Ciudad de Montevideo , en una convocatoria similar, "*Se olvida que en la práctica dichos incumplimientos suelen incluso utilizarse por parte de los Países Miembros, como armas o argumentos en las negociaciones bilaterales, cuando no como verdaderas medidas de retorsión*" y termina diciendo: "*Una verdadera controversia jurídica no puede confundirse con casos de simple desacato o rebeldía. La frecuencia y gravedad de tales casos depende, por supuesto, no de las normas jurídicas ni del trabajo de los jueces, sino del grado de madurez que se haya logrado alcanzar dentro del correspondiente proceso de integración*".²⁵

Este problema fue solucionado en parte en la Unión Europea con la imposición de multas a los estados miembros que al haber sido pasivos de una sanción de incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia no tomaron las medidas necesarias para enmendar esa situación. Esa es sin embargo una medida impopular pero la ausencia de sentencias imponiendo dicha sanción, salvo un caso, hace pensar que tal medida drástica tuvo efectos inmediatos para corregir esa situación. Llegar al Tribunal para discutir un incumplimiento debería ser excepcional y es cuando se discute un problema de interpretación de la norma que ha dado origen a una inaplicación, a una errónea aplicación de ella o en todo caso a una omisión con respecto a ella pero no puede pensarse que es un trámite más para prolongar una situación, que en la mayoría de los casos el incumplimiento aflora de manera evidente.

El cotejo de ambos sistemas de solución de controversias está en debate porque lo que está en debate es el acercamiento de los dos bloques sudamericanos para lograr un mercado de libre comercio, pero con proyecciones de una integración física, como lo demuestra el impulso que se le ha dado al Programa IIRSA y la repercusión que éste tendrá en el espacio sudamericano. Es evidente que esa es la dirección y el tema que ahora nos ocupa cala profundamente en este momentum, excepcional para toda América del Sur, a la luz de los Tratados de Libre Comercio que se empiezan a negociar, del ingreso como miembros asociados del MERCOSUR de dos miembros natos de la Comunidad Andina y de las futuras negociaciones para el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

De lo que estoy seguro es que tanto la Comunidad Andina como el MERCOSUR seguirán siendo, básicamente, acuerdos subregionales de carácter económico, al igual que la Unión Europea donde la cesión de atribuciones y competencias sigue siendo restrictiva y no ha podido aún, por ejemplo, abordar la agenda social en toda su dimensión como es el caso de la Seguridad Social.

En esa circunstancia, tomando en consideración todo el bagaje normativo que se ha efectuado, como paso previo a una integración mas profunda, no sería difícil armonizar las legislaciones vigentes en ambos grupos subregionales en materias específicas que ya han sido materia de normas comunitarias, tales como la normativa sobre Propiedad Intelectual, basada en el ADPIC de la OMC, las normas sobre Competencia que se encuentran en revisión y que serán materia de una normativa comunitaria y las normas sobre Transporte Multimodal, tomando en consideración los avances del proyecto IIRSA. Estos tres elementos, que tienen prioridad en la agenda comercial, constituirían un bloque que permitiría avanzar en el largo proceso de integración que ya existe en América del Sur y no se me ocurre mejor foro para esta armonización que la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI, con el apoyo de los organismos tanto de la CAN como del MERCOSUR y el generoso apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo que ha organizado estas jornadas. Una interpretación uniforme de la aplicación de dichas normas en todo el territorio Sudamericano sería, de suyo, una suerte de fundación del esquema de integración que aspiramos y que es ahora, mas que nunca, imparable.

No puedo dejar de mirar, para concluir, el ejemplo europeo. A diferencia de nosotros que, de hecho, somos una comunidad en el sentido que compartimos una misma tradición y cultura, ellos estaban atomizados por practicar diferentes religiones, hablar idiomas distintos y tener, en suma, sistemas jurídicos diferentes, pero tenían la firme resolución de integrarse y por eso diseñaron un sistema para acoger a esa variedad de lenguas,

²⁵ URIBE RESTREPO; Fernando en Ob. cit. Pág 236.

sistemas y tradiciones y lo han hecho de manera admirable. Ahora son 25 naciones y en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se manejan 15 idiomas oficiales a los cuales deber ser traducidos todos los documentos y en cuya resolución de fallos intervienen jueces formados en tradiciones jurídicas diferentes. Es el Tribunal sin embargo, el que ha desarrollado por vía jurisprudencial las características universales del Derecho Comunitario al definir la primacía de sus normas frente a las normas internas, su aplicación inmediata y directa y su interpretación uniforme en todo el territorio de la comunidad. En cambio, en nuestra comunidad latinoamericana donde hemos tenido todos los elementos naturales para la integración subsiste, tal vez, un elemento esencial que debe tener toda unión familiar, económica o política y es el animus, el "Affectio Societatis" que llamaban los romanos a ese elemento esencial en el derecho de sociedades y al que se refirió el ex Secretario General de la Comunidad Andina, Guillermo Fernández de Soto en el XIV Consejo Presidencial Andino, en Quirama, Colombia el 27 de junio de 2003 en inmejorables palabras:

"Cuenta el maestro antioqueño, Fernando González, en su libro 'Viaje a Pie', que en alguna ocasión de camino entre Medellín y la Ceja, se acercó a dos matronas que repartían por estas tierras riberanas 'tres o cuatro noticias, ollas y recados amorosos', y les preguntó si faltaba mucho para llegar a su destino.

'Todo depende del ánimo', respondió una de las mujeres, en la proverbial sabiduría de la región.

Precisamente, esta frase tan llena de sentido es la que me permite señalar que la integración subregional depende, hoy como nunca, del ánimo de sus gobernantes".²⁶

²⁶ XIV Consejo Presidencial Andino, Quirama – Colombia. Palabras del Secretario General de la Comunidad Andina, Guillermo Fernández de Soto, 27 de junio de 2003.

SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS COMERCIALES ENTRE ESTADOS: LA EXPERIENCIA DE LOS PAÍSES CENTROAMERICANOS

ROBERTO ECHANDI

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda la experiencia de los países centroamericanos en materia de solución de controversias comerciales entre Estados. Después de contar con un proceso de más de cuarenta años de integración económica en Centroamérica, sería de esperar que un artículo como éste centrara su análisis de la jurisprudencia comercial -- que en razón de la longevidad del proceso de integración, debería ser por demás abundante-- examinando cómo la instancia jurisdiccional se ha desempeñado y cómo ha analizado los diferentes conceptos incluidos en los acuerdos que conforman el sistema de integración económica centroamericana. No obstante, este no es el caso.

Una de las características más evidentes de la experiencia centroamericana en materia de solución de controversias entre Estados es precisamente que la jurisprudencia sobre esta materia es prácticamente inexistente. En efecto, desde que el Tratado General de Integración Económica Centroamérica entró en vigor en 1961, a la fecha solamente una disputa comercial entre Estados se ha dirimido al amparo de los órganos establecidos en el sistema de integración regional.

Este hecho es relevante por dos razones. Primero, explica el porqué el análisis de la experiencia centroamericana en materia de solución de controversias comerciales entre Estados que se presenta en este artículo no es un análisis jurisprudencial, sino más bien histórico-jurídico, orientándose más hacia observar la evolución de la normativa que regula los procedimientos de solución de disputas comerciales. Segundo, la prácticamente inexistencia de jurisprudencia comercial entre Estados en la región es una realidad que merece ser explicada, no es un hecho casual, y la misma obedece a una serie de variables jurídicas y políticas que se han conjugado en los últimos cuarenta años. Sobre esta base, es válido preguntarse qué nos dice esta realidad sobre los retos, evolución y función de los sistemas de solución de diferencias en pequeñas economías en desarrollo?

En este artículo se argumentará que en la experiencia centroamericana en materia de solución de controversias comerciales entre Estados se pueden distinguir varios patrones que pueden ser sintomáticos de tendencias más amplias aplicables a otras pequeñas economías. En particular, se argumentará que la evolución de la normativa centroamericana en esta materia refleja cuatro tendencias que merecen ser estudiadas. En un primer lugar, se observa que esta normativa es fiel reflejo de lo que podría llamarse el "dilema institucional" que muchos países deben afrontar sobre el enfoque a seguir para implementar sus esquemas de integración

económica. En segundo lugar, la evolución de la normativa centroamericana evidencia la misma tendencia hacia la "juridización" de los mecanismos de resolución de disputas comerciales que se puede observar en el sistema multilateral de comercio. Tercero, se argumentará que la experiencia centroamericana también ilustra el papel fundamental de los sistemas de solución de controversias comerciales en contextos en los cuales los países están ejecutando un proceso de profundas reformas económicas como ha sido la experiencia de la mayoría de los países latinoamericanos en las últimas dos décadas. El cuarto punto que se abordará tomando como ejemplo la experiencia centroamericana será las características que tienen que tener los mecanismos de solución de controversias comerciales en el contexto de las pequeñas economías en desarrollo.

Además de esta sección, este artículo contiene tres secciones adicionales. En la segunda sección se presenta, a manera de antecedente, una breve síntesis histórica de la evolución de los mecanismos de solución de controversias comerciales entre Estados en Centroamérica. La tercera sección se centra en el análisis de las cuatro tendencias a las que se hizo referencia en el párrafo anterior, mientras que en la sección cuarta se presentan las conclusiones.

II. ANTECEDENTES: RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES EN CENTROAMÉRICA

El Tratado General de Integración Económica Centroamericana (en adelante "Tratado General") fue suscrito en Managua, Nicaragua, en 1960 y estableció las bases para conformar el Mercado Común Centroamericano (en adelante "MCCA"). Si bien el MCCA estableció las bases normativas para el proceso de integración económica de la región, el mismo fue extremadamente limitado en cuanto al establecimiento de mecanismos de resolución de diferencias. El Tratado General se limitó a incluir en su capítulo X sobre disposiciones generales el artículo XXVI que establece:

"Los Estados signatarios convienen en resolver fraternalmente dentro del espíritu de este Tratado, y por medio del Consejo Ejecutivo o del Consejo Económico Centroamericano en su caso, las diferencias que surgieren sobre la interpretación o aplicación de cualquiera de sus cláusulas. Si no pudieren ponerse de acuerdo, solucionarán la controversia por arbitraje. Para integrar el tribunal arbitral cada una de las Partes contratantes propondrá a la Secretaría General de la Organización de los Estados Centroamericanos los nombres de tres magistrados de sus respectivas Cortes Supremas de Justicia. De la lista total de candidatos, el Secretario General de la Organización de Estados Centroamericanos y los representantes gubernamentales ante ese organismo escogerán, por sorteo, a un árbitro por cada Parte contratante, debiendo ser cada uno de ellos de diferente nacionalidad. El laudo del tribunal arbitral será pronunciado con los votos concurrentes de, por lo menos, tres miembros, y causará efectos de cosa juzgada para todas las Partes contratantes por lo que hace a cualquier punto que se resuelva relativo a interpretación o aplicación de las cláusulas de este Tratado."¹

La disposición arriba citada contemplaba las consultas a nivel político, es decir, entre los Ministros responsables del comercio en Centroamérica como el principal medio para solucionar las diferencias comerciales y solo cuando no fuera posible solucionar la diferencia a través de esa vía, se contemplaba la posibilidad de recurrir a la vía arbitral para dirimir conflictos comerciales.

Tanto por razones jurídicas como políticas, la redacción del artículo XXVI hizo casi imposible utilizar el arbitraje como medio de solución de diferencias. Jurídicamente, dicha disposición sólo permitía la posibilidad de recurrir al arbitraje cuando la instancia de consulta política se hubiese agotado. El problema consistió en que en ninguna parte del Tratado General se aclaraba la instancia o los procedimientos para determinar cuando se había agotado la instancia política. El artículo XXVI tampoco establecía claramente si esta disposición constituía una

¹ Tratado General de Integración Económica Centroamericana, Artículo XXXVI.

cláusula de jurisdicción compulsiva o si por el contrario, cada vez que una Parte quisiera recurrir a arbitraje se necesitaba el consentimiento de la otra Parte.²

Dentro de este contexto, no es difícil entender el porqué durante los primeros treinta años del proceso de integración centroamericano, la única instancia para resolver diferencias comerciales entre los países del istmo fue la realización de consultas a nivel político, en particular, a través de los Ministros encargados de comercio, quienes en la medida de lo posible, alcanzaban acuerdos que debían ser cumplidos de buena fe por las Partes. A finales de la década de los 70s y durante la década de los 80s el proceso de integración económica centroamericano se vio afectado no sólo por la crisis de la deuda externa que afectó a casi todos los países de América Latina, sino también por los conflictos armados en varios de los países del área. No fue sino hasta la década de los 90s, una vez alcanzados los acuerdos de paz en Centroamérica, que junto con el proceso de apertura comercial y de reforma económica interna que el contexto se presta para un proceso de revitalización del proceso de integración centroamericano.

Fue así como en la reunión cumbre de presidentes centroamericanos celebrada en Tegucigalpa los días 12 y 13 de diciembre de 1991, los Presidentes de los países de Centroamérica constituyeron formalmente el "Sistema de Integración Centroamericana" a través de la firma del Protocolo de Tegucigalpa. La configuración de este "sistema" de integración implicó concebir a dicho proceso como algo más allá del esquema de integración económica, estableciéndose varios "subsistemas" adicionales como el social y el político. Inspirados en experiencias de integración de otras latitudes, en especial la experiencia europea, el nuevo "sistema de integración centroamericano" se fundamentaba en la noción de la existencia de un derecho comunitario, fruto de diferentes instancias supranacionales, cuya aplicación y ejecución debía garantizarse por medio de otra instancia supranacional.

Fue así como a través del Protocolo de Tegucigalpa se creó la Corte Centroamericana de Justicia (en adelante "La Corte") con el objeto de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y ejecución de los diferentes instrumentos de integración centroamericana. La integración, funcionamiento y atribuciones de la Corte quedaron plasmadas en el "Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia", el cual fue elaborado por el Consejo Judicial Centroamericano y suscrito en diciembre de 1992.

La Corte se caracteriza porque no sólo resuelve conflictos entre los Estados Parte, y no solo atiende disputas comerciales, sino de toda naturaleza, pero además ejerce otras funciones adicionales. En efecto, según su Estatuto, la Corte tiene tres competencias básicas, a saber, dirimir los conflictos que surgen entre los Estados de Centroamérica, resolver las controversias entre Estados y personas residentes en los países centroamericanos, y servir de Órgano de Consulta Permanente de las Cortes Supremas de Justicia de la región.

La Corte está integrada por dos Magistrados Titulares por cada uno de los Estados que suscribieron el convenio de Estatuto de la misma, teniendo cada Magistrado titular su correspondiente suplente. Tanto los Magistrados Titulares como los suplentes son designados por las Cortes Supremas de Justicia de sus respectivos países. La Corte a su vez tiene un Presidente, un Vicepresidente -- los cuales se eligen por un período de un año de entre los magistrados de cada estado miembro-- así como un secretario general, quien es encargado de la conducción y dirección de las funciones institucionales en el marco de la secretaría general de la Corte.

La Corte cuenta además con colaboradores jurídicos, los cuales son personas de diferentes nacionalidades del área con carácter de funcionarios internacionales. Estos funcionarios trabajan directamente con los Magistrados y contribuyen con la secretaria general de la Corte con quien coordinan acciones y actuaciones propias ya del Tribunal o en relación con los diferentes Órganos o Poderes del istmo así como con organismos de la integración regional, gremios de abogados, jueces, universidades, etc. Por último, la Corte cuenta también con la Dirección

² Además de estas dificultades jurídicas, lo cierto es que por motivos de idiosincrasia política, el recurrir a sistemas jurídicos de adjudicación para resolver una diferencia comercial no fue considerado por mucho tiempo como una opción "políticamente correcta" por varios de los gobiernos del área. En lugar de "despolitizar" el conflicto, el recurrir a sistemas jurídicos de solución de controversias se consideraba como una afrenta al país demandado, politizando aún más una relación que en esa época era ya de por sí densa, porosa y compleja. Es necesario recordar que en la década de los 60s varios países de la región eran gobernados por regímenes militares.

administrativa-financiera, encargada de la planificación, dirección, coordinación y evaluación de las actividades desarrolladas en el campo administrativo y financiero.

La Corte inició sus funciones el 12 de octubre de 1994 en la ciudad de Managua como su sede permanente. No obstante, rápidamente se evidenciaron las principales dificultades que la misma tenía para devenir en el instrumento apropiado para resolver las necesidades de los países de Centroamérica en materia de solución de disputas comerciales.

El primer problema se derivó del hecho de que, pese a haber suscrito el Protocolo de Tegucigalpa, el cual concebía al sistema de integración centroamericano fundamentado en órganos supranacionales, ni el gobierno, ni las instancias legislativas o judiciales ni la sociedad civil de todos los países habían interiorizado este concepto.³ En parte por estas razones, así como otras de índole constitucional, a la fecha, ni Costa Rica ni Guatemala han ratificado el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, implicando que la competencia de la Corte se limita solamente a tres países del área, a saber, El Salvador, Honduras y Nicaragua.

Además de lo anterior, el segundo problema que se evidenció con el paso del tiempo fue la limitada utilización de la Corte --incluso por los mismos países que han ratificado su estatuto-- como medio para resolver conflictos de naturaleza comercial. En efecto, desde 1994 a la fecha, pese a que entre los países que son parte de la Corte han surgido numerosas disputas comerciales,⁴ solamente una de ellas fue sometida a la jurisdicción de la Corte.⁵ Asimismo, la utilización de la Corte como instancia consultiva o de atención a reclamos de particulares también ha sido muy limitada.⁶ El tercer problema de la Corte, y que en gran medida explica los dos anteriores, se deriva de la escasa legitimación de la misma dentro de varios de los países de la región. Esta percepción ha permeado incluso en ciertos sectores de la opinión pública. El siguiente extracto publicado en un medio de comunicación sintetiza este problema:

" Queriendo repetir el excelente ejemplo de la Unión Europea, se ha promovido una integración política regional que más bien es la negación de aquella experiencia. Comenzando al revés, se ha querido promover un tipo de integración que más parece un asalto a los erarios públicos, que un sincero esfuerzo de encuentro regional. De hecho la parte del león de los magros presupuestos de integración se la han repartido entidades que carecen de funciones, no tienen el menor prestigio y no cumplen ningún papel en los procesos reales que tienen lugar en el istmo... En el caso de la Corte (CJC), con sede en Managua, su creación solo ha sido ratificada por El Salvador, Honduras y Nicaragua; tiene presupuesto 1.568.000 dólares, que los tres países cubren por iguales partes; paga a cada uno de sus magistrados la bicoca de diez mil dólares mensuales: cinco mil de salario nominal, más cinco mil en otras prebendas, incluidos gastos de representación. Y no hace nada. Aunque alega haber dictado, en toda su ya larga existencia, 46 sentencias en 49 casos, hay quien afirma que aquellas solo han sido siete. Preguntado su presidente sobre las funciones de la Corte, su respuesta es

³ Por muchos años en la región ha habido una gran discordancia entre el discurso oficial integrador que frecuentemente prevalece en las cumbres de Presidentes y las realidades del proceso de integración. El explicar con detalle esta discordancia va más allá de los alcances de este artículo, no obstante, entre los factores que explican este fenómeno, además de diferencias idiosincráticas entre los países, está el hecho de que las realidades económicas, políticas y sociales varían significativamente entre los países, dificultando la posibilidad de contar con políticas comunes para contextos diferentes. Por otro lado, algunos sectores de la burocracia de los diversos órganos de integración, buscando una justificación para su existencia, con frecuencia presiona por metas ambiciosas que no siempre pueden ser cumplidas, más que por soluciones pragmáticas a las realidades existentes.

⁴ Hasta 2003, la agenda de los Directores de Integración de los países del istmo, e incluso la del Consejo de Ministros de Integración Económica, tendía a estar saturada con temas relacionados a obstáculos que se le imponen al comercio intra-centroamericano a contrapelo de las obligaciones existentes en el marco del proceso de integración. A manera de ilustración, en marzo del 2002 el solamente el gobierno de Nicaragua enumeró 36 disputas comerciales en la agenda de discusión. Al respecto ver: <http://www.comex.go.cr>

⁵ Este fue el caso de Honduras contra Nicaragua en 1999 en el cual el primero demandó la eliminación de la "Ley Creadora de Impuestos a bienes y servicios de Honduras y Colombia", que Nicaragua emitió como represalia a la firma de un Tratado limitrofe entre Honduras y Colombia el cual fue considerado por Nicaragua como lesivo a sus intereses.

⁶ Desde 1994 al 2004, la Corte solamente ha evacuado 5 consultas relacionadas con materia comercial y 5 reclamos comerciales --relacionados con aduanas-- planteados por particulares, 4 de los cuales fueron interpuestos por el mismo sujeto.

para la antología faraónica del desperdicio: "Lo importante es que el Tribunal exista, aunque no esté haciendo nada". A esto agregó...que está por allí por el salario: "Si no fuera por el sueldo, no estuviera aquí".⁷

A finales de la década de los noventa, los países centroamericanos habían o estaban negociado tratados de libre comercio con varios países del continente.⁸ Estos tratados, de características muy similares al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) incluían capítulos sobre solución de diferencias comerciales entre Estados muy similares a los establecidos en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC. De ahí que los países centroamericanos se percataron de la paradoja de que la normativa aplicable entre ellos y otros países fuera de la región era en este caso concreto, más adecuada que la normativa aplicable entre ellos mismos. Dentro de este contexto, en 1998 el Consejo de Ministros encargados de Comercio Exterior emiten el mandato para negociar un acuerdo de solución de controversias moderno y efectivo para atender las necesidades del subsistema de integración económica de Centroamérica.

En el año de 1998, los países centroamericanos llevaron a cabo negociaciones para la suscripción del Mecanismo Centroamericano de Solución de Controversias Comerciales (MSCCA), el cual aplica a los cinco países de la región. Ello implicó la reforma al Protocolo de Tegucigalpa, mediante el cual se consideró necesario extender la posibilidad de conocimiento de las controversias comerciales surgidas en el ámbito común del mercado centroamericano a los métodos alternos de solución de controversias. El MSCCA terminó de negociarse en 1999 y desde inicios del 2003 se encuentra vigente para todos los países de la región, momento en que el mismo logró la aprobación de todos los congresos de los países del istmo.

El MSCCA se negoció sobre la base del Entendimiento sobre Solución de Controversias (ESD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), con el objeto de contar con una normativa moderna y cuya aplicación fuere ya probada y conocida por todos los países de la región. De ahí que el MSCCA sea bastante similar al ESD. De conformidad con el ámbito de aplicación de este mecanismo, el mismo aplica a la prevención o solución de las controversias que puedan surgir de la aplicación o interpretación de los instrumentos de integración económica en lo que se refiere exclusivamente a sus relaciones de comercio intra-regional, cuando la medida es incompatible con dichas obligaciones o cuando dicha medida cause anulación o menoscabo.

Por otra parte, considerando las particularidades propias de la dinámica operativa del Consejo de Ministros encargados de Comercio de Centroamérica, el MSCCA prevé básicamente las mismas etapas del procedimiento que el ESD. En primer lugar se contempla la necesidad de realizar consultas entre las Partes en disputa, pasando luego en caso de no haberse resuelto la disputa a la intervención del Consejo de Ministros y en caso de no poderse resolver el asunto a ese nivel, pasando al establecimiento de un panel. No obstante, se prevé la posibilidad de acudir directamente a la etapa del establecimiento del panel si las consultas no se pueden llevar a cabo por la negativa de una Parte o en caso de que el Consejo no se pueda reunir en los tiempos previstos para ello. El MSCCA prevé además la participación terceras partes en las distintas etapas del procedimiento, así como acumulación de procedimientos, disposiciones relativas a sanciones comerciales en caso de incumplimiento así como suspensión de beneficios.

Son tres las principales diferencias del MSCCA con respecto al ESD, la primera es que el primero obliga al panel a establecer de oficio un período mínimo razonable para cumplir con las recomendaciones incluidas en el reporte final. La segunda consiste en que, con el objeto de evitar determinaciones unilaterales sobre si se ha cumplido o no, se establece que el panel se reunirá de oficio una vez que el período razonable para cumplir haya expirado con el objeto de determinar si ha habido cumplimiento, salvo que la Parte demandante notifique de previo que dicho cumplimiento ha ocurrido. La tercera innovación importante del MSCCA con respecto al ESD es que también se establece que los costos del procedimiento serán costeados por la Parte perdedora, salvo que el panel determine otra cosa.

⁷ Cerdas, Rodolfo, "Por Amor a Morazán?", Periódico La Nación, San José, Costa Rica, 24 de marzo del 2002, pag.19-A.

⁸ Tal era el caso de México, República Dominicana y Chile.

El MSCCA prevé además algunas particularidades sobre la elección de foros, ya que establece que en relación con las controversias que surjan de la aplicación de los instrumentos de integración económica centroamericana, lógicamente únicamente se podrá acudir al MSCCA. No obstante, si las controversias surgen de la aplicación de los Acuerdos de la OMC o de un acuerdo negociado de conformidad con éstos últimos, las controversias podrán ser resueltas en uno u otro foro.

Desde el año 2003 a la fecha se han presentado dos solicitudes a consultas, siendo los actores Guatemala y Nicaragua contra El Salvador y Honduras respectivamente. No obstante, las diferencias fueron resueltas en la fase de consultas y no fue necesario establecer un panel. De ahí que todavía sea prematuro evaluar el desempeño de este nuevo mecanismo, no obstante, dado su bajo costo, convergencia con disciplinas multilaterales y legitimación, se esperaría que el mismo pueda cumplir su función adecuadamente.

Una breve reseña de la experiencia de Centroamérica en materia de solución de controversias comerciales entre Estados no estaría completa si no se hiciera referencia al recién negociado Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Centroamérica y los Estados Unidos. República Dominicana se sumará a este Tratado antes de su aprobación por los respectivos Congresos, de tal manera que este TLC tendrá siete Partes Contratantes. La innovación de este TLC consiste en que, contrario a otros acuerdos comerciales negociados conjuntamente por los países centroamericanos en los cuales los mismos se aplican bilateralmente entre cada país del istmo por un lado y el socio extra-regional por otro, en principio este Tratado tendrá aplicación multilateral entre todas las Partes Contratantes. Esto significa que con la negociación del TLC con EEUU la normativa del proceso de integración centroamericana será modernizada, sobre todo en áreas como el comercio de servicios, inversión, servicios financieros, comercio electrónico, y aspectos laborales y ambientales, áreas en las cuales hasta ahora no se contaban con instrumentos intra-centroamericanos vigentes.

Dentro de este contexto, esto a su vez implica que el capítulo de solución de controversias Estado a Estado previsto en el TLC con EEUU se podrá aplicar entre dos países centroamericanos para dirimir una disputa sobre la interpretación o aplicación de dicho acuerdo comercial. Es así que una vez que el TLC con EEUU entre en vigencia, los países de la región contarán con otro mecanismo jurídico de solución de controversias, aparte del MSCCA, para resolver diferendos comerciales entre ellos.

El mecanismo de solución de controversias Estado a Estado previsto en el TLC con EEUU, tiene una serie de características comunes con el MSCCA, estableciendo las etapas de consultas, intervención de los Ministros –a través de la Comisión de Libre Comercio–, establecimiento del panel, informe final, cumplimiento y suspensión de beneficios. Un análisis detallado del capítulo de solución de controversias del TLC con EEUU iría más allá del propósito de este artículo. No obstante, a manera de síntesis la diferencia más importante entre dicho capítulo y el MSCCA reside en la posibilidad que el primero contempla de que la Parte perdedora pague una multa con el objeto de impedir la suspensión de beneficios del Acuerdo en caso de incumplimiento.⁹

III. LA EXPERIENCIA DE CENTROAMÉRICA EN SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES: PERSPECTIVAS Y TENDENCIAS

La evolución del proceso de construcción del sistema de solución de controversias en el caso centroamericano es un ejemplo de los retos y tendencias que pequeñas economías deben enfrentar en sus procesos de institucionalización de los procesos de integración económica.

En particular, en el caso centroamericano, se evidencian cuatro aspectos que se abordan con mayor detalle en esta sección. En primer término el "dilema institucional" en relación con el enfoque institucional a seguir en el proceso de integración regional. En segundo lugar, la tendencia a la legalización de los sistemas de solución de controversias. Tercero, el papel fundamental que cumplen los sistemas de solución de controversias lidiando con las tensiones internas que se generan a raíz de los procesos de integración económica. Cuarto, la experiencia centroamericana también es útil para reflejar las características necesarias de los sistemas de solución de controversias en el contexto de economías pequeñas. Cada uno de estos cuatro aspectos se desarrolla a continuación.

⁹ Para una explicación más detallada sobre el capítulo de solución de controversias del TLC con EEUU ver: documento explicativo del TLC Centroamérica-Estados Unidos, disponible en <http://www.comex.go.cr>.

1. El dilema institucional del enfoque institucional hacia la integración¹⁰

La literatura ha explicado como la experiencia de la integración regional muestra la existencia de dos modelos o enfoques institucionales fundamentales en los procesos de integración económica, por un lado, un modelo intra-gubernamental y por otro, un modelo supranacional.¹¹ Estos modelos explican hasta qué punto la toma de decisiones y la autoridad emigran de los niveles nacionales a niveles regionales o globales.

En el modelo institucional intergubernamental, los Estados conservan el poder y las iniciativas de decisión y acción, por lo que el proceso es construido sobre la base de la interacción de los Gobiernos fundamentalmente. Bajo este esquema, las instituciones son agentes a los que los Gobiernos les otorgan pocas potestades, lo que da como resultado que no tengan poderes suficientes ni sean efectivas para forzar el proceso de integración a un ritmo distinto del que desean los Estados, de acuerdo a sus intereses y prioridades.

En el modelo institucional supranacional, los actores políticos transfieren sus actividades y expectativas hacia una instancia política nueva y más amplia, cuyas instituciones poseen de alguna manera jurisdicción sobre los Estados. En contraste con el modelo de institucionalidad inter-gubernamental, bajo esta dimensión, los Estados otorgan amplias potestades a instituciones supranacionales, de manera que éstas no solamente constituyen agentes especializados, técnicos al servicio de los Estados, sino que en principio están llamadas a desempeñar un papel estratégico en el proceso de integración, con un mandato claro de promoverlo.¹²

La habilidad y autonomía de las instituciones supranacionales para ejercer ese papel estratégico de promover la integración con un gran margen de autonomía depende sin embargo de las reglas que se establezcan y del alcance del mandato que se les otorgue. No obstante, en ambos casos, es necesario que exista una legitimidad política de estas instancias supra-nacionales, tanto entre los gobiernos mismos como a nivel de la sociedad civil que la conforman.

En el caso del Mercado Común Centroamericano (MCCA), los países se plantearon como objetivo final del proceso de integración el establecimiento de un mercado común, optando por establecer esquemas institucionales con algún grado de supranacionalidad, inspirándose de una u otra manera en el modelo europeo. Fruto de un esquema de integración concebido en los años sesentas, el MCCA contempló originalmente una estructura institucional que establece, además de la reunión de Presidentes y de los Consejos de Ministros, una Corte Centroamericana de Justicia y una Secretaría de Integración Económica.

Como se explicó en la sección II anterior, pese a la existencia, al menos en teoría, de un esquema institucional supranacional, múltiples problemas relacionados con la efectiva implementación de un arancel externo común, así como con la armonización de políticas y normas han retrasado hasta la fecha el objetivo inicial de consolidar una unión aduanera y un mercado común entre todos los países signatarios de ambos procesos. Por otra parte, algunas de las instituciones establecidas no han gozado de la legitimación necesaria para actuar por encima de los intereses de los Estados y de los actores privados. Tal es el caso de la Corte, que como se explicó en la sección anterior, no ha sido percibida como una instancia ágil, especializada y legítima para la solución de disputas comerciales en la región. De hecho, la negociación del MSCCA en 1999 fue un claro reconocimiento a este problema.

Lo que demuestra la experiencia centroamericana no es que un enfoque inter-gubernamental sea más o menos adecuado para un esquema de integración que un enfoque supranacional. De hecho, es posible encontrar casos exitosos de esquemas de integración con ambos enfoques. Lo que sí demuestra la experiencia centroamericana es la importancia de que el enfoque que se utilice en un contexto dado esté en plena sintonía con las realidades económicas, políticas y sociales de los países que participan en el esquema de integración.

¹⁰ Este tema es abordado con mayor detalle en Echandi R y Robert C, "Solución de Diferencias Comerciales en el Hemisferio", en archivos de los autores, de próxima publicación.

¹¹ Este punto es desarrollado en Mattli, W, *Institutional Models for Regional Integration: Theory and Practice*, Octubre 2001.

¹² Ibid.

El riesgo de no contar con esa sintonía es muy alto. Dado que ningún enfoque teórico puede imponerse a una realidad dada, el tratar de favorecer la aplicación de esquemas supranacionales cuando no existen las condiciones económicas, políticas o sociales adecuadas conllevará a la inaplicación en la práctica del esquema propuesto, y esto a su vez lo que engendra es un déficit de credibilidad en el proceso de integración como un todo.

2. La legalización de los sistemas de solución de diferencias

La experiencia centroamericana ilustra otra tendencia que es aplicable a otros países de América Latina, a saber, la "legalización" de los mecanismos de solución de diferencias comerciales. Pese a que la experiencia de los procesos de integración regional en América Latina se remonta a la década de los sesenta, el tema de la negociación y utilización de los procedimientos de solución de diferencias concebidos como instrumentos de adjudicación empieza a tomar vigencia hasta casi treinta años después con el resurgimiento del proceso de integración económica regional en el Hemisferio.¹³

Al igual que la experiencia centroamericana, hasta inicios de los años noventa, los problemas de interpretación o cumplimiento de las obligaciones establecidas en los acuerdos de integración económica en América Latina tendían a ser visualizados como dificultades que podían —o debían— ser resueltas por las mismas Partes afectadas. Por consiguiente, los procedimientos de solución de diferencias comerciales en estos tratados comerciales fueron originalmente concebidos como procesos inminentemente de consulta entre las Partes interesadas y no como procesos de adjudicación.

Esta tendencia se ve claramente ilustrada no sólo en el artículo XXVI del Tratado General de Integración Centroamericana, sino también en numerosos acuerdos bilaterales de alcance parcial negociados entre la década de los sesenta y la década de los ochenta bajo el marco de la ALADI.¹⁴ Por otro lado, en las uniones aduaneras establecidas durante las décadas de los sesenta y setenta, pese a la existencia formal de tribunales supranacionales, los mismos o resultaron ser inefectivos o empezaron a cobrar vigencia hasta la década de los noventa.¹⁵

La negociación de mecanismos de solución de diferencias jurídicamente orientados a partir de la década de los noventa es el reflejo de los acontecimientos que sucedieron a nivel multilateral en este período. La "juridización" del sistema de solución de diferencias fue uno de los principales resultados de la Ronda Uruguay, que culminó con el establecimiento del nuevo andamiaje institucional del sistema multilateral de comercio. Con la entrada en vigor del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) en 1995, los procedimientos de solución de diferencias del sistema multilateral de comercio consolidaron su orientación jurídica a través de dos características fundamentales: la posibilidad de que una resolución de un grupo especial fuera vinculante aún sin el consentimiento de la Parte perdedora, y el establecimiento del Órgano de Apelación, encargado de examinar exclusivamente posibles errores de derecho en las resoluciones de los grupos especiales.

El hecho de que el resurgimiento del proceso de integración económica regional en el Hemisferio se haya iniciado a principios de la década de los noventa, cuando la Ronda Uruguay todavía no había finalizado, explica en gran parte la influencia que ésta última tuvo sobre la arquitectura de los esquemas de integración que empiezan a negociarse en el Hemisferio en este período.

¹³ Ver Echandi R. y C. Robert, "Solución de Diferencias Comerciales en el Hemisferio", en archivo de los autores, de próxima publicación.

¹⁴ La Resolución 114 de la ALADI establece la consulta de las Partes o la intervención del Comité de Representantes como los medios para solucionar las diferencias en materia de cumplimiento de las obligaciones del Tratado de Montevideo de 1980.

¹⁵ Por ejemplo, en el caso de la Comunidad Andina, no fue hasta 1979 cuando se estableció el Tribunal como órgano judicial del sistema andino de integración subregional, y hasta 1996 en que las Partes de la Comunidad Andina suscribieron el Protocolo de Cochabamba, el cual rige desde 1999 y regula actualmente el funcionamiento y competencias de dicho Tribunal.

Este proceso de "migración normativa" fue en parte resultado del interés de los Estados Unidos de reflejar en el plano regional la misma agenda comercial que se proponía en el plano multilateral. En consecuencia, no es casualidad que la negociación del NAFTA comprendiera prácticamente las mismas materias que la Ronda Uruguay, incluyendo los entonces denominados "temas nuevos", que hasta ese momento habían estado excluidos de los acuerdos comerciales regionales (comercio de servicios, propiedad intelectual, la inversión y por supuesto, los procedimientos de solución de diferencias jurídicamente orientados). Una vez negociado el NAFTA, el mismo devino en un modelo de tratado de libre comercio que fue reproducido a través de América Latina en un primer momento por México y luego por otros países como Chile y los países centroamericanos.

Es importante señalar que la influencia de la OMC en la determinación de las características de los procedimientos de solución de diferencias incluidos en los acuerdos de integración económica sub-regional en el Hemisferio ha sido un proceso continuo. Conforme la experiencia en la aplicación del ESD en la OMC se ha desarrollado, el proceso de aprendizaje de dicha experiencia se ha visto reflejado en los instrumentos sobre solución de diferencias negociados recientemente entre países del Hemisferio. La experiencia de la negociación del MSCCA ilustra cómo a nivel regional se han negociado instrumentos que han previsto soluciones a problemas que han surgido en la aplicación del ESD.¹⁶

3. El papel fundamental de los sistemas de solución de diferencias en un proceso de reforma económica

En un estudio reciente sobre la utilización de los mecanismos de solución de controversias en los diferentes esquemas de integración económica regional en el continente Americano,¹⁷ se demuestra una tendencia hacia el incremento del uso de los sistemas de solución de diferencias comerciales en tiempos de crisis –por lo menos en algunos bloques comerciales. Este hecho sugiere dos proposiciones de vital importancia para comprender el contexto y la función que estos mecanismos tienen.

Una primera conclusión que parece demostrarse es que en tiempos de crisis, hay una mayor susceptibilidad de los gobiernos por aplicar medidas de corte proteccionista. Una segunda conclusión, quizá menos obvia y más importante que la primera, es que la tendencia hacia el incremento en el uso de los sistemas de solución de diferencias en tiempos de crisis parece evidenciar la importante función que estos mecanismos tienen al servir como escudo protector del proceso gradual de liberalización económica y de representar un contrapeso frente a las presiones proteccionistas que tienden a incrementar su poder de negociación frente a gobiernos con un capital político desgastado por la crisis.

La experiencia de la evolución de la normativa sobre solución de controversias en Centroamérica ilustra el interés de los gobiernos de promover mecanismos jurídicamente orientados que garanticen el efectivo cumplimiento de las obligaciones sustantivas incluidas en los acuerdos de integración. En efecto, en Centroamérica como en otros países en desarrollo, el éxito de estos procesos de integración depende de la existencia de mecanismos institucionales efectivos que puedan inducir a los gobiernos nacionales a mantener su compromiso con el establecimiento de los espacios económicos ampliados, incluso cuando algunos sectores domésticos poderosos atenten contra este objetivo. De ahí la importancia de los mecanismos de solución de diferencias jurídicamente orientados, pues no sólo permiten a los agentes económicos disfrutar de un mayor nivel de certeza para planificar los negocios en el largo plazo, sino que también representan un escudo institucional para aquellos gobiernos nacionales que no pueden resistir a los grupos de presión domésticos que atacan el proceso de integración cuando se afectan los intereses creados.

¹⁶ Es así que por ejemplo, instrumentos sobre solución de diferencias negociados recientemente, como el MSCCA y el capítulo sobre solución de diferencias del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Costa Rica explícitamente establecen la imposibilidad de que una de las Partes en la disputa pueda determinar unilateralmente sobre si otra Parte ha efectivamente acatado las recomendaciones del grupo especial, eliminando así cualquier duda parecida a la surgida en relación con al aplicación del artículo 21.5 del ESD que fue objeto de controversia en el contexto de la OMC.

¹⁷ Ver, Banco Interamericano de Desarrollo, *Más allá de las fronteras: el nuevo regionalismo en América Latina*, Informe 2002 sobre el Progreso Económico y Social en América Latina, Washington D.C. pp.92-109.

4. Las características que tienen que tener los mecanismos de solución de diferencias comerciales en el caso de pequeñas economías

La experiencia de Centroamérica en materia de negociación de mecanismos de solución de diferencias comerciales ha hecho que los países de la región identifiquen claramente sus intereses y necesidades en este campo. Dentro de este contexto, cuáles deben ser entonces las características que los mecanismos de solución de diferencias comerciales deben tener para poder cumplir con sus funciones a cabalidad en el caso de pequeñas economías en desarrollo? La experiencia centroamericana tiene una respuesta clara para esta pregunta: los mecanismos de solución de diferencias comerciales deberían cumplir con tres requisitos fundamentales, a saber, ser rápidos, efectivos y baratos.

Los mecanismos de solución de diferencias deben ser rápidos en el sentido de que los mismos deben poder determinar con celeridad si una medida en particular es compatible o no con las obligaciones del tratado comercial. Si existe una medida que ha sido objeto de impugnación es porque en la práctica la misma genera un perjuicio económico considerable para un determinado sector económico. De ahí la necesidad de que se obtenga una resolución sobre la legalidad de dicha medida a la mayor brevedad y evitar así largas interrupciones y distorsiones al desarrollo libre y normal de los flujos comerciales. La celeridad en la adjudicación se convierte en un objetivo particularmente apremiante cuando la controversia involucra a empresas relativamente pequeñas y altamente vulnerables de los mercados de exportación –como es normalmente el caso cuando una de las Partes en la disputa es una economía pequeña.¹⁸

Pese a la vital importancia de que un procedimiento de solución de diferencias pueda cumplir su función con la celeridad debida, la verdad es que, en la práctica, con frecuencia el logro de este objetivo se dificulta. Esto por varias razones. En un primer término, el país afectado con la medida impugnada debe necesariamente dedicar cierto tiempo a realizar consultas amigables con el gobierno que impone la misma, esto con el fin de explorar la posibilidad de lograr una solución al caso. En segundo lugar, dependiendo de la obligación en cuestión, así como de la medida impugnada puede darse el caso de que para dirimir el conflicto sea necesario constatar numerosos hechos o complejas cuestiones de índole técnico o científico que por su naturaleza necesitan de la participación de expertos en el proceso. Estas constataciones tienden a tomar su tiempo.¹⁹

Además de la celeridad en la adjudicación, otra característica vital de los procedimientos de solución de diferencias, aunque parezca obvia, es que los mismos sean efectivos. Estos mecanismos deben lograr inducir a la Parte que ha transgredido una obligación a cumplir con la resolución del caso. La efectividad de estos mecanismos es un aspecto vital no sólo para cumplir con su función intrínseca –de que sirve lograr una adjudicación si la misma no es acatada?– sino además porque la efectividad es el requisito fundamental para lograr la credibilidad del sistema y del proceso de integración económica como un todo. Pese a la importancia de la efectividad de estos mecanismos, en el Hemisferio no son pocos los casos en que las resoluciones emanadas de estos mecanismos son ignoradas flagrantemente por la Parte involucrada, erosionando seriamente la credibilidad en los procesos de integración.

Otra de las características fundamentales que deben tener los mecanismos de solución de diferencias, sobre todo en el contexto de la realidad de países en desarrollo, es el de poder ser utilizados a un bajo costo, o de ser baratos. El costo de recurrir a la adjudicación de una disputa debe ser considerablemente menor que el costo de tolerar la medida que se objeta. Más aún, si otra de las funciones de un sistema jurídico de solución

¹⁸ Para una empresa cuyo ingreso total depende de sus ventas en el exterior, el verse impedida de colocar sus productos en su mercado de exportación habitual en razón de una barrera impuesta a contrapelo de una garantía ofrecida por un tratado comercial equivale a sufrir una rápida asfixia financiera. Esta letal vulnerabilidad se incrementa en el caso de las pequeñas economías del Hemisferio, cuyas empresas exportadoras tienden a tener mercados de exportación extremadamente concentrados en uno o muy pocos países. Esta realidad llama la atención sobre la necesidad de que los mecanismos de solución de diferencias contemplen remedios y medidas precautorias para evitar daños irreparables. No obstante, en este sentido, la doctrina jurídica internacional y la práctica negociadora a nivel regional y multilateral tienen aún mucho camino que recorrer.

¹⁹ A lo anterior, y observando la experiencia en la OMC, habría que añadir las dilaciones en los procedimientos resultantes de tener que lidiar con más de un idioma. En efecto, uno de los retos que el sistema de solución de diferencias en la OMC ha tenido que enfrentar ha sido el tener que traducir los largos reportes de los grupos especiales en los tres idiomas oficiales de esta organización.

de diferencias es el de tratar de nivelar las inmensas asimetrías derivadas de las diferencias económicas, políticas o militares existentes entre los países, entonces se concluye, al menos en teoría, que son los países más débiles los que más necesitarían de estos mecanismos de adjudicación para defender sus intereses.

En efecto, países con un mayor peso económico, político o militar están en una mejor posición de defender sus intereses con métodos alternativos a la adjudicación jurídica. Pese a esto, los hechos muestran una realidad paradójica. Tanto a nivel de los diversos esquemas de integración regional en el Hemisferio como a nivel multilateral en la Organización Mundial del Comercio (OMC), son los países relativamente más desarrollados los que más frecuentemente utilizan los mecanismos de solución de diferencias. Esto no sólo sugiere la necesidad de evaluar la incidencia de los costos de dichos procedimientos sobre la utilización de los mismos por parte de los países relativamente menos desarrollados, sino también la necesidad de fortalecer las instituciones mediante el establecimiento de los equipos técnicos en las agencias competentes para que los países puedan hacer uso efectivo de los mecanismos de solución de diferencias en teoría disponibles para defender sus intereses comerciales.

El lograr que los mecanismos de solución de diferencias comerciales sean al mismo tiempo rápidos, efectivos y baratos representa un gran reto. El obtener un equilibrio entre estas tres características no es algo fácil, y la experiencia centroamericana así lo demuestra.

IV. CONCLUSIÓN

La experiencia centroamericana demuestra como el contar con mecanismos de solución de controversias comerciales eficientes y acordes con sus realidades propias son fundamentales para pequeñas economías en desarrollo interesadas en expandir y consolidar flujos crecientes de comercio e inversión. Desde una perspectiva más amplia, estos mecanismos demuestran la vital función que las instituciones desempeñan en el desarrollo y crecimiento de una economía de mercado. En el contexto centroamericano, al igual que varias otras regiones, el éxito de estos procesos de integración depende de la existencia de mecanismos institucionales efectivos que puedan inducir a los gobiernos nacionales a mantener su compromiso con el establecimiento de los espacios económicos ampliados, incluso cuando algunos sectores domésticos poderosos atenten contra este objetivo. De ahí la importancia de los mecanismos de solución de diferencias jurídicamente orientados, pues no sólo permiten a los agentes económicos disfrutar de un mayor nivel de certeza para planificar los negocios en el largo plazo, sino que también representan un escudo institucional para aquellos gobiernos nacionales que no pueden resistir a los grupos de presión domésticos que atacan el proceso de integración cuando se afectan los intereses creados.

Dentro de este contexto, la experiencia centroamericana durante las últimas décadas evidencia aspectos negativos y positivos. Por un lado, la inexistencia de jurisprudencia sobre la aplicación de la normativa de integración regional ha evidenciado las limitaciones de un marco jurídico que por mucho tiempo tuvo vigencia en la región. Por otro, la experiencia durante la última década presenta una serie de tendencias que son alentadoras y sugieren que los países de la región están avanzando hacia un mayor nivel de madurez institucional, con una mayor aceptación, confianza y respeto por un emergente régimen de derecho en el campo de la integración económica. Muestra de lo anterior, es la negociación del MSCCA y más recientemente la conclusión de la negociación del TLC con EEUU de manera conjunta, que incluye un capítulo sobre solución de diferencias.

El papel de estos dos últimos mecanismos en el apoyo de la generación de un clima de mayor certidumbre para el desarrollo de los flujos de comercio e inversión se verá en los próximos años. Esperemos que dentro de un tiempo, contrario a la situación actual, se pueda contar con un bagaje jurisprudencial que evidencie no sólo la frecuente utilización de estos mecanismos, sino sobre todo, una interpretación sustantiva del derecho internacional lúcida, acertada y que venga a favorecer medidas y políticas que traigan mayor prosperidad a los países de la región.

MESA REDONDA: LA EFECTIVIDAD DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN AMÉRICA LATINA

PANELISTAS: **BERTA FEDER , RICARDO RAMÍREZ, RICARDO VIGIL TOLEDO,
JUAN ROJAS PENSO Y JAMES WHITELAW**

MODERADOR: **JULIO LACARTE**

RELATOR: **JAIME GRANADOS**

El primer problema que se planteó fue el de si el Protocolo de Olivos puede contribuir a resolver algunos de los principales problemas que afronta la solución de controversias dentro del MERCOSUR. La intervención de la Sra. Berta Feder se enfocó en el tema de la intervención de particulares en el mecanismo de solución de controversias. Al respecto, esta persona señaló que en esta materia el Protocolo de Olivos quedó igual al Protocolo de Brasilia por problemas de negociación. La negociación fue difícil. Si bien el acceso de terceras personas continúa siendo irregular, debe recordarse que la discusión del Protocolo se ubica en el contexto de los Artículos 1 y 39, es decir, el mecanismo está fundamentalmente dirigido a resolver controversias entre los Estados. Sin embargo, se aclara que la mayoría de las controversias entre Estados son el resultado de una queja de los particulares afectados, incluso desde los tiempos de vigencia del Protocolo de Brasilia, por lo que no se puede concluir que no haya una inclinación a atender los problemas de los particulares en estos mecanismos. La Sra. Feder argumenta que quizás el avance más importante se logró en materia de avance institucional ya que se crearon herramientas para ello en el Protocolo de Olivos. Ella señala que Olivos puede resolver algunos problemas del MERCOSUR, pero no todos. Una crisis económica es difícil resolverla mediante un mecanismo de solución de controversias, pero ciertamente el avance institucional ayuda en algo a mitigar una crisis. La profundización se logra en el Protocolo de Olivos mediante dos innovaciones: 1) la posibilidad de gestionar opiniones consultivas, lo cual representa un avance institucional más que una competencia adicional de los órganos; y 2) el establecimiento del Tribunal Permanente de Revisión. Este último no sólo revisa sino que también evacua opiniones consultivas y podrá resolver conflictos en una única instancia si así lo solicitan las partes. La Sra. Feder indicó que éste es un tribunal de convocatoria; no es un tribunal permanente. Esta es una innovación pues no había experiencia relevante en esta materia en el MERCOSUR. Es una característica promisorio del nuevo mecanismo, aunque también es impredecible, en particular porque es difícil conocer los futuros resultados en materia de opiniones consultivas de los jueces. El Tribunal no fue diseñado como instancia de consulta pre-judicial sino que fue el resultado de una suerte de inercia burocrática en parte inspirada en la experiencia en materia de apelaciones en el contexto de la OMC.

El segundo tema que se abordó en la mesa redonda se refiere a la disyuntiva que tienen los países en América Latina, ante la presencia de un diferendo comercial, de acudir al mecanismo de la OMC o utilizar otros mecanismos sub-regionales o bilaterales existentes. El Sr. Ricardo Ramírez señaló el caso de México que ha utilizado la Resolución 114 de ALADI para resolver sus controversias con Brasil. Este mecanismo es una suerte de mezcla de diferentes mecanismos de solución de controversias. Agrega que en los últimos 3 años los países de América Latina han iniciado 34 acciones ante la OMC, de los cuales 3 han sido contra México:

Guatemala en el caso de los precios de referencia; Nicaragua por el caso de los frijoles y Chile por el caso de los fósforos. El Sr. Ramírez argumenta que los 3 casos pudieron haber sido resueltos en otras instancias bilaterales. Los 3 casos finalmente fueron resueltos: México retiró las medidas contrarias a las obligaciones ante la OMC, pero quizás tenían oportunidades aún más claras en el contexto de los acuerdos de libre comercio suscritos entre México y esos tres países. México no utiliza el mecanismo de solución de controversias de la OMC con frecuencia. Concluye afirmando que quizás las controversias deberían ser resueltas entre los mismos países con los mecanismos disponibles bilateralmente.

El tercer tema se refiere a las críticas que se han planteado contra el mecanismo de solución de controversias en la Comunidad Andina. El Sr. Vigil Toledo, en un intento por identificar los principales problemas, manifiesta que la Comunidad Andina pasa por una fase de indefinición, y ese es quizás su principal problema. A pesar de haber transcurrido mucho tiempo desde el establecimiento de los primeros fundamentos de la integración andina cabe hoy todavía preguntarse si lo que se desea es una integración real o una simple zona de libre comercio. Al contestar esta pregunta se resuelve el tema de la conveniencia de tener o no un tribunal andino. Un tribunal es una respuesta a una integración profunda, una especie de federación, al igual que un Parlamento regional. El Sr. Vigil afirma que si va a existir una Comunidad Andina es porque hay deseos de avanzar en temas tales como una moneda única, el libre tránsito de mercancías, una licencia andina de conducir, entre otros. Finalmente, indica que si la integración andina se queda en una simple integración económica, él tendría serias dudas de que la infraestructura que implica un tribunal sea necesaria.

De seguido, el Sr. Rojas Penso discute el tema de la efectividad de los mecanismos de solución de controversias en América Latina y el Caribe. Su opinión es que los mecanismos han sido efectivos, a pesar de sus puntos altos y bajos. La experiencia en ALADI ha sido positiva, desde los tiempos del ALALC. El sistema se ha consolidado paulatinamente. El cumplimiento de los laudos es automático e inmediato. Lo positivo es que estos son procesos internos, en América Latina, resueltos aquí entre los mismos países, en forma eficiente y barata. Los países que no resultan favorecidos con un laudo dan marcha atrás y cumplen con sus obligaciones. En general, agrega el Sr. Rojas, los mecanismos han sido positivos a pesar de su diversidad. El Protocolo de Brasilia fue útil en su momento y el Protocolo de Olivos es positivo. Finalmente, este comentarista observa que uno de los principales problemas que afrontan estos mecanismos es el relacionado a la capacidad de terceras partes, de carácter privado, que tienen para activar estos mecanismos. Este es un tema que no está en la agenda de ALADI, por ejemplo, y debe ser tomado en cuenta incluso como mecanismo para evitar más disputas.

Otro participante, el Sr. James Whitelaw, aborda el tema de la efectividad de los mecanismos de solución de controversias en América Latina y el Caribe. Al efecto, el participante recuerda las tres características señaladas en la intervención de Roberto Echandi en esta conferencia: el sistema debe ser rápido, efectivo y económico. Dadas las discusiones en este seminario y la experiencia con los acuerdos de alcance parcial de ALADI, los procesos son bastante rápidos. Incluso, en la Comunidad Andina se resuelven en un promedio de 120 días. Lo que más preocupa aquí es que con tal de resolver una controversia en forma rápida se menoscabe la calidad de las decisiones. La decisión final debe garantizar un resultado justo. Así, por ejemplo, en aras de la rapidez no se deben limitar las cuestiones sometidas a un tribunal: si es necesaria una inspección ocular o la intervención de un perito técnico, no se debería de rechazar esa posibilidad. Debe haber flexibilidad para ello sin abrir la puerta a excesos. Rapidez sí, pero con calidad. El participante dice que en el caso de MERCOSUR los laudos han sido de alta calidad, han sido efectivos y han sido emitidos por unanimidad del tribunal, lo cual pone de manifiesto la efectividad del mecanismo ya que la selección de los árbitros se hace con la intervención de las partes. Este participante concluye también que los mecanismos han sido efectivos.

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)

DEBRA STEGER¹

I. INTRODUCCIÓN

La relación comercial que mantienen Canadá y los Estados Unidos es la más importante del mundo. En el año 2003, el intercambio comercial de bienes y servicios entre los dos países representó \$Can 645 mil millones; 80 por ciento de las exportaciones de Canadá fueron a los Estados Unidos y alrededor del 25 por ciento de las exportaciones de los Estados Unidos tuvieron como destino Canadá. Más del 50 por ciento del comercio entre los dos países corresponde a transacciones intra-empresas, lo que demuestra el alto grado de integración de las dos economías. La inversión extranjera directa (IED) entre Canadá y los Estados Unidos ha crecido aún más rápidamente que el intercambio comercial desde 1989. Los Estados Unidos son la principal fuente de IED en Canadá, con una participación del 67 por ciento. La IED total entre los dos países en el año 2002 fue de alrededor de \$Can425 mil millones.

En 1988, Canadá y los Estados Unidos firmaron un acuerdo de libre comercio, el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos (en adelante, el "ALC entre Canadá y los Estados Unidos"). En los siguientes dos años, los Estados Unidos y México comenzaron a negociar un acuerdo de libre comercio de gran amplitud, y Canadá no tardó en unirse a ellos. El resultado fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que se concluyó en el año 1992 y entró en vigor el 1° de enero de 1994. En 2004, el TLCAN está celebrando su décimo aniversario.

Dada la magnitud e importancia de la relación comercial existente entre los países de América del Norte, es importante subrayar la escasa cantidad de controversias comerciales de relevancia que han surgido entre las tres Partes: Canadá, México y los Estados Unidos. La mayor parte del intercambio comercial de bienes y servicios y de la inversión extranjera directa fluye libre de trabas, sin amenazas de controversias o represalias. Anticipando un alto grado de integración entre las economías y una magnitud igualmente elevada de comercio e inversión intra-empresas, el TLCAN hace hincapié en la "cooperación" entre las Partes y establece que éstas "procurarán, en todo momento, llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación de este Tratado y [...] se esforzarán siempre por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento".²

¹ La autora desea expresar su agradecimiento a Valerie Hughes, Meg Kinnear y Joel Robichaud por sus útiles comentarios y sugerencias.

² TLCAN, Artículo 2003.

Las disposiciones del TLCAN que rigen la solución de controversias difieren del sistema de la OMC en varios aspectos. En lugar de tener un único mecanismo de solución de diferencias unificado que abarque todas las disposiciones al respecto, el TLCAN cuenta con una "constelación"³ de mecanismos para la solución de controversias. El sistema del TLCAN incluye: 1) un mecanismo general de solución de controversias para las cuestiones que afecten el funcionamiento del Tratado, estipulado en el Capítulo XX; 2) un mecanismo de integración de paneles binacionales para revisar las resoluciones internas en materia de derechos antidumping y compensatorios, descrito en el Capítulo XIX; 3) un mecanismo de arbitraje entre un Estado e inversionistas de otra Parte para resolver controversias relacionadas con las obligaciones en materia de inversión dispuestas en el Capítulo XI; 4) un mecanismo especial para la solución de controversias en materia de servicios financieros, incluido en el Capítulo XIV; 5) un mecanismo para reclamar en caso de registrarse pautas persistentes de violación de leyes internas ambientales de conformidad con el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, y 6) un mecanismo para reclamar en caso de registrarse pautas persistentes de violación de ciertos aspectos de las leyes laborales internas en virtud del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte. El TLCAN comprende otras disposiciones de conformidad con las cuales las Partes deben establecer requisitos internos de transparencia y suministro de información así como procedimientos internos judiciales y administrativos para la implementación y puesta en vigor de determinadas obligaciones del TLCAN, como las relativas a compras del sector público, derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y reglamentaciones y normalización técnicas.

En este trabajo, comenzaré describiendo brevemente los aspectos claves de los tres primeros y principales mecanismos de solución de controversias del TLCAN: los procedimientos generales de solución de controversias, dispuestos en el Capítulo XX; los procedimientos especiales de revisión de resoluciones internas en materia de cuotas antidumping y compensatorias, estipulados en el Capítulo XIX, y el mecanismo de arbitraje entre una Parte e inversionistas de otra, contemplado en el Capítulo XI. Luego, brindaré un análisis más detallado del funcionamiento de dos de estos mecanismos: los del Capítulo XX y el Capítulo XIX, y dejaré el examen detallado del Capítulo XI para otro trabajo y otro momento.

El Capítulo XX es el mecanismo del TLCAN más análogo al sistema de solución de diferencias de la OMC. Sin embargo, difiere en aspectos claves que, discutiblemente, han afectado su credibilidad y utilidad como alternativa al sistema de la OMC. Este Capítulo contempla un mecanismo de solución de controversias entre Estados para la "prevención o [...] la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación" del Tratado o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto es o podría ser incompatible con las obligaciones del Tratado o pudiera causar anulación o menoscabo de dichas obligaciones.⁴

En términos generales, cuando una de las Partes presenta una reclamación de conformidad con el mecanismo de solución de controversias entre Estados del Capítulo XX del TLCAN que también podría presentarse ante la OMC, o viceversa, la Parte deberá optar por el foro que utilizará, el que será excluyente del otro. Con respecto a las medidas tomadas de conformidad con los Tratados en materia ambiental y de conservación, y a ciertas controversias en torno a medidas sanitarias y fitosanitarias o medidas relativas a la normalización adoptadas para proteger el medio ambiente, la salud, la seguridad o la conservación, las Partes están obligadas a recurrir a los procedimientos de solución de controversias del TLCAN exclusivamente y no podrán iniciar un procedimiento de solución de diferencias ante la OMC.⁵

Hasta la fecha, el número de procedimientos incoados conforme al Capítulo XX ha sido sorprendentemente bajo. Si bien algunos casos se han resuelto por medio del mecanismo de consultas, sólo tres reclamaciones

³ Término utilizado por Jonathan Fried, Consejero Principal de Canadá responsable de la negociación de las disposiciones relativas a la solución de controversias del TLCAN, en un discurso pronunciado en 1994, "Los mecanismos de solución de controversias establecidos en el TLCAN y en la Ronda Uruguay", <http://www.comex.go.cr/difusion/ciclo/1994/jfried.htm>.

⁴ TLCAN, Artículo 2004.

⁵ TLCAN, Artículo 2005.

condujeron a informes finales por parte de un panel arbitral.⁶ Por el contrario, desde 1989 hasta 1994 se registraron cinco informes finales de paneles según lo dispuesto en el Capítulo 18 del ALC entre Canadá y Estados Unidos, el capítulo antecesor del Capítulo XX del TLCAN: tres se originaron en Estados Unidos y dos, en Canadá. Desde el establecimiento de la OMC en 1995, se han presentado en ese ámbito veintiséis casos entre Partes del TLCAN que condujeron a informes finales de grupos especiales e informes del Órgano de Apelación.⁷ Dieciséis de estos casos estaban relacionados con investigaciones sobre derechos antidumping o compensatorios que también podrían haberse impugnado invocando el Capítulo XIX del TLCAN. A diferencia de lo dispuesto en el Capítulo XX, no se prohíbe a las Partes iniciar un procedimiento a causa de la imposición de medidas antidumping o compensatorias *tanto* conforme al Capítulo XIX del TLCAN *como* ante la OMC. De hecho, ello ha ocurrido en algunas ocasiones. La diferencia *Madera Blanda IV* entre Canadá y los Estados Unidos ha dado como resultado varios informes de grupos especiales (y posteriores informes del Órgano de Apelación y de grupos especiales) en alrededor de seis a ocho casos.⁸ Los derechos compensatorios recaudados por México en relación con el *jarabe de maíz de alta fructosa* fueron impugnados por los Estados Unidos ante la OMC y conforme al Capítulo XIX del TLCAN.

Por lo tanto, de los veintiséis casos iniciados ante la OMC por diferencias entre Partes del TLCAN, sólo diez implicaban diferencias de conformidad con acuerdos distintos de aquellos sobre antidumping o subvenciones y medidas compensatorias.⁹ Y una abrumadora mayoría de ellos (ocho de diez) supuestamente *sólo* podrían haberse entablado de conformidad con obligaciones incluidas en el Acuerdo sobre la OMC.¹⁰ A pesar de que el TLCAN incorpora algunas de las disposiciones del GATT, en muchas áreas (tales como agricultura, antidumping, subsidios, inversión, comercio de servicios y entrada temporal de personas de negocios), el alcance de los dos acuerdos es notablemente diferente. Por lo tanto, para algunas controversias el Capítulo XX del TLCAN es el único mecanismo disponible para interponer una reclamación y, en otros casos, puede haber razones estratégicas de peso para que las Partes opten por iniciar un proceso de consultas según sus disposiciones.

Durante las negociaciones previas a la firma del ALC entre Canadá y los Estados Unidos, Canadá procuró eliminar el uso interno de medidas antidumping y compensatorias contra las importaciones de cualquiera de los dos países o bien reemplazar los procedimientos internos de imposición de derechos antidumping y compensatorios por la administración binacional de estas normas. Sin embargo, los Estados Unidos no estuvieron de acuerdo con estas propuestas y, en lugar de ello, se desarrolló un mecanismo de transacción que dio como resultado el Capítulo 19 del ALC entre Canadá y Estados Unidos, que se transfirió, con algunas modificaciones para incluir a México, al TLCAN.

Según el Capítulo XIX, cada una de las Partes del TLCAN se reserva el derecho de aplicar su propia legislación en materia de derechos antidumping y compensatorios a las importaciones de las otras Partes. También se contempla un mecanismo de integración de paneles binacionales para la revisión de las eventuales reformas a la legislación que rige la aplicación de derechos antidumping y compensatorios de cualquiera de las Partes. Lo que es más importante es que se establece la revisión de un panel binacional como alternativa a la revisión judicial

⁶ CDA-95-2008-01, *Aranceles aplicados por Canadá a ciertos productos agropecuarios originarios de Estados Unidos*, panel arbitral solicitado por los Estados Unidos que emitió su informe unánime el 2 de diciembre de 1996; USA-97-2008-01, *Medida de salvaguarda impuesta por los Estados Unidos de América a las escobas de mijo mexicanas*, panel arbitral solicitado por México que emitió su informe unánime el 30 de enero de 1998; USA-98-2008-01, *Servicios de transporte transfronterizo*, panel arbitral solicitado por México que emitió su informe unánime el 6 de febrero de 2001.

⁷ Obviamente, el número de reclamaciones sería mayor si se incluyeran las peticiones de celebración de consultas entre Partes del TLCAN presentadas ante la OMC.

⁸ Dos de los casos implicaban impugnaciones a legislación estadounidense relativa a la imposición de derechos antidumping o compensatorios, pero los resultados de dichos casos fueron también relevantes para la diferencia pendiente de resolución cuya denominación abreviada es *Estados Unidos - Madera Blanda IV*. La referencia establecida aquí se refiere a casos que han llegado a la instancia de informe del grupo especial o del Órgano de Apelación. El número de peticiones de consultas sería, por ende, superior.

⁹ *Canadá - Publicaciones, Canadá - Industria del automóvil, Canadá - Lácteos, Canadá - Período de protección mediante patente, Canadá - Trigo, EE.UU. - Reclasificación de determinados jarabes de azúcar, EE.UU. - Salvaguardias sobre el acero, México - Cerdos vivos, México - Gaseosas y México - Telecomunicaciones.*

¹⁰ Éstos son: *Canadá - Publicaciones, Canadá - Industria del automóvil, Canadá - Lácteos, Canadá - Período de protección mediante patente, Canadá - Trigo, EE.UU. - Reclasificación de determinados jarabes de azúcar, México - Cerdos vivos y México - Telecomunicaciones.*

por parte de tribunales internos de las resoluciones definitivas sobre antidumping y derechos compensatorios emitidos por autoridades nacionales.

El Capítulo XIX no es, técnicamente, un mecanismo de solución de controversias entre Estados. Los casos sobre antidumping, por su misma naturaleza, son iniciados por las industrias nacionales, y la revisión judicial de las resoluciones definitivas inevitablemente afectará a personas privadas como partes interesadas. Asimismo, en los casos que conciernen a la imposición de derechos compensatorios, las personas privadas, incluidos los productores nacionales del producto en cuestión así como los exportadores y otras partes interesadas, tienen derecho a participar tanto en los procedimientos de revisión nacionales como en los de paneles binacionales. En los procedimientos iniciados invocando el mecanismo contemplado en el Capítulo XIX, la ley aplicable no son las disposiciones del TLCAN o de los acuerdos de la OMC, sino en cambio las leyes internas en materia de antidumping o de derechos compensatorios de la Parte del TLCAN que emitió la resolución definitiva.

El Capítulo XIX del TLCAN no hace más que "binacionalizar" la revisión judicial interna como alternativa a la que realizarían los tribunales nacionales de una Parte. No se trata de un mecanismo de solución de controversias entre Estados y no aplica las disposiciones del TLCAN ni el derecho internacional en general. El principal aspecto internacional es que los paneles que revisan las resoluciones definitivas sobre derechos antidumping o compensatorios están integrados por nacionales de los dos países contendientes.

El Capítulo XI es, por lejos, el más discutido de los mecanismos de solución de controversias del TLCAN. Contempla los procedimientos que deberá seguir un inversionista (nacional de uno de los países Parte del TLCAN) si desea someter a arbitraje una controversia argumentando que otra Parte ha violado las obligaciones que le caben de conformidad con las disposiciones sobre inversión del TLCAN y que por dicha violación ha sufrido daños o pérdidas. El Tratado dispone que un inversionista amparado por el TLCAN podrá recurrir a una de las siguientes tres instancias de arbitraje: al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Grupo del Banco Mundial, al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI o a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Sin embargo, debido a que Canadá y México no son miembros del CIADI, de hecho sólo se dispone del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI y de la CNUDMI para sustanciar los arbitrajes. Los laudos de los tribunales arbitrales contemplados en el Capítulo XI son ejecutables en los tribunales nacionales y, en tres de los casos sustanciados hasta la fecha, han sido impugnados ante tribunales nacionales de conformidad con las leyes que rigen el Arbitraje Comercial Internacional.¹¹

El TLCAN exige que cada uno de los países otorgue trato nacional¹² y trato de nación más favorecida¹³ a los inversionistas e inversiones de otra Parte. Más controvertida es la obligación de dispensar un nivel mínimo de trato, que consiste en "trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas".¹⁴ Las Partes del TLCAN han adoptado una interpretación que limita el alcance de esta obligación a un nivel de trato ajustado al derecho consuetudinario internacional, y no a lo dispuesto por otros tratados o por el derecho internacional general.¹⁵ Otras obligaciones relativas a las inversiones incluyen la prohibición de imponer o hacer cumplir ciertos requisitos de desempeño¹⁶ así como disposiciones que impiden la expropiación directa o indirecta y la adopción de "ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión", salvo que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego al principio de legalidad y mediante el pago de la correspondiente indemnización.¹⁷

¹¹ El laudo del caso *Metalclad* fue revisado y modificado por la Corte Suprema de Columbia Británica; el Tribunal Federal de Canadá desestimó un pedido de revisión del laudo del caso *S. D. Myers*; y se está tramitando una causa en los tribunales de Ontario entablada por México contra el laudo del tribunal en el caso *Feldman*.

¹² TLCAN, Artículo 1102.

¹³ TLCAN, Artículo 1103.

¹⁴ TLCAN, Artículo 1105.

¹⁵ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Nota interpretativa de ciertas normas del Capítulo XI*, 31 de julio de 2001.

¹⁶ TLCAN, Artículo 1106.

¹⁷ TLCAN, Artículo 1110.

El mecanismo conducente a arbitrar las controversias que puedan surgir entre una Parte y un inversionista de otra Parte permite que una empresa o persona privada demande a un gobierno por violación de las obligaciones en materia de inversión del TLCAN y reclame un monto compensatorio debido a las pérdidas sufridas como consecuencia de dicho incumplimiento. A pesar de que los Estados Unidos intentaron recurrir a este mecanismo para disciplinar las acciones del gobierno de México, tanto Canadá como los Estados Unidos se sorprendieron al ver que también se presentaban reclamaciones contra ellos. Hasta la fecha, se han incoado treinta reclamaciones según lo dispuesto por el Artículo XI: doce contra México, diez contra los Estados Unidos y siete contra Canadá (otras tres notificaciones de intención de someter reclamaciones contra Canadá al arbitraje fueron retiradas). Actualmente, existen ocho casos pendientes contra los Estados Unidos; siete contra México, incluidos otros tres en los cuales se han presentado las notificaciones de intención, y cuatro contra Canadá, con otros tres en los cuales se presentaron notificaciones de intención.

Las organizaciones no gubernamentales han proferido fuertes críticas contra el Capítulo XI, pero los tribunales integrados hasta la fecha (con dos o tres excepciones notables) han sido relativamente conservadores en sus pronunciamientos y determinación de los montos indemnizatorios por daños. Los tres gobiernos no son tan entusiastas acerca del funcionamiento del mecanismo del Capítulo XI como lo demostraron durante la negociación del TLCAN. La Comisión de Libre Comercio del TLCAN ha convenido en una interpretación del Artículo 1105, que estipula el nivel mínimo de trato, y ha efectuado recomendaciones conjuntas a fin de mejorar los procedimientos para la presentación de reclamaciones y aumentar la transparencia, en especial con relación a la presentación de comunicaciones escritas de partes no contendientes.¹⁸ En la actualidad, existe cierta preocupación por la coherencia y congruencia de los laudos emitidos por los tribunales arbitrales, y algunos observadores han presentado propuestas en el sentido de que las Partes deberían considerar un mecanismo de apelación.¹⁹

II. EL CAPÍTULO XX – DISPOSICIONES INSTITUCIONALES Y PROCEDIMIENTOS GENERALES PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A. Disposiciones institucionales

El Capítulo XX incluye cláusulas que contemplan ciertas disposiciones institucionales y procedimientos generales de solución de controversias entre Estados con apego al TLCAN. En el Artículo 2001, las Partes establecieron la Comisión de Libre Comercio (CLC), integrada por representantes de cada Parte a nivel de Secretaría de Estado, generalmente sus Ministros de Comercio. Las funciones de la CLC son las siguientes: 1) supervisar la puesta en práctica del TLCAN; 2) vigilar su ulterior desarrollo; 3) resolver las controversias que pudiesen surgir respecto de su interpretación o aplicación; 4) supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme al Tratado, y 5) conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado. A fin de desempeñar sus funciones, la CLC goza de facultades generales para: 1) establecer y delegar responsabilidades en comités, grupos de trabajo y de expertos; 2) solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental, y 3) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, según acuerden las Partes. La CLC debe reunirse al menos una vez por año aunque, de hecho, lo hace más asiduamente. Debe establecer sus propias reglas y procedimientos y tomar sus decisiones por consenso, a menos que disponga lo contrario.

La CLC estableció el Secretariado del TLCAN, integrado por secciones nacionales con oficinas ubicadas en cada una de las capitales de las Partes. Cada Parte es responsable del funcionamiento y de asumir los costos de su sección del Secretariado, incluidos la remuneración y los gastos que deban pagarse a los panelistas, a los

¹⁸ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas interpretativas de ciertas normas del Capítulo XI, 31 de julio de 2001; Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Declaración conjunta (incluida la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no contendientes), 7 de octubre de 2003.

¹⁹ Los Estados Unidos incorporaron una redacción que contempla el posible establecimiento de un mecanismo de apelación para las controversias entre inversionistas y las Partes en los dos recientes acuerdos de libre comercio suscritos con Chile y Singapur. Llama la atención que el reciente Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Australia no incluya un mecanismo para la solución de controversias entre inversionistas y los Estados Partes del acuerdo.

miembros de los comités y de los comités de revisión científica. El Secretariado brinda apoyo administrativo a los paneles y comités instituidos de conformidad con los Capítulos XIX y XX del Tratado, así como a los otros comités y grupos según lo instruido por la CLC. Cada sección nacional del Secretariado está dirigida por un Secretario designado por la Parte. Sin embargo, la capacidad administrativa de las secciones del Secretariado se limita a distribuir documentación y proveer registros para los mecanismos de solución de controversias de los Capítulos XIX y XX, principalmente. A diferencia de la Secretaría de la OMC, el Secretariado del TLCAN no ofrece oficiales de asuntos jurídicos para asistir a los paneles en su trabajo. Antes bien, los panelistas designados según lo estipulado por los Capítulos XIX o XI tienen derecho a contratar a sus propios asistentes para que trabajen con ellos de manera *ad hoc*.

B. Procedimientos de solución de controversias

1. Énfasis en la solución por vía diplomática

Un objetivo importante de los procedimientos de solución de controversias del TLCAN es la "prevención o solución" de todas las controversias mediante la "cooperación" mutua y "consultas". Los procedimientos de solución de controversias dispuestos en el Capítulo XX se aplican a todas las controversias "relativas a la aplicación o a la interpretación" del TLCAN o "en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o pudiera causar anulación o menoscabo" de los beneficios y de las concesiones realizadas con arreglo al Tratado.²⁰ Salvo por las "reclamaciones motivadas por otra situación" que contempla la OMC, los fundamentos jurídicos o hechos que justifican una acción judicial de conformidad con el Artículo XXIII del GATT de 1994, con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y con el Artículo 2004 del TLCAN son similares.

Las consultas son un primer paso obligatorio en el proceso de solución de controversias dispuesto en el Capítulo XX. Si la tercera Parte considera tener un "interés sustancial" en el asunto, estará legitimada para participar en las consultas.²¹ Como ocurre también en el ámbito de la OMC, se exige que las Partes consultantes hagan todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto mediante las consultas.

Si las Partes no logran solucionar el asunto a través de consultas dentro de un breve plazo especificado, cualquiera de las Partes podrá solicitar que se reúna la CLC. La Comisión se reunirá en los diez días siguientes a la entrega de la solicitud y "se avocará sin demora a la solución de la controversia". Como parte de los esfuerzos tendientes a resolver la controversia, la CLC podrá: 1) convocar asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos; 2) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias, o 3) formular recomendaciones para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución amistosa.²²

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la OMC, donde en muchos casos las consultas se han convertido en una formalidad y las partes reclamantes suelen desear pasar directamente a la fase de establecimiento de un grupo especial, en el TLCAN se insta con vehemencia a la CLC a agotar todos los medios diplomáticos existentes para resolver la controversia entre las Partes. Una de las posibles razones que explicaría el escaso número de procedimientos sustanciados por paneles conforme al Capítulo XX es que las Partes suelen recurrir a los medios diplomáticos, incluidas las consultas y el establecimiento de grupos de trabajo o de expertos para ayudar a resolver la controversia. Desafortunadamente, sin embargo, existe escasa información confiable sobre cuántas controversias han sido resueltas mediante medios diplomáticos o métodos de solución alternativa de controversias.

²⁰ TLCAN, Artículo 2004.

²¹ TLCAN, Artículo 2006.

²² TLCAN, Artículo 2007.

2. Integración de paneles

En los casos en que se haya reunido la CLC pero no haya podido ayudar a alcanzar una solución, cualquiera de las Partes podrá solicitar que se establezca un panel arbitral. Tras la recepción de la solicitud por escrito, la CLC establecerá un panel. Por lo tanto, desde un punto de vista técnico, conforme a los procedimientos contemplados en el Capítulo XX del TLCAN existe una solución obligatoria de las controversias, similar a lo que estipula la OMC. Sin embargo, en la práctica ha resultado muy difícil integrar paneles según lo contemplado en el Capítulo XX.

Las Partes debían integrar y conservar una lista de hasta treinta individuos que contaran con las aptitudes y la disposición necesarias para ser panelistas.²³ No obstante, las Partes del TLCAN no llegaron a un acuerdo con respecto a la lista. Hay rumores de que, después de diez años, finalmente están prontas a integrar una lista. Cada panel está integrado por cinco miembros. Conforme a un singular mecanismo, cada Parte contendiente debe seleccionar dos panelistas que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.²⁴ También deben procurar acordar la designación del presidente del panel y si no logran llegar a un acuerdo dentro de un plazo de quince días, una de ellas, electa por sorteo, designará como presidente a un individuo que no sea ciudadano de la Parte que designa. En los casos sustanciados hasta la fecha, las Partes en ocasiones han elegido como presidente del panel a un ciudadano altamente respetado de un país que no es parte del TLCAN.

Se supone que los panelistas han de ser elegidos de la lista, pero dado que aún no se ha convenido ninguna lista, se han seleccionado por otros medios. En algunos casos, los paneles no se han podido integrar debido a la imposibilidad de las Partes contendientes de llegar a un acuerdo con respecto a los panelistas.²⁵ Por consiguiente, las dificultades y demoras registradas en la selección de los panelistas han representado serios obstáculos para el correcto funcionamiento del Capítulo XX. Ésta constituye una de las razones fundamentales por las cuales las Partes han optado por los procedimientos de solución de diferencias de la OMC antes que por el Capítulo XX del TLCAN.

La CLC ha establecido, y modificado cuando estimó necesario, las *Reglas de procedimiento para los paneles previstos en el Capítulo XX*. Como ocurre en el ámbito de la OMC, los paneles reciben un mandato, denominado "acta de misión" o "términos de referencia", que consiste en "examinar, a la luz de las disposiciones aplicables del Tratado, el asunto sometido a la Comisión [...] y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones...". Las Partes contendientes también podrán acordar términos específicos de referencia, incluida una reclamación por anulación o menoscabo de beneficios o por el grado de los efectos comerciales adversos de una medida que es incompatible con el Tratado.

3. Tercera Parte

Una Parte que no sea contendiente puede participar como tercero, en cuyo caso tiene derecho a presentar comunicaciones escritas u orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las Partes contendientes.²⁶ En este sentido, los procedimientos de solución de controversias establecidos en el TLCAN garantizan a la tercera Parte más legitimación que la conferida a los terceros en la mayoría de los procedimientos de solución de diferencias iniciados ante la OMC. Sin embargo, los grupos especiales de la OMC pueden otorgar, y lo han hecho en muchos casos, mayores derechos a los terceros que aquellos contemplados en el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC (el ESD).

²³ TLCAN, Artículo 2009.

²⁴ TLCAN, Artículo 2011.

²⁵ Entrevistas con funcionarios de gobierno de Canadá y los Estados Unidos.

²⁶ TLCAN, Artículo 2013.

4. Recurso a expertos

De manera similar a las facultades al respecto que tienen los grupos especiales de la OMC, los paneles del TLCAN pueden recabar información y asesoría técnica de las personas o grupos que estimen pertinentes y podrán solicitar un informe escrito a un comité de revisión científica sobre cualquier cuestión de hecho relativa a aspectos relacionados con el medio ambiente, la salud, la seguridad u otros asuntos científicos planteados durante el procedimiento.²⁷

5. Presentación de informes preliminares

La idea de que los grupos especiales presenten un informe provisional a las partes contendientes conforme al ESD de la OMC tuvo su origen en las negociaciones conducentes a la firma del TLCAN.²⁸ Según este Tratado, las Partes pueden hacer observaciones por escrito al panel sobre el informe preliminar, e incluso solicitar al panel "reconsiderar su informe" y "llevar a cabo cualquier examen ulterior que considere pertinente".²⁹ No obstante, el TLCAN exige que el panel "fund[e] su informe en los argumentos y comunicaciones presentados por las Partes".³⁰ No existe una limitación similar para los grupos especiales en el ESD de la OMC.

En la OMC, luego de la etapa interina de reexamen los grupos especiales deben dar traslado de su informe definitivo a las partes en la diferencia. Al igual que en dicha Organización, el Capítulo XX contempla expresamente que los panelistas podrán formular votos particulares sobre cuestiones en que no exista acuerdo unánime.³¹ Y, como ocurre también en la órbita de la OMC, no se divulgará la identidad de los panelistas que hayan votado con la mayoría o la minoría.³²

6. Ausencia de un mecanismo de apelación

Es importante destacar que el TLCAN no cuenta con un mecanismo de apelación para la revisión de las decisiones de los paneles binacionales establecidos según el Capítulo XX. Este Capítulo, por lo tanto, es más parecido al antiguo sistema de solución de diferencias del GATT que al de la OMC. Es menos legalista y vinculante, como cuestión de derecho, y por ende es más flexible y diplomático que el sistema de la OMC.

7. Implementación de los informes de los paneles

Los procedimientos generales de solución de controversias del TLCAN difieren de los de la OMC en un aspecto importante: la implementación. Éste puede ser un motivo por el cual los procedimientos del TLCAN se han invocado tan ocasionalmente y las Partes han preferido recurrir al sistema de la OMC, a pesar de que las normas de aplicación contempladas en el ESD disten de ser perfectas. Según lo estipulado en el TLCAN, cuando un panel presenta su informe final, "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..."³³ (bastardilla agregada para mayor énfasis). A diferencia del mecanismo de la OMC, por lo tanto, según el cual los informes definitivos de los grupos especiales y los del Órgano de Apelación son adoptados por el Órgano de Solución de Controversias a menos que exista consenso en contrario, en el TLCAN son las Partes las que tienen la "última palabra". Deben estar de acuerdo por consenso con la resolución de la controversia, pero no están necesariamente obligadas a acatar las determinaciones y recomendaciones del panel. Pueden convenir otra solución, si así lo desean.

²⁷ TLCAN, Artículos 2014 y 2015.

²⁸ TLCAN, Artículo 2016.

²⁹ TLCAN, Artículo 2016(5).

³⁰ TLCAN, Artículo 2016(1).

³¹ TLCAN, Artículo 2016(3).

³² TLCAN, Artículo 2017(2).

³³ TLCAN, Artículo 2018(1).

El Capítulo XX indica que se prefiere "la no ejecución o [...] la derogación de la medida disconforme con este Tratado o que sea causa de anulación o menoscabo", pero también contempla la posibilidad de otorgar una "compensación" a falta de una resolución en ese sentido.³⁴ También en este caso los procedimientos generales de solución de controversias del TLCAN son similares al antiguo sistema de solución de diferencias del GATT y no son tan legalistas como los de la OMC. A tenor de lo dispuesto en el ESD de la OMC, se requiere que la parte demandada ponga su medida de conformidad con las resoluciones y recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias, y el resultado preferido es la supresión de la medida declarada incompatible. La parte demandada tiene la obligación jurídica de cumplir con las resoluciones y recomendaciones comprendidas en los informes adoptados del grupo especial y/o del Órgano de Apelación y, de acuerdo con el ESD, la compensación sólo podrá utilizarse a modo de medida temporal para promover el cumplimiento. Según lo dispuesto en el TLCAN, no existe una obligación jurídica similar de que la Parte demandada deba acatar las determinaciones y recomendaciones del panel, y las Partes contendientes pueden acordar otra forma de solucionar la controversia, incluida la compensación como alternativa a la derogación de la medida disconforme.

Si la Parte demandada no ha logrado un acuerdo con la Parte reclamante sobre una solución mutuamente satisfactoria de la controversia dentro de los treinta días siguientes a la recepción del informe final del panel, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente hasta tanto se alcance un acuerdo sobre la resolución de la controversia. Al igual que lo dispuesto en el ESD de la OMC, la Parte reclamante debe primero procurar suspender los beneficios en el mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida, y puede suspender beneficios en otros sectores si considera que no es factible ni eficaz suspenderlos en el mismo sector o sectores. También se podrá establecer un panel para que determine si es "manifiestamente excesivo" el nivel de los beneficios que una Parte haya suspendido.³⁵ A pesar de que los procedimientos contemplados en el TLCAN para la suspensión de beneficios parecen similares a aquellos del ESD, hasta la fecha no ha habido ningún caso en el cual una Parte reclamante haya suspendido beneficios invocando el Capítulo XX del TLCAN como respuesta al incumplimiento del informe de un panel.³⁶

8. *Intervención de la CLC en procedimientos domésticos*

A diferencia del sistema de la OMC, el TLCAN cuenta con un procedimiento explícito que permite a la CLC intervenir en cualquier procedimiento administrativo o judicial interno en el cual surja una cuestión relativa a la interpretación o aplicación del TLCAN. En dicho caso, si la CLC puede llegar a una interpretación acordada de la(s) disposición(es) pertinentes del TLCAN, la Parte deberá presentar la interpretación acordada por la Comisión al tribunal u órgano administrativo de su jurisdicción. Asimismo, se prohíbe expresamente a las Partes el derecho de iniciar acciones contra cualquiera de las otras Partes conforme a su legislación nacional argumentando que una medida de la otra Parte es incompatible con el TLCAN.

9. *Comparación del Capítulo XX del TLCAN con el ESD de la OMC*

Una *ventaja* de los procedimientos contemplados en el Capítulo XX del TLCAN con respecto al sistema de solución de diferencias de la OMC es la flexibilidad que ofrecen a las Partes contendientes. Los procedimientos del TLCAN son más similares al antiguo sistema de solución de diferencias del GATT que al sistema más legalista y judicial de la OMC. Con toda probabilidad, han habido casos resueltos en el marco del TLCAN por vías diplomáticas sin recurrir a la integración de un panel. Sin embargo, es difícil evaluar exactamente cuántos de esos casos han sido resueltos por medios diplomáticos, dado que las secciones del Secretariado del TLCAN no llevan registros al respecto.

³⁴ TLCAN, Artículo 2018(2).

³⁵ TLCAN, Artículo 2019.

³⁶ A pesar de que las Partes Contratantes del GATT autorizaron la suspensión de concesiones sólo una vez antes de la creación de la OMC, desde 1995 el Órgano de Solución de Diferencias concedió la autorización en 8-10 casos.

Por otro lado, una importante *desventaja* que exhiben los procedimientos del TLCAN es su flexibilidad y dependencia de la diplomacia para resolver controversias. En un sistema como el del TLCAN, donde existe una gran asimetría de poder entre una Parte dominante y dos Partes más pequeñas, la Parte dominante siempre puede demorar e incluso obstaculizar los procedimientos. En el contexto del Capítulo XX, ha habido casos en los cuales una Parte ha demorado y, en última instancia, evitado que se constituyera un panel. Aún en las ocasiones en que el panel se constituya y presente su informe, las Partes no están legalmente obligadas a aceptar y aplicar sus determinaciones y recomendaciones. Las Partes pueden decidir, por consenso, resolver la controversia de otra manera, y una de las Partes podría evitar que se acepte el informe del panel. Una vez más vemos cómo las asimetrías de poder pueden –y, de hecho, lo hacen– influir en los resultados de dicho sistema. En la historia de la aplicación del Capítulo XX del TLCAN (y de su antecesor, el Capítulo 18 del ALC entre Canadá y los Estados Unidos), ha habido dificultades tanto en la composición de los paneles como en asegurar el cumplimiento de sus informes.

Dada la alternativa entre los procedimientos generales de solución de controversias que ofrece el TLCAN, que son flexibles y diplomáticos, y los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, que son judiciales y vinculantes para las partes, no sorprende que las Partes del TLCAN hayan optado con frecuencia por recurrir al sistema de la OMC para resolver sus diferencias. Además, mientras que técnicamente no hay doctrinas aceptadas de *stare decisis* o *res judicata* en la solución de diferencias de la OMC hasta ahora, se aprecia la obvia ventaja de entablar una acción ante la OMC, debido a que es probable que las resoluciones adoptadas en una diferencia en particular influyan en casos similares entablados en el futuro. Asimismo, otros Miembros de la OMC con intereses similares también pueden sumarse a un litigio, ya sea como correclamantes o como terceros.

III. CAPÍTULO XIX – REVISIÓN EN MATERIA DE DERECHOS ANTIDUMPING Y COMPENSATORIOS

A. Ausencia de disposiciones en materia de derechos antidumping o compensatorios

El TLCAN no incluye disposiciones de fondo relativas a las investigaciones y medidas en materia de derechos antidumping y compensatorios. En cambio, reconoce el derecho de cada una de las Partes a aplicar su propia legislación interna al respecto. Son los acuerdos de la OMC sobre antidumping y sobre subsidios y medidas compensatorias³⁷ los que establecen las normas de fondo con las cuales deben cumplir las legislaciones y los procedimientos nacionales. Las Partes del TLCAN pueden cambiar o reformar sus disposiciones jurídicas en materia de derechos antidumping y compensatorios, siempre que la Parte que lleve a cabo la reforma la notifique a las otras Partes y acate las demás disposiciones contempladas en el Capítulo XIX. Si otra Parte solicitara la celebración de consultas respecto de una de las modificaciones propuestas, deberá darse lugar a dichas consultas. Además, cualquiera de las Partes podrá someter la reforma propuesta de la legislación de otra Parte ante un panel binacional para que éste emita una opinión declarativa sobre si dicha reforma se apega a los acuerdos de la OMC así como al objeto y fin del TLCAN y su Capítulo XIX.³⁸

B. Alternativa a la revisión judicial interna

El Capítulo XIX del TLCAN contempla un mecanismo alternativo a los tribunales nacionales para la revisión judicial de las resoluciones definitivas sobre medidas antidumping y compensatorias. La Parte implicada en una investigación por cuotas antidumping o compensatorias podrá solicitar la revisión judicial por parte de un panel binacional de la resolución definitiva emitida por una autoridad investigadora competente, en lugar de procurar la revisión judicial en sus propios tribunales. Una Parte implicada podrá solicitar, por iniciativa propia, que un panel revise una resolución definitiva, y deberá asimismo solicitarlo a petición de una persona que de otro modo estaría legitimada para iniciar procedimientos internos de revisión judicial de una resolución definitiva.

³⁷ En particular, el Artículo VI del GATT de 1994, el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (el "Código Antidumping") y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (el "Acuerdo SMC").

³⁸ TLCAN, Artículos 1902 y 1903.

Los paneles a los que se hace referencia en el Capítulo XIX estarán compuestos por cinco expertos, nacionales de las Partes contendientes, por lo general seleccionados de una lista acordada por las Partes del TLCAN. Cada una de las Partes del TLCAN implicada en la controversia selecciona dos panelistas, y el quinto es elegido por consenso de las Partes o, si no pudieran ponerse de acuerdo, por una de las Partes contendientes elegida por sorteo. El TLCAN establece plazos de estricto cumplimiento para los procedimientos del panel, cuyo fallo definitivo se expide generalmente dentro de los trescientos quince días siguientes a la fecha en que se presenta la solicitud de revisión.

A diferencia de los grupos especiales de la OMC o de los paneles establecidos de conformidad con el Capítulo XX, los paneles conformados según el Capítulo XIX no aplican las disposiciones del TLCAN, de la OMC ni del derecho internacional. Antes bien, se limitan a aplicar las disposiciones jurídicas en materia de derechos antidumping y compensatorios de la Parte³⁹ que emitió la resolución definitiva. También se requiere que apliquen los criterios de revisión que la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora interna. Los paneles sólo podrán confirmar las resoluciones de los organismos nacionales o devolverlas a dichos organismos para que las revean.⁴⁰ Los paneles no tienen autoridad para revisar las resoluciones de los organismos nacionales y sustituirlas por las propias. En algunos casos, se han devuelto varias veces resoluciones a las autoridades investigadoras nacionales y, consecuentemente, los paneles debieron revisar en varias oportunidades las nuevas resoluciones expedidas por dichas autoridades. El fallo del panel es obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto sometido al panel.⁴¹ Hay plazos estrictos para el cumplimiento de las devoluciones y la consiguiente revisión por parte de los paneles de las nuevas resoluciones de la autoridad competente.⁴²

C. Apelaciones

Los fallos emitidos de conformidad con el Capítulo XIX pueden apelarse ante un Comité de Impugnación Extraordinaria ("CIE"), integrado por tres jueces o jueces retirados de las dos Partes contendientes. Sin embargo, a fin de poder invocar la constitución de un CIE, una Parte deberá alegar alguna de las graves situaciones que se detallan a continuación: que (a)(i) un miembro del panel ha sido culpable de una falta grave, de parcialidad, o ha incurrido en grave conflicto de intereses; (ii) el panel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento, o (iii) el panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción; y que (b) cualquiera de las acciones antes señaladas ha afectado materialmente el fallo del panel y amenace la integridad del proceso de revisión por el panel binacional.⁴³ Hasta la fecha, sólo se han iniciado cinco procedimientos ante un CIE de conformidad con el ALC entre Canadá y los Estados Unidos y el TLCAN, sólo dos desde la puesta en vigor del TLCAN, y todos los finalizados hasta ahora han dado resultado en la desestimación de las impugnaciones.⁴⁴

³⁹ "Las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y derechos compensatorios consisten en leyes aplicables, antecedentes legislativos, reglamentaciones, práctica administrativa y los precedentes judiciales, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente". TLCAN, Artículo 1904(2).

⁴⁰ TLCAN, Artículo 1904(8).

⁴¹ TLCAN, Artículo 1904(9).

⁴² Cuando un panel devuelva una resolución con el fin de que se revise, el plazo para que la autoridad investigadora emita una resolución definitiva en una investigación en ningún caso excederá el período máximo señalado por su ley. Si se solicita la revisión de la nueva resolución definitiva adoptada por la autoridad investigadora, dicha revisión estará a cargo del mismo panel binacional, el que normalmente emitirá un fallo definitivo dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que dicha nueva resolución le haya sido sometida. TLCAN, Artículo 1904(8).

⁴³ TLCAN, Artículo 1904(13).

⁴⁴ Está todavía pendiente un proceso de un CIE en el caso *Estados Unidos - Magnesio Puro de Canadá*. Otro proceso sustanciado de conformidad con el ALC entre Canadá y los Estados Unidos, que atañe a la resolución de una autoridad estadounidense en el caso *Madera blanda procedente de Canadá*, produjo un fallo no unánime que incluyó una controvertida opinión disidente del juez Wilkey de los Estados Unidos.

D. Experiencia hasta la fecha

Desde la entrada en vigor del TLCAN en 1994, se han presentado más casos invocando el Capítulo XIX que cualquier otro mecanismo de solución de controversias. En la actualidad, no hay casos en trámite que conciernan a resoluciones de organismos canadienses, hay veinticuatro casos en los cuales se están revisando las resoluciones de organismos estadounidenses, cinco casos en los que se están revisando las resoluciones del organismo mexicano y un procedimiento ante un Comité de Impugnación Extraordinaria que implica a un organismo estadounidense. Con respecto a los procedimientos de revisión finalizados por parte de paneles de conformidad con el Capítulo XIX del TLCAN, ha habido diecinueve casos que implicaban resoluciones de organismos canadienses, treinta y seis casos que implicaban organismos estadounidenses y diez del organismo mexicano, así como un procedimiento ante la Comisión de Impugnación Extraordinaria ya finalizado que atañía a un organismo de los Estados Unidos.⁴⁵

Un estudio reciente demuestra que en el caso de las resoluciones emitidas por autoridades competentes de los Estados Unidos, casi todas las revisiones judiciales que implicaban importaciones provenientes de Canadá o México fueron sometidas a un panel binacional invocando el Capítulo XIX, y no al Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos.⁴⁶ Es más, el índice de revisión de resoluciones emitidas por el Departamento de Comercio estadounidense de conformidad con el ALC entre Canadá y los Estados Unidos que implicaban importaciones provenientes de Canadá aumentó más que el doble, de alrededor del 20 por ciento durante los cuatro años anteriores a la entrada en vigor del ALC entre Canadá y los Estados Unidos a un 50 por ciento durante los siguientes cinco años.⁴⁷

El estudio también señala que los paneles integrados de conformidad con el Capítulo XIX han sido "bastante activos" en devolver los casos a las autoridades investigadoras nacionales. En el período finalizado en mayo de 2002, de las veintiséis revisiones por parte de paneles binacionales de resoluciones emitidas por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos que implicaban importaciones provenientes de Canadá, sólo cinco fueron confirmadas sin devolución (en estos cinco casos se trataba de medidas antidumping; todos los casos relacionados con medidas compensatorias fueron devueltos). Muchas de las devoluciones dieron como resultado que se redujeran los derechos, y en dos casos, que se devolviera el monto correspondiente a esos derechos. Cinco de las ocho revisiones de casos que implicaban importaciones mexicanas durante el mismo período conllevaron la reducción de los derechos (en algunas casos, por un monto sustancial). De las cinco revisiones realizadas por paneles binacionales de resoluciones emitidas por la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos en el mismo período, una resultó en una total revocación de la orden que impusiera los derechos, y algunas de las otras fueron devueltas a la autoridad investigadora y, finalmente, derivaron en la reducción de los derechos.⁴⁸

A pesar de que los paneles binacionales del Capítulo XIX han emitido, en ocasiones, algunos fallos controvertidos, sobre todo en la contenciosa y prolongada controversia sobre *Madera blanda* entre Canadá y los Estados Unidos,⁴⁹ la mayoría no han sido fallos de carácter polémico. En los últimos años, el número de revisiones llevadas a cabo por paneles ha venido disminuyendo debido a una reducción en el número de investigaciones en materia de derechos antidumping y compensatorios por parte de las autoridades competentes de los Estados Unidos relacionadas con importaciones de Canadá y México.⁵⁰ Ese menor número de medidas antidumping y compensatorias aplicadas por parte de los Estados Unidos contra importaciones provenientes

⁴⁵ Muchos de los casos que implican a los Estados Unidos se refieren a impugnaciones de resoluciones de revisiones administrativas anuales por parte del Departamento de Comercio y, por lo tanto, el número real de casos separados que implican ciertos productos en particular es menor. Estas cifras no incluyen los casos sustanciados conforme al Capítulo 19 del ALC entre Canadá y los Estados Unidos, de los cuales hubo diecinueve revisiones concluidas de resoluciones de organismos canadienses, veintiocho de resoluciones de organismos estadounidenses y tres procesos ante el Comité de Impugnación Extraordinaria sobre casos que se originaron en los Estados Unidos. Fuente: <http://www.TLCAN-sec-alena.org>, 5/3/2004.

⁴⁶ Patrick Macrory, "NAFTA Chapter 19: A Successful Experiment in International Trade Resolution", *The Border Papers*, C. D. Howe Institute Commentary, N° 168, septiembre, en pág. 6.

⁴⁷ *Ibidem*, citando a un estudio de 1995 realizado por la Contaduría General de los Estados Unidos, "U.S.-Canada Free Trade Agreement – Factors Contributing to Controversy in Appeals of Trade Remedy Cases to Binational Panels", Washington, D.C.

⁴⁸ *Ibidem.*, en págs. 6-7.

⁴⁹ Así como en los casos de *Cerdos vivos*.

⁵⁰ *Ibidem*, en pág. 15.

de Canadá y México podría atribuirse a la mayor integración de las tres economías de las Partes del TLCAN como consecuencia de la eliminación de barreras arancelarias y de otro tipo.

E. Comparación entre el Capítulo XIX del TLCAN y el ESD de la OMC

En general, el Capítulo XIX ha funcionado bien en la práctica. Ofrece un proceso de revisión efectivo y expedito, si bien se han registrado varias demoras en los últimos años debido a dificultades en la integración de paneles.⁵¹ Una vez que se integra un panel, el proceso contemplado en el Capítulo XIX puede resultar más expedito que el proceso de la OMC. Sin embargo, en casos difíciles, puede haber una serie de devoluciones de conformidad con lo dispuesto por el Capítulo XIX del TLCAN o, en la órbita de la OMC, varios casos según lo dispuesto por el Artículo 21.5 del ESD. A pesar de que la revisión contemplada en el Capítulo XIX se limita a determinar si la resolución de un organismo se emitió de conformidad con la legislación interna de la Parte importadora, y el panel está limitado por los criterios de revisión aplicables en esa Parte, los fallos del panel pueden dar como resultado la reducción de derechos antidumping o compensatorios y, en algunos casos, la revocación de las órdenes de la autoridad correspondiente y el reintegro de los derechos abonados. Por el contrario, al entablar una reclamación ante la OMC, cualquiera de las Partes del TLCAN puede impugnar si una medida o investigación antidumping se ajusta a las obligaciones de la Parte importadora de conformidad con los acuerdos de la OMC. Sin embargo, el proceso dura bastante tiempo más y, al finalizar, el grupo especial de la OMC puede sugerir, aunque no ordenar, la revocación de una orden nacional de imposición de derechos antidumping o compensatorios o el reintegro de los mismos, si éstos hubieran sido abonados.⁵²

Presentar una impugnación en un caso derivado de la imposición de medidas antidumping o compensatorias según lo dispuesto en el Capítulo XIX del TLCAN o bien de acuerdo con la OMC conlleva claras ventajas y desventajas. Una ventaja del sistema establecido en el Capítulo XIX es que las partes privadas pueden solicitar que se integre un panel binacional a fin de realizar una revisión judicial de la medida, mientras que, si eligen el camino contemplado en la OMC, deberán hacer *lobby* ante sus gobiernos para que éstos realicen la impugnación. Una de las ventajas que ofrece el sistema de la OMC es que puede impugnarse la resolución preliminar de una autoridad investigadora competente o una ley, reglamentación o práctica administrativa de cualquier Parte del TLCAN. Según el Capítulo XIX, sólo podrán solicitarse revisiones judiciales de las resoluciones definitivas de las autoridades investigadoras de que se trate.

En última instancia, un grupo especial de la OMC puede ordenar al Miembro afectado que ponga sus medidas o disposiciones jurídicas en conformidad con las obligaciones contraídas en los acuerdos abarcados por la OMC. En cambio, un panel integrado según lo estipulado en el Capítulo XIX sólo tiene la facultad de confirmar la resolución definitiva de una autoridad o devolverla a dicha autoridad para que la revea. Esto puede conducir a un "ping-pong" entre el panel del TLCAN y la autoridad investigadora de la Parte en cuestión.

Las Partes no se encuentran impedidas de recurrir tanto al Capítulo XIX del TLCAN como al sistema de solución de diferencias de la OMC a fin de impugnar las mismas resoluciones definitivas de las autoridades investigadoras de una Parte. De hecho, esto ha ocurrido en los casos *México - Jarabe de maíz con alta concentración de fructosa* y, más recientemente, en el caso *Estados Unidos - Madera blanda procedente del Canadá IV*.⁵³ Dadas las

⁵¹ A diferencia del Capítulo XX, las Partes del TLCAN sí acordaron listas de panelistas para los casos iniciados según el Capítulo XIX. Sin embargo, se han registrado demoras, especialmente en los últimos años, en el proceso de selección de panelistas de listas previamente acordadas.

⁵² Las facultades de los grupos especiales de la OMC están limitadas por el Artículo 19 del ESD. La mayoría de dichos grupos especiales se han mostrado reticentes incluso a "sugerir" la revocación de órdenes o el reintegro de los derechos abonados (ver el reciente informe del grupo especial en el asunto *Canadá - Madera Blanda, Determinación de daños por la Comisión Internacional de Comercio de los Estados Unidos*).

⁵³ Todavía estos casos están pendientes de solución. En el caso de *Estados Unidos - Madera blanda procedente del Canadá IV*, respecto de medidas antidumping y compensatorias tomadas por los Estados Unidos, el gobierno de Canadá ha presentado seis reclamaciones ante la OMC que se relacionan directamente con las resoluciones de las autoridades investigadoras (y ha iniciado otros dos casos ante la OMC con el propósito de impugnar las disposiciones de la legislación de los Estados Unidos que rigen la imposición de derechos antidumping y compensatorios), y ha habido tres casos presentados conforme al Capítulo XIX del TLCAN (todos los cuales han conducido a dos conjuntos de devoluciones, nuevas resoluciones por parte de las autoridades investigadoras, y revisiones de paneles binacionales de esas determinaciones).

diferentes características de los dos sistemas, pueden haber razones estratégicas para que los gobiernos presenten sus reclamaciones recurriendo a ambos mecanismos. El hecho de que, según lo dispuesto en el Capítulo XIX del TLCAN, las personas privadas están facultadas para iniciar un procedimiento de revisión por un panel binacional puede también conducir a que se presenten impugnaciones relativas a las mismas investigaciones de medidas antidumping o compensatorias con apego tanto al TLCAN como a la OMC. Las Partes del TLCAN también pueden decidir recurrir tanto el Capítulo XIX del TLCAN como los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, sobre todo en casos difíciles y contenciosos, como *Madera Blanda IV*, con el propósito de lograr una solución negociada de la controversia.

IV. CONCLUSIONES

Con la intención de contribuir a prevenir y solucionar controversias, incluidas aquellas que implican a personas privadas, el TLCAN estipula diversos mecanismos de solución de controversias, cada uno de los cuales tiene su propio objeto y sus propios procedimientos. Este trabajo se ha concentrado principalmente en dos de estos mecanismos: los procedimientos generales de solución de controversias entre Estados, descritos en el Capítulo XX y relacionados con la interpretación y aplicación de las obligaciones contempladas en el TLCAN, y los procedimientos de integración de paneles binacionales para la revisión judicial de resoluciones definitivas sobre la imposición de derechos antidumping y compensatorios, dispuestos en el Capítulo XIX. Existen varios otros mecanismos, principalmente el mecanismo para la solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte estipulado en el Capítulo XI, que permite a los inversionistas privados presentar una reclamación por pérdidas y daños sufridos a causa del incumplimiento de ciertas disposiciones del TLCAN relativas a inversiones por uno de los Estados Partes del Tratado.

A diferencia del sistema contemplado bajo el paraguas de la OMC, que se limita a la solución de diferencias entre Estados, el TLCAN permite la participación de personas privadas como demandantes o peticionarios en algunos de sus mecanismos claves. Estos mecanismos principales que permiten a las personas privadas iniciar acciones son: la revisión por un panel binacional de resoluciones definitivas en materia de derechos antidumping o compensatorios según lo dispuesto en el Capítulo XIX, y el arbitraje inversionistas-Estado establecido en el Capítulo XI del TLCAN. Las personas privadas también pueden presentar reclamaciones de conformidad con lo dispuesto en los dos "acuerdos paralelos": el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte y el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte.

El historial de transparencia del TLCAN ha mejorado con el transcurso de los años, y actualmente es mejor que el de la OMC. En el pasado, las personas interesadas que no fueran Partes del TLCAN no podían obtener copias de las presentaciones ni participar como *amici curiae* en los arbitrajes en materia de inversiones contemplados en el Capítulo XI. En el año 2001, la CLC emitió una nota interpretativa que aclaraba que no existía la obligación de que los procedimientos sustanciados según el Capítulo XI fueran confidenciales y que las Partes tienen la libertad de divulgar sus presentaciones y los laudos de los tribunales arbitrales al público en general.⁵⁴ En 2003, la CLC emitió una Declaración Conjunta que recomendaba a los tribunales arbitrales integrados de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo XI adoptar procedimientos que dieran a aquellas personas interesadas que no fueran Partes del Tratado la posibilidad de participar como *amici curiae* en aquellos casos en los que el tribunal lo considerara pertinente y admisible.⁵⁵

El mecanismo del Capítulo XIX del TLCAN es más transparente y abierto que el sistema de la OMC, principalmente debido a que se basa en procedimientos de revisión judicial internos. En consecuencia, las personas privadas que participan en la investigación de la autoridad nacional tienen legitimación procesal para iniciar la revisión por parte de paneles binacionales de las resoluciones definitivas en materia de derechos antidumping y compensatorios

⁵⁴ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Nota interpretativas de ciertas normas del Capítulo XI, 31 de julio de 2001.

⁵⁵ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no contendientes, 7 de octubre de 2003.

de esa autoridad y participar en dicho procedimiento de revisión. Además, todas aquellas personas que reúnen las condiciones para intervenir como parte en un procedimiento iniciado de conformidad con el Capítulo XIX gozan del derecho de acceso a las presentaciones de las otras partes, y las presentaciones de las partes (excepto las de aquellas partes protegidas por procedimientos especiales debido a la confidencialidad de la información comercial) son puestas a disposición del público por el Secretariado del TLCAN. Las audiencias convocadas por los paneles constituidos según el Capítulo XIX, como ocurre en la justicia ordinaria, son abiertas al público.

La elección de panelistas ha sido un serio problema en los casos que invocaron el Capítulo XX, y ha ocasionado considerables demoras en la composición de los paneles según el Capítulo XIX. El mismo problema se observa también en la OMC, a pesar de que las causas son diferentes. En el ESD de la OMC, existe una disposición general que prohíbe a los nacionales de los Miembros cuyos gobiernos sean parte en una diferencia ser integrantes del grupo especial que se ocupe de esa diferencia, a menos que las partes acuerden lo contrario.⁵⁶ En el TLCAN ocurre lo opuesto: tanto el Capítulo XX como el XIX estipulan que deben seleccionarse dos nacionales de cada Parte contendiente para integrar el panel. El Capítulo XX tiene la singular e interesante característica de que las Partes contendientes deben seleccionar dos nacionales de la lista de la otra Parte; sin embargo, dado que las Partes todavía no han llegado a un acuerdo en torno a la lista, en la práctica eso ha sido difícil. Según el TLCAN, la teoría es que con cinco miembros en un panel, tener dos ciudadanos de cada Parte contendiente no conducirá a una división en la votación según la nacionalidad de los panelistas. Por otra parte, se cree que las culturas jurídicas de las Partes del TLCAN no son tan diferentes y, por ello, no tendrá consecuencias perjudiciales que sus ciudadanos integren el panel. Hasta ahora, estos supuestos han demostrado ser correctos. Cabe mencionar un único y tristemente célebre caso sustanciado a tenor del Capítulo 19 del ALC entre Canadá y los Estados Unidos en que el panel emitió un fallo que denotó una división en la votación según la nacionalidad de los panelistas (*Madera Blanda II*). Hasta ahora, la mayoría de los otros paneles integrados conforme al Capítulo XIX y todos los integrados conforme al Capítulo XX han emitido fallos unánimes.

El mecanismo de solución general de controversias del Capítulo XX se basó en el sistema de solución de diferencias del GATT en vigor al momento de la negociación del TLCAN. En consecuencia, las Partes tienen un alto grado de flexibilidad para solucionar sus controversias. Si bien esto puede sonar bien en teoría, en la práctica las Partes parecen haber preferido llevar a la OMC aquellas controversias para las cuales deseaban resoluciones vinculantes. A pesar de que se han registrado largas demoras en la composición de los paneles en los pocos casos presentados hasta la fecha conforme al Capítulo XX, las Partes no han actuado con rapidez para integrar una lista, y ello muy probablemente obedezca a que tienen la intención de recurrir al sistema de solución de diferencias de la OMC en el caso de la mayoría de las controversias que legalmente pueden presentarse ante cualquiera de los dos foros. Desde ya, cuando una Parte inicia un procedimiento conforme al sistema de la OMC o al del Capítulo XX del TLCAN, esa Parte o cualquiera de las otras Partes del TLCAN no podrán presentar el mismo caso ante la otra jurisdicción.

La mayoría de los observadores considera al Capítulo XIX un verdadero éxito. Sin embargo, es similar a la revisión judicial llevada a cabo por los tribunales nacionales en el sentido de que la ley aplicable y los criterios de revisión son los correspondientes al país importador que tomó la resolución definitiva en materia de derechos antidumping o compensatorios y, por lo tanto, los paneles deben limitarse a confirmar o devolver las resoluciones a las autoridades investigadoras competentes, ya que no pueden modificar las resoluciones de dichas autoridades. El proceso contemplado en el Capítulo XIX ha demostrado ser expedito y efectivo en lo que respecta a verificar las acciones consideradas arbitrarias e injustas de las autoridades investigadoras competentes. No puede, y en efecto no lo ha hecho, conducir a la modificación de resoluciones en materia de medidas antidumping y compensatorias, algo que sólo puede hacerse en el ámbito de la OMC. En última instancia, los procedimientos estipulados en el Capítulo XIX ofrecen una opción estratégica útil que puede ser utilizada por las Partes del TLCAN junto con las reclamaciones presentadas ante la OMC a fin de alentar una solución negociada de las controversias particularmente contenciosas.

⁵⁶ ESD, Artículo 8(3).

Los mecanismos de solución de controversias del TLCAN son complejos y multifacéticos. Ofrecen muchos caminos diferentes para que las partes privadas y los gobiernos Partes del TLCAN alienten la aplicación de las disposiciones del Tratado. También pueden utilizarse estratégicamente junto con los procedimientos de la OMC para que los gobiernos puedan resolver ciertos tipos de controversias, sobre todo aquellas relativas a la imposición de derechos antidumping o compensatorios.

Mientras que, en conjunto, el sistema del TLCAN permite una mayor transparencia y posibilita la participación de particulares en algunos de sus procesos de solución de controversias, la OMC ha establecido un sistema más legalista y judicial con resoluciones vinculantes que tienen mayor influencia en otros Miembros de la OMC y en casos futuros.

MESA REDONDA: VIRTUDES Y DEBILIDADES DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL TLCAN

PARTICIPANTES: JOHN WEEKES, RICARDO RAMÍREZ Y DEBRA STEGER

MODERADOR: JAIME GRANADOS

RELATORA: VALERIE HUGHES

El señor John Weekes observó que es sumamente importante la cuestión acerca de si una controversia debería presentarse conforme al mecanismo de solución de controversias del TLCAN o de la OMC. De acuerdo con su punto de vista, existen dos consideraciones principales que informan las decisiones de los gobiernos a este respecto. En primer lugar, hay mayor incertidumbre procesal en cuanto al funcionamiento de un panel del TLCAN, en comparación con un panel en la OMC, incluida la falta de garantías sobre la conformación de un panel, y el hecho de que en el marco del TLCAN no se cuenta con el apoyo de una Secretaría (fuera del apoyo puramente administrativo). En segundo lugar, cuando se pretende la solución de una diferencia conforme a la OMC, es posible obtener apoyo de otros países como terceras partes o sumarse a otros como co-demandantes en sus causas contra un Miembro en particular. Para ilustrar este punto, el señor Weekes planteó la siguiente situación hipotética: supongamos que Canadá invocara el TLCAN para plantear un procedimiento contra los Estados Unidos, mientras que Japón y la Unión Europea presentaran un caso similar en el marco de la OMC. Si Canadá perdiese en el procedimiento iniciado conforme al TLCAN, mientras que se hiciese lugar al reclamo de las otras partes conforme a la OMC, Canadá quedaría sin otro recurso. Por lo tanto, en opinión del señor Weekes, sólo si las cláusulas sustantivas del TLCAN respaldan mejor una posición que las disposiciones establecidas en el marco de la OMC, conviene recurrir al mecanismo de solución de controversias del TLCAN.

El señor Weekes explicó que, durante décadas, Canadá consideró que la búsqueda de un sistema apropiado de solución de controversias era como buscar el Santo Grial: si Canadá lo encontraba, no habría problemas con los Estados Unidos. Es frecuente olvidar que un buen mecanismo de solución de controversias no constituye la mejor manera de evitar las controversias. Las controversias se evitan mediante cláusulas bien redactadas en los acuerdos de fondo. Las diferencias entre Canadá y los Estados Unidos que aún no se han resuelto se relacionan con temas sobre los cuales la agenda del TLCAN permanece inconclusa, tales como el sector agropecuario, las industrias culturales, los subsidios y los mecanismos de defensa comercial.

El señor Weekes se refirió a los mecanismos de solución de controversias incluidos en los acuerdos paralelos al TLCAN sobre cuestiones laborales y medio ambiente, que buscan que las partes del TLCAN cumplan con sus propias leyes en materia laboral y ambiental. (Hizo referencia a un individuo que los describió como instrumentos diseñados deliberadamente para que *no* funcionen). El señor Weekes mencionó que a Canadá no le agradaba la idea de que pudiese producirse una retorsión comercial en caso de incumplimiento de las leyes ambientales y laborales *internas* de Canadá. El resultado final para Canadá fue permitir que la decisión de un panel internacional

en materia de cumplimiento fuera directamente obligatoria en Canadá. El señor Weekes sostiene que el sistema es bueno en tanto evita "acciones de retorsión indiscriminadas" que puedan afectar a terceros inocentes.

El señor Ricardo Ramírez afirmó que, en el caso de México, las controversias conforme al TLCAN podían dividirse en dos grupos: (1) azúcar y cemento, y (2) el resto. Según la perspectiva del señor Ramírez, siempre habrá controversias entre México y los Estados Unidos sobre el azúcar y el cemento. Describió el Capítulo XIX del TLCAN (Revisión y Solución de Controversias en Materia de Antidumping y Derechos Compensatorios) como la joya de la corona del TLCAN. No obstante, señaló una debilidad significativa del sistema: la selección del panel. El señor Ramírez expresó que hay cinco miembros en lugar de tres; por consiguiente, la selección de los integrantes del panel se torna mucho más difícil. Observó también que es más difícil seleccionar panelistas de dos países (México y los Estados Unidos) que de los 146 Miembros de la OMC. En cuanto al Capítulo XI (sobre solución de controversias entre un inversionista y un Estado) del TLCAN, el señor Ramírez remarcó que hay una tendencia descendente en el número de casos presentados. En su opinión, algunos de los primeros fallos exhibían defectos, pero que los tribunales arbitrales están comenzando a avanzar en la dirección correcta en los casos más recientes. En cuanto al Capítulo XX (sobre solución de controversias entre Estados) del TLCAN, el señor Ramírez expuso su idea de que era una señal positiva que tantos países de América Latina lo hubiesen replicado en sus acuerdos regionales.

El señor Ramírez dijo que la "mejor virtud" del TLCAN es el mecanismo de cumplimiento. No hay una exigencia de presentar el caso ante un panel de cumplimiento, como sucede con el grupo especial de cumplimiento en el marco de la OMC,¹ como tampoco hay necesidad de un arbitraje para determinar el plazo prudencial para el cumplimiento, como sí existe en la OMC.² El TLCAN exige que la parte que ha de cumplir debe demostrar que lo ha hecho en un plazo de 30 días. Si no lo hace, se procede al arbitraje y se habilita el derecho a exigir una retorsión.

La señora Debra Steger señaló que sería interesante hacer un estudio de casos sobre la efectividad de los mecanismos de solución de controversias para aquellos casos iniciados por partes privadas conforme al Capítulo XIX del TLCAN e iniciados al mismo tiempo por los gobiernos en el seno de la OMC. Dos ejemplos de ello son el de madera blanda y el de jarabe de maíz de alta fructosa.

La señora Steger observó que los clientes del sector privado a menudo tienen objetivos diferentes que el de aclarar el derecho. El objetivo cuando se actúa para un importador, por ejemplo, es obtener la devolución de los derechos y la revocación de la orden que impone derechos antidumping. Por lo tanto, la cuestión en términos de la elección de un foro está determinada por el recurso disponible al final del proceso. El sistema de la OMC implica un proceso de tres años o más y, mientras tanto, se deben pagar los derechos. Conforme al Capítulo XIX del TLCAN, en cambio, existe la posibilidad de devolver las actuaciones a un tribunal inferior para que adecue la sentencia, y hasta de revocar la orden y devolver los derechos –si el demandante tiene éxito. Los organismos a menudo han reducido el monto de los derechos y, en algunos casos, incluso los eliminaron por completo a pedido de un tribunal. Así, para las partes privadas, el TLCAN es el foro al que prefieren recurrir. Podría ser útil considerar esto en el contexto de las conversaciones permanentes sobre la posible reforma de los sistemas de solución de controversias del TLCAN y de la OMC.

La señora Valerie Hughes mencionó que, al considerar en qué foro sustanciar una diferencia, no se debería olvidar el hecho de que la OMC tiene un procedimiento de apelación. No existe tal posibilidad de apelación en los mecanismos previstos en el TLCAN. Un Órgano de Apelación con un grupo permanente de expertos es proclive a decidir el caso con miras a lograr coherencia y sistematización en la aplicación del derecho.

¹ Ver el Artículo 21.5 del *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias* de la OMC.

² Ver el Artículo 21.3(c) del *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias* de la OMC.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

KURT RIECHENBERG

I. CONCEPTOS BÁSICOS

La propuesta relativa a la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero formulada el 9 de mayo de 1950 se apartó totalmente de los modelos clásicos de organizaciones internacionales, puesto que se basó en la cesión de soberanía sobre un sector determinado de la economía nacional. Esta cesión de poderes de Estado fue exhaustiva dado que comprendía el campo legislativo y las correspondientes facultades administrativas así como el poder judicial. Por lo tanto, la creación de la Comunidad CECA vino acompañada por el establecimiento de tres instituciones encargadas de desempeñar las referidas funciones, es decir, un Consejo de Ministros como órgano legislativo, una Alta Autoridad (hoy la Comisión Europea) como órgano administrativo y el Tribunal de Justicia.

Conviene destacar el acuerdo entre los países fundadores de la Comunidad CECA para otorgar al Tribunal el monopolio de juzgar cualquier conflicto jurídico en el ámbito comunitario e interpretar cualquier disposición del Derecho comunitario. Se excluyó expresamente el uso de otras vías para solucionar controversias entre Estados miembros, entre las Instituciones de la Comunidad, entre Estados e instituciones o en otros supuestos de litigio.

II. EL ÉXITO DEL SISTEMA

La creación de la Comunidad Económica Europea en 1957 se inspiró de los mismos principios institucionales y jurídicos. Además, ninguna de las numerosas modificaciones de los Tratados constitutivos tocó al mencionado concepto institucional. Tampoco se pusieron en cuestión las competencias del Tribunal.

Cabe subrayar el hecho de que en ningún momento durante los 52 años de su existencia, un Estado miembro se negó a cumplir con una sentencia del Tribunal. Lo mismo vale para las instituciones y otras partes.

A partir del 1 de mayo de 2004, 10 nuevos Estados formarán parte de este sistema.

III. ALGUNAS SENTENCIAS CLAVE

Se pueden identificar varias sentencias que demuestran la función desempeñada por el Derecho comunitario como instrumento de integración económica.

La originalidad del Derecho comunitario en relación con los modelos tradicionales que proporciona el Derecho internacional se basa en la estructura institucional de la Comunidad y su sistema jurídico así como las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros. Es en este último ámbito en el que el Tribunal ha consagrado tres principios básicos que son generalmente considerados como los más característicos del ordenamiento jurídico comunitario. Se trata de los principios del efecto directo y de la primacía del Derecho comunitario así como el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia de una violación del Derecho comunitario.

El principio del **efecto directo**, identificado en la sentencia *Van Gend en Loos* de 1963, radica en la posibilidad de que los particulares invoquen ante los tribunales nacionales los derechos que les confieren las normas comunitarias sin ningún elemento complementario de Derecho interno, a condición de que dichas normas sean suficientemente precisas e incondicionales. En esta sentencia el Tribunal caracterizó al Derecho comunitario como "un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional".

El efecto directo de las normas comunitarias no es, por consiguiente, una mera técnica de inserción en el ordenamiento interno, sino que es el resultado de una concepción del Derecho comunitario como un ordenamiento cuyos sujetos no son solamente los Estados, sino también los particulares.

La coexistencia en un mismo ámbito territorial del ordenamiento jurídico comunitario y del ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros puede dar lugar a la aparición de conflictos entre las normas de uno y otro sistema. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal iniciada por la sentencia *Costa* de 1964, estos conflictos han de resolverse por aplicación del principio de la **primacía** del Derecho comunitario sobre el Derecho interno.

La afirmación jurisprudencial de la primacía del Derecho comunitario se basa fundamentalmente en los objetivos de la Comunidad, a los cuales los Estados han transferido determinadas competencias que llevan consigo la consiguiente limitación de la competencia estatal. Además, se basa en el carácter obligatorio y directamente aplicable de los Reglamentos comunitarios.

El Tribunal dedujo de este principio de primacía la obligación de todo juez nacional de aplicar, en el marco de su competencia, íntegramente el Derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de una ley nacional, ya sea ésta anterior o posterior a la norma comunitaria.

Naturalmente la efectividad del principio de primacía consagrado por la jurisprudencia del Tribunal depende de su puesta en práctica por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, ante los cuales se suscitan los conflictos concretos entre normas de Derecho interno y normas comunitarias.

Junto a los referidos principios la jurisprudencia ha consagrado el principio de la **responsabilidad del Estado** por daños causados a los particulares como consecuencia de una violación del Derecho comunitario. Este principio fue reconocido en la sentencia *Francovich* de 1991, en que el Tribunal afirmó que la plena eficacia de las normas comunitarias -y de los derechos que éstas reconocen- exigen que los particulares tengan la posibilidad de obtener reparación cuando tales derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado.

Este principio ha sido desarrollado en sentencias posteriores. Resulta de esta jurisprudencia que el Estado responde también por las violaciones del Derecho comunitario atribuibles al legislador nacional. El principio de responsabilidad del Estado constituye, por una parte, un elemento que refuerza la protección de los derechos conferidos a los particulares por las normas comunitarias y, por otra, es un factor que puede contribuir a un

cumplimiento más diligente de las normas comunitarias por parte de los Estados miembros toda vez que los incumplimientos son ahora susceptibles de dar lugar a obligaciones de reparación que en algunos casos serán sumamente gravosas para el tesoro público.

Con respecto a los derechos de los particulares cabe subrayar que la jurisprudencia del Tribunal ha transformado las libertades económicas reconocidas en los Tratados (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales), concebidas inicialmente como factores económicos de liberalización del mercado común, en auténticos derechos fundamentales de los ciudadanos de la Comunidad. Al mismo tiempo el Tribunal ha dado una interpretación amplia al contenido de estas libertades. Esta jurisprudencia ha contribuido de forma decisiva al establecimiento progresivo del mercado común.

El Tribunal ha definido esta noción como un sistema que comprende la eliminación de todas las trabas a los intercambios intracomunitarios con vistas a la fusión de los mercados nacionales en un mercado único que funcione en condiciones lo más similares posible a las de un verdadero mercado interior. Entre estas disposiciones destacaban las referentes a las libertades de circulación de los factores productivos.

Esencialmente el establecimiento del mercado común debía llevar consigo la realización de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, así como un régimen de competencia legal, una política comercial común frente al exterior y la instauración de políticas comunes en los distintos sectores económicos.

El Tribunal consideró que el final del período transitorio, es decir el 31 de diciembre de 1969, era la fecha límite para la entrada en vigor de las disposiciones previstas para la instauración del mercado común y, consecuentemente con ello, reconoció el efecto directo de la mayor parte de los preceptos del Tratado que prohibían los obstáculos a las libertades de circulación, pese a que no se habían adoptado todas las normas de desarrollo de las mismas.

Así el Tribunal ha afirmado, en relación con la libre circulación de mercancías, que cualquier producto legalmente comercializado en un Estado miembro debe circular sin obstáculos en todo el mercado común, es decir, sin necesidad de cumplir los requisitos establecidos por la legislación nacional del Estado de importación, a menos que tal Estado pueda invocar razones imperativas de interés general, como la protección de la salud pública o del medio ambiente, que justifiquen el obstáculo en cuestión.

De igual manera, en cuanto a la libertad de establecimiento en otro Estado miembro y a la libre prestación de servicios transfronteriza, el Tribunal decidió que tales libertades no sólo se refieren a medidas adoptadas en el ámbito económico, en las que las personas o las empresas que desean establecerse o prestar servicios son consideradas factores de producción, sino que deben ser interpretados como auténticas libertades fundamentales para cualquier empresa en el mercado común.

Esta evolución ha culminado con la creación de una ciudadanía europea, consagrada por el Tratado de Maastricht. Aparte del derecho a no sufrir discriminaciones en razón de la nacionalidad, esta ciudadanía comporta el derecho a circular y residir libremente en otro Estado miembro y el derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones locales y europeas.

IV. LAS COMPETENCIAS JURISDICCIONALES PRINCIPALES

El artículo 220 del Tratado prevé que "el Tribunal de Justicia garantizará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado". Característico de la Comunidad es el establecimiento de un control jurisdiccional sobre el respeto de los Tratados y la normativa de aplicación, es decir Reglamentos, Directivas y Decisiones.

Las competencias principales del Tribunal son el control sobre la conformidad a derecho del comportamiento de los Estados, el control de la legalidad comunitaria, es decir las actuaciones de las instituciones, y la competencia prejudicial.

Los procedimientos dirigidos a obtener la declaración judicial de un **incumplimiento de Estado**, por acción u omisión, se inician sobre la base de recursos presentados por la Comisión o por un Estado miembro. De ordinario, los Estados prefieren solucionar sus diferencias por vías políticas, por lo que la iniciación de un proceso judicial en el que un Estado miembro demanda a otro por incumplimiento de sus obligaciones es algo excepcional. Son, en cambio, frecuentes los procesos por incumplimiento promovidos por la Comisión en el ejercicio de su misión de velar por la aplicación del Derecho comunitario.

La Comisión tiene la facultad de decidir según su libre arbitrio sobre la oportunidad de interponer el recurso, e incluso la posibilidad de suspender o renunciar a iniciar el procedimiento de requerimiento previo a la vía judicial, según criterios de oportunidad política en cada caso concreto.

La declaración judicial de la existencia de un incumplimiento obliga al Estado interesado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. No existen, en cambio, medios de ejecución forzosa de las sentencias dictadas en proceso de incumplimiento, pero, desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, si un Estado no ha adoptado las medidas suficientes para ejecutar una sentencia que ha declarado su incumplimiento, la Comisión está facultada para someter el asunto al Tribunal, que podrá imponer al Estado afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

El control jurisdiccional de la **legalidad comunitaria** constituye asimismo un aspecto esencial de la función del Tribunal. Dicha noción cubre tanto un control de la legalidad en sentido estricto - es decir la conformidad de los actos comparables a los actos administrativos nacionales con las normas que les sirven de fundamento - como un control de constitucionalidad, que tiene por objeto revisar la conformidad de los actos normativos de carácter general con los Tratados constitutivos de la Comunidad.

El control de la legalidad comunitaria se efectúa sobre la base de una pluralidad de vías procesales, es decir el recurso de nulidad o de anulación, el recurso por omisión, el control incidental de legalidad de actos normativos generales, el examen prejudicial de validez de los actos e incluso las acciones indemnizatorias, que, si bien tienen por objeto la declaración y determinación de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, también dan lugar al control de la legalidad de los actos u omisiones que generan el daño.

Forma parte de este control el procedimiento de dictamen vinculante sobre la conformidad a derecho de un proyecto de convenio internacional en el que está prevista la participación de la Comunidad.

El recurso de anulación se fundamenta en vicios materiales o formales del acto. Los primeros comprenden la violación del Derecho comunitario y la desviación de poder; los segundos, la incompetencia del órgano y el incumplimiento de las normas procedimentales de elaboración del acto (vicios sustanciales de forma).

La **competencia prejudicial** atribuida al Tribunal para interpretar el Derecho comunitario y apreciar la validez de los actos de las instituciones comunitarias constituye el elemento más importante del conjunto del sistema judicial comunitario. Son los órganos jurisdiccionales nacionales los que están encargados de aplicar el Derecho comunitario en su ámbito de competencia territorial y funcional. Es evidente que la descentralización de la aplicación del Derecho comunitario europeo lleva consigo un riesgo potencial para la uniformidad de la interpretación de las normas comunes, que debe insertarse en un tejido normativo que engloba quince tradiciones jurídicas diferentes.

El desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario es fruto, en gran medida, de la colaboración establecida entre el Tribunal y los jueces nacionales, a través del procedimiento prejudicial. En el proceso prejudicial pueden presentar observaciones escritas y orales no solamente las partes en el litigio principal, sino también todos los Estados miembros, así como la Comisión.

La relación entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales es una relación de cooperación y no de jerarquía. Ciertamente las sentencias prejudiciales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales y éstos, en la medida en que sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso de Derecho interno - o en

la medida en que se enfrentan con un problema de validez de un acto comunitario - están obligados a plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal.

En jurisprudencia reiterada, el Tribunal ha considerado que:

"Esencial para la salvaguarda del carácter comunitario del Derecho establecido por el Tratado es el artículo 234 que tiene por fin asegurar a ese Derecho, en todas las circunstancias, el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad. Dicho precepto trata de prevenir divergencias de interpretación del Derecho comunitario que han de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales, otorgando al juez nacional un medio de eliminar las dificultades que podrían surgir de la exigencia de dar al Derecho comunitario su pleno efecto, en el marco de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros".

V. ORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Tribunal de Justicia es institución y órgano jurisdiccional de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA), así como, de forma general, de la Unión Europea.

Las competencias y el funcionamiento del Tribunal se rigen por las disposiciones correspondientes del Tratado CE y del Tratado UE, por su Estatuto y por su Reglamento de Procedimiento.

Los miembros del Tribunal son reputados juristas o juristas consultos, aptos para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales. Si bien son escogidos y propuestos por los diferentes Gobiernos de los Estados miembros y designados de común acuerdo por todos ellos, deben ofrecer absolutas garantías de independencia de los intereses nacionales o comunitarios en juego, por la función que están destinados a desempeñar. Aunque no se exige tener la nacionalidad del Estado miembro, esta es, evidentemente, la práctica habitual. De esta manera todos los ordenamientos jurídicos nacionales hallan representación en el Tribunal.

Los miembros del Tribunal son elegidos para un período de seis años renovables. Con el objeto de garantizar la continuidad de la actividad jurisdiccional, se lleva a cabo una renovación de la mitad de los jueces y de los Abogados Generales cada tres años.

El Tribunal está compuesto actualmente por un juez de cada Estado miembro, elevándose su número a 25. El Presidente del Tribunal es elegido por los propios jueces entre ellos, en votación secreta, para un período de tres años renovables.

Hay ocho Abogados Generales como miembros de la institución. La figura del Abogado General es particular del sistema jurisdiccional comunitario. El Abogado General no es parte en el proceso ni su posición en éste puede ser partidista, sino absolutamente independiente, imparcial y objetiva. Su tarea principal es la de asistir a los Jueces en su función, presentando a tal efecto conclusiones motivadas sobre los asuntos pendientes ante el Tribunal, en las que el Abogado General propone, sin carácter vinculante, una solución al asunto.

Cada miembro del Tribunal se hace asistir de un gabinete formado, en particular, por tres letrados de confianza, designados libremente por el respectivo Juez o Abogado General. Los letrados son cualificados juristas que colaboran directamente con el juez o abogado general en el ejercicio de sus funciones.

A la cabeza de la Secretaría del Tribunal es elegido un Secretario por los miembros del Tribunal, para un período de seis años renovables. Además de cumplir las mismas funciones que los secretarios de los órganos jurisdiccionales nacionales tienen a su cargo, el Secretario del Tribunal controla su administración y su gestión financiera, bajo la autoridad del Presidente.

Como institución el Tribunal dispone de una infraestructura administrativa de apoyo y organización, así como de un presupuesto financiero propio, que aseguran su independencia. El personal a disposición de esta

administración, más de 1500 personas, está compuesto principalmente por funcionarios seleccionados según las reglas del Estatuto de la Función Pública Comunitaria.

Con la ampliación en mayo de 2004, la Comunidad tiene 20 lenguas oficiales. Todas ellas pueden ser lengua de procedimiento en el Tribunal. Según el régimen lingüístico, sus decisiones deben ser publicadas en todas las lenguas oficiales.

En una Comunidad multilingüe, la existencia de servicios propios de traducción e interpretación es imprescindible. El Tribunal dispone de varios servicios compuestos por juristas lingüistas y por intérpretes, principalmente, para la traducción de las sentencias a las diferentes lenguas oficiales y para la interpretación de las audiencias.

El Tribunal puede actuar en Pleno o en Salas. El Tribunal actúa en Pleno cuando la complejidad del asunto así lo requiere o cuando así lo solicita un Estado miembro o una institución parte en el procedimiento.

Conviene subrayar que ninguna de las Salas está especializada en un campo particular.

VI. LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

Una vez cerrado el procedimiento escrito, el juez ponente presenta al Tribunal un informe previo. No se trata de un documento público. Este informe contiene propuestas sobre la procedencia de practicar medidas de instrucción u otras diligencias preparatorias. En el informe previo, el juez ponente expone los problemas del litigio evocando las cuestiones jurídicas planteadas en los escritos de las partes. El juez ponente también se pronuncia sobre la oportunidad de remitir el asunto a una Sala.

Para la fase oral, el juez ponente elabora un informe para la vista. Se trata de un documento público de importancia capital. Su finalidad es profundizar y poner de relieve los diferentes elementos del asunto. Además, permite a las partes comprobar si todos los aspectos de l litigio están recogidos. El informe para la vista constituye la base para la discusión del asunto durante la vista.

Después de la vista, se presentan las conclusiones del Abogado General. Luego, el Tribunal delibera y decide el asunto de que se trata sobre la base de un proyecto de sentencia presentado por el juez ponente. Las posibles diferencias y sugerencias de otros jueces que pueden surgir no deben hacerse públicas. Las deliberaciones son secretas y no se admite la publicación de opiniones disidentes.

Un procedimiento de medidas provisionales no puede iniciarse ante el Tribunal antes de que se presente en la Secretaría un recurso principal. Una demanda de suspensión de la ejecución de un acto sólo es admisible si el demandante ha impugnado este acto mediante un recurso ante el Tribunal.

Una demanda de medidas provisionales debe especificar las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que justifican, a primera vista, la concesión de la medida solicitada. El carácter urgente de una demanda de medidas provisionales se aprecia en relación a la necesidad de resolver provisionalmente el asunto con el fin de evitar un perjuicio grave e irreparable a la parte que solicita la medida provisional. La jurisprudencia del Tribunal ha añadido un tercer criterio de apreciación a efectos de la concesión de una medida provisional. Se trata de valorar el conjunto de los intereses en conflicto, teniendo en cuenta, por una parte, el interés del demandante en la medida solicitada, y, por otra, el efecto que la concesión de esta medida puede tener frente al interés del contrario o de terceros o del interés general de la Comunidad.

La competencia para resolver las demandas de medidas provisionales corresponde al Presidente. Este, sin embargo, puede atribuir la decisión al Tribunal. La práctica muestra que esta atribución al Tribunal es rara, y que se produce cuando el asunto presenta dificultades o pone en juego intereses importantes.

El Presidente dispone de una facultad discrecional amplia para organizar el desarrollo del procedimiento de medidas provisionales en función de las circunstancias del caso. Así, tiene la facultad de limitar el procedimiento a las observaciones escritas si considera que las posiciones de las partes están claramente manifestadas en sus escritos. El Presidente resuelve sobre la demanda de medidas provisionales mediante auto motivado, no recurrible.

No existe un Colegio de Abogados ante el Tribunal. Cualquier abogado inscrito en un Colegio de Abogados de un Estado miembro tiene el derecho a actuar ante el Tribunal. Corresponde a las partes elegir libremente a sus abogados de cualquier Estado miembro. De hecho, en la vía prejudicial son a menudo los mismos abogados los que llevan el asunto ante la jurisdicción nacional y ante el Tribunal, aplicando este último las mismas normas de representación de las partes que las de la jurisdicción nacional de la que emana el recurso. Los Estados miembros y las Instituciones de la Comunidad son representados por agentes nombrados especialmente para cada asunto.

Cada asunto tiene su lengua de procedimiento y se desarrolla en la lengua elegida por el demandante en el escrito inicial y en base a los siguientes principios:

- Si el demandado es un Estado miembro o una persona física o jurídica natural de un Estado miembro, el idioma de procedimiento es el oficial de dicho Estado; en caso de existir varias lenguas oficiales el demandante puede elegir la que más le convenga.
- La lengua utilizada en el procedimiento prejudicial será de la jurisdicción nacional que ha recurrido al Tribunal.

El tratamiento de los actos procesales se realiza en diversas secciones lingüísticas de la Secretaría. El régimen lingüístico del Tribunal implica que la Secretaría trate los documentos procesales en todas las lenguas oficiales de la Comunidad, y las utilice para comunicar por escrito con los representantes de las partes en el litigio. La Secretaría se ocupa del tratamiento integral de los documentos procesales, del seguimiento de los asuntos, de la distribución interna de los documentos procesales, así como de las notificaciones, citaciones y comunicaciones a las partes.

En las sentencias habrá de recogerse el pronunciamiento sobre los gastos. El procedimiento ante el Tribunal es gratuito. En los casos del recurso prejudicial, al constituir un trámite incidental en el asunto planteado ante el juez nacional, no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre los gastos, será el juez nacional en el litigio principal quien habrá de determinarlos al dictar el fallo final en el asunto ante él promovido. Los gastos de los Estados miembros y de las Instituciones de la Comunidad no son reembolsables.

Si una parte se encuentra en la imposibilidad de hacer frente a las partes del juicio podrá solicitar el beneficio de la justicia gratuita. Las demandas al respecto se presentan sobre todo en el marco de los recursos prejudiciales.

En los recursos directos, el Tribunal decide sobre las costas de las partes en la sentencia. La parte que pierda el proceso será condenada a las costas. El Tribunal podrá compensar las costas en su totalidad o en parte cuando las partes pierdan respectivamente en uno o varios puntos, o en circunstancias excepcionales. El Tribunal podrá condenar a una parte, incluso a la parte ganadora, a reembolsar a la otra parte los gastos que aquélla le hubiere causado y que el Tribunal considere como abusivos o vejatorios.

VII. EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Primera Instancia está compuesto por 25 jueces nombrados de común acuerdo por la Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, por un período de seis años. En el Tribunal de Primera Instancia no existe la figura del Abogado General en la forma establecida en el Tribunal de Justicia. El Tribunal actúa normalmente en Salas de tres o cinco jueces.

Desde un punto de vista administrativo el Tribunal de Primera Instancia no tiene una administración propia, ya que se sirve de la administración y de los servicios del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Primera Instancia es competente para conocer en primera instancia de los recursos interpuestos por las personas físicas o jurídicas independientemente de la materia, sin perjuicio de un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia limitado a cuestiones de derecho. El Tribunal de Primera Instancia no es competente para conocer de recursos prejudiciales. También están excluidos por ahora los recursos directos promovidos por los Estados miembros y por las Instituciones comunitarias.

Según una jurisprudencia reiterada, los particulares tienen que probar un interés directo e individual para interponer un recurso de anulación. Según el artículo 230 del Tratado sólo están legitimados para atacar las decisiones de las que sean destinatarios, así como otros actos que les afecten directa e indirectamente.

En previsión de los posibles perjuicios que una conducta ilegal de las Instituciones, en el ámbito principal de sus competencias normativas y de control, pudiese generar, el Tratado reconoce el principio de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad tendente a obtener la reparación de un daño o perjuicio causado por las Instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Según una jurisprudencia reiterada, la acción de indemnización es autónoma del resto de recursos previstos en el Tratado y cumple una función propia en el sistema de protección jurisdiccional comunitario.

Las sentencias y resoluciones del Tribunal de Primera Instancia pueden ser objeto de un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia. Un privilegio procesal se ha establecido en favor de los Estados miembros y de las Instituciones comunitarias. El recurso de casación podrá interponerse por los Estados miembros y las Instituciones de la Comunidad aunque no hayan intervenido en el litigio ante el Tribunal de Primera Instancia.

El contenido del recurso de casación está limitado a "cuestiones de derecho" quedando excluida una nueva comprobación desde el punto de vista fáctico. Para el Tribunal de Justicia tendrá carácter definitivo la determinación de los hechos efectuada por el Tribunal de Primera Instancia y deberá circunscribirse a la aclaración de las cuestiones de derecho que tengan trascendencia para la decisión y al control de la aplicación del derecho por el Tribunal de Primera Instancia.

Por lo que se refiere a la sentencia si el recurso de casación está fundado, el Tribunal de Justicia anulará la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. A partir de ahí el curso de procedimiento depende del Tribunal de Justicia, ya que podrá él mismo resolver definitivamente el litigio o bien devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que este último lo resuelva. En caso de devolución, el Tribunal de Primera Instancia estará vinculado por las cuestiones de derecho dirimidas por la sentencia del Tribunal de Justicia.

VIII. CONCLUSIONES

El Tribunal de Justicia es la institución garante del respeto y de la uniformidad del Derecho comunitario. Su imparcial labor jurisdiccional ha impulsado de manera decisiva el proceso iniciado por los actores políticos. Su jurisprudencia ha sido esencial para el desarrollo y el éxito de la integración europea. El proyecto de Constitución Europea reconoce plenamente este acervo jurídico y político.

MESA REDONDA: DIFERENCIAS EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EUROPA Y LAS AMÉRICAS

**MIEMBROS: KURT RIECHENBERG, LUIZ OLAVO BAPTISTA, ERNST-ULRICH PETERSMANN
Y FÉLIX PEÑA**

MODERADOR: JAMES WHITELAW

RELATOR: CARLOS FERNÁNDEZ BALLESTEROS

En la Mesa hubo consenso en cuanto a que – tal como lo expresa el Sr. Ernst-Ulrich Petersmann- la experiencia europea plantea tres situaciones diferentes: en primer lugar tenemos que preguntarnos qué podemos aprender de ella en América con respecto a la solución de controversias y a las experiencias regionales; en segundo lugar qué podemos aprender en el diseño de acuerdos de libre comercio y en tercer lugar qué podemos aprender para mejorar los mecanismos de solución de controversias en las Américas

El Sr. Kurt Riechenberg presenta varias explicaciones respecto a la efectividad del sistema judicial adoptado en la Unión Europea, a saber: a) se trata de un sistema dinámico en pleno funcionamiento; b) se ha afianzado merced al apoyo de los jueces nacionales; el lobby de los jueces se ha convertido en un elemento político fundamental para el sistema; c) la claridad de los procedimientos, gratuitos y con opción de veinte idiomas de trabajo diferentes; d) su integración asegura un Juez por cada Estado Miembro; e) el sistema se ha consolidado a la altura del desafío político, merced al rigor intelectual de los protagonistas, que lo han hecho viable; e) está preparado para adaptarse a los nuevos tiempos de la Unión (35 Estados Miembros en los próximos quince años), estando previstos como criterios posibles para su reestructuración la posible reducción del número de idiomas y de Jueces, así como la especialización por materias.

De acuerdo al Sr. Petersmann, estas características no existen en el Mercosur; tampoco son aplicables al Tribunal Andino de Justicia, a pesar de la interesante experiencia que éste presenta y que la hace atractiva para los países latinoamericanos. Pero el mencionado apoyo de los jueces nacionales al sistema supranacional es algo que todavía se mantiene ajeno a la experiencia latinoamericana. En esto la Mesa concuerda.

La razón de la eficacia del sistema europeo no es solamente técnica, sino que es fundamentalmente un problema de justicia. El Estado de Derecho es imposible sin un acceso a los tribunales nacionales. Los acuerdos de integración son imposibles sin legitimidad. Ésta requiere no solamente el acceso a procedimientos judiciales imparciales, que limitan aquellas iniciativas basadas en el ejercicio del poder. Una mirada a la Corte de Justicia Europea permite apreciar que se ha reconocido la importancia de los derechos humanos durante más de treinta años. En opinión del Sr. Petersmann el Estado de Derecho envía un mensaje en cuanto a que la legitimidad y el reconocimiento de la justicia del esquema de integración pueden contribuir a instalar un sistema de solución de controversias más eficaz.

¿Qué podemos aprender de la experiencia europea en lo que tiene que ver con acuerdos de libre comercio, ya sea en América Latina como en los Estados Unidos? Lo que está muy claro es que nadie – ni en Europa ni en el Congreso americano – apoya un acuerdo de libre comercio transatlántico, como alguna vez fuera propuesto por algunas Comisiones hace algunos años. Tampoco hay sustento en los Estados Unidos para la idea de la descentralización. La última controversia importante entre la Unión Europea y el Gobierno americano se transformó en una controversia política de grandes proporciones. Habría que preguntarse cuál es el tipo de controversia en las relaciones transatlánticas – sea Europa con Estados Unidos o Europa versus América Latina - y ver cómo pueden ser manejadas en forma más eficaz en este sistema casi “medieval” que regula hoy los conflictos en las relaciones comerciales multilaterales, donde las demandas privadas son manejadas por los gobiernos, para luego ser presentadas a procedimientos judiciales que a menudo nada tienen que ver con los intereses nacionales ni con la protección del consumidor.

Otro tema es qué podemos aprender de la OMC y de su apoyo a los jueces nacionales. Creo que ello ha estado totalmente ausente, pues se ignora totalmente toda cooperación entre los jueces internacionales y los nacionales. El acceso privado, sobre la base de las disposiciones de la OMC, a los procedimientos de solución de diferencias es prácticamente inexistente, por lo que las lecciones a seguir parecen ser muy limitadas en este campo.

El Sr. Félix Peña, por su parte, considera que las diferencias en cuanto a los sistemas de solución de controversias entre Europa y las Américas son profundas, lo cual surge de las deliberaciones del panel. Los factores que influyen para ello residen en la propia conformación de los distintos acuerdos de integración. Allí distingue: a) el grado de interdependencia económica, que lleva a una mayor demanda institucional; y b) el grado de concentración del poder político entre los socios, factor que es muy claro distinguir por ejemplo en el NAFTA, pero no así en la Unión Europea, donde se encuentra más repartido.

También para el Sr. Luiz Olavo Baptista, las diferencias surgen de varios factores, que no están vinculados solamente a un enfoque jurídico o socio jurídico en cuanto a la elección y conformación del sistema de solución de controversias. Van desde los motivos que llevaron a la integración, a la creación de zonas de libre comercio y al mayor o menor poder político que los Estados fundadores decidieron otorgarle; ello está vinculado a la voluntad política de los negociadores del acuerdo de integración, que en Europa principalmente no fue una posición mental individual, sino que reflejaba una conciencia común imperante sobre la necesidad y ventajas de la Unión; pasa por las diferencias de contenido de cada acuerdo, que incide en el sistema de solución de controversias; las diferencias culturales, que se reflejan hasta en el trato entre los abogados de los diferentes sistemas (según él de mayor cortesía en Europa, más dura en América, particularmente en los Estados Unidos). Todo ello ha llevado a que los jueces europeos gocen de una libertad amplísima de acción, mientras que en el caso del Órgano de Solución de Controversias (OSD) de la OMC, como en el Mercosur, los jueces están atados a reglas de procedimiento como sustantivas que les impone de manera estricta el sistema político en el cual actúan.

**ORIENTACIONES
Y
TENDENCIAS**

UNA APROXIMACIÓN A NUEVAS TENDENCIAS EN LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE ACUERDOS COMERCIALES PREFERENCIALES

FÉLIX PEÑA

El objetivo del presente informe, es efectuar una aproximación preliminar a nuevas tendencias que se pueden observar en los mecanismos de solución de controversias incluidos en recientes acuerdos comerciales preferenciales.

Para ello, se comenzará situando el tema en el contexto más amplio de las vinculaciones entre los acuerdos comerciales preferenciales y el sistema comercial multilateral global de la Organización Mundial del Comercio.

Se examinará luego la cuestión del valor de lo jurídico en los acuerdos comerciales preferenciales, la de su credibilidad internacional y la del restablecimiento de la reciprocidad de intereses recíprocos, en el caso que ella fuera sustancialmente alterada por el comportamiento de uno de los asociados o por la forma en que se interpretan las reglas pactadas.

Finalmente, se abordará el tema central de las nuevas tendencias en materia de mecanismos de solución de controversias, en base a lo observado en un acuerdo comercial preferencial reciente en el que participa un país de la región –el de Chile con Corea- sin perjuicio de considerar, asimismo, acuerdos con disposiciones muy similares, como los concluidos por Chile con los EEUU, y por los EEUU, con los países centroamericanos, con Australia y con Marruecos.

LOS ACUERDOS COMERCIALES PREFERENCIALES Y EL SISTEMA COMERCIAL MULTILATERAL GLOBAL

Los acuerdos comerciales preferenciales (ACP)¹ han proliferado en los últimos años. Formalmente, se presentan como compatibles con los principios, los objetivos y las reglas de la OMC. Esto es, se perciben como instrumentos funcionales al objetivo de expandir y de liberalizar el comercio mundial de bienes y de servicios y, por cierto, de contribuir al mayor bienestar de sus ciudadanos e, incluso, de la humanidad.

A través de la historia se observa en la génesis y en el desarrollo –incluso en el eventual fracaso- de los ACP, la constante interacción entre factores políticos y culturales, económicos y sociales, e institucionales y legales. Captar plenamente la esencia y la dinámica de cada ACP –y de los ACP como fenómeno internacional histórico

¹ Por acuerdos comerciales preferenciales entendemos en este artículo todas las modalidades de acuerdos preferenciales que se celebran en el marco de lo permitido por el artículo XXIV del GATT-1994 y de la "Cláusula de Habilidad", negociada y aprobada en el GATT en 1979. También se utiliza la expresión de acuerdos preferenciales regionales.

y contemporáneo- implica entonces comprender la interacción dinámica de tres lógicas: la del poder, la del bienestar y la de la legalidad. Ellas están siempre presentes en la realidad de las relaciones económicas internacionales. Deben también estarlo en todo esfuerzo teórico de captar tal realidad. No siempre es así.

Los ACP son acuerdos que adoptan distintas modalidades. No hay modelos pre-establecidos de validez universal. El pretender que ello sea así, ha conducido muchas veces a generar fuertes dificultades en iniciativas orientadas a concretar nuevos ACP.² Quizás las negociaciones del ALCA brinden un ejemplo al respecto.³

Se los puede clasificar según distintos criterios. Sin perjuicio de otros, cinco parecen más relevantes e, incluso, ellos pueden presentarse combinados en la realidad:

- la existencia o no de contigüidad física entre los socios, lo que permite explicar la importancia relativa que pueden tener factores políticos en la construcción, desarrollo y sustentación de un ACP;
- el alcance bilateral o plurilateral, según sea el número de países participantes;⁴
- el grado de interdependencia económica existente entre los países participantes, tomando en cuenta tanto la densidad de los flujos de comercio recíproco como los de inversión y de transferencia de tecnologías;⁵
- las técnicas de integración de mercados que se utilicen dentro del marco de las previstas en el artículo XXIV del GATT-1994, esto es, una zona de libre comercio o una unión aduanera –también en sus distintas variantes y grados de complejidad- o de las que caben en la amplitud de la Cláusula de Habilitación, negociada y aprobada en 1979 en ocasión de la Rueda Tokio,⁶ y
- la distribución del poder económico –y político- relativo entre los socios y, en particular, el alcance de la disparidad en sus respectivos grados de desarrollo económico. La distinción más común es la de acuerdos Norte-Sur y la de los Sur-Sur. Sin embargo, muchas veces en los acuerdos Sur-Sur se observan asimetrías de dimensión económica relativa tan o más pronunciadas que la que existen en los Norte-Sur.⁷

Desde el punto de vista del sistema comercial multilateral global, los ACP son subsistemas comerciales diferenciados y preferenciales, que en algunos casos tienen un carácter regional geográfico y en otros no. Cada acuerdo desarrolla su propio sistema de reglas de juego. Configuran subsistemas jurídicos con identidad propia que sólo obligan a los países participantes pero que, al menos en el caso de sus países miembros, se insertan en el sistema jurídico global de la OMC.⁸ En cierta forma, pueden considerarse entonces como una especie de "club privado" en el marco de un "club global".⁹

² La historia de la negociación de la ALALC es ilustrativa al respecto, cuando el objetivo de extender gradualmente la red de preferencias comerciales bilaterales resultante del período iniciado con la crisis económica del año 1930, tuvo que ajustarse a los requerimientos del artículo XXIV del GATT. Jugaron al respecto factores externos. Se puede encontrar allí una de las raíces del fenómeno de distancia que muchas veces se ha observado entre los objetivos formales y los reales en el desarrollo de la integración latinoamericana.

³ Cf. el artículo del autor sobre este tema, en *Suplemento Comercio Exterior de La Nación*, martes 13 de abril, 2004.

⁴ El mayor número de los ACP hoy vigentes son de alcance bilateral.

⁵ Muchos de los ACP representan flujos de comercio muy bajos y menos aún, flujos de inversión. Entre otros, ver al respecto el capítulo IV del Informe "*Más allá de las fronteras: el nuevo regionalismo en América Latina*", Progreso Económico y Social en América Latina, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington 2002.

⁶ Cf. WINHAM Gilbert, "*International Trade and the Tokyo Round Negotiation*", Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1986, ps.141-46 y 274-80. Cf. también, SRINIVASAN T.N. "*Developing Countries and the Multilateral Trading System*", Westview Press, 1998, ps.21, 24 y 99.

⁷ Es el caso, por ejemplo, de la disparidad existente entre los socios del Mercosur y entre México y los países centroamericanos.

⁸ Cf. ZAPATERO Pablo, "*Derecho del Comercio Global*", Thomson, Civitas y Garrigues Cátedra, Madrid 2003 y la excelente y muy completa bibliografía que incluye.

⁹ Cf. SNAPE Richard H., "*History and Economics of GATT's Article XXIV*", en *Regional Integration and the Global Trading System*, edited by Kym ANDERSON & Richard BLACKHURST, St.Martin's Press, New York, 1993, ps.283-87,

Las reglas de juego de un ACP pueden también ser visualizadas como configurando un código de señales a los mercados –y a terceros países-, sobre cuáles son las condiciones que en el futuro regirán los flujos comerciales y de inversión productiva en el espacio económico conformado por los países socios.

En la competencia económica global contemporánea, tal código de señales aspira a incidir fundamentalmente en la atracción de inversiones productivas y en las decisiones de estrategias empresarias, tanto de las empresas que ya operan en el espacio económico que abarca un ACP –sean ellas grandes o pymes-, como de las que compiten en el mercado mundial o en el respectivo mercado regional.

Ello explica que la percepción de la calidad de las reglas de juego de un ACP –medida en términos de su potencial de efectividad, eficacia, sustentación y legitimidad-¹⁰ sea un factor clave en la "decodificación" que efectúen en sus perspectivas estratégicas, toda empresa que compite, o aspire a hacerlo, por los mercados mundiales o regionales de bienes y de servicios.

De ahí también la importancia que tiene para empresas e inversores la oportuna disseminación de información sobre las reglas de juego, incluso en su etapa de elaboración.¹¹

En esta perspectiva, la transparencia en el proceso de producción normativa de las ACP, es entonces algo valioso para la inteligencia competitiva de las empresas. En cierta forma podría sostenerse que la calidad de un ACP, al menos desde el punto de vista de sus reglas de juego y de sus procesos de decisión, se refleja en la de su página Web.

Al respecto cabe observar que quienes operan en tales empresas suelen tener un ojo clínico preparado para distinguir, en la perspectiva de su gestión de inteligencia competitiva, señales sólidas y creíbles, de aquellas que son predominantemente ejercicios de "diplomacia mediática" o de "políticas de efectos especiales".

En particular, la calidad y la sustentación de los sistemas políticos de los países socios, así como la de sus respectivas políticas macroeconómicas, sectoriales y comerciales externas, son factores relevantes en la apreciación que se pueda efectuar sobre credibilidad de las señales, explícitas o implícitas, que surgen de las reglas de juego de un ACP.

El origen del sistema propio de reglas de juego de un ACP es, por lo general, un instrumento jurídico multilateral internacional, que cualquiera que sea su denominación formal, constituye un Tratado en el sentido de la Convención de Viena. Del pacto constitutivo original deriva un ordenamiento jurídico propio de la asociación de Estados, que sólo se aplica entre los socios, sin perjuicio de los efectos económicos que pueda producir más allá de las fronteras del respectivo espacio económico.

El pacto constitutivo se asienta en una reciprocidad de intereses nacionales entre los socios. Nadie obliga a un Estado soberano a concluir un ACP. Si lo hace es porque lo considera conveniente a su interés nacional. Es la percepción de una expectativa de ganancias mutuas lo que explica el origen del pacto constitutivo. También explica su mantenimiento a través del tiempo. Es esta percepción lo que permite que un ACP adquiera legitimidad ante las respectivas ciudadanías. La legitimidad social es un factor clave en la sustentación de un ACP a través del tiempo.¹²

¹⁰ Cf. PEÑA Félix, "Concertación de intereses, efectividad de las reglas de juego y calidad institucional en el Mercosur", Informe elaborado para el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y la Red Mercosur, Septiembre 2003.

¹¹ Cf. PEÑA Félix, "Sociedad Civil, Transparencia y Legitimidad en los Procesos de Integración y en las Negociaciones Comerciales Internacionales: la experiencia del Mercosur y lecciones para las negociaciones con la Unión Europea", informe preparado para el Seminario Anual del Grupo de Trabajo sobre las Negociaciones UE-Mercosur de la Cátedra Mercosur -Sciences Po, Paris-, Septiembre 2003.

¹² Cf. PEÑA Félix, "Consensual Integration Alliances: The Importance of Predictability and Efficacy in the Mercosur Institutional Experience", Miami European Union Center, University of Miami, Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series, Vol. 2 n° 3, Marzo de 2003, que se puede ver en la siguiente dirección electrónica: (www.miami.edu/EUCenter/penafinal.pdf)

Se observan tres denominadores comunes en cuanto a los objetivos del sistema de reglas de juego propio de un ACP, cualesquiera que sean sus modalidades. Ellos son:

- garantizar el acceso a los respectivos mercados, de los bienes y eventualmente servicios, e incluso personas, originarios de cada uno de los socios;
- establecer algún grado de discriminación a favor de los socios en el acceso a los respectivos mercados – sea, por ejemplo, a través de un arancel común en el caso de una unión aduanera, o de reglas de origen específicas, regulación de inversiones y compras gubernamentales, en el caso de una zona de libre comercio- y, eventualmente, a la forma de operar dentro de cada uno de ellos¹³, y
- desarrollar disciplinas colectivas entre los socios, sean ellas explícitas o implícitas, que tienen como efecto práctico el condicionar la discrecionalidad en la formulación y aplicación de políticas públicas, especialmente en el plano macroeconómico, en el comercial externo y en el de las inversiones.

Por lo general se prevé, además, un mecanismo también propio de producción normativa, del cual podrán surgir reglas de juego derivadas o secundarias con respecto a las del pacto original. Lo racional es suponer que en la producción de tales reglas –al igual que con el pacto constitutivo- los socios aspiran a que ellas penetren en la realidad, es decir que sean efectivas y, de tal forma, que produzcan los resultados esperados, esto es que sean eficaces.

No hay un modelo único derivado de reglas internacionales que prescriban cómo deben organizarse las instituciones de un ACP.¹⁴ Ello es válido también para nuestro tema central, que es el de los mecanismos de solución de controversias entre los asociados.

Se reconoce, sin embargo, que ciertas funciones deben ser cumplidas por las instituciones que se creen. Las principales son:

- preservación a través del tiempo de la reciprocidad de intereses nacionales que explica el pacto original;
- producción de normas complementarias o derivadas del pacto constitutivo que permitan su puesta en práctica, su adaptación a circunstancias cambiantes o –en particular en el caso de un mercado común o una unión económica- el desarrollo del proyecto común;
- gestión de conflictos que puedan surgir entre los socios como consecuencia de la aplicación del ACP y, en su caso, la solución de diferendos a través de instancias jurisdiccionales comunes, sean ellas arbitrales o judiciales, y
- diseminación de información oportuna sobre sus reglas de juego y sobre su puesta en práctica y, eventualmente, sobre la normativa interna de cada asociado que pueda incidir sobre el funcionamiento del respectivo ACP.

Por cierto que estas funciones serán más amplias cuanto más profundos y complejos sean los objetivos de un ACP. Por ejemplo, una unión monetaria y una unión económica entre un número amplio de Estados soberanos y vecinos, que además tienen o aspiran a desarrollar objetivos políticos explícitos, incluso en el ámbito de la seguridad, podrá requerir de instituciones más complejas y evolucionadas que en el caso de una simple zona de libre comercio entre países sin contigüidad física.

¹³ En la perspectiva del sistema jurídico de la OMC, todos los ACP son discriminatorios y, como tales, constituyen excepciones al Artículo I del GATT-1994.

¹⁴ Cf. entre otros, KAHLER Miles, "El nuevo regionalismo y sus instituciones", in Regionalización e Integración Económica: instituciones y procesos comparados, Roberto BOUZAS (compilador), Nuevohacer, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1997.

Pero quizás los factores que más inciden en las características y modalidades de las instituciones de un ACP, serán dos:

- grado de interdependencia y de conectividad existente entre las economías de los países socios medido, en particular, por la intensidad de los flujos de comercio, de inversiones y financieros, y
- distribución de poder relativo –económico y político- entre los socios, en particular en lo que pueda significar en términos de asimetrías en la interdependencia y conectividad entre las respectivas economías.¹⁵

EL VALOR DE LO JURÍDICO EN UN ACUERDO COMERCIAL PREFERENCIAL

Sería difícil concebir el funcionamiento de una asociación voluntaria entre naciones soberanas, que pretenden seguir siéndolo, sin reglas de juego.¹⁶ Están presentes en todo tipo de ACP, cualquiera que sea su modalidad. Ellas pueden ser formales o informales. A veces pueden estar implícitas, incluso pueden ser sobre-entendidos. La ausencia de reglas es lo único inimaginable, si es que a través del tiempo desea preservarse el vínculo asociativo y lograr los objetivos comunes perseguidos.

Como se señaló más arriba, normalmente el vínculo asociativo se expresa en un instrumento jurídico internacional multilateral. Es el pacto constitutivo, del cual deriva el ordenamiento jurídico propio de la asociación de Estados. De él derivan las reglas formales que regulan las relaciones entre los asociados, generando derechos y obligaciones exigibles. Pero ellas enmarcan muchas veces, reglas informales y sobre-entendidos que en la práctica, tienen una gran importancia en el funcionamiento de un acuerdo y en su subsistencia.

¿Porqué los socios tienden a cumplir con las reglas de juego de un ACP? Básicamente porque entienden que les conviene. Como la asociación es voluntaria, desde su origen lo que sustenta el vínculo asociativo y su ordenamiento jurídico, es la percepción de una reciprocidad de intereses.¹⁷ Es la certeza que será un juego en el que todos ganan. No que todos esperen ganar lo mismo. Pero sí que todos entienden ganar más estando en la asociación, que estando afuera. Si fuera lo contrario, no se quedarían adentro. Y no habría fuerza que pudiera impedir el retiro. Resulta de la naturaleza misma del fenómeno que se está examinando: asociación voluntaria entre naciones soberanas que no han pactado dejar de serlo –como sería el caso de un pacto de federación- ni pretenden hacerlo. Lo demostró Chile en el viejo Grupo Andino, Honduras en el Mercado Común Centroamericano de los años sesenta, Francia de De Gaulle con su política de "silla vacía" cuando la crisis de la integración europea, también en los sesenta. Lo demuestran los ACP que han caído en el olvido o en la irrelevancia económica.

El gran desafío de este tipo de acuerdos es, precisamente, mantener a través del tiempo el cuadro "ganancia-ganancia" que sustenta el vínculo asociativo. En la práctica hay poco espacio para juegos "suma-cero". Y la experiencia histórica pone de manifiesto, que para ello es fundamental que las relaciones entre los asociados en el marco del respectivo acuerdo –cualesquiera que sean sus alcances y modalidades- estén orientadas por reglas y por instituciones jurisdiccionales que aseguren su vigencia.

¹⁵ Cf. los artículos antes citados del autor, así como su artículo "Reglas de juego e instituciones en el Mercosur", publicado en la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 14, Santa Fé, 1997.

¹⁶ Sobre este tema y sobre su relación con los mecanismos de solución de controversias, ver el informe de PEÑA Félix, "Los métodos para la solución de conflictos y para asegurar la vigencia del derecho en procesos de integración o de cooperación comercial", en "La solución conflictos en la integración latinoamericana", estudio dirigido por el autor en 1970 y publicado por el INTAL-BID, en su Serie Estudios, n° 8, Buenos Aires 1972, ps. 3 a 24. El estudio incluye un análisis de los métodos de hecho utilizados hasta entonces en el Mercado Común Centroamericano efectuado por el profesor Francisco Villagrán Kramer, y de los hasta entonces utilizados en la ALALC, efectuado por Felipe Paolillo y Carlos Ons-Indart. Un estudio previo del autor sobre la relación entre el sistema jurídico de un proceso de integración, sus mecanismos de decisión y los de solución de distintos tipos de conflictos, fue publicado con el título "Proyecciones institucionales del Grupo Andino", en *Revista de la Integración*, INTAL-BID, n° 2, mayo 1968, ps. 132 y ss.

¹⁷ Cf. FLORY Thiebaut, "Le GATT. Droit International et Commerce Mondial", L.G.D.J., Paris 1968.

Se trata entonces, de relaciones en las que predomina el carácter "*rule-oriented*",¹⁸ es decir de relaciones comerciales preferenciales y, eventualmente, de integración económica profunda –o comerciales internacionales multilaterales, en el caso de la OMC-, orientadas por reglas efectivas –que penetran en la realidad- y legítimas – con sustento social en los respectivos países-, por oposición a aquellas en las que predomina el carácter "*power-oriented*", es decir de relaciones orientadas por el poder del más fuerte. La diferencia es esencial a la hora de dirimir controversias entre los socios.

Sólo así un acuerdo comercial preferencial –en particular si sus objetivos son los de integración profunda entre las respectivas economías- puede aspirar a tener eficacia política y económica, es decir, puede eventualmente lograr los objetivos que condujeron al vínculo asociativo. Es lo que permite garantizar un horizonte de previsibilidad para las decisiones de quienes operan en el espacio económico integrado –a través de decisiones de inversión, de estrategias empresarias y de actos de comercio-, en la seguridad que tendrán efectivamente acceso al mercado ampliado que le prometieron.

Reglas de juego que se cumplen, por reflejar una concertación dinámica de intereses recíprocos, contribuyen a traducir el pacto asociativo en algo creíble por parte de ciudadanos, inversores y terceros países. Facilitan el que un acuerdo comercial preferencial coloque a sus socios en mejores condiciones de lograr el objetivo de potenciar su capacidad para atraer inversiones, para competir a escala global y para ser eventualmente –en el caso de una unión aduanera y, más aún, de un mercado común-, interlocutor válido en negociaciones comerciales internacionales con terceros países u otros bloques económicos.

Ello es aún más importante, si se tiene en cuenta la dinámica de cambio –incluyendo la aceleración de los desplazamientos de ventajas competitivas entre naciones- que caracteriza en las últimas décadas al sistema internacional, en parte como consecuencia de la globalización de los mercados y de la propia dinámica de cambio que opera hoy en todos los países, en parte resultante, a su vez, del impacto de la globalización y de la proliferación de ACP, incluyendo los propios procesos de integración económica.

En esta perspectiva, debe colocarse la inteligencia sobre la función de los mecanismos institucionales en un proceso voluntario de asociación económica preferencial entre naciones soberanas. Su función esencial – cualesquiera que sean sus modalidades, y ellas pueden ser muchas gracias al principio de libertad de organización, propio del derecho de las organizaciones internacionales-¹⁹, es preservar a través del tiempo la dinámica de la reciprocidad de intereses –el cuadro "*ganancia-ganancia*"-, generando reglas de juego con amplio potencial de efectividad –penetración en la realidad- y por ende, de eficacia –logro de los objetivos perseguidos-.

Y al ser un proceso de esta naturaleza la resultante de la conciliación dinámica de intereses nacionales de todos los socios, las instituciones de la asociación voluntaria incluye tanto las que son comunes –es decir, propias de la persona jurídica que representa el pacto social, las que a su vez pueden estar integradas por funcionarios gubernamentales y/o por funcionarios técnicos sin dependencia de un gobierno en particular-, como las que son internas de los respectivos gobiernos nacionales –por ejemplo, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común en el Mercosur-.

En el caso de un proceso de integración profunda, cuanto mayor sea la capacidad del conjunto de instituciones –sean las nacionales o las comunes- de concertar en forma dinámica los intereses nacionales –incluso, como veremos luego, a través de su capacidad de administrar y resolver conflictos comerciales que se produzcan entre los países asociados- mayor será el potencial de efectividad y de eficacia de las reglas de juego. Ello es así, pues es la legitimidad de las reglas de juego –percibidas como una expresión y garantía del cuadro "*ganancia-ganancia*" para todos los protagonistas nacionales-, lo que finalmente puede explicar la existencia de disciplinas colectivas, que reflejen en la práctica el tratamiento preferencial entre los socios, y la credibilidad del proceso, interna y externamente.

¹⁸ Cf. JACKSON John, "*The Jurisprudence of GATT & the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations*", Cambridge University Press, 2000, ps. 8 y 9.

¹⁹ Cf. SERENI Angelo Piero, "*Diritto Internazionale*", T. II, Giuffrè, Milano, 1960.

LA CUESTIÓN DE LA CREDIBILIDAD DE UN ACUERDO COMERCIAL PREFERENCIAL

La de su credibilidad ante ciudadanos, inversores y terceros países, es una cuestión significativa en cualquier ACP. Tiene relevancia especial si se aspira a negociar como conjunto –en el caso de una unión aduanera– otros acuerdos comerciales preferenciales. La falta de credibilidad ha afectado por años los acuerdos regionales preferenciales elaborados por países latinoamericanos, incluyendo al Mercosur y a la Comunidad Andina.

La de la efectividad de sus reglas de juego es una de las más relevantes en una perspectiva política y económica. La efectividad de una regla jurídica en las relaciones internacionales, es la resultante de la capacidad que manifieste para penetrar en la realidad.²⁰ Esto es, del hecho que ella sea tenida en cuenta y respetada por los protagonistas de la vida internacional –los sujetos de derecho destinatarios de su contenido– en sus comportamientos y en sus relaciones recíprocas.

La efectividad supone por cierto, la validez formal de la norma en cuanto a que se hubieren cumplido los requisitos necesarios a fin de reconocerla como tal. Una norma puede tener vigencia formal como compromiso entre las naciones que integran una asociación internacional pero, sin embargo, puede no haber cumplido el ciclo de su incorporación al derecho interno de cada país –por los medios previstos por la propia norma o que resulten del lugar que ocupará en la respectiva jerarquía normativa–. Es decir, puede tener vigencia en el ordenamiento jurídico de un país participante de un ACP, pero no tenerla en relación a los sujetos de derecho interno de cada uno de los países que lo integran. Incluso el ciclo del perfeccionamiento de su validez interna puede haberse cumplido en algunos de los países que la originaron, pero no en todos. En tal caso no tendría vigencia, si es que la propia norma hubiera previsto que sólo la tendrá cuando todos la hubieran incorporado a su derecho interno.

La cuestión de la efectividad de las reglas de juego es relevante en todo acuerdo comercial preferencial, en particular, por la naturaleza del fenómeno de relaciones internacionales al que pertenecen. Al ser procesos voluntarios entre naciones soberanas que no pretenden dejar de serlo, el predominio de reglas de juego de calidad, libremente consentidas en la relación entre asociados de desigual poder relativo, constituye una cierta garantía de la preservación de la reciprocidad de intereses nacionales que es lo que permite sustentar el vínculo asociativo a través del tiempo. Es en todo caso, la alternativa al predominio excesivo o exclusivo de razones de poder, propio de procesos hegemónicos de vinculación y de integración entre naciones formalmente soberanas pero muchas veces desiguales en su poder económico relativo.

En particular cuando se observan fuertes disparidades de dimensión económica y de poder relativo entre los socios de un ACP, la efectividad de las reglas tiene directa relación con su eficacia, en particular, en cuanto a su capacidad de facilitar la atracción de inversiones hacia los países asociados los socios en función del mercado ampliado.

Aperturas precarias de mercados –es decir, no protegidas jurisdiccionalmente contra la natural propensión de cualquier país a recurrir a prácticas unilaterales discriminatorias y contrarias a lo pactado– entre naciones contiguas y de distinta dimensión económica, pueden ser un incentivo a la concentración de inversiones productivas en él o los de mayor tamaño relativo, a fin de operar desde allí en el resto del espacio económico contiguo.

En tal sentido, es recomendable abordar en profundidad la cuestión de los costos económicos de los eventuales déficit de efectividad de las reglas de juego de un ACP. Tales costos pueden ser medidos precisamente –entre otros factores– por el efecto desvío de inversiones que puede originarse como consecuencia de la percepción por parte de las empresas, de un grado elevado de precariedad en las condiciones efectivas de acceso a los mercados por un acuerdo regional preferencial.

Sería un error atribuir a la cuestión de la efectividad sólo una dimensión jurídica y, eventualmente, política. Es por el contrario, una de las cuestiones de fondo que tienen que abordar los países miembros de un ACP –en

²⁰ Sobre este tema ver, entre otros autores, DE VISSCHER Charles, "*Les Effectivités du Droit International Public*", Paris, Editions Pedone, 1967 ; TOUSCOZ Jean, "*Le Principe D'Effectivité dans L'Ordre International*", Paris, LGDJ, 1964.

particular cuando se trata de avanzar en un proceso de integración profunda, como es el caso del Mercosur-, si es que se quiere generar la imagen de que existe real voluntad política –que trascienda el plano retórico– por parte de los países asociados de cumplir con lo pactado. Tal voluntad política es más necesaria aún en el caso de los países de mayor dimensión y poder relativo. Lo peor sería una situación en la que ciudadanos, inversores y terceros países, pudieran convencerse de que en la realidad existe una especie de cultura de cumplir con lo pactado "sólo en la medida de lo posible".²¹ Las reglas son percibidas, en tal caso, como indicativas y no necesariamente como exigibles ante instancias jurisdiccionales imparciales. Esa fue la tradición de la ALALC, en gran medida transmitida luego a la ALADI. Ello es más serio aún en el caso de países con cierta tradición a la anomia, como es el caso, entre varios otros, de la Argentina.²²

De que una regla penetre en la realidad –principio de efectividad– depende, en gran medida, que se obtengan los resultados perseguidos por quienes la aprobaron. Esto es que la norma sea eficaz en relación a los objetivos aparentemente procurados en el momento de su creación. La lógica indica que reglas que no son efectivas, tampoco pueden ser eficaces.

La cuestión de la eficacia de una norma concreta, puede afectar también la eficacia general del proceso, si es que se produce un encadenamiento de incumplimientos que terminen por alterar el balance de intereses que, debe suponerse, está detrás de toda regla común y, más aún, del conjunto de reglas adoptadas por los socios.

Al respecto debe tenerse presente que, en la realidad, muchas reglas son producto del balance de intereses que se logra en un momento determinado y que se expresa en un conjunto de decisiones aprobadas a veces simultáneamente y con concesiones recíprocas entrelazadas entre sí ("*package deal*"). Ejemplos en tal sentido, en el caso del Mercosur, son los conjuntos de decisiones adoptadas en Ouro Preto, con respecto al arancel externo común y al régimen automotriz, y en Ouro Preto y luego en Fortaleza, con respecto al trípode defensa comercial-defensa de la competencia-incentivos a la inversión²³. En la erosión gradual de los "*trade-off*" logrados en tales oportunidades, puede encontrarse la raíz de muchos de los problemas que han afectado luego al Mercosur, así como la percepción creciente de un deterioro significativo del cuadro de ganancias mutuas que explicaba el vínculo asociativo en el momento fundacional.

A su vez, efectividad y eficacia condicionan tanto la credibilidad como la legitimidad social de las reglas. Esto es, credibilidad entendida como la posibilidad que los actores sociales a quienes las normas están destinadas, puedan percibir las reglas como un factor relevante en la orientación de las decisiones que inciden en sus comportamientos. Y legitimidad social, entendida como el reconocimiento por parte de la sociedad y, en particular, por los actores sociales más afectados por ellas, de que son reglas comunes a todos los socios que deben ser respetadas por mutua conveniencia.

El restablecimiento de la reciprocidad de intereses nacionales en el caso de su ruptura por el comportamiento de uno de los asociados

El comportamiento de un socio de un ACP puede ser percibido por el otro u otros socios, como contrario a lo pactado. Ello puede originar una controversia. En algunos casos, puede ser como consecuencia de una medida que se adopte o que se deja de adoptar. En otros, sin embargo, puede ser la resultante de diferencias significativas en la interpretación del alcance de lo pactado.

²¹ La precariedad en las reglas de juego ha sido por mucho tiempo una parte fundamental del paradigma de integración que de hecho ha predominado en el ámbito primero de la ALALC y luego de la ALADI. Ha sido funcional a la percepción que de sus intereses nacionales han tenido los países de mayor dimensión económica relativa y con mayor incidencia en los flujos de comercio inter-regionales, en particular, la Argentina y el Brasil. Contribuye a explicar la baja eficacia de los ACP concluidos en la región latinoamericana y el recurrente problema de credibilidad que han confrontado.

²² Cf. al respecto WALDMANN Peter, "*El Estado Anómico: Derecho, seguridad y vida cotidiana en América Latina*", Nueva Sociedad, BsAs., 2003 y, en particular, NINO Carlos, "*Un país al margen de la ley. Un estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*", Emecé, BsAs, 1992.

²³ Ver PEÑA Félix, "*Defensa de la competencia económica en el Mercosur*", en *Revista La Ley*, BsAs, lunes 14 de mayo de 2001.

Al ser así, puede entenderse que tal comportamiento o que tal interpretación, introduce o puede introducir una alteración importante en la reciprocidad de intereses nacionales que sustenta, como vimos más arriba, el vínculo asociativo. El cuadro ganancia-ganancia puede entonces verse potencialmente afectado por lo que uno u otros asociados, consideran un comportamiento unilateral de otro u otros asociados, que le perjudica y que entra en colisión con una norma, o con la interpretación que puede efectuarse de una norma y de su alcance dentro del sistema jurídico particular del respectivo ACP.

En tal perspectiva, cuando surge una controversia entre los socios, fundada en la percepción de un comportamiento contrario a lo pactado o en un problema de interpretación de reglas de juego, el objetivo que se persigue con los mecanismos establecidos para solucionar controversias, es prioritariamente el de restablecer la reciprocidad de intereses afectada, en última instancia por una adjudicación por vía jurisdiccional.²⁴

Puede ocurrir, pero es muy difícil que lo que se pretenda sea exclusivamente restablecer la legalidad en las relaciones entre los asociados. Es la legalidad, por cierto lo que en este tipo de situaciones está en juego, pero sobre todo en la medida que al ser alterada pueda a su vez, afectar la reciprocidad de intereses que sustenta el pacto entre los asociados.

Por otro lado, no siempre los conflictos entre los asociados son susceptibles de ser solucionados por vía jurisdiccional. No todos son justiciables. Muchas veces y en particular, en el caso de los desarrollos que se procuran de los compromisos-marco asumidos en un proceso de integración económica profunda, lo que puede existir son conflictos de intereses que afectan la concepción misma del vínculo asociativo, su sentido, sus alcances económicos o políticos.

Este último tipo de conflictos debe entonces ser administrado en las instancias institucionales previstas al efecto, normalmente los órganos de decisión política de la respectiva asociación de Estados. No pueden ser canalizados por medio de los mecanismos específicamente previstos para la solución de diferendos.²⁵

Si frente a un conflicto justiciable, lo que se procura es restablecer la reciprocidad de intereses potencialmente afectada, se puede entonces constatar la importancia que tiene en tales mecanismos, la etapa no jurisdiccional.

Esto es, la etapa en la cual por distintos medios –incluyendo las consultas, la negociación directa, los buenos oficios y la mediación, por ejemplo, de un tercero independiente o de un órgano técnico también independiente de la voluntad de los asociados– se intenta lograr una adecuación del comportamiento cuestionado a lo prescripto por las reglas de juego pactadas. O se intenta conciliar los puntos de vista sobre el alcance de tales reglas, cuando hubiere un problema de disparidad de interpretaciones.

La etapa jurisdiccional puede tener distintas modalidades –una vez más, rige al respecto el "principio de la libertad de organización"²⁶ y ser judicial o arbitral, y también en esta modalidad, es posible observar variantes como las de un sistema de doble instancia, o la del carácter ad-hoc o permanente del mecanismo respectivo.

Pero lo que sí parece fundamental en el enfoque que estamos planteando, es que la etapa jurisdiccional sea la última instancia, sólo utilizada excepcionalmente, cuando se hubieren agotado las posibilidades de lograr restablecer por otros medios, la reciprocidad de intereses afectada.

Un abuso en la utilización de un sistema de solución de controversias, puede contribuir a su desgaste y, en última instancia, a la erosión de la legitimidad del carácter "*rule-oriented*" de una asociación de Estados.

²⁴ Para un análisis detenido sobre este tema, ver el informe del autor citado en nota 16.

²⁵ Sobre este tema ver un análisis detenido en el informe citado del autor en la nota 16 y, en particular, DE VISSCHER Charles, "*Théories et Réalités en Droit International*", Pedone, Paris 1960, p. 101 y SERENI Angelo Piero, "*Diritto Internazionale*", t. 1, Giuffrè, Milano 1966, ps. 1592-93 y nota 2 de la p. 1593.

²⁶ Cf. autor y obra citada en la nota 19.

Esta tendencia se observa, por momentos, en el propio sistema de la OMC. Sobre todo se está observando en el plano de los mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones, como lo podría estar poniendo de manifiesto el "caso argentino" en el CIADI.

La eficacia relativa de un mecanismo de solución de controversias en un ACP, depende de varios factores.

Entre otros factores, cabe mencionar los siguientes:

- la densidad de los flujos de comercio e inversión entre los socios y, en particular, de los afectados potencialmente por el comportamiento o la interpretación cuestionados;
- la valoración que los asociados atribuyan al carácter "*rule-oriented*" de sus relaciones recíprocas en el marco del respectivo ACP.

Si predominara por distintos motivos el paradigma de la precariedad de las reglas de juego, difícil será que se pretenda lograr que comportamientos concretos se ajusten a tales reglas.

En estos casos, es más probable que los asociados procuren "compensar" las respectivas violaciones a lo pactado, como se ha observado muchas veces en el ámbito de la ALALC e incluso de la red de acuerdos preferenciales celebrados en el marco de la ALADI;

- la claridad y calidad de las reglas de juego y, en particular, de las que son objeto de una controversia.

Cuanto más elementales ellas sean, más difícil será la posibilidad de que una instancia jurisdiccional pueda ser eficaz.

Otro aspecto fundamental es el de la transparencia, tanto de las reglas de juego de un ACP, como de la normativa interna de los asociados que pueda incidir en su funcionamiento. En la actualidad, no puede justificarse el que toda la normativa –incluyendo los proyectos que se están negociando en el plano del ACP o elaborando en el plano interno–, no pueda ser accesible por Internet para cualquier ciudadano interesado. A pesar de ello, la realidad dista de ser atractiva al respecto. Probablemente sea Chile el país en la región que presenta mayor transparencia en la normativa que incide en sus relaciones comerciales internacionales;

- la calidad institucional de la asociación, tanto en su segmento común o multinacional, como sobre todo, en sus respectivos segmentos nacionales, incluyendo la antes mencionada transparencia y los mecanismos que faciliten una activa participación –ex-ante y no solo ex post– de la sociedad civil en los procesos de producción normativa, y
- la propia calidad del mecanismo de solución de controversias, incluyendo sus procedimientos y las disposiciones referidas al cumplimiento de lo que se resuelva en la instancia jurisdiccional.

LAS TENDENCIAS MÁS RECIENTES EN MATERIA DE MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN ACP EN LOS QUE PARTICIPAN PAÍSES DEL HEMISFERIO

Es posible observar una valoración creciente de la importancia económica y política del predominio de reglas de juego en los ACP. Ello es positivo.

Sin perjuicio del frecuente recurso a la "diplomacia mediática" en la conclusión de acuerdos comerciales preferenciales sin un contenido comercial significativo, en los últimos años es posible constatar, asimismo, una tendencia a atribuir mayor valor a la inclusión de mecanismos más evolucionados de solución de controversias.²⁷

²⁷ Un cuadro más completo sobre los textos de los respectivos mecanismos de solución de controversias, pero que no incluye los ACP más recientes, puede encontrarse en la recopilación "*Inventario sobre Mecanismos de Solución de Controversias, Procedimientos y Textos Legales Establecidos por los Acuerdos, Tratados y Arreglos de Comercio e Integración Existentes en el Hemisferio y la OMC*", publicación de la OEA incluida en la página Web www.sice.oas.org/cp_disp/spanish.

Esta tendencia se nutre de una mayor toma de conciencia sobre el valor que las empresas atribuyen – especialmente en sus decisiones de inversión- a reglas de juego que sean, a la vez, efectivas, eficaces y con legitimidad social.

Como se señaló más arriba, los inversores y demás actores de la competencia económica internacional, valoran crecientemente, tanto la previsibilidad en las reglas de juego como su sustentación a través del tiempo.

Uno de los factores que parece haber tenido una mayor incidencia en tal tendencia, es el efecto de demostración del perfeccionamiento de los mecanismos de solución de controversia en la OMC –reflejada en la expresión que ahora "el GATT tiene dientes",²⁸ así como el hecho que los acuerdos concluidos recientemente, incluyen disposiciones más detalladas, orientadas a asegurar el predominio de las reglas de juego entre los asociados y, por consiguiente, una mayor eficacia de los respectivos mecanismos de solución de controversias.

¿Qué puede observarse, como rasgos más destacables, en las tendencias más recientes sobre mecanismos de solución de controversias en ACP en los que participan países de las Américas?²⁹

Sin perjuicio de otros, el acuerdo que en nuestra opinión permite un cuadro más evolucionado en sus previsiones sobre solución de controversias, es el celebrado por un país de la región, Chile, con uno extra-regional, Corea.³⁰

Como es un texto reciente, que sólo ha entrado en vigencia este año 2004, no ha dado lugar aún a ninguna aplicación práctica en la materia que nos concierne. Por lo tanto, las observaciones están sólo basadas en lo que los asociados han pactado y no en su efectividad ni menos aún, en su eficacia.

Muchos de los elementos incluidos en este ACP se observan, asimismo, en los acuerdos concluidos recientemente por los EEUU con Chile, Australia, Marruecos y Centroamérica.³¹

Podría sostenerse entonces que constituyen, en cierta forma, modelos de "última generación" en la materia, susceptibles de ser tenidos en cuenta en futuros ACP. Sin embargo insistimos en el punto ya observado, en el sentido que no existen modelos pre-establecidos de validez universal en lo que se refiere a las modalidades institucionales de ningún ACP.

En nuestra opinión, los rasgos más destacables del acuerdo antes mencionados, son los siguientes:

- la inclusión de los mecanismos de solución de controversias en un apartado en el que se abordan en forma sistemática todos los aspectos relacionados con la administración y las instituciones del acuerdo (ver la Parte VI);
- la cuestión de la transparencia en relación a toda medida o proyecto de medida que, adoptada en el ordenamiento jurídico interno, pueda estar vinculada a asuntos incluidos en el acuerdo (ver el capítulo 17 y, en particular, los artículos 17.3 a 17,6);
- la definición de un "punto de contacto" por cada una de los socios a fin de facilitar las comunicaciones relacionadas con cualquier aspecto del acuerdo (ver el artículo 17.4);

²⁸ Cf. al respecto MONTAÑA I MORA, M., "A GATT with teeth: law wins over politics in the resolution of international trade disputes", en *Columbia Journal of Transnational Law*", vol.31, n° 1, 1993, ps. 103-180, citado en el libro de ZAPATERO Pablo al que se refiere la nota 8 de este informe. Sobre el sistema de solución de controversias de la OMC, ver entre otros autores de una bibliografía creciente, LACARTE MURO Julio, "Análisis del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias", en "La Ronda Uruguay del GATT. La Globalización del Comercio Internacional", 1994.

²⁹ No se incluyen evoluciones más recientes en el NAFTA, el Mercosur y la Comunidad Andina, ya que ellas son objeto de otros informes.

³⁰ Su texto completo en español, puede consultarse en la página Web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (www.direcon.cl/html/acuerdos_internacionales/corea-parte6.html)

³¹ Ver los textos respectivos en la referida página Web de RREE de Chile –donde también puede consultarse el texto del acuerdo entre Chile y la Unión Europea- y en la del USTR (www.ustr.gov).

- una presentación detallada de los órganos envueltos en la administración del acuerdo, incluyendo los que son competentes en el plano interno de cada socio (ver en el capítulo 18, los artículos 18.1 a 18.2);
- el énfasis puesto en la cooperación y consultas entre los socios referidos a cualquier aspecto vinculado con la aplicación e interpretación del acuerdo, debiendo esforzarse "por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria en cualquier asunto que pueda afectar su funcionamiento" (ver en el capítulo 19, los artículos 19.1, y 19.4, previéndose en el artículo 19.5, la posibilidad de recurrir a los métodos de buenos oficios, conciliación y mediación, al igual que ocurre en varios de los ACP, especialmente de última generación);
- la opción del foro para la solución de controversias "en virtud de lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo OMC", incluyendo la disposición de que "el foro seleccionado será excluyente del otro", siendo esta una cláusula que se encuentra en varios de los ACP firmados con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo OMC (ver el artículo 19.3). Esta opción, sin embargo, podría tener un eventual efecto negativo desde el punto de vista del sistema jurídico de la OMC. Ello es así, pues podría dificultar el ejercicio del derecho que terceros países tienen, de participar en los casos sometidos al mecanismo de solución de controversias de la propia OMC ;
- la inclusión de normas muy detalladas sobre la instancia jurisdiccional, incluyendo disposiciones sobre el cumplimiento de lo dispuesto por el grupo arbitral y sobre el código de conducta para los miembros de los grupos arbitrales (ver los artículos 19.6 a 19.15, y sus anexos);
- la posibilidad de recurrir a la Comisión de Libre Comercio, cuando surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una de las Partes una cuestión de interpretación del acuerdo (ver el artículo 19.16);
- la denegación del acceso a los particulares a un derecho de acción contra la otra Parte alegando incumplimiento del acuerdo (ver el artículo 19.17), y
- la previsión de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre los particulares, en el ámbito de la zona de libre comercio establecida por el Acuerdo (ver el artículo 19.18).

Como se señaló antes, otros acuerdos recientes como el celebrado por Chile con los EEUU y por los países Centroamericanos también con los EEUU, se incluyen disposiciones similares a las del acuerdo de Chile con Corea.

Sin embargo, una novedad importante en estos otros acuerdos, es la referida a ciertos tipos de controversias (fiscalización de legislación laboral y ambiental), en la que se prevé la determinación de un monto de contribución monetaria, en el caso que el grupo arbitral constate que no se ha cumplido con lo acordado.

CONCLUSIÓN

Tres conclusiones pueden extraerse de lo que se observa en los más recientes ACP en los que participan países del Hemisferio.

La primera es que en la experiencia reciente, se reafirma el valor que le atribuyen los gobiernos a los mecanismos de solución de controversias, a fin de tornar creíbles las reglas de juego pactadas, en particular, ante quienes tienen que adoptar decisiones de inversión. Ello puede deberse, en parte, al hecho que la calidad del respectivo mecanismo de solución de controversias, tiende a ser cada vez más un elemento central en la evaluación que ciudadanos, inversores y terceros países efectuarán sobre un ACP concreto.

La segunda conclusión, es que a la vez que sigue predominando el principio de "libertad de organización" en la definición de los mecanismos institucionales de todo ACP, incluyendo los de solución de controversias, se observa asimismo la importancia que tienen precedentes que se consideran exitosos o, al menos, potencialmente exitosos.

Finalmente, la tercera es que en general, los mecanismos de solución de controversias más recientes, tienden a poner énfasis en asegurar la mayor transparencia posible en su funcionamiento, incluyendo en el proceso de selección de árbitros.

Las tres conclusiones conducen a valorar la labor académica y de difusión, sobre un desarrollo que aún permite un amplio espacio para su perfeccionamiento. De tal perfeccionamiento, por lo demás, dependerá mucho el que se logre una adecuada articulación entre el sistema comercial global multilateral y los múltiples ACP. Tal articulación sólo será viable, en la medida que en todos los casos predominen reglas de juego en cuya aplicación tenga incidencia algún tipo de control jurisdiccional, sea judicial o arbitral en las múltiples variantes posibles.

EL ÁREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS (ALCA): UN SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INCIERTO EN UNA ERA COLMADA DE INCERTIDUMBRES

LUIZ OLAVO BAPTISTA¹

El famoso economista John Kenneth Galbraith, uno de los intelectuales canadienses más influyentes del mundo, acuñó la frase “la era de la incertidumbre” para describir la época en que vivimos.

En efecto, la marca que distingue el período que va desde el siglo XX al siglo XXI es la incertidumbre. Fue el producto de dos grandes guerras, la Primera y la Segunda Guerra Mundial, que no sólo afectaron al continente europeo sino también al continente americano, a regiones de Asia y al Medio Oriente. Estas guerras constituyeron un avasallamiento del sistema de relaciones internacionales, incluidos los campos de la economía y del comercio.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, a partir de Bretton Woods y la Carta de La Habana se hizo un gran esfuerzo dentro de la estructura propiciada por la Conferencia de San Francisco para brindarle a la humanidad cierta certidumbre a través de una estructura normativa. No obstante estos esfuerzos, el contagio totalitario se diseminó por el mundo y, a fines del siglo XX, fuimos testigos horrorizados de sangrientas dictaduras en América Latina (incluso en los países del Mercosur), que llevaron adelante un plan sistemático de desapariciones, torturas, arrestos arbitrarios y demás prácticas del Estado que fomentaron el terror, la incertidumbre y la inseguridad entre la población. La democracia, progresivamente reinstaurada, sigue siendo frágil. Las dificultades son numerosas porque la incertidumbre aún prevalece en el plano económico y afecta la estabilidad jurídica.

Desde la perspectiva del comercio internacional, las ambiciones proyectadas en la Carta de La Habana produjeron modestos resultados que se incorporaron al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), pero que luego se materializaron en forma más concreta en la liberalización del comercio y en la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El éxito de estas negociaciones merece ser estudiado y nos lleva a una pregunta: ¿puede el mecanismo de solución de diferencias de la OMC convertirse en un modelo para la integración regional o debemos encontrar otro modelo?

La OMC, la Unión Europea y el TLCAN, por nombrar sólo algunos acuerdos exitosos de integración regional, han adoptado su propio modelo en materia de solución de controversias. Estos modelos están inspirados en experiencias anteriores, pero adaptadas a las nuevas realidades de los tiempos modernos.

¹ Este trabajo refleja la opinión personal del autor y no la opinión de las instituciones a las cuales está vinculado.

LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La OMC tiene por objeto reunir al grupo más numeroso de países jamás convocado desde las Naciones Unidas bajo la protección de normas globales de comercio, con el fin de establecer un sistema normativo único y un mecanismo de solución de controversias materializado en el Entendimiento sobre Solución de Controversias (ESD) junto con otras reglamentaciones especiales que se encuentran en ciertos capítulos. Los resultados han sido notables, no sólo en cuanto al desarrollo de las normas que hoy abarcan amplios sectores del comercio internacional, sino también en cuanto al establecimiento exitoso de un sistema de solución de diferencias.

Este sistema, a pesar de algunas críticas, ha encontrado respaldo en una amplia mayoría de países y en gran parte de los círculos académicos. La crítica, tal como lo sugiere la sabiduría popular, es siempre más estridente cuando se origina en los sectores económicos que han perdido sus privilegios. A estos sectores se les unen los predicadores del libre comercio que exigen que los órganos de solución de diferencias de la OMC brinden más de lo que un sistema de solución de controversias puede o debe brindar. Ahora bien, si despejamos el camino dejando a un lado este tipo de críticas, nos enfrentamos entonces con sugerencias destinadas a mejorar el sistema que se centran en aspectos específicos. El primer aspecto se relaciona con la asimetría que lleva a que el desarrollo de un país quede caracterizado en términos de más o menos rico o de más grande o más pequeño. Cuando esta asimetría no se compensa ni corrige produce en ciertos países la imposibilidad práctica de recurrir a los mecanismos de solución de diferencias establecidos por la OMC. En segundo lugar, las sanciones pierden su efecto cuando son aplicadas por países con menos poder económico y comercial que aquellos que son sancionados. En tercer lugar, es importante la cuestión del desarrollo de las normas, ya que hay críticos acérrimos de amplio espectro, desde los que respaldan lo que se ha dado en llamar el "*altermondialisme*" a los ultraliberales. Ambos grupos se quejan porque consideran que los resultados alcanzados son pobres desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo. Por último, están quienes se quejan de la lentitud y las dificultades para negociar las nuevas normas y de lo que califican como "injusticia intrínseca" de las reglamentaciones que no contemplan las asimetrías existentes.

Dado que nuestra atención se centra en el mecanismo de solución de controversias del ALCA, es necesario analizar el modelo de la OMC así como los aspectos relativos a su sistema de solución de diferencias.

La creación y el desarrollo de un sistema de solución de controversias dependen de dos elementos. En primer lugar, están las reglamentaciones por las cuales se rige, que comprenden desde normas blandas a normas duras. En segundo lugar, existe la preocupación sobre cómo evolucionarán y mejorarán con el tiempo las reglamentaciones. Esta esfera es más compleja como resultado de las dificultades prácticas que surgen a raíz del creciente número de participantes en las negociaciones. Más aún, en ciertos momentos históricos, hay una dinámica interna que lleva a los órganos de solución de diferencias a crear nuevas normas.

Si se considera que han transcurrido diez años desde su establecimiento y que su número de Miembros actuales excede los ciento cincuenta países, el hecho de que la OMC no haya desarrollado nuevas normas comerciales o no haya hecho avances concretos demuestra que las negociaciones modernas tienen un mayor grado de complejidad y, por consiguiente, el progreso es más lento que en el contexto de la gestación del GATT. En efecto, durante la época del GATT, hubo más rondas y se avanzó más en menos tiempo.

Sin embargo, la falta de progreso en la evolución y expansión de la normativa de la OMC no se debe solamente al número de Estados involucrados sino también a la necesidad de internalizar y absorber los significativos cambios introducidos por los Acuerdos de Marrakech. Estas demoras en las negociaciones ocurren como resultado de las diferentes necesidades que tienen los actores que participan en el actual sistema. El abanico de necesidades ha producido, en consecuencia, diversas alianzas geométricas conforme a las cuales algunas partes son aliadas en un área y rivalizan en otra. Esto crea una dinámica en la toma de decisiones similar a la que se registra en los parlamentos, donde hay un gran número de actores en el proceso de negociación y las propuestas son variadas. Al mismo tiempo, la fundamentación lógica que impulsa a los participantes a hacer concesiones es diferente, lo que añade otra dimensión a las dificultades.

Muchos han sugerido, por éstas y otras razones, que la integración regional podría ser una manera de acelerar el proceso de negociaciones multilaterales. Las ventajas y los beneficios obtenidos dentro de los sistemas regionales aglutinarían muchas demandas y posiciones, lo que facilitaría las negociaciones multilaterales y reduciría el número de partes negociadoras, ya que muchos intereses regionales estarían unidos de manera más estable y previsible.

Asimismo, por éstas y otras razones pragmáticas, el sistema del GATT no rechazó los diversos procesos de integración regional, sino que trató de disciplinar las negociaciones de comercio regional imponiendo la necesidad de cumplir con ciertos parámetros para que una zona sea calificada como un área de libre comercio, que puede eximirse de las normas de trato nacional y de nación más favorecida.

La Unión Europea, el Mercosur, la CARICOM y el TLCAN, junto con otros procesos de integración más o menos desarrollados, son parte de este gran movimiento hacia el libre comercio, que se produce en forma paralela al movimiento más amplio del sistema multilateral. Es posible que estos movimientos regionales se aglutinen, en cierto punto, en un único molde –la OMC– para conformar un sistema más compacto, más sólido y continuo, y con un alcance global.

Procederemos a analizar el ALCA como parte de un proceso de integración, similar a las negociaciones que dieron origen al TLCAN y al Mercosur, excepto por el hecho de que el ALCA está actualmente negociando su sistema de solución de controversias.

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL BORRADOR DEL ALCA

La ampliación que los Estados Unidos tiene previsto hacer al TLCAN a través del ALCA entra dentro de esta lógica, puesto que guarda coherencia con la historia de expansión económica de la nación norteamericana, que llevó a negociaciones de amplio alcance (ahora incierto). El proceso de negociación del ALCA se dividió, por razones políticas, en grupos de trabajo especializados, cada uno con un propósito específico. En 1998, se creó el Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias, con la precisa instrucción de que pusiera en marcha las negociaciones destinadas a crear un mecanismo justo, transparente y efectivo para la solución de diferencias entre los países del ALCA, al tiempo que debía tener en cuenta el ESD de la OMC. Más aún, sus integrantes recibieron la instrucción de diseñar métodos para facilitar y promover el uso del arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de diferencias por parte del sector privado. A lo largo de un año, desde el lanzamiento del segundo borrador en noviembre de 2002, el Grupo de Negociación se reunió en quince oportunidades y produjo el tercer borrador del Capítulo sobre Solución de Controversias del ALCA, texto cuya redacción aún permanece entre corchetes.

El borrador difiere considerablemente del de la Unión Europea, no sólo en cuanto a la elección de los elementos de integración, sino también en el modo en que éstos se vinculan. La principal diferencia radica en el peso que se le asigna al nivel de integración política, lo que deriva en la naturaleza de las disposiciones aplicables (en un caso se trata de un ejemplo típico de derecho internacional público; y en el otro, de un sistema confederado de naturaleza supranacional) y en la facultad para diseñar nuevas normas (por medio de la negociación a la manera clásica o mediante una negociación casi parlamentaria, como sucede en el caso de la Unión Europea, donde ciertos órganos están facultados para iniciar el proceso de elaboración de leyes). Sin dudas, cada sistema de solución de controversias debe adaptarse a las diferentes estructuras institucionales y normativas.

Las negociaciones del ALCA tuvieron como objetivo original lograr metas más ambiciosas que la mera creación de una zona de libre comercio. Incluían disciplinas como la inversión, los servicios y mecanismos de control antimonopólico. Por consiguiente, requeriría un sistema de solución de controversias capaz de ofrecer garantías a los inversionistas y de abordar los problemas de los prestadores de servicios. En síntesis, abarca un universo tan amplio, al menos, como el de la OMC. Aún cuando se pretende que tenga este amplio alcance, las negociaciones tienen el objetivo de preservar el máximo nivel de soberanía de cada país, en un sistema que tenderá a reducir las reglamentaciones a un único tratado o un grupo de tratados. Estas reglamentaciones se incorporarán posteriormente a las legislaciones locales de conformidad con las leyes de cada país. Este proceso

evitará los mecanismos que crean normas de aplicación directa e inmediata dentro de cada país, como sucede en la Unión Europea.

En efecto, el sistema del ALCA busca la integración exclusivamente en el campo del comercio y de la economía (si bien la cantidad y la calidad aún son temas objeto de discusión), dejando abierto todo el espectro político y una parte importante de la actividad económica. En cambio, la Unión Europea se inclina hacia la integración global, que comprende el campo económico, el político y, más recientemente, el militar.

A medida que el borrador del capítulo del ALCA evolucionaba, se pusieron de manifiesto las diferentes posiciones de los negociadores: algunos buscaban que el ALCA tuviera un alcance más ambicioso y otros pretendían un alcance más limitado o, tal como suele decirse, un "ALCA *light*." Estas visiones enfrentadas han impedido que se conformara un sistema de solución de controversias más nítido y definido.

Como resultado, mientras no se conozca cuáles serán el diseño, la profundidad y el alcance definitivos de la integración, resulta muy difícil concebir un sistema de solución de controversias. Esta dificultad se ve reflejada en el número de reservas y temas pendientes que hay en el borrador del acuerdo; al examinarlo, advertimos que no es mucho más que un cúmulo de frases encerradas entre corchetes. No configura aún una trama completa y resta saber qué se mantendrá y qué será descartado. Después de un cuidadoso análisis del texto, notamos que prácticamente el noventa por ciento del borrador del capítulo está entre corchetes... y hay corchetes dentro de corchetes que, a su vez, están encerrados entre otros pares de corchetes. En otras palabras, corchetes a la enésima potencia que separan los términos y expresiones que se usan en este sistema. Los corchetes dejan al descubierto más incertidumbre en esta era de la incertidumbre.

De este modo, son dos los enfoques que pueden adoptarse: abandonar el análisis por falta de elementos suficientes o seguir avanzando a pesar de las dificultades. Si simplemente se eliminan los corchetes, es posible hacer un análisis tentativo en busca de cierta claridad dentro de esta brumosa realidad legislativa. Sería análogo a interpretar las frases de los oráculos, cuando los aciertos tienen el mismo peso que los errores, por el hecho de que hay más variables que las que este análisis es capaz de tolerar.

Este examen limitado del sistema demuestra que, al quitar los corchetes, nos encontraremos con una copia del sistema de solución de diferencias de la OMC.

SEMEJANZAS CON EL SISTEMA DE LA OMC

El ALCA, a semejanza del principio aplicado en el sistema de solución de diferencias de la OMC que incluye dos niveles de examen, contempla que el primer examen esté a cargo de grupos neutrales y el segundo, a cargo de un Órgano de Apelación. Más aún, a semejanza de los acuerdos anexos al Acuerdo de Marrakech, el modelo contiene diferentes normas para ciertas disciplinas, tales como controversias en materia de inversiones y subsidios, que difieren de las normas generales sobre solución de diferencias. En ambos sistemas existen el intercambio de opiniones, las consultas, la conciliación, el arbitraje y el examen en apelación. En el caso de controversias entre partes privadas, también identificamos los mecanismos de la mediación y la conciliación. Por lo tanto, en ambos sistemas encontramos dos grandes semejanzas en términos de estructura y distribución de jurisdicción.

Pero también existen diferencias entre ambos sistemas en otros aspectos. Algunas giran en torno de la atención prestada a las controversias entre partes privadas, ausente en la estructura de la OMC, o en la capacidad de las partes privadas para entablar demandas contra los gobiernos (como en el CIADI o en el Mercosur). Otra diferencia adicional se encuentra en la cuestión de la integración del grupo neutral, que refleja el sistema exitosamente adoptado por el Mercosur, conforme al cual los nombres de los futuros integrantes del grupo neutral están incluidos en listas previamente aprobadas por los Estados Miembros. Si las partes en la controversia son incapaces de llegar a un acuerdo respecto de la composición del grupo neutral, los integrantes son elegidos por sorteo. No obstante, la desventaja se presenta en la etapa en la que se negocia la lista de potenciales integrantes de los grupos neutrales, dado que es un proceso extremadamente complejo y tiene muchas

implicaciones. Sin embargo, esta complejidad sólo surge en el momento en que se confecciona la lista y no en cada controversia que se plantea. Sin duda, es un proceso interesante y, de hecho, tiene sus ventajas sobre el utilizado en la OMC.

Un análisis estadístico de los diversos pasos del proceso de formación de grupos especiales de la OMC demuestra que el establecimiento y la composición de un grupo especial es precisamente la etapa más larga y complicada. Si comparamos este sistema con el adoptado por el Mercosur, encontramos que esta fase es mucho más breve que en el caso de la OMC. El tiempo es un factor decisivo en el comercio internacional y este ahorro de tiempo hace que el sistema del Mercosur parezca a todas luces más recomendable.

En el marco del Mercosur, el proceso actualmente vigente requiere que cada país proponga una lista de integrantes del Grupo Mercado Común, la que luego se somete a la consideración, el escrutinio y el veto fundamentado de los otros países. Este sistema permite que cada Estado elija a aquellos integrantes a quienes considera más capaces, a la vez que obliga a las partes contendientes a considerar las características individuales de los integrantes de las listas, incluidas su independencia e integridad. Los Estados Miembros tienen la oportunidad de desechar a aquellos integrantes que, en su opinión, no cumplen con los criterios deseados.

A pesar de las propuestas destinadas a mejorar el sistema, hay todavía mucho más por mejorar. Una mejora posible para someter a consideración de los negociadores es la inclusión de un requisito lingüístico que exigiría a los candidatos a integrar los grupos neutrales tener un dominio fluido de los idiomas que se utilizarán en el futuro en el marco del ALCA o, al menos, de dos o más de esos idiomas.

Ese requisito lingüístico ofrecería cierta ventaja a las partes en una controversia, puesto que les permitiría comunicarse con el grupo neutral en su propio idioma. La comunicación sería así más precisa y la comprensión entre las partes mejoraría al tiempo que se eliminaría, en gran medida, la necesidad de recurrir a traducciones.

En el Hemisferio, los dos idiomas que se hablan mayoritariamente son el inglés y el español. El portugués, otra posible lengua de trabajo del ALCA, es fácilmente entendido y hablado por muchas personas cuya lengua madre es el español. Por último, el francés es también un idioma de amplia difusión. Dado que en la región son cuatro los idiomas que prevalecen, no sería difícil confeccionar una lista de integrantes de grupos neutrales que incluyera a individuos con dominio de estos cuatro idiomas, o al menos con fluidez en dos de ellos.

Cuando se constituyan los grupos neutrales, el idioma de trabajo que se adopte sería el de las partes en la controversia. Así, cada parte se podría comunicar en su propio idioma. Los miembros del grupo neutral serían capaces de entender y comunicarse con las partes sin dificultades. Esto simplificaría la tarea, evitaría el surgimiento de dudas y reduciría los costos de traducción. También sería una manera de demostrar respeto por la cultura de cada país miembro del ALCA. Al eliminar la necesidad de traducir la mayoría de los documentos, se favorecería el acceso de los países más pobres, por lo que éste es un enfoque que permitiría reducir una de las tantas asimetrías que el sistema, por cierto, tendrá. Las traducciones se limitarían al texto final de los informes de los grupos de trabajo. Además, por las razones ya mencionadas, parece indispensable que los miembros del Órgano de Apelación también hablen fluidamente los cuatro idiomas.

Considerando que esta sección del trabajo ha estado plagada de sugerencias destinadas a mejorar el capítulo sobre solución de controversias del borrador de acuerdo del ALCA, sería útil a esta altura evaluar otros aspectos. Ante todo, analizaremos su potencial de eficiencia. En segundo lugar, evaluaremos su capacidad para superar la falta de simetría, un elemento que está inevitablemente presente en el seno de la organización que se procura crear.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA EFICIENCIA DEL SISTEMA

La eficiencia de un sistema de solución de controversias internacionales se basa en varios factores. Uno de ellos es la productividad, es decir, la capacidad para dar respuesta, en un período breve, al problema presentado ante dicho sistema.

Sin duda, la velocidad del proceso de toma de decisiones es tan importante como la calidad de tales decisiones. La velocidad de las deliberaciones es importante porque las economías de las partes contendientes siempre serán más ágiles que el ritmo de la negociación y la decisión de una controversia sometida al mecanismo de solución. En consecuencia, si un sistema de solución de controversias es lento no tardará en quedar despojado de toda legitimidad, lo que llevará a las partes a buscar otras vías para resolver sus diferencias.

Otro aspecto importante se refiere a la calidad de las decisiones. Esto debe perfeccionarse y llevarse a cabo en los dos niveles de examen. Asimismo, los miembros de los grupos de trabajo cuyo desempeño no haya llegado a un nivel deseable de independencia y dedicación serían progresivamente reemplazados, por lo que sería importante que el período por el que se designan a los integrantes de los grupos neutrales fuese breve pero susceptible de renovación sin restricciones temporales. Por ejemplo, se podría fijar un período de funciones de un año, renovable en función de un análisis caso por caso. Otra posibilidad es que el sistema podría tener un mecanismo de control que le permitiera a una mayoría calificada de países Miembros recomendar la reelección de los integrantes.

Este proceso de reelección evitaría que un integrante de un grupo neutral o miembro del Órgano de Apelación deba ser sancionado por oponerse a los intereses de su país de origen en un caso dado. Al mismo tiempo, este proceso garantizaría la independencia de los integrantes de los grupos neutrales, ya que la reelección de uno de ellos siempre sería decidida por consenso por los miembros del sistema o por la voluntad de la mayoría. Por otra parte, aquellos cuyo trabajo estuviera por debajo del nivel deseado serían desplazados por el simple hecho de no recibir una recomendación para su reelección. Como la reelección dependería de la previa aceptación por parte del candidato designado, la dignidad de cada individuo quedaría preservada porque el miembro en cuestión podría informar anticipadamente al órgano pertinente si no deseara ser reelegido, sobre todo después de tomar conciencia de la posibilidad de no ser reelegido. Con el objeto de mejorar el sistema, esta idea parece importante para asegurar su mayor eficiencia y a la vez garantizar su legitimidad.

Otra sugerencia es que la Secretaría elabore informes sobre los procesos de toma de decisión, realizando una evaluación de desempeño que tendría en cuenta la observancia de los plazos asignados, las dificultades encontradas, las cláusulas que dan lugar a sutilezas jurídicas, cuestiones de procedimiento, etcétera. Esto permitiría una revisión que daría lugar a posibles cambios y mejoras.

El Órgano de Apelación también podría presentar un informe anual correspondiente a períodos determinados, indicando los informes de grupos neutrales que fueron objeto de mayor o menor crítica por parte de los miembros y capitalizando esa crítica a favor del sistema.

Otro criterio para evaluar el sistema de solución de diferencias del borrador del acuerdo del ALCA es su capacidad para ayudar a superar las asimetrías existentes en el seno del sistema, las que deben necesariamente ser salvadas para generar legitimidad.

CÓMO SUPERAR LAS ASIMETRÍAS

Las asimetrías entre los países del ALCA son, por cierto, inmensas. El primer y principal ejemplo está dado por la asimetría demográfica y económica que coloca a los Estados Unidos a la cabeza de la lista, muy por encima de los restantes países, no sólo en términos de población sino también de riqueza. En un segundo grupo de países encontramos a Canadá, Brasil, México y la Argentina, que también se diferencian notablemente de los restantes miembros. Por último, hay un tercer y un cuarto bloque donde se ubican países con diferentes grados de desarrollo, extensión territorial y población, donde algunos países pequeños están muy poco desarrollados y otros tienen una pobreza tan abyecta que se cuentan entre los más pobres del mundo. Es necesario encontrar un sistema en el que todos los países puedan ejercer sus derechos como iguales, en un contexto de igualdad de oportunidades.

De allí que sea fundamental crear reglamentaciones destinadas a superar la falta de simetría por medio de mecanismos favorables. Uno de ellos, ya planteado, es la posibilidad de trabajar en la lengua madre del país.

Otro, ya aludido previamente también, se centra en acortar los plazos y simplificar los procedimientos. Estas fórmulas gozan de la ventaja de no acarrear grandes costos políticos o económicos, pero su alcance es limitado.

Existe la necesidad de crear, como ya hay en la OMC, un mecanismo de ayuda para los países menos desarrollados, en virtud del cual tales países puedan recibir asistencia jurídica y financiera adecuada, y así aprovechar el sistema de solución de diferencias. Sería, asimismo, importante incluir una cláusula que estableciera que, en el caso de que el infractor fuese un país más rico, éste se vería obligado a sufragar los costos de la acción propuesta si se resuelve que la reclamación del país más pobre es una reclamación fundada. Esta medida, si bien claramente destinada a promover la justicia social, tendrá un alto costo político y merece ser considerada, puesto que abriría la posibilidad de un mayor desarrollo del sistema y contribuiría a superar algunas de las asimetrías. También tendría carácter preventivo, dado que socavaría el poder de ciertos *lobbies* internos de cada país, ya sea porque los funcionarios de gobierno controlarían las implicaciones presupuestarias y por las críticas que recibirían del público, o bien porque las leyes de cada país posiblemente obligarían al sector favorecido por la medida revocada a compartir el costo de la derrota. Ésta sería una manera, si bien limitada, de reprimir ciertas prácticas indeseables.

La decisión verdaderamente difícil es cómo superar la falta de simetría presente en el sistema de sanciones concebido en el borrador del capítulo. Se trata de un problema que escapa a la esfera de consideraciones de este documento dadas las restricciones de tiempo y espacio.

TRATAMIENTO DE LAS ASIMETRÍAS EN TAMAÑO Y DESARROLLO EN LOS ACUERDOS COMERCIALES INTERNACIONALES: ALGUNAS SUGERENCIAS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ACUERDOS NORTE-SUR

JAIME GRANADOS Y ANN CASANOVA

INTRODUCCIÓN

A partir de la década de 1980, una gran cantidad de países en desarrollo alrededor del mundo adoptó estrategias de desarrollo basadas en su integración progresiva en una economía mundial cada vez más globalizada. Impulsados por una nueva realidad comercial en la que las fronteras nacionales están perdiendo gran parte de su importancia, los países de América Latina han procurado integrarse a través de acuerdos de integración comercial multilaterales, regionales, subregionales y bilaterales. Históricamente, la mayoría de estas estrategias han girado en torno al eje sur-sur; sin embargo, un número cada vez mayor de estos acuerdos comprende a los países ubicados en el eje norte-sur. Las profundas asimetrías en el tamaño de las economías y en los niveles de desarrollo de estos países constituyen rasgos intrínsecos de esos acuerdos norte-sur. Estas asimetrías incluyen también diferencias sustanciales en cuanto a la capacidad institucional, por ejemplo para negociar, para ejercer derechos propios y para hacer cumplir obligaciones.

El énfasis que el Programa de Doha para el Desarrollo de la OMC ha puesto recientemente en las necesidades de los países en desarrollo ha traído a la palestra la magnitud de las asimetrías existentes y ha puesto de relieve el cambio radical en la composición económica de la membresía de la OMC, puesto que las tres cuartas partes se consideran países en desarrollo. Las presiones que surgen de la Ronda de Doha parecen subrayar el hecho de que el imperio de la ley resulta cada vez más importante para resolver diferencias entre los Estados. Además, la proliferación de otros acuerdos de liberalización comercial que se ha registrado en estos últimos años demuestra un cambio en el patrón de conducta entre los Estados pequeños y los Estados grandes. Si bien las diferencias en tamaño y desarrollo ya no se consideran obstáculos infranqueables para el establecimiento de acuerdos comerciales, se reconoce cada vez más que el socio más pequeño y menos desarrollado puede requerir medidas adicionales para poder aprovechar los beneficios de su integración comercial con socios más desarrollados o más grandes. La mayor parte de la investigación en el área del "trato especial y diferenciado" (TED) se ha centrado en las reglas de comercio propiamente dichas o en las condiciones de acceso a los mercados. Este trabajo se propone examinar el tema de la solución de diferencias desde la perspectiva del socio más pequeño y menos desarrollado.

En la Sección I proponemos una clasificación de las medidas tendientes a abordar los temas de interés para los países en desarrollo en el contexto particular de los mecanismos de solución de diferencias y sus negociaciones. Con esto en mente, clasificamos y evaluamos brevemente el tratamiento de las asimetrías percibidas en cuanto

al tamaño y nivel de desarrollo en los mecanismos de solución de controversias de algunos acuerdos comerciales claves y en las negociaciones actuales. En la Sección II abordamos la OMC y el Programa de Doha para el Desarrollo y, en la Sección III, el Mercosur, el TLCAN, el TLC entre Chile y los Estados Unidos, el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA, según su sigla en inglés) y el tercer borrador de acuerdo del ALCA. En la Sección IV, cerramos el trabajo con algunas recomendaciones de carácter general que pueden aplicarse a las negociaciones sobre solución de diferencias entre el norte y el sur.

I. EL TRATAMIENTO DE LAS ASIMETRÍAS EN LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: UNA CLASIFICACIÓN

Un análisis amplio de los mecanismos de solución de diferencias entre Estados incorporados a los acuerdos comerciales vigentes (incluidas las propuestas para mejorarlos) y de las actuales negociaciones de nuevos acuerdos comerciales nos permitieron identificar los siguientes cuatro "enfoques" en el trato que se les confiere a las asimetrías en los acuerdos comerciales:

- 1) **Trato especial y diferenciado:** Este enfoque implica otorgar a los países más pequeños/en desarrollo flexibilidad explícita para cumplir con ciertas obligaciones, tales como períodos más prolongados para adaptarse a los requerimientos procesales y plazos más cortos para recibir los informes de los paneles en casos en que se ven afectados intereses de países en desarrollo. También se caracteriza por el uso de cláusulas de máximo empeño, cuyo objetivo es contemplar aquellos temas delicados que son de interés para los países en desarrollo.
- 2) **Creación de capacidad:** Este enfoque implica un esfuerzo concertado tendiente a lograr un nivel mínimo de autosuficiencia nacional para manejar en forma permanente las controversias comerciales, incluido el desarrollo de los recursos humanos adecuados y del marco sostenible necesario para prevenir, negociar y litigar en las controversias comerciales.
- 3) **Asistencia técnica *ad hoc*:** De acuerdo con este enfoque, un país que participa en una diferencia comercial específica recibe apoyo jurídico, técnico y financiero con miras a que pueda hacer frente al desafío que trae consigo esa controversia comercial.
- 4) **Legalización del sistema:** Éste no es, estrictamente hablando, un enfoque para tratar las asimetrías en las negociaciones sobre solución de diferencias, sino antes bien una tendencia que se registra en los acuerdos comerciales en general, la cual, según nuestra opinión, brinda mejores condiciones generales para que los países pequeños y en desarrollo interactúen comercialmente con los países grandes y desarrollados. Este enfoque saca a las partes contendientes de un entorno sobre solución de diferencias puramente político-diplomático y establece disposiciones aplicables a todas las partes del acuerdo, en áreas tales como las obligaciones comerciales sustantivas y la solución de controversias. En el área de la solución de controversias, este enfoque puede implicar el debido proceso, cláusulas que incluyan reglas que otorguen derechos sólidos sobre transparencia, revisión y apelación, acceso a la información, derechos de terceros, plazos razonables, composición objetiva y justa de los tribunales y paneles, recursos efectivos, etcétera. Este enfoque no reconoce explícitamente las asimetrías existentes, sino que aboga, en cambio, por lograr un acuerdo sólido y coherente basado en el imperio de la ley como el mejor vehículo para proteger los derechos de las partes más débiles.

II. EL USO Y LA EFICACIA DE LOS CUATRO ENFOQUES EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

A. La Organización Mundial de Comercio (OMC)

En el período comprendido entre 1947 y 1994, la solución de diferencias conforme al GATT era una iniciativa altamente politizada, frecuentemente sujeta al examen "con comprensión" del Estado causante de la anulación o menoscabo. Los resultados obtenidos de las resoluciones de los grupos especiales eran bastante impredecibles

y la aplicación estaba sujeta a la buena voluntad de la parte infractora o, en ocasiones, a la disposición de la parte más poderosa. Esto se ve confirmado por las estadísticas, que demuestran que los países en desarrollo no recurrían demasiado al mecanismo del GATT para resolver sus diferencias. En el transcurso de cuarenta y siete años y de las doscientas treinta y seis reclamaciones presentadas conforme al GATT, los países en desarrollo iniciaron apenas treinta y ocho demandas y fueron demandados por países desarrollados en veinticuatro casos.¹

Por diferentes razones, los países tanto grandes como pequeños deseaban introducir cambios profundos en el modo en que se resolvían las diferencias entre los Estados, y la Ronda Uruguay dio origen al Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD). El ESD fue concebido para constituirse en un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, resolver las diferencias sin demora, alentar la solución de controversias con miras a preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y fomentar las soluciones diplomáticas o mutuamente convenidas.² Las mejoras introducidas desde los tiempos del GATT hasta el actual ESD de la OMC transformaron sustancialmente a la Organización, que hoy suele ser reconocida como el sistema de solución de diferencias internacionales más efectivo. Ha conferido poder a los socios más débiles, ya que "cualquier Miembro puede impugnar las medidas comerciales adoptadas por otro Miembro, de modo tal que aún los países económicamente débiles pueden impugnar a los económicamente más poderosos".³

Paralelamente a los cambios profundos introducidos durante la Ronda Uruguay, los países también han madurado y comenzado a demostrar un "interés creciente [...] en la utilización del mecanismo de solución de diferencias de la OMC [que] refleja una gama más amplia de preocupaciones comerciales y una mayor diversidad de productos de exportación y de interlocutores comerciales."⁴ A diferencia del GATT, en los últimos diez años ha cobrado fuerza entre los países el recurrir al ESD, puesto que se han presentado trescientas once reclamaciones hasta el mes de mayo de 2004 inclusive.⁵ Mientras que los países del norte, como los Estados Unidos y aquellos de la Unión Europea, han sido los principales usuarios del sistema de solución de diferencias –responsables del 45,6 por ciento del total de reclamaciones y del 42 por ciento en carácter de demandados–,⁶ los datos de la siguiente tabla indican la confianza cada vez mayor en el ESD que exhiben los países en desarrollo para resolver sus problemas.

¹ Los países en desarrollo iniciaron treinta y cinco demandas contra países desarrollados y tres contra un par, es decir otro país en desarrollo. Pretty Elizabeth Kuruvila, "Developing Countries and the GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism", *Journal of World Trade*, Vol. 31, N° 6 (1997), págs. 178 y 179, 171-208.

² Artículo 3 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, Acta Final en que se Incorporan los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, 15 de abril de 1994 (en adelante, el ESD).

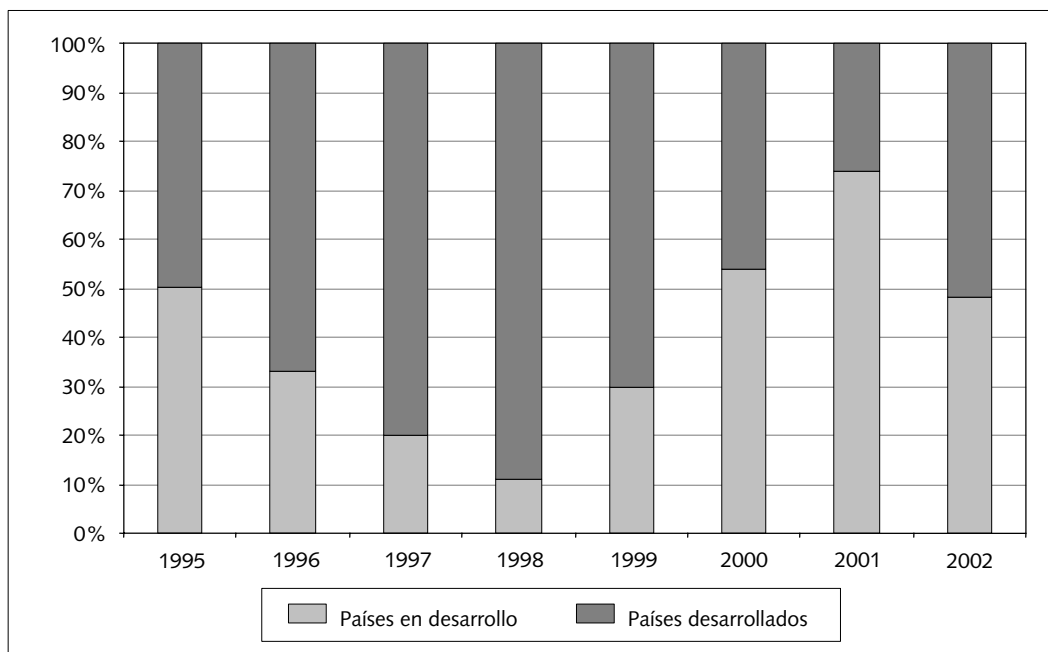
³ Julio Lacarte-Muró y Petina Gappah, "Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: A View from the Bench", *Journal of International Economic Law*, (2000) págs. 395, 395-401.

⁴ *Informe sobre el Comercio Mundial 2003*, Organización Mundial del Comercio, (2003) pág. 192.

⁵ <http://wto.org>

⁶ Kara Leitner y Simon Lester, "WTO Dispute Settlement 1995-2003: A Statistical Analysis", *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, N° 1 (2004), págs. 171, 169-181.

CUADRO 1
Países desarrollados y en desarrollo. Miembros que actuaron como reclamantes, 1995-2002
(Porcentaje)



Fuente: OMC

Dado que los Miembros, ya sean grandes, pequeños o medianos, han decidido participar más activamente en el escenario mundial del comercio y que los intereses en juego hoy en día son mayores de lo que eran durante los años del GATT, es muy grande la necesidad de establecer normas justas, transparentes y eficaces para todos los socios comerciales. Al adoptar un enfoque común para todos los Miembros, el ESD ha logrado crear normas que han nivelado considerablemente el campo de juego para los socios económicamente más débiles; cualquier parte está en condiciones de invocar los mismos derechos y procedimientos derivados de las disposiciones establecidas. En consecuencia, sostenemos que el ESD es una manifestación del enfoque que hemos dado en llamar "legalización del sistema".

El ESD, reflejando el compromiso de los Miembros con la transparencia, enumera expresamente las normas y los procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Las partes avanzan a través de procedimientos ascendentes que se inician con una solicitud de celebración de consultas. Si no se arriba a un acuerdo en las consultas iniciales, las partes pueden recurrir a un grupo especial que estudiará el asunto y decidirá si una medida cuestionada constituyó una infracción u otra anulación o menoscabo, perjudicando de ese modo los derechos negociados del reclamante. El grupo especial recomendará al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) que la parte infractora ponga la(s) medida(s) en conformidad con el acuerdo con el que fue declarada incompatible e incluso puede hacer recomendaciones sobre la aplicación de la medida correctiva. En lo que constituye una desviación importante respecto de la práctica adoptada en el GATT y un avance hacia un sistema más legalizado, las partes tienen el derecho de recurrir a un Órgano de Apelación. El cumplimiento de las recomendaciones será vigilado por el OSD, que está facultado para autorizar una compensación o la suspensión de las concesiones si las recomendaciones y resoluciones adoptadas no se han aplicado en un plazo prudencial.

La OMC ha sido calificada con frecuencia como una organización de naturaleza "cuasijudicial", ya que integra procedimientos de tipo jurídico con esfuerzos diplomáticos para zanjar diferencias entre los Estados; sin embargo, todavía perdura cierto grado de incertidumbre en el sistema en cuanto a la obligatoriedad jurídica de las resoluciones y recomendaciones de un grupo especial una vez aprobadas por el Órgano de Solución de

Diferencias, lo que demuestra que aún queda mucho trabajo por delante en esta área. Esta incertidumbre se pone de manifiesto en las opiniones opuestas que sostienen los analistas: algunos interpretan que las resoluciones y recomendaciones no son vinculantes, mientras que otros entienden que sí tienen ese carácter.⁷ En principio, la aplicación de las resoluciones y recomendaciones está sujeta a la aceptación del Estado soberano. Si el Miembro que ha "perdido" no cumple con las recomendaciones en tiempo y forma, debe responder ante el órgano político y puede ser objeto de la "vergüenza colectiva" de poner sus medidas de conformidad con los acuerdos incumplidos.

Características principales del mecanismo de solución de diferencias de la OMC que son de interés para los países más pequeños/en desarrollo

Fuera de los derechos y las obligaciones comunes, los Miembros han reconocido que existen asimetrías y han introducido adaptaciones explícitas en el ESD en favor de los países con menor nivel de desarrollo económico clasificados por la OMC como países en desarrollo o países menos adelantados.⁸ Al aplicar nuestro sistema de clasificación, encontramos que el ESD ha hecho hincapié en un enfoque doble, que consiste básicamente en un sistema "cuasijudicial" y, en menor medida, en una serie de disposiciones de trato especial que permiten cierto grado de flexibilidad en la aplicación de los procedimientos.⁹ Sólo dos párrafos están dedicados a la asistencia técnica y a la creación de capacidad, según los cuales se pone a disposición un experto jurídico competente para brindar orientación y se ofrecen cursos de formación. A continuación se presenta una reseña de cada categoría de la clasificación, una explicación de cómo se aplican y un comentario sobre la implementación de estos enfoques.

1. Trato especial y diferenciado

En la práctica, los beneficios logrados al garantizar facilidades para los Miembros económicamente más débiles en las negociaciones han producido resultados contradictorios: ciertas disposiciones se han aplicado con frecuencia, mientras que otras sólo en ocasiones, e incluso hay cláusulas que hasta el momento no se han invocado nunca. No obstante, las cláusulas de trato especial y diferenciado pueden representar una concesión valiosa en favor de los países en desarrollo, sobre todo cuando se las mira a través de la lente del negociador que debe obtener la aprobación del Congreso local para implementar el acuerdo.

Plazos flexibles

Hay tres instancias en el ESD en las que se detecta flexibilidad en cuanto a la aplicación de los plazos. En primer lugar, en los casos en los que se presenta una demanda contra un país en desarrollo, el ESD permite prorrogar los plazos¹⁰ para realizar consultas tanto en casos urgentes como normales, antes de conformar el grupo especial.¹¹ Si bien este trato especial está explícitamente a disposición de los países en desarrollo y los países menos adelantados, un estudio preparado por el gobierno de México para el examen de la Ronda de Doha del Entendimiento sobre Solución de Diferencias demuestra que existen muchas instancias en las que se

⁷ Para leer un análisis más profundo sobre este tema, ver Steve Charnovitz, "Últimas novedades y trabajos académicos sobre los recursos para la observancia de las normas de la OMC" en el Capítulo 6 de este libro.

⁸ A los fines de este análisis, los países en desarrollo y los menos adelantados forman un mismo grupo a menos que se especifique lo contrario.

⁹ Las cláusulas relacionadas con el nivel de desarrollo de los Miembros se encuentran en los Artículos 3.12, 4.10, 8.10, 12.8, 12.10, 12.11, 21.2, 21.7, 21.8, 24.1, 24.2, 27.2 y 27.3 del ESD.

¹⁰ Sujeto a acuerdo de las partes o a una decisión por parte del Presidente del OSD.

¹¹ Artículos 12.10, 4.7 y 4.8 del ESD.

han otorgado plazos ampliados a todos los Miembros.¹² Sin embargo, los grupos especiales han sido muy cuidadosos a la hora de equilibrar la necesidad de prorrogar los plazos con la necesidad de respetar los plazos establecidos por el ESD.¹³

En segundo lugar, el ESD concede al país en desarrollo "tiempo suficiente para preparar y exponer sus alegaciones".¹⁴ El estudio preparado por México concluye que en la práctica los Miembros no son sancionados por las presentaciones fuera de término. De hecho, de un "total de ochenta y nueve informes de grupos especiales y sesenta y cuatro informes del Órgano de Apelación adoptados, ninguno emitió una resolución contra un país en desarrollo Miembro por no cumplir con un plazo determinado".¹⁵

En tercer lugar, en los casos relativos a productos perecederos, el Entendimiento alienta al grupo especial a emitir su informe dentro de un plazo de tres meses, es decir, en la mitad del tiempo sugerido para casos normales.¹⁶ Si bien no se contaba con estadísticas acerca del número de veces que un país en desarrollo había invocado esta cláusula, lo cierto es que la distribución en tiempo y forma de los informes de los grupos especiales en casos normales ha sido problemática. El estudio preparado por México indica que en casi el 90 por ciento de los casos, se da traslado a las partes de los informes de grupos especiales con posterioridad al plazo de nueve meses establecido para las prórrogas en el Artículo 12.9.¹⁷

Los datos demuestran que se ha otorgado flexibilidad en el cumplimiento de los plazos a los Miembros independientemente de su nivel de desarrollo. No obstante, la capacidad de los países en desarrollo para recurrir a estas cláusulas sin que ello implique evitar el cumplimiento de alguna norma es importante para garantizar la constante credibilidad. En segundo lugar, este tipo de cláusula es importante; estadísticamente, los países en desarrollo tienen más probabilidades de lograr una resolución favorable en la etapa de las consultas. De hecho, de trescientas seis solicitudes de celebración de consultas depositadas en la Secretaría de la OMC, sólo ochenta y nueve llegaron a la instancia de solución por parte de un grupo especial. De acuerdo con el *Informe Anual 2004* de la OMC, de todas las reclamaciones presentadas alrededor de las tres cuartas partes no avanzan más allá de las consultas hasta la etapa del grupo especial,¹⁸ lo que indica que se logra una solución satisfactoria en una etapa temprana de los procedimientos de la OMC. Busch y Reinhardt argumentan que "la mayoría de las concesiones máximas se otorgan en una solución temprana"; por consiguiente, recomiendan que se ponga más atención en ayudar a los países en desarrollo a que aprovechen más las consultas, así como en la etapa del grupo especial antes de que se dicte una resolución".¹⁹ Creemos que los intereses de los países en desarrollo se atienden mejor cuando ellos logran crear su propia capacidad y están facultados para resolver sus diferencias, incluidas las consultas y las soluciones negociadas.

¹² El número promedio de días que llevan las consultas asciende a ciento cuarenta y siete u ochenta y siete días más allá del período de sesenta días establecido en el ESD. El número promedio de días para el establecimiento de un grupo especial asciende a cuarenta y uno o treinta y un días más allá del período de diez días establecido en el ESD. Ver *Diagnosis of the Problems Affecting the Dispute Settlement Mechanism, Some Ideas by Mexico*, JOB(03)/208, (10 de noviembre de 2003) pág. 16 (en adelante, "Diagnóstico"). [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹³ Mary Footer, "Developing Country Practice and WTO Dispute Settlement", *Journal of World Trade* 35(1), Vol. 35, N° 1(2001) págs. 68, 55-98.

¹⁴ Artículo 12.10 del ESD.

¹⁵ Diagnóstico, pág. 16. [Nota del Trad.: El número de página corresponde a la versión en inglés].

¹⁶ Artículo 12.8 del ESD.

¹⁷ Diagnóstico, pág. 17. [Nota del Trad.: El número de página corresponde a la versión en inglés]. Ver también el Artículo 12.9 del ESD, que describe las limitaciones que se les impone a los grupos especiales respecto de las prórrogas de tres meses para la distribución del informe, pero "en ningún caso el período [...] deberá exceder de nueve meses".

¹⁸ *Informe Anual 2004*, Organización Mundial del Comercio, (2004), pág. 49. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹⁹ Marc L. Busch y Eric Reinhardt, "Developing Countries and the General Agreement on Tariffs and Trade/World Trade Organization Dispute Settlement", Vol. 37, N° 4, *Journal of World Trade*, (2003) págs. 733, 719-735.

Miembro de un grupo especial natural de un país en desarrollo

Un país en desarrollo tiene el *derecho de solicitar* que al menos un miembro del grupo especial sea natural de un país en desarrollo.²⁰ En casi todos los casos, esta cláusula llevó a que se eligiera por lo menos a un integrante de un país en desarrollo.²¹ Desde una perspectiva estadística, en el 41 por ciento de los casos los miembros de los grupos especiales han provenído de países en desarrollo.²² El ESD no hace referencia alguna a la inclusión de miembros de grupos especiales oriundos de los países menos adelantados (PMA) y, en la práctica, nunca se eligió a un integrante de esos países. Sin embargo, hay una propuesta para el examen de la Ronda de Doha del Entendimiento sobre Solución de Diferencias para ampliar este concepto de manera tal que incluya explícitamente a los países menos adelantados.²³ Al considerar las asimetrías entre los acuerdos norte-sur, cabe destacar que hasta la fecha sólo dos miembros de grupos especiales han sido de procedencia estadounidense: Robert Hudek y John Jackson.

Si bien la mencionada disposición no influye en el resultado de un caso en favor de los países en desarrollo puesto que todos los miembros de los grupos especiales tienen la responsabilidad ética de ser imparciales, la hipótesis subyacente sugiere que los miembros de los grupos especiales provenientes de un país en desarrollo estarán en mejores condiciones de entender las vulnerabilidades inherentes a las economías más pequeñas. Esa disposición también es importante en el sentido de que promueve un sentido de propiedad respecto del proceso de solución de diferencias entre los Miembros menos influyentes, lo que le otorga mayor credibilidad al proceso. Por último, no existe mejor educación que la experiencia personal; cuantos más panelistas de países en desarrollo o de países menos adelantados participen en el sistema judicial internacional en carácter de miembros de grupos especiales, mayor será la capacidad que dicho país logrará crear para su propio beneficio.

Mención específica del trato especial y diferenciado (TED) en los informes de los grupos especiales

Los países en desarrollo cargan con la responsabilidad de tener que hacer valer sus derechos de trato especial y diferenciado que les han sido conferidos por los acuerdos abarcados. Una vez que un país alega esos derechos, el grupo especial debe indicar explícitamente en su informe cómo se tuvieron en cuenta las cláusulas de TED que otorgan un trato más favorable a los países en desarrollo.²⁴ Esta cláusula ha sido aplicada sistemáticamente en todos los casos; sin embargo, Roessler argumenta que no otorga ningún trato especial *adicional* a un país en desarrollo, puesto que el Artículo 11 del ESD ya exige que el grupo especial haga una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos. Este requerimiento de mencionar en forma específica el cumplimiento del trato especial y diferenciado bien podría ser una declaración política que sirva para recordar a los integrantes de los grupos especiales que los países en desarrollo tienen necesidades especiales que no deben ser olvidadas ni pasadas por alto.

Cabe destacar que muchas cláusulas de TED en los acuerdos abarcados son exhortativas o de máximo empeño; por consiguiente, este tipo de disposición es muy poco exigible jurídicamente y no juega a favor de los países en desarrollo influyendo en el resultado del caso. En este sentido, los Miembros deberían considerar durante el examen del ESD tipos alternativos de cláusulas que den origen a "defensas" jurídicas, al establecimiento de ciertas presunciones, a la atenuación de los niveles aceptables de incumplimiento, como las salvaguardas, y a la creación de requisitos para invertir la carga de la prueba.

²⁰ Artículo 8.10 del ESD.

²¹ Frieder Roessler, "Special and Differential Treatment of Developing Countries Under the WTO Dispute Settlement System", pág. 3. Visitado en enero de 2004 en <http://www.ictsd.org/dlogue/2003-02-07/Roessler.pdf>.

²² Diagnóstico, pág. 6. [Nota del Trad.: El número de página corresponde a la versión en inglés].

²³ Sesión extraordinaria del Órgano de Solución de Diferencias, Anexo al Informe del Presidente, Embajador Péter Balás, al Comité de Negociaciones Comerciales, TN/DS/9, 6 de junio de 2003, Artículo 8.10 (en adelante, el "Informe del Presidente").

²⁴ Artículo 12.11 del ESD.

Sensibilidad frente a los asuntos e intereses que afectan a los países en desarrollo

El OSD es responsable de adoptar el informe definitivo, que incluye las recomendaciones y resoluciones formuladas por el grupo especial, así como de vigilar el "pronto cumplimiento" de la "decisión" por parte del país Miembro infractor. Es en esta parte de la etapa de aplicación cuando se prestará especial atención a las cuestiones que afecten a los intereses de los países en desarrollo.²⁵ Esta disposición ha sido invocada tres veces en procedimientos de arbitraje. Roessler observa que en los primeros dos casos, en los que la invocaron la Argentina y Chile,²⁶ el árbitro no la aplicó fundándose en que las partes no habían sido muy específicas respecto de la manera en que sus intereses como países en desarrollo efectivamente influían en la duración del período de aplicación. En el tercer procedimiento en el que esta cláusula se aplicó, el árbitro prorrogó el período de aplicación en seis meses invocando este Artículo como fundamento jurídico.²⁷ Esta experiencia indica cierto grado de vacilación por parte de los árbitros en cuanto a la aplicación de esta cláusula bastante subjetiva.

Los países en desarrollo soportan la carga de tener que invocar las disposiciones de TED que fueron redactadas para otorgarles ciertos beneficios. Esta cláusula sirve como ejemplo de ese requerimiento procesal e ilustra cuáles son los resultados cuando los Miembros no manifiestan claramente de qué manera sus intereses podrían verse perjudicados. La historia demuestra que si los países en desarrollo no invocan esas cláusulas de TED en tiempo y forma, se considera que han renunciado a ellas para siempre. Nosotros sostenemos que la experiencia o capacidad es lo que influye en la posibilidad de invocar esas cláusulas antes de que sea tarde.

Acciones del OSD

Con posterioridad a la adopción del informe definitivo por parte del OSD, si un país en desarrollo plantea un asunto a nivel político, el OSD considerará qué otras disposiciones puede adoptar que sean adecuadas a las circunstancias. En sus deliberaciones, el Órgano debe considerar no sólo la gravedad de las medidas objeto de la reclamación sino también la repercusión de la resolución en la economía de los países en desarrollo afectados.²⁸ Hasta ahora no se le ha solicitado al OSD adoptar este tipo de acciones, por lo cual estas cláusulas nunca se han aplicado.²⁹ Hay un elemento de riesgo para los países en desarrollo en plantear la cuestión ante el OSD, en el sentido de que el asunto puede politizarse. Como las decisiones se toman por consenso, cualquier miembro puede obstaculizar la aprobación y el resultado puede no atender al interés del país en desarrollo Miembro. Este tipo de solución de diferencias se asemeja a la resolución política de conflictos de los tiempos del GATT, la cual no beneficiaba a las partes más débiles.

Disposiciones que benefician a los países menos adelantados (PMA)

Además de las cláusulas ya mencionadas que los países menos adelantados tienen derecho a invocar, hay un artículo íntegramente dedicado a los procedimientos especiales para los casos en que intervenga un país menos adelantado. El primer párrafo exige a los países Miembros ejercer la debida moderación al plantear casos en que intervenga un país menos adelantado.³⁰ Hay pruebas de que esta disposición ha sido eficaz, ya que hasta la fecha no se han planteado casos contra un PMA. Sin embargo, cabe señalar que por primera vez en la historia del GATT/OMC, un PMA está recurriendo al ESD. El 2 de febrero de 2004, Bangladesh

²⁵ Artículo 21.2 del ESD.

²⁶ Ver Roessler, pág. 4 y los Arbitrajes de conformidad con el párrafo 3 c) del Artículo 21 del ESD, *Chile – Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS87/15-WT/DS110/14, párrafo 45 y *Argentina – Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovinos y a la importación de cueros acabados*, WT/DS155/10, párrafo 51.

²⁷ Ver Roessler, pág. 4 y el Arbitraje en virtud del párrafo 3 c) del Artículo 21 del ESD, *Indonesia – Determinadas medidas que afectan la industria del automóvil*, WT/DS54/15-WT/DS55/14-WT/DS59/13-WT/DS64/12, párrafo 24.

²⁸ Artículos 21.7 y 21.8 del ESD.

²⁹ Ver Roessler, pág 5.

³⁰ Artículo 24.1 del ESD.

solicitó la celebración de consultas con India en relación con una medida antidumping aplicada a las baterías.³¹ Al poco tiempo, la Unión Europea presentó una solicitud para unirse a Bangladesh en sus consultas. Ésta será una buena oportunidad para que un PMA sume fuerzas con los países desarrollados y aumente así su capacidad, al tiempo que adquiere experiencia en relación con el ESD.

El segundo párrafo pone el énfasis en la solución de la diferencia cuando no se haya llegado a una solución satisfactoria en el curso de las consultas celebradas y antes de que se formule la solicitud de que se establezca un grupo especial, mediante métodos alternativos como la conciliación, la mediación y los buenos oficios del Director General o el Presidente del OSD.³² Este derecho también está a disposición de todos los Estados Miembros conforme al Artículo 5. La diferencia radica en que en aquellos casos en los que esté involucrado un PMA, las partes no necesitan estar de acuerdo; es un procedimiento automático solicitado por el PMA. Hasta la fecha, esta metodología establecida en el ESD no ha sido solicitada, como tampoco se había recurrido mucho a este derecho en el marco del GATT de 1947, ya que fue invocado sólo seis veces.³³

En las instancias en que se plantee un caso contra un PMA, se prestará particular consideración a la situación especial de los países menos adelantados; sin embargo, a diferencia de la cláusula aplicable a los países en desarrollo durante la etapa de los recursos, este concepto es viable en todas las etapas de los procedimientos de solución de diferencias en que intervenga un PMA. A semejanza de su cláusula hermana, ésta es una disposición subjetiva y resulta difícil de interpretar si el país menos adelantado no especifica claramente cuáles son sus puntos sensibles; por consiguiente, el ejercicio de este derecho está en las propias manos del PMA. Además, si se constata que una medida adoptada por un país menos adelantado produce anulación o menoscabo, las partes reclamantes ejercerán, una vez más, la debida moderación al pedir compensación o recabar autorización para suspender la aplicación de concesiones.³⁴ Si bien la carga de ejercer la moderación recae en la parte reclamante, el OSD es responsable de vigilar la aplicación de esta disposición y podría ofrecer un sistema de contrapesos.

2. Creación de capacidad/Cursos de formación

Un componente importante para crear capacidad jurídica en un país es respaldar el desarrollo profesional de sus funcionarios a través de cursos de capacitación. El ESD establece que la Secretaría de la OMC habrá de organizar cursos especiales de formación sobre los procedimientos y prácticas de solución de diferencias para los Miembros interesados.³⁵ En términos generales, la OMC ofrece tres tipos de cursos de formación en solución de diferencias, a saber: (1) cursos de una semana dictados en Ginebra tres veces al año; (2) cursos de formación celebrados a nivel regional ocho veces al año, en promedio, uno de los cuales se ofrece en América Latina y otro en la región del Caribe,³⁶ y (3) segmentos de los "Cursos de política comercial" ofrecidos tanto en Ginebra, una vez por año, como a nivel regional, por lo general tres veces al año.³⁷ La participación está abierta a todos los miembros de la OMC; al curso realizado en Ginebra en diciembre de 2003 asistieron veintisiete funcionarios de gobierno. Además de otro tipo de capacitación, los participantes desarrollan habilidades y conocimiento práctico en las diversas etapas de una diferencia mediante un simulacro. El Informe Anual 2003 de la OMC, fortaleciendo nuestra tesis, dice lo siguiente:

³¹ Ver *India – Medida antidumping sobre las baterías procedentes de Bangladesh*, WT/DS306/1, 2 de febrero de 2004.

³² Artículo 24.2 del ESD.

³³ Ver Roessler, pág. 4.

³⁴ Artículo 24.1 del ESD.

³⁵ Artículo 27.3 del ESD.

³⁶ Las otras regiones son Asia Pacífico, África, Medio Oriente, Europa Oriental y Asia Central.

³⁷ Ver también *Actividades de asistencia técnica para 2003. Ejecución durante el primer trimestre*, WT/COMTD/W/112, 22 de abril de 2003; *Actividades de asistencia técnica para 2003. Ejecución durante el segundo trimestre*, WT/COMTD/W/118/Rev.1, 12 de noviembre de 2003, y *Actividades de asistencia técnica para 2003. Ejecución durante el tercer trimestre*, WT/COMTD/W/120, 13 de noviembre de 2003.

"El objetivo general de todas estas actividades es la creación de capacidad institucional, facilitando a los participantes una mejor comprensión de las cuestiones relacionadas con las políticas comerciales, el sistema multilateral de comercio, el derecho comercial internacional y el funcionamiento de la OMC. [...] Se prevé que los conocimientos adquiridos en los distintos cursos permitan a los participantes aumentar la eficacia del trabajo que realizan en sus propias administraciones y promover una participación más activa de sus países en la labor de la OMC".³⁸

Además de la formación suministrada por la OMC, otras organizaciones internacionales también brindan oportunidades para desarrollar y perfeccionar habilidades. Por ejemplo, el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL según su sigla en inglés), al cual nos referiremos en la subsección C, complementa el trabajo de la OMC mediante dos cursos regulares de seis meses sobre la normativa y los procedimientos de la OMC dirigidos a un promedio de veintiséis funcionarios de gobierno de países en desarrollo, una conferencia anual sobre cuestiones relativas a la solución de diferencias y seminarios ocasionales en los que diferentes expositores invitados hacen aportes adicionales.

3. Asistencia técnica ad hoc/Ofrecimiento de un experto jurídico competente para el país que lo solicite

La inclusión de un artículo que autoriza la asistencia técnica a los Miembros fue un componente controvertido del ESD. No obstante, previa solicitud, la Secretaría de la OMC debe designar a un experto jurídico competente para suministrar asistencia y asesoramiento jurídicos adicionales en relación con la solución de diferencias a los países en desarrollo Miembros.³⁹ Este experto ayudará al país en desarrollo Miembro de un modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría. Este artículo del ESD no pretende que los expertos jurídicos designados por la Secretaría actúen como defensores de un Miembro en un procedimiento jurídico contra otro Miembro sino, en cambio, autoriza a la Secretaría a brindar orientación a los funcionarios de países en desarrollo. Como resultado de las restricciones impuestas al personal de Asuntos Jurídicos, los beneficios que la Secretaría efectivamente puede brindar son limitados. En la práctica, la Secretaría de la OMC parece haber respetado las limitaciones establecidas para este artículo; en consecuencia, los países han tenido que buscar asistencia jurídica fuera del seno de la OMC.⁴⁰

B. Propuestas de la Ronda de Doha

Lineamientos y características principales de las propuestas

La Ronda Uruguay, a través de la negociación del ESD, alcanzó un nuevo nivel de legalización del sistema. Los países en desarrollo tienen una mejor oportunidad de participar de los beneficios del sistema comercial en general. No obstante, en algunas áreas aún quedan cuestiones por mejorar. Es entonces cuando entra en escena la Ronda de Doha para el Desarrollo.

De conformidad con el Artículo 30 de la Declaración Ministerial de Doha, se acordó la celebración de la Sesión Extraordinaria del Órgano de Solución de Diferencias con el fin de llevar a cabo negociaciones sobre las mejoras y aclaraciones que debían introducirse al ESD. Estaba previsto que las negociaciones concluirían a más tardar en mayo del año 2003, pero por falta de acuerdo la fecha de conclusión prevista se postergó en dos ocasiones y la fecha actualmente vigente se fijó para mayo de 2004. Las mejoras y aclaraciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias están legalmente separadas del todo único y del resto del paquete de Doha. En la práctica, sin embargo, ha sido difícil "desvincular" el impulso que hace avanzar el Programa de Doha para el Desarrollo del impulso que hace avanzar el examen del ESD. Creemos que si bien

³⁸ Informe anual 2003, Organización Mundial del Comercio (2003), pág. 133.

³⁹ Artículo 27.2 del ESD.

⁴⁰ Roessler, pág. 5

la falta de progreso en el examen del mecanismo de solución de diferencias no postergará las negociaciones de Doha, lo contrario sí puede ocurrir.

El Informe del Presidente presentado en la Sesión Extraordinaria del Órgano de Solución de Diferencias ante el Comité de Negociaciones Comerciales consigna que "[s]i bien la opinión predominante entre los Miembros es que el ESD en general ha funcionado bien hasta la fecha, ha habido un gran número de propuestas específicas de aclaraciones y mejoras (42 en total) presentadas por participantes que representan una gran parte de los Miembros de la OMC".⁴¹

Los países de América, tanto en desarrollo como desarrollados, han presentado propuestas –que fueron incluidas en el Texto del Presidente– sobre un número sustancial de temas que podrían clasificarse a tenor de nuestros cuatro enfoques. Una cantidad importante de propuestas incorporadas al Texto del Presidente están clasificadas como fortalecedoras del TED en varias etapas de los procedimientos. Roessler sugiere que "las diversas propuestas elevadas para fortalecer las cláusulas del ESD que otorgan trato especial y diferenciado a los países en desarrollo son reacciones a serios problemas frente a los que se han visto los países en desarrollo".⁴²

Como la revisión de la solución de diferencias no ha concluido y ante la posibilidad de que puedan reflatarse propuestas no incluidas actualmente en el borrador del Presidente, hemos analizado y clasificado las propuestas de acuerdo con nuestros cuatro enfoques. A continuación presentamos un resumen general de manera tal de proporcionarle al lector una breve reseña de las propuestas vinculadas con el desarrollo planteadas en el marco de las negociaciones del ESD.⁴³

Trato especial y diferenciado

- Reemplazo de la palabra "*should*" por "*shall*" en todo el texto a fin de atender de manera especial los problemas e intereses particulares del país en desarrollo demandado.⁴⁴
- Aceleramiento de los plazos (reducirlos a la mitad del tiempo) en las diferencias sobre salvaguardas y medidas antidumping. Esto no se aplicaría si un país en desarrollo solicita los plazos normales del ESD.
- Los buenos oficios, la conciliación y la mediación deberán ser obligatorios (con algunas variantes) en los casos en que intervenga un país en desarrollo o menos adelantado.
- Limitación de la cantidad de veces que un país desarrollado puede presentar una reclamación contra un país en desarrollo a sólo dos oportunidades por año civil.
- En aquellas diferencias en las que intervengan un país en desarrollo y un país menos adelantado, los grupos especiales estarán integrados por un miembro (o dos) natural de un país en desarrollo o menos adelantado (y variantes).
- Los países en desarrollo pueden requerir compensación por las medidas adoptadas por los países desarrollados y se establece el procedimiento a tal efecto.
- Cuando una resolución definitiva demuestra que un país en desarrollo no violó ninguna de sus obligaciones asumidas ante la OMC, las costas del país en desarrollo deberán estar a cargo del país desarrollado Miembro que inició la diferencia.

⁴¹ Informe del Presidente, párrafo 3.

⁴² Ver Roessler, pág 3.

⁴³ Ver también Peter Van den Bossche, "The Doha Development Round Negotiations on the Dispute Settlement Understanding", trabajo presentado en una conferencia de la OMC, Taipei, (28-29 de noviembre de 2003).

⁴⁴ Nota del Trad.: Los términos mencionados en inglés no afectan la traducción oficial al español vigente del ESD.

- En los casos en los que un país en desarrollo plantee una reclamación contra un país desarrollado y se registren demoras superiores a los noventa días, será obligatorio proporcionar al país en desarrollo reclamante una compensación por la continuidad de las pérdidas comerciales.

Creación de capacidad

- Creación de un fondo para facilitar la utilización eficaz del ESD por parte de los países en desarrollo y los países menos adelantados. Se financiará a partir del presupuesto ordinario de la OMC y de fuentes extrapresupuestarias; asimismo, este fondo podrá recibir contribuciones voluntarias de los Miembros.⁴⁵

Asistencia técnica ad hoc

- A pesar de la referencia a la imparcialidad de la Secretaría, el experto jurídico deberá cumplir cabalmente las funciones de consejero del país en desarrollo o PMA que sea parte en una diferencia.

Legalización del sistema

- Introducción de una etapa intermedia de reexamen y de devolución de las actuaciones al grupo especial en la fase de apelación.
- Aclaración y mejora de la secuencia y los detalles de los procedimientos en la etapa de la aplicación.
- Mejora de la compensación.
- Fortalecimiento de los requisitos de notificación para las soluciones mutuamente acordadas.
- Modificación de todos los plazos, reemplazando los períodos de sesenta días por períodos de treinta días.
- Reforzamiento de los derechos de terceros, tanto en la etapa del grupo especial como en la de apelación, y mejora de las condiciones para los Miembros que desean sumarse y participar en las consultas.
- Si las partes así lo acuerdan, los informes definitivos de los grupos especiales no incluirán ninguna constatación ni la fundamentación básica de la constatación.
- Derechos de retorsión negociables.

Básicamente, esta breve descripción revela que los mecanismos de solución de diferencias del sistema de comercio mundial contemplan los cuatro tipos de tratamiento que hemos caracterizado. La legalización del sistema y el TED son los componentes más importantes en cuanto a su magnitud y alcance. La creación de capacidad y la asistencia técnica *ad hoc* han mostrado algunas limitaciones. El TED está disponible y es un componente importante del paquete general de medidas destinadas a atender las necesidades de los países en desarrollo. La creación de capacidad y la asistencia técnica también constituyen características importantes, puesto que permiten que los países complementen su actual capacidad y a la vez consoliden sus habilidades para ejercer sus derechos y obligaciones. No obstante, dada la magnitud de las necesidades que tienen los países en desarrollo, la creación de capacidad y la asistencia técnica no han resultado suficientes. Por otra parte, los cambios institucionales y jurídicos que produjo la transformación del GATT a la OMC constituyen la más clara demostración de que se apoya el enfoque de la legalización del sistema y tal vez representan, por sí mismos, el mayor triunfo de la Ronda Uruguay para el mundo en desarrollo. Han surgido luego otros acuerdos comerciales que apuntan en la misma dirección correcta, los que se analizan en la Sección III de este trabajo.

⁴⁵ Esta propuesta también puede derivar en asistencia técnica *ad hoc*.

C. Consideración de los recursos para trabajar en el marco del enfoque de legalización del sistema a nivel multilateral

Tal como se desprende del análisis presentado en la sección de este trabajo dedicada a la OMC, la mayoría de las disposiciones de TED no fueron concebidas para desequilibrar la balanza a favor de las necesidades de los países en desarrollo ni para modificar el resultado de un caso. A pesar de la victoria alcanzada en cuanto a las concesiones obtenidas en términos de las cláusulas de trato especial y diferenciado, Roessler observa que "precisamente en el momento en que podía recurrirse a esas disposiciones especiales, los países en desarrollo no invocaron las cláusulas de trato especial y diferenciado". Cabe, pues, preguntarse por qué los países en desarrollo no han recurrido a las cláusulas sobre las cuales tan inflexiblemente han insistido durante las negociaciones. Al parecer, los países en desarrollo prefieren "enfrentar a los países desarrollados en condición de pares y, por consiguiente, vacilan sobre si invocar disposiciones procesales de las que no gozan sus oponentes. Más aún, también temen que la aplicación de las disposiciones que los favorecen pueda menoscabar la legitimidad del resultado de los procedimientos y, por lo tanto, reducir la fuerza prescriptiva de las resoluciones que pretenden obtener".⁴⁶ Por consiguiente, nosotros sostenemos que si bien es bastante importante asegurar el TED durante las negociaciones, sobre todo para sensibilizar a los integrantes de los grupos especiales y reducir la ansiedad de los respectivos electorados nacionales, los países en desarrollo deberían concentrarse primordialmente en aumentar su batería de capacidades y experiencia con el fin de trabajar de manera eficiente en el marco del enfoque legalizado.

Conforme los países siguen aumentando sus actividades en el comercio global para fomentar su desarrollo económico y sostenible, es nuestra opinión que también habrán de enfrentar, a su vez, un número creciente de desacuerdos con sus interlocutores comerciales; por ende, la necesidad de crear y consolidar la capacidad de los funcionarios de gobierno en materia de solución de controversias, que antes era difícil justificar, ahora es un tema que se torna cada vez más imperioso a medida que transcurre el tiempo y aumentan los intereses en juego.

El contraste en términos de tamaño y nivel de desarrollo –es decir, las asimetrías– se observa con más claridad cuando se analiza la frecuencia con que determinados Miembros utilizan el ESD, los tipos de recursos disponibles y las técnicas empleadas ya sea por las partes reclamantes o por las partes demandadas. En primer lugar, consideramos a los que recurren con mayor frecuencia al sistema: los Estados Unidos y las Comunidades Europeas, que han sido partes reclamantes en el 45,6 por ciento del total de las diferencias y partes demandadas en el 42 por ciento de los casos.⁴⁷ En contraposición, los principales usuarios del ESD de la OMC de América Latina, como Brasil, Chile y México, han actuado como partes reclamantes en un total conjunto de 44 asuntos y han intervenido como demandados en 32 reclamaciones.⁴⁸ En el siguiente cuadro se presenta en detalle la cantidad de veces en que han intervenido estos países.

CUADRO 2
Cantidad de veces en que los usuarios más frecuentes del ESD han participado como partes reclamantes o partes demandadas en diferencias durante el período comprendido entre 1995 y 2003

	Parte reclamante	Parte demandada
Brasil	22	12
Chile	9	10
México	13	3
Estados Unidos	76	81
Unión Europea	63	47

Fuente: Leitner y Lester

⁴⁶ Ver Roessler, pág. 5.

⁴⁷ Ver Leitner y Lester, págs. 171 y 172.

⁴⁸ *Ibidem*.

El hecho de que los Estados Unidos y la Unión Europea recurran más al mecanismo de solución de diferencias de la OMC ha dado lugar a que desarrollen una estrategia general en relación con su plantel de asesores jurídicos: cuentan con un equipo de abogados propios que trabajan en las capitales abocados a los asuntos relativos a la OMC, y que pueden viajar a Ginebra cuando es necesario, así como con representantes permanentes en Ginebra.⁴⁹ En el norte, la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) cuenta con veintiséis abogados de planta y la Unión Europea cuenta con diez abogados que prestan servicios jurídicos en causas relativas a la OMC.⁵⁰ Esto es muy justificable dado el frecuente número de casos en los que son parte y los altos intereses o valores que están en juego en las diferencias en cuestión. En cuanto al sur, si bien la mayoría de los países de América Latina y el Caribe tienen abogados permanentes en las capitales y cuentan con presencia jurídica en Ginebra,⁵¹ es fácil inferir que estos recursos, sobre todo los de aquellos que con menos frecuencia invocan el ESD, son ampliamente superados en lo que atañe a la cantidad de personal jurídico y no jurídico así como en lo atinente a la experiencia en la jurisprudencia de asuntos comerciales de la OMC cuando se los compara con sus contrapartes del norte.

Por otra parte, los países en desarrollo enfrentan un problema ligeramente diferente en cuanto a su capacidad para retener al personal capacitado. En los países desarrollados existe la tendencia de alternar entre trabajar al servicio del gobierno y trabajar para el sector privado. En cambio, en los países en desarrollo ha sido difícil para los organismos de comercio seleccionar, capacitar y *retener* al personal altamente calificado. Crear la capacidad de un país exige capacitar a los funcionarios gubernamentales, pero en cuanto uno de esos funcionarios abandona el gobierno esa inversión se pierde y cuesta reemplazarla y seleccionar nuevos recursos humanos a quienes formar y con quienes reconstruir esa capacidad. Deberían otorgarse incentivos para atraer y retener dentro del plantel permanente a asesores en comercio internacional, de manera de no correr el riesgo de perder a profesionales altamente capacitados a manos del sector privado. En ese sentido, los países deberían considerar la posibilidad de aumentar los beneficios para retener a quienes ya han adquirido experiencia en negociaciones y controversias comerciales. Asimismo, podrían seleccionarse futuros funcionarios entre los estudiantes y ofrecerles becas para sus estudios universitarios y su capacitación posterior. A cambio de una formación de alta calidad, estos estudiantes firmarían un contrato para prestar servicios en el Ministerio durante un número mínimo de años. Si un estudiante abandona el cargo antes del período establecido, se vería obligado a devolver al Ministerio la parte proporcional del costo de su educación y capacitación posterior.

Los países en desarrollo deberían considerar la inversión que se requiere para capacitar a sus funcionarios y dotarlos de los conocimientos suficientes para poder plantear una reclamación, intentar llegar a una solución negociada o defender al país hasta la conclusión del procedimiento, si fuese necesario. El asunto *Estados Unidos – Ropa interior*, reclamación de Costa Rica, es un claro ejemplo en el que el ESD demostró, ya desde sus orígenes, que el poder no lo puede todo. Este caso de la ropa interior costarricense, considerado por algunos como un caso modelo, requirió un número mínimo de funcionarios de gobierno (menos de cinco), algunos de los cuales tenían formación jurídica pero no ocupaban cargos judiciales *per se*, para plantear la reclamación contra los Estados Unidos y proseguir hasta su apelación en el transcurso de apenas un año y medio. El caso fue manejado enteramente por el Ministerio de Comercio Exterior (COMEX) y por la Misión de Costa Rica en Ginebra, por lo que el financiamiento de la diferencia fue absorbido por el presupuesto del Ministerio y la demanda no implicó ningún gasto adicional. Es importante señalar que esto ocurrió en un momento en el que los recursos humanos del Ministerio no estaban bajo la presión de otras negociaciones sobre comercio o integración. Los países que han participado recientemente en negociaciones sobre comercio también deberían encontrar el modo de retener a los funcionarios que han ganado experiencia negociadora y probablemente están en condiciones de plantear reclamaciones o defender al país en el caso de alguna demanda futura ante la OMC u otros foros. Deberían buscar la manera de capitalizar la experiencia de los negociadores que han sido beneficiarios de asistencia técnica para no perder la ventaja que les ha proporcionado la creación de capacidad en favor de los países desarrollados.

⁴⁹ Ver Gregory Shaffer, "How to Make the WTO Dispute Settlement System Work for Developing Countries: Some Proactive Developing Country Strategies". Publicado en *Towards a Development Supportive Dispute Settlement System in the WTO*, Trabajo de investigación del ICTSD N° 5, marzo de 2003, págs. 18 y 19. (En adelante, "Shaffer").

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ O han creado otros mecanismos de coordinación para garantizar su representación.

En tercer lugar, los Estados Unidos y la Unión Europea también trabajan en estrecha coordinación con los abogados de la industria afectada, de los que también dependen. Por ejemplo, en el asunto del *Banano*, la empresa Chiquita y sus abogados prepararon una descripción de los hechos que luego se convirtió en la descripción detallada de los hechos (de más de cuatrocientas setenta páginas) que aparece en la decisión inicial del grupo especial.⁵² Este tipo de apoyo se ha tornado sumamente habitual, sobre todo cuando la medida ilegal perjudica a la industria local, por lo que ésta es la parte que está más familiarizada con los detalles del caso. Por ende, los países en desarrollo deberían considerar también la posibilidad de brindar capacitación a las asociaciones e industrias privadas, las cuales así estarían mejor preparadas para detectar violaciones a las normas de la OMC que afecten sus intereses.⁵³ Los países en desarrollo pueden establecer relaciones de rutina con el sector privado para identificar las barreras al comercio e investigarlas y priorizarlas, tal como lo han hecho los Estados Unidos y la Unión Europea. Más aún, el sector privado podría trabajar con los funcionarios públicos que investigan una reclamación y preparar las consideraciones fácticas y jurídicas cuando los exportadores enfrentan una barrera al comercio que desafía lo establecido por la OMC.⁵⁴ A los países más pequeños les resultaría sumamente beneficioso forjar alianzas con su industria local y con los abogados de dicha industria a fin de recibir ayuda ya sea para iniciar reclamaciones o defenderse si se entabla un caso en su contra. Al respecto, coincidimos con Shaffer en cuanto a que también es necesario fortalecer la capacidad del sector privado. Los países deberían considerar estas experiencias a la hora de establecer sus prioridades en materia de política comercial nacional y sus programas destinados a crear capacidad comercial.

Además de recurrir a abogados de su propio plantel y del sector industrial, los países desarrollados también contratan abogados externos para iniciar o contestar reclamaciones en el marco de la OMC. Los países en desarrollo también han adoptado este modelo y coincidimos en que los costos asociados con el hecho de entablar un caso son relativos. Tal como ocurre en los países desarrollados, la contratación de abogados externos sólo debería limitarse a circunstancias apremiantes que no dejan margen para proceder de otro modo. La contratación de un estudio jurídico privado puede costar desde US\$250 mil para un caso normal hasta US\$500 mil para un caso en el que intervengan los Estados Unidos o la Unión Europea, cifra que comprende todas las etapas: desde la solicitud de celebración de consultas hasta la decisión del Órgano de Apelación.⁵⁵ Los costos jurídicos de iniciar una reclamación ante la OMC son aproximadamente los mismos, independientemente de que el valor de lo que está en juego sea de US\$150 mil o US\$150 millones, por dar un ejemplo.⁵⁶ Sin embargo, "el valor relativo de una reclamación de un país en desarrollo puede ser tanto o más importante para su economía en general".⁵⁷ Como suele suceder con las reclamaciones incoadas por Brasil, si el monto en juego es suficientemente considerable, el gobierno no necesita asumir los costos jurídicos, puesto que la industria perjudicada pagará los honorarios de los servicios jurídicos contratados.⁵⁸ Shaffer argumenta que en algunos casos los altos costos pueden hacer que no valga la pena iniciar una reclamación, a menos que los honorarios de los abogados estén cubiertos de alguna manera.⁵⁹ Por consiguiente, al considerar el curso de acción a seguir, las economías de los países más pequeños tienen que sopesar los costos de presentar una reclamación ante la OMC en función del daño producido a la industria local y del impacto que tendrán las pérdidas de ese sector industrial sobre la solidez de la economía en general. Si se trata de evaluar menores costos para plantear un caso o defenderse en él, cabe señalar que el Centro de Asesoría Legal en

⁵² Ver Shaffer, págs. 20 y 26.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Ver Shaffer, pág. 28.

⁵⁵ Gary Horlick, "Problems for Developing Countries Litigating and Implementing Decisions in the WTO Dispute Settlement System". Presentación en PowerPoint en el Banco Interamericano de Desarrollo durante la segunda conferencia BID/CEPII sobre "Economic Implications of the Doha Development Agenda for Latin America and the Caribbean". 6 y 7 de octubre de 2003. http://www.iadb.org/INT/Trade/1_english/4_SpecialInfo/Conference/2003/q_Oct6_CEPII/1_AgendaEng.htm, visitado el 27 de febrero de 2004.

⁵⁶ Ver Shaffer, pág. 45.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 45.

⁵⁸ Ver Horlick, pág. 2.

⁵⁹ Ver Shaffer, pág. 45.

Asuntos de la OMC ofrece honorarios reducidos y establece un presupuesto con indicación de la cantidad de horas necesarias para ayudar a que un país anticipe el costo que le significará un caso y evalúe si vale la pena llevarlo adelante.

El Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL)

Cuando los recursos internos no alcanzan para someter una reclamación conforme al ESD, los países pueden complementar sus recursos con los servicios de asistencia jurídica prestados por el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC en procura de ejercer sus derechos negociados. Conscientes de que un equilibrio adecuado entre los derechos y las obligaciones que se derivan del Acuerdo sobre la OMC sólo se mantendrá si todos sus Miembros pueden recurrir en igualdad de condiciones a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, y reconociendo la necesidad de brindar apoyo jurídico alternativo e irrestricto a los Miembros de la OMC, se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC con el objeto de proporcionar capacitación, apoyo y asesoría jurídica en asuntos relacionados con la normativa de la OMC y los procedimientos de solución de diferencias a los países en desarrollo, a los países menos adelantados y a los países con economías en transición que sean partes o terceros en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.⁶⁰

Dicho equilibrio adecuado entre los derechos y las obligaciones de todos los Miembros sólo puede lograrse si éstos pueden participar en forma efectiva y en igualdad de condiciones en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.⁶¹ En pos de esta convicción es que los países pagan honorarios reducidos de asesoría y servicios jurídicos. Por ejemplo, en la etapa inicial de consultas, el asesoramiento jurídico general se presta en forma gratuita a los miembros del ACWL y a todos los países menos adelantados, hasta un máximo de horas determinado por la Junta Directiva. Se fijó una fórmula que establece que la tarifa horaria para los países en desarrollo no miembros del ACWL es entre US\$250 y US\$350. Una vez que un país decide plantear su caso ante la OMC, la tarifa horaria va de US\$25 a US\$250 la hora, según cómo está categorizado el país en términos de su desarrollo. Las tarifas horarias se basan en un presupuesto horario en el que se indica el número mínimo y máximo de horas en función de un estimativo del país en cuestión sobre la duración de cada una de las fases del procedimiento.

Al 1º de enero de 2004 se incorporaron veinte países en desarrollo como miembros del ACWL, once de los cuales son de América Latina.⁶² El Centro está financiado sólo por algunos de los países más grandes;⁶³ actualmente nueve países desarrollados son miembros⁶⁴ del ACWL y han hecho una contribución mínima de US\$1 millón a un Fondo Fiduciario para financiar las operaciones del Centro en sus primeros cinco años de vida; sin embargo, estos aportantes no pueden recurrir a los servicios de capacitación o asesoría jurídica del ACWL, por lo que su contribución representa un esfuerzo por nivelar aún más el campo de juego y a la vez ofrecer a los países más pequeños herramientas para defender sus derechos.

El ACWL es un ejemplo excelente de lo que hemos dado en llamar el enfoque de la "asistencia técnica *ad hoc*", ya que trabaja mancomunadamente con delegados del país cuando presta asistencia durante un

⁶⁰ Preámbulo y Artículo 2 del Acuerdo por el que se que establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, 13 de noviembre de 1999. <http://www.acwl.ch>.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Los países de América Latina miembros del ACWL son los siguientes: Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. El Salvador está en proceso de incorporarse. Haití está considerado un país menos adelantado y, por lo tanto, reúne automáticamente las condiciones para acceder a los servicios del ACWL. Ver también www.acwl.ch/e/members/members_e.aspx. Visitado el 24 de febrero de 2004.

⁶³ "Los Estados Unidos [...] no han contribuido con aportes para financiar al nuevo Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, y no han respaldado de ningún otro modo la prestación de servicios jurídicos gratuitos o eficaces en función de los costos por parte de la OMC para los países en desarrollo de manera significativa ...". Ver Shaffer, pág. 57.

⁶⁴ Canadá, Irlanda, Noruega, Dinamarca, Italia, Suecia, Finlandia, los Países Bajos y el Reino Unido. Ver http://www.acwl.ch/e/members/developed_e.aspx. Visitado el 24 de febrero de 2004.

procedimiento específico de solución de diferencias. La asesoría jurídica se ofrece antes del inicio del procedimiento, en parte para evaluar si conviene llevar adelante el caso. También se presta asistencia para que los países se preparen para las consultas y los procedimientos del grupo especial. Asimismo, los abogados del ACWL trabajan con los delegados para preparar los escritos. Si bien la creación de capacidad no es el principal objetivo de este tipo de asistencia técnica *ad hoc*, creemos que es un complemento importante.

En nuestra opinión, el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC representa una oportunidad invaluable para que los países más pequeños puedan defender sus intereses; no obstante, el Centro debe considerarse una suerte de respaldo temporario de la capacidad jurídica de un país, pero no como una solución permanente de las exigencias que imponen los litigios. La asistencia técnica *ad hoc* y la creación de capacidad a través de la capacitación de funcionarios es fundamental; sin embargo, no existe mejor sustituto para fortalecer la capacidad nacional que negociar una solución o llevar adelante un caso en defensa de los derechos propios. Por consiguiente, los países deberían considerar al Centro como un espacio que les abre la posibilidad de interactuar con profesionales experimentados con el fin de desarrollar su propia capacidad institucional. Tal como se argumentará en la sección final de este trabajo, los servicios prestados por el Centro revisten tanta importancia que, a nuestro criterio, sería deseable que existiera un centro de asesoría a nivel regional que atendiera los asuntos vinculados a los acuerdos comerciales del Hemisferio Occidental como un vehículo para mejorar la posición de los países más pequeños y nivelar aún más el campo de juego.

III. EL USO Y LA EFICACIA DE LOS CUATRO ENFOQUES EN OTROS ACUERDOS DE INTEGRACIÓN

A. El Mercosur

Principales características

La solución de diferencias del Mercosur se rige actualmente por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, firmado el 18 de octubre de 2002 y luego ratificado por los cuatro Estados Partes del Mercosur. Asimismo, el Reglamento del Protocolo fue aprobado el 15 de diciembre de 2003 por Decisión N° 37/03 del Consejo del Mercado Común. Este sistema es de naturaleza transitoria, ya que declara que antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común en el año 2006, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común (Artículo 53 del Protocolo).

Al igual que muchos otros mecanismos de solución de controversias, el proceso contempla consultas diplomáticas para debatir y tal vez solucionar el asunto. Si estas conversaciones fracasan, las Partes pueden elevar el reclamo al Grupo Mercado Común o bien proceder directamente a un arbitraje vinculante. En cualquier caso, el sistema contempla la posibilidad de solicitar medidas provisionales así como otras garantías jurídicas relativas al debido proceso, incluidas la transparencia, el acceso a las actuaciones, el derecho de terceros y la revisión y la apelación. El Protocolo incorpora una serie de medidas que procuran compensar algunos de los aspectos más frecuentemente criticados del sistema de solución de controversias que regía anteriormente.⁶⁵ Entre las innovaciones más importantes, se creó la figura de un Tribunal Permanente de Revisión. Este Tribunal debe garantizar la interpretación y aplicación consistente y sistemática del régimen jurídico del Mercosur, también por parte de los tribunales nacionales. Se aprobó establecer mecanismos expeditos para agilizar los casos desde la fase en la que interviene el Grupo Mercado Común (de naturaleza más política) hasta la fase arbitral. Estas disposiciones por sí mismas frenan la posibilidad de que se cometan arbitrariedades políticas en favor de una solución jurídica a un problema específico entre los países del Mercosur. Con miras a acelerar el proceso de solución de controversias, se abreviaron muchos de los plazos que se otorgan a los países para determinadas acciones. Sin embargo, el Protocolo contempla la modificación de los

⁶⁵ El Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias (17 de diciembre de 1991) y su Reglamento (Decisión N° 17/98 del Consejo del Mercado Común).

plazos si las Partes así lo convienen (Artículo 48). Muchos de los procedimientos del mecanismo son similares a los que se aplicaban anteriormente conforme al Protocolo de Brasilia.⁶⁶

Ni el Protocolo ni su Reglamento reconocen expresamente las asimetrías en cuanto al tamaño, al nivel de desarrollo económico o institucional u otras. No obstante, en líneas generales el sistema está bien formulado desde el punto de vista jurídico. Ha incorporado de manera clara y expresa garantías y derechos que aseguran el tratamiento justo y expedito de las controversias, incluidas aquellas en las que intervienen países más pequeños o menos desarrollados. Es un sistema fundado en la normativa con decisiones jurídicamente vinculantes que adoptan jueces independientes. Los niveles de flexibilidad incorporados a los procedimientos han sido reducidos, así como el control que las partes ejercen sobre el resultado de la controversia. La evolución que se advierte en el mecanismo de solución de controversias del Mercosur muestra una tendencia positiva hacia lo que hemos denominado la "legalización del sistema". Se necesita, sin embargo, mayor experiencia en la aplicación diaria del Protocolo para poder hacer un seguimiento más exhaustivo de su eficacia y de cómo funciona el imperio de la ley en el Mercosur. Aun así, el paso que se ha dado es muy importante.

B. EL TLCAN

Principales características

El TLCAN se negoció paralelamente al ESD de la OMC; de allí derivan algunas semejanzas en cuanto a su concepción, procedimiento y organización. Al igual que el ESD, el TLCAN alienta a las partes a alcanzar una solución mutuamente acordada a través de consultas diplomáticas informales en cualquier etapa y pone a disposición de las partes los buenos oficios de la Comisión. Si las partes no logran llegar a un acuerdo negociado, el TLCAN dispone, para arribar a una solución, el establecimiento de paneles arbitrales que determinarán si la medida en cuestión es incompatible con alguna obligación del Tratado o es causa de anulación o menoscabo. Establece procedimientos para la participación de la tercera parte en la reclamación. El TLCAN contempla la compensación y la suspensión de beneficios como medida correctiva y especifica cuáles son los procedimientos a seguir. Exige que las partes elijan el foro en el que habrán de presentar la reclamación cuando cabe la posibilidad de iniciarla de conformidad con más de un acuerdo y establece cuándo un recurso sólo puede presentarse conforme al TLCAN. A diferencia del ESD, no existe el derecho de apelar ante un Órgano de Apelación permanente y se contemplan los procedimientos internos y la solución de controversias comerciales privadas. En suma, el TLCAN hace mucho hincapié en la resolución diplomática de controversias entre las partes; es más, las recomendaciones formuladas por los paneles están sujetas a negociaciones por las partes, lo que significa que el TLCAN no constituye, estrictamente, un mecanismo jurídicamente vinculante de solución de controversias.

El TLCAN fue uno de los primeros ejemplos de un acuerdo de libre comercio entre países del eje norte-sur que adoptó un mecanismo de solución de controversias detallado y aplicable a todas las partes por igual, en el que México –el único país en desarrollo de los tres– fue tratado como un socio pleno, como un par y, por consiguiente, no recibió en el Tratado ningún trato especial y diferenciado sobre la base del tamaño de su economía o su nivel de desarrollo.⁶⁷ En consecuencia, el Capítulo XX del TLCAN, que contempla el mecanismo de solución de controversias entre Estados, no establece ninguna obligación de otorgar trato especial y diferenciado, contribuir a crear capacidad o prestar asistencia técnica a México.

No pareciera que la ausencia de cláusulas que otorguen un trato especial y diferenciado, favorezcan la creación de capacidad o presten asistencia técnica haya perjudicado a México, como tampoco que la existencia de este tipo de cláusulas efectivamente beneficiaría a México. El mayor problema que enfrenta el Capítulo XX del TLCAN no se relaciona con las asimetrías en el tamaño de las economías sino con los obstáculos procesales derivados de las obligaciones jurídicas mismas, lo que hace que el caso no sea conocido por un panel en

⁶⁶ Para obtener una descripción más detallada del Protocolo de Olivos, ver Thomas Andrew O'Keefe, *Journal of World Investment*, Vol. 3, N° 3 (junio de 2002), págs. 507-520.

⁶⁷ Pueden encontrarse escasas excepciones menores, por ejemplo, en cuanto a prórroga de plazos.

forma oportuna. Sólo ha habido tres casos⁶⁸ en el que se invocó el Capítulo XX del TLCAN; en cambio, el Capítulo XIX, Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias, ha sido ampliamente invocado y, por otra parte, los tres países han recurrido con frecuencia al ESD de la OMC. Los países partes del TLCAN no cumplieron sino poco tiempo atrás su compromiso de integrar la lista de hasta treinta individuos para ser panelistas según lo dispuesto en el Artículo 2009, lo que llevó anteriormente a muchas demoras en la constitución de los paneles, sobre todo en el caso *Servicios de transporte transfronterizo de carga*. En los últimos diez años del TLCAN, la dificultad experimentada para designar panelistas ha logrado debilitar la efectividad del mecanismo. Por ejemplo, en una demanda planteada por México en relación con el azúcar, los Estados Unidos se negaron a designar a los panelistas, lo que hizo imposible constituir el panel.⁶⁹ Vega Cánovas sugiere que si las partes no llegan a un acuerdo en la selección de los panelistas o del Presidente en un lapso de treinta días, podría facultarse a una autoridad de la tercera parte para que proceda a realizar dicha elección.⁷⁰ Esta alternativa podría aplicarse a otros acuerdos que han tenido dificultades similares.

Tal vez el desafío más importante que enfrenta México en virtud del TLCAN –donde las asimetrías en cuanto al desarrollo económico e institucional podrían considerarse un factor significativo en el contexto de la solución de controversias– se relaciona con la aplicación efectiva de las recomendaciones del panel. Vega Cánovas señala lo siguiente:

"El hecho de que México no haya aplicado medidas de retorsión en el caso sobre los servicios de transporte de carga aparentemente obedece al razonamiento de que, si bien México tiene el derecho de hacerlo, los costos tanto económicos como políticos que implicaría adoptar dichas medidas superan los eventuales beneficios. Las excepciones relativas a los casos del transporte de carga y del azúcar parecen tener repercusiones sobre un número de casos de alto perfil sustanciados ante la OMC que, de manera similar, siguen sin resolverse pese a los beneficios derivados de los procedimientos de los grupos especiales. En esos casos [...] las autoridades tanto de la Unión Europea como de los Estados Unidos han decidido que prefieren enfrentar las reacciones airadas del público o de los electorados y no han adoptado medidas satisfactorias para aplicar la decisión de los grupos especiales de la OMC".⁷¹

Es precisamente por esta razón que argumentamos que los países más débiles satisfacen mejor sus necesidades no a través de un sistema más político de solución de controversias, donde la influencia o el peso político desequilibran la balanza, sino a través de un sistema más legalizado en el que se apliquen normas transparentes y el debido proceso a todos por igual.

C. Otros acuerdos comerciales norte-sur

C.1. El Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos

Principales características

El TLCAN ha servido como el principal "modelo" para numerosos tratados de libre comercio norte-sur, entre ellos, el firmado entre Chile y los Estados Unidos y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA, según su sigla en inglés). Si bien el TLCAN se utilizó como base para elaborar el Capítulo 22, Solución de controversias, del TLC entre Chile y los Estados Unidos, este Tratado es progresivo y establece obligaciones que van más allá del TLCAN. Más aún, las partes incorporan algunas de las propuestas de mejoras del ESD. A los fines de este trabajo, examinaremos las principales diferencias observadas en ambos Tratados, introducidas por los negociadores del TLC entre Chile y los Estados Unidos.

⁶⁸ *Escobas de mijo mexicanas, Servicios de transporte transfronterizo de carga y Determinados productos agrícolas.*

⁶⁹ Gustavo Vega Cánovas, *The Experience of NAFTA Dispute Settlement Mechanisms: Lessons for the FTAA*, (2003) pág. 8. Preparado para la presentación del *Atelier Aléna*, organizado por el Institute D'Etudes Internationales de la Universidad de Québec en Montreal, 20 de marzo de 2003.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 8.

⁷¹ Vega Cánovas, pág. 6.

El conocer de antemano las dilaciones para conformar un panel con arreglo al TLCAN permitió que el TLC entre Chile y los Estados Unidos acelerara el proceso de selección al eliminar el requisito de que intervenga la Comisión y convirtiendo la constitución de un grupo arbitral en un procedimiento automático. Apartándose enormemente del TLCAN, este Tratado abre al público los procedimientos y la documentación mientras que acepta ciertos comunicados *amicus curiae*. Al recibir el informe final del grupo arbitral, las partes deben acordar un plan de acción para resolver la controversia. El TLC entre Chile y los Estados Unidos introduce una innovación adicional en materia de solución de controversias al establecer una fórmula para calcular los "daños" en la etapa de los recursos. Si no se cumple el plan de acción, el Tratado detalla los procedimientos a seguir para negociar o determinar mediante una fórmula una compensación, incluida la posibilidad de una contribución monetaria. Este recurso está a disposición antes de lo que suele considerarse el peor escenario posible: la retorsión.⁷² Cabe señalar que el alcance del capítulo sobre solución de controversias tiene algunas limitaciones: al igual que el TLCAN sólo abarca la anulación y menoscabo en ciertos capítulos.⁷³

Como ocurre en el TLCAN, no se hace mención del trato especial y diferenciado, de la creación de capacidad ni de la asistencia técnica *ad hoc* en el capítulo sobre solución de controversias, aún cuando Chile es una economía más pequeña que México.

El TLC entre Chile y los Estados Unidos, como el TLCAN, también pone el énfasis en la solución diplomática de las controversias entre los socios comerciales. La decisión del grupo arbitral no es jurídicamente vinculante. Las partes deben negociar una solución mutuamente satisfactoria y, por consiguiente, conservan una cuota importante de control sobre el resultado de la controversia. No obstante el TLC entre Chile y los Estados Unidos representa un avance significativo en relación con otros acuerdos comerciales, somos de la opinión de que esta forma de solución de controversias, si bien a veces importante por razones políticas, con mayor frecuencia puede limitar la capacidad de la parte políticamente débil, ya que ésta es siempre más vulnerable en términos generales y la única garantía con la que cuenta es la compensación monetaria. Por otro lado, la mayor transparencia que se logra con la apertura de los procedimientos al público puede efectivamente alentar a las partes a hallar una solución "extrajudicial" a través de otros canales diplomáticos.

C.2. El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos⁷⁴

Principales características

Por razones políticas, las negociaciones del TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos llevadas a cabo por seis países debían concluir en tiempo récord: dentro del año de su lanzamiento. Ese plazo, por mera coincidencia, terminaba seis meses después de la firma del TLC entre Chile y los Estados Unidos; por lo tanto, este último Tratado se utilizó como el fundamento de las negociaciones y el TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos es básicamente una reproducción de él. El TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos introduce las modificaciones necesarias al TLC entre Chile y los Estados Unidos a fin de reflejar la naturaleza plurilateral del

⁷² Si en su informe el grupo arbitral determina que una parte no ha cumplido con sus obligaciones o que una medida de esa parte es causa de anulación o menoscabo y si las Partes no llegan a acordar una solución dentro de un determinado plazo, las partes negociarán una compensación mutuamente aceptable. Si las partes no acuerdan una compensación o no se ha cumplido con los términos del acuerdo, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente con respecto a la otra parte. La parte reclamante no podrá suspender beneficios si la parte demandada notifica por escrito a la otra parte su decisión de *pagar una contribución monetaria anual*. En caso de que las Partes no logren llegar a un acuerdo, el monto de dicha contribución se fijará en un nivel correspondiente a un 50 por ciento del nivel de los beneficios que el grupo arbitral, en otras circunstancias, haya determinado ser de efecto equivalente. Si el grupo arbitral no ha determinado el nivel, la parte reclamante podrá suspender automáticamente el 50 por ciento del nivel de beneficios que originalmente se notificó a la parte demandada. La contribución monetaria se pagará en cuotas trimestrales iguales. Como alternativa, la Comisión podrá decidir que la contribución se integre en un fondo que se utilice en iniciativas que faciliten el comercio entre las partes. Si la parte demandada no paga la contribución monetaria, la parte reclamante podrá suspender beneficios a la parte demandada.

⁷³ Capítulos 3 a 5: Trato nacional y acceso de mercancías al mercado, Reglas de origen y procedimientos de origen y Administración aduanera; Capítulo 7: Obstáculos técnicos al comercio; Capítulo 9: Contratación pública; Capítulo 11: Comercio transfronterizo de servicios, y Capítulo 17: Derechos de propiedad intelectual.

⁷⁴ El análisis sobre el TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos se basa en el borrador publicado en el sitio web del USTR el 28 de enero de 2004, el cual está sujeto a revisión para determinar su exactitud, claridad y coherencia. www.ustr.gov. Eventualmente, la República Dominicana se adherió a este Acuerdo. En este estudio no se hace referencia a ese hecho porque fue escrito con anterioridad.

Tratado, para lo cual en varias ocasiones recurre a la redacción del TLCAN. Por ejemplo, lo dispuesto sobre la participación de terceras partes es, en muchas ocasiones, una reproducción de lo que se ha redactado en el TLCAN. A diferencia del TLC entre Chile y los Estados Unidos, el TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos adopta el enfoque utilizado en el TLCAN en cuanto a la suspensión de beneficios en el mismo sector que se ve afectado por una medida incompatible o, como alternativa, en otros sectores.

Las asimetrías en el tamaño de las economías y en el nivel de desarrollo de las partes que negocian estos acuerdos de libre comercio parecen haberse acentuado aún más desde que en el hemisferio prolifera la negociación de este tipo de tratados con el vecino del norte. Para comprender mejor el nivel de las asimetrías entre los socios comerciales recientes, el cuadro que se presenta a continuación resume la experiencia en materia de solución de diferencias que los países del Tratado de Libre Comercio de América Central, Chile y los dos países del norte, los Estados Unidos y Canadá, han adquirido en la OMC, así como el sistema de clasificación de países elaborado por el Banco Mundial, el PNB correspondiente al año 2001 y el respectivo volumen de comercio mundial durante el período 1998-2000. Las asimetrías entre las partes del TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos son pronunciadas cuando se comparan con otros acuerdos firmados anteriormente entre el norte y el sur. Este Tratado incluye a una de las economías más vulnerables del hemisferio como uno de sus socios comerciales; el PIB de Nicaragua en el año 2001 fue de US\$2.100 millones. En cambio, en el mismo año, el PIB de México fue de US\$580.100 millones, mientras que el de Chile fue de US\$75.500 millones. La tabla también permite comparar en qué medida los países han recurrido al sistema de solución de diferencias de la OMC, lo que indica la disparidad en términos de la experiencia ya acumulada: un país, por ejemplo Canadá, que también ha firmado un tratado de libre comercio con América Central, ha participado en treinta y seis casos; en cambio, El Salvador nunca fue parte en ninguna diferencia en el marco de la OMC. Pese a estas marcadas asimetrías entre los socios del norte y del sur, no existen cláusulas de trato especial y diferenciado en el capítulo sobre solución de controversias correspondiente al TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos.

CUADRO 3.
Comparación de la experiencia en el ESD de la OMC y de indicadores económicos correspondientes a los países del TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos, Canadá, Chile y México

	OMC- Número de veces que actuó como Reclamante 1995-2003	OMC - Número de veces que actuó como Demandado 1995-2003	Clasificación económica del Banco Mundial correspondiente a 2003	PIB 2001 (millones de US\$)	Comercio mundial 1998-2000 (\$000,0)
Canadá	24	12	De ingresos altos, miembro de la OCDE	706.600	442.233.095
Chile	9	10	De ingresos medios altos / moderadamente endeudado	75.500	32.112.201
Costa Rica	4	0	De ingresos medios altos / menos endeudado	15.900	12.253.733
El Salvador	0	0	De ingresos medios bajos / menos endeudado	13.100	5.523.893
Guatemala	5	2	De ingresos medios bajos / menos endeudado	19.100	7.781.689
Honduras	6	0	De ingresos medios bajos / moderadamente endeudado	5.900	3.723.709
México	13	10	De ingresos medios altos	580.100	260.796.740
Nicaragua	1	2	De ingresos bajos / severamente endeudado	2.100	2.227.637
Estados Unidos	76	81	De ingresos altos, miembro de la OCDE	9.800.000	1.671.492.759

Fuentes: OMC, Leitner y Lester, Base de Datos de los Indicadores de Desarrollo Mundial, Banco Mundial y la Base de Datos Hemisférica.

Sería difícil no tener en cuenta las amplias diferencias en el tamaño de las economías y en el nivel de desarrollo de las partes de este Tratado; de allí que en este TLC haya una cláusula específica sobre un Comité de Creación de Capacidades relacionadas con el Comercio que tiene a su cargo recibir las estrategias nacionales sobre creación de capacidades relacionadas con el comercio con el objeto de brindar asistencia en la implementación del Tratado y en el ajuste hacia un comercio más libre, priorizar los proyectos de creación de capacidades relacionadas con el comercio a nivel regional, invitar a instituciones donantes, monitorear y evaluar el progreso en la implementación de los proyectos de creación de capacidades relacionadas con el comercio, trabajar con otros comités establecidos bajo el Tratado según sea necesario, y brindar informes anuales a la Comisión. Aún resta por ver si estos esfuerzos alguna vez se centrarán en la solución de controversias y si se concretará un proyecto más amplio.

Puesto que el TLC entre Chile y los Estados Unidos entró en vigor hace poco tiempo⁷⁵ y el TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos está en vías de obtener la aprobación de las legislaturas de cada país, hasta la fecha no se ha planteado ninguna controversia. Por consiguiente, aún es demasiado pronto para evaluar la eficacia de estos dos TLC: el de Chile- Estados Unidos y el de Centroamérica- Estados Unidos.

Al igual que el TLCAN, ambos tratados establecen mecanismos detallados para la solución de controversias, que ponen el énfasis en las consultas y en los medios diplomáticos para resolverlas. No observamos en ellos un enfoque "cuasijudicial" bien definido como se observa en otros mecanismos de arbitraje internacional vinculantes. Si bien hay reglas claras y algunas garantías jurídicas básicas de imparcialidad que indican que el imperio de la ley es una premisa importante en estos tratados, aún se notan elementos de un sistema orientado hacia el poder, según el cual un país grande cuenta con algunas herramientas a su disposición para controlar el resultado final del caso, comparado con lo que ocurre con el resto de los países.

D. El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)⁷⁶

Principales características

El Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del tercer Borrador de Acuerdo del ALCA parece combinar los cuatro enfoques que tienen en cuenta el tratamiento de los niveles de desarrollo y el tamaño de las economías, o las asimetrías, en el marco de la solución de controversias entre Estados. El Capítulo incorpora fragmentos con la redacción de la OMC y del TLCAN así como algunos conceptos del examen del ESD de la Ronda de Doha y del TLC entre Chile y los Estados Unidos.

Al igual que la solución de diferencias conforme a todos los tratados ya examinados, el ALCA parece alentar la solución a través de consultas a lo largo del proceso. Si las partes no llegan a un acuerdo en la ronda de consultas iniciales, pueden recurrir a un grupo neutral que examinará el asunto sometido a su consideración, decidirá si una medida es incompatible con las obligaciones del Acuerdo o ha causado anulación o menoscabo y, si las partes han acordado el mandato del grupo neutral, podría determinar el grado de los efectos adversos o daño en su informe.⁷⁷ El grupo neutral haría una recomendación para la solución de la controversia. Las partes tienen el derecho de apelar ante un Órgano de Apelación permanente. El borrador contempla recursos alternativos en caso de incumplimiento, que incluyen la compensación, la contribución monetaria y la suspensión de beneficios si las recomendaciones y conclusiones no se implementan en un plazo razonable. No está claro todavía hasta qué punto uno de los ítems claves del mecanismo de solución de controversias, la implementación de la decisión final, será plenamente vinculante o, por el contrario, estará sujeta a cierto grado de control por las partes.

⁷⁵ El TLC entre Chile y los Estados Unidos se firmó el 6 de junio de 2003 y entró en vigor el 1º de enero de 2004.

⁷⁶ El siguiente análisis se realizó en función del Capítulo sobre Solución de Controversias del tercer borrador del Acuerdo ALCA, divulgado en noviembre de 2003. Es un documento que aún está sujeto a negociación y, por consiguiente, contiene opciones que están sobre la mesa de discusión así como fragmentos que aparecen entre corchetes. *ALCA-Área de Libre Comercio de las Américas, Borrador de Acuerdo, Capítulo XXIII Solución de controversias*, FTAA.TNC/w/133/Rev.3, 21 de noviembre de 2003. <http://www.ftaa-alca.org>

⁷⁷ El daño podría incluir los efectos comerciales adversos y/o el nivel de anulación y menoscabo.

Tratamiento de las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías

En un intento por alejarse de la práctica de la OMC, el ALCA ha hecho un esfuerzo concertado para evitar el uso del concepto conocido tradicionalmente como "TED" y, en cambio, ha adoptado un concepto diferente denominado "tratamiento de las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías". Los ministros y viceministros han aprobado este principio y han dado instrucciones a los negociadores para que lo tuvieran en cuenta en todos los niveles de negociación.

Tal como se explica a continuación, existen varias cláusulas del Capítulo sobre Solución de Controversias del borrador de acuerdo del ALCA que contemplan las asimetrías de los países participantes y ofrecen disposiciones sobre trato preferencial.

Consideración del nivel de desarrollo

El Artículo 6.1 se denomina "Diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías" y propone que las partes así como los órganos competentes presten particular consideración al nivel de desarrollo de un país en todas las etapas de un procedimiento de solución de controversias.

Consultas

El Artículo 9.3 propone la posibilidad de establecer una posible prórroga para (1) responder a la solicitud de consultas y (2) entablar consultas cuando la parte consultada sea "[un país en desarrollo]" o un país de "[menor nivel de desarrollo que la Parte que solicitó las consultas]". Es de presumir que esto está sujeto a previa solicitud, pero no está claro a partir del borrador si esta prórroga es automática o si plantear la solicitud es responsabilidad del país en desarrollo o del país de menor nivel de desarrollo. Además, la parte que solicitó las consultas habrá de tomar en cuenta las diferencias en el nivel de desarrollo y tamaño de las economías cuando deba considerar si concede una prórroga del plazo para entablar las consultas. Se propone un texto alternativo por el cual la solicitud de prórroga del período para entablar consultas no recae en la parte que solicita las consultas sino en manos de otro órgano,⁷⁸ un tercero que tomará en cuenta las diferencias en el tamaño y nivel de desarrollo.

El Artículo 9.7 propone establecer un elemento de flexibilidad para elegir el lugar en el que se llevará a cabo las reunión de consultas y enumera algunas opciones: (1) el lugar que las partes consultantes acuerden, (2) el que elija la parte de menor nivel de desarrollo, (3) la sede de la Secretaría del ALCA o (4) la ciudad capital de la parte consultada.

Grupos neutrales

El Artículo 13.3(b) aborda el tema de la "integración del grupo neutral", propone otorgar flexibilidad a la hora de seleccionar el lugar donde las partes se reunirán para integrar el grupo neutral y enumera algunas opciones: (1) la sede de la Secretaría del ALCA, (2) cualquier otro lugar que las Partes acuerden o (3) el lugar que elija la parte de menor nivel de desarrollo. Más aún, dicha reunión se realizará con la o las partes que asistan.

El Artículo 13.4 propone que un país en desarrollo tiene el derecho de solicitar que por lo menos un integrante del grupo neutral sea nacional de un país en desarrollo.

El Artículo 24.5(h) aborda la cuestión del "informe final" del grupo neutral y propone exigir a los grupos neutrales la obligación permanente de incluir una indicación explícita de la forma en que se han tenido en cuenta las disposiciones sobre el tratamiento de las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías y que hayan sido alegadas por los países en desarrollo partes en el curso del procedimiento de solución de controversias.

⁷⁸ Las opciones que se enumeran incluyen la Secretaría del ALCA, el Director General de la Secretaría, el Órgano Ejecutivo de Solución de Controversias o el Presidente del Órgano Ejecutivo.

Órgano de Apelación

El Artículo 26 se denomina "Conformación del Órgano de Apelación" y en el párrafo 3 propone que por lo menos un integrante del Órgano de Apelación provenga de un país en desarrollo.

Medidas correctivas

El Artículo 31, denominado "Implementación del informe final", propone en su párrafo 5 que en el momento de la implementación del informe final el ofrecimiento de compensación deberá tener en cuenta todas las circunstancias y consideraciones pertinentes relativas a la aplicación de la medida y su repercusión en el comercio de ese país.

En caso que la parte demandante sea un país con diferente nivel de desarrollo y tamaño de su economía, el ofrecimiento de compensación deberá tener en cuenta todas las circunstancias y consideraciones pertinentes relativas a la aplicación de la medida y su repercusión en el comercio de ese país. En tales casos, también deberá ser una consideración importante la forma adecuada de compensación, prestando especial consideración a las limitaciones específicas con que puedan tropezar esos países para hallar medios efectivos de acción a través del posible retiro de beneficios u otras obligaciones.

Creación de capacidad

El Artículo 7.1 establece que la Secretaría organizará permanentemente cursos especiales de formación.

Asistencia técnica ad hoc

El Artículo 7 se denomina "Acceso efectivo" y propone en su primer párrafo que, previa solicitud, la Secretaría del ALCA ponga a disposición de un país un experto jurídico competente, que lo ayudará de un modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría. El ALCA considera esta obligación como de acceso efectivo y renombra el Artículo para que así se transmita.

Requisito del informe anual

El Artículo 7.2 propone establecer como requisito que la Secretaría presente anualmente un informe que incluya, inter alia, información sobre la utilización del mecanismo de solución de controversias, el presupuesto de recursos propios o de diversas fuentes y las actividades a través de las cuales se buscaría una participación efectiva especialmente de los países en desarrollo.

El mecanismo de solución de controversias del ALCA aún es objeto de negociaciones, por lo que resulta prematuro extraer conclusiones sobre la modalidad definitiva que adoptará. La naturaleza jurídica del mecanismo tampoco es clara, al igual que la manera en que se abordarán las asimetrías. Existen elementos de muchos mecanismos recientes, lo que en sí mismo ya es promisorio, puesto que el imperio de la ley ha ganado muchísimo terreno en los acuerdos de última generación. Creemos que el mecanismo resultante será, en gran medida, un enfoque legalizado, pero aún hay varios interrogantes sin responder. Muchas características y detalles que son los que en última instancia modelan la naturaleza jurídica real de un mecanismo dado aún no se han decidido. A tal fin, los países negociadores pueden tomar en cuenta los comentarios incluidos en este trabajo para elaborar un sistema de solución de controversias que aborde de mejor manera sus necesidades.

IV. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

Dadas las cuatro categorías que identificamos al principio del trabajo en cuanto al tratamiento de las asimetrías en los mecanismos de solución de diferencias entre Estados incluidos en los acuerdos relacionados con el comercio, no observamos una tendencia uniforme en dichos acuerdos en general. En cambio, observamos que el sistema multilateral se basa mucho en una combinación de enfoques: por una parte, un enfoque vinculado con el trato especial y diferenciado cuya importancia varía y, por otra parte, pasos muy significativos hacia la progresiva legalización del sistema. También hemos advertido cierta referencia a la asistencia técnica *ad hoc* y a la creación de capacidad asociadas con la OMC. Sin embargo, en nuestra opinión, los esfuerzos en cuanto a estos últimos dos enfoques siguen siendo insuficientes y necesitan ser fortalecidos. En los acuerdos regionales analizados, la situación es diferente. A partir de los acuerdos que estudiamos en este trabajo, hallamos que se registra una clara tendencia hacia la legalización progresiva de los sistemas de solución de controversias. Esta tendencia se advierte claramente en el Mercosur, el TLCAN, el TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos y el TLC entre Chile y los Estados Unidos. Sin embargo, en los capítulos sobre solución de controversias de dichos acuerdos no se encuentra el trato especial y diferenciado. Actualmente están contemplándose algunos esfuerzos en pos de la creación de capacidad en el contexto del TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos y en el ALCA, así como en otros programas auspiciados por organizaciones internacionales.⁷⁹

Las propuestas incluidas en el actual texto borrador del ALCA combinan los cuatro enfoques. Existen claras manifestaciones del trato especial y diferenciado, de la asistencia técnica, la creación de capacidad y la legalización del sistema. Estos enfoques no tienen que ser mutuamente excluyentes. Muchas de esas propuestas siguen entre corchetes en el texto, lo que revela la falta de coincidencia entre los países en cuanto a cómo tratar las asimetrías existentes entre los treinta y cuatro países, dos de los cuales son desarrollados, uno es un país menos adelantado y los restantes son países en desarrollo. No obstante, somos de la opinión de que actualmente un enfoque no legalizado es casi imposible. El mecanismo de solución de controversias del ALCA tendrá que basarse en el imperio de la ley. Este principio, por sí solo, es bueno para los países en desarrollo del Hemisferio Occidental. Pero los detalles que aún están pendientes de resolución pueden hacer la diferencia al final del proceso.

Asimismo, hemos señalado la eficiencia y efectividad cada vez mayores de algunos acuerdos, sobre todo en la OMC (y los debates en torno al examen del ESD), el TLCAN y el Mercosur. Sobre la base de esas experiencias, planteamos las siguientes recomendaciones para las negociaciones sobre solución de controversias en los acuerdos comerciales norte-sur.⁸⁰

Aplicar la dosis correcta de medidas y tratamientos

En gran medida y dadas las condiciones adecuadas, un buen acuerdo de integración comercial podría ser el mejor trato especial y diferenciado que un país en desarrollo puede obtener; sin embargo, con suma frecuencia no están dadas las condiciones adecuadas en los países en desarrollo debido a que están precisamente... en desarrollo. Más adelante planteamos que la legalización del sistema es tal vez el ingrediente más importante en la búsqueda de un acuerdo que procure brindar a los países en desarrollo el debido proceso y un mecanismo de solución de controversias que sea justo y sistemático, pero no siempre es suficiente. A veces pueden ser necesarias algunas medidas de las incluidas en la categoría de trato especial y diferenciado, según ya lo hemos definido. Por ejemplo, puede solicitarse que un tribunal de arbitraje tenga en cuenta las vulnerabilidades en términos de desarrollo y situación económica en una controversia en la que participen países en desarrollo, no

⁷⁹ A pesar de los importantes programas destinados a prestar asistencia técnica y crear capacidad comercial emprendidos por organismos de asistencia de los países desarrollados del Hemisferio Occidental, la solución de controversias no parece estar dentro de los temas de mayor prioridad. Para obtener más detalles, ver, por ejemplo, las contribuciones de Estados Unidos a la creación de capacidad relacionada con el comercio, septiembre 2003, en www.usaid.gov; o los programas de Canadá vinculados a la creación de capacidad en las Américas en www.acdi-cida.gc.ca/index.htm.

⁸⁰ Reconocemos que algunas de estas sugerencias tienen más sentido en el contexto de los acuerdos plurilaterales y no en el marco de acuerdos bilaterales o trilaterales.

con miras a socavar el objetivo final del acuerdo sino con el fin de demostrar sensibilidad ante las marcadas asimetrías que existen entre los socios comerciales, así como las dificultades inherentes que se enfrentan a la hora de instrumentar la medida correctiva. Más aún, en el caso de los países con poca capacidad institucional para manejar controversias comerciales, tal vez sea necesario otorgarles asistencia técnica *ad hoc* hasta tanto creen su propia capacidad o incrementen su capacidad básica, lo que puede llevar años, puesto que las instituciones no se crean de la noche a la mañana. En el ínterin, tiene que ponerse a su disposición asistencia técnica *ad hoc*. La dosis correcta de cada tratamiento no puede determinarse *a priori*, pero creemos que en los acuerdos comerciales norte-sur con pluralidad de partes, los cuatro tipos de tratamiento son apropiados y pueden ser necesarios en diferente medida. Más adelante, pasaremos a establecer prioridades y a elaborar aún más estos conceptos.

Legalizar el sistema

En nuestra opinión, la tendencia observable en los acuerdos comerciales regionales del Hemisferio Occidental (y por qué no en la OMC) está avanzando hacia la legalización del sistema. Un enfoque orientado a las leyes y normas es el mejor antídoto contra un sistema orientado al poder, en vistas de las marcadas asimetrías que existen en cuanto a capacidad institucional, desarrollo económico y, desde una perspectiva más general, poder internacional. Los países en desarrollo deben intentar elaborar las obligaciones de manera tal de erradicar la posibilidad de que sus contrapartes más grandes puedan tener demasiado control o adoptar acciones arbitrarias. En general, esto implica redactar reglas de comercio (no solo en materia de solución de controversias sino en cada tema incluido en el acuerdo) que ofrezcan transparencia y previsibilidad, debido proceso, protección de los derechos de todas las partes interesadas, derechos adecuados de revisión y apelación y, especialmente, medidas correctivas adecuadas y justas. Sin medidas correctivas adecuadas, el resto del mecanismo de solución de controversias y el acuerdo en general corren el riesgo de debilitarse en cualquier momento.

Tal como ya se explicó, los acuerdos actuales están avanzando en este frente. A partir de la experiencia adquirida en materia de solución de controversias en otros acuerdos y en respaldo de la legalización del sistema, sugerimos que debe hacerse hincapié en la importancia de contar con derechos adecuados de revisión y apelación aplicados a través de una estructura institucional apropiada. La experiencia de la OMC revela la importancia de garantizar una interpretación y aplicación coherente y sistemática de las normas y los compromisos acordados. El Mercosur ha actuado en consecuencia. Si un acuerdo es firmado por muchas partes (muchas de las cuales son países en desarrollo), si el acuerdo tiene gran alcance y procura regular el comercio entre las partes durante un período considerable y si el mecanismo de solución de controversias se basa en el enfoque –muy aplicado actualmente– de recurrir a un procedimiento de arbitraje por parte de tribunales compuestos por expertos externos que son nacionales de las partes, habrá más probabilidades de incongruencia en la interpretación de los derechos y obligaciones emanados del acuerdo. Si los panelistas son expertos de países en los que el conocimiento y la experiencia son limitados, el riesgo de que el tribunal adopte decisiones erróneas o divergentes aumenta aún más. En esencia, creemos que hay razones para respaldar que en los acuerdos comerciales norte-sur de gran alcance y envergadura se establezca un órgano o tribunal de apelación para que revise las decisiones adoptadas por tribunales arbitrales.

Crear capacidad

Éste es un tema ciertamente espinoso. Tal como ya se mencionó, no es fácil para los países en desarrollo retener al personal capacitado. Un análisis de los costos y beneficios resultantes de optar entre crear capacidad interna o contratar asesoramiento jurídico externo indica que, desde un punto de vista financiero, en muchas oportunidades resultaría mejor limitarse a pagar grandes partidas de dinero a estudios jurídicos de Washington, Bruselas y Ginebra que invertir en la capacitación de abogados del gobierno hasta que cuenten con el nivel de conocimiento y exposición requerido para litigar cómodamente en causas comerciales, pero tal vez la dicotomía sea diferente. Existen distintos tipos de casos. Puede haber casos muy complejos en los que un país, independientemente de su nivel de desarrollo, no tenga suficiente personal propio con la experiencia requerida para litigar y, por lo tanto, resulte esencial contratar los servicios de estudios jurídicos privados o contar con la colaboración de expertos de la industria a fin de zanjarse la brecha de conocimientos. La cuestión es que un país, aunque sea

pequeño y subdesarrollado, debería al menos tener la capacidad básica para discernir la magnitud del problema, los intereses en juego y los desafíos que implica someter un caso ante un tribunal. No deben escatimarse esfuerzos para ayudar a los países a desarrollar esa capacidad. Los países en desarrollo también deberían entender que a los países desarrollados les cuesta a veces justificar el tipo de asesoría requerida para capacitar a los abogados de los países en desarrollo en cuestiones relativas a la solución de controversias, ya que esto puede –llegado el caso– volverse en contra de uno mismo. Allí es precisamente donde desempeñan un papel importante las instituciones internacionales financieras, de desarrollo y de comercio. Un acuerdo norte-sur debe contemplar este tipo de esfuerzo de cooperación explicitando compromisos claros así como fuentes de financiamiento que resulten adecuadas y suficientes para enfrentar estos desafíos.

Prestar asistencia técnica ad hoc

Con mucha frecuencia los acuerdos norte-sur abarcan países que no tienen la capacidad básica para manejar controversias comerciales. Es fundamentalmente injusto inducir a estos países a firmar acuerdos comerciales con obligaciones y compromisos que representan un desafío si no se les brinda también la asistencia necesaria en caso de una controversia. Sin embargo, esta asistencia debería estar asociada al cumplimiento de metas claras sobre creación de capacidad; de lo contrario, el país puede optar por utilizar permanentemente esa asistencia técnica sin avanzar hacia la creación de capacidad propia. No obstante, también debería brindarse asistencia técnica *ad hoc* para complementar la capacidad interna de un país que pueda ser claramente insuficiente en el caso de una controversia compleja.

Creemos que el sistema multilateral nuevamente imparte una lección que puede replicarse en otros acuerdos norte-sur de amplio alcance y gran envergadura. Si bien no es una dependencia formal de la OMC, el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL) constituye un excelente ejemplo de asistencia técnica *ad hoc* que puede ser necesaria para apoyar ese tipo de acuerdos. Nosotros sostenemos que podrían haber razones para respaldar en el futuro la creación de un centro similar en el marco del Hemisferio Occidental, donde los acuerdos comerciales proliferan a un ritmo asombroso. Un centro de esas características, o una sucursal regional del ACWL, podría prestar asistencia técnica en temas vinculados no sólo a la OMC sino también a otros acuerdos comerciales regionales y bilaterales en vigencia.

Más aún, actualmente muchos casos exigen no sólo experiencia y conocimientos jurídicos sino también otro tipo de respaldo técnico. En muchos asuntos sustanciados ante la OMC, se necesita saber sobre modelos y simulaciones econométricas para poder determinar, por ejemplo, la relación causal en litigios que implican medidas correctivas comerciales contra aumentos rápidos de las exportaciones, dumping o subsidios.⁸¹ Esto se está convirtiendo en un gaje de rigor del oficio. La mayoría de los países en desarrollo no tienen la capacidad de elaborar sus propios modelos y simulaciones, lo que justifica la necesidad de brindar también asistencia distinta de la jurídica.

¿Se justifica el trato especial y diferenciado?

Creemos que puede haber necesidad de *cierto* trato especial y diferenciado, tal como lo definimos anteriormente, en los mecanismos de solución de diferencias de los acuerdos norte-sur. Si bien reconocemos que en el contexto de la OMC los países no han recurrido a la mayoría de las cláusulas que les otorgan trato especial y que tanto los integrantes de los grupos especiales como el propio OSD han hecho poco cuando podrían haber hecho mucho más de conformidad con las normas, esas cláusulas de trato especial y diferenciado desempeñan un papel importante durante las negociaciones, los procesos de aprobación legislativa en los Parlamentos nacionales y la fase de deliberación de los grupos especiales.

⁸¹ Ver Granados, Jaime; "Expiración de la Cláusula de Paz y los Países de América Latina y el Caribe", *PUENTES entre el Comercio y el Desarrollo Sostenible*, Vol. V, N° 1, (enero-febrero de 2004), págs. 12-14; y Richard Steinberg y Timothy Jossling, "When the Peace Ends: The Vulnerability of EC and US Agricultural Subsidies to WTO Legal Challenge", *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, N° 2 (junio 2003), pág. 385.

Durante las negociaciones y el proceso de aprobación parlamentaria, los funcionarios del área de comercio pueden alegar que los textos dan, de algún modo, respuesta a sus necesidades especiales. Éste no es un tema menor, ya que contribuye a lubricar la voluntad política de muchos actores del escenario nacional que de otro modo se mostrarían reacios a dar su apoyo.

Durante la fase de deliberación de los tribunales, la obligación de considerar los temas pertinentes a las necesidades especiales económicas y de desarrollo de los países pequeños y subdesarrollados puede sensibilizar a los integrantes de los tribunales. Insistimos en que la sugerencia no tiene por objeto erosionar el carácter obligatorio final de las normas de comercio para todas las partes signatarias de un acuerdo, sino en cambio crear el clima necesario para que el integrante de un tribunal no olvide las difíciles condiciones que suelen prevalecer en los países en desarrollo. Una decisión puede ajustarse de manera tal de hacer cumplir el acuerdo pero, al mismo tiempo, para brindar un marco y/o cronograma más justo para que pueda cumplirse.

Señalamos en nuestro análisis que se han registrado cambios en el modo en que se abordan las medidas correctivas en los acuerdos comerciales. El enfoque tradicional se centra en la retorsión comercial lisa y llana a la GATT de 1947, con la posibilidad de hacer que el país infractor ofrezca una compensación a la parte afectada; no obstante, la compensación no ha demostrado ser una medida efectiva hasta ahora.⁸² En una situación de incumplimiento con la decisión de un grupo especial, el país afectado puede retirar las concesiones de un valor comercial equivalente con miras a restaurar el equilibrio originalmente acordado de derechos y obligaciones. Algunos acuerdos regionales aún se basan en este enfoque. El problema en estos casos siempre ha sido que, si bien éste es uno de los mejores sistemas del derecho internacional, aún adolece del mismo inconveniente de todos los sistemas: cuesta aplicarlo y en última instancia depende de la voluntad del país infractor, que puede o no tener el interés de preservar la credibilidad del sistema. Los países pequeños también pueden adoptar medidas de retorsión retirando concesiones comerciales, pero esto complica aún más las cosas, ya que es un arma de doble filo en términos económicos.

La posibilidad de la retorsión cruzada es en cierta medida un rayo de esperanza, pero una vez más ocurre que no siempre, o al menos no muy a menudo, proporciona el ímpetu necesario para movilizar efectivamente a los grandes países reticentes hacia el cumplimiento pleno. No obstante, advertimos actualmente que los acuerdos regionales de comercio firmados recientemente se inclinan hacia las sanciones monetarias en algunas circunstancias. También aludimos, en el marco del examen del ESD por parte de la Ronda de Doha, a una propuesta formulada por México de someter a negociación los derechos de retorsión. Algunos analistas sostienen que la idea puede tener una serie de potenciales beneficios indirectos para el sistema de la OMC, incluida la perspectiva de un mayor cumplimiento de las obligaciones que se derivarían si se diera incluso a los Miembros pequeños de la OMC la posibilidad de amenazar de manera creíble con medidas de retorsión o con la obtención de compensaciones si sus interlocutores comerciales mayores violan las normas de la OMC.⁸³ Los mismos analistas ofrecen otros comentarios interesantes. Sostienen que un pequeño país en desarrollo podría usar la perspectiva de utilizar ingresos por subastas para atraer y financiar la asesoría jurídica que de lo contrario no podría afrontar para iniciar un procedimiento; sin embargo, los incentivos podrían ser tales que el sistema podría ser usado en exceso.

Deseamos plantear que este tipo de *brainstorming* (o tormenta de ideas) es esencial para llegar a puntos de equilibrio que favorezcan al sistema. Permitir que sólo los países en desarrollo puedan subastar sus derechos de retorsión puede ser una solución. Otras ideas, sugeridas por Shaffer, consisten en otorgar una indemnización por daños y perjuicios y disponer el pago de los honorarios de los asesores jurídicos en forma retroactiva cuando un país en desarrollo gana un caso contra un país desarrollado. Si prosperan, algunas de estas ideas pueden incorporarse en otros acuerdos norte-sur. El punto es que las medidas correctivas en el área de la solución de controversias necesitan ser reevaluadas a fin de que sean una mejor respuesta a las necesidades de los países en desarrollo. En este sentido, puede haber margen para cierto nivel de trato especial y diferenciado.

⁸² Informe sobre el Comercio Mundial 2003, Organización Mundial del Comercio (2003), pág. 177. [Nota del Trad.: El número de página corresponde a la versión en inglés].

⁸³ Ver Kyle Bagwell, Petros Mavroidis y Robert Staiger, "The Case for Auctioning Countermeasures in the WTO", *NBER Working Paper Series*, N° 9920, agosto de 2003. www.nber.org/papers/w9920.

El trato especial y diferenciado es un tema que divide aguas en el campo de las negociaciones sobre comercio, tanto a nivel multilateral como a nivel regional. Sin embargo, parece estar evolucionando una tendencia general, al menos a nivel regional: los países en desarrollo parecen estar abandonando la expectativa de recibir un amplio trato especial a cambio de obtener concesiones comerciales significativas por parte de sus socios del norte. Esta tendencia puede explicarse por el nuevo papel preeminente que desempeñan los acuerdos comerciales en la agenda de desarrollo económico más amplia que tienen hoy en día los países en desarrollo. Esta tendencia general también se observa en los mecanismos de solución de controversias de los acuerdos, donde se registra una preferencia por el imperio de la ley en detrimento del trato especial. Esta aparente nueva dicotomía entre el imperio de la ley y el trato especial fortalece el argumento de que, en esta etapa, resulta fundamental la creación de capacidad en cada país.

MESA REDONDA: ¿SATISFACEN LAS ACTUALES PROPUESTAS DE PROCEDIMIENTOS PARA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ALCA LAS NECESIDADES DE LOS PAÍSES PARTICIPANTES?

PARTICIPANTES: **DEBRA STEGER, RICARDO RAMÍREZ Y LUIZ OLAVO BAPTISTA**

MODERADOR: **JULIO LACARTE**

RELATORA: **ANN CASANOVA**

El Sr. Julio Lacarte le pidió a la Sra. Debra Steger que hiciera una breve reseña crítica del borrador de Capítulo sobre Solución de Controversias del ALCA, tras lo cual se solicitó a los demás panelistas que expresaran sus opiniones acerca de dicha reseña.

La Sra. Steger señaló que todo el borrador de Capítulo sobre Solución de Controversias del ALCA está entre corchetes (por no haber podido ser acordado todavía) y que el texto presenta un increíble grado de confusión respecto de cuál debería ser la estructura básica. Recalcó que las partes tienen opiniones contrapuestas que van desde un sistema jurisdiccional legalmente vinculante hasta un proceso diplomático flexible sin aspectos judiciales. El borrador de texto también contiene propuestas totalmente contradictorias sobre transparencia y comunicados *amicus curiae*; algunas propuestas favorecen una completa apertura y transparencia mientras que otras enfatizan la confidencialidad y un sistema cerrado, exclusivamente de gobierno a gobierno. En su opinión en el Capítulo sobre Solución de Controversias del ALCA pareciera haberse prestado poca atención a los requisitos institucionales multilaterales, incluyendo respecto del sistema de solución de controversias. Sugirió que esto podría deberse al hecho que los negociadores estén contemplando que las disputas sean exclusivamente de naturaleza bilateral. La experiencia de la OMC desde 1995 –ella observó– ha sido que la mayoría de los casos implican a múltiples partes y a terceras partes. Por ello, es importante que los negociadores del ALCA desarrollen una estructura institucional general y un mecanismo de solución de controversias que tomen en cuenta esta realidad.

En el sistema de la OMC, ella manifestó, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) cumple una función política muy importante, particularmente en la fase de implementación de las disputas durante la cual la parte perdedora debe explicar en cada reunión ordinaria del OSD el por qué no ha cumplido con las decisiones y recomendaciones del OSD. Dado que el borrador de texto del ALCA no tiene un equivalente institucional del OSD de la OMC, no habría un mecanismo en el ALCA para la vigilancia colectiva (o "vergüenza colectiva") del cumplimiento de los resultados de las decisiones en materia de solución de diferencias. En su opinión, esta es una omisión significativa en el borrador del ALCA.

Otras características institucionales importantes del sistema de la OMC que un sistema ALCA puramente bilateral y diplomático no tendría son un Órgano de Apelación y la asistencia de una Secretaría común. El Profesor

Hudec enfatizó que una de las razones del éxito de los sistemas de solución de diferencias del GATT y de la OMC se atribuye a la alta calidad de la asistencia prestada por una Secretaría permanente a los paneles *ad hoc*. En el borrador de texto del ALCA no pareciera haberse contemplado un servicio jurídico o una secretaría común para asistir a los paneles *ad hoc*. Tampoco hay acuerdo sobre si debería haber o no un Órgano de Apelación. Ella argumentó que se necesitan ambos en el ALCA: un Órgano de Apelación y una Secretaría común que apoye a los grupos especiales.

La Sra. Steger fue Presidenta del Taller sobre el Capítulo sobre Solución de Controversias del ALCA del Foro Empresarial de las Américas celebrado con ocasión de la reciente Reunión Ministerial de Miami. En esa reunión, los líderes empresariales de todo el continente americano, incluidos especialmente aquellos de los países en desarrollo, expresaron su fuerte respaldo a un sistema de solución de controversias vinculante con un mecanismo sólido que garantice el cumplimiento, un órgano de apelación permanente, y un mecanismo de solución de controversias abierto y transparente en el que los grupos especiales tendrían la discreción de aceptar comunicados *amicus curiae* cuando lo determinen pertinente y relevante. Solamente un mecanismo de solución de controversias vinculante, efectivo y transparente –concluyeron los líderes empresariales– proporcionaría la seguridad, predictibilidad y justicia que ellos estiman son necesarias para sus relaciones comerciales.

La Sra. Steger enfatizó que, al escoger entre un sistema judicial y un sistema diplomático, el sistema judicial beneficiará a los países más pequeños y muy particularmente a los países en desarrollo. Los países más pequeños, menos poderosos, sólo se beneficiarán si se establece un sistema que garantice al máximo el debido proceso, la justicia y el imperio de la ley. Desechó la idea de que los países más pequeños tendrían mayor control en un sistema diplomático que careciera de un Órgano de Apelación o de una Secretaría común.

El Sr. Ricardo Ramírez coincidió con las conclusiones de la Sra. Steger y respaldó la necesidad de contar con un mecanismo eficiente y efectivo de solución de controversias. Agregó que el borrador de texto del Capítulo sobre Solución de Controversias se funda en muchos textos de alcance regional. Notó que la mayoría de los negociadores habían simplemente incorporado los capítulos sobre solución de controversias de sus propios acuerdos regionales y explicó que esta es la razón de la aparente confusión en el borrador de texto. Los negociadores no han determinado todavía el tipo de sistema de solución de controversias que quieren, fundamentalmente porque no conocen la forma final que tomarán los temas sustantivos del ALCA. Atribuyó esto, en parte, a la falta de visión en los niveles jerárquicamente más altos respecto de cómo debe ser un acuerdo multilateral. Sostuvo que los negociadores se centrarán en negociar un capítulo de solución de controversias creativo cuando tengan mayor certeza en cuanto a la sustancia de las negociaciones del ALCA que se efectúan a nivel político. El panelista observó que aún resta llevar a cabo diversos debates importantes, incluyendo si el ALCA incluirá o no una disposición que designe al ALCA como el foro exclusivo para las controversias que surjan bajo el Acuerdo.

El Sr. Lacarte comentó que él tiene la impresión de que los negociadores del ALCA no han tenido, al día de hoy, una concepción clara sobre qué tipo de mecanismo de solución de controversias debería tener el ALCA. La experiencia demuestra que estas negociaciones llevan tiempo, esfuerzo y pensamiento y no pueden concretarse en unas pocas semanas luego de la conclusión de los aspectos sustanciales del Acuerdo. El GATT existió por casi 50 años, período durante el cual el sistema de solución de controversias evolucionó tras experiencias con muchos casos y tras muchas rondas de negociación. El sistema de solución de controversias no fue creado en un día sino que fue la culminación de un proceso que maduró en el curso de muchos años. En un momento crítico, cercano a la conclusión de las negociaciones de la Ronda Uruguay, cuando se produjo un *impasse* en los debates sobre temas tan sensibles como los subsidios, las concesiones arancelarias y los mecanismos antidumping, los negociadores de solución de diferencias llegaron a un acuerdo sobre las reglas fundamentales obligatorias para los países y, a partir de allí –por extraña coincidencia– no tardaron en concretarse acuerdos sobre las otras áreas que estaban negociándose. El moderador atribuyó este éxito a la voluntad de los países de asumir un riesgo y de recurrir a las garantías que estarían a su disposición conforme al mecanismo de solución de diferencias y que representarían un instrumento válido y sólido para todos. Sostuvo que es difícil distinguir algún sentido de la coherencia en las negociaciones cuando el proceso está en pleno desarrollo.

El Sr. Lacarte recordó que el ALCA uniría bajo una misma sombrilla a países con economías grandes y a otros con economías relativamente más pequeñas de las Américas. El GATT tenía ciertas debilidades que los negociadores de la Ronda Uruguay corrigieron, de tal manera que tanto los países grandes como los pequeños son ahora igualmente capaces de ser escuchados por un grupo especial y de buscar que se corrija el incumplimiento de otros Miembros de la OMC. Es evidente que los negociadores del ALCA están teniendo en cuenta la experiencia de la OMC y del TLCAN; sin embargo, agregó que el modelo del TLCAN quizá no sea el más apropiado puesto que no ofrece suficientes garantías, especialmente en lo que respecta al cumplimiento de las decisiones.

La Sra. Steger sugirió que el imperativo político de los Jefes de Estado de concluir las negociaciones del ALCA podía llegar en cualquier momento y podría tomar a los negociadores por sorpresa. En tales circunstancias, los negociadores podrían no tener tiempo para ponerle una atención cuidadosa al tema de cómo funcionarían los aspectos institucionales del ALCA y alertó sobre el hecho de que el ALCA pudiese terminar incorporando un mecanismo de solución de diferencias que no funcione adecuadamente. Reiteró los comentarios del Sr. Lacarte y recordó la experiencia del GATT/OMC en la que los negociadores habían aprendido bastante luego de muchos e intensos casos y negociaciones efectuadas durante el curso de la historia del sistema del GATT. Esta experiencia y este conocimiento, enfatizó, fue esencial para desarrollar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, que ha sido alabado como un modelo efectivo de solución de diferencias internacionales. Expresó preocupación respecto de que los negociadores del ALCA puedan estar evitando abordar temas difíciles pero críticos debido a la incertidumbre que impera en torno a la forma general que tendrá el ALCA. De su experiencia en la Ronda Uruguay ella observó que el tiempo que transcurre cuando las negociaciones no están avanzando puede utilizarse para desarrollar y discutir ideas creativas que luego podrían ser retomadas al continuar las negociaciones. Los períodos de relativa inactividad son una oportunidad para que los negociadores hagan trabajos preparativos serios para la fase de negociación verdadera. Subrayó que los gobiernos deben dedicar más tiempo al estudio y evaluación de opciones ahora porque eventualmente podrían ser inducidos a tomar decisiones a la ligera una vez que las negociaciones continúen. Dadas las asimetrías que existen entre los Estados Unidos y otros países en las Américas, subrayó que las economías más pequeñas en particular no se benefician de un sistema puramente diplomático. Los gobiernos deberán tomar decisiones importantes entre un sistema basado en el poder y un sistema basado en el imperio de la ley. Hizo un llamado vehemente a que los gobiernos concluyan a favor de un sistema judicial basado en el imperio de la ley.

El Sr. Ramírez sostuvo que lo que está en discusión no es una cuestión técnica sino política. Existen muchas Declaraciones Ministeriales e instrucciones, pero ése no es el problema. Hasta que no haya una señal política de que el ALCA está avanzando, los países no iniciarán un debate más profundo dentro del Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias sobre cómo tornar las negociaciones más eficientes y cómo poder hacerlas multilaterales. En este momento los negociadores están guardándose sus naipes bajo la manga hasta que haya más claridad en el proceso más amplio.

En su reflexión sobre el *impasse* político en el ALCA y la OMC, el Sr. Luiz Olavo Baptista comentó que el principal obstáculo era la inestabilidad a nivel global. Hay inseguridad física a causa del terrorismo, pero también hay inseguridad en el escenario comercial global si consideramos que China está en vías de integrarse plenamente al sistema de comercio mundial. En la actualidad hay dos gigantes comerciales, los Estados Unidos y la Unión Europea y, según algunas opiniones, mantienen un equilibrio; sin embargo, la incorporación de China a la OMC arroja dudas acerca del papel que cada actor desempeñará en el futuro. Otros nuevos miembros que negocien su incorporación a la OMC también podrán generar alguna cuota de incertidumbre. Por otra parte, existen asimismo asimetrías respecto de las sanciones, las que se complican con la incorporación de otro gigante comercial. Por ejemplo, ¿qué sanción que adoptara Luxemburgo podría tener una consecuencia importante para China? Este tipo de inseguridades y asimetrías no permiten proyectar un mundo de aquí a cuarenta o cincuenta años, menos aún cuando no se pueden vislumbrar los próximos diez años. La Ronda de Doha se encuentra prácticamente paralizada y esto puede estar relacionado con esta cuestión de la inseguridad. La inseguridad impide la acción, lo que podría explicar por qué ha sido tan lento el avance, cuando han habido oportunidades para progresar.

Nota de la Relatora: El Comité Técnico de Asuntos Institucionales del ALCA ha contemplado la idea de una Secretaría permanente; sin embargo, el alcance del mandato de esa futura Secretaría (por ejemplo, incluyendo el apoyo al sistema de solución de controversias) permanece bajo negociación en este Comité, en consulta con los otros Grupos de Negociación, incluyendo el de Solución de Controversias. El Capítulo XXI (el Marco Institucional) del tercer borrador de texto del ALCA revela que la discusión de muchos de estos temas, incluyendo algún tipo de órgano de solución de controversias, se ha iniciado en las negociaciones del ALCA.

LA PROLIFERACIÓN Y FRAGMENTACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL: LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC Y LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS

ERNST-ULRICH PETERSMANN

INTRODUCCIÓN: LA "SELECCIÓN DE FOROS" (*FORUM-SHOPPING*) Y LA "SELECCIÓN DE REGLAS" (*RULES SHOPPING*) EN EL DERECHO COMERCIAL PÚBLICO Y PRIVADO

La continua profundización de la división mundial del trabajo y del comercio y las comunicaciones internacionales entraña cada vez más controversias internacionales surgidas a partir de actividades económicas privadas transnacionales (por ejemplo, por contratos comerciales, responsabilidad civil por productos no emanada de un contrato) y de la reglamentación gubernamental de las transacciones económicas (por ejemplo, diferencias entre gobiernos sustanciadas en el marco de la Organización Mundial del Comercio – OMC). Cuanto más participan los países en la "producción internacional" y el comercio, mayor es el número de jurisdicciones concurrentes para resolver diferencias relacionadas con transacciones económicas internacionales. Debido a la diversidad de leyes, procedimientos y sistemas judiciales nacionales, el resultado de los *litigios transnacionales privados*, así como los procedimientos aplicables, el derecho de fondo, los plazos y las costas legales, suelen estar influidos por la elección de la sede en donde se sustanciarán las causas.

La parte reclamante puede optar por una jurisdicción con el objeto de beneficiarse de las ventajas procesales del foro elegido (por ejemplo, bajos derechos por registro de la demanda, la posibilidad de iniciar acciones colectivas y de obtener pruebas informativas en forma anticipada, juicios por jurado, importantes indemnizaciones por daños y perjuicios, la no recuperación de los costos en los tribunales de los Estados Unidos), lo que también puede influir sobre la aplicación del derecho de fondo nacional y extranjero y sobre el resultado de la controversia. La jurisdicción elegida por la parte reclamante puede ser impugnada por el demandado, quien puede solicitar la suspensión del procedimiento, pedir que se dicten medidas cautelares que prohíban que se prosiga el procedimiento en un tribunal extranjero (*anti-suit injunctions*) o presentar demandas reconventionales ante una jurisdicción diferente. La proliferación de "bufetes o estudios jurídicos internacionales" y de compañías multinacionales con representaciones y especialistas jurídicos en muchos países facilita las estrategias para plantear litigios internacionales. En los casos en que hay jurisdicciones concurrentes, las batallas en los tribunales en torno a cuál es la jurisdicción más conveniente, a la oposición de la "jurisdicción exorbitante" y a la abusiva "selección de foros" y "selección de reglas" se han tornado cada vez más frecuentes en los litigios internacionales privados debido a que suelen tener repercusiones sobre el resultado de una controversia.¹ Los tribunales están

¹ Cf. A. Bell, *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, 2003; W. W. Park, *International Forum Selection*, 1995.

respetando en mayor medida los acuerdos de elección de foro si reflejan la libre voluntad de las partes y no son injustos, irrazonables ni incompatibles con la política pública de la jurisdicción de un tribunal competente. Los gobiernos han facilitado los acuerdos de elección de foro mediante acuerdos internacionales sobre asignación de jurisdicción y sobre reconocimiento recíproco y ejecución de laudos arbitrales y sentencias en materia civil extranjeras, así como a través de la codificación de los criterios jurídicos para limitar la abusiva selección de foros y para determinar el "foro natural" o el "foro más apropiado", es decir, aquel con el que la controversia tiene mayor relación o una conexión más real.²

En el *derecho comercial internacional público*, los problemas de la "selección de foros" y de la "selección de reglas" surgieron como resultado de los Acuerdos de la Ronda de Tokio de 1979, que disponían procedimientos especiales de solución de diferencias y normas sustantivas distintos de aquellos contemplados en el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947.³ Esos problemas fueron superados en gran medida mediante la integración y la coordinación jurídicas –en las normas de fondo y sobre solución de diferencias de la OMC– de los diversos acuerdos comerciales multilaterales y procedimientos de solución de diferencias anexados al Acuerdo sobre la OMC de 1995 y contemplados en su Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), no obstante el reconocimiento de "las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados" identificados en el Apéndice 2 del ESD.⁴

Contrariamente a lo que sucede con el derecho de la OMC, la mayoría de los órganos judiciales internacionales operan en un "espléndido aislamiento", sin una reglamentación explícita sobre la interacción jurisdiccional entre los tribunales internacionales y con escasa, si es que alguna, consideración de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales: mientras que los órganos de solución de diferencias de la OMC suelen citar decisiones de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sólo en raras ocasiones hace referencia a los fallos de otros tribunales internacionales y la CIJ prácticamente nunca ha citado decisiones de tribunales internacionales salvo del órgano que la precedió, la Corte Permanente de Justicia Internacional. Si bien la selección de foros y de litigios se ha convertido en algo frecuente en el ámbito de la legislación sobre derechos humanos,⁵ aún sigue siendo rara en otras esferas del derecho internacional público. Los conflictos jurisdiccionales entre los tribunales internacionales, así como las "impugnaciones judiciales" a la jurisdicción de la OMC (similares a las objeciones legales contra el Tribunal de Justicia de las CE planteadas por parte de tribunales constitucionales nacionales de algunos países Miembros de las CE), hasta ahora han podido ser evitados. El enfoque orientado a los ciudadanos propio de los tribunales europeos, la orientación hacia los Estados que caracteriza a la CIJ y la apertura del sistema de solución de diferencias de la OMC a las organizaciones no gubernamentales (por ejemplo, en cuanto a la presentación de comunicados *amicus curiae*), a otros actores no estatales (como Hong Kong y Taiwán) y a organizaciones intergubernamentales (como las CE) reflejan la autonomía y las preferencias diversas de los Estados: los "métodos de gobernabilidad judicial" han sido aceptados en el ámbito de Europa, pero con frecuencia continúan siendo resistidos en el sistema de la ONU, orientado a los Estados y al poder, salvo en las pocas instancias de jurisdicción obligatoria de la CIJ y en las normas funcionales de integración de los mercados en la OMC.

I. DIEZ RAZONES QUE EXPLICAN LA CRECIENTE SUPERPOSICIÓN DE JURISDICCIONES Y LA "SELECCIÓN DE FOROS" TAMBIÉN EN EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL PÚBLICO

Debido a una serie de razones, es probable que surjan nuevos problemas de "superposición de jurisdicciones", "selección de foros", controversias comerciales paralelas o sucesivas y procedimientos judiciales afines en diferentes foros sobre las mismas reclamaciones.

² Cf. por ejemplo Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, 2003, capítulo 4.1.

³ Para consultar el listado de los 24 procedimientos de solución de diferencias estipulados en los Acuerdos de la Ronda de Tokio sobre Subvenciones, Medidas Antidumping y Contratación Pública, ver E. U. Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, 1997, 271-284.

⁴ Para obtener detalles, ver Petersmann (referencia en nota al pie 3), 177-182.

⁵ Cf. L. R. Helfer, "Forum Shopping for Human Rights", en: *University of Pennsylvania Law Review* 1999, 285.

- (1) La creciente cantidad y diversidad de diferencias entre gobiernos en el marco de la OMC implica cada vez más superposiciones con diferencias relacionadas anteriores, paralelas o sucesivas a nivel nacional y regional. Las 306 reclamaciones formales presentadas ante la OMC desde 1995 hasta febrero de 2004 han dado lugar a alrededor de 90 informes de grupos especiales, 60 informes del Órgano de Apelación y más de 25 laudos arbitrales.⁶ Si se compara esto con los apenas 200 procedimientos de solución de diferencias en el marco del GATT de 1947 que tuvieron lugar entre 1948 y 1994,⁷ y con los menos de 100 procesos contenciosos sustanciados en la CIJ desde 1946, el rápido aumento del número de diferencias que se ventilan en el ámbito de la OMC refleja la creciente cantidad de miembros de la OMC, el alcance cada vez más amplio de las normas de la OMC y la "judicialización" de las relaciones económicas internacionales.
- (2) Con la gradual pérdida de vigencia de las diversas disposiciones transitorias de la OMC relacionadas con los países menos adelantados y con ciertos tipos de diferencias (por ejemplo, sobre subsidios otorgados a los productos agropecuarios abarcados por la "cláusula de paz" del Artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC), es probable que el número de controversias sometidas a la OMC se incremente a mayor velocidad aún. En términos de obligaciones vinculantes emanadas de tratados, de precisión de las normas, de jurisdicción obligatoria para procedimientos de solución de diferencias (cuasi)judiciales tanto nacionales como internacionales y del número de informes de grupos especiales, de apelaciones y de arbitrajes de la OMC, las normas de la OMC están convirtiéndose gradualmente en la esfera más "legalizada" del derecho internacional a nivel mundial.
- (3) El alcance muy amplio de los acuerdos de la OMC se superpone con otros acuerdos internacionales (como el Convenio de París sobre Propiedad Industrial y el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas) que estipulan diferentes foros para la solución de diferencias (por ejemplo, la CIJ). A modo de ejemplo, en el caso de la disputa entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos acerca del reglamento relativo al ruido en los aeropuertos comunitarios que restringía el uso de "dispositivos de insonorización" en los aviones (principalmente en los estadounidenses), los Estados Unidos optaron por someter la controversia a la Organización de Aviación Civil Internacional y no al mecanismo de solución de diferencias del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC ni, en virtud de que el reglamento sobre ruidos de las CE restringía los servicios de transporte aéreo, al del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).⁸ El creciente número de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) con disposiciones relativas al comercio y procedimientos especiales para la solución de diferencias⁹ ofrece asimismo ejemplos de jurisdicciones que se superponen o que compiten para la solución de diferencias comerciales dentro del ámbito de la OMC o fuera de él, como la CIJ o los procedimientos especiales de solución de diferencias dispuestos en los AMUMA. Así, las controversias relacionadas con la "comercialización de emisiones" conforme al Convenio de Viena y al Protocolo de Montreal para la Protección de la Capa de Ozono, con el intercambio de beneficios por parte de las compañías farmacéuticas derivados del uso de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas protegidos por el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas o con el comercio de alimentos biotecnológicos reglamentado en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad Biológica del Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas pueden influir sobre la interpretación de normas afines de la OMC y sobre las resoluciones del mecanismo de solución de diferencias de la OMC.
- (4) A partir de la década de 1990, se ha establecido un creciente número de nuevos tribunales en todo el mundo cuya jurisdicción puede superponerse o interactuar con la jurisdicción de la OMC. Por ejemplo,

⁶ Podrá hallarse un listado de estos informes sobre solución de diferencias y análisis jurídicos de estas controversias en el documento de la OMC WT/DS/OV/19 y en F. Ortino/E. U. Petersmann (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, 2004, en 558-573.

⁷ Cf. Guide to GATT Law and Practice, Analytical Index Vol. 2, OMC 1995, en 771-787.

⁸ Puede consultarse un estudio de casos sobre esta diferencia en: K. W. Abbott, "US-EU Disputes over Technical Barriers to Trade and the 'Hushkits' Dispute", en: E. U. Petersmann/M. Pollack (eds.), *Transatlantic Economic Disputes – The EU, the US and the WTO*, 2003, 247-280.

⁹ Cf. C. P. R. Romano, *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes*, 2000.

cuando Chile restringió el acceso a sus puertos de los buques pesqueros europeos sobre la base de que estaban llevando a cabo una pesca excesiva de pez espada en el Océano Pacífico, en violación de las obligaciones de las CE conforme a la Convención sobre el Derecho del Mar de cooperar en la conservación de los recursos marinos, las CE solicitaron el establecimiento de un grupo especial de solución de diferencias de la OMC para que examinara las supuestas violaciones de las normas comerciales (por ejemplo, el Artículo V del GATT sobre libertad de tránsito), mientras que Chile sometió la controversia sobre la supuesta vulneración de las disposiciones sobre medio ambiente de la Convención sobre el Derecho del Mar ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM). Como la Convención sobre el Derecho del Mar incluye referencias explícitas a normas del GATT (por ejemplo, en materia de subsidios) y las normas de dicha convención pueden ser pertinentes para la interpretación de diversas "excepciones" de la OMC, es dable esperar que vuelvan a tener lugar procedimientos sobre solución de controversias paralelos o recíprocamente pertinentes en la OMC y en el TIDM.

- (5) Así como las normas de la OMC se invocan y aplican en el Tribunal de Justicia de las CE y en los paneles de solución de controversias establecidos de conformidad con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), resulta probable que el creciente número de tribunales económicos regionales –tales como el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (Tribunal de la AELC), el Tribunal de Justicia Andino, el Tribunal de Justicia del Caribe, el Tribunal de Justicia Centroamericano, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, el Tribunal Económico de la Comunidad de Estados Independientes (Tribunal de la CEI) y los diversos tribunales económicos regionales de África, por ejemplo en el marco del Mercado Común del África Oriental y Austral (COMESA) y de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental (CEDEAO)– interpreten y apliquen con mayor frecuencia (en forma directa o indirecta) las normas de la OMC o las normas económicas regionales basadas en disposiciones homólogas de la OMC (por ejemplo, las disposiciones sobre áreas de libre comercio y sobre uniones aduaneras del GATT). Como las sanciones legales de los tribunales nacionales y regionales tienden a ser más severas que aquellas de los órganos de solución de diferencias de la OMC (por ejemplo, en lo atinente a la reparación de daños por la confiscación discriminatoria de derechos de propiedad), es probable que los operadores económicos privados perjudicados por violaciones de las normas de la OMC prefieran recurrir a esos tribunales nacionales o regionales y no a la OMC.
- (6) Muchas diferencias entre gobiernos que se sustancian en el marco de la OMC se generan por reclamaciones formuladas por productores, inversionistas y comerciantes privados, asociaciones de consumidores u otros grupos no gubernamentales. Resulta probable que dichos reclamantes privados opten cada vez en mayor medida por someter sus demandas –por ejemplo, sobre derechos de propiedad intelectual protegidos por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC o sobre derechos de los inversionistas protegidos por "compromisos de acceso a los mercados", compromisos de "trato nacional" o "compromisos adicionales" en virtud del AGCS– ante "tribunales de arbitraje internacional mixtos" que otorguen acceso directo a las partes reclamantes privadas y les permitan a ellas mismas tramitar y controlar su diferencia, sin intervención política del gobierno de su país. Por ejemplo, una compañía farmacéutica que alega violaciones de sus derechos de patente como consecuencia de "importaciones paralelas" hacia un Estado extranjero Miembro de la OMC o de licencias obligatorias otorgadas por un Estado extranjero Miembro de la OMC puede elegir someter su disputa a la mediación y a procedimientos de arbitraje "mixto" de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)¹⁰ o, en caso de producción e inversiones extranjeras en el exterior, al arbitraje "mixto" del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, cuya jurisdicción también se extiende a las controversias sobre derechos de propiedad intelectual)¹¹ o a procedimientos de arbitraje conformes al Capítulo XIX del TLCAN.¹²

¹⁰ Sobre los reglamentos de mediación y de arbitraje de la OMPI, que también admiten el arbitraje "mixto" entre una parte privada y un Estado, ver: Reglamento de Mediación de la OMPI, Reglamento de Arbitraje de la OMPI, Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI, OMPI 1999.

¹¹ Cf. C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001.

¹² Para mayor información sobre los diferentes procedimientos de solución de controversias entre gobiernos (Capítulo XX), sobre los procedimientos de arbitraje mixto (Capítulo XI) y sobre el acceso de particulares a procedimientos sustanciados por paneles binacionales para la revisión de resoluciones definitivas sobre derechos antidumping y compensatorios (Capítulo XIX) del TLCAN ver, por ejemplo, L. Ojeda/C. Azar, "Course on Dispute Settlement: Regional Approaches" - TLCAN, UNCTAD 2003.

- (7) Algunos acuerdos de la OMC disponen explícitamente el acceso de particulares a tribunales nacionales a fin de que se examine si, por ejemplo, las prácticas relativas a las compras del sector público han vulnerado las obligaciones del gobierno dispuestas en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.¹³ Merece destacarse que en el Artículo XX de dicho Acuerdo se concede a las partes privadas acceso directo a "procedimientos de impugnación" nacionales ante tribunales locales u otros órganos de examen independientes, que deben brindar una rápida rectificación de una infracción del Acuerdo sobre la OMC o una compensación por los daños o perjuicios sufridos. El Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición de la OMC incluso establece el acceso de las partes privadas al arbitraje internacional privado o "mixto" en el ámbito de la OMC con el objeto de examinar las eventuales infracciones de obligaciones legales pertinentes en períodos muy breves.¹⁴
- (8) El reconocimiento universal de los derechos humanos así como la proliferación de recursos legales contra las violaciones de dichos derechos dispuestos en tratados sobre derechos humanos tanto regionales como de las Naciones Unidas implican que las diferencias internacionales relativas a los derechos humanos pueden tener repercusiones sobre la interpretación y la aplicación de las normas de la OMC y viceversa. Por ejemplo, así como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas analizó restricciones al comercio y otras reglamentaciones económicas (por ejemplo, sobre alimentos biotecnológicos) a la luz de los derechos humanos, incluido el "derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona",¹⁵ también los órganos de solución de diferencias de la OMC pueden verse enfrentados a referencias a los derechos humanos, así como a las obligaciones correspondientes de los gobiernos de proteger y promover los derechos humanos, que constituyen el contexto jurídico pertinente para la interpretación judicial de las normas de la OMC a la luz de los derechos humanos universalmente reconocidos.¹⁶ Los diversos informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las implicaciones en materia de esos derechos que tienen los acuerdos de la OMC ofrecen muchos ejemplos de la eventual pertinencia de los derechos humanos como criterios para la interpretación de las normas de la OMC.¹⁷ La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que interpreta la normativa sobre las uniones aduaneras del Tratado de las CE de conformidad con las garantías sobre derechos humanos consagradas en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (Artículos 10 y 11, sobre libertad de expresión y sobre libertad de reunión y asociación, respectivamente) sirve para ilustrar que el equilibrio judicial entre los derechos humanos y las normas comerciales puede requerir enfoques metodológicos diferentes de aquellos del derecho comercial

¹³ Para informarse sobre los diferentes procedimientos de solución de diferencias entre Estados o entre un particular y un Estado conforme al Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC de 1996, ver: P. Gabilondo, "Course on Dispute Settlement: WTO Government Procurement", UNCTAD 2003.

¹⁴ El "procedimiento de examen independiente" estipulado en el Artículo 4 del Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición de la OMC fue establecido en el marco de la OMC a fin de obtener beneficios por inmunidad jurídica y limitar la responsabilidad legal por daños ocasionados por las decisiones emitidas para solucionar diferencias.

¹⁵ La cita fue extraída de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 9 de octubre de 2001, en el caso C-377/98 *Los Países Bajos c. el Parlamento y el Consejo Europeos* (nry), en el párrafo 70. Para un análisis más general sobre los derechos sociales y económicos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ver: T. Hervey/J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, 2003.

¹⁶ Una búsqueda por computadora de referencias a los derechos humanos en informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación de la OMC arrojó como resultado diez informes (hasta el año 2002) en donde las partes, terceros, expertos, miembros de grupos especiales o el Órgano de Apelación aludieron a los derechos humanos. En las negociaciones relativas a la Declaración Ministerial de la OMC de noviembre de 2001 sobre el acceso a los medicamentos y el examen previsto en el párrafo 3 b) del Artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC, el "Grupo de África", por ejemplo, se refirió explícitamente a los derechos humanos como criterios para interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁷ Ver, por ejemplo, el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los ADPIC (E/CN.4/Sub.2/2001/13) y la Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 2001/21, Naciones Unidas, sobre "Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos" (E/CN.4/Sub.2/RES/2001/21 del 16 de agosto de 2001).

internacional.¹⁸ Del mismo modo que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, sobre el derecho a la inviolabilidad del hogar y la protección de la libertad de expresión en el ámbito comercial) tuvieron repercusiones sobre la interpretación judicial y la aplicación de las disposiciones económicas y comerciales del Tratado de las CE,¹⁹ también la jurisprudencia de organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, regionales y nacionales puede tener pertinencia jurídica para la futura interpretación de las normas de la OMC, como acertadamente lo puso de relieve el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.²⁰

- (9) El derecho de la OMC puede ser aplicable o constituir un contexto jurídico pertinente a las diferencias relativas a inversiones amparadas por los, hoy en día, más de 2100 tratados bilaterales de inversiones (TBI) que incluyen amplias garantías para la solución de diferencias entre Estados, entre un inversionista y un Estado y a nivel nacional.²¹ Por ejemplo, el derecho de la OMC y las diferencias sustanciadas en el marco de la OMC relativas a la discriminación de proveedores de servicios extranjeros o de titulares extranjeros de derechos de propiedad intelectual pueden ser pertinentes para interpretar las obligaciones de trato nacional de los Estados receptores en diferencias afines relativas a inversiones alcanzadas por la jurisdicción de distintos TBI y del CIADI. Los proveedores de servicios y los titulares de derechos de propiedad intelectual tendrán que examinar con mucho detenimiento los foros de solución de diferencias alternativos para hacer que se cumplan sus derechos privados y las obligaciones correspondientes de los gobiernos. En la esfera de las telecomunicaciones internacionales, el reciente informe del Grupo Especial de la OMC encargado del asunto *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones* sirve para ilustrar que los compromisos de acceso a los mercados, los compromisos de trato nacional y otros compromisos adicionales (por ejemplo, relativos a las normas en materia de competencia) aceptados por los Miembros de la OMC para la liberalización de los servicios de telecomunicaciones son justiciables y susceptibles de hacerse cumplir a través del sistema de solución de diferencias de la OMC.²² En cambio, los procedimientos de arbitraje alternativos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) nunca han sido aplicados hasta ahora: los "procedimientos tradicionales de solución de controversias de la UIT, con su aplicación restringida a los Estados Miembros de la UIT y limitada a asuntos relacionados con la interpretación y la aplicación de los instrumentos de la UIT, no son de utilidad alguna para el creciente

¹⁸ Cf. *Schmidberger c. Austria*, Caso C-112/2000, en: *Common Market Law Reports* 2003, 1043-1092. En lugar de describir la manifestación que obstaculizó la libre circulación de mercancías en la autopista austríaca como una barrera al comercio contraria al Artículo 30 y como algo justificado de conformidad con el Artículo 34 del Tratado de las CE o bien como un requisito obligatorio permitido por la "norma de interpretación razonable" incluida en el Artículo 30 del Tratado de las CE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas evitó recurrir a esas categorías tradicionales del derecho comercial y creó una nueva categoría justificativa para la protección de los derechos humanos, haciendo referencia al "amplio margen de discrecionalidad" de las autoridades competentes respecto de un "justo equilibrio" entre las libertades del mercado común y los derechos humanos y a la necesidad de "determinar si las restricciones impuestas sobre el comercio intracomunitario guardan proporción con el legítimo objetivo que se persigue: en el presente caso, la protección de derechos fundamentales" (párrafo 82). Ese "justo equilibrio" es también necesario para interpretar las normas de la OMC. El enfoque del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas orientado hacia el equilibrio entraña de manera acertada que invocar los derechos humanos como justificación de restricciones al comercio no necesariamente debe "triunfar en forma aplastante" sobre todas las normas comerciales concebidas para limitar los abusos del proteccionismo (por ejemplo, los requisitos procesales de la OMC de llevar a cabo y notificar un procedimiento de evaluación de riesgos transparente antes de prohibir la importación de ganado bovino alimentado con hormonas).

¹⁹ Cf. D. Spielmann, "Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies and Complementarities", en: Alston/Bustelo/Heenan (eds.), *The EU and Human Rights*, 1999, 757-780. Sobre la protección judicial otorgada por los tribunales de derechos humanos a la libertad de expresión en el ámbito comercial, que suele ser más amplia que aquella concedida por los tribunales comerciales, ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 25 de agosto de 1998 en el caso *Hertel c. Suiza* (publicada en ECHR Reports 1998 – VI), que arribó a la conclusión de que las restricciones a la libertad de expresión impuestas conforme a la Ley sobre Competencia Desleal de Suiza, y respaldadas por tribunales suizos violaban el Artículo 10 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

²⁰ Cf., por ejemplo, el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre *La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos*, documento E/CN.4/Sub.2/2002/9 (2002).

²¹ Cf. G. Verhoosel, "The Use of Investor-State Arbitration under Bilateral Investment Treaties to Seek Relief for Breaches of WTO Law", en: *JIEL* 6 (2003), 493-506. Ver también la serie de la UNCTAD sobre cuestiones relativas a acuerdos internacionales de inversión, por ejemplo: *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, ONU 1999; *Dispute Settlement: Investor-State*, ONU 2003. Ver también G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", en: *Recueil des Cours* 1997, 251-460.

²² Cf. WT/DS204/R del 2 de abril de 2004.

número de proveedores de equipos y servicios de telecomunicaciones del sector privado independientes de gobiernos o de organizaciones cuasigubernamentales".²³

- (10) Las numerosas garantías de la OMC para el acceso de las partes privadas a tribunales nacionales (presentes, por citar algunos casos, en el Artículo X del GATT, en el Artículo 13 del Acuerdo Antidumping, en el Artículo 23 del Acuerdo sobre Subvenciones y en los Artículos 32, 41-50 del Acuerdo sobre los ADPIC) han dado origen a un creciente número de procedimientos paralelos o sucesivos ante tribunales nacionales y ante los órganos de solución de diferencias de la OMC, por ejemplo sobre el examen de determinaciones antidumping, determinaciones relativas a derechos compensatorios, prácticas de contratación pública y reglamentación de derechos de propiedad intelectual. Como los bienes y servicios son producidos y consumidos por individuos, un grupo especial de la OMC ha puesto de relieve que "uno de los objetivos primordiales del GATT/OMC... es lograr ciertas condiciones de mercado que permitan que florezca esa actividad individual" mediante la protección de la división internacional del trabajo contra restricciones al comercio discriminatorias y otras distorsiones.²⁴ Sin embargo, el mismo grupo especial también hizo hincapié en que "[n]i las normas del GATT ni las normas de la OMC han sido interpretadas hasta la fecha por las instituciones del GATT y de la OMC como un ordenamiento jurídico que surta efectos directos", es decir, que cree no sólo derechos y obligaciones para los miembros de la OMC sino también derechos individuales directos para los comerciantes, los productores y los consumidores.²⁵ Las obligaciones que estipula la OMC han sido reconocidas como una "parte integral del ordenamiento jurídico de las Comunidades" en el ámbito de las CE y han sido incorporadas a la legislación nacional de muchos Miembros de la OMC. Pero el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –al igual que los tribunales nacionales de algunos otros Miembros de la OMC– ha arribado a la conclusión, sobre la base de las estructuras intergubernamentales y los principios de reciprocidad que subyacen al sistema de la OMC, de que el "propósito de los acuerdos de la OMC es regir las relaciones entre Estados u organizaciones regionales para la integración económica y no proteger a los individuos", quienes, como consecuencia, "no pueden basarse en ellos ante los tribunales y... cualquier violación de ellos no dará lugar a una responsabilidad no contractual por parte de las Comunidades".²⁶ Como resultado del generalizado caso omiso que hacen los tribunales nacionales de las normas de la OMC, con frecuencia los procedimientos de solución de diferencias paralelos o sucesivos sustanciados ante tribunales nacionales y ante grupos especiales de la OMC conducen a decisiones contradictorias o de alguna manera incompatibles, lo que entraña inseguridad jurídica, elevados costos de transacción e impugnaciones a la legitimidad de las normas intergubernamentales de la OMC y de los reservados procedimientos de solución de diferencias de dicha Organización.

Contrariamente a la vasta bibliografía y práctica judicial relacionadas con la "selección de foros" y con la "solución alternativa de controversias" (SAC) en el marco de litigios internacionales *privados*, las respectivas elecciones de sede y de los méritos de las jurisdicciones concurrentes para controversias internacionales sobre

²³ A. A. E. Noll, "The Various Approaches to Dispute Settlement Concerning International Telecommunications", en: *Arbitration in Air, Space and Telecommunications Law*, Corte Permanente de Arbitraje (ed.), 2002, 160-192, en 171. Noll distingue entre las "diferencias puramente específicas del sector de las telecomunicaciones" y aquellas que están más relacionadas con el comercio de servicios de telecomunicaciones regulado por el AGCS, y sugiere coordinar los procedimientos de solución de controversias de la UIT (limitados a los instrumentos y Estados Miembros de la UIT) y el mecanismo de solución de diferencias de la OMC en el acuerdo firmado entre la OMC y la UIT de conformidad con el Artículo V del Acuerdo sobre la OMC y la Sección 7 del Anexo sobre Telecomunicaciones del AGCS.

²⁴ Ver: *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, informe del Grupo Especial adoptado el 27 de enero de 2000, WT/DS152/R, párrafos 7.73 et seq.

²⁵ Ver el párrafo 7.72 del Informe del Grupo Especial consignado en la nota al pie 24. El Grupo Especial hace la siguiente e importante salvedad: "El hecho de que las instituciones de la OMC no hayan interpretado hasta la fecha ninguna obligación en el sentido de que surte efectos directos no impide necesariamente que en el ordenamiento jurídico de cualquier Miembro dado, siguiendo sus principios constitucionales internos, se estime que algunas obligaciones confieren derechos a los particulares. Nuestra constatación de hecho no prejuzga ninguna decisión de los tribunales nacionales sobre esta cuestión".

²⁶ De acuerdo con la misma sentencia, "sólo cuando las Comunidades procuraron instrumentar una determinada obligación contraída en el contexto de la OMC o cuando la medida de las Comunidades se refieren expresamente a las cláusulas precisas de los acuerdos de la OMC corresponde a la justicia de las Comunidades examinar la legalidad de la medida en cuestión adoptada por las Comunidades a la luz de las normas de la OMC", cf. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso T-210/00 (*Etablissement Biret SA c. el Consejo de la UE*), en: *Common Market Law Reports* 31 (2002), 787 808 (párrafos 71-73).

restricciones gubernamentales (por ejemplo, impuestos, barreras no arancelarias al comercio) y distorsiones comerciales gubernamentales (tales como subsidios y discriminación comercial), así como los problemas afines de la SAC, hasta el momento han sido poco estudiados en el ámbito del derecho comercial internacional *público*. Muchos de los varios cientos de acuerdos comerciales y económicos bilaterales, regionales y mundiales poseen cláusulas sobre procedimientos para la solución de diferencias tanto jurídicas como políticas, en parte con superposición de jurisdicciones y mecanismos de solución de controversias alternativos. Por lo tanto, elegir el foro de prevención y de solución de diferencias correcto y evitar los foros menos ventajosos son, asimismo, tareas importantes en el marco de la política comercial internacional y del derecho mercantil público (ver el Capítulo II más adelante). En el Capítulo III se analizan ejemplos y estudios de casos de SAC en la esfera del derecho comercial público internacional y del derecho de inversiones. Las opiniones sobre cuál es el foro de negociaciones o el foro judicial óptimo pueden diferir en función de si uno se centra en los intereses del gobierno reclamante o del gobierno demandado, o bien en los intereses económicos privados afectados por la diferencia. Por consiguiente, en el Capítulo IV se distinguen cinco categorías diferentes de controversias comerciales internacionales, en función de los conflictos de intereses implícitos en la diferencia en cuestión, y se recomiendan distintos procedimientos de solución de diferencias y de prevención de conflictos para cada categoría de controversia internacional. En el Capítulo V se presentan las conclusiones junto con algunas recomendaciones en materia de políticas para el establecimiento de normas internacionales adicionales sobre la prevención de controversias comerciales internacionales y la coordinación de las jurisdicciones concurrentes.

II. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL: PANORAMA GENERAL

En un mundo con escasos recursos, demanda ilimitada y competencia entre miles de millones de individuos que atienden a sus propios intereses y unos doscientos Estados soberanos, los conflictos de intereses y las controversias son hechos inevitables en todas las sociedades. Las controversias o diferencias se caracterizan por (a) desacuerdos específicos respecto de cuestiones de hecho, de derecho y de política entre (b) dos o más partes de manera tal que (c) una demanda o reclamación de una parte tiene como réplica un rechazo, una reconvencción o una denegación de la otra parte. A fin de distinguir las controversias de las demandas divergentes, las "controversias" o "diferencias" pueden definirse mediante el siguiente criterio adicional (d): que una o más partes requieren que se solucione el conflicto a través del recurso a procedimientos adicionales de solución de diferencias.²⁷ La estrecha interrelación entre controversias entre gobiernos y controversias entre partes privadas se ve reflejada en muchos informes sobre solución de diferencias de la OMC, por ejemplo cuando un grupo especial de la OMC puso de relieve que las diferencias entre países que mantienen relaciones comerciales, así como sobre violaciones de las normas de la OMC, suelen derivar del trato discriminatorio de productores, comerciantes y otros participantes individuales en el mercado por parte de Estados Miembros de la OMC:

"En la mayoría de las oportunidades y cada vez con mayor frecuencia el comercio es llevado a cabo por operadores privados. Es a través de las mejoras en las condiciones para esos operadores privados que los Miembros se benefician de las disciplinas de la OMC. La denegación de beneficios a un Miembro como consecuencia de una infracción suele ser indirecta y deriva de las repercusiones que la infracción tiene en el mercado y las actividades de los individuos que operan en él".²⁸

Este capítulo comienza con una breve exposición general de los diez métodos tradicionales de solución de controversias del derecho internacional público, que también están disponibles en el derecho de la OMC (ver la Sección 1). Luego se explica por qué, desde la perspectiva de los ciudadanos, estos métodos intergubernamentales suelen no ser ni legalmente efectivos ni económicamente eficientes para prevenir o solucionar diferencias transfronterizas entre productores, inversionistas, comerciantes y consumidores privados y gobiernos extranjeros (ver la Sección 2). Dado que la mayoría de las diferencias entre Estados que se sustancian en el ámbito de la

²⁷ Ver F. Berman, "Legal Theories of International Dispute Prevention and Dispute Settlement", en: E. U. Petersmann/M. Pollack (referencia en nota al pie 8), 451-464.

²⁸ Informe del Grupo Especial de la OMC sobre Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, WT/DS152/R, párrafo 7.77.

OMC son suscitadas por reclamaciones privadas (por ejemplo, con arreglo a los procedimientos de reclamación dispuestos en el Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos o a los procedimientos homólogos estipulados en el Reglamento sobre Obstáculos al Comercio de las CE) y muchos procedimientos de solución de diferencias en el marco de la OMC se llevan a cabo a través de "asociaciones públicas-privadas" entre las partes reclamantes privadas y los representantes de sus gobiernos en la OMC,²⁹ examinar la "mejor alternativa a un acuerdo negociado" (MAAN o BATNA en inglés),³⁰ así como los métodos de SAC, debe ser el punto de partida para que los litigios o las estrategias de prevención de diferencias resulten exitosos (ver la Sección 3).

1. Los diez métodos tradicionales de solución de diferencias en el derecho internacional público y en el derecho de la OMC

En los numerosos tratados sobre solución internacional de diferencias firmados desde que tuvieron lugar las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales³¹ suelen distinguirse diez métodos diferentes de solución de diferencias internacionales: (1) las negociaciones bilaterales y/o multilaterales; (2) los buenos oficios; (3) la mediación; (4) las investigaciones; (5) las conciliación; (6) el arbitraje institucionalizado o *ad hoc*; (7) el arreglo judicial por parte de tribunales permanentes; (8) el "recurso a organismos o acuerdos regionales" o (9) a "otros medios pacíficos de su elección" (Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas), y (10) el arreglo de controversias en el ámbito del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (según lo dispuesto en los Artículos 34 a 38 de la Carta de las Naciones Unidas) o de otros órganos de las Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales³² Muchos tratados internacionales, incluidos la Carta de las Naciones Unidas y el Acuerdo sobre la OMC, consideran estos procedimientos jurídicos y políticos como opciones complementarias y definen las condiciones para recurrir a ellos. Los principios del derecho internacional de la "libre elección de los medios" y del "consentimiento internacional" como condición previa para la adjudicación internacional suponen que –salvo por la obligación general del derecho internacional de "[arreglar] sus controversias internacionales por medios pacíficos" (Artículo 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas) – ningún método de solución de controversias tiene prioridad legal sobre cualquiera de los otros a menos que los países acuerden lo contrario (por ejemplo, en el Artículo 23 del ESD y el Artículo 292 del Tratado de las CE).

Incluso con posterioridad a la creación de la Corte Permanente de Arbitraje en 1899 y de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en 1920, las negociaciones han sido el medio principal para la prevención o solución de diferencias entre Estados. Las negociaciones bilaterales y los "métodos políticos" de arreglo de controversias con la asistencia de terceros (cf. *Cuadro 1*) pueden entrañar ventajas importantes, tales como: mayor flexibilidad, privacidad y control de las partes sobre el resultado; costos menores en términos comparativos; la toma en cuenta de consideraciones tanto políticas como legales, y el hecho de evitar situaciones en las que hay un ganador y un perdedor. Sin embargo, y pese al creciente número de disposiciones en los tratados internacionales sobre buenos oficios, mediación, investigación y conciliación, estos *medios diplomáticos* de solución de controversias con la asistencia de terceros (por ejemplo, con comisiones de investigación y comisiones de conciliación) son invocados con menor frecuencia en la esfera de las relaciones económicas internacionales que los *métodos jurídicos* alternativos de resolución, el arbitraje o los mecanismos de solución de controversias cuasijudiciales.³³ A modo de crítica, suele decirse que los "métodos diplomáticos" de solución de controversias (como las "limitaciones voluntarias de las exportaciones") están "orientados por el poder del

²⁹ Cf. Greg Shaffer, *Defending Interests – Private/Public Partnerships in WTO Litigation*, 2003.

³⁰ La importancia de examinar la MAAN propia se explica en: R. Fisher/W. Ury, *Getting to Yes. Negotiating Agreement without Giving In*, 2ª ed. 1991

³¹ Cf. K. Oellers-Frahm/N. Wühler, *Dispute Settlement in Public International Law. Texts and Materials*, Springer Publishers Berlin 1984; *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*, ONU, Nueva York 1992.

³² Para hallar explicaciones sobre las diferencias entre estos procedimientos ver, por ejemplo: J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 3ª ed. Manchester University Press 1998.

³³ Cf. Merills (referencia en nota al pie 32) y C. Chinkin, "Alternative Dispute Resolution under International Law", en: M. Evans (ed.), *Remedies in International Law*, 1998, en 123, 124.

más fuerte", que no se centran lo suficiente en el fondo del caso de cada parte, que debilitan las normas previamente acordadas y que socavan la seguridad jurídica.

Los métodos jurídicos de solución de diferencias permiten decisiones legalmente vinculantes y basadas en las normas emitidas por jueces independientes conforme al "debido proceso legal" y a normas de fondo acerca de las cuales previamente se acordó que reflejan los intereses de largo plazo de las partes en la diferencia. Según al Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas, la CIJ sería el "órgano judicial principal" para la solución de controversias entre Estados Miembros de la ONU. Sin embargo, hasta ahora menos de un tercio de los 191 Estados Miembros de la ONU ha aceptado la jurisdicción obligatoria de la CIJ (Artículo 36 del Estatuto de la CIJ), y lo ha hecho con serias reservas. Los alrededor de cien procedimientos contenciosos sometidos ante la CIJ desde 1946 estuvieron relacionados principalmente con diferencias relativas a la delimitación territorial y a tratados bilaterales. Sólo unas pocas controversias económicas o relativas a inversiones fueron formuladas ante la CIJ; además, la CIJ y el órgano que la precedió, la CPJI, prácticamente nunca emitieron decisiones sobre controversias comerciales internacionales.³⁴ Debido a que los individuos, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones intergubernamentales carecen de legitimación activa ante la CIJ, y a raíz de la prolongada duración y las numerosas deficiencias de los procedimientos ante esa Corte, las probabilidades de convertir a la CIJ en un verdadero tribunal mundial con jurisdicción universal obligatoria –por ejemplo, para solucionar también las diferencias jurisdiccionales derivadas de superposición de jurisdicciones para el arreglo de controversias internacionales específicas (algo similar a la tarea del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con las controversias que surgen en virtud del Convenio de Bruselas y del Convenio de Lugano acerca de la jurisdicción de los tribunales nacionales en controversias transfronterizas)– son escasas: la mayoría de los Estados se muestra renuente a facultar a la CIJ para decidir sobre disputas internacionales que los mismos Estados, y por buenas razones (como la falta de especialización de la CIJ en derecho económico internacional), hasta ahora han excluido de la jurisdicción de la CIJ.³⁵ Así como muchos Estados miembros del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH) han presentado reservas que limitan la jurisdicción de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU para entender reclamaciones de conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU en caso de que la misma reclamación esté pendiente de solución ante los órganos de derechos humanos establecidos con arreglo al CEDH, la mayoría de los miembros de acuerdos regionales de integración económica (tales como las CE, el Área Económica Europea y el TLCAN) se muestran renuentes a limitar la jurisdicción exclusiva de los tribunales económicos regionales y mundiales (como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE–, el Tribunal de la AELC y los órganos de solución de diferencias de la OMC) a favor de una jurisdicción de la CIJ para resolver conflictos de jurisdicción y problemas afines de elección de foros y procedimientos paralelos o sucesivos entre órganos judiciales especializados en el derecho económico internacional.

Los métodos jurídicos de solución de diferencias económicas internacionales se caracterizan por una creciente proliferación de tribunales regionales y mundiales y de procedimientos de solución de diferencias cuasijudiciales (por ejemplo, en la OMC), que se basan cada vez más en métodos de solución de controversias alternativos, por ejemplo el *arbitraje internacional mixto* entre un Estado y una parte privada. Todos los principales métodos de solución de diferencias alternativos del derecho internacional público –por ejemplo, las consultas bilaterales y multilaterales, los buenos oficios, la conciliación, la mediación, los procedimientos de grupos especiales y el examen en apelación, el arbitraje, la adjudicación nacional e internacional– también están contemplados en el derecho de la OMC para la prevención y la solución de diferencias comerciales internacionales (cf. *Cuadro 2*). Contrariamente a las restricciones impuestas por la CIJ a la intervención de terceros en virtud de los Artículos 62 y 63 de su Estatuto,³⁶ los procedimientos de solución de diferencias del GATT

³⁴ Cf. G. Jaenicke, "International Trade Conflicts before the PCIJ and the ICJ", en: E. U. Petersmann/G. Jaenicke (eds.), *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, 1992, en 43, 44; P. S. Rao, "Course on Dispute Settlement: International Court of Justice", ONU 2003.

³⁵ Cf. Shany (referencia en nota al pie 2), 273-277.

³⁶ Para mayor información sobre las restricciones que la CIJ impone sobre la "intervención discrecional" conforme al Artículo 62 de Estatuto de la CIJ (para lo cual el tercero que desea intervenir debe especificar un "interés de carácter jurídico" así como "cualquier base de jurisdicción que se sostenga que existe entre el Estado que solicita intervenir y las partes en el caso", cf. Artículo 81 del Reglamento de la Corte) y sobre la "intervención de derecho" según lo dispuesto en el Artículo 63 del Estatuto de la CIJ, ver: S. Rosenne, *Intervention in the International Court of Justice*, 1993; C. Chinkin, *Third Parties in International Law*, 1993.

y de la OMC se caracterizan por la frecuente participación de terceros en las consultas, en los procedimientos de los grupos especiales y en el examen en apelación como un medio para evitar conflictos y prevenir diferencias adicionales.³⁷ Los derechos (por ejemplo, con arreglo al Artículo 4.11 del ESD) de terceros Miembros de la OMC que tengan un "interés comercial sustancial" para solicitar asociarse a las consultas que tienen lugar de conformidad con el Artículo XXII del GATT de 1994 (o con disposiciones análogas de otros acuerdos abarcados) se ejercen con frecuencia, del mismo modo que la pluralidad de reclamaciones por parte de más de un Miembro de la OMC según lo dispuesto en el Artículo 9 del ESD es habitual en el contexto de la OMC. Por ejemplo, en el procedimiento del Grupo Especial sustanciado en 1996/1997 contra las restricciones de las CE a la importación de banano, hubo cinco partes reclamantes, ocho Miembros de la OMC que intervinieron en respaldo de esa "pluralidad de partes reclamantes" y doce países Miembros de la OMC que intervinieron en respaldo de las CE en su calidad de parte demandada (los quince Estados Miembros de las CE participaron en la diferencia como integrantes de una delegación de las CE sin un estatus formal de "codemandados" ni de "terceros").

2. ¿Por qué los métodos de solución de diferencias entre gobiernos suelen ser subóptimos en el marco del derecho económico internacional?

La mayoría de las transacciones económicas y comerciales tienen lugar entre productores, inversionistas, comerciantes y consumidores privados. Las diferencias comerciales internacionales giran en torno de cómo conciliar los respectivos intereses de los productores, inversionistas, comerciantes y consumidores con los intereses públicos de los países exportadores e importadores afectados. Los métodos óptimos de prevención y de solución de diferencias deberían tener por objeto regular esos conflictos de intereses de una manera no discriminatoria y en pro de un mayor bienestar (por ejemplo, limitando la discriminación fronteriza que reduce el bienestar) y deberían ofrecer protección y facultades legales a todos los actores intervinientes para defender sus legítimos derechos y solucionar las diferencias en forma descentralizada. La prevención y la solución de diferencias se caracterizan por garantías nacionales, internacionales y transnacionales cada vez más precisas sobre igualdad de libertades y el imperio de la ley, las cuales limitan el abuso de poder en las relaciones nacionales, internacionales y transnacionales para beneficio de la libertad jurídicamente protegida, de las condiciones de competencia no discriminatoria y del respeto de los derechos humanos. Como las normas no se aplican por sí mismas, y los conflictos de intereses y las controversias sobre la interpretación y aplicación de normas son hechos inevitables en todas las sociedades, el imperio de la ley depende de la existencia del derecho a recursos legales y judiciales efectivos, tal como se lo reconoce en la legislación moderna sobre derechos humanos (como en el Artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). Por consiguiente, las controversias y los litigios deberían no sólo considerarse negativos (por ejemplo, en vista de sus costos). La "lucha por los derechos", así como la protección y el equilibrio judicial de los derechos, suelen ser elementos necesarios para la clarificación, el desarrollo progresivo y la efectividad de las normas.

Desde el punto de vista de los operadores económicos privados, el respetar las normas tradicionales del derecho internacional sobre el agotamiento previo de los recursos locales y la subsiguiente adhesión a reclamaciones de partes privadas contra gobiernos extranjeros por parte del Estado receptor a fin de dar inicio a la protección diplomática y a procedimientos entre gobiernos suele significar que los recursos legales y judiciales pueden tornarse disponibles sólo después de muchos años de surgida la controversia. Por ejemplo, el fallo de la CIJ en el caso *ELSI*, una controversia entre los Estados Unidos e Italia sobre el trato otorgado a los inversionistas estadounidenses en Palermo, fue dictado más de veinticinco años después de que surgiera la diferencia relativa a inversiones en Italia.³⁸ Más aún, el fallo del caso *ELSI* ha sido objeto de severas críticas en la bibliografía.³⁹

³⁷ Cf. F. Weiss, "Third Parties in GATT/WTO Dispute Settlement Proceedings", en: *Liber Amicorum Paul de Waart*, 1998, 458-472; M. Footer, "Some Aspects of Third Party Intervention in GATT/WTO Dispute Settlement Proceedings", en: E. U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, 1997, 211-244.

³⁸ Informes de la CIJ 1989, 15-121; *ILM* 1989, 1111-1164. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

³⁹ Ver los comentarios críticos (por ejemplo, sobre la inusual decisión de la CIJ acerca de que una orden de incautación de bienes ilegal conforme a la legislación italiana no sólo debería constituir una violación de las obligaciones del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación) de F. A. Mann, "Foreign Investment in the ICJ: The *ELSI* Case", en: *AJIL* 1992, 92-102, quien también critica "la falta de apreciación por parte de la Corte de los hechos específicos del caso, el razonamiento estrecho y la adhesión casi total al conceptualismo en vez de a la equidad" (pág. 92) en el fallo de la CIJ en el caso *Barcelona Traction*. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

Los dos años y medio que transcurrieron entre la iniciación del procedimiento en la CIJ el 6 de febrero de 1987 y el fallo dictado el 20 de julio de 1989, así como las doce sesiones públicas sostenidas por la Corte para escuchar a los numerosos representantes, asesores letrados y partidarios de los dos Estados, ponen de manifiesto que los procedimientos de la CIJ tienden a durar y a costar mucho más que los arbitrajes del CIADI o los procedimientos de los grupos especiales de la OMC. La falta de legitimación de las partes privadas para acceder a la CIJ, la casi ausencia de laudos sobre daños y perjuicios emitidos por la CIJ y el escaso recurso por parte de la CIJ a las declaraciones testimoniales y de peritos constituyen algunas de las muchas razones por las que el recurso de las partes privadas a los Tribunales de las CE, al Tribunal de la AELC, al TLCAN o al arbitraje del CIADI, sin la condición del agotamiento previo de los recursos locales (cf. el Artículo 26 del Convenio del CIADI), suele ser considerado por las empresas como más apropiado para el arreglo de diferencias internacionales comerciales y relativas a inversiones y para presentar reclamaciones por reparaciones por daños y perjuicios.⁴⁰

En el derecho comercial nacional e internacional *privado*, la SAC está siendo reconocida cada vez en mayor medida como una alternativa importante al arbitraje contencioso o a los litigios en tribunales, cuyos costos más altos, duración más prolongada y a veces menor previsibilidad (por ejemplo, en el caso de jurados y daños punitivos) se consideran menos ventajosos que la SAC.⁴¹ Los diversos métodos de SAC (tales como la mediación, las encuestas de indagación por parte de un perito neutral y los minijuicios) difieren de los procesos judiciales en virtud de la intervención acordada de un tercero que ayuda a las partes a solucionar su controversia de una manera más flexible, expedita, confidencial y menos costosa, aunque sin que se emita una decisión legalmente vinculante. El carácter voluntario, no vinculante e informal de los procedimientos de SAC garantiza el control de las partes sobre su controversia y se centra en la elaboración de soluciones en las que ambas partes ganan, lo cual ahorra tiempo y costos y fortalece las relaciones personales y comerciales entre las partes en la diferencia. Se considera que la SAC es especialmente ventajosa para las relaciones comerciales internacionales y las controversias entre partes que tienen sistemas jurídicos y culturas diferentes, sobre todo si las partes están interesadas en continuar con la cooperación a largo plazo, si su controversia no gira en torno de un principio primordial del derecho y si no existen discrepancias en cuanto a sus respectivas posiciones y poder de negociación. Una vez que se firma un acuerdo de solución aceptable para ambas partes, el resultado de la SAC puede tornarse legalmente vinculante, aunque –en términos ideales– sin que haya un "perdedor" y sin estar limitado a los recursos judiciales tradicionales (como el cumplimiento específico, la rescisión del contrato o los daños y perjuicios).

3. Las asociaciones públicas-privadas en los litigios sustanciados en el marco de la OMC: La necesidad de examinar la "Maan" propia

Solamente los Miembros de la OMC pueden ser parte en los procedimientos de solución de diferencias de dicha Organización. No obstante, la mayoría de las reclamaciones formuladas ante la OMC surgen a partir de demandas nacionales privadas, por ejemplo con arreglo al Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos y al correspondiente Reglamento sobre Obstáculos al Comercio de las CE.⁴² Este origen privado de la mayoría de las diferencias sustanciadas ante la OMC se refleja en la manera en que se designan muchas de esas diferencias, utilizando el nombre de las compañías involucradas ("Kodak/Fuji", "Pernod-Ricard/Bacardi-Martini"). Los litigios ante la OMC se caracterizan por "la formación de asociaciones públicas-privadas para perseguir metas divergentes pero complementarias".⁴³ Esta confusión de los intereses públicos y privados en el derecho comercial internacional torna mucho más importante despejar el siguiente interrogante: ¿los intereses

⁴⁰ Ver, por ejemplo, S. D. Murphy, "The ELSI Case: An Investment Dispute at the ICJ", en: *Yale Journal of International Law*, 391-452, en 439, 442.

⁴¹ Ver, por ejemplo, P. W. Eysten, *Alternative Dispute Resolution in Commercial Disputes*, y A. J. Eijsbouts, "ADR and Arbitration: Advantages and Disadvantages in Commercial Disputes", en: W. P. Heere (ed.), *International Law and the Hague's 750th Anniversary*, 1999, 219-228; A. Redfern/M. Hunter (eds.), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3ª ed. 1999, capítulo 1.

⁴² Cf. C. Tomás García Molyneux, *Domestic Structures and International Trade. The Unfair Trade Instruments of the United States and EU*, 2001.

⁴³ Shaffer (referencia en nota al pie 29), en 4.

de quién deben favorecer las consultas entre gobiernos, la mediación, la conciliación y los procedimientos de grupos especiales, del Órgano de Apelación o de arbitraje en el ámbito de la OMC?

La respuesta de los abogados especialistas en derecho internacional público en el sentido de que se espera que los gobiernos sirvan al "interés público" no logra explicar la realidad política de que los gobiernos suelen violar sus obligaciones contraídas como Miembros de la OMC o recurrir a procedimientos de solución de diferencias entre gobiernos de la OMC con el objeto de proteger los poderosos intereses de ciertos grupos a cambio de su respaldo político. En el caso de las reclamaciones formuladas ante la OMC por parte de los Miembros menos adelantados de dicha Organización, los cuales tienen menos recursos administrativos y menor experiencia y conocimientos jurídicos, los reclamantes privados (por ejemplo, una industria exportadora) a veces preparan la reclamación, costean los gastos de asesores letrados externos y participan en el "equipo jurídico" del gobierno Miembro de la OMC que somete la reclamación al procedimiento de solución de la diferencia entre gobiernos. Asimismo, las disposiciones del TLCAN (como el Capítulo XI, sobre la protección de inversiones e inversionistas privados) y los procedimientos de solución de controversias del TLCAN suelen caracterizarse por estar centrados en intereses comerciales unilaterales (por ejemplo, en el Artículo 1110 del TLCAN, sobre la indemnización sin demora al valor justo de mercado de la "inversión expropiada"), lo que, comparado con el derecho de la integración europea, parece estar menos permeada por "disposiciones de interés público". La prevención de las controversias y una solución acordada pueden, por consiguiente, requerir negociaciones a múltiples niveles no sólo entre los gobiernos, sino también entre las partes privadas interesadas y entre las partes privadas y sus respectivos gobiernos.

Las teorías de la negociación subrayan la importancia de tener presente la "MAAN" (mejor alternativa a un acuerdo negociado) propia, de manera de asegurar que la negociación produzca mayores beneficios que el resultado que se obtendría en forma unilateral sin negociar. Si el interés primordial radica en la aclaración judicial del sentido controvertido de una obligación jurídica existente a fin de evitar futuras diferencias, el recurso unilateral a una jurisdicción obligatoria (por ejemplo, de un grupo especial de la OMC, del Tribunal de Justicia de las CE o de un tribunal nacional) puede ser la "MAAN" preferida. Si la "MAAN" de la parte más débil no incluye la posibilidad de someter la diferencia en forma unilateral a una jurisdicción obligatoria previamente acordada (como es el caso de las controversias relacionadas con la mayoría de los Miembros de la ONU que no han reconocido la jurisdicción obligatoria de la CIJ), la parte más fuerte puede verse tentada a recurrir a su poder de negociación para oponerse a la solicitud de la parte más débil de someter la diferencia al arbitraje por terceras partes. La teoría de juegos⁴⁴ demuestra que el principio del *tit-for-tat* (toma y daca u ojo por ojo) previsible constituye la mejor estrategia para promover la cooperación recíproca entre egoístas en un contexto descentralizado en el cual, al igual que en muchas esferas del derecho internacional, no existe una autoridad central que pueda aplicar normas internacionales acordadas.

Por ejemplo, el hecho de que hasta ahora ninguno de los países menos adelantados (PMA) haya intervenido como parte reclamante o demandada en un procedimiento de un grupo especial de la OMC parece obedecer *no* a la ausencia de diferencias, sino más bien a la preferencia de solucionarlas sin recurrir al costoso mecanismo de la OMC, por ejemplo en vistas del hecho de que la mayoría de sus exportaciones tienen lugar bajo preferencias arancelarias voluntarias otorgadas con arreglo a la Decisión sobre el trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo (o "Cláusula de Habilitación") adoptada en el marco del GATT en 1979⁴⁵ y de conformidad con "dispensas" especiales de la OMC (por ejemplo, para las preferencias arancelarias de las CE según el Acuerdo de Cotonou firmado con setenta y siete países africanos, del Caribe y del Pacífico). Los PMA suelen carecer de los recursos jurídicos, económicos y profesionales necesarios para los costosos y prolongados litigios en el marco de la OMC así como de un respaldo privado adecuado por parte de sus industrias exportadoras para preparar la reclamación a ser presentada ante la OMC. Las eventuales medidas correctivas comerciales que ofrece el derecho de la OMC (cf. los Artículos 3.7 y 19 del ESD) pueden, asimismo, resultar menos atractivas para los PMA que la alternativa de la indemnización por

⁴⁴ Cf. R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 1984, sobre todo en 27, 180.

⁴⁵ Ver, sin embargo, el procedimiento de un grupo especial de la OMC favorable a la India en el que este país impugnó la coherencia jurídica, recurriendo al GATT de 1994 y la Cláusula de Habilitación, de ciertas condiciones y preferencias comerciales discriminatorias del Esquema del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) de las CE, cf. WT/DS264/R del 1º de diciembre de 2003.

daños y perjuicios que puedan obtener en procedimientos de solución de diferencias alternativos. Sin embargo, en vistas de las asimetrías en cuanto al poder de negociación entre los PMA y sus socios comerciales desarrollados, recurrir a los servicios jurídicos especiales brindados por el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC⁴⁶ y, hasta cierta medida, también por la OMC (cf. el Artículo 27.2 del ESD) puede ser importante para aclarar cuáles son los derechos y las obligaciones pertinentes y las estrategias de solución de diferencias más ventajosas. Las consultas multilaterales conjuntas, la renegociación de las normas de la OMC (por ejemplo, en la Ronda de Desarrollo de Doha) o las solicitudes de "dispensas" *ad hoc* pueden representar estrategias de prevención de diferencias más favorables para los PMA que los litigios ante la OMC.

III. LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS (SAC) EN LA OMC: ALGUNOS ESTUDIOS DE CASOS

Antes de la entrada en vigor en 1995 del Acuerdo sobre la OMC, el derecho comercial internacional, el derecho de inversiones y el derecho de la propiedad intelectual habían evolucionado en marcos institucionales diferentes (por ejemplo, el GATT, la OMPI, el Grupo del Banco Mundial) que tenían disposiciones distintas sobre procedimientos de solución de diferencias (tales como el Artículo XXIII del GATT, la CIJ y el CIADI). El derecho de la OMC, en cambio, abarca no sólo el comercio internacional de bienes y servicios sino también los aspectos de los derechos de propiedad intelectual y de las inversiones relacionados con el comercio (por ejemplo, conforme al Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, el AGCS y el Acuerdo sobre Contratación Pública, todos de la OMC). El ESD brinda a los Miembros la posibilidad de elegir entre consultas bilaterales y multilaterales (Artículo 4), buenos oficios, conciliación y mediación (Artículo 5), establecimiento de grupos especiales de solución de diferencias (Artículo 6 a 16), examen en apelación (Artículo 17) y arbitraje (Artículos 21, 22 y 25). El Artículo 23 del ESD exige que los Miembros solucionen sus diferencias sobre la interpretación y (no) aplicación de las normas de la OMC conforme a los procedimientos de la OMC a tal efecto. Sin embargo, esta obligación de recurrir a la "jurisdicción obligatoria de la OMC" no elimina la necesidad de analizar las opciones de la SAC.⁴⁷

1. El asunto sobre Havana Club sustanciado ante la OMC: Las diferencias privadas relativas a la propiedad intelectual no deben convertirse innecesariamente en controversias políticas internacionales

El asunto *Havana Club* entre las CE y los Estados Unidos sustanciado ante la OMC surgió a partir de una controversia comercial privada entre Pernod Ricard, una destiladora y distribuidora multinacional con sede en Francia, y Bacardi-Martini, otra destiladora y distribuidora multinacional pero con sede en los Estados Unidos, acerca de sus derechos sobre la marca comercial Havana Club.⁴⁸ Cada una de las compañías tenía pleno conocimiento de que sus respectivos reclamos sobre la marca eran objeto de controversia en vista de la nacionalización de los derechos sobre las marcas de fábrica o de comercio por parte del gobierno cubano a principios de la década de 1960. Después de haber ventilado su diferencia en tribunales de los Estados Unidos, las compañías lograron convertir su controversia privada en una impugnación intergubernamental de las normas comerciales mundiales, con el riesgo de enfrentar sanciones comerciales transatlánticas. Si hubieran sometido su controversia privada al arbitraje privado de un tercero o a la mediación (por ejemplo, ante el

⁴⁶ El Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC se creó en virtud de un acuerdo internacional rubricado por 29 países en la Reunión Ministerial de la OMC celebrada en Seattle el 1º de diciembre de 1999 y que entró en vigor en julio de 2001. El primer informe anual sobre las actividades que realizó entre julio de 2001 y junio de 2002 se publica en su sitio www.acwl.ch.

⁴⁷ La SAC suele definirse como "un término general que suele hacer referencia a alternativas a la solución de controversias por parte de tribunales, tales como la negociación, la mediación, el arbitraje, los minijuicios y los juicios sumarios por jurados", cf. J. M. Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution*, 2ª ed. 2001, en 1-2. En este trabajo, el término "SAC" se emplea en un sentido más amplio que comprende todas las opciones alternativas políticas y legales, nacionales e internacionales de solución de controversias. Para consultar un análisis sobre los procedimientos y las prácticas de SAC en el derecho internacional, ver también el artículo de K. Venkata Raman, "Course on Dispute Settlement: Good Offices, Mediation and Conciliation of International Trade and Investment Disputes", UNCTAD 2003.

⁴⁸ Para consultar un estudio detallado del caso, ver: F. M. Abbott/T. Cottier, "Dispute Prevention and Dispute Settlement in the Field of Intellectual Property Rights and Electronic Commerce: US-Section 211 Omnibus Appropriations Act 1998 ('Havana Club')", en: Pollack/Petersmann (referencia en nota al pie 8), 429-447.

Centro de Arbitraje de la OMPI), se podría haber evitado la diferencia política internacional y determinado la titularidad de los derechos privados de manera más rápida y efectiva.

La reclamación intergubernamental de las CE estuvo dirigida contra el asunto *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley Ómnibus de Asignaciones de 1998*. La principal cuestión formulada ante el Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la OMC era si el Artículo 211 de la Ley Ómnibus de Asignaciones de 1998, sobre todo su prohibición de reconocer y hacer respetar marcas de fábrica o de comercio conectadas con las relaciones comerciales cubanas, era compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC.⁴⁹ El Órgano de Apelación, aplicando las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, ratificó la opinión del Grupo Especial acerca de que el Artículo 6^{quinquies} del Convenio de París exige aceptar marcas de fábrica o de comercio para su registro en la misma forma, sin eliminar la facultad discrecional del Miembro de aplicar normas relativas a otros derechos sobre las marcas. Se decidió que los Artículos 15 y 16 del Acuerdo sobre los ADPIC no impiden a un Miembro de la OMC tomar sus propias decisiones respecto de la titularidad de las marcas dentro de los límites establecidos por el Convenio de París. Se sostuvo que el Artículo 42 del Acuerdo sobre los ADPIC, acerca de los procedimientos judiciales de observancia, no obliga a un Miembro a permitir la adjudicación de toda reclamación de fondo relacionada con derechos sobre marcas de fábrica o de comercio que podría formular una parte, si *ab initio* se determina fehacientemente que esa parte no posee un interés sobre la marca en cuestión. En síntesis, el Órgano de Apelación confirmó el derecho de los Estados Unidos a denegar el registro y la aplicación de marcas de fábrica o de comercio que a su juicio han sido confiscadas en violación del derecho internacional.

Contrariamente a la decisión del Grupo Especial de la OMC acerca de que ciertas diferencias jurídicas formales en el trato otorgado a los nacionales de los Estados Unidos y los nacionales extranjeros en la legislación estadounidense pertinente no equivalían a una infracción de las obligaciones sobre trato nacional dispuestas en el Artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Órgano de Apelación decidió que –aún cuando las probabilidades de discriminación efectiva podrían ser escasas– la *posibilidad* de que se presentaran obstáculos procesales adicionales para los nacionales no estadounidenses era *en sí misma menos favorable* y contraria al Artículo 3.⁵⁰ En el mismo sentido, el Órgano de Apelación decidió que el trato formalmente diferente otorgado a los nacionales de Cuba y de otros países extranjeros ("nacionales extranjeros no cubanos") determinaba *prima facie* una incompatibilidad con la obligación de trato de nación más favorecida (Artículo 4 del Acuerdo sobre los ADPIC). Sin embargo, en virtud de que la principal reclamación de las CE sobre que los Estados Unidos carecían de la facultad de denegar la titularidad de la marca en cuestión para los Estados Unidos no fue respaldada por el Órgano de Apelación, el riesgo de que se impusieran sanciones comerciales transatlánticas con el objeto de aplicar esas interpretaciones muy estrictas de los Artículos 3 y 4 –sanciones que acarrearían efectos perjudiciales para los comerciantes y consumidores de las CE y los Estados Unidos que no tenían participación en esta diferencia– era un peligroso resultado de convertir "una diferencia comercial de carácter ordinario sobre marcas de fábrica o de comercio entre dos empresas privadas bien financiadas en una cuestión de alta política".⁵¹

2. Las diferencias sustanciadas ante la OMC sobre medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC) pueden solucionarse de manera más efectiva fuera del ámbito de la OMC

Las cuatro diferencias en las que estuvo en juego el Acuerdo sobre las MIC que se han sustanciado hasta ahora en la OMC, así como el creciente número de diferencias en el ámbito de la OMC relativas a los derechos de partes privadas como proveedores de servicios, inversionistas extranjeros y titulares de derechos de propiedad intelectual de conformidad con el AGCS y con el Acuerdo sobre los ADPIC, suelen implicar controversias en torno no sólo a los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC sino también a derechos privados y

⁴⁹ Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley Ómnibus de Asignaciones de 1998*, WT/DS176/AB/R, 2 de enero de 2002 ("EE.UU. – Havana Club").

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 265.

⁵¹ Abbott/Cottier (referencia en nota al pie 48), en 439.

reclamaciones por daños ocasionados por medidas ilegales adoptadas por gobiernos. Dado que alrededor de un tercio del comercio mundial es comercio *intraempresarial* entre filiales de corporaciones multinacionales, las restricciones ilegales al comercio pueden, al mismo tiempo, traducirse en un trato ilegal hacia los inversionistas extranjeros. La mayoría de los TBI estipulan que las obligaciones legales que tienen los Estados receptores de otorgar el trato de la nación más favorecida o el trato nacional a los inversionistas extranjeros deben determinarse a la luz de las normas pertinentes del derecho internacional, lo que puede incluir las obligaciones del Estado receptor en cuestión como Miembro de la OMC. Aún si la diferencia entre gobiernos se somete a la OMC, los operadores económicos privados pueden impugnar la medida del gobierno extranjero mediante un arbitraje entre el Estado y el inversionista conforme a los procedimientos de solución de controversias del TBI o del Capítulo XI del TLCAN, o bien recurriendo al Tribunal de Justicia de las CE (como en el caso de las compañías de Ecuador y de los Estados Unidos exportadoras de banano que impugnaron la restricción de las CE a la importación de banano) o a otros tribunales nacionales. De conformidad con el derecho internacional general y el derecho de la OMC, el recurso de partes privadas a tribunales nacionales o regionales y al arbitraje "mixto", es decir entre un inversionista y un Estado, no impide que el Estado receptor de una inversión inicie procedimientos de solución de diferencias ante la OMC.⁵²

Tanto en la esfera de la OMC como en otros foros, tales diferencias en materia de inversiones relacionadas con el comercio pueden dar lugar a nuevos interrogantes jurídicos y procesales, a saber:

- ¿En qué medida los órganos de solución de diferencias de la OMC pueden aplicar normas sobre inversiones y sobre propiedad intelectual acordadas por las dos partes en la diferencia fuera del marco de la OMC (por ejemplo, con arreglo al Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor y al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptados en diciembre de 1996 y aún no incorporados formalmente al Acuerdo sobre los ADPIC)?
- Dado que en los procedimientos de los grupos especiales y en aquellos de examen en apelación de la OMC el derecho aplicable se limita tradicionalmente al derecho de la OMC y a algunos principios del derecho internacional general, ¿la parte reclamante puede invocar las normas del derecho internacional general sobre responsabilidad de los Estados en una diferencia relativa a una inversión sustanciada ante la OMC y solicitar una indemnización por daños?
- ¿Hay ciertas categorías de diferencias que, en beneficio tanto del país demandante como del país demandado, podrían resolverse en forma más efectiva mediante el "arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias", según lo dispuesto en el Artículo 25 del ESD?
- En virtud de que el derecho de la OMC no ofrece especificaciones sobre los procedimientos de arbitraje, ¿podrían las partes en un "arbitraje en la OMC" utilizar el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados⁵³ como fundamento para un arbitraje mutuamente acordado en la OMC?
- Debido a que, según el Artículo 33 de ese Reglamento de la CPA, el "tribunal arbitral aplicará la ley elegida por las partes o, a falta de acuerdo entre las partes sobre este sujeto, decidirá conforme al derecho internacional", ¿podrían las partes en la controversia solicitar al tribunal arbitral que aplique no sólo el derecho de la OMC sino también el derecho internacional general y, por ejemplo, un tratado bilateral de inversiones (TBI) aceptado por las dos partes?
- Si el país demandado no acepta tal arbitraje "en la OMC" (Artículo 25 del ESD), ¿podría el país reclamante invocar en forma unilateral la "cláusula compromisoria" incluida en muchos TBI que disponen el arbitraje de la CIJ o del CIADI e impugnar las normas discriminatorias del Estado receptor no sólo de conformidad con las obligaciones de no discriminación de la OMC ante un grupo especial de la OMC, sino también según los requisitos sobre no discriminación del TBI ante la CIJ o un tribunal de arbitraje del CIADI?

⁵² Cf., por ejemplo, Verhoosel (referencia en nota al pie 21), en 495.

⁵³ Cf. Corte Permanente de Arbitraje, *Documentos Básicos*, 1998, págs. 41-68. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

- ¿Es posible invocar otras obligaciones procesales o de fondo de tratados internacionales, por ejemplo de convenios multilaterales sobre propiedad intelectual administrados por la OMPI que suelen estipular la jurisdicción de la CIJ, en forma paralela a un procedimiento de solución de diferencias de la OMC?
- ¿Qué categorías de diferencias relativas a inversiones o a la propiedad intelectual podrían, en beneficio tanto del inversionista privado como del Estado receptor, ser tratadas de manera más eficiente en "procedimientos de arbitraje mixto" menos politizados entre el inversionista y el Estado receptor en el marco del CIADI o de la OMPI? ¿Bajo qué condiciones las violaciones de las obligaciones de la OMC pueden implicar que el trato otorgado a los inversionistas perjudicados no es "acorde con el derecho internacional", como lo requieren algunos TBI y el TLCAN (por ejemplo, en el Artículo 1105)?⁵⁴ En caso de violación de las normas de la OMC, ¿la falta de garantías de la OMC sobre indemnizaciones por daños influye sobre la interpretación de las disposiciones pertinentes sobre la responsabilidad de los Estados de los TBI?
- ¿Cuáles son las ventajas y desventajas comparativas y los potenciales problemas legales de sustanciar las diferencias relativas a inversiones y a cuestiones comerciales en el ámbito de la OMC, la CIJ, la CPA, el CIADI, la OMPI, tribunales nacionales o tribunales de arbitraje privados (por ejemplo, aplicando los procedimientos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional o de la Cámara de Comercio Internacional)?

En vista de que tanto conforme al GATT como a la OMC los recursos legales son limitados desde larga data, como lo refleja el Artículo 19 de ESD, es probable que los inversionistas privados y los titulares de derechos de propiedad intelectual escojan someter sus controversias sobre supuestas infracciones de tales derechos privados ante foros de solución de diferencias distintos de la OMC, con la intención de asegurar que se dicten fallos no sólo sobre la ilegalidad y la revocación de las medidas gubernamentales controvertidas, sino también sobre la indemnización por daños y perjuicios. La mayoría de los TBI protegen las inversiones extranjeras con una definición amplia, que comprende los derechos de los inversionistas y los derechos de propiedad intelectual amparados por el AGCS y por el Acuerdo sobre los ADPIC. Mientras que los TBI más antiguos solían estipular que se podía recurrir a la CIJ o al arbitraje *ad hoc* sólo en caso de diferencias entre Estados, los TBI modernos también incluyen disposiciones para el arbitraje de controversias entre un inversionista y un Estado en el ámbito del CIADI, la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) u otras instituciones de arbitraje. La mayoría de los TBI modernos ofrecen la posibilidad de elegir entre distintos regímenes de arbitraje y ya no hacen tanto hincapié en el previo agotamiento de los recursos locales. De conformidad con el CIADI y algunos TBI, el hecho de recurrir al arbitraje entre un inversionista y un Estado puede impedir que se recurra al arbitraje entre Estados cuando se trata de la misma diferencia. Si bien es posible que el arbitraje entre un inversionista y un Estado disponga una indemnización por daños monetarios, los tribunales arbitrales pueden carecer de la facultad de ordenar a un Estado receptor que revoque o modifique una medida gubernamental ilegal.⁵⁵

Las diferencias sustanciadas en el marco del GATT y la OMC acerca de medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio sirven para ilustrar que, por ejemplo, las prescripciones discriminatorias en materia de compras gubernamentales, de resultados y de licencias impuestas a inversionistas extranjeros en violación de los requisitos de trato nacional del GATT/OMC pueden asimismo violar las disposiciones sobre trato nacional de los TBI y dar origen a un arbitraje entre un inversionista y un Estado para decidir sobre una reclamación de indemnización por daños. El Informe del Grupo Especial de la OMC del 2 de julio de 1998 sobre el asunto *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*,⁵⁶ adoptado por

⁵⁴ Sobre esta cuestión, ver la jurisprudencia del TLCAN y las muy restrictivas "Notas de interpretación" adoptadas por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN en julio de 2001, analizadas por Verhoosel (referencia en nota al pie 21).

⁵⁵ Sobre los procedimientos de solución de controversias incluidos en los TBI y cómo difieren en comparación con el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, ver: Consultas y solución de diferencias entre los Miembros, Nota de la Secretaría de la OMC para el Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones, WT/WGTI/W/134 del 7 de agosto de 2002.

⁵⁶ Documento de la OMC WT/DS54/R del 2 de julio de 1998. Este informe de un grupo especial sigue siendo la única instancia en la que se determinó una violación del Acuerdo sobre las MIC. En las otras tres diferencias ante la OMC en las que se plantearon reclamaciones según el Acuerdo sobre las MIC, los grupos especiales declinaron adoptar una resolución sobre las supuestas infracciones de ese Acuerdo fundándose en el principio de "economía judicial", dado que los grupos especiales no estaban convencidos de que las disposiciones en cuestión del Acuerdo sobre las MIC eran más específicas que las disposiciones pertinentes del GATT examinadas por ellos.

la OMC el 23 de julio de 1998, ilustra algunas de las ventajas y potenciales desventajas de sustanciar las diferencias relativas a inversiones ante la OMC. Por ejemplo:

a) El breve período de menos de un año transcurrido entre la composición del Grupo Especial el 29 de julio de 1997 y la adopción del extenso Informe del Grupo Especial (de 398 páginas) por parte del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) el 23 de julio de 1998 demuestra la relativa rapidez de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

b) El Grupo Especial se ocupó de tres reclamaciones en un inicio diferentes presentadas por Japón, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos. Con arreglo al Artículo 9 del ESD, el OSD estableció un grupo especial único para examinar esas tres reclamaciones. El Grupo Especial organizó su examen y presentó sus conclusiones al OSD "de manera que no [resultaran] menoscabados en modo alguno los derechos que habrían gozado las partes en la diferencia si las reclamaciones hubiesen sido examinadas por grupos especiales distintos" (según lo dispuesto en el Artículo 9.2 del ESD). Este "procedimiento aplicable en caso de pluralidad de partes reclamantes" es relativamente frecuente en la práctica sobre solución de diferencias de la OMC y da lugar a importantes sinergias para todas las partes intervinientes.

c) India y Corea intervinieron en el procedimiento como terceros en respaldo de Indonesia. Esta práctica habitual de que intervengan terceros en procedimientos de la OMC brinda ventajas importantes (por ejemplo, en cuanto a prevenir conflictos adicionales entre los países parte en la diferencia) y resulta favorable si se la compara con las raras ocasiones en que se recurre a la intervención de terceros en la CIJ.⁵⁷

d) De manera simultánea con el establecimiento del Grupo Especial en junio de 1997, el OSD aceptó la petición de las CE de iniciar un "proceso de acopio de información" conforme al Anexo V del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC. Estos "Procedimientos para la Obtención de la Información Relativa al Perjuicio Grave" (Título del Anexo V), bastante extraordinarios por cierto, que con posterioridad también fueron invocados por los Estados Unidos y que tuvieron lugar bajo la presidencia del Embajador de Hong Kong como "representante del OSD", exigen que todo Miembro de la OMC coopere "en la obtención de las pruebas que habrá de examinar un grupo especial en los procedimientos previstos... [en el] Artículo 7" (Anexo V, párrafo 1). La amplia información de carácter fáctico formalmente recabada mediante este proceso independiente de acopio de datos fue posteriormente utilizada en el procedimiento del Grupo Especial. Este proceso ilustra las múltiples ventajas de los procedimientos de solución de diferencias institucionalizados en el ámbito de una organización mundial que tiene conocimientos y procesos especiales que resultan beneficiosos para resolver una controversia (ver también, por ejemplo, el asesoramiento administrativo, técnico y jurídico que brindan a los grupos especiales las divisiones operacionales y la División de Asuntos Jurídicos de la OMC).

e) En abril de 1998, todas las partes solicitaron al Grupo Especial que reexaminara, de acuerdo con el Artículo 15.2 del ESD, ciertos aspectos del informe provisional del Grupo Especial del que se había dado traslado a las partes en marzo de 1998. El informe definitivo de junio de 1998 señala que diversas conclusiones de hecho y de derecho del informe provisional fueron aclaradas o modificadas teniendo en cuenta las observaciones de todas las partes sobre el informe provisional. Este procedimiento de reexamen de los informes provisionales establecido en el Artículo 15 del ESD fue inspirado en un proceso similar contemplado en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos y sigue siendo bastante excepcional en la práctica internacional de solución de diferencias si se lo compara con los procedimientos de los tribunales internacionales y de los tribunales de arbitraje.

f) Las constataciones del Grupo Especial comienzan con una serie de *decisiones preliminares* adoptadas en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes y que aclaraban: la participación y las obligaciones de los abogados privados como representantes de Indonesia y miembros de su delegación; la jurisdicción del Grupo Especial en relación con determinados préstamos concedidos en el marco del Programa de Automóviles Nacionales de Indonesia; la presentación y protección de información comercial de dominio privado, y la comunicación de Indonesia acerca de que ya no eran necesarias las decisiones del Grupo Especial porque el Programa de Automóviles Nacionales había caducado. Las decisiones preliminares (por ejemplo,

⁵⁷ Cf., por ejemplo, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1997, Vol. III, en 1481-1556.

sobre el derecho de ser representado por abogados privados ante un grupo especial de la OMC) sirven para ilustrar que los procedimientos de solución de diferencias de la OMC brindan recursos efectivos para tratar en forma expedita las objeciones preliminares de conformidad con las normas generales del derecho internacional.

g) El Grupo Especial dio comienzo a sus conclusiones jurídicas con una exposición general sobre los métodos de interpretación de los tratados aplicados por el Grupo Especial: "El análisis que realizamos en el presente informe se basa en el sentido corriente que ha de atribuirse a los términos de las disposiciones examinadas en el contexto de éstas y teniendo en cuenta su objeto y fin. Al analizar el alcance y fin de esas disposiciones hemos tenido también en cuenta los informes de anteriores grupos especiales del GATT y de la OMC y del Órgano de Apelación, en la medida en que los hemos considerado pertinentes y aplicables a la presente diferencia. No obstante, somos conscientes de que esos informes sólo son vinculantes con respecto a la solución de la diferencia concreta entre las partes en litigio".⁵⁸ Los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación de la OMC siguen distinguiéndose de la mayoría de las demás sentencias en procedimientos de solución de diferencias en virtud de sus frecuentes decisiones sobre los métodos de interpretación de los tratados (tal como se estipulan en los Artículo 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969) y del énfasis que ponen en el sentido corriente de los términos de las normas aplicables de la OMC.

h) El Grupo Especial llegó a la conclusión, *inter alia*, de que los requisitos de contenido nacional del Programa de Automóviles Nacionales de Indonesia habían vulnerado las disposiciones del Artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC; que el impuesto sobre las ventas había tenido aspectos discriminatorios a favor de los vehículos nacionales en violación de las disposiciones del párrafo 2 del Artículo III del GATT; que las ventajas concedidas en materia de derechos de aduana e impuesto sobre las ventas a favor de los "automóviles nacionales" importados de Corea vulneraban el Artículo I del GATT, y que la Comunidades Europeas habían demostrado con pruebas positivas que Indonesia, mediante el uso de subsidios específicos proporcionados con arreglo al Programa de Automóviles Nacionales, había causado perjuicio grave a los intereses de las Comunidades Europeas en el sentido del Artículo 5(c) del Acuerdo SMC. El Grupo Especial desestimó una serie de reclamaciones adicionales, entre las que se incluía una demanda presentada por los Estados Unidos acerca de que Indonesia había incumplido las obligaciones impuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a la adquisición y al mantenimiento de los derechos que confieren las marcas de fábrica o de comercio.⁵⁹ Cuando se lo compara con muchos otros procedimientos de solución de diferencias internacionales que tienden a centrarse en una o dos medidas gubernamentales, el informe del Grupo Especial ejemplifica el frecuente examen simultáneo de una gran cantidad de medidas gubernamentales (en este caso, derechos de aduana e impuestos discriminatorios, prescripciones en materia de compras, subsidios, adquisición y mantenimiento de marcas de fábrica o de comercio) que tiene lugar en el contexto de la OMC a la luz de diversos acuerdos multilaterales. A nivel mundial, prácticamente nunca se someten controversias semejantes relacionadas con derechos de aduana, impuestos, prescripciones en materia de compras, subsidios y marcas de fábrica o de comercio ante la CIJ o ante tribunales de arbitraje internacionales debido a que el Artículo 23 del ESD dispone que los Miembros de la OMC solucionen sus diferencias en virtud de los "acuerdos abarcados" de conformidad con ese Entendimiento.

i) A diferencia de los demás procedimientos de solución de controversias internacionales, los informes de los grupos especiales de la OMC son susceptibles de ser apelados de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 17 del ESD. No obstante, en el asunto sobre las medidas de Indonesia que afectaban a la industria del automóvil, Indonesia no se valió de este recurso legal.

j) Las detalladas disposiciones del ESD sobre la vigilancia multilateral de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones de los procedimientos de solución de diferencias (Artículo 21 del ESD) y sobre la compensación y suspensión de concesiones (Artículo 22) son excepcionales en comparación con otros mecanismos de arreglo de controversias mundiales. Aun cuando Indonesia había manifestado su intención de cumplir con la resolución del

⁵⁸ WT/DS54/R, pág. 323, nota al pie 639. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁵⁹ Para obtener mayores detalles, ver: WT/DS54/R, pág. 398, párrafo 15.1. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

OSD, las CE solicitaron que el "plazo prudencial" para la aplicación de las resoluciones sobre la diferencia fuera determinado mediante arbitraje con arreglo al Artículo 21.3 del ESD. El único Árbitro determinó que, teniendo en cuenta la condición de país en desarrollo de Indonesia y su por entonces grave crisis económica y financiera, "el plazo prudencial para que Indonesia aplique las recomendaciones y resoluciones del OSD en el presente caso es un plazo de 12 meses contados a partir de la fecha de adopción del informe del Grupo Especial por el OSD, es decir un plazo de 12 meses contados a partir del 23 de julio de 1998".⁶⁰ En julio de 1999, Indonesia informó al OSD que había aplicado efectivamente las recomendaciones y resoluciones de dicho Órgano.

Debido a que los países reclamantes no habían solicitado indemnización por daños, el Grupo Especial no adoptó ninguna resolución al respecto. De acuerdo con el párrafo 1 del Artículo 19 del ESD,

"[c]uando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo. Además de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas".

Aún resta por ver en la práctica judicial futura de la OMC si este texto, así como la advertencia del párrafo 2 acerca de que "las constataciones y recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados", excluyen la posibilidad de recurrir a las normas del derecho internacional general sobre la responsabilidad de los Estados y sobre la indemnización por daños ocasionados por infracción de las normas de la OMC.

3. El arbitraje en el marco de la OMC podría permitir ampliar la ley y los recursos aplicables mediante el mutuo acuerdo de las partes

Aún cuando la mayoría de los regímenes jurídicos nacionales limitan la abusiva multiplicidad de foros así como los procesos judiciales paralelos o sucesivos sobre una misma reclamación y entre las mismas partes, reconocen la autonomía jurídica de las partes privadas para solucionar su controversia por medio de un arbitraje mutuamente convenido con sujeción a algunas excepciones relativas a "cuestiones jurídicas no arbitrables" (tales como el derecho penal) sobre las cuales los tribunales nacionales tienen jurisdicción exclusiva. En el mismo sentido, el Entendimiento sobre Solución de Diferencias dispone la jurisdicción exclusiva de los órganos de solución de diferencias de la OMC "[c]uando [los Miembros] traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados" (Artículo 23.1) sin que ello impida un "arbitraje en la OMC" (Artículo 25) mutuamente convenido ni el recurso unilateral al arbitraje internacional de conformidad con los procedimientos especificados en una serie de otras cláusulas del ESD (por ejemplo, Artículos 21.3, 22.6, 22.7, 26.1), en el Acuerdo sobre Subvenciones de la OMC (Artículos 4.11, 7.10, 8.5) y en el AGCS (Artículos XXI, XXII).⁶¹

Según el Artículo 25.1 del ESD, "[u]n procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes". "Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje" (párrafo 2). El ESD no especifica si el "arbitraje en la OMC" debe tener vínculos procesales con el sistema de solución de diferencias de la OMC (por ejemplo, que todas las partes en la diferencia sean Miembros de la OMC y la facilitación de "apoyo técnico y de secretaría" por parte de la Secretaría de la OMC según se dispone en el Artículo 27.1 del ESD) y/o vínculos jurídicos de fondo (por ejemplo, si el derecho de la OMC es la ley aplicable en la diferencia). El texto del Artículo 25 sugiere que estas cuestiones sean resueltas de mutuo acuerdo por las partes, sujeto a la revisión del OSD. El Artículo 3.5 del ESD establece que "los laudos

⁶⁰ Laudo del Árbitro C. Beeby, Arbitraje en virtud del párrafo 3 c) del Artículo 21 del ESD, WT/DS54,55,59,64/12-15 del 7 de diciembre de 1998.

⁶¹ Cf. V. Hughes, "Arbitration within the WTO", en: Ortino/Petersmann (referencia en nota al pie 6), 75-86.

arbitrales... habrán de ser compatibles con dichos acuerdos [abarcados] 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".

Hasta ahora sólo ha habido un arbitraje de conformidad con el Artículo 25. En el asunto Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos – Recurso al Arbitraje Previsto en el Artículo 25 del ESD, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos solicitaron a los árbitros que determinaran el nivel de anulación o menoscabo de ventajas resultante de la incompatibilidad del Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos con el Artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, establecida previamente en un informe de un grupo especial de la OMC adoptado por el OSD.⁶² El laudo de los árbitros fue notificado al OSD en noviembre de 2000 y determinaba que el nivel de las ventajas de las CE que habían quedado anuladas o menoscabadas a consecuencia de la aplicación del Artículo 110(5) ascendía a 1.219.900 euros al año.⁶³ Con posterioridad a extensas negociaciones y sucesivos "informes de situación" de los Estados Unidos sobre sus avances en la aplicación de las resoluciones adoptadas en el marco de la solución de la diferencia en la OMC, en junio de 2003 las CE y los Estados Unidos comunicaron al OSD que habían llegado a un acuerdo temporario satisfactorio para ambas partes sobre la indemnización de los titulares de derechos de autor de las CE en cuestión.

Si los Miembros de la OMC no desean iniciar un procedimiento de arbitraje específico para su caso, pueden recurrir a procedimientos de arbitraje ordinarios optativos, tales como el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados de 1992.⁶⁴ Este Reglamento fue elaborado para resolver mediante el arbitraje controversias surgidas de tratados del derecho internacional público y puede ser modificado para utilizarse en relación con tratados multilaterales. El Reglamento está basado en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, modificado con el objeto de:

- (a) reflejar el carácter de derecho internacional público que presentan tales controversias así como la práctica diplomática de los Estados apropiada a ese género de tratados;
- (b) dar a conocer el papel que desempeñan el Secretario General y la Oficina Internacional de la CPA en La Haya en la administración de los procedimientos de arbitraje, y
- (c) otorgar a las partes la facultad de constituir un tribunal que cuente con un árbitro único, tres o cinco árbitros.

Las publicaciones de la CPA ponen de relieve que la experiencia adquirida desde 1981 en materia de arbitraje demuestra que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI contiene procedimientos equitativos y efectivos para la resolución pacífica de controversias entre Estados, o controversias en las que intervienen organizaciones internacionales y Estados, en lo que concierne a la interpretación, la aplicación y la ejecución de tratados del derecho internacional público, aunque originalmente el Reglamento fue concebido para el arbitraje comercial.⁶⁵ El Reglamento de la CPA es facultativo y se caracteriza por su flexibilidad y por la autonomía que ofrece a las partes. Por ejemplo:

- el Reglamento, así como los servicios del Secretario General y de la Oficina Internacional de la CPA, pueden ser utilizados por las organizaciones internacionales y por *todos* los Estados, y su uso no está limitado a las controversias entre dos Estados que sean partes de la Convención de La Haya de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales o de la de 1907;
- la elección de árbitros no está restringida a las personas que figuran como miembros o potenciales árbitros en la Lista de Miembros de la CPA;

⁶² WT/DS160/R adoptado el 27 de julio de 2000.

⁶³ WT/DS160/ARB25/1.

⁶⁴ Para consultar los textos, ver: Corte Permanente de Arbitraje, *Documentos Básicos*, 1998, 41-68. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

⁶⁵ Ver CPA, *Documentos Básicos* (referencia en nota al pie 64), en 45, 101. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

- las partes tienen entera libertad de acordar la elección de una persona o una institución (por ejemplo, el Director General de la OMC) para que cumpla la función de "autoridad nominadora" si las partes no llegan a un acuerdo sobre el nombramiento de los árbitros. El Reglamento de la CPA estipula que el Secretario General de la CPA designará una autoridad nominadora si las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre la autoridad o si la autoridad acordada por las partes se negara a actuar;
- las "Directrices para Adaptar los Reglamentos de la CPA a las Controversias Derivadas de Acuerdos Multilaterales y de Contratos entre Más de Dos Partes"⁶⁶ indican que puede ser necesario introducir ciertas modificaciones relativas a las reglas facultativas para el nombramiento de árbitros y al prorrateo de las costas de arbitraje.

El arbitraje "en la OMC" convenido de mutuo acuerdo de conformidad con el Artículo 25 del ESD y con los reglamentos facultativos de arbitraje de la CPA podría ofrecer una serie de ventajas siempre que las dos partes estén de acuerdo. Por ejemplo:

- Los reglamentos facultativos son lo suficientemente flexibles para permitir que las partes convengan en que el arbitraje se celebre en las instalaciones de la OMC, con la Secretaría de la OMC cumpliendo la función de registro, facilitando servicios jurídicos y de secretaría y sirviendo de canal para las comunicaciones entre las partes.
- Las partes también podrían acordar aplicar otras disposiciones del ESD (por ejemplo, sobre la elección de los árbitros, los plazos, la audiencia de expertos) a título subsidiario en la medida en que sean compatibles con los reglamentos de arbitraje de la CPA.
- Las reglas facultativas de la CPA sobre la elección de la ley aplicable permitirían a las partes en la diferencia optar no sólo por el derecho de la OMC como ley aplicable sino también por otras disposiciones de tratados (por ejemplo, de tratados bilaterales de inversiones o de convenios de la OMPI) y por las normas generales del derecho internacional (por ejemplo, sobre indemnización por daños ocasionados por la violación de normas del derecho internacional). Así, una muy importante ventaja del "arbitraje en la OMC" podría ser el hecho de evitar la pluralidad de reclamaciones tanto en el ámbito de la OMC como fuera de él; de este modo se podría eludir el riesgo de que se emitan resoluciones contradictorias si los grupos especiales de la OMC basan sus constataciones y conclusiones solamente en el derecho de la OMC y el "arbitraje fuera de la OMC" no toma en consideración la norma de la OMC dispuesta en el Artículo 23 del ESD de tratar de "reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados... [recurriendo a] las normas y procedimientos del presente Entendimiento".
- El Artículo 25.3 del ESD no sólo estipula la posibilidad de que terceros Miembros de la OMC participen en el "arbitraje en la OMC". También establece que los "laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada". El Artículo 3.5 del ESD dispone que "[t]odas 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". El análisis de los laudos arbitrales en el OSD no afectaría su carácter de legalmente vinculantes para las partes en la diferencia, sino que podría resultar ventajoso para aclarar "problemas de vinculación" entre el derecho de la OMC y otras esferas del derecho internacional.
- El Artículo 25.4 del ESD dice que "[l]os artículos 21 y 22 del presente Entendimiento serán aplicables *mutatis mutandis* a los laudos arbitrales". Por consiguiente, el "arbitraje en la OMC" presenta otra ventaja comparado con el "arbitraje fuera de la OMC": la posibilidad de recurrir a las disposiciones del ESD sobre la vigilancia multilateral de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones, así como sobre la compensación y suspensión de concesiones, como "medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas" (Artículo 22.1). El Artículo 23 del ESD, que trata sobre el "Fortalecimiento del sistema multilateral",

⁶⁶ Ver CPA, *Documentos Básicos*, (referencia en nota al pie 64) en 219. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

sobre todo en cuanto a la prohibición de determinar en forma unilateral que se ha producido una infracción de las normas de la OMC y a su exigencia de respetar los procedimientos y las resoluciones en materia de solución de diferencias, se aplica asimismo a un "laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento" (párrafo 2).

- Comparados con las estipulaciones del ESD, los reglamentos facultativos de arbitraje de la CPA presentan disposiciones adicionales, por ejemplo sobre la interpretación y rectificación de los laudos, los laudos adicionales respecto de reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral pero omitidas en el laudo y la determinación y el prorrateo de las costas del arbitraje en el laudo.

Esta breve reseña demuestra que, en el caso de determinadas categorías de diferencias, la posibilidad de "[u]n procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias" (Artículo 25 del ESD) podría resultar más ventajosa –en relación con los *procedimientos* de solución de controversias, el *derecho internacional de fondo* aplicable y los *recursos legales* disponibles– que los procedimientos normales de examen de grupos especiales y de examen en apelación de la OMC.

4. El recurso simultáneo o sucesivo ante la CIJ y ante el sistema de solución de diferencias de la OMC para el examen judicial de reclamaciones legales vinculadas

Dado que muchos Miembros de la OMC han aceptado la jurisdicción de la CIJ conforme al Artículo 36 del Estatuto de la CIJ, una diferencia intergubernamental en el marco de la OMC puede, a su vez, relacionarse con reclamaciones jurídicas afines y con procedimientos de solución de controversias iniciados ante la CIJ. Por ejemplo, en la controversia sobre delimitación marítima entre Nicaragua, Colombia y Honduras, Nicaragua presentó su diferencia en materia marítima con Honduras ante la CIJ en diciembre de 1999; Colombia solicitó ante la OMC la celebración de consultas con Nicaragua en enero de 2000, así como la conformación de un grupo especial de la OMC en mayo de 2000 con el fin de que se resolviera si las sanciones comerciales aplicadas por Nicaragua en respuesta al conflicto marítimo eran violatorias de las obligaciones contraídas en virtud del GATT⁶⁷ por su parte, en junio de 2000 Honduras solicitó ante la OMC la celebración de consultas sobre las posibles incompatibilidades con el GATT y el AGCS que tenían las contramedidas adoptadas por Nicaragua y se reservó el derecho de intervenir como tercero en el procedimiento del grupo especial de la OMC entre Nicaragua y Colombia.⁶⁸ En estos procedimientos paralelos de solución de diferencias ante la OMC y la CIJ, las resoluciones jurídicas de un tribunal (por ejemplo, respecto de la justificabilidad jurídica de las restricciones comerciales conforme a las normas del derecho internacional general sobre responsabilidad del Estado y contramedidas) pueden sufrir la influencia de las resoluciones tomadas por otro tribunal (por ejemplo, respecto de la violación de los derechos de Nicaragua conforme al derecho del mar).

La presentación de controversias concurrentes ante la OMC y la CIJ en materia de inversiones relacionadas con el comercio parece improbable por una serie de razones. A diferencia del número creciente de controversias sobre inversiones internacionales conforme a las reglas de solución de diferencias del CIADI y del TLCAN, los Estados siguen siendo reacios a someter sus controversias internacionales en materia de inversiones ante la CIJ y a las clásicas normas del derecho internacional que rigen el trato a extranjeros y la protección de las propiedades de extranjeros. A semejanza de las pocas –y únicas– controversias sobre inversiones sometidas ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) –que llevaron a los fallos de 1926 y 1928 en el caso *Chorzow Factory*, los fallos de 1925 y 1927 en los casos *Mavrommatis Concession* y el fallo de 1934 en el caso *Oscar Chinn*–, el fallo de 1970 dictado por la CIJ sobre el caso *Barcelona Traction* y el fallo de 1989 sobre el caso *ELSI* ilustran el hecho de que la CIJ aparentemente es percibida por los inversionistas extranjeros y sus gobiernos como un marco jurídico subóptimo para la solución de controversias modernas en materia de inversiones.⁶⁹

⁶⁷ WT/DS188. El grupo especial no se ha conformado aún.

⁶⁸ WT/DS201.

⁶⁹ Ver la nota al pie 39 y el texto relacionado, así como M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, 2000, capítulo 10. Sobre el papel cada vez menos protagónico que tiene la CIJ en el ámbito de la solución de controversias económicas internacionales, ver: E. U. Petersmann, "Dispute Settlement in International Economic Law – Lessons for Strengthening International Dispute Settlement in Non-Economic Areas", en: *Journal of International Economic Law* 2 (1999), 189-248, en 202-204.

Aún cuando muchos Miembros de la OMC han aceptado la jurisdicción de la CIJ conforme a los convenios multilaterales de la OMPI sobre protección de los derechos de propiedad intelectual, hasta la fecha no se ha planteado ninguna controversia sobre esta materia en el marco de la CIJ. Sin embargo, algunos de los más de veinte procedimientos ya presentados conforme al Acuerdo sobre los ADPIC⁷⁰ derivaron de reclamaciones basadas, por ejemplo, en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas que podrían haberse presentado también ante la CIJ de conformidad con las cláusulas sobre solución de controversias incluidas en los convenios de la OMPI.

Hay varios otros acuerdos internacionales que contemplan la jurisdicción de la CIJ como foro posible para la solución de controversias (por ejemplo, de acuerdo con los Artículos 84 y 86 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944/1968) que podrían resultar pertinentes también para los procedimientos de solución de diferencias afines de la OMC (tales como sobre servicios de transporte aéreo internacional). El derecho de la OMC incluye sólo unas pocas cláusulas que tratan explícitamente la cuestión de la superposición de jurisdicciones. Por ejemplo, el Artículo 2 del Anexo del AGCS sobre Servicios de Transporte Aéreo establece que "[e]l Acuerdo, incluido su procedimiento de solución de diferencias, no será aplicable a las medidas que afecten (a) a los derechos de tráfico, sea cual fuere la forma en que se hayan otorgado; o (b) a los servicios directamente relacionados con el ejercicio de los derechos de tráfico". En el Artículo 4 se encuentra una regulación diferente de los problemas jurisdiccionales: "Únicamente podrá recurrirse al procedimiento de solución de diferencias del Acuerdo cuando los Miembros de que se trate hayan contraído obligaciones o compromisos específicos y una vez agotados los procedimientos de solución de diferencias previstos en los acuerdos bilaterales y otros acuerdos o convenios multilaterales". El Artículo XXII.3 del AGCS es un ejemplo de la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional en el caso de conflicto de jurisdicciones en la etapa de consultas (Artículo XXII) y solución de diferencias (Artículo XXIII):

"Ningún Miembro podrá invocar el artículo XVII en virtud del presente artículo o en virtud del artículo XXIII con respecto a una medida de otro Miembro que esté comprendida en el ámbito de un acuerdo internacional entre ellos destinado a evitar la doble imposición. En caso de desacuerdo entre los Miembros en cuanto a que la medida esté o no comprendida en el ámbito de tal acuerdo entre ambos, cualquiera de ellos podrá plantear esta cuestión ante el Consejo del Comercio de Servicios. El Consejo someterá la cuestión a arbitraje. La decisión del árbitro será definitiva y vinculante para los Miembros".

Si las controversias sustanciadas fuera de la OMC (por ejemplo, en el marco de la CIJ) también remiten a derechos y obligaciones conforme al derecho de la OMC, el Artículo 23.1 del ESD exige que los Miembros de la OMC "traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados... [recurriendo a] las normas y procedimientos del presente Entendimiento". El derecho de la OMC no impide que se presenten ante la CIJ controversias sobre obligaciones relacionadas derivadas de otros tratados internacionales. Si la diferencia sometida ante los órganos de solución de diferencias de la OMC se limitara al derecho de la OMC y la controversia presentada ante la CIJ se relacionara con los derechos y las obligaciones emanados de otros tratados internacionales, podría ser beneficioso para ambas partes que se llevara a cabo un examen simultáneo de las obligaciones impuestas por todos los tratados con el fin de llegar a una solución integral de la controversia. En el caso de que el país demandado objetara el "arbitraje en la OMC" sobre todos los derechos y las obligaciones de estos tratados, el país demandante puede presentar unilateralmente la "diferencia de la OMC" ante el procedimiento de un grupo especial de la OMC e iniciar el proceso ante la CIJ con miras a proteger sus derechos derivados de otro tratado internacional.

Ni el ESD (por ejemplo, el Artículo 23 sobre jurisdicción exclusiva de la OMC en diferencias sobre el derecho de esa Organización) ni las normas del derecho internacional general (por ejemplo, sobre *litis pendens*) parecen interferir con el inicio de procedimientos simultáneos o sucesivos de solución de diferencias ante la OMC y la CIJ por reclamaciones distintas aunque jurídicamente relacionadas. Para evitar resoluciones incoherentes, sería deseable que hubiese cierta coordinación entre los procedimientos concurrentes y relacionados planteados ante diferentes foros. Si bien los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación de la OMC han

⁷⁰ Estas diferencias basadas en el Acuerdo sobre los ADPIC se analizan en las contribuciones de F. Abbott y M. Matsushita en: Ortino/Petersmann (referencia en nota al pie 6), 421-473.

aludido en repetidas ocasiones a la jurisprudencia de la CIJ, hasta ahora ningún fallo de la CIJ ha hecho referencia a las normas o la jurisprudencia de la OMC. Las diferencias en cuanto a los procedimientos de la CIJ y de la OMC podrían obstaculizar en la práctica tal coordinación. Por ejemplo, el requisito procesal de agotar previamente los recursos locales –enfático por la CIJ en su fallo del caso *ELSI*– nunca se aplicó en el marco del GATT ni en la OMC.⁷¹ A diferencia de los procedimientos de la CIJ, los procedimientos de solución de diferencias de la OMC tienden a ser más rápidos, no están limitados a Estados soberanos, favorecen la intervención de terceros y aceptan las comunicados *amicus curiae*. Si, tal como ocurre en el caso de muchos TBI, un tratado internacional de inversiones contempla la jurisdicción de un tribunal arbitral que no sea la CIJ, algunas de estas diferencias procesales y estos problemas potenciales podrían ser evitados de mutuo acuerdo entre las partes en la diferencia, por ejemplo en cuanto a la composición del grupo especial de la OMC y del tribunal de arbitraje por los mismos árbitros y en cuanto a la aplicación de procedimientos de solución de diferencias coherentes.

5. El recurso simultáneo o sucesivo ante la OMC, el CIADI o la OMPI para el examen judicial de reclamaciones jurídicas afines

En vez de solicitar a su Estado que se comprometa en la defensa de las reclamaciones de sus nacionales en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC o de la CIJ o en un arbitraje intergubernamental, un inversionista privado extranjero, un "proveedor de servicios" protegido en virtud del AGCS o un titular de derechos de propiedad intelectual amparado por el Acuerdo sobre los ADPIC podría preferir, en cambio, "despolitizar" y "controlar" su controversia con un gobierno extranjero a fin de evitar los efectos desfavorables de un procedimiento intergubernamental de solución de diferencias sobre sus futuros negocios en el país receptor. Si, tal como ocurre en muchos TBI, el acuerdo de inversión contempla el arbitraje intergubernamental o bien "el arbitraje inversionista-Estado" en el marco del CIADI, el demandante privado puede invocar directamente la "cláusula del CIADI" del TBI y someter su diferencia en materia de inversiones a un arbitraje inversionista-Estado conforme a las reglas del CIADI. Los procedimientos de arbitraje del CIADI, a los que se recurre cada vez más, ofrecen varias ventajas si se los compara con el arbitraje intergubernamental, la adjudicación o los procedimientos de los grupos especiales de la OMC. Por ejemplo:

- Los procedimientos de conciliación (por ejemplo, en cuanto a las cláusulas de revisión de los contratos de inversiones) o de arbitraje del CIADI entre el Estado receptor y el inversionista extranjero pueden mantenerse confidenciales.⁷² Al evitar la politización a la que a menudo están expuestas las controversias intergubernamentales, los procedimientos del CIADI pueden aumentar las probabilidades de arribar a una solución mutuamente acordada de la diferencia que salvaguarde la dinámica continua de las inversiones y los intereses a largo plazo de ambas partes.⁷³ La mayoría de los más de sesenta casos de conciliación y arbitraje registrados por el CIADI tienden a llegar a una solución en condiciones acordadas por las partes antes de que el tribunal dicte el correspondiente laudo.
- La jurisdicción del CIADI para "las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión" (Artículo 25) es amplia, ya que la definición de las "diferencias relativas a inversiones" abarcadas es un tema sujeto a acuerdo entre las partes. El Reglamento del Mecanismo Complementario de 1978 autoriza al Secretariado del CIADI a administrar también los procedimientos de conciliación y arbitraje entre Estados y nacionales de otros Estados que escapen al ámbito del Convenio del CIADI, cuando una de las partes no es un Estado Contratante del CIADI o un nacional de un Estado Contratante del CIADI o cuando la diferencia no surge directamente de una inversión, a condición de que no se trate de una transacción comercial ordinaria.

⁷¹ Cf. E. U. Petersmann (referencia en nota al pie 3), 240-244.

⁷² Cabe señalar que el Secretariado del CIADI es una secretaría neutral que asiste en la administración de los procedimientos de conciliación y arbitraje, pero no se compromete en dichos procesos.

⁷³ Cf. L. M. Hager/R. Pritchard, "Deal Mediation: How ADR Techniques Can Help Achieve Durable Agreements in the Global Markets", en: *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 1999, 1-16.

- El agotamiento previo de los recursos locales no siempre es necesario para iniciar el arbitraje ante el CIADI (cf. Artículo 26 del Convenio del CIADI de 1965). El arbitraje del CIADI puede, por lo tanto, constituir una vía de juicios internacionales más rápidos que las controversias en materia de inversiones entabladas ante la CIJ, que, tal como sucedió en el caso *ELSI*, pueden admitirse sólo después de haber agotado los recursos locales tras muchos años de procedimientos en los tribunales del país receptor de la inversión.
- En ausencia de un acuerdo en contrario, un tribunal del CIADI "aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables" (Artículo 42.1 del Convenio del CIADI). El derecho internacional puede ser invocado no sólo para llenar *lacunae* en la legislación aplicable del Estado receptor. El derecho internacional prevalece en caso de conflicto con la legislación nacional del Estado receptor de la inversión. Tener en cuenta también la legislación municipal aplicable puede evitar discrepancias jurídicas como las que se registraron, por ejemplo, en el laudo de la CIJ sobre el caso *ELSI*, en el que la incautación de una inversión extranjera en clara violación de la legislación nacional se consideró lícita conforme a un tratado de amistad, comercio y navegación concebido para proteger a los inversionistas extranjeros.⁷⁴
- El laudo del CIADI "será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio" (Artículo 53.1 del Convenio del CIADI). A diferencia del arbitraje comercial privado que tiende a estar sujeto al control y la anulación por parte de tribunales nacionales en caso de irregularidades graves, el arbitraje del CIADI es un procedimiento autocontenido en el sentido de que los procedimientos de anulación y otros recursos jurídicos contra los laudos del CIADI se limitan a los mecanismos ofrecidos por el propio Convenio del CIADI.⁷⁵ Más aún, "[t]odo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado" (Artículo 54.1). Sin embargo, "[n]ada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero" (Artículo 55).

Aún cuando varios de los más de veinte tratados multilaterales sobre propiedad intelectual que administra la OMPI contemplan la solución de controversias en el marco de la CIJ, nunca se planteó ante dicha Corte ninguna controversia en materia de propiedad intelectual. Asimismo, el Tratado Propuesto sobre Solución de Controversias entre Estados en Materia de Propiedad Intelectual de la OMPI de 1995⁷⁶ continúa enfrentando la oposición de los Estados Unidos y otros países desarrollados. El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI se creó en 1994 en respuesta a la percepción de que existía la necesidad de contar con procedimientos especialmente concebidos para la resolución de controversias en materia de derechos de propiedad intelectual basados en los reglamentos de mediación, arbitraje o "arbitraje acelerado" que están a disposición de todas las personas independientemente de su nacionalidad, lugar de residencia u otros vínculos con los Estados Miembros de la OMPI.⁷⁷ También una entidad estatal "puede ser parte en una controversia sometida a un procedimiento administrado por el Centro, siempre que la entidad del Estado haya, como cualquier otra parte

⁷⁴ Para leer una crítica sobre este punto del fallo del caso *ELSI*, ver F. A. Mann, (referencia en nota al pie 39).

⁷⁵ Para consultar una crítica del recurso –en algunos casos (sobre todo en *Klöckner c. Camerún* y *Amco c. Indonesia*) excesivo– al procedimiento de anulación del laudo conforme al Artículo 52 del Convenio del CIADI, ver: A. Broches, "On the Finality of Awards", en: *8 ICSID Review 1993, 92 et seq.* A partir del caso *MINE c. Guinea*, se ha revertido esta tendencia anterior de ejercer una autoridad de revisión similar a la de una apelación.

⁷⁶ Cf. Documento SD/CE/VII/2 de la OMPI del 10 de febrero de 1995.

⁷⁷ Ver: Reglamento de Mediación de la OMPI, Reglamento de Arbitraje de la OMPI, Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI, Cláusulas Contractuales y Acuerdos de Sometimiento Recomendados de la OMPI, OMPI 1995.

en una controversia entablada ante el Centro, expresado válidamente su consentimiento por escrito a remitir la controversia a tal procedimiento".⁷⁸

A partir del año 2000, la solución de controversias sobre ciberocupación recientemente desarrollada por la OMPI para controversias sobre nombres de dominios de Internet⁷⁹ ha llevado a más de cien resoluciones de controversias relacionadas con el registro abusivo de nombres de dominio en Internet. El recurso por ahora tan infrecuente de someterse a los reglamentos de mediación y arbitraje de la OMPI⁸⁰ parece deberse al hecho de que, si bien supuestamente están adaptados a las características específicas de las controversias sobre derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, la necesidad de opiniones de peritos, árbitros calificados, inspección de lugares y experimentos *in situ*) y ofrecen muchas ventajas (incluidos el ahorro de tiempo y costos y la autonomía de las partes para elegir el idioma y la legislación aplicable), la mayoría de las controversias privadas sobre derechos de propiedad intelectual siguen resolviéndose en los tribunales nacionales o en arbitrajes comerciales basados, por ejemplo, en las reglas de la CNUDMI o de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que difieren muy poco de las reglas de arbitraje de la OMPI.⁸¹ Dado que muchos sistemas jurídicos nacionales se han mostrado renuentes a someter a arbitraje las controversias relativas a derechos de propiedad intelectual, sigue habiendo incertidumbre entre los especialistas respecto de la capacidad que tienen este tipo de controversias de ser sometidas a arbitraje y respecto del reconocimiento y la aplicación de los laudos arbitrales.⁸²

Los procedimientos de mediación o arbitraje "mixtos" entre entidades privadas y gubernamentales en el marco de la OMPI podrían ofrecer ventajas similares a los procedimientos del CIADI, en contraposición al mecanismo de solución de diferencias más politizado de la OMC. Sin embargo, los más de veinte procedimientos de solución de diferencias sustanciados con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC indican que las empresas multinacionales y otras entidades privadas son partidarias de que los gobiernos de sus países presenten reclamaciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC ante la OMC. La legislación comercial de las Comunidades Europeas y de los Estados Unidos contemplan expresamente tales recursos de partes privadas como respuesta a los incumplimientos de las obligaciones emanadas del Acuerdo sobre los ADPIC por parte de otros países. Asimismo, los Estados Miembros de la OMC parecen preferir la jurisdicción obligatoria y los efectivos procedimientos de solución de diferencias de la OMC antes que los procedimientos "mixtos" o intergubernamentales de la OMPI.

Sin embargo, esta actitud actual podría cambiar si el número creciente de diferencias en materia de derechos de propiedad intelectual sustanciadas en la OMC tropezara con inconvenientes (por ejemplo, por el alcance limitado del derecho de la OMC y de los recursos jurídicos y de secretaría de dicha Organización) o si el interés comercial por preservar la continuidad de las relaciones comerciales hiciera que los demandantes privados optaran por los procedimientos de solución de controversias mixtos y más discretos. A pesar de que hasta ahora se ha registrado ante él un número limitado de casos, el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI parece estar innovando e influyendo los procedimientos de solución de ciertas categorías de controversias relativas a derechos de propiedad intelectual. El hecho de que se recurra cada vez con más frecuencia a los procedimientos del CIADI sugiere que podría aumentar la demanda de procedimientos de arbitraje o mediación mixtos para casos de controversias sobre derechos de propiedad intelectual que involucren a autoridades de gobierno y en los que ambas partes prefieran una solución *ad hoc*, rápida y confidencial de su diferencia. Los argumentos a favor de la descentralización de las controversias sobre inversiones internacionales también se aplican a las controversias sobre derechos de propiedad intelectual.

⁷⁸ Ver: *The Services of the WIPO Arbitration Center*, OMPI 1996, en 18. Por lo tanto, el "demandante" y el "demandado" en términos de los reglamentos de mediación y arbitraje pueden incluir no sólo a las partes privadas sino también a las entidades estatales. Cf. también: F. Abbott/T. Cottier/G. Gurry, *The International Intellectual Property System*, Vol. II 1999, en 1738.

⁷⁹ Ver: F. Gurry, "The Dispute Resolution Services of the WIPO", en: *Journal of International Economic Law* 1999, 385-398.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, el caso informado en: *Las actividades del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI*, diciembre de 1999. La solución de esta controversia ha permanecido bajo estricta confidencialidad.

⁸¹ Cf. H. Van Houtte, *The Law of International Trade*, 1995, 383-414. De acuerdo con este autor, los procedimientos especializados de la OMPI no son, en realidad, muy especializados (en 404-406).

⁸² Cf. J. Werner, "Intellectual Property Disputes and Arbitration", en: *Journal of World Intellectual Property* 1998, 841-886, en 844.

6. Es tiempo de promover el imperio de la ley reduciendo las incongruencias entre las revisiones judiciales nacionales y las internacionales de las medidas contingentes de protección adoptadas

Son numerosos los acuerdos de la OMC que garantizan el acceso privado a los tribunales nacionales. El Artículo 13 del Acuerdo Antidumping, por ejemplo, exige a los Miembros contar con tribunales judiciales, arbitrales o administrativos que examinen de manera inmediata e independiente las medidas administrativas vinculadas a las determinaciones definitivas y a los exámenes de las determinaciones. En los Estados Unidos, las partes involucradas en una determinación definitiva o los resultados de un examen pueden remitirse a tribunales independientes para impugnar dicha determinación del Departamento de Comercio de los Estados Unidos o bien de la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos.⁸³ Específicamente, las partes pueden impugnar la determinación definitiva de un organismo ante la Corte de Comercio Internacional de los Estados Unidos, la Corte de Apelaciones del Circuito Federal y la Corte Suprema de los Estados Unidos. Otra opción es que las partes, en casos que afecten a la mercadería procedente de Canadá o México, pueden comparecer ante un panel para solución de controversias conformado en virtud del Capítulo XIX del TLCAN.

Hoy día es una práctica frecuente que en las relaciones comerciales internacionales tengan lugar procedimientos de solución de controversias paralelos o sucesivos para impugnar las mismas restricciones a la importación y determinaciones antidumping o de derechos compensatorios en el ámbito de la OMC, en tribunales regionales (como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), en paneles del TLCAN y en tribunales nacionales. No obstante, de todos los acuerdos de la OMC, sólo el Acuerdo sobre Contratación Pública exige explícitamente que los tribunales nacionales apliquen las normas de la OMC pertinentes e investiguen si se producen violaciones de dichas normas (cf. Artículo XX).⁸⁴ Como la legislación de las Comunidades Europeas y la de los Estados Unidos sobre la instrumentación nacional del derecho de la OMC limitan la aplicación directa de las normas de la OMC en los tribunales nacionales,⁸⁵ muchos fallos de tribunales nacionales no tienen en cuenta las normas ni las resoluciones en materia de solución de diferencias de la OMC, así como a veces las resoluciones dictadas en el marco de la OMC discrepan con los fallos emitidos por tribunales nacionales (por ejemplo sobre "dumping" o "daños" causados por importaciones objeto de dumping). Tales discrepancias entre las normas nacionales, regionales y de la OMC y la jurisprudencia de la OMC socavan la seguridad jurídica y la legitimidad de los tribunales y aumentan los costos de transacción internacionales.⁸⁶ Por ejemplo, los más de diez informes sucesivos de grupos especiales, del Órgano de Apelación y de arbitraje del GATT y la OMC desde 1993 sobre las incompatibilidades con el GATT y el AGCS que exhibían las restricciones a la importación de banano impuestas por las Comunidades Europeas fueron precedidos, acompañados y seguidos por más de cuarenta y cinco fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que tendían a pasar por alto las violaciones de las normas pertinentes del GATT y de la OMC así como las resoluciones contrarias a las Comunidades Europeas dictadas en el marco de la solución de diferencias de la OMC.⁸⁷ A nivel nacional (por ejemplo, en Alemania), los importadores de banano que se vieron perjudicados impugnaron los aranceles de importación ilegales impuestos por las Comunidades Europeas ante los tribunales que entendían en asuntos tributarios; los contingentes ilegales de importación y las negativas a otorgar licencias de importación para banano ante los tribunales administrativos, y el abuso del poder limitado de las Comunidades Europeas para imponer restricciones evidentemente ilegales a la libertad individual de comercio, en franca violación de la normativa del GATT/OMC y las Comunidades Europeas (por ejemplo, el Artículo 300, ex -228.7 CE), ante la Corte Constitucional de Alemania.

⁸³ 19 Código de los Estados Unidos § 1516a (2003).

⁸⁴ Ver Gabilondo (referencia en nota al pie 13) sobre los hasta ahora dos únicos procedimientos de grupos especiales de la OMC conforme al Acuerdo sobre Contratación Pública.

⁸⁵ Cf. Petersmann (nota 3), 18-23; J. Jackson/A. Sykes (eds), *Implementing the Uruguay Round*, 1997.

⁸⁶ Para consultar ejemplos sobre resoluciones incongruentes emitidas en el marco del TLCAN y del GATT/OMC respecto de las mismas medidas comerciales y sobre la presentación frecuente de diferencias comerciales de Estados Miembros del TLCAN ante el GATT y la OMC en lugar de hacerlo ante paneles del TLCAN, ver Shany (referencia en nota al pie 2), 54-57.

⁸⁷ Para consultar panoramas generales y análisis de estas diferencias del GATT, la OMC y las CE, ver el estudio de casos de F. Weiss, "Manifestly Illegal Import Restrictions and Non-Compliance with WTO Dispute Settlement Rulings: Lessons from the Banana Dispute", en: Petersmann/Pollack (referencia en nota al pie 7), 121-139; J. Casante/G. G. Sander, *Der Streit um die EG Bananenmarktordnung*, 1999.

Si bien estas decisiones emitidas en procedimientos de solución de controversias a nivel nacional, regional e internacional apuntaban a cuestionar las mismas restricciones a la importación impuestas por las Comunidades Europeas, sólo unos pocos fallos de tribunales nacionales de Alemania tuvieron en cuenta las resoluciones adoptadas en el marco del GATT y la OMC y se negaron a aplicar las restricciones a la importación en vista de su incompatibilidad jurídica con la normativa de la OMC y la supremacía jurídica del derecho de la OMC sobre las reglamentaciones y las decisiones adoptadas por el Consejo y la Comisión de las Comunidades Europeas.⁸⁸ Por el contrario, en los más de cuarenta y cinco procedimientos desarrollados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contra las restricciones a la importación de banano impuestas por las CE, el Tribunal ignoró en forma persistente las resoluciones adoptadas en el marco del mecanismo de solución de diferencias del GATT y la OMC así como las obligaciones emanadas del Tratado de las CE (por ejemplo, del Artículo 300.7) para interpretar y aplicar la legislación de las Comunidades Europeas de conformidad con el derecho internacional.⁸⁹ Dado que la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales exigen que los jueces interpreten la legislación nacional de conformidad con el derecho internacional, podrían evitarse muchas controversias internacionales si los jueces nacionales se tomaran más en serio la tarea de defender el imperio de la ley y de proteger a los ciudadanos de las violaciones proteccionistas de las garantías *internacionales* de libertad y no discriminación, como las que se consagran en el derecho de la OMC.

IV. LA NECESIDAD DE DIFERENCIAR LAS CONTROVERSIAS COMERCIALES INTERNACIONALES DE ACUERDO CON LOS CONFLICTOS DE INTERESES SUBYACENTES Y DE PROMOVER LA COHERENCIA JURÍDICA ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS NACIONALES E INTERNACIONALES

La decisión de un gobierno respecto de cómo debe reaccionar ante una reclamación presentada por otro gobierno o por un demandante privado exige un examen de los conflictos de intereses así como de las normas y los procedimientos pertinentes implicados. Las estrategias óptimas de prevención y solución de controversias deben apuntar a la fuente o raíz del conflicto de intereses (ver la Sección 1). Las controversias sobre comercio internacional pueden dividirse en cinco categorías diferentes de acuerdo con los conflictos de intereses privados y públicos subyacentes; es probable que la mejor manera de prevenir y solucionar las controversias dependa de qué categoría de controversia sobre comercio internacional se trate (ver la Sección 2). El éxito de los recursos a la mediación y la conciliación en la práctica reciente de la OMC plantea el interrogante sobre si, para ciertos tipos de controversias primordialmente políticas, no debieran institucionalizarse de manera más eficaz los métodos alternativos de solución de diferencias en el contexto de la OMC (ver la Sección 3). La "legalización" y la "judicialización" actuales de las relaciones comerciales internacionales exigen "redes judiciales" horizontales y verticales más sólidas de manera de lograr que los procedimientos de solución de controversias nacionales e internacionales sean más coherentes desde el punto de vista jurídico y fortalecer el imperio de la ley así como la prevención o la solución de controversias internacionales en los niveles nacionales y/o internacionales que resulten óptimos (ver la Sección 4).

1. Las estrategias óptimas para la prevención y solución de controversias deben apuntar a la fuente o raíz del conflicto de intereses

Las relaciones económicas internacionales y el derecho económico internacional evolucionan a través de decisiones autónomas adoptadas por operadores económicos públicos y privados (por ejemplo, inversionistas, productores, comerciantes, consumidores, organismos encargados de las compras del sector público) y a través de la "governabilidad a múltiples niveles" de corporaciones transnacionales, gobiernos locales y nacionales,

⁸⁸ Cf. E. U. Petersmann, "Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?" En: *European Journal of Business Law (EuZW)* 1997, 325-331.

⁸⁹ Para leer una crítica del frecuente "proteccionismo judicial" del TJCE y su a menudo soslayada desatención del derecho internacional, ver el trabajo del ex juez del TJCE P. Pescatore, "Jurisprudence de la Cour de Justice en matière de Politique Commercial", en: *La Place de l'Europe dans le Commerce Mondial*, Institut Universitaire International Luxembourg, 1994, en 445, 458 ("la Cour ignore volontairement la réalité et la matérialité des règles du commerce international"), así como las conclusiones del Abogado General G. Tesaurò en el caso *Hermès-C-53/96* del 13 de noviembre de 1997, *ECJ Reports* 1998, 3603-3637.

organizaciones regionales (como las Comunidades Europeas) e instituciones mundiales (como la OMC). Las controversias económicas internacionales son un reflejo de los conflictos existentes en esta diversidad de intereses privados y públicos, nacionales e internacionales. Así como las negociaciones y la normatización a nivel internacional entre los gobiernos se ven precedidas, influidas y seguidas por negociaciones entre los representantes de los gobiernos, los parlamentarios y los electorados nacionales de cada país, las normas y procedimientos para prevenir y solucionar controversias deben concebirse de manera tal que apunten en el nivel óptimo directamente a la fuente o raíz del conflicto de intereses. Por lo tanto, se necesitan normas y procedimientos para la prevención y solución de controversias de comercio internacional en las legislaciones nacionales, en el ámbito de las relaciones internacionales entre Estados, en las relaciones transgubernamentales entre organismos de gobierno (por ejemplo, sobre cooperación internacional entre autoridades en materia de competencia), en las relaciones transnacionales entre actores económicos privados (por ejemplo, en el arbitraje comercial privado) así como en las relaciones "mixtas" entre actores privados y públicos extranjeros (por ejemplo, en los arbitrajes inversionista-Estado conforme a los procedimientos del CIADI). Cuanto más legítimas y más coherentes sean estas normas de prevención y solución de controversias nacionales, internacionales y transnacionales, más eficaces resultarán.

a) *Muchas controversias de comercio internacional implican conflictos de intereses entre partes privadas y no entre Estados*

Puede conducir a error aplicar el paradigma clásico del derecho internacional respecto de una controversia entre Estados cuyos intereses nacionales están en conflicto (por ejemplo, en un caso de delimitación de fronteras territoriales) a muchas controversias en materia de inversiones y comercio internacional que atañen a intereses de operadores económicos privados. La mayor parte de las controversias sobre comercio internacional tienen su origen en conflictos de intereses *nacionales* en el seno del Estado mismo, sobre todo en conflictos entre los intereses proteccionistas de los productores que compiten con las importaciones y los intereses en favor de la liberalización del comercio que promueven los consumidores y exportadores. Todos los Miembros de la OMC se han comprometido a proteger judicialmente los intereses de largo plazo de los ciudadanos en cuanto a la liberalización recíproca del comercio, a las condiciones no discriminatorias de la competencia y al imperio de la ley, con sujeción a cláusulas de salvaguarda generales y a "excepciones de interés público" que permiten restricciones al comercio si, por ejemplo, las importaciones "causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales" (Artículo XIX del GATT), o si es necesario imponer restricciones a las importaciones para proteger los intereses públicos no económicos (Artículos XX y XXI del GATT). En las democracias constitucionales, los conflictos de intereses entre productores, comerciantes y consumidores deben ser dirimidos en los tribunales nacionales de acuerdo con las leyes nacionales e internacionales aplicables ratificadas por los parlamentos nacionales, incluidas las normas de la OMC.

b) *Elegir entre la prevención y la solución de controversias*

La distinción entre la "prevención" y la "solución" de una controversia es variable y depende de la percepción de las partes. Muchos conflictos de política exterior (por ejemplo, las restricciones a la importación de organismos genéticamente modificados impuestas por las Comunidades Europeas) fueron, durante varios años, dejados deliberadamente sin "resolución a nivel jurídico" con la esperanza de negociar una solución acordada. A modo de ejemplo, en la diferencia sustanciada en el marco del GATT/OMC sobre las prohibiciones de las CE a la importación de carne de bovinos alimentados con hormonas, los Estados Unidos se abstuvieron de solicitar el establecimiento de un grupo especial para la solución de la diferencia hasta que se logró reemplazar el Acuerdo de 1979 de la Ronda de Tokio sobre Obstáculos Técnicos al Comercio por las normas más estrictas (tales como sobre procedimientos de evaluación de riesgos de base científica) del Acuerdo de la OMC sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Al renegociar primero las normas sustantivas pertinentes, los Estados Unidos se aseguraron el éxito de su reclamación subsiguiente ante la OMC.⁹⁰ La Declaración Ministerial de Doha sobre el acceso a los medicamentos de noviembre de 2001 y la posterior dispensa de la OMC respecto del Artículo 31(f) del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos

⁹⁰ Cf. los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en WT/DS26/R (1997) y WT/DS26/AB/R (1998).

de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) otorgada en agosto de 2003 son otros ejemplos del éxito de la prevención de diferencias a través de la negociación y la clarificación de las normas de la OMC, de tal manera que resulta menos probable que se inicien procedimientos de solución de diferencias ante esa Organización que impugnen las licencias obligatorias, las importaciones paralelas de medicamentos de bajo precio o la importación de drogas genéricas.⁹¹ Pocos meses antes de la Declaración Ministerial de Doha, Brasil y Estados Unidos habían negociado una solución satisfactoria para ambos que permitió la suspensión de un procedimiento ante la OMC iniciado por una reclamación de los Estados Unidos acerca de que el requisito de la "explotación local" y la amenaza de las licencias obligatorias en la legislación sobre patentes de Brasil equivalían a una violación del Artículo III del GATT y de los Artículos 27 y 28 del Acuerdo sobre los ADPIC.⁹²

c) Elegir entre diferentes estrategias de negociación

Los gobiernos, al igual que los negociadores privados, deben elegir entre las negociaciones "*orientadas al poder*" (con referencia explícita o implícita a su poder relativo y a sus "fichas de negociación") y las negociaciones o la solución de diferencias "*orientadas a las normas*" destinadas a la aplicación de normas previamente acordadas por las partes.⁹³ Las teorías sobre la negociación⁹⁴ distinguen tres tipos diferentes de estrategias de negociación:

- (1) "*negociación blanda de posiciones*", cuando un negociador desea evitar el conflicto personal con su contraparte, por lo que está dispuesto a hacer concesiones para llegar a un acuerdo y hallar una solución amistosa;
- (2) "*negociación dura de posiciones*", cuando un negociador concibe las posiciones divergentes como una competencia de voluntades y desea ganar adoptando la posición extrema y manteniéndose firme por más tiempo;
- (3) "*negociación basada en principios*", en la que un negociador busca el beneficio para ambas partes y un "acuerdo sensato" separando la relación personal del problema de fondo, centrándose en los intereses (antes que en las posiciones), inventando opciones para que ambas partes se beneficien e insistiendo en que el acuerdo debe reflejar algún justo medio que sea independiente de la voluntad lisa y llana de una de las partes. La "negociación de posiciones" corre el riesgo no sólo de estar orientada hacia el poder y perjudicar la relación personal entre las partes sino también de llegar a acuerdos poco sensatos con altos costos de implementación. En cambio, las "negociaciones basadas en principios", al separar a las personas del problema, ayudan a mantener una relación mutuamente beneficiosa entre las partes, basan el acuerdo de fondo en principios objetivos que reflejan los intereses de largo plazo acordados por las partes y pueden servir como herramientas justas para solucionar controversias en el caso de que hubiera algún conflicto entre los intereses de corto plazo de las partes.

La "estrategia jurídica" apropiada puede depender no sólo de lo que el gobierno determine que es de "interés público", sino también de los intereses privados y del aporte fáctico, jurídico y financiero de los actores privados involucrados en la controversia económica. Los intereses pueden ir más allá de una controversia individual, de manera de asegurar un "paquete de negociación" que permita resolver una serie de controversias diferentes, o bien pueden reflejar un interés sistémico que consiste en lograr la aclaración judicial de las normas controvertidas con miras a evitar futuras diferencias. En las democracias constitucionales, los gobiernos deben promover el "interés público", definido por los derechos constitucionales de los ciudadanos, mediante una legislación democrática, el bienestar general del consumidor, la competencia impulsada por los consumidores y la regulación no discriminatoria de los "fracasos del mercado" y los "fracasos del gobierno".

⁹¹ Cf. Mini-Symposium on Health and the WTO, en: *Journal of International Economic Law* 5 (2002), 821-939.

⁹² Cf. los diversos documentos WT/DS199.

⁹³ Sobre esta distinción ver: J. H. Jackson, *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, 2ª ed. MIT Press Cambridge 1997, en 109; E. U. Petersmann (referencia en nota al pie 3), 66-70.

⁹⁴ Además de R. Fisher/W. Ury, *Getting to Yes. Negotiating Agreement without Giving In*, 2ª ed. 1991, ver: R. Fisher/E. Kopelman/A. Kupfer-Schneider, *Beyond Machiavelli*, 1994; R. Fisher/S. Brown, *Getting Together. Building a Relationship that Gets to Yes*, Boston 1988; J. Kaufmann, *Conference Diplomacy*, 2ª ed. UNITAR 1988.

2. Cinco Categorías Diferentes de Controversias Relativas al Comercio Internacional

El hábito de los abogados de trazar una distinción entre las "diferencias del GATT" y aquellas en torno del AGCS y del Acuerdo sobre los ADPIC, así como las sustanciadas ante la CIJ, el CIADI, la OMPI, las CE y demás controversias del campo económico internacional (por ejemplo, aquellas sometidas ante tribunales regionales y tribunales arbitrales privados) se debe a que los procedimientos y las reglas sustantivas pertinentes para la prevención o solución de una controversia difieren de acuerdo con la ley aplicable. La experiencia y el conocimiento jurídicos que se requieren para llevar adelante y evaluar adecuadamente las controversias en estas distintas áreas del derecho económico internacional son sustancialmente diferentes. Ningún abogado internacional puede estar al tanto de la vasta jurisprudencia y de la práctica jurídica de todas estas áreas. Los expertos legales especializados en los procedimientos de solución de controversias de la CIJ, el CIADI o la OMPI suelen ser distintos de aquellos especializados en diferencias que atañen a la OMC, el TLCAN o las CE. En la mayoría de los países desarrollados y menos adelantados, los gobiernos que intervienen en tales procedimientos de solución de controversias ya no pueden depender exclusivamente de los servicios jurídicos "internos" de sus ministerios nacionales de justicia, economía o relaciones exteriores. Incluso la UE y los Estados Unidos, a pesar de contar con gran cantidad de servicios jurídicos, a menudo contratan abogados externos especializados (por ejemplo, de estudios privados o del ámbito académico) para incorporarlos a sus "equipos legales" para preparar las estrategias de litigio, las presentaciones escritas, las refutaciones y las contra-argumentaciones.

Para diseñar estrategias efectivas de prevención y solución de controversias, es necesario distinguir diferentes tipos de controversias económicas de acuerdo con los intereses públicos y privados en juego.⁹⁵ Por ejemplo:

- a) *"Controversias secundarias" respecto de la discriminación comercial prohibida: los recursos legales y judiciales nacionales pueden evitar controversias intergubernamentales*

La mayoría de las diferencias que se plantean en el marco de la OMC se refieren a acciones discriminatorias, ya sean restricciones a la importación o subsidios a la exportación, que son incompatibles con las obligaciones de la OMC contraídas por los gobiernos (por ejemplo, los Artículos I-III del GATT) y que, de acuerdo con la economía del bienestar, reducen el bienestar de los ciudadanos en tanto consumidores. Aun cuando la normativa de la OMC permite varios tipos de protección a las importaciones (por ejemplo, conforme a los Artículos II, VI y XIX del GATT) y subsidios nacionales, los gobiernos suelen verse presionados a recurrir a formas prohibidas y no transparentes de protección comercial para beneficiar a poderosos grupos de intereses nacionales a cambio de su respaldo político (por ejemplo, para campañas electorales o para leyes internas). Tales controversias intergubernamentales por discriminaciones comerciales que reducen el bienestar pueden calificarse como "conflictos secundarios entre Estados" que surgen si, por razones políticas internas, los gobiernos no apelan a los "mejores y primeros instrumentos políticos" de los que disponen en su país, como la reglamentación interna no discriminatoria de los "fracasos del mercado" y de los "bienes públicos".

Los compromisos recíprocos asumidos ante la OMC y la implementación y aplicación nacional de las normas de dicha Organización pueden ayudar a los gobiernos a superar el "sesgo hacia los productores" en la determinación de las políticas comerciales nacionales al comprometerse con las garantías recíprocas del imperio de la ley y de la protección del bienestar general de los ciudadanos. En las democracias constitucionales, la manera más eficaz de evitar los fracasos del gobierno es facultar a los ciudadanos perjudicados para que defiendan el imperio de la ley aplicando en los tribunales nacionales las prohibiciones específicas e incondicionales de la OMC sobre discriminación comercial, que fueron aprobadas democráticamente. Como lo confirma la aplicación judicial descentralizada de las reglas del mercado común de las CE, los jueces nacionales tienen experiencia de larga data en hacer cumplir tales prohibiciones sobre discriminación en el campo económico y en otras esferas del derecho (por ejemplo, los derechos humanos, el derecho laboral y el derecho constitucional). Son muchos los procedimientos de solución de diferencias conforme al GATT y a la OMC que podrían evitarse si se otorgase poder a los ciudadanos y jueces nacionales para que protejan el imperio de la ley

⁹⁵ Cf. E. U. Petersmann, "Prevention and Settlement of Transatlantic Disputes", en: Petersmann/Pollack (referencia en nota al pie 8), 34 *et seq.*, 582 *et seq.*

contra las políticas discriminatorias propiciadas por grupos de interés en franca violación de las obligaciones jurídicas internacionales y nacionales aprobadas democráticamente y asumidas por los gobiernos.

b) *"Controversias primarias" sobre regulaciones internas no discriminatorias: necesidad de deferencia judicial a nivel nacional e internacional*

El creciente número de "controversias regulatorias" por regulaciones internas no discriminatorias (vinculadas con los productos, la producción, los impuestos, la salud y el medio ambiente) refleja diferentes conflictos de intereses. La teoría económica y la teoría democrática explican que las regulaciones internas no discriminatorias pueden diferir legítimamente de país en país en la medida en que cumplan con los requisitos pertinentes de no discriminación, necesidad y otros requisitos de orden legal (por ejemplo, sobre derechos humanos y las normas de la OMC). El respeto por la democracia, la "igualdad soberana" de los Estados, la "competencia regulatoria" y la cooperación regulatoria internacional tienden a ser "mejores y primeros instrumentos políticos" que exigen "cortesía negativa y positiva", el reconocimiento mutuo de normas equivalentes (por ejemplo, los Acuerdos de la OMC sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias así como el Artículo VII del AGCS) o la armonización internacionalmente consensuada de normas nacionales divergentes. Estas controversias intergubernamentales requieren deferencia judicial nacional e internacional frente a la formulación democrática y legítima de las leyes. Como los intereses extranjeros suelen estar poco representados en estas "regulaciones fronteras adentro", las controversias relacionadas con frecuencia implican reclamaciones de discriminación indirecta *de facto* prohibida por las normas de la OMC (ver el Artículo III del GATT y los Artículos II y XVII del AGCS).⁹⁶ Sin embargo, en el caso de medidas no discriminatorias (como la prohibición de organismos genéticamente modificados), puede haber "conflictos primarios de intereses" por divergencias regulatorias y democráticas legítimas (por ejemplo, el hecho de que en los Estados Unidos haya más normas sanitarias con base científica que en Europa) que no siempre pueden ser superados por un sistema de adjudicación internacional.

c) *"Controversias de alta política" que pueden prevenirse y solucionarse mediante negociaciones políticas*

La práctica de solución de diferencias internacionales (por ejemplo, en el ámbito del GATT y de la OMC) indica que puede haber "controversias de alta política" cuyas dimensiones políticas son inapropiadas para entablar un procedimiento judicial. Las "excepciones relativas a la seguridad" dispuestas en la normativa del GATT/OMC (tales como en el Artículo XXI del GATT) están redactadas y se interpretan de manera tan amplia que las sanciones económicas fundadas en políticas extranjeras (por ejemplo, las sanciones en respuesta a las expropiaciones de propiedad extranjera en Cuba, la política del Apartheid en Sudáfrica, la ocupación militar de las islas Malvinas por parte de la Argentina) rara vez han sido objeto de reclamación ante un grupo especial de solución de controversias del GATT/OMC. El informe del grupo especial adoptado en 1984 en la diferencia planteada en el marco del GATT a raíz de la reclamación de Nicaragua contra restricciones a la importación impuestas por los Estados Unidos por razones de política exterior arribó a la conclusión de que las restricciones a la importación violaban el Artículo XIII.2; debido a que los Estados Unidos no habían invocado las excepciones del GATT, el informe del grupo especial no examinó si la violación del Artículo XIII.2 podía justificarse conforme al Artículo XXI del GATT.⁹⁷ Ambas partes reconocieron que el derecho de Nicaragua de adoptar contramedidas conforme al Artículo XXIII.2 del GATT no era viable en vista del embargo comercial establecido por los Estados Unidos, así como que el fin de las sanciones de los Estados Unidos dependía de que se resolviera el conflicto desatado por cuestiones de política exterior.

En la diferencia sustanciada ante la OMC sobre la Ley Helms-Burton de los Estados Unidos, que ampliaba las sanciones de dicho país contra Cuba frente al hecho de que ciertas empresas de las Comunidades Europeas se habían embarcado en transacciones comerciales con Cuba, las CE solicitaron la conformación de un grupo

⁹⁶ Ver el trabajo de F. Ortino en: Ortino/Petersmann (referencia en nota al pie 6), en 217-262.

⁹⁷ Sobre esta diferencia y otros antecedentes del GATT relativos al Artículo XXI, ver: *Guide to GATT Law and Practice. Analytical Index*, OMC 1995, en 600-608.

especial de solución de diferencias en el marco de la OMC luego de que fracasaron las consultas bilaterales destinadas a zanjar la diferencia. Las CE fortalecieron así su posición en la negociación al demostrar que una resolución de la OMC contra los Estados Unidos era una creíble "mejor alternativa a un acuerdo negociado" (MAAN). Tiempo después, las CE optaron por negociar –"a la sombra de la ley"– una solución bilateralmente acordada de la controversia como parte del Entendimiento relativo a las Disciplinas para el Fortalecimiento de la Protección de las Inversiones, de mayor alcance, que ambas partes propusieron incluir en un acuerdo de inversión multilateral.⁹⁸ Así, al dirigir la atención hacia alternativas legalmente viables y al transformar la diferencia bilateral en una estrategia de prevención de controversias multilaterales, las CE lograron una solución política para beneficio de ambas partes.

El arbitraje por terceras partes de la OMC puede resultar inapropiado también en áreas que exigen gran discrecionalidad en materia de política exterior. Hasta hace poco tiempo,⁹⁹ por ejemplo, los países menos adelantados (PMA) nunca impugnaron en procedimientos de solución de diferencias del GATT o de la OMC las "condiciones políticas" vinculadas al Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) voluntario otorgado por los países desarrollados a los menos adelantados. India puso mucho empeño en limitar su exitoso procedimiento ante la OMC del año 2003 contra las *Comunidades Europeas - Condiciones para la Concesión de Preferencias Arancelarias a los Países en Desarrollo* al "Régimen Droga" para combatir la producción y el tráfico de estupefacientes en Pakistán, sin impugnar la "condicionalidad sobre derechos humanos" ni la "condicionalidad ambiental" del SGP de las CE. La deferencia judicial hacia la discrecionalidad política también explica la jurisprudencia de larga data del GATT y la OMC por la cual se presume que la legislación que autoriza futuras violaciones de las normas de la OMC es compatible con la OMC siempre que esas violaciones no sean obligatorias sino una cuestión discrecional.¹⁰⁰

d) *Las controversias internacionales en materia de derechos privados deben remitirse a los tribunales nacionales y al arbitraje transnacional*

La mayoría de las controversias por restricciones al comercio exterior, inversiones y derechos de propiedad intelectual se solucionan a través de negociaciones, ante los tribunales nacionales o a través del arbitraje mixto inversionista-Estado (conforme a las reglas del CIADI, a la CNUDMI o al Capítulo XI del TLCAN).¹⁰¹ Casi el 10% de todas las diferencias ventiladas en la OMC se refieren a reclamaciones sobre propiedad intelectual basadas en el Acuerdo sobre los ADPIC. En el marco de la OMC se plantean cada vez más diferencias que entrañan medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que son incompatibles con las normas del AGCS que protegen a los prestadores de servicios o bien con aquellas del Acuerdo sobre las MIC que protegen a los inversores extranjeros.¹⁰² Si bien la mayoría de las diferencias sustanciadas en el seno de la OMC cuestionan medidas legislativas o regulatorias de carácter general, algunas se relacionan con controversias comerciales privadas entre compañías privadas, como la derivada del enfrentamiento entre competidores de las CE y de los Estados Unidos en relación con la marca Havana Club.¹⁰³

Algunos de los más de veinte procedimientos de arbitraje entre inversores y Estados conforme al Capítulo XI del TLCAN por reclamaciones privadas de compensación por "confiscaciones regulatorias" han sido objeto de

⁹⁸ Ver el estudio de caso presentado por el Embajador H. Paemen en: Petersmann/Pollack (referencia en nota al pie 8), 361-370.

⁹⁹ Ver la reclamación de la India mencionada en la nota al pie 45.

¹⁰⁰ Sobre la jurisprudencia del GATT y la OMC acerca de que la legislación que prescribe una violación de las obligaciones de la OMC puede ser incompatible con la OMC, mientras que la legislación que meramente otorga al ejecutivo la facultad discrecional para violar esas obligaciones puede ser compatible con la OMC, ver por ejemplo: S. Bhuiyan, "Mandatory and Discretionary Legislation: The Continued Relevance of the Distinction under the WTO", en: *Journal of International Economic Law* 2002, 571-604.

¹⁰¹ Ver notas al pie 11, 48, 55 y 69.

¹⁰² Para consultar un análisis de las diferencias en torno del Acuerdo sobre las MIC planteadas hasta ahora ante la OMC, ver: M. Lara, "The Agreement on Trade-Related Investment Measures", en: *The Kluwer Companion to the World Trade Organization*, 2004.

¹⁰³ Ver el informe del grupo especial de la OMC (WT/DS176/R) y del Órgano de Apelación (WT/DS176/AB/R) y el estudio de casos realizado por F. Abbott/T. Cottier (referencia en nota al pie 48).

muchas críticas en virtud del parcial "sesgo hacia los productores" que exhiben las disposiciones pertinentes del TLCAN al favorecer un trato privilegiado de los derechos del inversionista, definidos en un sentido por demás amplio, sobre la base de los tradicionales niveles mínimos de protección de los extranjeros de aplicación internacional, los procedimientos de arbitraje no transparentes y el enfoque parcial que respalda los derechos privados antes que el interés público.¹⁰⁴ En lugar de politizar y transformar las controversias sobre derechos privados en diferencias intergubernamentales en el marco de la OMC, con la posibilidad de que se apliquen sanciones comerciales que reduzcan el bienestar de la comunidad, los gobiernos deberían dejar ese tipo de conflictos en manos de los tribunales nacionales y de tribunales internacionales transparentes que aplican reglas no discriminatorias, tal como se hace en el seno de las CE, en donde el Tratado de las CE "no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados Miembros" (Artículo 295 del Tratado de las CE). Como la propiedad privada está protegida en la legislación constitucional nacional de todos los Estados Miembros de las CE, y debido a que todos esos Estados también aceptaron las garantías en materia de propiedad privada consagradas en el Protocolo 1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, las controversias por "confiscaciones regulatorias" planteadas por Estados Miembros de las CE se deciden en función de normas no discriminatorias y procedimientos transparentes en tribunales nacionales sujetos a examen por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así como los comerciantes y los inversionistas de otros Estados Miembros de las CE están amparados de manera no discriminatoria por los tribunales de las demás naciones de las CE sobre la base de reglas consensuadas a nivel nacional e internacional, las diferencias en que participan comerciantes e inversionistas de otros países Miembros de la OMC podrían resolverse de manera más eficaz en el ámbito de los tribunales nacionales, siempre que éstos prestaran el debido respeto a las normas de la OMC acordadas internacionalmente y aprobadas en forma democrática.

e) *La vigilancia de la aplicación de las resoluciones de diferencias dictadas en el marco de la OMC puede conducir a nuevas controversias políticas y jurídicas*

La adopción de las resoluciones dictadas en el ámbito del mecanismo de solución de diferencias de la OMC implica "recomendaciones" y/o "resoluciones" legalmente vinculantes (cf. el Artículo 21 del ESD y el Artículo XXIII del GATT) que, por lo general, establecen cuál es la correcta interpretación de las normas de la OMC en cada diferencia concreta. No obstante, esta aclaración de los derechos y obligaciones jurídicas "primarias" de los Miembros de la OMC que son parte en el conflicto no necesariamente asegura una "solución política" definitiva de la controversia a través del cumplimiento de las obligaciones "secundarias" de la OMC de "conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados" (Artículo 3.7 del ESD). En las diferencias sustanciadas ante la OMC sobre las restricciones impuestas por las CE a la importación de bananas y carne de bovinos tratada con hormonas, o bien aquella sobre los subsidios a las exportación otorgados por los Estados Unidos a las empresas de ventas en el extranjero (EVE), las resoluciones de la OMC no fueron implementadas dentro del "plazo prudencial" (Artículo 21 del ESD) y dieron origen a "controversias adicionales" sobre la coherencia de la OMC en cuanto a las medidas a aplicar y sobre el monto de las contramedidas conforme al Artículo 22 del ESD. Aún en los casos en que las resoluciones adoptadas en los procesos de solución de diferencias han sido aceptadas a nivel internacional, su aplicación a nivel nacional (por ejemplo, a través de cambios en la legislación del país de que se trate) puede conllevar controversias legales, políticas y económicas adicionales a nivel local, por ejemplo, en cuanto a los esfuerzos políticos tendientes a obtener mayoría parlamentaria para la sanción de nuevas leyes y a frenar los reclamos de grupos de intereses que buscan recibir compensaciones económicas. Las disposiciones del ESD sobre "Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones" (Artículo 21) y sobre "Compensación y suspensión de concesiones" (Artículo 22) reconocen las diferentes dimensiones legales y políticas de estas "controversias adicionales" al establecer la posibilidad de recurrir a arbitraje en plazos muy breves.

¹⁰⁴ Cf., por ejemplo, Private Rights, Public Problems. A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investors Rights, International Institute for Sustainable Development 2000.

3. *¿Corresponde institucionalizar métodos de Solución Alternativa de Controversias (sac) para cierta clase de diferencias en el marco de la OMC?*

A diferencia del recurso frecuente a la mediación y la conciliación para la solución de controversias comerciales internacionales privadas, apenas en tiempos recientes ha comenzado a invocarse el Artículo 5 del ESD sobre buenos oficios, conciliación y mediación en la práctica de la OMC. En el marco del GATT de 1947, sólo hubo tres casos en los que se recurrió a las cláusulas sobre los buenos oficios, mediación y conciliación del Director General (por ejemplo, conforme a lo dispuesto en el párrafo 8 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias del GATT de 1979).¹⁰⁵ Los tres casos fueron por reclamaciones contra países desarrollados. Dos de estas diligencias de mediación por parte del Director General, o su representante, no fueron exitosas (a saber, la mediación del Director General en la diferencia de 1982 sobre *Preferencias concedidas a los cítricos* entre las CE y los Estados Unidos y los buenos oficios del Director General en la primera diferencia sobre *Banano* de 1992 entre países en desarrollo y las CE). El éxito muy limitado de la fase de conciliación obligatoria en el Comité de Subvenciones conforme al Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio de 1979 ha llevado a los Miembros de la OMC a abstenerse de hacer obligatoria la conciliación en las cláusulas de solución de diferencias del Acuerdo sobre Subvenciones de la OMC antes de someter la diferencia ante un grupo especial.

En una comunicación fechada el 17 de julio de 2001, el Director General notificó a los Miembros de la OMC su voluntad de asistirlos a través de sus buenos oficios, mediación y conciliación conforme al Artículo 5.6 del ESD y subrayó la necesidad de hacer que el Artículo 5 fuese más operativo.¹⁰⁶ La comunicación incluye en detalle los "Procedimientos para solicitar las actuaciones previstas en el Artículo 5 del ESD". Por primera vez en la práctica de solución de controversias del GATT y la OMC, se pide a los interesados que especifiquen la naturaleza de su solicitud en vista de las diferencias jurídicas que existen entre los buenos oficios, la conciliación y la mediación.¹⁰⁷ Dado que ni el Director General ni el Director General Adjunto son expertos en el campo de la mediación y la conciliación, los procedimientos permiten que el Director General asigne a funcionarios de la Secretaría y/o a consultores externos para que lo ayuden en el proceso y a la vez disponen que se deberá cuidar que esos funcionarios no tengan participación directa en la diferencia en cuestión ya sea antes o después de las diligencias previstas en el Artículo 5. La comunicación manifiesta lo siguiente:

"[n]o se espera que el Director General dé 'opiniones consultivas', en un sentido estricto, pero puede ser apropiado un asesoramiento informal, no jurídico, con respecto a la mejor forma de encontrar una solución. Es mejor dejar que las conclusiones jurídicas con respecto a una diferencia concreta se formulen en el procedimiento formal de solución de diferencias. Las diligencias previstas en el artículo 5 deberían considerarse más bien como parte de los esfuerzos por ayudar a alcanzar una solución mutuamente convenida. También debería recordarse que el artículo 25 prevé el arbitraje y que el Director General no desea invadir el ámbito de esta disposición del ESD".

El Artículo 5 del ESD fue invocado por primera vez en septiembre de 2002 en una solicitud conjunta de mediación presentada por Filipinas, Tailandia y las Comunidades Europeas. El propósito del proceso de mediación solicitado era "examinar en qué medida los intereses legítimos de Filipinas y Tailandia se hallan indebidamente menoscabados como consecuencia de la aplicación por las Comunidades Europeas del trato arancelario preferencial concedido al atún en lata de los Estados ACP. El mediador, en caso de que concluya que en realidad se ha producido un menoscabo indebido, podrá considerar los medios que permitan hacer frente a la situación".¹⁰⁸ En la primavera del año 2003, las CE aceptaron la propuesta de mediación –que no se ha publicado aún– y la instrumentaron a través de una reglamentación dictada por las CE.

¹⁰⁵ Para el análisis de estos casos –es decir, las diferencias entre las CE y los EE.UU. sobre el trato arancelario concedido por las CE a las importaciones de productos cítricos (1982), entre las CE y Japón sobre las prácticas de fijación de precios y comercialización del cobre en Japón (1987) y entre Canadá y las CE sobre las negociaciones conforme al Artículo XXIV (1988)–, ver Raman (referencia en nota al pie 47).

¹⁰⁶ Ver WT/DSB/25 del 17 de julio de 2001.

¹⁰⁷ Ver WT/DSB/25, nota 9: "Los buenos oficios, la conciliación y la mediación se consideran tres distintos niveles de intervención del Director General, teniendo en cuenta que los buenos oficios son la supervisión del apoyo logístico y de la Secretaría, que la conciliación implica la participación directa en las negociaciones y que la mediación incluye la posibilidad de proponer efectivamente soluciones, cuando corresponda. Ha de mantenerse la flexibilidad con respecto a la posibilidad de cambiar de función".

¹⁰⁸ WT/GC/66 del 16 de octubre de 2002.

Los "Procedimientos para solicitar las actuaciones previstas en el Artículo 5 del ESD" –adjuntados a la comunicación del Director General con fecha 17 de julio de 2001– no abordan todas las técnicas de solución alternativa de controversias (SAC) que se emplean comúnmente en el derecho comercial privado con el fin de evitar recurrir a litigios en los tribunales (como los "minijudicios"). En el derecho de la OMC, al igual que en el derecho mercantil privado, los métodos de SAC y la "elección de foro" son cada vez más importantes en ciertas clases de diferencias (por ejemplo, las que atañen a derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, derechos de inversión privados de "proveedores de servicios", contratos de compras del sector público) que pueden presentarse, en forma alternativa o simultánea, ante un procedimiento de solución de controversias a nivel nacional, regional o mundial en tribunales nacionales o regionales, ante el ámbito transnacional del arbitraje del CIADI o de la OMPI, o ante el mecanismo intergubernamental de la OMC. La exitosa mediación de la OMC en el período 2002/2003 indica que las diferencias vinculadas con los efectos distorsivos sobre el comercio de las preferencias comerciales (por ejemplo, aquellas derivadas del Sistema Generalizado de Preferencias, de las uniones aduaneras y de las áreas de libre comercio) pueden ser más fáciles de resolver a través del recurso a la mediación política de terceras partes en el marco de la OMC antes que a través de procedimientos (cuasi)judiciales, sobre todo si la parte reclamante apela a la discrecionalidad política de los países que otorgan preferencias en lugar de impugnar –como en el caso de la reclamación presentada por India contra las preferencias arancelarias concedidas por las CE para combatir la producción de drogas en Pakistán– la incompatibilidad jurídica entre las preferencias arancelarias discriminatorias y el Artículo 1 del GATT y la "Cláusula de Habilitación".¹⁰⁹

¿A qué obedece que los métodos alternativos de solución de controversias reciban cada vez más reconocimiento – en el derecho comercial nacional e internacional *privado* pero aparentemente no en el derecho internacional *público*– como opciones importantes frente al arbitraje contencioso o a los litigios en tribunales, cuyos costos más altos, su duración más prolongada y, a veces, su menor predictibilidad (por ejemplo, en el caso de jurados y daños punitivos) los vuelve menos ventajosos que los métodos alternativos?¹¹⁰ La práctica de los Estados en sus relaciones en torno a tratados multilaterales con jurisdicción obligatoria (como el derecho de la OMC) da la pauta de que los gobiernos prefieren invocar y aplicar los derechos pactados; asimismo, en las "asociaciones públicas-privadas que intervienen en litigios en el marco de la OMC",¹¹¹ los operadores económicos privados pueden ser reacios a comprometer el imperio de la ley mediante soluciones *ad hoc* de diferencias individuales que pueden socavar la futura previsibilidad y seguridad jurídicas. Las condiciones previas que se requieren así como las potenciales ventajas de la SAC en las relaciones comerciales privadas (por ejemplo, el control privado de la controversia, el hecho de evitar veredictos de jurados y procedimientos tribunalicios costosos, prolongados e imprevisibles) son muy diferentes de aquellas de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, que tienden a ser cortos, predecibles y menos costosos que el arbitraje privado. Los procedimientos de solución de diferencias de la OMC también suelen sentar precedentes para la futura interpretación de las normas de la OMC en diferencias que afecten a otros gobiernos y operadores económicos privados más allá del control de las partes sobre la diferencia.

Al igual que en el derecho comercial privado, los intereses de los operadores económicos perjudicados por violaciones de las normas de la OMC no necesariamente van a coincidir con los intereses de sus representantes legales o con los intereses diplomáticos de los gobiernos de sus países. Los recursos legales disponibles en foros alternativos pueden variar considerablemente (por ejemplo, se cuenta con indemnización por daños y compensación financiera sobre la base de los principios del derecho internacional general de responsabilidad de los Estados en los procedimientos de la CIJ y del CIADI, pero no en los de la OMC). Los productores, inversionistas, importadores, exportadores y prestadores de servicios privados pueden tener muy buenas razones para querer controlar ciertos procedimientos de solución de controversias (por ejemplo, en el caso de procedimientos ante tribunales nacionales o en arbitrajes internacionales "mixtos") en lugar de solicitar a su gobierno que se haga cargo de la reclamación en el seno de la OMC. La iniciativa lanzada por el Director General de la OMC en julio de 2001 para que los procedimientos de mediación y conciliación fuesen más

¹⁰⁹ Ver el informe del grupo especial mencionado en la nota al pie 45.

¹¹⁰ Ver, por ejemplo, la bibliografía consignada en las notas al pie 41 y 47.

¹¹¹ Cf. Shaffer (referencia en nota al pie 29).

efectivos no invalida la posibilidad de examinar la conveniencia de crear un Centro de Métodos de Solución Alternativa de Controversias (Centro SAC) financiado por industrias privadas (y a modo de complemento del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, creado en el año 2001) que ofrezca –para ciertas categorías de controversias, como el "procedimiento de examen independiente" dispuesto en el Artículo 4 del Acuerdo de la OMC sobre Inspección Previa a la Expedición para diferencias entre exportadores y entidades de inspección previa al embarque– encuestas de indagación por parte de un perito neutral, minijurios y otras técnicas a cargo de mediadores capacitados.

4. La necesidad de promover la "cortesía" entre los tribunales internacionales y la cooperación judicial en la aplicación del imperio de la ley

La "legalización" de las relaciones comerciales internacionales y la proliferación de tribunales internacionales han llevado a una creciente "judicialización" de la solución de controversias en el ámbito de las relaciones internacionales.¹¹² Además del número cada vez mayor de tribunales internacionales y regionales y de procedimientos de solución de controversias (cuasi)judiciales (por ejemplo, conforme a las convenciones de derechos humanos y a los acuerdos comerciales y ambientales internacionales y regionales), el acceso individual a la justicia ha sido reconocido como un derecho humano¹¹³ y contribuye al surgimiento de una "comunidad global de tribunales".¹¹⁴ El número creciente de acuerdos comerciales a nivel mundial y regional garantiza explícitamente el acceso individual a los tribunales nacionales y a las sanciones judiciales contra las restricciones ilegales al comercio. Si las industrias exportadoras, por ejemplo las de los Estados Unidos, quieren objetar las restricciones comerciales extranjeras, pueden solicitar al gobierno de los Estados Unidos que inicie un procedimiento de solución de controversias intergubernamental en foros internacionales o regionales (por ejemplo, en la OMC o conforme al Capítulo XX del TLCAN) o bien pueden iniciar ellas mismas los procesos judiciales en tribunales extranjeros o regionales (por ejemplo, en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o en el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), ante los paneles del TLCAN establecidos conforme al Capítulo XIX o ante un arbitraje mixto conforme al Capítulo XI del TLCAN).¹¹⁵ En cambio, las industrias exportadoras de los países en desarrollo a menudo carecen de los recursos legales y financieros a fin de adoptar estrategias equivalentes para iniciar litigios transnacionales o intergubernamentales.¹¹⁶

Los tribunales internacionales y los procedimientos (cuasi)judiciales, por cierto cada vez más numerosos, se han establecido en forma independiente en función de los diferentes tratados, sus diferentes objetivos y diferentes electorados. Por lo tanto, no existe una jerarquía formal entre los distintos tribunales internacionales. Por ejemplo, aun cuando la CIJ tiene jurisdicción para entender en cualquier controversia jurídica entre Estados, los Estados Miembros de las Naciones Unidas son libres de someter sus diferencias legales a otras cortes internacionales de jurisdicción general (como la Corte Permanente de Arbitraje) o de jurisdicción especializada (como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar de las Naciones Unidas).¹¹⁷ También existen diferentes

¹¹² Cf. los dos simposios recientes sobre "Emerging Fora for International Litigation", *Harvard International Law Journal Winter 2003*; "Judicialization and Globalization of the Judiciary", *Texas International Law Journal Special Issue 2003*. Shany (referencia en nota al pie 2, en 5-7) enumera más de veinte nuevos mecanismos de solución y procedimientos (cuasi)judiciales internacionales establecidos desde mediados de la década de 1980.

¹¹³ Cf., por ejemplo, C. Harlow, "Access to Justice as a Human Right", en: P. Alston *et al* (eds.), *The EU and Human Rights*, 1999, 187-214.

¹¹⁴ Cf. A. M. Slaughter, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal* 44 (2003), 201.

¹¹⁵ Cf. la bibliografía citada en las notas al pie 29 y 42.

¹¹⁶ Sobre la frecuente falta en los países en desarrollo de la "infraestructura legal" en las "asociaciones públicas-privadas" para impugnar las restricciones comerciales extranjeras (por ejemplo, una legislación nacional similar al Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de los EE.UU. o al Reglamento sobre Obstáculos al Comercio de las CE para promover la cooperación entre los organismos de gobierno que preparan un procedimiento de solución de diferencias en la OMC y los intereses económicos privados), ver G. Shaffer, "How to Make the WTO Dispute Settlement System Work for Developing Countries: Some Proactive Developing Country Strategies", en: *Towards a Development-Supportive Dispute Settlement System in the WTO*, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2003, 3-62.

¹¹⁷ La jurisdicción no exclusiva de la CIJ se enfatiza en el Artículo 95 de la Carta de las Naciones Unidas: "Ninguna de las disposiciones de esta Carta impedirá a los Miembros de las Naciones Unidas encomendar la solución de sus diferencias a otros tribunales en virtud de acuerdos ya existentes o que puedan concertarse en el futuro".

jurisdicciones posibles para las reclamaciones internacionales privadas, por ejemplo, para aquellas basadas en instrumentos regionales o internacionales relativos a los derechos humanos.¹¹⁸ Incluso después de iniciados los procedimientos judiciales intergubernamentales, los mecanismos alternativos de solución de controversias siguen siendo importantes, como se refleja en aquellas sentencias de la CIJ que exigen celebrar nuevas negociaciones entre las partes en la controversia, definir los principios jurídicos que habrán de tenerse en cuenta en dichos métodos alternativos o bien inducir de otra manera a las partes a arribar a una solución negociada.¹¹⁹

Nunca se han utilizado las cláusulas de presentación de controversias ante la CIJ incluidas en los convenios sobre protección de los derechos de propiedad intelectual administrados por la OMPI o en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con el fin de someter tales controversias sociales y económicas ante la CIJ. Mientras que los antiguos tratados sobre Amistad, Comercio y Navegación (por ejemplo, los de los Estados Unidos) solían incluir cláusulas compromisorias que contemplaban la solución de controversias a través de la CIJ, la mayoría de los TBI modernos contemplan el arbitraje inversionista-Estado o el arbitraje entre Estados en lugar de la jurisdicción de la CIJ. La legislación sobre integración económica regional¹²⁰ y las normas de la OMC (Artículo 23 del ESD) suelen disponer la jurisdicción exclusiva de sus respectivos órganos de solución de diferencias si los Miembros "[tratan] de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados" (Artículo 23.1 del ESD). Sin embargo, esas cláusulas de jurisdicción exclusiva no impidieron que se presentaran diferencias simultáneas o sucesivas en la OMC y en foros regionales (por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los paneles del TLCAN) para analizar las mismas medidas gubernamentales desde diferentes perspectivas jurídicas. De acuerdo con el Artículo 2005 del TLCAN:

"Excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan con relación a 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".

El párrafo 6 del Artículo 2005 prescribe, sin embargo, que:

"[u]na 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" (es decir, de procedimientos de solución de controversias especiales para controversias sobre medidas ambientales, sanitarias, fitosanitarias o relacionadas con las normas).

El conflicto y la superposición de jurisdicciones para resolver una misma controversia presentan problemas de carácter jurídico si conducen a sentencias contradictorias, a la inseguridad jurídica o al agotamiento de los pocos recursos jurídicos o de otra naturaleza en casos de litigios múltiples. En el derecho internacional y nacional *privado*, esta clase de problemas son contrarrestados por las limitaciones legislativas y judiciales a la opción unilateral entre múltiples foros (por ejemplo, la desestimación judicial de los acuerdos sobre elección de foro que no son justos ni razonables), a los procedimientos paralelos (por ejemplo, la desestimación de la jurisdicción en caso de *lis alibi pendens*) y al abuso de los derechos (por ejemplo, el principio de *electa una via*). La regla de *lis alibi pendens*, que prohíbe iniciar otro procedimiento judicial durante la sustanciación de

¹¹⁸ De acuerdo con Shany (referencia en nota al pie 2), pág. 8, "en unas cuarenta ocasiones los mismos individuos han presentado quejas por violación de derechos humanos en más de un mecanismo que entiende en asuntos de derechos humanos". También ha habido casos de superposición de jurisdicciones entre la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Comité de Libertad Sindical de la OIT, ya que ambos monitorean la libertad de asociación (cf. Shany (referencia en nota al pie 2, en 48-49). La OIT también tuvo que ocuparse de casos previamente presentados ante procedimientos regionales de solución de diferencias sobre derechos humanos.

¹¹⁹ Para consultar ejemplos, ver los trabajos aportados a: C. Peck/R. S. Lee (eds.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, 1997, 324-369.

¹²⁰ Ver, por ejemplo, el Artículo 292 del Tratado de las CE: "Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado". Existen cláusulas de jurisdicción exclusiva similares en la Comunidad Andina y en el Sistema de la Integración Centroamericana para los tribunales internacionales creados en virtud de estos acuerdos.

un proceso judicial pendiente de resolución sobre las mismas reclamaciones legales entre las mismas partes, y la regla de *res judicata*, que prohíbe volver a litigar cuando un tribunal competente ha emitido un fallo definitivo, han sido reconocidas por tribunales internacionales como principios del derecho generalmente aceptados y de "cortesía judicial" entre tribunales en ejercicio de su función.¹²¹ Sin embargo, la aplicación de estas normas del derecho privado sobre conflicto y superposición de jurisdicciones por parte de tribunales internacionales en el campo del derecho internacional *público* sigue siendo excepcional y deja muchos interrogantes sin responder. Algunos de estos interrogantes podrían aclararse legalmente en los acuerdos de cooperación entre la OMC y otras organizaciones internacionales que tienen procedimientos de solución de controversias bien claros, como la OMPI y la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones).¹²²

A menudo se ha solicitado a los grupos especiales de solución de diferencias del GATT y la OMC que tuvieran en cuenta los "precedentes jurídicos" sentados por resoluciones anteriores del mecanismo de solución de diferencias del GATT o por decisiones previas del GATT (por ejemplo, sobre la compatibilidad entre las restricciones a la balanza de pagos nacional y el Artículo XVIII del GATT y entre los aranceles preferenciales y otras disposiciones preferenciales discriminatorias y el Artículo XXIV del GATT), cuando los grupos especiales recién establecidos debieron analizar la legalidad de las mismas medidas de gobierno ya examinadas por otros órganos del GATT. Un grupo especial del GATT en 1989 tuvo que examinar, por tercera vez, reclamaciones contra las restricciones a la importación de manzanas impuestas por las CE:

"[e]ntendió que el mandato que se le había conferido lo autorizaba a examinar el asunto a él sometido por Chile a la luz de todas las disposiciones pertinentes del Acuerdo General y de las relacionadas con la interpretación y la aplicación de éste. Decidió tener en cuenta el informe del Grupo Especial de 1980 y las expectativas legítimas creadas por la adopción del mismo, [pero también otras circunstancias relativas a esta reclamación]. En consecuencia, no se consideró jurídicamente constreñido por todas las consideraciones detalladas y el razonamiento jurídico del mencionado informe de 1980". [...] "Si bien tomaba debida nota de los informes de esos grupos especiales anteriores, el Grupo Especial no consideró que éstos lo eximieran de la responsabilidad que le incumbía, en virtud de su mandato, de llevar a cabo su propio examen exhaustivo..."¹²³

En julio de 1985, los Estados Unidos solicitaron al Consejo del GATT que aplicara las resoluciones de un informe previamente adoptado de un grupo especial sobre el asunto *Medidas aplicadas por el Japón a las importaciones de cuero* a las restricciones cuantitativas sobre calzado de cuero que imponía Japón, ya que "se aplicó el mismo régimen administrativo y legal para restringir las importaciones de calzado de cuero y para restringir las importaciones de cuero". Otros Miembros del GATT expresaron sus "reservas sobre la propuesta de que las recomendaciones de un grupo especial pudieran aplicarse a otra diferencia; sin duda, sólo un grupo especial podía determinar si los casos en cuestión eran totalmente idénticos". El Consejo acordó conformar un nuevo grupo especial para la solución de esta diferencia.¹²⁴ El informe del grupo especial del GATT de 1983 sobre el asunto *Estados Unidos - Importaciones de ciertos sistemas de resortes para automóviles* fue adoptado "en el entendimiento de que ello no excluirá un examen futuro del recurso al artículo 337 [de la Ley Arancelaria de 1930 de los Estados Unidos] en los casos de violación de patente, desde el punto de vista de su compatibilidad con los artículos III y XX del Acuerdo General".¹²⁵ El informe del grupo especial del GATT de 1989 sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930* examinó nuevamente reclamaciones (esta vez presentadas por las CE) que impugnaban el recurso al Artículo 337 en conexión con el cumplimiento de las normas sobre patentes y, contrariamente a lo resuelto por un grupo especial en 1983 contra reclamaciones similares planteadas por Canadá, determinó que las restricciones

¹²¹ Cf. Shany (referencia en nota al pie 2), 22-23, 279. El principio de que "la elección de un foro" (*electa una via*) puede impedir al demandante presentar la misma controversia entre las mismas partes ante otro tribunal está estrechamente vinculado con la regla de *lis alibi pendens*.

¹²² Ver la nota al pie 23.

¹²³ GATT Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice, 6ª ed. 1994, en 703.

¹²⁴ Actas del Consejo del GATT C/M/191, en 37-38.

¹²⁵ C/M/168, en 10.

discriminatorias eran incompatibles con el Artículo III.4 del GATT y que no eran "necesarias" ni justificables por ningún otro motivo conforme al Artículo XX(d) del GATT.¹²⁶

Cuando, en marzo de 1991, Brasil solicitó que el Consejo del GATT estableciera un grupo especial de solución de diferencias para examinar la negativa de los Estados Unidos de brindar el trato de la nación más favorecida a las importaciones de calzado distinto del de caucho procedentes del Brasil [sic], los Estados Unidos lo objetaron fundándose en "que este asunto ya había sido juzgado" en el marco del GATT en 1988 y que una "nueva resolución violaría el principio jurisprudencial fundamental de *res judicata* –un fallo definitivo sobre un asunto dado constituye la prohibición absoluta a una acción subsiguiente–... el Grupo Especial anterior había tenido en cuenta todos los argumentos de Brasil para dictar su resolución". El grupo especial se estableció en la siguiente reunión del Consejo del GATT dado que, *inter alia*, el procedimiento de 1988 había tenido lugar conforme a otro acuerdo (el Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio de 1979), y el informe de dicho grupo especial no había sido adoptado.¹²⁷ De manera similar a esta práctica de solución de diferencias en el marco del GATT de 1947, varios grupos especiales de la OMC han aclarado hasta qué punto los subsiguientes grupos especiales han de tener en cuenta las decisiones anteriores adoptadas en el marco de la OMC (por ejemplo, sobre la compatibilidad entre las restricciones a la balanza de pagos y el Artículo XVIII del GATT, y sobre la compatibilidad entre los acuerdos de áreas de libre comercio y el Artículo XXIV del GATT) y las resoluciones dictadas por grupos especiales anteriores.¹²⁸

Prácticamente no hay informe de solución de una diferencia del GATT o de la OMC que no fundamente su aplicación e interpretación de las normas del GATT/OMC haciendo referencia a las interpretaciones jurídicas, políticas o (cuasi)judiciales adoptadas en la práctica previa del GATT/OMC. La coordinación recíproca de múltiples resoluciones adoptadas en diversos procedimientos de solución de diferencias en el marco del GATT y la OMC evoluciona de manera pragmática caso a caso y no recurriendo a normas generales de la OMC sobre "multiplicidad de foros" y procedimientos paralelos y sucesivos. Los informes de los grupos especiales de la OMC aplican normas del derecho internacional general a la luz de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales (sobre todo de la CIJ) o bien hacen referencia a tratados (por ejemplo, sobre protección del medio ambiente) suscritos por Miembros de la OMC fuera del ámbito de la OMC, aún cuando otros tribunales internacionales rara vez han exhibido tal "cortesía judicial" en relación con la jurisprudencia de la OMC. Los procedimientos paralelos ante tribunales nacionales e internacionales son frecuentes en la práctica de solución de diferencias de la OMC; sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia de otros tribunales, no son percibidos como conflictos jurisdiccionales porque los reclamantes, los reclamos y la ley aplicable son, en general, diferentes.

V. CONCLUSIONES: LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL COMO INCENTIVO PARA LA COOPERACIÓN JUDICIAL Y PARA LA PROMOCIÓN DEL IMPERIO DE LA LEY A TRAVÉS DE REDES JUDICIALES

Las frecuentes incoherencias jurídicas entre las resoluciones (cuasi)judiciales de los órganos de solución de diferencias de la OMC, de los tribunales comerciales regionales (como el Tribunal de Justicia de las CE y los paneles del TLCAN) y de los tribunales nacionales respecto de la interpretación y aplicación del derecho comercial internacional confirman que, tanto en el derecho comercial internacional como en otras esferas del derecho internacional público, los tribunales internacionales no conforman aún un sistema judicial y jurídico coherente. Fuera de los sistemas regionales, como la legislación de las CE y las leyes sobre derechos humanos en Europa, la coordinación y la cooperación en materia judicial entre los tribunales internacionales, así como entre los nacionales e internacionales, destinadas a evitar sentencias incompatibles –incluso sobre la legalidad de las mismas medidas de gobierno (como las restricciones a la importación de bananas impuestas por las CE)– todavía siguen siendo muy poco frecuentes. Las facultades inherentes de los tribunales para mostrar

¹²⁶ Cf. GATT Basic Instruments and Selected Documents (BISD) Suplemento 36, 345, 393-396.

¹²⁷ *GATT Analytical Index* (referencia en nota al pie 123), en 704.

¹²⁸ Cf. F. Roessler, "The Institutional Balance between the Judicial and the Political Organisms of the WTO", en: M. Bronckers/R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, 2000, 325-346.

cortesía hacia otros tribunales y cooperar con ellos en el mantenimiento del imperio de la ley son poco ejercidas por los tribunales internacionales. No obstante, la competencia entre los diferentes tribunales internacionales no representa aún un problema importante en el ámbito del comercio internacional. Mientras que la "selección de foros" y la "selección de reglas" en el derecho comercial internacional *privado* pueden incomodar seriamente a las partes privadas demandadas contra su voluntad en distantes foros del exterior que aplican legislación extranjera, las partes demandadas en litigios intergubernamentales suelen tener los recursos para defenderse en tribunales internacionales cuya jurisdicción han aceptado voluntariamente.

Mientras que la CIJ ha sido criticada por ignorar su "función constitucional" respecto del sistema jurídico de las Naciones Unidas en favor de la resolución pragmática "estilo arbitraje" de muchas controversias entre Estados,¹²⁹ la intervención habitual de terceros en la OMC y los procedimientos del Tribunal de Justicia de las CE ilustran que –en la legislación económica regional y mundial– las funciones "sistémicas" y "constitucionales" de la adjudicación obligatoria son bien reconocidas por los Estados. Los procedimientos de solución de diferencias puramente bilaterales siguen siendo una excepción en la OMC: alrededor de un tercio de los casos tienen múltiples demandantes, y hay intervención de terceros, conforme al Artículo 10 del ESD, en más del 80 por ciento de los casos. A semejanza de las frecuentes críticas por parte de los gobiernos Miembros de las CE sobre la "governabilidad judicial" y la audaz "jurisprudencia constitucional" del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Órgano de Apelación de la OMC ha sido objeto de críticas cada vez más importantes –no sólo por parte de grupos académicos sino también de Estados Miembros de la OMC– por su "activismo judicial" en el desarrollo progresivo del derecho de la OMC, que conduce a un desequilibrio institucional entre la rama judicial, que cuenta con gran poder, y las "ramas legislativa y ejecutiva" mucho menos eficientes de la OMC.¹³⁰ Por ejemplo, cuando el Órgano de Apelación de la OMC interpretó que los Artículos 13 y 17 del ESD permitían la aceptación de comunicados *amicus curiae* no solicitados por parte de organizaciones no gubernamentales, se convocó a una reunión especial del Consejo General de la OMC, donde se expresó esta severa crítica:

"Lamentablemente, el Órgano de Apelación pasó por alto la opinión predominante de los Miembros, contraria a la aceptación de comunicados *amicus curiae* no solicitados. Al establecer el procedimiento adicional, que equivale a solicitar comunicados *amicus curiae* de las ONG, el Órgano de Apelación ha indicado su deseo de dar un paso más, sin tener en absoluto en cuenta las opiniones de una abrumadora mayoría de los Miembros de la OMC".¹³¹

Cuando se discutió el informe del Órgano de Apelación en el caso *Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos (Artículo 21.5)* en el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, muchos Miembros de la OMC criticaron:

"[I]a nueva lectura el Órgano de Apelación ha hecho del texto del Acuerdo sobre la Agricultura para determinar si existen 'pagos' con arreglo al párrafo 1 c) del artículo 9 de ese Acuerdo... El coste de producción no aparece en ninguna disposición del Acuerdo sobre la Agricultura ni tampoco resulta claro por qué la expresión "valor apropiado", que no se recoge en el Acuerdo sobre la Agricultura, equivale a costo de producción... Resulta extraño que la OMC no considere el mercado como un buen indicador del valor de las mercancías".¹³² "[I]a constatación del Órgano de Apelación va más allá del sentido corriente de los términos del Acuerdo sobre la Agricultura... El Órgano de Apelación incumplió una

¹²⁹ Cf. las contribuciones de P. M. Dupuy, "The Danger of the Fragmentation or Unification of the International Legal System and the ICJ", así como los aportes de E. U. Petersmann, "Constitutionalism and International Adjudication: How to Constitutionalize the UN Dispute Settlement System?", al tema del simposio de la *New York University Journal of International Law and Policy* 31 (1999), en 753, 791.

¹³⁰ Cf., por ejemplo, C. D. Ehlermann, "Six Years on the Bench of the 'World Trade Court'", en: Ortino/Petersmann (referencia en nota al pie 6), 499, 523-530.

¹³¹ Documento WT/GC/M/60 de la OMC (declaración del representante de la India).

¹³² WT/DSB/M/116, pág. 70 (declaración del representante de los Estados Unidos). La resolución del Grupo Especial, que había usado tanto los precios del mercado nacional como del internacional como referentes para determinar los "pagos en especie", fue revertida por el Órgano de Apelación sin argumentos convincentes. [Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

obligación fundamental del intérprete de un tratado... Está claro que el Órgano de Apelación fue más allá de lo que acordaron los Miembros de la OMC en las negociaciones de la Ronda Uruguay".¹³³

A diferencia de los casos de controversias entre Estados que podrían someterse ante la CIJ y en cambio fueron sometidos a un arbitraje *ad hoc*,¹³⁴ los Miembros de la OMC aún no han recurrido al arbitraje mutuamente acordado como alternativa a los procedimientos de los grupos especiales o del Órgano de Apelación de la OMC.¹³⁵ De todos modos, la legitimidad y los recursos legales limitados de la jurisprudencia de la OMC seguirán siendo cuestionados. Por ejemplo, muchos de los "casos de derechos humanos" sometidos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas podrían surgir de manera similar en la OMC, por ejemplo si la libertad de comercio (Artículo XI.1 del GATT) o la libertad de tránsito (Artículo V del GATT) se vieran restringidas para proteger los derechos humanos de los manifestantes que bloquean autopistas,¹³⁶ de los consumidores que rechazan los alimentos genéticamente modificados¹³⁷ o de los científicos que usan su libertad de expresión para criticar los peligros de los hornos microondas.¹³⁸ No existe ningún informe de un grupo especial, del Órgano de Apelación o de un tribunal de arbitraje del GATT o de la OMC cuya resolución jurídica haya hecho referencia, en el pasado, a las obligaciones en materia de derechos humanos de los Miembros de la OMC. Así como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha evitado en ocasiones tomar decisiones sobre las dimensiones de los derechos humanos de las controversias comerciales,¹³⁹ los órganos de solución de diferencias de la OMC prefieren evitar el hecho de emitir resoluciones acerca de las dimensiones de los derechos humanos de las diferencias planteadas ante la OMC: aún si las numerosas "excepciones generales" incluidas en los Acuerdos de la OMC (como el Artículo XX.a del GATT, que permite "las medidas necesarias para proteger la moral pública") ofrecen grandes probabilidades legales para justificar las restricciones comerciales con el objeto de los derechos humanos,¹⁴⁰ los grupos especiales de la OMC carecen de la experiencia y el conocimiento legales necesarios en el campo de los derechos humanos y nunca han aclarado de qué manera las obligaciones de la OMC deberían "equilibrarse" y conciliarse con las obligaciones en materia de derechos humanos asumidas por los Miembros de la OMC. Asimismo, los grupos especiales de la OMC son reticentes a la hora de aplicar "enfoques constitucionales" que equilibren las obligaciones sobre comercio internacional, medio ambiente y otras emanadas de tratados sobre la base de los principios constitucionales generalmente reconocidos, como la no discriminación, la necesidad, la proporcionalidad, el debido proceso, la transparencia y los derechos humanos.¹⁴¹ No obstante, las reclamaciones legales ante organismos de derechos humanos contra las decisiones jurídicas de los órganos de la OMC siguen siendo improbables: así como la Comisión Europea de Derechos Humanos declinó tener jurisdicción para revisar presuntas violaciones a los derechos humanos en procedimientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,¹⁴² los órganos de las Naciones

¹³³ WT/DSB/M/141, pág. 4 (declaración del representante de Canadá). [N. de Trad.: Los números de página corresponden a la versión en inglés].

¹³⁴ Ver, por ejemplo, el laudo arbitral del caso *Southern Bluefin Tuna (Australia y Nueva Zelanda c. Japón)* del 4 de agosto de 2000 (39 ILM 2000, 1359), en el que la CIJ podría haber intervenido sobre la base de las declaraciones acerca de la cláusula optativa de los tres Estados partes.

¹³⁵ Sin embargo, corresponde ver la reclamación de Brasil ante la OMC contra la aplicación de medidas de salvaguarda por parte de la Argentina sobre las importaciones de tejido de algodón (WT/DS190, solucionada por las partes), donde una parte de la demanda fue decidida por arbitraje *ad hoc* en el marco del Mercosur (cf. Shany, referencia en nota al pie 2, en 59).

¹³⁶ Ver el Caso C-112/200 del TJCE, *Schmidberger*, (referencia en nota al pie 18).

¹³⁷ Ver el Caso C-377/98 del TJCE, *Países Bajos c. el Parlamento y el Consejo Europeos*, (referencia en nota al pie 15).

¹³⁸ Ver el caso *Hertel* presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (referencia en nota al pie 19).

¹³⁹ Cf. el Caso C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children in Ireland v. Grogan*, ECR 1991 I, 4685 (el Tribunal sostuvo que la prohibición por parte de Irlanda contra la propaganda que hacía una organización estudiantil que distribuía información sobre servicios de aborto en el exterior no estaba bajo el alcance de la legislación de las CE).

¹⁴⁰ Cf. E. U. Petersmann, "Human Rights and the Law of the WTO", en: *Journal of World Trade* 2003, 242-281.

¹⁴¹ Sobre la jurisprudencia general de la OMC acerca de los requisitos de no discriminación y necesidad en materia de tratados de la OMC, ver, por ejemplo, J. Neumann/E. Türk, "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After *Korea-Beef*, *EC-Asbestos* and *EC-Sardines*". En: *Journal of World Trade* 2003, 199-233.

¹⁴² Cf. *Melchers & Co. v. Germany*, Appl. 13258/87, 1990 *Yearbook Eur. Conv. on Human Rights* 138). Esta negativa de la jurisdicción *ratione materiae* de la Comisión Europea de Derechos Humanos se basó en la jurisdicción del TJCE para examinar la compatibilidad entre la legislación de las CE y los derechos humanos consagrados en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, así como en la ausencia de ciertos miembros de las CE en el CEDH.

Unidas abocados a los derechos humanos difícilmente ejerzan facultades jurisdiccionales en reclamaciones en las que los órganos de solución de diferencias de la OMC no han tomado en consideración los instrumentos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas.

Del mismo modo que hay un número creciente de reclamos sobre derechos humanos que han sido presentados por los propios individuos conforme a más de un instrumento de derechos humanos regional o mundial,¹⁴³ es probable que el número de impugnaciones judiciales en los foros nacionales, regionales y mundiales por las mismas restricciones comerciales impuestas por gobiernos (por ejemplo, el caso del banano) aumente en el futuro. Por ejemplo, la negativa de varios gobiernos Miembros de las CE a aprobar los organismos genéticamente modificados (OGM) e implementar la Directiva 2002 de las CE sobre la liberación al público de los OGM está siendo objeto de impugnación en el marco de la OMC (por parte de Canadá y los Estados Unidos), ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por ejemplo, por parte de la Comisión de la Unión Europea) así como ante algunos tribunales nacionales (por ejemplo, por parte de solicitantes privados y titulares de patentes). Las jurisdicciones concurrentes, la "selección de foros" y los litigios paralelos a nivel nacional, regional y mundial entrañan el riesgo de que se emitan fallos incompatibles y de que se produzca una fragmentación del derecho si los jueces no interpretan la legislación mercantil nacional y regional de conformidad con las obligaciones asumidas por los propios Estados Miembros de la OMC o si no tienen en cuenta los acuerdos internacionales suscritos entre Estados Miembros de la OMC fuera del marco de dicha Organización (por ejemplo, las reglamentaciones sobre OGM del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad Biológica del Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas).

Las pocas normas del derecho internacional general que limitan las controversias paralelas o sucesivas entre las mismas partes dejan varios interrogantes por resolver. Por ejemplo, la prohibición *lis alibi pendens* de iniciar un procedimiento judicial mientras esté pendiente de resolución la misma controversia en otro órgano judicial no se aplica a los tribunales de diferentes sistemas jurídicos nacionales, regionales y mundiales a menos que tal prohibición se haya contemplado explícitamente (como ocurre con el Artículo 2005.6 del TLCAN). Lo mismo parece aplicarse al requisito de *res judicata*, por el cual las partes en una controversia deben respetar el fallo definitivo de un tribunal competente: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por ejemplo, no ha tenido en cuenta en muchas ocasiones las resoluciones dictadas en procedimientos del GATT y la OMC sobre la ilegalidad de las mismas restricciones comerciales que fueron impugnadas ante el TJCE después de que las resoluciones adoptadas en el marco del GATT o de la OMC habían establecido su ilegalidad.¹⁴⁴ El frecuente paralelismo entre procedimientos ante tribunales nacionales y regionales y ante el mecanismo de solución de diferencias del GATT/OMC confirma que, contrariamente al "principio de elección de una vía" (*electa una via*) que limita los litigios múltiples de las mismas partes, el hecho de que una parte privada litigue ante un tribunal nacional no impide que una parte estatal impugne una medida tomada por un gobierno extranjero en un procedimiento de solución de diferencias intergubernamental. Aún cuando los tribunales se empeñan por lograr la coherencia jurídica y judicial en su propia jurisprudencia, ningún órgano abocado a la solución de controversias en el ámbito de la OMC, las CE y el TLCAN aplica una doctrina *stare decisis*, que exige la aplicación estricta del fallo judicial de un caso en los futuros casos similares en que intervengan diferentes partes.

Los tribunales de derechos humanos, los tribunales europeos y los órganos de solución de diferencias de la OMC se caracterizan por el alto nivel de sus exámenes judiciales, a diferencia de los tribunales internacionales centrados en los Estados que a menudo son más renuentes a cuestionar la soberanía de los Estados y la discrecionalidad en materia de política exterior. Es probable que el conflicto de jurisdicciones entre tribunales comerciales nacionales e internacionales así como la crítica académica de las sentencias nacionales "introvertidas" que no prestan atención a las obligaciones asumidas ante la OMC por el país en cuestión mejoren la calidad y la coherencia general del razonamiento judicial. Asimismo, está la posibilidad de recurrir a los acuerdos de

¹⁴³ Cf. Shany (referencia en nota al pie 2), en 60, se refiere a las cuarenta reclamaciones sobre derechos humanos que fueron planteadas ante procedimientos globales y regionales.

¹⁴⁴ Cf. G. A. Zonnekeyn, "EC Liability for the Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions", en: *JIEL* 6 (2003), 761-770; N. van den Broek, "Legal Persuasion, Political Realism and Legitimacy: The European Court's Recent Treatment of the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order", en: 4 *JIEL* (2001), 411-440. En los Casos C-93/02P y C-94/02P, *Biret International SA v. Council*, sentencia del 30 de septiembre de 2003 (nry), el Tribunal dejó abierta la posibilidad de que los individuos invoquen las obligaciones asumidas por las CE en la OMC, que se establecieron formalmente en resoluciones de diferencias en el marco de la OMC y no fueron implementadas por las CE dentro del "plazo prudencial" prescrito por las normas de la OMC.

cooperación entre la OMC y otras organizaciones intergubernamentales a fin de promover la coordinación y cooperación entre sus respectivos procedimientos de solución de diferencias. Mientras que la coordinación de jurisdicciones en pugna entre los tribunales internacionales puede dejarse en manos de la práctica judicial, la necesidad de interpretar las normas de comercio nacionales e internacionales de manera más coherente exige el reconocimiento explícito y recíproco entre los países que comercian entre sí (como se dispone, por ejemplo, en el Artículo XX del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC). Será sólo después de que se haya reconocido al derecho comercial nacional e internacional como constitutivos de un sistema jurídico coherente para beneficio de los consumidores nacionales y de los "ciudadanos de otros mercados" que tal vez logre surgir un sistema jurídico y judicial más armonizado, basado en la interpretación recíprocamente coherente de las normas de comercio nacionales, regionales y mundiales, en la cooperación entre los jueces nacionales e internacionales, en la cortesía sobre sus respectivas jurisprudencias, en la aplicación judicial descentralizada de normas de comercio no discriminatorias y precisas y en el respeto por los derechos humanos.

CUADRO 1
Solución Alternativa de Controversias Conforme al Derecho Internacional

MÉTODOS POLÍTICOS	MÉTODOS JURÍDICOS
<p>(Características: flexibilidad de los procedimientos, control ejercido por las partes, libertad de aceptar o rechazar las soluciones propuestas, se evitan las situaciones en las que una parte gana y la otra pierde, consideraciones políticas y jurídicas).</p>	<p>(Características: decisiones basadas en las normas y jurídicamente vinculantes emitidas por jueces independientes en función de normas sustantivas del derecho y procedimientos previamente acordados que reflejan los intereses de largo plazo de las partes).</p>
<p>Consultas/Negociación: medio principal —voluntario u obligatorio, <i>ad hoc</i> o institucionalizado, bilateral o multilateral— para prevenir o solucionar diferencias (= reclamaciones contradictorias) en forma pacífica a través de soluciones acordadas entre las partes en la diferencia (los negociadores conservan el control de su controversia; el éxito depende de que ambas partes estén convencidas de que los beneficios de lograr un acuerdo son más importantes que sus desventajas; la celebración de negociaciones no es un requisito previo general para la solución por parte de la CIJ; riesgo de negociación de las posiciones orientada al poder en lugar de negociación basada en principios y orientada a las normas).</p> <p>Buenos oficios: intervención de un tercero en una controversia a fin de alentar y ayudar a que las partes en litigio negocien (por ejemplo, ofreciéndoles servicios técnicos y canales de comunicación adicionales).</p> <p>Mediación: propuestas activas no vinculantes por parte de un tercero, con el consentimiento de las partes en la diferencia, que conservan el control de ésta.</p> <p>Investigación: averiguación de los hechos objeto de controversia por parte de un tercero (por ejemplo, una comisión indagadora de hechos) de manera de ofrecer a las partes en la diferencia una evaluación objetiva (posiblemente aceptada de antemano como vinculante para las partes).</p> <p>Conciliación: averiguación de los hechos y examen de las reclamaciones por parte de terceros independientes sobre una base formal jurídica e institucionalizada (habitualmente, una comisión de conciliación) con el objeto de presentar propuestas de solución no vinculantes.</p>	<p>Solución internacional: presentación de una controversia ante un tribunal internacional permanente para su resolución judicial en función de los procedimientos y el derecho de fondo internacional aplicable especificados en el estatuto del tribunal.</p> <p>Arbitraje internacional público: presentación de una controversia ante árbitros <i>ad hoc</i> designados por las partes para su resolución judicial en función de los procedimientos y el derecho de fondo internacional aplicable acordados entre las partes en la controversia.</p> <p>Arbitraje internacional mixto: presentación de una controversia entre una parte privada (por ejemplo, un inversionista extranjero) y un Estado al arbitraje internacional (por ejemplo, conforme al Convenio de 1995 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones).</p> <p>Arbitraje internacional privado: presentación de una controversia entre partes privadas sobre su cumplimiento de las disposiciones de tratados internacionales (por ejemplo, del Acuerdo de la OMC de 1994 sobre la Inspección Previa a la Expedición) a un procedimiento de arbitraje internacional privado contemplado en el tratado internacional.</p> <p>Resolución judicial por parte de tribunales nacionales: presentación de una controversia entre una parte privada y un gobierno sobre el cumplimiento de normas del derecho internacional ante un tribunal nacional permanente.</p>

CUADRO 2
El sistema integrado de solución de diferencias de la OMC
(Anexo 2 del Acuerdo de 1994 por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio)

MÉTODOS POLÍTICOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS	MÉTODOS JURÍDICOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS
Consultas (Artículo 4)	Procedimiento de los grupos especiales (Artículo 6 a 16, 18 y 19)
Buenos oficios (Artículos 5 y 24)	Procedimiento de examen en apelación (Artículos 17 a 19)
Conciliación (Artículos 5 y 24)	Resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias sobre los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación (Artículos 16 y 17)
Mediación (Artículos 5 y 24)	
Recomendaciones de <ul style="list-style-type: none">- los grupos especiales (Artículo 19)- el Órgano de Apelación (Artículo 19)- el Órgano de Solución de Diferencias (Artículos 16 y 17)	Arbitraje entre Estados (Artículo 25) Arbitraje internacional privado (por ejemplo, Artículo 4 del Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición)
Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones (Artículo 21)	Procedimientos ante tribunales nacionales
Compensación y suspensión de concesiones (Artículo 22)	(por ejemplo, Artículo. X del GATT, Artículo 13 del Acuerdo Antidumping, Artículo 23 del Acuerdo sobre Subvenciones, Artículos 32 y 41 a 50 del Acuerdo sobre los ADPIC, Artículo XX del Acuerdo sobre Contratación Pública)

MESA REDONDA: ¿PUEDE Y DEBE EVITARSE LA PROLIFERACIÓN DE MECANISMOS SOBRE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?

**PARTICIPANTES: VALERIE HUGHES, KURT RIECHENBERG, LUIZ OLAVO BAPTISTA,
CARLOS FERNÁNDEZ, DEBRA STEGER Y ERNST-ULRICH PETERSMANN**

MODERADOR: JAMES WHITELAW

RELATORA: DEBRA STEGER

Al abordar la pregunta principal de esta mesa redonda (¿Puede evitarse la proliferación de mecanismos sobre solución de controversias?), la Sra. Valerie Hughes respondió sí y no. Los Estados requieren flexibilidad para negociar nuevos acuerdos regionales y para adaptar los acuerdos a diferentes realidades. En el caso de los acuerdos entre Estados sujetos a las mismas normas, los gobiernos deberían empeñarse en evitar la proliferación dado que la selección de foros (*forum-shopping*) podría convertirse en un problema. Con la proliferación de mecanismos, existe el riesgo de la fragmentación del derecho. También se generan problemas en relación con la aplicabilidad del derecho internacional público en solución de diferencias en el marco de la OMC y en otros acuerdos. Los Miembros de la OMC, en especial, tienen sus propios puntos de vista respecto de la aplicabilidad del derecho internacional público a la solución de diferencias en el marco de la OMC.

El Sr. Kurt Riechenberg observó que es importante que los jueces tengan conocimiento de las actividades y decisiones adoptadas en otros foros a fin de evitar la fragmentación del derecho y desalentar la selección de foros. Todos deberíamos hacer un esfuerzo considerable en este sentido. El Tribunal de Justicia Europeo, por ejemplo, suele citar los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Será un desafío resolver las difíciles cuestiones jurisdiccionales en el futuro.

El Sr. Luiz Olavo Baptista señaló que no se puede evitar la proliferación de los mecanismos de solución de diferencias. Es el resultado de actos voluntarios por parte de los Estados. Sin embargo, podemos y debemos tratar de reducir el número de foros en los que puedan ventilarse las diferencias. Podemos hacerlo, por ejemplo, recurriendo a las cláusulas de jurisdicción exclusiva. De lo contrario, corremos el riesgo de la fragmentación del derecho. Inevitablemente, la proliferación de mecanismos de solución de diferencias da lugar a más dificultades, sobre todo para los países más pobres.

El Sr. Carlos Fernández fue de la opinión que debe evitarse la proliferación de los mecanismos de solución de diferencias. Debería recurrirse a mecanismos de solución de diferencias más efectivos a fin de reemplazar aquellos que ya se han tornado redundantes. Existe la necesidad de que los jueces se mantengan informados y actualizados sobre los acontecimientos jurídicos en otras jurisdicciones. En última instancia, veremos si la proliferación de mecanismos hace que los jueces estén mejor informados.

La Sra. Debra Steger manifestó que el principal punto al que debemos abocarnos como resultado de la proliferación de mecanismos de solución de diferencias es el problema de los conflictos potenciales entre

normas, cómo abordarlos y mediante qué mecanismos. En su opinión, la selección de foros no constituye verdaderamente un problema a menos que exista también un problema con potenciales conflictos de normas. Éste puede ser un asunto muy importante, sobre todo cuando hay una serie de acuerdos posteriores sobre la misma materia. Dilucidar las prioridades entre diversos acuerdos regionales y el Acuerdo de la OMC, por ejemplo, podría ser una tarea muy difícil. Cuando hay un genuino conflicto de normas no hay soluciones rápidas ni sencillas. Estos temas deben decidirse analizándolos caso por caso, ya que no puede adoptarse una regla que calce para todas las situaciones. Los jueces de diferentes jurisdicciones deberían cooperar y esforzarse más para mantenerse informados respecto de lo que sucede en otros tribunales internacionales. Este último punto es crucial para evitar la fragmentación del derecho.

El Sr. Petersmann contribuyó con comentarios en torno a la proliferación y fragmentación de los mecanismos de solución de controversias que están a disposición de las partes tanto públicas como privadas en las relaciones transnacionales.

El Sr. Petersmann ejemplificó la fragmentación existente en los procedimientos de solución de controversias comerciales mediante las diferencias que se plantean en el campo de la propiedad intelectual y de las inversiones relacionadas con el comercio. Los privados titulares de derechos de propiedad intelectual que se viesen perjudicados por una medida adoptada por un gobierno extranjero podrían elegir, *inter alia*, los siguientes foros de solución de diferencias a nivel nacional e internacional:

- someter la controversia a los tribunales nacionales radicados en el país que dispuso la reglamentación, con el riesgo de que no se tome en cuenta la normativa pertinente del derecho internacional;
- solicitar al gobierno del país de origen del inversionista (por ejemplo, conforme al Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos) que inicie consultas y solicite el establecimiento de un grupo especial en el marco de la OMC;
- solicitar al gobierno del país de origen del inversionista que inicie un procedimiento de arbitraje conforme a la OMC con el fin de que el tribunal arbitral esté autorizado a aplicar también normas del derecho internacional y sanciones jurídicas no contempladas por la normativa de la OMC (por ejemplo, los tratados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual u OMPI, la reparación del daño);
- pedir al país de origen del inversionista que incoe un procedimiento de solución de controversias ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ, fundado, por ejemplo, en las cláusulas jurisdiccionales de muchos convenios de la OMPI) o bien ante el Centro de Arbitraje de la OMPI;
- iniciar una reclamación privada sobre la base, por ejemplo, de las cláusulas jurisdiccionales de los tratados bilaterales de inversión, conforme a las diversas reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), de la CNUDMI o de la OMPI;
- presentar una reclamación privada contra el gobierno extranjero ante algún tribunal regional pertinente, como el Tribunal de Justicia Andino o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas;
- iniciar una reclamación privada contra el gobierno extranjero conforme a los diversos procedimientos de solución de controversias del TLCAN (por ejemplo, el Capítulo XI sobre diferencias entre Estados e inversionistas).

La cláusula de jurisdicción exclusiva del Artículo 23 del ESD no ha impedido invocar simultáneamente estos foros de solución de diferencias; por ejemplo, presentar la reclamación fundada en la normativa de la OMC de conformidad con el ESD y someter aquellos aspectos de la reclamación que trascienden la normativa de la OMC –por ejemplo, los basados en las cláusulas respectivas de los tratados bilaterales de inversiones (sobre trato nacional), los Convenios de la OMPI o los acuerdos regionales de comercio (como el Capítulo XI del TLCAN)– ante un arbitraje Estado-inversionista o ante la CIJ, procedimientos que ofrecen medidas correctivas no contempladas por la normativa de la OMC.

La elección entre los distintos foros alternativos de solución de diferencias se ha complicado aún más en vista de que casi ningún abogado puede por sí mismo estar al tanto de la veloz evolución de la jurisprudencia de la OMC (más de 310 diferencias formales desde 1995 que han dado lugar a 180 informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación así como a laudos arbitrales); de la CIJ (unas cien controversias contenciosas desde 1946); de los tribunales regionales (se presentan varios cientos de casos por año ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; se sometieron más de 100 casos ante el Tribunal de Justicia Andino desde su creación; se dictaron más de 25 laudos arbitrales conforme al Capítulo XI del TLCAN); del CIADI (ante el que se presentaron más de 60 procedimientos de arbitraje) y de la OMPI (ante la que se sometieron a arbitraje varios cientos de controversias sobre "nombres de dominio"). Los procedimientos, la jurisprudencia y los "principios de equilibrio" (por ejemplo, para tener en cuenta los derechos humanos) aplicados en estos distintos foros de solución de controversias han sido sustancialmente diferentes. Por consiguiente, la proliferación y fragmentación de los procedimientos de solución de diferencias ha generado un alto grado de incertidumbre e imprevisibilidad jurídicas respecto de las opciones existentes en materia de solución de controversias. Asimismo, se ha observado que cada vez con mayor frecuencia las partes plantean recursos simultáneos ante diferentes foros. Por ejemplo, cuando Chile restringió a los buques pesqueros europeos el acceso a sus puertos en razón de que estaban excediéndose en la pesca de pez espada en el Pacífico, en franca violación de las obligaciones asumidas por las Comunidades Europeas en virtud de la Convención sobre el Derecho del Mar, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un grupo especial de la OMC para la solución de esta diferencia, mientras que Chile sometió la controversia ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, alegando una violación de las cláusulas sobre medio ambiente de dicha Convención. Tanto el Acuerdo sobre la OMC como la Convención sobre el Derecho del Mar proporcionaban bases suficientes en virtud de las cuales se presentó el caso. Otro ejemplo de recursos simultáneos ante diferentes foros fue la "controversia sobre dispositivos de insonorización" entre los Estados Unidos y la UE, respecto de los ruidos provocados por los aviones en los aeropuertos. En primer lugar los Estados Unidos celebraron consultas conforme al ESD en el marco de la OMC, pero luego decidieron someter la controversia ante la Organización de Aviación Civil Internacional, en lugar de recurrir a la OMC o a la CIJ (por ejemplo, en base a la cláusula sobre jurisdicción que figura en el acuerdo por el que se creó la Organización de Aviación Civil Internacional).

El número de foros alternativos para la solución de diferencias privadas también está proliferando en los diversos sistemas de arbitraje y solución de diferencias nacionales y regionales en el caso de arbitrajes comerciales privados.

Los tribunales, cuando se enfrentan a jurisdicciones en conflicto, respetan cada vez más la elección del foro si refleja la libre voluntad de las partes. Sin embargo, los tribunales han desarrollado criterios para limitar la selección de foros en los casos en los que hay un foro más adecuado. La selección de foros en el ámbito público es un fenómeno relativamente reciente. Los artículos 1.2 y 23 del ESD han evitado en gran parte el problema de la selección de foros que había surgido en el contexto del GATT de 1947 y de los Acuerdos de la Ronda de Tokio de 1979.

La fragmentación tiene el potencial de convertirse en un problema más serio porque la mayoría de los órganos judiciales internacionales operan en total aislamiento. Mientras que los órganos de solución de diferencias de la OMC suelen citar decisiones de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Corte Internacional de Justicia sólo en raras ocasiones hace referencia a los fallos de otros tribunales internacionales salvo los del órgano que la precedió, la Corte Permanente de Justicia Internacional. De igual modo, muchos fallos de tribunales nacionales y regionales no tienen en cuenta las normas ni las resoluciones en materia de solución de diferencias de la OMC. Es necesario promover la coherencia en la jurisprudencia de los diferentes tribunales internacionales.

El Sr. Petersmann señaló algunas conclusiones que cabe extraer de la práctica en materia de solución de diferencias de la OMC. Muchas de las diferencias entre Estados sustanciadas ante la OMC se suscitan por reclamaciones privadas de industrias exportadoras (por ejemplo, con arreglo a los procedimientos dispuestos en el Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos y a los procedimientos homólogos estipulados en el Reglamento sobre Obstáculos al Comercio de las CE). Sin embargo, las sociedades privadas prefieren ejercer el control sobre las controversias antes que arriesgarse a la interferencia política por parte del Estado receptor. No obstante, en ocasiones, como en el asunto Havana Club, las compañías privadas han logrado transformar su controversia privada en una impugnación intergubernamental de normas de comercio

mundiales con el riesgo de recibir sanciones comerciales. Esto abre la puerta a interrogantes de carácter político; por ejemplo, si realmente está en el interés de la OMC o de los ciudadanos de los Estados reclamantes transformar las controversias privadas en "diferencias de alta política" entre Estados, con el riesgo de recibir sanciones comerciales internacionales. Las partes privadas y los inversionistas extranjeros directos deberían analizar detenidamente cuál es el mejor foro para presentar su caso. A menudo el arbitraje privado o "mixto" ha brindado compensaciones más eficaces a las partes privadas que las que pueden obtenerse en el marco de la OMC. Algunos acuerdos de la OMC, como el Acuerdo sobre Contratación Pública, proporcionan a los participantes privados acceso a tribunales nacionales que deben aplicar las normas de la OMC. Sin embargo, esto sigue siendo una excepción, ya que la mayoría de los tribunales nacionales parece desconocer la normativa de la OMC.

Una conclusión importante fue que, al considerar las distintas opciones sobre solución de diferencias en la OMC, tanto los gobiernos como las partes privadas reclamantes deben examinar el Artículo 25 del ESD, que convierte al arbitraje en una alternativa viable. Por ejemplo, las compañías privadas, es decir los inversionistas extranjeros directos, pueden combinar las ventajas de las resoluciones jurídicamente vinculantes de la OMC con la posibilidad de un arbitraje mutuamente acordado que podría también contemplar ampliaciones de normas, procedimientos y recursos pertinentes convenidas de mutuo acuerdo. Hasta ahora, la selección de foros no ha sido un problema demasiado importante. El ESD incluye sólo unas pocas normas sobre solución de diferencias paralelas en diferentes foros. Muchas controversias intergubernamentales en el marco de la OMC pueden "descentralizarse" y "despolitizarse" si se permite a los tribunales nacionales aplicar las normas pertinentes de la OMC. El TLCAN aplica las legislaciones nacionales en las controversias sobre antidumping, pero los jueces no siempre tienen en cuenta las normas y la jurisprudencia pertinentes de la OMC.

ARBITRAJES: LA PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS EN CONTROVERSIAS INTERNACIONALES CON INVERSIONISTAS EXTRANJEROS

JAN PAULSSON

A los Estados no les agrada tener que rendir cuentas de sus actos u omisiones ante tribunales internacionales *sobre causas específicas*. Sin embargo, obtienen *beneficios generales* del imperio del derecho internacional. La previsibilidad jurídica permite planificar para el largo plazo de manera racional y realizar inversiones perdurables. Cuando el estado de derecho está ausente, las operaciones económicas se limitan a aquellas basadas en el principio de "pague y lleve" o en incentivos extrajurídicos sostenidos. Tales limitaciones constituyen enormes barreras al desarrollo. El valor que tiene la certidumbre jurídica para la comunidad internacional en el contexto de los arbitrajes fue expresado convincentemente de la siguiente manera por el Secretario General de las Naciones Unidas, el señor Kofi Annan, al referirse a las desventajas que enfrentan los Estados que permanecen fuera del marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York):

[L]as entidades que invierten o hacen negocios en esos Estados carecen de la certidumbre jurídica conferida por la Convención, y las empresas no pueden confiar en que se harán cumplir las obligaciones comerciales. Esto aumenta el nivel de riesgo, lo cual significa que puede resultar necesario contar con mayor seguridad, que es probable que las negociaciones sean más complejas y más prolongadas y que los costos de transacción aumentarán. Estos riesgos pueden tener un efecto desfavorable sobre el comercio internacional.¹

Sin embargo, y tal vez por sobre todas las cosas, la perspectiva de una instancia de arbitraje internacional neutral tiende a fomentar una cultura saludable de cumplimiento, dado que los funcionarios de todos los niveles de gobierno se dan cuenta de que sus acciones serán aprobadas o criticadas según normas neutrales y no según las cómodas facilidades del localismo o el amiguismo.

En el último decenio, el campo de las controversias internacionales entre Estados e inversionistas extranjeros sufrió numerosos cambios. En el pasado, dichas controversias no eran susceptibles de solución mediante mecanismos internacionales a menos que el Estado en cuestión hubiera celebrado acuerdos contractuales específicos con el inversionista que incluyeran la llamada "cláusula compromisoria", mediante la cual el Estado aceptaba que todas las reclamaciones presentadas por el inversionista podían ser tramitadas ante un

¹ Discurso inaugural, Día de la Convención de Nueva York, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, 10 de junio de 1998, documento disponible en la CNUDMI.

tribunal internacional. Éste fue el abordaje clásico que dio origen a casos famosos –conocidos incluso por quienes no son expertos–, tales como *Lena Goldfields*, un laudo dictado en 1930 que afectaba a la URSS;² *Socobelge*, un laudo dictado en 1932 que afectaba a Grecia,³ y *Aramco*, un laudo dictado en 1958 que afectaba a Arabia Saudita.⁴ Hacia la década de 1980, este mecanismo ya había dado lugar a la constitución de cientos de tribunales arbitrales que entendían en reclamaciones de inversionistas. La comparecencia de los Estados ante ellos pasó a ser algo común.

Aún surgen y se juzgan esas clases de causas. Sin embargo, existe un nuevo tipo de arbitraje en materia de inversiones que no depende del hecho de que el inversionista posea derechos contractuales. Más bien, el inversionista puede ser el beneficiario de una promesa prevista en una ley de inversión o de una estipulación incluida en un tratado bilateral de inversiones o, por cierto, en un tratado más general como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que incluye una sección (Capítulo XI) dedicada al trato de las inversiones. Todos estos instrumentos nuevos tienen dos características en común:

- (A) normas de fondo que garantizan la protección de los derechos de los inversionistas (por ejemplo: a no ser expuestos a la expropiación, la discriminación u otras violaciones de otros niveles mínimos de trato internacional);
- (B) el reconocimiento de los derechos de los inversionistas, en caso de una presunta violación de dichas normas de fondo, a presentar sus reclamaciones ante un tribunal de arbitraje internacional.

En 1995 escribí un artículo en el que predecía que estos tipos de compromisos cambiarían profundamente el panorama del arbitraje internacional. Algunas de mis palabras fueron las siguientes: "somos testigos de una descomunal proliferación de textos dirigidos a brindar seguridad jurídica para las inversiones transfronterizas".⁵ Por una vez en mi vida, mi bola de cristal funcionó bien. En la actualidad, la principal institución que entiende en arbitrajes sobre inversiones –es decir, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), integrante del Grupo del Banco Mundial– es testigo de algo que habría sido impensable tan sólo en 1990: la abrumadora mayoría de causas presentadas ante el CIADI no se basan en una referencia contractual al arbitraje internacional sino en un tratado. En este momento, por ejemplo, existen veintiocho causas tan sólo contra la Argentina.

Este acontecimiento ha dado lugar a una sobreabundancia de literatura jurídica. Huelga decir que el grado de interés en el tema de los arbitrajes sobre inversiones que afectan a Estados ha alcanzado niveles sin precedentes.

Propongo evitar las cuestiones jurídicas de índole técnica y abordar los temas de política que, según mi parecer, son demasiado importantes como para dejarlos exclusivamente en manos de los abogados. Mis observaciones giran en torno a dos grandes interrogantes: cómo reaccionan los Estados ante la perspectiva de participar en arbitrajes internacionales en materia de inversiones y qué autoridad tienen los árbitros internacionales para dictar sentencias definitivas en tales conflictos.

1. PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS EN PROCESOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS VINCULADAS CON INVERSIONISTAS EXTRANJEROS: ACTITUDES Y OBSTÁCULOS

Cuando un ministro de economía no puede conciliar el sueño porque piensa en los US\$15.000 millones que su país les debe a los acreedores extranjeros, no puede asociar el origen de su problema con un único día fatídico en que le pidió a un banquero internacional que le prestara US\$15.000 millones. Hablar de "la deuda

² 1950-1951 *Cornell Law Quarterly* 31, 42 (Apéndice).

³ Ver *Société commerciale de Belgique*, 1939 *PCIJ Series A/B*, N° 16.

⁴ 27 *International Law Reports* 117.

⁵ Jan Paulsson, "Arbitration Without Privity", 10 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 232, en 254 (1995).

nacional" no es del todo acertado. Resulta claro que un país no tiene una *única* deuda nacional sino *numerosas* deudas avaladas por el gobierno que, sumadas, ascienden a la cifra usualmente aterradora que denominamos "la deuda nacional". Y es así como nuestro desvelado ministro se encuentra frente a un mosaico de operaciones pasadas que pueden llegar a abarcar varias décadas:

- costosos proyectos de infraestructura que de alguna manera no impulsaron la economía tal como se esperaba;
- adquisiciones funestas de un régimen militar anterior;
- subsidios a la agricultura y la minería que alcanzan niveles cada vez más siderales mientras los mercados mundiales de productos básicos parecen conspirar para impulsar una reducción del precio de las materias primas;
- empresas públicas ambiciosamente concebidas que se enfrentan a los males del subdesarrollo: inexperiencia, falta de información y capacitación, corrupción, nepotismo, amiguismo, tribalismo,
- e incluso, de tanto en tanto, líneas de crédito de un país rico amistoso a un país pobre para permitirle a un primer ministro acosado pagar los sueldos de su nómina de empleados públicos o del ejército.

Existen innumerables fuentes de financiamiento y todas exigen distintas tasas de interés, distintas fechas de vencimiento, distintas provisiones monetarias. Muchos de los acreedores originales desaparecieron y fueron reemplazados por nuevos acreedores sustitutos, tales como los organismos de seguros de créditos a la exportación. En un proceso de consolidación y reprogramación de deuda pueden haberse reemplazado categorías enteras de deuda. Si fuese una empresa privada, el gobierno habría quebrado una vez al año durante la última década.

El ministro de economía se siente como si apenas pudiera mantener la cabeza fuera del agua conforme la marea continúa creciendo. Debe volver a pedir prestado mientras los ingresos continúan cayendo. Debe usar montos cada vez mayores de su desvalorizada moneda hasta para devolver sumas constantes de capital de moneda fuerte.

La imagen que acabo de describir es sumamente pertinente a la visión que el Estado receptor tiene del proceso arbitral internacional en cuanto a su relación con los inversionistas extranjeros.

Como abogado privado especializado en arbitrajes internacionales, normalmente debo intervenir en controversias entre empresas de derecho privado en sus actuaciones transnacionales. No obstante, a lo largo de los años tuve la oportunidad de representar a una docena de gobiernos del Tercer Mundo en veintidós arbitrajes internacionales, y ello, naturalmente, afectó mi forma de ver las cosas.

Por ejemplo, pienso en el ministro de economía y en su grueso libro mayor de *deudas* nacionales y me pregunto cuántas de esas deudas derivan de acuerdos con entidades privadas. Ésta es una cuestión de la *estructura* de la deuda nacional, tal como lo reflejan año tras año los Cuadros de la Deuda que publica el Banco Mundial. Hay préstamos en condiciones muy favorables, es decir, préstamos blandos otorgados por fuentes multilaterales o bilaterales. Hay préstamos comerciales de diversas fuentes. Y, por lo general, hay una gran cantidad de asientos en el libro mayor relacionados con deuda originada como consecuencia de inversiones fallidas, regímenes industriales que no funcionaron, plantas que se construyeron a costos asombrosamente superiores a los previstos que nunca podrán amortizarse, equipamiento mal elegido que resultó ser inutilizable... en fin, los ya conocidos bienes gravosos del subdesarrollo. En algunos casos, el gobierno tuvo una participación directa en estos proyectos truncados, pero la mayoría de las veces actuó como garante más o menos pasivo de las deudas de una *joint venture* o de una empresa pública. De cualquier modo, es el gobierno quien debe cargar con la responsabilidad.

En un par de ocasiones me pidieron que participara en auditorías legales de esta categoría de asientos de la deuda nacional; es decir, deuda del gobierno originada en contratos con partes extranjeras privadas. En todos los casos, la experiencia fue profundamente frustrante y puedo describir el motivo en tan sólo dos oraciones.

En primer lugar, en cada caso llegué a la conclusión de que aproximadamente el 30 por ciento de esta categoría de deuda –que en una ocasión representaba varios cientos de millones de dólares– era *jurídicamente cuestionable*; en otras palabras, se pedía ayuda a gritos para llevar a cabo un examen crítico a fin de determinar si no se podían encontrar argumentos legales para rebatir las deudas incluidas en la lista. En segundo lugar, desde el punto de vista práctico, no había ninguna posibilidad realista de hacer algo al respecto.

Permítanme dar un ejemplo. En el libro mayor usted encuentra un asiento de US\$25 millones como monto adeudado a un organismo público de seguros de créditos a la exportación de un país europeo. Pregunta: "¿Cuál es el origen de esa deuda?". El funcionario del tesoro con el que está trabajando responde que el organismo pasó a ser acreedor sustituyendo a un banco privado del mismo país europeo. Usted pide ver el convenio de préstamo original. Después de algunos contratiempos, accede a ese documento. Se da cuenta de que no contiene ninguna cláusula relativa a la subrogación, y por lo tanto pregunta si se pensó en la posibilidad de si el organismo de seguros efectivamente tenía derecho a presentarse como acreedor del gobierno. Nadie sabe. Tal vez, no sea tan importante. Después de todo, si se debe dinero, se debe. Entonces vuelve a mirar el convenio de préstamo y advierte que, en realidad, *no* es el convenio de préstamo original sino una *refinanciación*, no de un préstamo otorgado al gobierno sino de un préstamo otorgado a una *joint venture* en la cual el gobierno poseía una participación del 50 por ciento y era garante en un 100 por ciento de sus préstamos. Advierte, además, que el préstamo original, que por supuesto la *joint venture* no pudo pagar, era del orden de los US\$17 millones. El día en que se firmó el acuerdo de refinanciación, el monto adeudado aumentó a US\$25 millones para reflejar los intereses. Los cálculos correspondientes no parecen estar disponibles. Usted intenta reconstruirlos de la mejor manera posible, pero aún así no parecen en modo alguno haber sido fijados en condiciones favorables sino en condiciones comerciales desfavorables según las cuales cada duda se resuelve a favor del banquero: interés compuesto, tasas de conversión, fechas de activación y demás.

Claro que la verdadera pregunta es para qué se usaron los US\$17 millones. Le informan que el monto se utilizó para pagar una fábrica textil y que fue el proveedor de la fábrica quien había gestionado el préstamo, el cual debía amortizarse con las ganancias de la fábrica. Desafortunadamente, la fábrica sólo funcionó unos años y nunca generó ganancias –de hecho, se le otorgaron subsidios para evitar despidos– y, por ende, no pudo cancelar la deuda. El proveedor, por supuesto, se quedó con los US\$17 millones y desapareció. Como es comprensible, el banquero se niega a asumir la responsabilidad por las deficiencias del proveedor.

"¿Me permite ver el contrato firmado con el proveedor?", pregunta. Aquí empiezan los verdaderos problemas. Después de varias semanas de búsqueda en diferentes dependencias gubernamentales, alguien le hace llegar el contrato de suministro. Éste establece un precio fijo de US\$6 millones. Usted pregunta: "¿Cómo es que los US\$6 millones se convirtieron en US\$17 millones?". Y esto trae aparejadas más dificultades. Los empleados públicos con los que está tratando sienten tanta curiosidad como usted, sólo que no saben qué ocurrió. Parece difícil localizar a las personas que intervinieron en las operaciones en esa época y cuando logra hacerlo, no demuestran mucho entusiasmo por recordar el pasado o proporcionar información. Es posible que se sientan simple y comprensiblemente avergonzadas por haber participado en un proyecto que fracasó. Tal vez se sientan preocupadas ante la perspectiva de que su desempeño pasado sea sometido a un escrutinio crítico. Quizá teman que alguien que ocupa un lugar de poder haya sido sobornado y castigue a todo aquel que se atreva a revelar la verdad.

De cualquier modo, usted finalmente determina que los US\$6 millones se transformaron en US\$17 millones como resultado de: (1) sobrecostos debidos a un incremento en los costos de producción europeos que se produjo entre la fecha del contrato y la fecha de fabricación, (2) cargos de almacenamiento y sobreestadía debidos a la demora en la disponibilidad del emplazamiento de la planta, (3) un reequipamiento significativo *in situ* para adaptar las instalaciones a las condiciones locales y (4) intereses sobre lo mencionado. Además, usted nota que si bien aparentemente se firmaron certificados de conformidad, parte de la planta resultó ser defectuosa y fue necesario convocar a un segundo proveedor para que efectuara reparaciones por un monto de US\$2 millones, una vez más subsidiadas por el gobierno.

Nunca nadie verificó los cargos correspondientes a los sobrecostos del proveedor principal, ya sea respecto de su derecho contractual a ellos o respecto de los montos. Nunca nadie analizó si la *joint venture* era, desde el

punto de vista contractual, responsable por la demora en la disponibilidad del emplazamiento. Nunca nadie se preguntó si la necesidad de reequipar la planta no se debía en verdad a que el diseño y la ingeniería de ésta eran defectuosos desde el inicio. De alguna manera se obtuvieron las firmas para los documentos de confirmación –los certificados de conformidad, por ejemplo– y diez años más tarde, un muy dudoso contrato de suministro por US\$6 millones se convierte en un componente de la deuda nacional de US\$25 millones, la planta permanece cerrada desde hace ya varios años –y por ende no realiza ningún aporte a la economía– y hace tiempo que el proveedor se fugó con los US\$17 millones.

Lamentablemente, este ejemplo no es exagerado; de hecho, es un reflejo exacto de la realidad. Tampoco es un caso aislado. Por el contrario, es la triste experiencia típica de un conjunto de países pobres en los que dejó cicatrices profundas.

"Entonces", le pregunta al ministro de economía, "¿por qué su gobierno no pensó en incluir la cláusula de arbitraje incorporada en el acuerdo de suministro?".

Yo formulé esta pregunta muchas veces en muchos países y, a esta altura, ya tengo catalogada una variada gama de respuestas, que podría describir de la siguiente manera, en orden de importancia:

- "Somos un gobierno, no una empresa; cuando un proyecto se descarrila, la prioridad número uno es volver a encaminarlo y no pensar en cómo podemos recuperar nuestro dinero".
- "Debemos reconocer que cometemos errores; es cierto que no somos lo suficientemente cuidadosos, pero ¿qué podemos hacer?".
- "No queremos enemistarnos con nuestros donantes; este proveedor procede del país X, el cual nos brinda mucha asistencia, y el acreedor ya no es el proveedor privado sino el organismo público de seguros de créditos a la exportación del país X".
- "Si hacemos alboroto, generaremos muchas dificultades políticas internas".
- "No tenemos experiencia en estos procesos; los extranjeros están mejor organizados; ellos prepararon los contratos... no podemos pensar que será posible utilizar sus propios documentos en su contra".
- "No tenemos divisas para gastar en arbitrajes en el exterior, sobre todo si no estamos seguros del resultado".

Ninguna de estas respuestas es satisfactoria. Sin embargo, sería necio no tener en cuenta esta forma de pensar. Muchos países tienen una visión derrotista y a la defensiva del arbitraje internacional. No alcanzan a darse cuenta de que el recurso eficaz al proceso de arbitraje constituye un medio importante para manejar las relaciones económicas internacionales y, por cierto, para manejar la deuda nacional. Dondequiera que prevalezca esa visión derrotista, seguirá considerándose la vinculación de los inversionistas extranjeros al proceso arbitral como parte de la estrategia del rico para robar "directa y abiertamente".

Para ser más específico, a continuación presentaré los principales argumentos de la actitud defensiva o el derrotismo que han hecho que el Tercer Mundo adopte una visión pesimista del arbitraje internacional:

- (A) Los Estados son reticentes a someterse a la competencia de tribunales que no forman parte de su propio sistema. Ésta suele ser una consideración que adquiere especial importancia en el caso de las naciones recientemente independizadas, donde las debilidades del sector privado local son tales que los inversionistas extranjeros y los bancos internacionales exigen compromisos contractuales directos de parte del propio Estado. A medida que se desarrollan las economías nacionales, se torna cada vez más infrecuente que los ministerios actúen directamente como signatarios de contratos de derecho privado.
- (B) Cuando una parte de un país en desarrollo se somete al arbitraje internacional con inversionistas extranjeros, suele hacerlo con desconfianza e incluso con resquemor, basados en la percepción de que los extranjeros lograron que accedieran a participar en un arbitraje gracias a su excesivo poder de negociación. Esos

sentimientos tienden a intensificarse con el correr del tiempo cuando los empleados nuevos –o los nuevos regímenes– recuerdan de manera crítica el trabajo de sus antecesores.

(C) Muchas partes de países en desarrollo malinterpretan el proceso arbitral internacional de diversas maneras:

- suponen que es un mecanismo concebido para proteger al inversionista cuando, en realidad, es un proceso de dos vías que otorga ventajas significativas al Estado en comparación, incluso, con sus tribunales nacionales. Debería resultar obvio, entonces, que la falta de cumplimiento por parte de los inversionistas extranjeros de sus compromisos contractuales puede dar lugar a reclamaciones importantes y justificadas, y que la única manera confiable de transformar esas reclamaciones en dinero es contar con un sistema integral de solución de controversias. Dada la adhesión casi universal a la Convención de Nueva York de 1998 y al Convenio de Washington (CIADI) de 1965, los laudos arbitrales internacionales tienden a ser, en general, más aplicables en la práctica que los fallos de tribunales nacionales, los cuales gozan de un reconocimiento muy limitado en el exterior;
- muchos Estados aún creen que el arbitraje internacional favorece intrínsecamente a la parte extranjera, cuando la experiencia muestra que los gobiernos que se toman las cosas en serio, incluso aquellos de países pobres, pueden recurrir al proceso con éxito.⁶ Más aún, las instituciones líderes en materia de arbitraje internacional han respondido a los grandes cambios que se produjeron en la identidad de los usuarios efectuando las modificaciones orgánicas correspondientes en su estructura rectora. A modo de ejemplo, en la actualidad la mayoría de los miembros de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional no son ni europeos ni norteamericanos;
- tienden a sospechar que los inversionistas extranjeros quieren llevarlos engañados ante un foro hostil cuando, en realidad, los inversionistas extranjeros serios comprenden que les conviene que los Estados con los que celebran contratos desarrollen una confianza perdurable en el arbitraje internacional.

No es conducente decirles a los Estados receptores que deberían respetar el proceso arbitral internacional porque es lo correcto y conveniente y porque, en última instancia, los inversionistas extranjeros tendrán una opinión más favorable de ellos si lo hacen. Para llegar a buen puerto, en cambio, debe demostrarse que el mecanismo arbitral es algo que los Estados pueden usar efectivamente para obtener beneficios concretos.

Todos deberíamos desear con fervor que se aplique mayor rigor y profesionalismo en la redacción, la ejecución y el monitoreo de los instrumentos jurídicos establecidos entre el norte y el sur en virtud de los cuales se realizan inversiones transfronterizas. A modo de ejemplo, algunos Estados disponen el recurso al CIADI en su código de inversión o en los tratados bilaterales destinados a fomentar las inversiones.⁷ Esto se ha hecho de una de las siguientes maneras:

- a través de cláusulas redactadas vagamente dirigidas a atraer inversionistas al sugerir en los términos más amplios posibles que "todas las controversias relativas a inversiones" podrán someterse al arbitraje internacional sin fijar ningún criterio para determinar si un potencial reclamante reúne las condiciones de "inversionista" ni indicación alguna con respecto a la autoridad a la cual deberán elevarse las reclamaciones para obtener una respuesta de parte del Estado. Esta clase de redacción descuidada suele generar malentendidos y resquemores. Por ejemplo, un jubilado extranjero podría desear entablar una demanda contra "el gobierno" argumentando que no está conforme con las condiciones en las que las autoridades municipales ejercieron su poder de dominio eminente con respecto a su "inversión" en una residencia secundaria y, para su exasperación, recibir la respuesta de que esta clase de "inversión" no era la que tenían en mente los redactores del código o del tratado, o bien
- estableciendo disposiciones detalladas que dejen en claro cómo un inversionista podría concretamente utilizar el mecanismo; por ejemplo, calificando un proyecto como una "inversión aprobada" o incluso

⁶ Ver J. Paulsson, "Third World Participation in International Investment Arbitration," 2 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 19 (1987).

⁷ Ver en general Lucy Reed, Jan Paulsson y Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Capítulo 3 (2004).

celebrando un contrato con una dependencia gubernamental determinada. El caso *Gruslin contra Malasia*⁸ es un buen ejemplo de este último abordaje. En ese caso, un individuo belga había adquirido acciones en un fondo común de inversiones de Luxemburgo que, a su vez, había comprado acciones que cotizaban en la bolsa de comercio de Kuala Lumpur, y surgió la cuestión de si podía considerarse que esa persona había realizado una inversión protegida por un tratado bilateral de inversiones firmado por Malasia. De ser así, argumentó el reclamante, deseaba cuestionar la licitud de las restricciones monetarias que, en su opinión, habían destruido el valor de su inversión. Independientemente de los fundamentos de esta teoría como cuestión de fondo, debe reconocerse que la capacidad de una multitud de participantes de fondos comunes de inversiones de obligar a un Estado a defender tales reclamaciones en un foro internacional es una perspectiva que provoca intensa inquietud. Por fortuna para Malasia, su tratado contenía una definición más restrictiva de las inversiones abarcadas, que se limitaban a proyectos aprobados, y la reclamación fue desestimada.

Naturalmente, deberá favorecerse el último enfoque. Presumo que esta opinión es también compartida por los inversionistas serios. El mayor error en el que se incurre en los debates sobre los aspectos jurídicos de las inversiones norte-sur es el de centrar la atención en la oposición entre el inversionista y el Estado receptor. La verdadera línea divisoria, según mi experiencia, debe trazarse *dentro* de la comunidad de inversionistas: hay inversionistas buenos y los hay malos. El buen inversionista es el que invierte a largo plazo y desea obtener una rentabilidad adecuada de una magnitud previsiblemente razonable. Para poder merecer esa recompensa, sabe que será responsable de realizar una contribución real que podrá ser evaluada por todo aquel que lo desee en cualquier momento. Su enemigo no es el Estado –porque éste y aquél tienen intereses comunes– sino el mal inversionista, un embaucador que pretende obtener utilidades inmediatas y grandes beneficios a cambio de inversiones pobres, obteniendo firmas para todo tipo de documentos y contratos dudosos y modificaciones y certificados concebidos para actuar de pantalla jurídica de un desempeño deficiente.

Lamentablemente existen unos cuantos pícaros que hacen negocios ilícitos en el mundo en desarrollo. Hace algunos años, debí investigar el caso de un contrato a suma alzada para una fábrica en África. El contrato había sido negociado por un comité interministerial formado por una docena de empleados públicos. Se trataba de un proyecto de importancia nacional. El éxito rotundo de los negociadores africanos había sido, precisamente, obtener un precio fijo. Sin embargo, cinco años más tarde se inició una demanda contra el gobierno por el doble de esa suma. Resultó ser que el mismo día en que se había firmado el contrato, un ministro emitió una carta complementaria en la que expresaba en nombre del Gobierno que si el emplazamiento no estaba listo al cabo de seis meses, el precio fijo se transformaría en un precio *variable* totalmente indefinido. De hecho, en ese momento el emplazamiento estaba ubicado en un pantano de mangles en el que los lugareños pescaban con sus canoas. En virtud de que el comité interministerial no tenía conocimiento de esa carta complementaria, los funcionarios responsables de fiscalizar el cumplimiento del contrato no sabían que estaban corriendo una carrera contra el tiempo y que si la perdían, se aplicaría la cláusula relativa al precio. Dado que el emplazamiento no estuvo listo a tiempo, el proveedor tuvo una excusa perfecta no sólo para demorar la entrega sino también para pedir un precio mucho más alto, lo cual no hizo hasta que la planta estuvo a medio construir, de modo de poder ejercer la máxima presión sobre el gobierno para que no decepcionara a la población local que esperaba contar con una nueva fuente de trabajo.

Resulta claro que el ministro fue uno de los que actuó de mala fe, pero ¿cabe alguna duda de que un tercero inversionista serio, al analizar esta situación, debería mirar con desconfianza no al Gobierno por pretender desprenderse de la obligación creada por la carta complementaria, sino en cambio al mal inversionista que recurrió a tal subterfugio? Es *allí* donde existe una verdadera relación de adversarios. Aquellos que operan con transparencia, profesionalismo y rigor y, en consecuencia, crean un clima de seriedad y confiabilidad, se encuentran del mismo lado, ya sea que representen a un inversionista o a un gobierno. Están unidos por el deseo de crear un entorno en el que puedan desarrollar expectativas contractuales legítimas a largo plazo. Y si se logra crear ese ambiente, si se desalienta o se expulsa a los malos inversionistas, muchas de las deudas dudosas se esfumarán y los ministros de economía podrán dormir mejor.

⁸ 27 de noviembre de 2000, 5 *ICSID Review* 2/83. El autor del presente trabajo se desempeñó como asesor letrado de Malasia conjuntamente con Sir Elihu Lauterpacht, Q.C..

2. LA AUTORIDAD DE LOS ÁRBITROS INTERNACIONALES SOBRE LOS ESTADOS

Resulta obvio que los numerosos Estados que firmaron más de dos mil tratados bilaterales de inversiones así como una cantidad importante de tratados multilaterales que disponen la protección de las inversiones desean fomentar el ingreso de capital extranjero a sus países. Es por eso que dichos tratados ofrecen importantes promesas a los inversionistas. Se les dice que no serán discriminados, que sus inversiones no serán expropiadas sin la correspondiente indemnización y que tendrán derecho a recurrir a las protecciones que ofrece el derecho internacional. Los Estados que desean incentivar las inversiones no dudan mucho en asumir esos compromisos.

No obstante, los gobiernos parecen sorprenderse cuando un inversionista insiste en considerarlos legalmente responsables si no cumplen esas promesas. Les resulta difícil aceptar que una entidad externa controle su conducta. Desde hace tiempo las partes privadas han aprendido a vivir con el hecho de que sus responsabilidades legales son establecidas por una autoridad que no pueden controlar. Un productor agropecuario puede arrepentirse de haber acordado vender su cosecha a un precio determinado si el mercado sube. La Compañía A puede lamentar haber formado una *joint venture* con la Compañía B si el negocio es muy exitoso y la participación de la Compañía B no parece ser necesaria. Sin embargo, al productor agropecuario jamás se le ocurriría pensar que un comprador extranjero aceptaría que el propio tío del productor decidiera si el acuerdo es o no vinculante. De la misma manera, a la Compañía A no se le ocurriría pensar que la Compañía B aceptaría que los directores de una empresa afiliada de la Compañía A decidieran disolver la *joint venture*.

Por el contrario, los Estados suelen pensar así. Se ven tentados a actuar como si fuera aceptable hacer tales promesas internacionales y negar que éstas pueden estar sujetas a un control internacional. A menudo parecen creer que sus promesas no deberían significar más de lo que sus funcionarios están dispuestos a reconocer. En otras palabras, pretenden tener una ventaja fundamentalmente desigual sobre el inversionista extranjero. ¿A quién no le gustaría tener ese tipo de ventaja? Pero eso sería negar la significación de las promesas como cuestión de derecho internacional.

El productor agropecuario no puede insistir en que sus obligaciones son sólo aquellas que su tío determina que son vinculantes. La Compañía A no puede insistir en que su propia empresa afiliada tiene la misma autoridad. De igual modo, un Estado no puede insistir en que sus propios funcionarios decidan si se incumplió una promesa internacional. Durante por lo menos cincuenta años ha quedado claro que, a los fines del derecho internacional, la responsabilidad de un Estado no es determinada en última instancia por sus propios tribunales. Y durante mucho más tiempo se ha sostenido que el principio de independencia de los tribunales como cuestión de derecho interno no es pertinente en el ámbito internacional. Para que la promesa internacional de un Estado tenga algún valor, el Estado no puede ser juez y parte de su propio caso.

Esto no es ninguna novedad. Aún así, los gobiernos suelen mostrarse disconformes con que las consecuencias de sus promesas sean decididas por tribunales internacionales. ¿Por qué? La historia acostumbró a los Estados a la idea de que sus obligaciones están sujetas a la diplomacia. Se sienten cómodos con la antigua noción de que un Estado sólo puede ser considerado responsable por otro Estado. En épocas pasadas, las reclamaciones de los particulares sólo podían dirimirse en un foro internacional si eran presentadas en su nombre por el Estado del cual eran nacionales. Esto recibe el nombre de "protección diplomática". Si un Estado decidiera hacer suya una reclamación ejerciendo su derecho de protección diplomática, el asunto pasaría a ser de negociación y arreglo. Sin embargo, cada Estado es consciente de sus *propias* promesas y de la posibilidad de que éstas sean invocadas por extranjeros. No querrá sentar un precedente que luego pueda volverse en su contra. Asimismo, es probable que llegue a una fórmula conciliatoria o que renuncie a las reclamaciones a cambio de concesiones que nada tienen que ver con ellas. Tiene total autoridad para *no* hacerse cargo de las reclamaciones de sus ciudadanos privados si sus implicaciones parecen ser disuasivas.

Con el surgimiento de dos mil tratados bilaterales de inversiones, los inversionistas extranjeros ingresaron a una nueva era. Ya no necesitan recurrir a la protección diplomática. Si sus inversiones se ven perjudicadas, sus reclamaciones no serán desestimadas porque sus propios gobiernos hagan algún tipo de concesión no relacionada. Insistirán en apelar al recurso internacional.

La característica más sobresaliente de los tratados bilaterales de inversiones es, sin duda, que crean un recurso internacional disponible en forma directa para los inversionistas extranjeros. En ocasiones, los críticos de la globalización afirman que los Estados que firman dichos tratados simplemente no se dan cuenta de que se sometieron a un mecanismo internacional de solución de reclamaciones presentadas en forma directa por reclamantes privados. Esos críticos parecen pedirnos que creamos que los gobiernos están tan ansiosos por ofrecer incentivos a los inversionistas que, sin pensar, firman tratados bilaterales de inversiones. Tales argumentos son inaceptables. Los tratados bilaterales de inversiones tienden a ser relativamente concisos. Las cláusulas que hacen referencia a las instancias de resolución internacional no son ni complicadas ni misteriosas. Si los Estados están tan ansiosos por hacer promesas, no pueden quejarse si los inversionistas están igualmente ansiosos por recurrir a esas cláusulas. Presentar como excusa la incompetencia de sus negociadores es un insulto y una irresponsabilidad. Por cierto, nunca oí a los representantes de ningún Estado plantear este argumento en particular para intentar desligarse de toda responsabilidad.

No obstante, resulta claro que los arbitrajes internacionales contra Estados pueden crear intensas controversias. El gobierno de los Estados Unidos nunca se quejó cuando sus ciudadanos presentaron reclamaciones internacionales contra Estados en cuyos países habían invertido. Sin embargo, una vez los inversionistas canadienses aprovecharon el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) para iniciar reclamaciones contra los Estados Unidos, y entonces sí hubo quejas airadas y vehementes. ¿Quiénes son estos jueces internacionales? ¿Por qué los Estados Unidos deberían reconocer su autoridad?

Antes de adentrarnos en el futuro, analicemos la historia. ¿Cómo se percibía la autoridad de los árbitros internacionales en el pasado? ¿Qué indicación nos da la historia sobre cómo nuestros sucesores deben abordar este tema?

El pasado

Analicemos el ejemplo de los Estados Unidos. Se trata de un país que acaba de descubrir que puede ser demandado por inversionistas extranjeros ante tribunales internacionales. Hubo muchas reacciones negativas.

Un artículo del *The New York Times* citado en reiteradas oportunidades que describe el arbitraje internacional de las controversias entre inversionistas y Estados de acuerdo con los términos del TLCAN comenzaba con la siguiente introducción algo exagerada:

*Sus reuniones son secretas. Por lo general, sus miembros no son conocidos. No necesitan divulgar por completo las decisiones que toman. Sin embargo, la manera en que un grupo de tribunales internacionales maneja las controversias entre inversionistas y gobiernos extranjeros puede dar lugar a que se deroguen leyes nacionales y se modifiquen disposiciones ambientales.*⁹

En el Congreso de los Estados Unidos, un parlamentario preguntó si el proceso entrañaba "sacrificar las leyes estatales y locales en el altar de los derechos mal definidos de los inversionistas internacionales".¹⁰

Me referiré a estas críticas al hacer algunas sugerencias sobre el futuro. Algo que es importante señalar desde el comienzo es que el imperio del derecho *internacional* es, por definición, una restricción de la autoridad *nacional*. Es natural, entonces, que haya resistencia.

Es improbable que un país se entregue al derecho internacional guiado por el deseo de ser amable con los extranjeros o por el impulso de hacer sacrificios. Los países aceptan el imperio del derecho internacional porque les conviene hacerlo. Me parece pertinente, entonces, recordar una ocasión en la que los Estados Unidos parecieron comprender que renunciar a la autoridad nacional a favor del derecho internacional beneficiaba sus intereses nacionales.

⁹ "NAFTA's Powerful Little Secret", 11 de marzo de 2002, edición vespertina del domingo, Sección 3, pág. 1.

¹⁰ Tierney (Massachusetts), 145 *Congressional Record* H7367-02

Para ello quisiera remontarme doscientos años atrás. Acababa de producirse la Revolución Estadounidense y había sido exitosa. Al igual que otras revoluciones exitosas, marcó el comienzo de un período de gran desorganización y tensión. La mayor parte de esa tensión se generaba, por supuesto, con el ex poder colonial: Gran Bretaña. Antes de la Revolución, todos los ciudadanos eran británicos. De repente, ser ciudadano británico equivalía a ser extranjero. Sin duda, aquellos que habían nacido en Estados Unidos se encontraban en una posición difícil. Algunos eran contrarrevolucionarios que debían decidir si aceptaban el nuevo régimen o si abandonaban su patria. Incluso dentro del grupo que se pronunciaba a favor de la Revolución existían profundos antagonismos entre aquellos que querían la reconciliación y aquellos que habían quedado resentidos a causa del conflicto y no deseaban llegar a ningún tipo de acuerdo con el enemigo.

Esto explica por qué la idea de celebrar un tratado entre la nueva República y el antiguo Reino era una cuestión que suscitaba una profunda polémica y que hacía que los pueblos y los hermanos se enfrentaran entre sí. A pesar de tanta controversia, en 1794 se firmó el famoso Tratado Jay.¹¹ Entre otras cosas, el Tratado establecía tres tribunales internacionales. El primero de ellos resolvió algunas cuestiones relacionadas con la frontera que separaba a los Estados Unidos del territorio británico en su dominio canadiense. El segundo tribunal entendió en las reclamaciones de individuos que habían apoyado a Gran Bretaña durante la Revolución y cuyos bienes habían sido confiscados. Se acordó que tuvieran acceso a esta jurisdicción internacional debido a que temían no ser tratados de manera equitativa por los nuevos tribunales estadounidenses. Pero deseo concentrarme en el tercer tribunal (o "comisión", como se dio en llamar). Esta comisión tuvo la responsabilidad de tratar una serie de reclamos presentados por propietarios norteamericanos de buques mercantes y cargamentos capturados por la marina británica.

El primer problema que surgió fue que estos buques mercantes y cargamentos capturados ya habían sido objeto de procesos judiciales en Londres. Habían sido declarados decomisados como "presas", tal como se los denominaba. Los tribunales ingleses habían declarado que estaban aplicando el derecho *internacional* sobre presas capturadas en alta mar. El representante británico señaló a la comisión que las decisiones habían sido tomadas por el tribunal de mayor competencia de su país. Por lo tanto, argumentó que la interpretación del derecho internacional que habían hecho las cortes inglesas debía ser "respetada y ratificada por otras autoridades que actúen bajo el mismo derecho".¹²

La comisión estaba compuesta por cinco miembros. Dos de ellos eran de Estados Unidos. Lograron asegurarse de que ese argumento de los británicos fuera rechazado por mayoría de votos. Uno de ellos (el señor William Pinckney) señaló que "esta doctrina es absurda e inadmisibles". Según su razonamiento, los lores ingleses no tenían autoridad para declarar legítima una captura que era ilegal. Dijo, también, que la decisión de los lores era "peculiarmente el acto mismo por el que se consuma la infracción" y creaba un derecho de resarcimiento.¹³

De ese modo, la comisión juzgó las reclamaciones de los estadounidenses sin estar sujeta al fallo de los tribunales ingleses.

En 1886 –ochenta y nueve años más tarde–, en su influyente tratado sobre derecho internacional, Francis Wharton escribió que la posición del señor Pinckney se había convertido en una "ley aceptada".¹⁴

¹¹ 8 Stat. 116. El Tratado lleva ese nombre en honor a John Jay, quien lo negoció y firmó y, más tarde, se convirtió en el primer Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

¹² J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been Party* 3161 (1898).

¹³ *The Betsy*, 13 de abril de 1797, *ibidem.*, pág. 3184.

¹⁴ *A Digest of the International Law of the United States*, Vol. 2, Sec. 242 (1886). En el caso *Garrison*, juzgado por la Comisión Binacional México-EE. UU., creada en virtud de un Tratado del 4 de julio de 1868, el Árbitro (Francis Lieber) fue aún más atrás en el tiempo: "Se objeta que el caso fue juzgado por el tribunal mexicano correspondiente y que no puede ser presentado ante esta Comisión y que, por lo tanto, debe desestimarse. Es cierto que es una cuestión de extrema delicadeza política e internacional por parte de un país no reconocer los fallos judiciales de otro país, aunque el derecho de las naciones permite hacerlo universalmente en situaciones extremas. Lo viene haciendo desde la época de Hugo Grotius". Moore, *op. cit.* en nota al pie 12, pág. 3129.

Deseo ahora avanzar un siglo y dirigir su atención a tan sólo un episodio histórico más que también tuvo lugar en una época de conflicto armado. Hablo de la Guerra Civil de los Estados Unidos. Este conflicto también generó problemas de índole legal entre los Estados Unidos y Gran Bretaña. En este caso se trataba de propietarios *británicos* de buques y cargamentos que se quejaban de que éstos habían sido confiscados por el gobierno estadounidense como parte del bloqueo de los puertos de los estados insurreccionistas. En 1871 se firmó el Tratado de Washington. Dicho tratado creó un nuevo tribunal internacional para resolver tales reclamos.

Uno de los problemas que surgió en esta ocasión fue que doce de las confiscaciones de bienes británicos ya habían sido consideradas y declaradas legítimas por la Corte Suprema de los Estados Unidos. ¿Tenía el tribunal internacional autoridad para ignorar tales fallos? Esta vez, la opinión de la comisión internacional fue unánime: la tenía. Resulta claro que habría sido sumamente difícil para la parte estadounidense abandonar la posición jurídica que había establecido cien años antes. Por consiguiente, en seis de las doce causas, la comisión llegó a resultados contrarios a los de la Corte Suprema de los Estados Unidos.¹⁵ Además, todas las decisiones fueron aceptadas por el gobierno de ese país.

Lo que intento decir es que la aceptación de la decisión internacional por parte de los estadounidenses no fue una cuestión de idealismo o autosacrificio. Por el contrario, habían logrado comprender con madurez que a los Estados Unidos les convenía preservar el orden jurídico internacional.

Tal comprensión quedó claramente reflejada en un discurso pronunciado por el Secretario de Estado de los Estados Unidos en 1909. (Me refiero a Elihu Root, un estadista que obtuvo el Premio Nobel de la Paz en 1912 por su apoyo al arbitraje internacional). Él hizo una comparación entre la creación de la República federal estadounidense y la creación de una comunidad internacional. Señaló que "los orgullosos estados libres, independientes y soberanos como Virginia, Pensilvania, Nueva York y Massachussets", que "respetan a sus jueces", no obstante habían aceptado una Constitución que reconocía que era probable que los tribunales "se vieran afectados por las simpatías, los prejuicios y las presiones locales". Según su punto de vista, los tribunales federales estadounidenses eran comparables a los tribunales arbitrales internacionales. Sus palabras fueron las siguientes:

El artículo tercero de la Constitución de los Estados Unidos establece que en las controversias entre Estados o entre ciudadanos de diferentes Estados, la determinación de aquello que es justo no estará restringida a los tribunales de justicia de uno de los Estados sino que podrá resolverse en los tribunales federales, seleccionados y facultados por los representantes de ambos estados y de todos los Estados, los cuales constituyen verdaderos tribunales arbitrales en cuanto al método por el cual son creados y la función que desempeñan.

Luego, el señor Root explicó –y éste era su argumento– que también a nivel internacional, "para evitar el riesgo de la denegación de justicia y la creencia de que no se había hecho justicia", los Estados debían aceptar, mediante un acuerdo internacional, que los fallos de sus tribunales fueran revisados por tribunales internacionales". Se refería precisamente a las seis causas que acabo de mencionar, en las que el Gobierno de los Estados Unidos aceptó que los fallos de la Corte Suprema fueran corregidos por un órgano internacional.

El futuro

Ya mencioné algunas de las críticas que se plantearon contra la idea de que los derechos de los inversionistas extranjeros debían ser protegidos por tribunales internacionales. Existen muchos otros ejemplos.

Podríamos citar la declaración de un congresista estadounidense, quien dijo: "La pregunta [...] es muy clara: ¿los derechos de un inversionista deberían prevalecer sobre los derechos a promulgar una prohibición relativa a sustancias químicas para evitar el cáncer?"¹⁶

¹⁵ *The Hiawatha* (2 Black), *The Circassian* (2 Wallace), *The Springbock* (5 Wallace), *The Sir William Peel* (5 Wallace), *The Volant* (5 Wallace) y *The Science* (5 Wallace); todos citados con más referencias en Jackson H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals* 114 (1926).

¹⁶ Bonion (Michigan), *op. cit.* en nota al pie 10.

O la de otro, que argumentó lo siguiente: "¿Deben mis colegas permitir que la salud de las familias y de nuestros hijos o amigos y vecinos se vea amenazada a causa de burócratas extranjeros?".¹⁷

O podría decirse que la organización del señor Ralph Nader (Public Citizen) publicó un aviso de página entera con el título "*Secret Courts for Corporations*" (Tribunales secretos para las empresas) y criticó el TLCAN por "permitirles a las empresas extranjeras demandar al gobierno federal en tribunales secretos, exigiendo que nuestros aportes fiscales sirvan como pago para cumplir con las leyes en materia de seguridad e higiene y contaminación".

Esta clase de comentarios son tan infundados que uno no puede evitar preguntarse si acaso no constituyen esfuerzos intencionales para confundir al público por motivos políticos. El derecho internacional no es una conspiración de capitalistas extranjeros que obstruyen la protección de la salud pública, el medio ambiente y otras metas elevadas de la sociedad civil. Es evidente que los tribunales internacionales no se proponen limitar las prerrogativas legislativas nacionales de buscar maneras de prevenir el cáncer o dar rienda suelta a los contaminadores industriales; por el contrario, aplican normas, tales como la proscripción de la discriminación o la confiscación, que han sido acordadas por los Estados mediante un tratado. La aplicación de dichas normas no significa que el tribunal internacional reemplace la decisión de las autoridades nacionales a ese respecto. Por el contrario, pone en vigencia sus propios acuerdos internacionales.

La OMC también fue objeto de esta suerte de críticas insidiosas. A la espera de una resolución del Órgano de Apelación de la OMC con respecto a la licitud de los aranceles aduaneros impuestos por los Estados Unidos al acero, el presidente del American Iron and Steel Institute dijo ante las comisiones parlamentarias sobre acero de los Estados Unidos:

*El abuso de poder y la violación de la soberanía de los Estados Unidos por parte de la OMC socavará el sistema comercial internacional basado en normas si el Congreso no le pone un freno.*¹⁸

Casualmente, el presidente del Órgano de Apelación de la OMC en ese momento era estadounidense. Su opinión era la siguiente:

*Para todo aquel que conoce la realidad cotidiana de la OMC, la idea de que pueda ser una especie de futuro "gobierno mundial" es descabellada. La OMC no es un gobierno y ninguna persona que se relacione de alguna manera con la OMC tiene siquiera el más remoto deseo de convertirla en uno. La OMC es una organización internacional compuesta por gobiernos. Es un foro en el que los gobiernos acuerdan por consenso normas para reducir las barreras al comercio así como un medio para que los gobiernos garanticen el cumplimiento de dichas normas cuando surgen diferencias respecto de su significado.*¹⁹

Lo expresó en términos más concretos de la siguiente manera:

*Contrariamente a algunas concepciones populares erróneas, el Acuerdo sobre la OMC no es un acuerdo de libre comercio. No instituye por mandato el libre comercio. El Acuerdo sobre la OMC es un acuerdo internacional dirigido a liberalizar el comercio y evitar la discriminación comercial. Establece un marco normativo que permite a los Miembros de la OMC liberalizar el comercio realizando concesiones comerciales voluntarias en forma multilateral y que desalienta que dichos Miembros participen en determinadas situaciones de discriminación comercial contra socios comerciales que también son Miembros del sistema multilateral de comercio basado en la OMC.*²⁰

¹⁷ Ros-Lehtinen (Florida), ídem.

¹⁸ Comentarios de Daniel R. DiMicco, Comunicado de Prensa del American Iron and Steel Institute, 8 de abril de 2003, <http://www.steel.org/news/pr/2003/pr030408.htm>.

¹⁹ James Bacchus, *Trade and Freedom* 145 (2003).

²⁰ Ibídem, pág. 39.

Resulta significativo que los Estados buscan adherirse a la OMC y no retirarse de ella. Lo mismo ocurre con el TLCAN, más allá de la polémica sobre la protección de los inversionistas. Las opiniones más objetivas que prevalecen son las de los representantes de los Estados partes. En su Declaración Conjunta en ocasión del 10º aniversario del TLCAN, los tres gobiernos que suscribieron dicho tratado expresaron lo siguiente:

Las pruebas son claras: el TLCAN ha sido un gran éxito para las tres Partes. Es una extraordinaria demostración de los beneficios que obtienen los países seguros y abiertos al exterior que implementan políticas de liberalización del comercio como una manera de aumentar la riqueza, mejorar la competitividad y ampliar los beneficios para los consumidores, los trabajadores y las empresas. Renovamos nuestro compromiso de garantizar que el TLCAN continúe ayudándonos a fortalecer la economía norteamericana a través de un marco normativo para hacer negocios en un mercado cada vez más integrado.

Desde el 1º de enero de 1994, fecha en la que el TLCAN entró en vigor, el comercio trilateral entre nuestros países ha alcanzado más de US\$621.000 millones, más que el doble del nivel previo al TLCAN. La inversión extranjera directa por parte de otros socios del TLCAN en nuestros tres países creció más que el doble, llegando a US\$299.200 millones en el año 2000.

Esta declaración deberá analizarse teniendo en cuenta que estos tres países democráticos han sufrido cambios gubernamentales significativos desde que se negoció el TLCAN. No obstante, cada uno de los gobiernos sucesivos de cada país ha reafirmado su compromiso con el TLCAN. Apenas puede evitarse inferir que los intereses nacionales para mantener el TLCAN bastan para justificar el rechazo de los fervientes pedidos para que se derogue.

No hay duda de que los costos ocasionales de haber ofrecido protección internacional a los derechos de los inversionistas son minúsculos en comparación con el efecto macro que ha tenido el tratado en general. Si el TLCAN logró estimular el comercio y las inversiones con éxito, debe ser porque este complejo tratado *en su totalidad* creó incentivos eficaces. Y si los tres gobiernos hubieran realmente traicionado la soberanía nacional, cabe suponer que sus electorados los habrían destituido.

El debate generado en torno a los arbitrajes sobre inversiones en los Estados Unidos dio lugar a una serie de propuestas de cambio. Algunas de ellas son meramente destructivas y no merecen consideración alguna. Otras parecen olvidar las enseñanzas de la historia y niegan lo innegable: el imperio del derecho internacional requiere ciertas restricciones a la autoridad nacional. Algunas iniciativas, en cambio, sí merecen un análisis cuidadoso. Deseo hacer hincapié en la palabra "cuidadoso". Durante muchas generaciones, las personas serias dedicaron su intelecto a enfrentar el reto de mejorar las instituciones del derecho internacional. Sería presuntuoso de parte de aquellos que acaban de descubrir el papel de los tribunales internacionales en la agitación de los acontecimientos recientes pensar que pueden inventar al instante algo mejor. Difícilmente se logre una mejora con soluciones demasiado precipitadas.

Personalmente estoy a favor de la transparencia en el arbitraje sobre inversiones. Lo que prevalece es el interés público.

Aunque aún no estoy listo para apoyarlas, mantengo una postura abierta respecto de las sugerencias de que los laudos de los tribunales internacionales deberían ser presentados a las partes en forma provisional a fin de que éstas puedan emitir comentarios antes de que se dicten en forma definitiva. Tal vez ello podría contribuir a la coherencia. Sin embargo, a la vez podría crear un clima insalubre de presión sobre los árbitros internacionales.

Soy muy escéptico respecto de crear nuevos órganos de apelación para que revisen los laudos de los tribunales internacionales. Ya contamos con las comisiones *ad hoc* del CIADI. Posiblemente puedan adaptarse a circunstancias en las que no se pueden aplicar las Reglas de Arbitraje del CIADI, pero no necesitan ser reinventados. No existe justificación alguna para la creación de nuevas instancias de apelación especiales. Cuando los Estados acuerdan celebrar un arbitraje entre ellos, es poco común –por no decir inaudito– que requieran una apelación tras el arbitraje. Durante generaciones convivieron con el hecho de que los laudos

internacionales pueden, de tanto en tanto, parecer incongruentes. Pero eso no es el fin del mundo. Y de todos modos, esa situación no se solucionará creando nuevas jurisdicciones cuyas propias decisiones inevitablemente a veces parecerán incongruentes para alguien. En principio, no hay razón por la cual los arbitrajes en materia de inversiones que se llevan a cabo conforme a los acuerdos de los Estados debieran manejarse de un modo diferente. La sugerencia parece estar inspirada en motivos puramente políticos y no cuenta con mi apoyo. Por fortuna, la realidad es que la mayoría de los arbitrajes sobre inversiones derivan de una multitud de tratados bilaterales de inversiones que contienen cláusulas dedicadas a la solución de controversias. La perspectiva de establecer un único organismo con jurisdicción sobre todos ellos parece ser excesivamente remota.

Todos podemos debatir sobre los contenidos del derecho internacional. Sus fuentes son universales. El derecho internacional no puede imponerse de manera unilateral, ya que eso sería una falta de lógica. Pero una vez establecido, en especial mediante un tratado suscrito por dirigentes nacionales autorizados, cabe suponer que será bueno implementarlo. Por lo tanto, es bueno que funcione como una restricción a la autoridad nacional. Nadie debería asombrarse por la resonancia emotiva de frases tales como "afrenta a la soberanía". Es una manifestación de soberanía restringir las opciones nacionales a favor de los beneficios de largo plazo de someterse a la disciplina del derecho internacional.

Por consiguiente, es bueno que el derecho internacional sea aplicado por jueces internacionales, sean cuales fueren las decepciones momentáneas de cualquier litigante, aún cuando se trate de Estados.

Tampoco es válido objetar que el proceso de juzgamiento internacional actual es un triunfo de los derechos humanos de los capitalistas. Las dos respuestas a tal observación son de una naturaleza fundamentalmente distinta. En primer lugar, el surgimiento del arbitraje internacional en materia de inversiones no ha sido impuesto por intereses comerciales aprovechadores o todopoderosos, ya que no están en condiciones de hacerlo. Las promesas que se incluyen en los tratados de inversiones son formuladas por las autoridades nacionales para atraer inversiones hacia sus países. Hacer efectivas esas promesas no es ni más ni menos que dotar a las autoridades nacionales de la capacidad para implementar sus políticas. Negarse a hacerlas efectivas no es ni más ni menos que dañar la capacidad de endeudamiento de las autoridades nacionales.

La segunda respuesta implica un enfoque diferente. Las personas de buena voluntad seguramente reconocen que el derecho internacional no existe para beneficiar al capital. El imperio de la ley procura beneficiar a la humanidad; por lo tanto, debe comprender los derechos de la clase trabajadora pobre y común y velar por el medio ambiente en el cual debe sobrevivir la humanidad. Entonces, ¿dónde está la aplicación internacional de los derechos de los más débiles? ¿Dónde está la aplicación internacional de las normas ambientales? Es cierto que hoy en día en Europa millones de personas tienen perspectivas realistas de elevar sus reclamos contra las autoridades nacionales al plano internacional, pero el resto del mundo está tristemente rezagado. A los fines del presente trabajo, sin embargo, el tema es el siguiente: la culpa de que la aplicación del derecho internacional sea ineficaz no la tienen aquellos mecanismos que sí existen. No tiene sentido dismantelar las formas emergentes de aplicación del derecho internacional sólo porque nadie encontró una manera de lograr de una sola vez el milagro de obtener sanciones efectivas para cada violación del derecho internacional. Estamos lejos –muy lejos, por cierto– del altruismo que San Agustín dijo que se necesitaba para terminar de construir la gloriosa Ciudad de Dios, pero no derribemos los pocos edificios de la aplicación del derecho que han aparecido sólo porque habríamos preferido tener el don sobrehumano de generar un cumplimiento universal inmediato.

Difícilmente pueda exagerarse la importancia de evitar el tipo de confrontación destructiva que, si bien podría impulsar las efímeras carreras de los políticos populistas, a la larga podría dañar a todos los demás. Un claro ejemplo para no imitar es el de la década de 1970, cuando la evidente negativa de un grupo de Estados a respetar sus compromisos contractuales con los inversionistas foráneos o a reconocer cualquier obligación de indemnizar a los extranjeros cuyos bienes habían sido expropiados derivó en una represalia por parte de los Estados Unidos. La Enmienda Hickenlooper, incorporada a la Ley de Ayuda al Exterior de 1961,²¹ y la

²¹ Artículo 620(e)(i), 22 *Código de los Estados Unidos* §§2370(e)(i) (1970 & Sup. V 1975).

Enmienda González, incorporada a la Ley sobre la Asociación para el Desarrollo Internacional de 1972,²² pretendían prohibir la ayuda externa a países que habían perjudicado a ciudadanos estadounidenses. Un reconocido abogado de Washington, William D. Rogers, posteriormente se refirió a ellas como el "punto culminante de la política de represalias de los Estados Unidos".²³ De hecho, el presidente Nixon amenazó con ir todavía más allá, en un pronunciamiento realizado en 1972 en el que explicó que los Estados Unidos responderían implacablemente a todas las expropiaciones interrumpiendo la ayuda, retirando el apoyo a la ayuda multinacional y desarrollando prácticas de represalia comunes con otros países exportadores de capital.²⁴ Como consecuencia, México lideró un movimiento para incorporar la Cláusula Calvo a la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas,²⁵ mientras que Perú propuso un plan para enmendar la Carta de la Organización de Estados Americanos de manera de establecer que sería ilegal tomar represalias por expropiaciones sin indemnización y que se deberían evaluar los daños infligidos a naciones que adoptaban iniciativas como las anunciadas por el presidente Nixon.²⁶

Afortunadamente, la escalada no siguió avanzando. Es justo decir que quienes impulsaron con mayor ahínco la necesidad de detenerla no fueron los ideólogos, sino los ministerios que eran responsables directos de la política económica, por un lado, y los principales inversionistas, por el otro.²⁷

La calidad de la adopción de decisiones es, naturalmente, de vital importancia. La selección de jueces y árbitros debe ser puntillosamente congruente con los acuerdos internacionales pertinentes. La calidad de su razonamiento debe infundir respeto. De lo contrario, perderían su legitimidad entre la Escala de la sospecha de que no son otra cosa más que agentes de fuerzas ocultas que desean deshacer las decisiones de principio de los gobiernos democráticos y el Caribdis del desprecio por parte de aquellos que los verían demasiado pusilánimes para imponer toda la fuerza del derecho internacional sobre los Estados poderosos.

En resumen, el respeto por el arbitraje internacional no es una aventura peligrosa patrocinada por los ingenuos ni tampoco una traición a la soberanía fomentada por los concupiscentes, sino el redescubrimiento de una antigua virtud de restricción nacional que surge del reconocimiento de una comunidad internacional de intereses.

Es cierto que esta virtud puede, a menudo, resultar impotente contra la conveniencia y la especulación unilaterales. Es cierto también que puede haber períodos desalentadores en la vida internacional en los que la llama alumbra débilmente. Sin embargo, sería incorrecto condenar el imperio internacional de la ley argumentando que exige un autosacrificio irrealista. Para obtener los beneficios y las protecciones de una comunidad, deben aceptarse algunas limitaciones. No se trata de una cuestión de buena fe o idealismo sino de discernimiento. Si una comunidad fracasa y demuestra que es incapaz de cumplir sus objetivos, es probable que sus pedidos de disciplina pasen inadvertidos. Grandes partes del mundo en que vivimos pueden parecer impermeables al derecho internacional. Eso no nos impide comprender qué es el derecho internacional ni advertir que en general es respetado en muchos lugares del mundo para beneficio, parecería, de quienes viven allí. Entonces, ¿qué importa que la comunidad internacional emergente basada en el derecho esté fragmentada, sea inestable o vulnerable? ¿Cómo se diferencia eso del desarrollo de las comunidades nacionales?

La idea de que los Estados puedan ser considerados responsables conforme al derecho internacional por tribunales arbitrales creados mediante un tratado no es ni nueva ni radical. Ya en el siglo XIX había cientos de

²² Artículo 12, 22 *Código de los Estados Unidos* §284(j) (Sup. II 172).

²³ William D. Rogers, "Of Missionaries, Fanatics, and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas", 72 *AJIL* 1 (1978).

²⁴ 19 de enero de 1972, "Economic Assistance and Investment Security in Developing Nations", 66 *Department of State Bulletin* 152 (1972).

²⁵ Resolución de la Asamblea General 3281, 29 GAOR, Sup. (Nº 31) 50, ONU Doc. A/9631 (1974).

²⁶ "Draft Convention on Collective Economic Security for Development", OEA Ser. G./CP/doc 604/76 rev. 1 (19 de noviembre de 1976).

²⁷ En agosto de 1974, algunas semanas después de la renuncia de Nixon pero con Henry Kissinger todavía a cargo del Departamento de Estado, nada más y nada menos que el señor Rogers fue designado Secretario de Estado Adjunto para Asuntos Interamericanos.

esos casos. Había todo tipo de Estados demandados: ricos y poderosos, europeos o ex colonias. Como ya hemos visto, los tribunales internacionales consideraron a los Estados Unidos responsables de acciones respecto de las cuales su Corte Suprema había declarado que no constituían violaciones al derecho internacional, y esos laudos fueron respetados por dicho país. Cuando se dictó en Ginebra uno de los laudos más ilustres de la historia contra Gran Bretaña en el caso del *Alabama* (1872), el árbitro británico (Sir Alexander Cockburn) dio a conocer a viva voz su opinión disidente y calificó de "injusto" el laudo que dictaba pagar aproximadamente US\$15 millones en oro, pero su gobierno –por ese entonces mucho más poderoso que los Estados Unidos– de todas maneras pagó la suma establecida.²⁸ Esta tradición de respetar el derecho internacional tal como lo aplican los tribunales internacionales debería ser recordada por los críticos contemporáneos del arbitraje sobre inversiones, quienes a veces imaginan que esos tribunales pueden paralizarse ante las declaraciones de los tribunales municipales respecto de que los tratados que establecen la jurisdicción internacional son contrarios a las constituciones nacionales.

Se ha planteado que la Constitución de los Estados Unidos "no faculta al gobierno federal para someter a los tribunales federales o los tribunales estatales a una revisión por parte de un tribunal internacional".²⁹ En respuesta a ello, uno podría decir, en primera instancia, que el derecho internacional en realidad no *revisa* las decisiones de los tribunales nacionales en el sentido de corregirlas considerando que no tienen un efecto decisivo. Más importante aún, el debate sobre la aplicabilidad de las decisiones internacionales dentro de los Estados Unidos difiere de la premisa de que los jueces internacionales pueden hacer caso omiso de las decisiones nacionales.³⁰

Sugerir que los supuestos requisitos establecidos por la propia constitución de una nación pueden neutralizar los compromisos internacionales de sus gobiernos va en contra del derecho internacional mismo. Es posible que dichos compromisos constituyan un exceso de poder en los acuerdos nacionales y que den lugar a sanciones

²⁸ El caso del *Alabama* se relacionaba con daños causados por el *Alabama* y otros cruceros y buques corsarios confederados a los buques mercantes del Norte durante la Guerra Civil estadounidense. Habían sido equipados, armados y abastecidos en puertos ingleses. El árbitro británico se negó a firmar el laudo e insistió en vano que un Estado no es responsable de los actos de sus ciudadanos; los otros cuatro árbitros consideraron que Gran Bretaña no había cumplido con sus obligaciones de mantener la neutralidad con la debida diligencia. Los tres árbitros neutrales eran personas distinguidas designadas por el Emperador de Brasil, el Rey de Italia y el Presidente de Suiza. La literatura sobre el caso del *Alabama* es, quizá, la más abundante de todas en el campo del arbitraje internacional. En las páginas 64-91 de la vívida monografía *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international* (1895) del profesor francés A. Mérignac se incluye un relato que vale la pena leer.

Veinticinco años después del laudo del caso del *Alabama*, en el Parlamento se le preguntó al entonces Subsecretario de Exterior George Curzon si era verdad que una cantidad sustancial de la suma cobrada por los Estados Unidos de hecho no se había pagado a las partes privadas que habían reclamado perjuicios. Curzon respondió que tal parecía ser el caso, pero agregó:

"Sería contrario a los compromisos asumidos por Gran Bretaña en el Tratado de Washington, celebrado en 1871, el hecho de solicitar la devolución de toda suma excedente una vez satisfechas las reclamaciones de acuerdo con el laudo.

Sr. Bowles: ¿Hay alguna perspectiva de que el Gobierno de los Estados Unidos ofrezca devolver cualquier excedente?

Sr. Curzon: Me temo que no puedo hablar en nombre del Gobierno de los Estados Unidos. [Risas]".

Parl. Debates (series 4), Vol. 46, Col. 1253 (25 de febrero de 1897).

²⁹ Mark Weiburd, "International Courts and American Courts", 21 *Michigan Journal of International Law* 877, pág. 938 (2000). Como resultado, sostiene, la Corte Suprema de los Estados Unidos hizo lo correcto al no someter a la consideración de la Corte Internacional de Justicia el caso *Beard*, sobre un ciudadano paraguayo ejecutado en Virginia; y los Estados Unidos están impedidos de aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁰ El intento del Profesor Weiburd de minimizar las implicaciones de los laudos emitidos en virtud del Tratado de Washington, argumentando en la página 898 que no "alteraban los efectos" de los fallos de la Corte Suprema con respecto al derecho sobre los bienes confiscados, fue anticipado y respondido por el Comisionado Pinckney en 1797, y no desmerece en lo más mínimo las exitosas actuaciones de este último contra la postura de Gran Bretaña. Se invita al lector entusiasta a leer la opinión completa de Pinckney en *The Betsy*, referencia citada en la nota al pie 13.

en virtud de las leyes municipales. Sin embargo, esto no impide (siempre y cuando la evidencia de autoridad sea suficiente a los fines del derecho internacional)³¹ recurrir a dichos compromisos en el plano internacional.

Plantear argumentos constitucionales para invalidar los acuerdos internacionales sería seguir los pasos de Irán, que infructuosamente intentó evitar el arbitraje internacional invocando el Artículo 139 de la Ley Constitucional de la República Islámica (que prohíbe a las entidades del Estado celebrar acuerdos con partes extranjeras en casos "significativos" sin la aprobación especial del Parlamento). Independientemente de cuál sea su fuerza como cuestión de derecho internacional, tales argumentos pierden su contundencia en el ámbito internacional.³²

Como dijo el juez Keba Mbaye (ex vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia y ex primer presidente de la Corte Suprema de Senegal): "No debe permitirse a un Estado citar las disposiciones de su legislación para evitar un arbitraje que ya ha sido aceptado".³³ Lord Mustill sugirió lo siguiente: "Tal vez debería categorizarse como un principio de *ordre public* internacional".³⁴ Este concepto recibió un fuerte apoyo en un arbitraje histórico incoado por una parte privada alemana contra Bélgica.³⁵ Incluso se ha incorporado a la legislación *municipal* suiza, donde un Estado parte de un acuerdo de arbitraje "no puede basarse en sus propias leyes para objetar la posibilidad de someter a arbitraje una controversia o su propia capacidad para actuar como parte en un arbitraje".³⁶

Las críticas sobre los tribunales internacionales fundadas en que impiden la aplicación de políticas democráticas – ya sea en relación con la protección del medio ambiente o el mercado laboral– están mal dirigidas. Los tribunales internacionales no establecen políticas, sino que hacen efectivos los acuerdos internacionales.

³¹ A la luz del análisis realizado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) de la famosa declaración de Ihlen, ministro de relaciones exteriores de Noruega, que trataba sobre la renuncia a las reclamaciones territoriales en el caso *Groenlandia Oriental*, Dinamarca contra Noruega, Serie A/B, N° 53, la idea de que los Estados Unidos podrían cuestionar la naturaleza vinculante del TLCAN o de los tratados bilaterales de inversiones en el plano internacional haciendo referencia a las limitaciones constitucionales nacionales no parece muy plausible.

El fragmento clave del fallo de la del CPJI, en la página 71, es muy conocido:

"La Corte considera más allá de toda discusión que una declaración de esta naturaleza brindada por el Ministro de Relaciones Exteriores en nombre de su gobierno en respuesta a una solicitud del representante diplomático de una potencia extranjera, en relación con una cuestión que le competía en razón de su autoridad, es vinculante para el país al cual pertenece el Ministro".

El siguiente fragmento, tomado de la Opinión Disidente del juez Anzilotti, la página 92, es citado con menos frecuencia pero merece nuestra plena atención dado que lleva la cuestión un paso más adelante (y concuerda plenamente con la mayoría respecto del efecto vinculante de la declaración):

"Con respecto a la cuestión de si el derecho constitucional noruego autorizaba al Ministro de Relaciones Exteriores a formular la declaración, se trata de un tema que, en mi opinión, no atañe al gobierno danés: el señor Ihlen tenía la obligación de abstenerse de dar esa respuesta hasta haber obtenido el consentimiento que pudiera requerirse de acuerdo con las leyes noruegas".

[Nota del Trad.: Los números de página corresponden a la versión original].

³² Ver William Laurence Craig, William W. Park y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration* §5.02 (3ª edición 2000); Jan Paulsson, "May a State Invoke Its Internal Law to Repudiate Consent to International Arbitration?", 2 *Arbitration International* 90 (1986).

³³ *International Arbitration: 60 Years On* 296 (Publicaciones de la CCI N° 412, 1984).

³⁴ "The New Lex Mercatoria", 4 *Arbitration International* 86, pág. 112, nota al pie 91 (1988).

³⁵ *Benteler contra Bélgica*, *Journal des Tribunaux Bruxelles*, N° 5289, 31 de marzo de 1984.

³⁶ Artículo 177(2) *Loi Fédérale sur le droit international privé*.

Negar la competencia de los tribunales internacionales es privar a los Estados de la facultad de efectuar promesas significativas.³⁷

Las críticas sobre los tribunales internacionales fundadas en que deberían funcionar con mayor eficiencia, transparencia, coherencia y equidad son absolutamente legítimas. Sin embargo, ninguna institución creada por el hombre es perfecta. Los tribunales arbitrales internacionales existen desde hace muchas generaciones; las quejas de quienes se sienten decepcionados por los laudos, también. Es necesario ser cuidadosos y reconocer las críticas que no son más que una pantalla que oculta la renuencia a obedecer las leyes internacionales, e igualmente cuidadosos para no implementar en forma apresurada supuestas reformas que no hacen más que paralizar su aplicación efectiva.

Para resumir:

- (1) El mecanismo mediante el cual los Estados son considerados responsables por dictámenes vinculantes de tribunales internacionales no es un invento nuevo. Se utilizó de manera intensiva en el siglo XIX. Las controversias entre Gran Bretaña y los Estados Unidos son especialmente ilustrativas al respecto.
- (2) En el ámbito de las inversiones internacionales, los tribunales arbitrales son instrumentos del estado de derecho. Su objetivo no es favorecer a los ricos sino permitirles a los Estados formular promesas confiables.
- (3) No debe culparse a los tribunales de arbitraje por los contenidos de los tratados.
- (4) Los tribunales internacionales suelen irritar a los Estados demandados –sean ricos o pobres– en determinadas causas; sin embargo, sus decisiones deberán ser respetadas a fin de obtener los beneficios de largo plazo del estado de derecho. El respeto por las expectativas legítimas es una condición previa para lograr un vigoroso intercambio económico internacional.

³⁷ Cuando Francia quiso asegurarse de que la empresa Walt Disney Corporation construyera Eurodisneyland en las afueras de París y no en España, el Parlamento aprobó una ley especial que autorizaba al gobierno a aceptar la jurisdicción del CIADI sobre los acuerdos con “empresas extranjeras para la implementación de operaciones de interés nacional”, Artículo 9, Ley N° 86972 del 19 de agosto de 1986, *Journal officiel*, 19 de agosto de 1986, 10190. La compañía estadounidense se mostró inflexible con respecto a la necesidad de una jurisdicción neutral en caso de que surgiera una diferencia con el gobierno. Esa ley superó todas las objeciones legales del *Conseil d'Etat* y las objeciones políticas de aquellos que eran hostiles al proyecto por razones culturales. Ver Matthieu de Boissésou, “Interrogation et doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi de 19 août 1986”, *Revue de l'arbitrage* 3.

**CUESTIONES
PRÁCTICAS
DE LA SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS**

EL CENTRO DE ASESORÍA LEGAL EN ASUNTOS DE LA OMC

LEO PALMA

En las relaciones internacionales, como en las relaciones humanas, algunos siempre tendrán ventajas intrínsecas sobre otros. Esta realidad es inalterable. En ausencia de normas que rijan las relaciones internacionales prevalece la *realpolitik* y se promueven los intereses nacionales sin tener en cuenta la ética o los principios.

El advenimiento de un sistema multilateral de comercio basado en normas sustantivas *integrales* –al principio con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ("GATT") y ahora con la Organización Mundial del Comercio ("OMC")– es un acontecimiento reciente en la larga historia de las relaciones económicas internacionales. Mientras que las normas sustantivas no eliminan las ventajas inherentes de algunos sobre otros, su establecimiento brinda, como mínimo, una influencia moderadora y restrictiva que tiende a atenuar las desventajas intrínsecas. Pero el establecimiento de normas sustantivas no necesariamente impone de por sí el imperio de la ley.

Las normas no se ponen en vigor por sí mismas. En todas las sociedades, sean nacionales como internacionales, las asimetrías en la organización e influencia política de los grupos de intereses favorecen la erosión progresiva de las normas liberales mediante una trampa de protección política: los intereses concentrados de los productores pueden cosechar importantes "rentas de protección" aprovechando las restricciones al comercio, las distorsiones comerciales y el *lobby* político, y tienden a estar bien organizados y ser políticamente influyentes. Los gobiernos elegidos en forma periódica dependen del respaldo político y pueden obtener beneficios del otorgamiento de subsidios a la exportación y protecciones contra la importación, a cambio de ayuda política de los grupos de intereses que buscan rentas.¹

Los gobiernos siempre enfrentarán la presión de los grupos de intereses organizados, cuya agenda, aunque sea legítima, no necesariamente coincidirá con la que el gobierno debería tener en defensa de los intereses del público en general, que habitualmente no está organizado. Es más, en muchos casos el consenso sobre tratados podría lograrse sólo a expensas de la claridad. Es por eso que, incluso cuando las partes involucradas tienen la mejor buena fe, resulta inevitable que surjan diferencias. Si bien siempre es posible alcanzar una resolución amigable, la disparidad de fuerzas relativas de los protagonistas puede alejar esa posibilidad, ya que es característico de la naturaleza humana no dejar de lado fácilmente las ventajas inherentes que se poseen.

¹ Prefacio, GATT/OMC Dispute Settlement System, International Law, International Organizations and Dispute Settlement, Ernst-Ulrich Petersmann, Kluwer Law International, 1997, pág. xiii.

El Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD) establece la resolución vinculante de conflictos a través de terceros como un medio *alternativo* de resolver las diferencias. La resolución vinculante de conflictos a través de terceros tiende a mitigar las desventajas inherentes de algunos en relación con otros y, por lo tanto, a nivelar la cancha.

A menudo se ha dicho que el sistema de solución de diferencias de la OMC brinda a los países más pequeños y económicamente débiles la oportunidad de impugnar medidas comerciales tomadas por los Miembros con más poder económico... Este sistema funciona en beneficio de sus Miembros, y especialmente da mayor seguridad a los Miembros más débiles, que en el pasado solían carecer del peso económico o político que les permitiera hacer respetar sus derechos de proteger sus intereses. En la OMC, el *derecho* vence a la *fuerza*.²

Pero establecer la adjudicación vinculante a través de terceros presenta otros desafíos, especialmente para los países en desarrollo. El derecho no vence a la fuerza en forma rutinaria. Deben invocarse derechos, que pueden ser controvertidos, y la controversia debe resolverse. La solución de diferencias de conformidad con el derecho exige recursos, tanto humanos como financieros. A este respecto, y en relación con el sistema de solución de diferencias de la OMC, los países en desarrollo tienen desventajas intrínsecas.

Mediante el agregado de 26.000 páginas de texto de nuevos tratados, además de una jurisprudencia en rápido desarrollo; mediante la imposición de varias nuevas etapas de actividad legal en cada controversia, tales como la apelación, el examen del cumplimiento y el arbitraje sobre la compensación; mediante la judicialización de las actuaciones, que otorga mayor importancia a una sofisticada argumentación jurídica que a la negociación informal; y mediante el posible agregado de dos años a las demoras legalmente permisibles para el cumplimiento de las resoluciones que resultan desfavorables para los demandados, las reformas de la OMC han eliminado los obstáculos que enfrentan [los países en desarrollo] que están considerando la posibilidad de un litigio.³

El Grupo de África de la OMC resumió de la siguiente forma los desafíos que enfrentan los países en desarrollo en relación con el sistema de solución de diferencias de esa Organización:

Los países en desarrollo Miembros necesitarán que se les brinden más recursos y más medios para desarrollar la capacidad tanto humana como institucional para recurrir al [sistema de solución de diferencias]... Se debe reconocer claramente que todo sistema legal correcto garantiza que a las partes que no podrían ejercer sus derechos en el sistema judicial debido a restricciones financieras se les brinden los medios para hacerlo.⁴

Actualmente, en la mayoría de los países se brinda asistencia jurídica a aquellos que no cuentan con los recursos para proteger sus derechos o defender sus intereses. La asistencia jurídica estatal en esas circunstancias ha sido reconocida como un derecho legal por algunos tribunales nacionales, que consideran que la provisión de dicha asistencia debe interpretarse juntamente con el derecho a la igual protección de la ley.⁵

² Julio Lacarte-Muró y Petina Gappah, "Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: A View from the Bench", *Journal of International Economic Law* (2000) 395-401.

³ Marc L. Busch y Eric Reinhardt, "Testing International Trade Law: Empirical Studies of GATT/WTO Dispute Settlement". (Ponencia presentada en la Conferencia sobre la Economía Política del Derecho Comercial Internacional celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Minnesota el 15 y 16 de septiembre de 2000) .

⁴ Ver la presentación: Negotiations on the Dispute Settlement Mechanism Understanding, Proposal by the African Group, TN/DS/W/15, 25 de septiembre de 2002, párrafo 3.

⁵ Ver, por ejemplo: *Airey c. Irlanda* (1979), en donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró el derecho a la asesoría legal en actuaciones civiles, sobre la base del derecho a un "proceso equitativo" consagrado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; *New Brunswick c. J.G.* (1999) en que la Corte Suprema del Canadá declaró constitucional el derecho a la asesoría legal en casos civiles relacionados con la patria potestad, y *Nkuzi Development Association c. Legal Aid Board* (2001), en el que el Tribunal de Reclamos sobre Tierras de Sudáfrica declaró que el derecho a la "vista imparcial" consagrado por la Constitución de Sudáfrica exige que el gobierno proporcione asesoría legal gratuita a los indigentes en juicios entablados conforme a la Ley de Posesión de la Tierra.

El artículo 27.2 del ESD reconoce el derecho a brindar asistencia jurídica a los países en desarrollo. Ese artículo dispone lo siguiente:

...podría ser necesario también suministrar asesoramiento y asistencia jurídicos adicionales en relación con la solución de diferencias a los países en desarrollo Miembros. A tal efecto, la Secretaría pondrá a disposición de cualquier país en desarrollo Miembro que lo solicite un experto jurídico competente de los servicios de cooperación técnica de la OMC. Este experto ayudará al país en desarrollo Miembro de un modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría.

La División de Cooperación Técnica de la Secretaría de la OMC ha cumplido este mandato suministrando dos expertos jurídicos contratados por la OMC para asistir a los países en desarrollo en cuestiones jurídicas. Además de brindar asesoramiento y asistencia jurídicos a pedido, la Secretaría de la OMC también lleva a cabo cursos especiales de entrenamiento sobre procedimientos de solución de diferencias.

Sin embargo, una de las principales restricciones es que el asesoramiento y la asistencia jurídicos respecto de la solución de diferencias deberá brindarse "de un modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría". Esto es congruente con el concepto de que una secretaría internacional debe ser neutral y promover los intereses de toda la organización y no de sus miembros individuales. El artículo 27.2 es un reflejo del artículo VI.4 del Acuerdo sobre la OMC, que dispone lo siguiente:

Las funciones del Director General y del personal de la Secretaría serán de carácter exclusivamente internacional. En el cumplimiento de sus deberes, el Director General y el personal de la Secretaría no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna otra autoridad ajena a la OMC.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) asiste a los países en desarrollo en cuestiones relacionadas con el comercio y el desarrollo. A través de su Proyecto de Solución de Diferencias en el Comercio Internacional, la Inversión y la Propiedad Intelectual, la Secretaría de la UNCTAD tiene el objetivo de ayudar a "generar una capacidad permanente en los países en desarrollo, sobre todo en los países menos adelantados y aquellos con economías en transición".⁶ A través de este proyecto, la UNCTAD proporciona capacitación en solución de diferencias en el comercio internacional, la inversión y la propiedad intelectual. Su "Curso sobre solución de diferencias" consta de 41 módulos, 36 de los cuales ya están disponibles.

Existen otras organizaciones –intergubernamentales y no gubernamentales– que brindan asistencia a los países en desarrollo. Sin embargo, como en el caso de la asistencia proporcionada por la Secretaría de la OMC, la índole y el alcance de esa asistencia no incluye la defensa en procedimientos de solución de diferencias.

Hay muchos abogados y estudios jurídicos altamente calificados y con experiencia, principalmente en los países desarrollados, que brindan asesoría legal sobre el derecho de la OMC y ayuda jurídica en procedimientos de solución de diferencias sustanciados en la OMC. Mientras que estos servicios están disponibles para todos los Miembros de la OMC, incluidos los países en desarrollo, su costo puede resultarles prohibitivo.

En vista de los desafíos que enfrentan los países en desarrollo respecto de su capacidad de luchar por sus derechos y defender sus intereses conforme al sistema de solución de diferencias de la OMC, en 1998, por iniciativa de tres delegados de Colombia, los Países Bajos y el Reino Unido basados en Ginebra, un pequeño grupo de entre doce y catorce delegados de países en diversos niveles de desarrollo comenzaron a considerar estos desafíos y las posibles formas de afrontarlos.

Como resultado, en diciembre de 1999, en el marco de la Conferencia Ministerial de la OMC en Seattle, representantes de nueve países desarrollados⁷ y de veinte países en desarrollo/territorios aduaneros⁸ firmaron

⁶ Ver el sitio web www.unctad.org, con un último acceso el 24 de mayo de 2004.

⁷ Canadá, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Suecia y el Reino Unido.

el Acuerdo por el que se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (en adelante el "Acuerdo"). La ceremonia de la firma tuvo lugar en presencia de representantes de treinta y siete países menos adelantados.

El Acuerdo estuvo abierto a la firma hasta el 31 de marzo de 2000. Antes de que venciera el plazo, India y Letonia también lo firmaron.⁹ El Acuerdo entró en vigor el 15 de julio de 2001, y el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (en adelante, el "Centro") comenzó a operar el 17 de julio de 2001.

El Centro es una organización intergubernamental independiente con sede en Ginebra. Posee dos categorías generales de Miembros: (i) países desarrollados (en adelante, los "Miembros que constan en el Anexo I") y (ii) países en desarrollo y países con economías en transición, incluidos los territorios aduaneros distintos (en adelante denominados colectivamente los "Miembros que constan en el Anexo II"). Los Miembros que constan en el Anexo II, a su vez, se clasifican en Miembros de Categorías A, B y C, sobre la base de su participación en el comercio mundial, con una corrección ascendente que refleja sus ingresos per cápita, según lo indicado en la siguiente tabla:

Categoría	Cuota de mercado mundial	PNB per cápita
A	> = 1,5% o	Países con ingresos elevados
B	> = 0,15 % y < 1,5% o	Países con ingresos medios elevados
C	< 0,15%	

El Preámbulo del Acuerdo explica en forma sucinta los motivos del establecimiento del Centro:

- el Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (el "Acuerdo sobre la OMC") creó un complejo sistema jurídico y procedimientos elaborados para la solución de diferencias;
- los países en desarrollo, en particular los menos adelantados de entre ellos, y los países con economías en transición cuentan con conocimientos limitados acerca de la normativa de la OMC y el manejo de diferencias comerciales complejas, y su capacidad de adquirirlos impone severas obligaciones financieras e institucionales;
- sólo se puede mantener un equilibrio adecuado entre los derechos y las obligaciones que se derivan del Acuerdo sobre la OMC si todos sus Miembros entienden plenamente tales derechos y obligaciones y pueden recurrir en igualdad de condiciones a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC;
- la credibilidad y aceptabilidad de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC sólo pueden garantizarse si todos los Miembros de la OMC pueden participar efectivamente en ellos;
- por consiguiente, existe la necesidad de crear un sistema de capacitación jurídica, pericia y asesoría en asuntos relacionados con la normativa de la OMC, rápidamente accesible a los países en desarrollo, y en particular los menos adelantados de entre ellos, y los países con economías en transición.

Por lo tanto, el objetivo del Centro es "proporcionar capacitación, apoyo y asesoría jurídica en asuntos relacionados con la normativa de la OMC y los procedimientos de solución de diferencias, a los países en desarrollo y, entre ellos, en particular a los menos adelantados, así como a los países con economías en transición"¹⁰ Para lograr este objetivo, el Centro tiene los siguientes mandatos específicos:

⁸ Bolivia, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Egipto, Guatemala, Honduras, Hong Kong, China, Kenia, Nicaragua, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Filipinas, Tailandia, Túnez, Uruguay, Venezuela y Zimbabwe. De aquí en adelante, la frase "países en desarrollo" incluye los territorios aduaneros.

⁹ Según se explica más adelante en este artículo, después del 31 de marzo de 2000, todo Miembro de la OMC o cualquier Estado o territorio aduanero distinto en trámite de adhesión a la OMC puede todavía convertirse en Miembro del Centro adhiriendo al Acuerdo.

¹⁰ Artículo 2.1 del Acuerdo por el que se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC.

- proporcionar asesoría jurídica en asuntos relacionados con la normativa de la OMC;
- proporcionar apoyo a las partes y a terceros en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC;
- capacitar a funcionarios gubernamentales en asuntos relacionados con la normativa de la OMC por medio de seminarios sobre derecho y jurisprudencia de la OMC, pasantías y otros medios apropiados, y
- desempeñar cualquier otra función que le encomiende la Asamblea General.

Así, mientras que el Centro es una organización intergubernamental en la forma, podría decirse que en el fondo es como cualquier otro estudio jurídico, salvo por lo siguiente:

- su trabajo se limita a la normativa de la OMC;
- además de proporcionar asesoría y apoyo jurídicos en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC –servicios que también prestan otros estudios jurídicos–, su mandato incluye la capacitación de funcionarios gubernamentales;
- presta servicios exclusivamente a los países en desarrollo (incluidos los territorios aduaneros distintos) y a países con economías en transición. (Si bien el Centro tiene países desarrollados Miembros, estos Miembros no tienen derecho a los servicios del Centro).

Por otra parte, el Centro proporciona asesoría y capacitación jurídicas en forma gratuita a los Miembros que constan en el Anexo II y a los países menos adelantados. La asesoría jurídica gratuita está limitada a un número máximo de horas fijado por la Junta Directiva. Hasta la fecha, sin embargo, la Junta Directiva no ha fijado el número máximo de horas de asesoría jurídica gratuita y todo indica que es improbable que lo haga, al menos en el futuro inmediato.

En relación con el apoyo en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, el Centro cobra honorarios subsidiados de acuerdo con una escala establecida a los Miembros que constan en el Anexo II y a los países menos adelantados, dependiendo de su grado de desarrollo. El Anexo IV del Acuerdo estipula los honorarios por hora que cobra el Centro, que originalmente estaban denominados en dólares estadounidenses (US\$). Sin embargo, de acuerdo con la Decisión sobre Conversión de Divisas adoptada por la Asamblea General del Centro el 25 de abril de 2002, estos honorarios se convirtieron a francos suizos (FS) al tipo de cambio vigente en mayo de 2002, según lo especificado por los Tipos de Cambio Operativos de las Naciones Unidas, con lo cual quedó fijado a 1,62 francos suizos por cada dólar estadounidense. Aplicando esta decisión, los honorarios por hora que cobra el Centro en concepto de apoyo en procedimientos de solución de diferencias de la OMC son los siguientes:

Miembros	Honorarios por hora (FS)
Categoría A	324
Categoría B	243
Categoría C	162
Países menos adelantados	40

Sin embargo, la tarifa horaria es apenas uno de los factores que influyen sobre los honorarios que cobra el Centro. Otro de esos factores es la cantidad de horas facturadas. Conforme a la Política de Facturación del Centro¹¹ fijada por la Junta Directiva, como norma general la cantidad de horas que el Centro puede cobrar por cada paso que dé dentro del procedimiento de solución de diferencias está limitada a un margen de un número máximo de horas, según la complejidad del caso. Los márgenes se resumen a continuación:

¹¹ Revisada por la Junta Directiva el 26 de marzo de 2004.

RESUMEN DEL PRESUPUESTO HORARIO POR ASISTENCIA JURÍDICA A LA PARTE RECLAMANTE EN EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC			
Etapa	Grado de complejidad		
	Bajo	Medio	Alto
Grupo especial (incluidas las consultas)	186	336	538
Órgano de Apelación	71	108	168
Total	257	444	706

Aplicando los respectivos honorarios por hora a los márgenes máximos precedentes, los honorarios estimativos pagaderos al Centro son los siguientes:

HONORARIOS ESTIMATIVOS (EN FRANCOS SUIZOS)			
Entidad que hace uso de los servicios / etapa	Grado de complejidad		
	Bajo	Medio	Alto
Miembro Categoría A			
Grupo Especial	60.264	108.864	174.312
Órgano de Apelación	23.004	34.992	54.432
Total Grupo Especial y Órgano de Apelación	83.268	143.856	228.744
Miembro Categoría B			
Grupo especial	45.198	81.648	130.734
Órgano de Apelación	17.253	26.244	40.824
Total Grupo Especial y Órgano de Apelación	62.451	107.892	171.558
Miembro Categoría C			
Total del proceso del Grupo especial	30.132	54.432	87.156
Órgano de Apelación	11.502	17.496	27.216
Total Grupo Especial y Órgano de Apelación	41.634	71.928	114.372
País menos adelantado			
Grupo Especial	7.440	13.440	21.520
Órgano de Apelación	2.840	4.320	6.720
Total Grupo especial y Órgano de Apelación	10.280	17.760	28.240

Por lo tanto, dependiendo del nivel de desarrollo del país en cuestión y de la complejidad de la diferencia, los honorarios que cobra el Centro por los servicios prestados a las etapas del Grupo Especial y del Órgano de Apelación van desde FS10.280¹² hasta FS228.744.¹³

Sobre la base de la experiencia acumulada, el tiempo que efectivamente dedica el Centro a prestar servicios supera en mucho la cantidad de horas estipulada por la Política de Facturación. Pero esto es deliberado, ya

¹² País menos adelantado, en una diferencia de "baja" complejidad.

¹³ Miembro Categoría A, en una diferencia de "alta" complejidad.

que el Centro no se creó con el objetivo de generar ingresos por el ejercicio de la profesión legal, sino para atender a los Miembros con derecho a sus servicios y a los países menos adelantados. Es por eso que no solamente se subsidian los honorarios sino también la cantidad de horas.

Debe tenerse en cuenta que no es necesario que los países menos adelantados sean Miembros del Centro para obtener el beneficio de la asesoría jurídica y capacitación gratuitas, así como el de los honorarios subsidiados en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

De plantearse una diferencia entre dos Miembros o entre un Miembro y un país menos adelantado, surgiría un conflicto de intereses y el Centro se vería imposibilitado de prestar apoyo directo a ambas partes. En tal situación, puede dar asesoramiento directo sólo a una de las partes. Para garantizar que la otra parte sea adecuadamente representada, el Centro podrá contratar, a pedido de parte y sujeto a las normas promulgadas por la Junta Directiva, asesoría jurídica externa para representar a esa otra parte. En ese caso, el Centro paga los honorarios de los asesores jurídicos externos, y la parte representada por los asesores jurídicos externos le paga al Centro conforme a las tarifas que el Centro le hubiera cobrado a esa parte de haberle prestado asistencia en forma directa.

El Centro también cuenta con un Fondo Fiduciario para Especialización Técnica. En algunas diferencias, puede requerirse o ser necesario contar con conocimientos técnicos o científicos. A través de este fondo, el Centro subsidia parte del costo de esos conocimientos. Para los Miembros Categoría A, el subsidio es del 20 por ciento; para los Miembros Categoría B, del 40 por ciento; para los Miembros Categoría C, del 60 por ciento, y para los países menos adelantados, del 90%.

Durante el período comprendido entre el 17 de julio de 2001 y el 30 de abril de 2004, el Centro brindó asesoría legal en varias etapas de los procedimientos de las siguientes diferencias planteadas ante la OMC:

- Proporcionada directamente por el Centro:
 - A Bangladesh, en *India – Anti-Dumping Measures on Batteries (WT/DS306)*
 - A Honduras, en *Dominican Republic- Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes (WT/DS302/DS300)*
 - A Nicaragua, en *Mexico - Certain Measures Preventing the Importation of Black Beans (WT/DS284)*
 - A Tailandia, en *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (WT/DS286)*
 - A Tailandia, en *Comunidades Europeas – Subvenciones a la exportación de azúcar (WT/DS283)*
 - A Filipinas, en *Australia – Certain Measures Affecting the Importation of Fresh Pineapple (WT/DS271)*
 - A Filipinas, en *Australia – Certain Measures Affecting the Importation of Fresh Fruit and Vegetables (WT/DS270)*
 - A Ecuador, en *Turkey – Certain Procedures for the Import of Fresh Fruit (WT/DS237)*
 - A India, en la etapa previa a la apelación en *Comunidades Europeas – Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India*, análisis de los fundamentos para la apelación (WT/DS141)
 - A India, en *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo (WT/DS246)*

- A India, en *Estados Unidos – Normas de origen aplicables a los textiles y las prendas de vestir* (WT/DS243)
- A Perú, en *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas* (WT/DS231)
- A India, en *India – Medidas que afectan al sector del automóvil* (WT/DS175)
- A Pakistán, en el procedimiento del Órgano de Apelación relativo a *Estados Unidos – Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán* (WT/DS192)
- Proporcionada a través de asesores jurídicos externos
- A Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, por su participación como terceros en *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo* (WT/DS246)

Durante el mismo período, el Centro respondió también a numerosas solicitudes de asesoría jurídica. Muchas de estas solicitudes son consideradas en el momento y se brinda asesoría en forma inmediata. Otras requieren una investigación más amplia y opiniones elaboradas. Entre tales opiniones podemos citar las siguientes:

- Para los países menos adelantados, un análisis de:
 - las implicancias legales de los informes del GATT/OMC respecto de los asuntos sobre el banano
 - las implicancias del párrafo 6 de la Declaración Ministerial de Doha acerca del Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública
 - la coherencia de ciertos subsidios agrícolas desde el punto de vista de la OMC
 - la viabilidad de plantear una diferencia conforme al Artículo VI del GATT de 1994
 - la viabilidad de recurrir al Artículo XVIII del GATT de 1994
- Para los Miembros, el análisis de cuestiones jurídicas relacionadas con:
 - la protección de la información no divulgada conforme al Acuerdo sobre los ADPIC;
 - las disposiciones especiales de salvaguarda del Acuerdo sobre la Agricultura en las áreas de libre comercio;
 - la ampliación de las Comunidades Europeas, en relación con determinados productos;
 - la legislación de valoración en aduana propuesta por un Miembro de la OMC;
 - el mecanismo de salvaguardas propuesto por motivos cambiarios;
 - los derechos de representación de los Miembros de la OMC;
 - los subsidios de productos agrícolas conforme al Artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura;
 - las cuestiones de licencias de importación respecto de los productos agrícolas;
 - los problemas de clasificación arancelaria de los productos agrícolas;

- las preferencias arancelarias a favor de los países menos adelantados;
- ciertas propuestas sobre normas de origen;
- el Artículo 21.3 (b) del ESD;
- la situación legal de las medidas de salvaguarda de productos que no están sujetos a concesiones arancelarias;
- la coherencia de la OMC en cuanto a ciertas medidas de salvaguarda respecto del acero;
- un acuerdo que finaliza las negociaciones conforme al Artículo XXVIII del GATT de 1994;
- el Artículo 24.4 del Acuerdo sobre los ADPIC;
- la coherencia de una reglamentación interna que versa sobre la importación de productos industriales con los Artículos III y XI del GATT de 1994;
- la coherencia de una reglamentación interna con el Artículo III del GATT de 1994;
- la coherencia de una reglamentación interna con el Artículo III del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC;
- la coherencia de las modificaciones propuestas a la legislación nacional para desgravar a ciertos productos de impuestos internos desde el punto de vista de la OMC;
- la coherencia entre la legislación propuesta y las disposiciones respecto de las patentes del Acuerdo sobre los ADPIC;
- la coherencia de entre la legislación propuesta y las disposiciones del Acuerdo sobre Valoración en Aduana;
- la viabilidad de plantear una diferencia relacionada con el Artículo XXI del GATT de 1994
- las disposiciones del GATT de 1994 relacionadas con las renegociaciones arancelarias;
- la viabilidad de plantear una diferencia relacionada con el Artículo V del GATT de 1994;
- la viabilidad de plantear cuatro diferencias distintas conforme al AGCS;
- la viabilidad de plantear una diferencia conforme al Acuerdo sobre Normas de Origen;
- la viabilidad de plantear una diferencia relacionada con la cláusula de nación más favorecida del GATT de 1994;
- la viabilidad de plantear una diferencia de acuerdo con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC respecto de indicaciones geográficas, y
- la viabilidad de plantear una diferencia relacionada con el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC.

Hasta este momento, el Centro ha llevado a cabo dos cursos de capacitación para los funcionarios gubernamentales que se desempeñan en Ginebra. Estos cursos se celebran una vez por semana entre los meses de octubre y abril. El primer curso, que se realizó en 2002-2003, tuvo como tema los procedimientos

de solución de diferencias de la OMC. El del segundo curso, celebrado en 2003-2004, trató sobre la jurisprudencia de la OMC.

La estructura gerencial del Centro tiene tres niveles: la Asamblea General, la Junta Directiva y el Director Ejecutivo.

La Asamblea General, compuesta por representantes de todos los Miembros del Centro, tiene como principales funciones las siguientes:

- evaluar el trabajo del Centro;
- elegir a la Junta Directiva;
- adoptar reglamentos propuestos por la Junta Directiva;
- adoptar el presupuesto anual propuesto por la Junta Directiva.

La Junta Directiva está compuesta por: (i) tres candidatos nombrados por cada uno de los grupos clasificados como Miembros Categoría A, B y C; (ii) dos candidatos nombrados por los países desarrollados Miembros; (iii) un representante de los países menos adelantados, y (iv) el Director Ejecutivo, quien presta servicios *ex officio*. Los miembros de la Junta Directiva desempeñan su cargo en su capacidad personal y serán elegidos por su formación profesional en el ámbito del derecho de la OMC o del desarrollo y las relaciones comerciales internacionales. Las funciones principales de la Junta Directiva son las siguientes:

- tomar las decisiones necesarias para que el Centro funcione de manera efectiva y eficiente;
- preparar el presupuesto anual del Centro para su aprobación por la Asamblea General;
- examinar las apelaciones presentadas por los Miembros a los que se haya denegado apoyo en un procedimiento de solución de diferencias;
- supervisar la administración del fondo fiduciario (*Endowment Fund*) del Centro;
- nombrar a un auditor externo, y
- nombrar al Director Ejecutivo en consulta con los Miembros.

El Director Ejecutivo está a cargo de administrar las actividades cotidianas del Centro, incluida la contratación de personal de conformidad con el reglamento al respecto adoptado por la Asamblea General. El Director Ejecutivo rinde cuentas a la Junta Directiva.

Para financiar las actividades del Centro, se crearon dos fondos: (i) el de Contribuciones Plurianuales y (ii) el Fondo Fiduciario. Durante los primeros cinco años de funcionamiento del Centro (entre 2001 y 2005), sus actividades serán financiadas únicamente mediante Contribuciones Plurianuales de los siguientes países desarrollados Miembros: Canadá, Irlanda, Países Bajos, Noruega, Suecia y el Reino Unido.

Según su concepción original, a partir de 2006 el funcionamiento del Centro será financiado por: (i) las utilidades de las inversiones del Fondo Fiduciario y (ii) los honorarios por servicios prestados. Todos los ingresos por servicios prestados durante los primeros cinco años de funcionamiento se destinarán al Fondo Fiduciario. Los siguientes países desarrollados Miembros han contribuido al Fondo Fiduciario: Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega y Suecia. Asimismo, todos los países en desarrollo Miembros también han hecho contribuciones al Fondo Fiduciario.

El artículo 16 del Acuerdo estipula que cualquier Miembro de la OMC y cualquier Estado, o territorio aduanero distinto en proceso de adhesión a la OMC, podrá convertirse en Miembro del Centro adhiriéndose al Acuerdo según las condiciones y exigencias que haya acordado con el Centro. Las adhesiones serán efectivas tras la aprobación del instrumento de adhesión por la Asamblea General. Con respecto a los países en desarrollo, la Asamblea General aprobará el instrumento de adhesión solamente si la Junta Directiva dictamina que la adhesión en cuestión "no acarrea problemas financieros u operativos para el Centro".¹⁴

¹⁴ Artículo 16 del Acuerdo por el que se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC.

Si bien los términos y condiciones de adhesión dependen del acuerdo entre el Centro y el Miembro adherente, sobre la base de las adhesiones aprobadas hasta el momento se prevé que la Asamblea General impondrá los siguientes términos y condiciones:

- para los países desarrollados, una contribución mínima de FS1.620.000, ya sea (i) al Fondo Fiduciario o (ii) como Contribuciones Plurianuales;
- para los países en desarrollo, una contribución al Fondo Fiduciario por los siguientes montos:

Miembro Categoría	Monto (en FS)
A	486.000
B	162.000
C	81.000

Un país en desarrollo Miembro tiene la opción de abonar su contribución al Fondo Fiduciario en cuatro cuotas anuales por un mismo monto. Las contribuciones al Fondo Fiduciario se abonan por única vez y no hay aranceles anuales ni otras obligaciones recurrentes relacionadas con su calidad de Miembro.

De los veintidós signatarios del Acuerdo al 31 de marzo de 2001, veintiuno han pasado a ser Miembros. En el ínterin, otros países se han convertido en Miembros por adhesión. Al día de hoy,¹⁵ el Centro tiene los siguientes Miembros:

Países desarrollados

Canadá
Dinamarca
Finlandia
Irlanda
Italia
Países Bajos
Noruega
Suecia
Reino Unido

Países en desarrollo/países con economías en transición/ territorios aduaneros distintos

Bolivia
Taipei Chino
Colombia
República Dominicana
Ecuador
Egipto
El Salvador¹⁶
Guatemala
Honduras
Venezuela

Hong Kong, China
India
Indonesia
Jordania
Kenia
Letonia
Mauricio
Nicaragua
Omán

Pakistán
Panamá
Paraguay
Perú
Filipinas
Tailandia
Túnez
Turquía
Uruguay

Como el Acuerdo es un tratado internacional, en muchas jurisdicciones la legislación nacional establece que es necesaria su ratificación para obligar al Miembro en cuestión. Sin embargo, algunos países cuya legislación nacional exige la ratificación se han convertido en Miembros, prescindiendo de la formalidad de la ratificación mediante el ejercicio de su facultad de asumir la responsabilidad de la contribución única al Fondo Fiduciario. La teoría aplicada en estos casos es que, como la ratificación se exige únicamente en el contexto de obligaciones recurrentes en el futuro, y como el Miembro no está asumiendo otras obligaciones, la ratificación no es necesaria.

Las estructuras organizativa, financiera y de gestión del Centro fueron concebidas con la idea de equilibrar la necesidad de los Miembros de retener el control global del Centro y la autonomía necesaria que le permita al Centro dedicarse a sus actividades en vista de la índole de su mandato. Por ejemplo, si el Centro se hubiera organizado y hubiera estado financiado únicamente por los países desarrollados Miembros para brindar los servicios que está destinado a prestar, sería simplemente otro canal de prestación de la ayuda externa que suministran los países desarrollados. Conforme a estas circunstancias, y considerando la delicada índole de la

¹⁵ Al 30 de abril de 2004.

¹⁶ Está finalizando el proceso de ratificación.

asesoría y el apoyo jurídicos durante procedimientos de solución de diferencias de la OMC, a pesar de que todos los participantes tengan la mejor de las intenciones y la máxima buena fe, habría sido improbable que los países para quienes se creó el Centro utilizaran sus servicios.

De esa forma, con excepción de los países menos adelantados, aquellos que deseen aprovechar los servicios del Centro en forma gratuita o a un costo subsidiado deben en primer lugar convertirse en Miembros del Centro y hacer una contribución al Fondo Fiduciario. La calidad de Miembro del Centro les da la misma voz en la Asamblea General que a cualquier otro Miembro. En este contexto, el Centro es una sociedad genuina entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Los Miembros retienen el control global a través de la Asamblea General.

Como las contribuciones se fijan por adelantado, y por montos que en definitiva tienden a garantizar la autonomía financiera del Centro, las decisiones relativas a su presupuesto anual no se ven influidas por consideraciones acerca de la contribución de cada Miembro como consecuencia de la aprobación de un determinado nivel presupuestario.

Originalmente se había previsto que cinco abogados serían suficientes para satisfacer la demanda de servicios del Centro. Actualmente, el Centro tiene siete abogados y en el mes de septiembre de 2004 ingresará otro abogado.

El Centro ha creado expectativas, como lo demuestran los siguientes comentarios:

El Centro de Asesoría Legal representa un paso adelante de gran importancia para los países en desarrollo. Al participar con regularidad en los litigios que se sustancian ante la OMC, el Centro obtendrá importantes conocimientos y experiencia en la OMC que los países en desarrollo no podrían adquirir individualmente en forma efectiva en función de los costos. El Centro podría, con el tiempo, proporcionar servicios a los países en desarrollo en forma similar a la manera en que la división de servicios jurídicos de la Comisión Europea asiste a los Estados Miembros de las Comunidades Europeas. Podría desarrollar un reservorio de conocimientos y experiencia en la OMC que los países en desarrollo podrían aprovechar según sus necesidades. Al trabajar con los abogados del Centro en procedimientos ante la OMC, los funcionarios nacionales pueden desarrollar sus propios recursos internos.¹⁷

[El Centro]... ha creado un precedente que les resultará difícil ignorar a otros organismos internacionales. En primer lugar, a diferencia de los fondos fiduciarios creados para la Corte Internacional de Justicia y para el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, así como de otras formas de asistencia jurídica, se concentra en suministrar recursos humanos, no dinero en efectivo, para solventar los costos de litigios. En segundo lugar, es un órgano independiente, externo a la organización y su órgano judicial, lo que fortalece su credibilidad como actor imparcial. En tercer lugar, une a países en desarrollo y países desarrollados en una sociedad, en lugar de que el apoyo financiero del emprendimiento provenga de contribuciones a título gratuito por parte de los países desarrollados. Finalmente, se sostiene parcialmente con los honorarios abonados por los países usuarios, lo cual ayuda a reducir el despilfarro y los juicios innecesarios, y fortalece el compromiso de las partes en el caso.¹⁸

Según todo lo indica, y sobre la base de la creciente demanda de sus servicios, parecería que el Centro está cumpliendo su mandato. Pero se trata de un desafío cotidiano.

¹⁷ Gregory Shaffer y Victor Mosoti, "EC Sardines: A New Model for Collaboration in Dispute Settlement?", *Puentes* (una publicación del Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible), Año 6, número 7, octubre de 2002.

¹⁸ Cesare Romano, "International Justice and Developing Countries: A Qualitative Analysis", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Volumen 1, número 2, agosto de 2002, 565.

MESA REDONDA: DISCUSIÓN SOBRE SERVICIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PROPORCIONADOS A GOBIERNOS POR VARIAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

PARTICIPANTES: LEO PALMA, VALERIE HUGHES Y JAIME GRANADOS

MODERADOR: JAMES WHITELAW

RELATOR: FÉLIX PEÑA

La Sra. Valerie Hughes inicia sus comentarios indicando que las disposiciones sobre trato especial y diferenciado en materia de solución de diferencias en la OMC no son frecuentemente utilizadas. Los países en desarrollo han preferido activar el mecanismo en un plano de igualdad con los países desarrollados, quizás como una manera de mantener la legitimidad de su acción legal. Los problemas centrales que enfrentan los países en desarrollo en esta materia son fundamentalmente dos. El primero está relacionado con la escasez de recursos humanos y financieros necesarios para llevar adelante un litigio. El nivel de especialización legal necesaria para manejar un litigio de esta naturaleza es considerable. Esa especialización no está ampliamente disponible en los países en desarrollo. El segundo tiene que ver con la falta de flexibilidad que existe en el sistema para seleccionar los sectores sobre los cuales se aplican las medidas de retorsión. Hay un intento en Ginebra por revisar algunas de estas reglas. Sin embargo, no hay ninguna intención de re-escribir completamente las reglas del Entendimiento relativo a la Solución de Diferencias.

El Sr. Leo Palma indica que hay varios organismos que brindan asistencia legal a los países en desarrollo que se ven envueltos en litigios comerciales en la OMC. En particular, el Centro Asesor sobre el Derecho de la OMC, establecido en Ginebra, brinda una solución a muchos países en desarrollo en esta materia. El Centro fue creado precisamente en reconocimiento de las limitaciones legales y financieras de los países en desarrollo. El Centro brinda capacitación legal a los países en desarrollo y su clientela se expande a 65 miembros, tanto en desarrollo como menos desarrollados. Como parte de sus funciones el Centro brinda asesoría legal desde el inicio hasta la etapa final de una controversia, brinda cursos sobre solución de controversias en Ginebra y asesora a sus clientes en materia de proyectos de legislación o regulación que puedan tener un impacto sobre sus obligaciones multilaterales. Los costos, como lo explica el Sr. Palma en su capítulo en este libro, son mucho más bajos que los costos que normalmente cobra una firma legal. Actualmente, el Centro asesora a países en 5 disputas en el contexto de la OMC. El Sr. Palma indica que la UNCTAD también brinda asesoría legal especializada a los países en desarrollo.

El Sr. Jaime Granados indica que los países en desarrollo tienen una necesidad urgente de apoyo en el manejo de disputas comerciales ante la OMC. Lo anterior debido a varios factores. En primer lugar, la complejidad y envergadura de los casos. El Derecho de la OMC es complejo y su manejo requiere de una profunda especialización. Igualmente, normalmente los casos tienen implicaciones económicas muy importantes porque se refieren con frecuencia a medidas de política que pueden tener un impacto sobre la actividad de muchos productores, comerciantes e inversionistas. Por ello, no pueden tomarse a la ligera. En segundo lugar, porque es un hecho conocido que los países en desarrollo tienen limitaciones financieras y de recursos humanos para el manejo de un litigio comercial. Los países en desarrollo tienen una serie de dilemas cuando se enfrentan a

la perspectiva de tener que litigar en la OMC. El primero se refiere a la disyuntiva entre hacer el reforzamiento institucional adecuado para encarar el desafío -lo cual no es una tarea ni fácil ni rápida- o bien pagar en el corto plazo varios cientos de miles de dólares a una firma legal en Washington o en Ginebra para que asuma su defensa legal; dinero ese que probablemente hubiera sido suficiente para efectuar un proceso de reforzamiento institucional doméstico. La lección más importante de esto es que los países en desarrollo deben iniciar un proceso de inversión tendiente al desarrollo institucional doméstico que les permita tener la mayor capacidad de autodefensa legal. Así, los recursos se invierten en el país en lugar de tener que transferirlos a poderosas firmas legales extranjeras. El segundo se refiere a la posibilidad de contar con financiamiento y apoyo legal de parte del sector privado afectado por la medida en litigio. Aquí el problema que se presenta es que resulta difícil movilizar el apoyo económico de firmas que muchas veces no perciben claramente los posibles beneficios de la acción legal multilateral (porque las posibilidades de éxito a veces no son muy claras; porque el país en violación podría optar por aceptar una medida de retorsión; porque no hay reconocimiento retroactivo de daños, etc). El Sr. Granados manifiesta que las organizaciones que brindan apoyo a los gobiernos, tales como el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, la UNCTAD y la misma OMC con sus limitaciones, brindan asesoría legal durante las diferentes etapas del litigio. Este rol es muy importante. Organizaciones de esta naturaleza deberían eventualmente establecerse en el Hemisferio Occidental para apoyar a los países en desarrollo de esta región. Sin embargo, debe considerarse la posibilidad de ampliar la asesoría para que contemple otros aspectos más allá del jurídico, tal como asesoría técnica y económica. Actualmente muchos de los casos requieren de mucho análisis económico basado en herramientas analíticas, como los modelos de equilibrio parcial, regresiones, etc. Muchos casos de dumping, subsidios, salvaguardias, etc. se basan en un análisis de causalidad que es difícil de realizar sin recurrir a estas herramientas que, sin embargo, no están a la disposición de los países en desarrollo. Por ello, los servicios deben ampliarse para cubrir estas situaciones. De otra manera, el servicio sería insuficiente. Finalmente el Sr. Granados es de la opinión que la asistencia técnica a los países en desarrollo es un avance, pero debe ser una medida transitoria que apoye a los países en una coyuntura específica. En última instancia, no hay sustituto para el desarrollo de la capacidad legal y técnica propia.

El Sr. Félix Peña, como relator de esta mesa redonda, señala lo siguiente: Desde su creación el sistema de solución de controversias de la OMC ha tenido un significativo desarrollo. Ello puede ser considerado como beneficioso para los intereses de todos los países miembros pero, en particular, para los países en desarrollo. Recurrir al sistema de solución de controversias implica un esfuerzo técnico y financiero que muchas veces está por encima de lo que el gobierno de un país en desarrollo –en particular, los menos desarrollados- puede razonablemente afrontar. No todos los países en desarrollo cuentan con equipos especializados. Incluso se observan en muchos casos, los efectos de discontinuidades en los funcionarios que cubren cuestiones vinculadas a la OMC y a otras negociaciones comerciales internacionales en las que un país participa. Eso es más grave si se tiene en cuenta la complejidad técnica creciente de las cuestiones que se tratan en la OMC y, en general, en las negociaciones comerciales internacionales.

Sólo con una fuerte continuidad de los equipos técnicos nacionales, es posible captar el encadenamiento entre las cuestiones que integran las respectivas agendas negociadoras. Frente a la complejidad de tales agendas y en particular, de la utilización eficiente de los mecanismos de solución de controversias, la tentación puede ser escaparse o sea, salirse del sistema.

Se observa una tendencia también creciente a la coparticipación gobierno-sector privado, a fin de asumir los costos y reunir la capacidad técnica necesaria para encarar con éxito controversias en la OMC. Ello es positivo pues permite a un país utilizar los mecanismos existentes e involucra al sector empresario interesado en la defensa de sus intereses en las instancias internacionales. Incluso tal colaboración puede extenderse a organizaciones no gubernamentales, que pueden efectuar contribuciones técnicas valiosas, dentro de sus ámbitos de competencia.

La existencia de servicios de asesoría legal provistos por el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC e, incluso, la propia OMC y la UNCTAD, es considerado como algo positivo y valioso para los países en desarrollo. Tales servicios son una excelente inversión de construcción institucional. Ellos tienen que ser fortalecidos. Sin perjuicio de su participación en el Centro y de su utilización de los servicios de la OMC y la UNCTAD, los países latinoamericanos podrían considerar tener un servicio de asesoría propio, por ejemplo, en el ámbito de la ALADI. El Banco Interamericano de Desarrollo puede desempeñar un papel importante en este campo. Todo ello permitiría, además, compartir la amplia experiencia que en materia de solución de controversias comerciales internacionales se ha acumulado en algunos países de la región.

EL PROTECCIONISMO AGRÍCOLA Y LAS NEGOCIACIONES MULTILATERALES EN LA OMC

CARLOS PÉREZ DEL CASTILLO

I. ANTECEDENTES

Hasta el lanzamiento de la Ronda Uruguay en 1986, la agricultura había quedado prácticamente al margen de los procesos de liberalización comercial llevados a cabo en el marco del GATT, desde su creación, a través de siete rondas de negociaciones comerciales multilaterales. De esa manera, mientras se logró, en ese periodo, una liberalización muy importante de los aranceles para los productos industriales y de alta tecnología en la economía mundial, y se acordaron reglas y disciplinas con relación a su comercio internacional, paralelamente, se fue testigo de un recrudecimiento del proteccionismo en materia agrícola en los países industrializados y de la introducción de un arsenal de barreras y distorsiones de todo tipo en la producción y el comercio internacional en dicho sector.

La Ronda Uruguay, al adoptar el Acuerdo sobre la Agricultura, dio un paso positivo hacia una mejor integración de este sector en el sistema multilateral de comercio. Como resultado, se logró un primer nivel de acceso a lo que eran hasta entonces mercados muy protegidos. Se definieron y clasificaron los diferentes tipos de ayudas internas a la producción agrícola y se fijaron límites y acordaron ciertas reducciones en plazos determinados. También se fijaron límites y ciertas reducciones con relación a los subsidios a las exportaciones.

Los resultados de la Ronda Uruguay, estuvieron, sin embargo, muy por debajo de las expectativas de los países productores eficientes de productos agrícolas. Al finalizar el período de instrumentación de dichos resultados, en el año 2000, el promedio de protección arancelaria de los productos agropecuarios era doce veces superior al de los productos industriales. Eran comunes los picos arancelarios de 200% y 300% ad valorem, y se registraban aranceles de hasta cerca de 1000 % en arroz en el caso de Japón. Asimismo, persistía un nocivo escalonamiento arancelario que dificultaba el acceso de productos con mayor grado de elaboración.

El apoyo total a la producción en los países de la OCDE se mantuvo también en niveles impresionantes. En el año 2000 se estimaba dicha suma en 360 mil millones de dólares americanos. Es decir en mil millones de dólares norteamericanos diarios. Este monto es superior al total del valor de las exportaciones de todos los países de América Latina y el Caribe; más de cuatro veces superior al total de los flujos de inversión extranjera directa que llegaba a la región, y seis veces el monto total de la Ayuda Oficial para el Desarrollo que reciben anualmente todos los países en desarrollo. En el año 2003, esta cifra había disminuido algo, ubicándose en niveles del orden de los 345 millones de dólares.

Esta situación poco satisfactoria llevó a que al final de la Ronda Uruguay, se acordase como parte del paquete de negociación, que la agricultura sería - junto con los servicios -fruto de nuevas negociaciones a partir de enero del 2000, en lo que se denominó "negociaciones mandatadas".

Dichas negociaciones se reanudaron en la OMC en febrero del 2000. Sin embargo, quedó rápidamente claro que sería muy difícil poder contemplar un proceso ambicioso de liberalización y reforma en el sector agrícola fuera del marco de una nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales con una cobertura y alcance más amplio que el de las negociaciones mandatadas, que cubriera los intereses de todas las partes y en particular de los países desarrollados proteccionistas en agricultura que, políticamente, necesitaban obtener logros en ciertos sectores de interés prioritario para ellos, para poder extender concesiones en materia agrícola. De ahí que los Miembros de la OMC acordaran finalmente aunar esfuerzos hacia el lanzamiento de una nueva ronda, objetivo que se logró en Doha, Qatar en noviembre del 2001 al adoptarse la Declaración Ministerial conocida como el Programa de Desarrollo de Doha.

II. EL MANDATO DE DOHA

En la Declaración Ministerial adoptada por los Ministros en Doha, los gobiernos se comprometen a celebrar negociaciones en agricultura encaminadas a lograr: "mejoras sustanciales del acceso a los mercados; reducciones de todas las formas de subvenciones a la exportación, con miras a su remoción progresiva; y reducciones sustanciales de la ayuda interna causante de distorsión al comercio". Asimismo se convino en que "el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo será parte integrante de todos los elementos de las negociaciones", y que "se tendrán en cuenta las preocupaciones no comerciales conforme a lo previsto en el Acuerdo sobre la Agricultura". Se acordó que las modalidades de reforma deberán estar establecidas no más tarde del 31 de Marzo de 2003, y que las negociaciones se concluirán no más tarde del 1 de enero del 2005.

El balance general de este resultado en materia agrícola puede calificarse de positivo y satisfactorio para los países productores eficientes de productos agrícolas. Es un mandato amplio y ambicioso, que da una clara dirección sobre la reforma fundamental que deberá seguir este sector. Es una buena base para corregir, reducir o eliminar las numerosas restricciones y distorsiones en los mercados agropecuarios mundiales.

III. LOS TRES PILARES DEL PROTECCIONISMO AGRÍCOLA MUNDIAL

A. Competencia de las exportaciones

A efectos de la negociación este tema comprende cuatro cuestiones que deben ser abordadas: subvenciones a la exportación; créditos a la exportación; ayuda alimentaria y empresas comerciales del Estado. También existen propuestas de negociar, bajo este rubro, las restricciones e impuestos a la exportación.

A continuación se hace un breve resumen de los principales elementos y problemas debatidos hasta la fecha con relación a estas negociaciones.

1. Subvenciones a la exportación

Las subvenciones a la exportación son citadas generalmente como las medidas de política agrícola con mayores efectos de distorsión sobre el comercio. Su utilización, concentrada en solo un pequeño número de países desarrollados, reduce y desestabiliza los precios en el mercado internacional, desplaza a los países productores eficientes de sus mercados tradicionales, reduce los ingresos de países productores eficientes que dependen de estos rubros para su crecimiento y desarrollo, y que no tienen recursos para competir con las tesorías de los países desarrollados. Asimismo, estas exportaciones subsidiadas, (que pueden beneficiar a los consumidores urbanos de ciertos países en desarrollo) tienen un efecto desalentador sobre la producción doméstica de los

mismos rubros alimenticios, mismo en casos donde el país goza de un potencial competitivo internacionalmente para producirlos, pero que no pueden competir con esos precios subsidiados.

Solo 25 de los actuales 144 Miembros de la OMC mantienen en sus listas subvenciones a la exportación de productos agropecuarios. Desde principios de los años 90, la utilización de las subvenciones a la exportación se ha ido reduciendo, aunque la efectividad de esta reducción ha sido relativa debido, entre otros, al altísimo nivel de base sobre el cual se calculan y a la reorientación de estas ayudas hacia otros tipos de apoyo distorsionantes en los principales países proteccionistas. En el año 2002, de acuerdo a las notificaciones presentadas a la OMC, se estima que el nivel de subsidios fue de alrededor de los US 6.000 millones. Los principales países que utilizan este mecanismo son la UE (más del 90% del total), Noruega, Suiza, entre otros, y la mayor parte de las subvenciones se concentran en unas pocas categorías de productos. Una estimación realizada por ABARE (Australia), indica que la eliminación de las subvenciones a la exportación permitiría aumentar el ingreso global en unos 3.400 millones de dólares anuales.

No existen razones para seguir aplicando subsidios a las exportaciones en el sector agrícola y su eliminación será una contribución muy importante para reducir los actuales niveles de protección y sus consiguientes efectos distorsionantes en los mercados. El GATT prohibió hace más de cuarenta años las subvenciones a la exportación de productos industriales. El precio y la calidad son los únicos medios leales de competencia de las exportaciones, y el fomento de la exportación mediante precios o condiciones de pago subvencionadas es una práctica desleal. Terminar con estas prácticas contribuiría a incorporar plenamente a la agricultura a las mismas normas y disciplinas que ya tienen los otros bienes transables en la OMC, terminando así con más de 50 años de discriminación en el tratamiento del tema. El propio hecho de que las mismas se hayan reducido en los últimos años presenta argumentos suficientes para que, en el curso de las actuales negociaciones, se acuerde su completa eliminación en un plazo breve.

Sin embargo, y con razón, un grupo de países encabezados por la Unión Europea, considera que este tema está muy vinculado con el tratamiento que se le dé a otras formas de competencia de las exportaciones, que tienen efectos distorsivos similares a las subvenciones a las exportaciones, y que serán examinados a continuación. Debe existir un paralelismo muy estrecho en las obligaciones que se adopten para todos los tipos de subsidios a las exportaciones.

Los subsidios a las exportaciones son perjudiciales tanto para los países desarrollados como para los países en desarrollo. Por otro lado, son muy pocos los países en desarrollo que disponen de presupuestos suficientes como para poder otorgar subsidios a las exportaciones agrícolas.

2. *Créditos a la exportación*

Bajo éste título se incluyen las operaciones de créditos a la exportación, garantías de créditos a la exportación y programas de seguros a la exportación de productos agrícolas que reciban apoyo oficial. No se trata, en las negociaciones actuales, de eliminar los créditos a las exportaciones del comercio agrícola internacional, sino que disciplinar aquellos que tengan apoyo oficial, de manera tal de eliminar los elementos de subvención que los mismos puedan encubrir, ya que su utilización representa, al igual que los subsidios a las exportaciones, una competencia desleal.

Un número de países, en particular desarrollados, utilizan este mecanismo con fines de mejorar su competitividad en la exportación de productos agropecuarios. No se dispone de información oficial en la OMC sobre los niveles totales de exportaciones que se benefician de éste tipo de subvención. Estados Unidos es el país que más ha incurrido en estas prácticas, estimándose que en el año 2001 el monto de créditos a la exportación se situó en unos 3.200 millones de dólares; la última cifra disponible en OCDE para la UE muestra que en 1998 el monto de créditos a la exportación fue del orden de los 1.150 millones de dólares.

La intención de las disciplinas sería asegurar que los créditos a las exportaciones reflejaran prácticas de mercado, evitando cualquier tipo de subsidio. Podrían incorporar términos y condiciones como: plazo máximo de reembolso

de los créditos a la exportación (tanto de capital como de intereses); pagos en efectivo; tasa de interés mínima; participación en el riesgo, etc.

3. *Ayuda alimentaria*

No se trata en estas negociaciones de la OMC de volver a definir el concepto de ayuda alimentaria o de incorporar medidas que pudiesen obstaculizar el suministro de esta ayuda en casos de emergencia o verdadera necesidad, que es reconocido por todos. Se trata más bien, de distinguir la ayuda genuina, del uso de este instrumento para la colocación de excedentes, práctica común actualmente, que ha desplazado de muchos mercados a sus abastecedores tradicionales.

El objetivo sería el de acordar reglas y disciplinas para evitar que la ayuda alimentaria sea utilizada como una forma de eludir subvenciones a la exportación. Entre las diferentes propuestas realizadas se destacan: que la ayuda alimentaria debe ser otorgada en forma de donación únicamente; que no puede ser ayuda "atada" a otras transacciones comerciales; y que debería ser otorgada sobre la base de solicitudes de los organismos internacionales pertinentes. A tales efectos, es necesario fortalecer en la OMC la transparencia y el sistema de notificaciones con relación a la ayuda alimentaria. La ayuda que no respondiera a las disciplinas acordadas debería ser considerada como un subsidio a la exportación y tratada de conformidad.

4. *Empresas Comerciales del Estado*

La inclusión de este tema de las empresas comerciales de estado - tanto exportadoras como importadoras - bajo el rubro de competencia de las exportaciones, se debe a que, fruto de su carácter monopolístico o de los derechos y privilegios exclusivos que se le otorgan a estas empresas, sus operaciones pueden distorsionar el comercio. Como el objetivo de estas negociaciones es la eliminación de toda forma de subvención, es necesario acordar disciplinas y prescripciones de notificación específicas que garanticen que no se las utilizará para eludir compromisos en materia de subvenciones a la exportación.

B. Acceso a los mercados

El objetivo central de estas negociaciones es el de lograr mejoras sustanciales en el acceso a los mercados para los productos agrícolas. A tales efectos, la elaboración de posibles modalidades en esta área comprende orientar las negociaciones hacia, por lo menos, cuatro asuntos fundamentales : aranceles; contingentes arancelarios; administración de los contingentes arancelarios y medidas de salvaguardia especial.

1. *Aranceles*

Bajo éste acápite hay que considerar una serie de asuntos. Primero, la estructura de los aranceles : si son ad valorem, específicos o mixtos y como se los va a tratar . Segundo, si se va a negociar a partir de los aranceles consolidados en la OMC o los actualmente aplicados por los Miembros. Tercero, si se va a utilizar una metodología de reducción de los aranceles a través de una fórmula - y que tipo de fórmula - o de otro mecanismo como podría ser un sistema de peticiones y ofertas o iniciativas sectoriales de tipo 0x0, o una combinación de estos procedimientos. Cuarto, asegurarse que cualquier enfoque abarque plenamente la reducción de los picos arancelarios y la progresividad o escalonamiento arancelario, imperiosa necesidad a la luz de los resultados asimétricos de la Ronda Uruguay.

Existen variadas posiciones con relación a todos estos temas. Simplificando, en general, la idea de trabajar sobre la base de aranceles consolidados ha sido prácticamente aceptada. Lo que queda por resolverse es el tipo de fórmula que deberá aplicarse. Hay países que siguen favoreciendo que las futuras reducciones arancelarias deberían continuar basándose sobre la fórmula de la Ronda Uruguay (reducciones lineales con un mínimo por línea), mientras que otros favorecen otro tipo de fórmula ("formula suiza" o un "cocktail" de

varias formulas), ya que la formula de la Ronda Uruguay no es la adecuada para tratar los problemas de los picos o del escalonamiento arancelario. El texto que surgió de Cancún (conocido como texto Derbez), propone una fórmula híbrida donde se mantienen las dos opciones, aunque dejando una alta dosis de discrecionalidad en cuanto a que productos serán objeto de reducciones de acuerdo a las dos fórmulas. Algunos países en desarrollo, beneficiarios de preferencias arancelarias en determinados mercados, abogaron por el mantenimiento de éstos márgenes de preferencia en cualquier metodología general que se acuerde para una reducción arancelaria. Asimismo se propusieron un numero de sugerencias con relación al trato especial y diferenciado para países en desarrollo, incluyendo formulas diferentes de reducción arancelaria, plazos más largos para la instrumentación de las disposiciones acordadas y reducciones menores que las de los países desarrollados.

2. *Contingentes Arancelarios*

El objetivo de largo plazo en materia de acceso a mercado es llegar a un régimen de protección exclusivamente arancelario con la eliminación progresiva de los contingentes arancelarios. Sin embargo, en el corto y mediano plazo se hace indispensable para acceder efectivamente a los mercados y contemplar el mandato de Doha, complementar, para los productos más sensibles, las reducciones arancelarias generales con un aumento significativo de dichos contingentes. Esta será pues una tarea importante que habrá que definir en estas negociaciones.

El aumento de los contingentes arancelarios puede basarse en un cierto porcentaje anual sobre los niveles consolidados en la Ronda Uruguay o en algún otro indicador, como podría ser la determinación de un cierto nivel del consumo actual del producto, o un aumento por un porcentaje del consumo. Estos aumentos deben ser acordados individualmente por producto y no por grupo de productos. Se podrían eliminar los aranceles dentro de estos contingentes o aplicarles las mismas reducciones acordadas en la formula general para los aranceles fuera de estas cuotas.

3. *Administración de los contingentes arancelarios*

Existe un acuerdo en la necesidad de que en estas negociaciones se introduzcan reglas y disciplinas para asegurar mayor transparencia y efectividad en la utilización de los contingentes arancelarios. La administración de las cuotas debería estar orientada a facilitar el acceso a los mercados y no a restringirlo como ha sido la experiencia en numerosos casos.

Hasta la fecha se han utilizado una variedad de métodos para la administración de las cuotas (subasta; "*first come, first served*"; flujos tradicionales, etc), y todos tienen sus ventajas y desventajas. Se ha comprobado que el método de administración no está directamente relacionado con el porcentaje de uso de dichas cuotas. A su vez, el hecho de que las cuotas se utilicen en su totalidad, no significa que estén correctamente administradas. Por todo ello, se debería ser flexible sobre el método a utilizar siempre y cuando se cumplan principios y reglas que deberían acordarse en estas negociaciones, y que deberían garantizar que todos los abastecedores compitan en condiciones similares.

4. *Salvaguardia Especial*

La salvaguardia especial reflejada en el Artículo 5 del Acuerdo sobre la Agricultura, fue introducida, como una medida transitoria vinculada a aquellos países que habían adherido al proceso de "arancelización" durante la Ronda Uruguay. La misma habilita a dichos países a limitar las importaciones de productos específicos, mediante la imposición de aranceles adicionales ante un aumento de las importaciones o una caída en los precios, sin la necesidad de probar daño. Muchos países consideran que al haberse culminado el periodo de instrumentación de los compromisos acordados durante dicha Ronda, estas medidas deberían ser eliminadas. Otros, y en particular los países desarrollados proteccionistas de su agricultura, proponen continuar con este mecanismo y argumentan que el proceso de reforma continúa y que esta nueva ronda de negociaciones es

una prueba de ello. Las negociaciones, aunque lejos de haberse definido sobre la materia, parecerían orientarse al mantenimiento de la salvaguardia especial solo para países en desarrollo, pero sobre la base de criterios muy concretos que requieren definición.

C. Ayuda interna

Las disciplinas que regulan la ayuda interna, acordadas en la Ronda Uruguay, establecían una distinción entre las formas de ayuda interna con efectos de distorsión de la producción y el comercio agrícola (cajas ámbar y azul) y las formas de ayuda con efectos nulos o mínimos de distorsión (caja verde). La caja ámbar, cuantificada en la Medida Global de Ayuda (MGA), fue la única sobre la que se acordaron reducciones (20 % en 5 años) durante dicha ronda. La caja azul, al cubrir apoyos realizados en el marco de programas de limitación de la producción, no quedaron sujetos al compromiso de reducción de la ayuda interna. La caja verde quedó también eximida de reducciones.

CUADRO 1
CAJA ÁMBAR
Miles de millones de dólares americanos

MIEMBRO	GASTOS NOTIFICADOS EN MGA	MGA CONSOLIDADO A FINES DE 2001	Resultados basados en los números sugeridos en este documento		
			ORDEN DE MAGNITUD DE LAS REDUCCIONES DEL MGA CONSOLIDADO (1)	PERÍODO DE 5 AÑOS (2)	PERIODO ADICIONAL DE 5 AÑOS (3)
UNIÓN EUROPEA	51	72	60%	28,8	- 5,76 por año
			70%	21,6	- 4,32 por año
EE.UU.	17	19	60%	7,6	- 1,52 por año
			70%	5,7	- 1,14 por año
JAPÓN	6,6	37,1	60%	14,84	- 0,59 por año
			70%	11,13	0,44 por año
NORUEGA	1,21	1,3	60%	0,52	- 0,10 por año
			70%	0,39	- 0,078 por año
SUIZA	2,2	2,5	60%	1	- 0,2 por año
			70%	0,75	- 0,15 por año

(1) Reducción del 60% y 70%.

(2) Período de cinco (5) años.

(3) Período adicional de cinco (5) años.

CUADRO 2
CAJA AZUL
Miles de millones de dólares americanos

MIEMBRO	GASTOS DE APOYO NOTIFICADOS (1)	VALOR TOTAL DE LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA	Resultados basados en los números sugeridos en este documento	
			LIMITE DEL 5% (DE LOS PRIMEROS CINCO (5) AÑOS DEL PERÍODO DE IMPLEMENTACIÓN) (2)	LIMITE DEL 2,5% (POR UN PERÍODO ADICIONAL DE CINCO (5) AÑOS (3))
UNIÓN EUROPEA	22	257	12,85	6,42
EE.UU.	0	184,7	9,23	4,61
JAPÓN	0,8	84,43	4,22	2,11
NORUEGA	0,8	1,9	0,095	0,0475
SUIZA	-----	,9	0,245	0,12
COREA	-----	27,9	1,39	0,69

(1) Apoyos reales a la Caja Azul en ausencia de compromisos consolidados.

(2) Período de cinco (5) años.

(3) Período adicional de cinco (5) años.

Como ya se señaló, las reducciones acordadas en la Ronda Uruguay fueron muy modestas. La OCDE ha confirmado que la ayuda a los agricultores en los países industrializados ha vuelto a alcanzar los elevados niveles que prevalecían antes de finalizar la Ronda Uruguay.

Esa ayuda, proporcionada principalmente por algunos países desarrollados ricos, estimula la producción ineficiente que compite en forma desleal con la de productores de otros países productores eficientes, en particular la de países en desarrollo, y distorsiona gravemente al comercio agrícola mundial.

Como se indica en los cuadros del Anexo, los niveles consolidados en la OMC para la caja ámbar, o AMS, eran al final de la instrumentación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay del orden de los 72 mil millones de dólares para la Unión Europea, 37 mil para Japón y 19 mil para los EEUU. La caja azul, si bien no tiene límites establecidos, fue utilizada sobretudo por la U.E. (22 mil millones de dólares) y Japón y Noruega. El apoyo a través del "*de minimis*". Fue utilizado principalmente por los EEUU (7.5 mil millones de dólares). Lo mismo con la caja verde, donde los apoyos por parte de los EEUU alcanzaron los 50 mil millones de dólares, contra solo 20 mil por parte de la U.E. y 24 mil por parte de Japón.

CUADRO 3
DE MINIMIS - PRODUCTOS ESPECÍFICOS
Miles de millones de dólares americanos

MIEMBRO	GASTOS DE APOYO NOTIFICADOS	VALOR TOTAL DE LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA	Resultados basados en los números sugeridos en este documento	
			Niveles de apoyos consolidados al final del período de implementación de DOHA (*)	
UNIÓN EUROPEA	0.3	257	12,85	6
EE.UU.	7.4	184.7	9,2	5
JAPÓN	2,4	84,43	4.2	2,1
NORUEGA	0,003	1,9	0,095	0,04
SUIZA	-----	4,9	0,024	0,12
COREA	-----	27,9	-----	-----

(*) Reducción del 50%

CUADRO 4
APOYO DOMÉSTICO TOTAL
MGA + CAJA AZUL + DE MINIMIS
Miles de millones de dólares americanos

MIEMBRO	Resultados basados en los números sugeridos en este documento				GASTOS ACTUALES	NIVELES DE APOYOS CONSOLIDADOS AL FINAL DEL PERÍODO DE LA IMPLEMENTACION DE LA RONDA URUGUAY
	DE MINIMIS	CAJA AZUL	CAJA AMBER MGA	Niveles de apoyo totales consolidados al final del período propuesto de implementación de DOHA		
UNIÓN EUROPEA	6	6	28.8	40.8	73.3	106.0
			(1)			
			21.6 (2)			
			0 (3)			
EE.UU.	5	4.6	7.6 (1)	17.2	24.4	29.0
			5.7 (2)			
			0 (3)			
JAPÓN	2,1	2,11				

(1) Reducción del 60%

(2) Reducción del 70%

(3) En una fase adicional, el nivel consolidado de MGA sería objeto de una reducción lineal por un período adicional de cinco (5) años, con miras a su eliminación.

CAJA VERDE: De acuerdo al texto Derbez, los criterios de apoyo para la Caja Verde, serán objeto de negociación. Las últimas cifras notificadas fueron para la Unión Europea de 18.2 miles de millones de dólares americanos y para los Estados Unidos de América, 49.8 miles de millones de dólares respectivamente.

Si bien sería utópico pensar que las negociaciones van a terminar con todos los tipos de apoyo gubernamental a la producción agrícola en los países desarrollados, el objetivo de las mismas es obtener reducciones importantes de la ayuda interna en general, y en particular la eliminación de aquellas formas de apoyo con efectos de distorsión del comercio y la producción. Las negociaciones reconocen la importancia de incorporar disposiciones concretas en materia de trato especial y diferenciado para países en desarrollo, en particular los menos adelantados y los países importadores netos de alimentos. Estas disposiciones deberían permitir que dichos países, atiendan sus legítimas necesidades, incluido el desarrollo agrícola y rural, la seguridad alimentaria, la agricultura de subsistencia y la agricultura a pequeña escala para el fomento de la producción nacional de alimentos.

IV. SITUACIÓN Y PERSPECTIVAS DE LAS NEGOCIACIONES EN CURSO

El primer sentimiento que uno debe expresar frente a la evolución que tuvieron las negociaciones agrícolas desde la aprobación de la Declaración de Doha hasta la reunión Ministerial de Cancún, no puede ser otro que el de una enorme decepción.

La agricultura, como ya se señaló, fue desde el inicio, y seguirá siendo, el tema central de esta nueva ronda de negociaciones. La falta de resultados en este campo trae irremediamente aparejado una parálisis en todos los otros frentes de negociación.

Después de Doha, las negociaciones agrícolas se vieron seriamente demoradas por la ausencia de una propuesta concreta de negociación por parte de la Unión Europea. Otros países presentaron sus posiciones y las mismas fueron objeto de discusiones preliminares, pero debe reconocerse que el desconocimiento de la posición de un socio del peso e importancia en materia agrícola como la U.E. no permitió mayores avances. Cuando finalmente la U.E. presentó su propuesta de negociación, sus claras limitaciones y bajo nivel de ambición así como su inconsistencia con el mandato acordado en Doha, no contribuyeron a cambiar en nada el proceso. La aprobación por parte del Congreso de los EEUU de su nueva ley agrícola (*Farm Bill*), con disposiciones proteccionistas que iban en la dirección opuesta de lo que se pretendía lograr en esta ronda en materia de liberalización del comercio y reforma fundamental de la agricultura, debe ser considerado también como un elemento muy negativo, que incidió sobre el ritmo de las negociaciones.

En consecuencia, no se pudo cumplir con el plazo que habían fijado los Ministros en Doha (Marzo del 2003), de definir las modalidades de negociación en materia agrícola. Esto fue una fuente adicional de decepción y frustración, en particular por parte de los países en desarrollo.

El Presidente del grupo de negociación agrícola, presentó un documento, bajo su propia responsabilidad, donde se pronunciaba sobre posibles modalidades, en lo que podría interpretarse como un posible compromiso de las posiciones que se habían esgrimido hasta la fecha. Pese a las críticas que recibió de todas las partes, (y en direcciones opuestas) debe considerarse como un intento serio de desbloquear el proceso y de poner sobre la mesa lo que podrían constituir posibles bases para continuar la negociación. En ese sentido, y pese a las claras diferencias con partes del contenido del texto, el mismo fue aceptado como base de futuras negociaciones por un grupo importante de países, incluyendo los EEUU, los países del Grupo Cairns y la gran mayoría de países en desarrollo. El rechazo por parte de la UE, Japón, Suiza, Corea y algunos otros de aceptarlo como base ni siquiera de discusión volvió a paralizar el proceso.

Fue recién a escasas cuatro semanas de la Conferencia Ministerial de Cancún donde las cosas empezaron a moverse a raíz de la presentación de la propuesta conjunta de negociación agrícola por parte de la U.E. y EEUU. Debe destacarse que dicha propuesta había sido solicitada por los Miembros de la OMC, en el entendido que partiendo de posiciones opuestas, ese compromiso entre los dos grandes podría ser orientador de un posible camino de solución. Si bien el documento presentado distó mucho de suscitar el apoyo de la membresía, sino todo lo contrario, fue sin duda un elemento catalizador importante para volverle a dar una cierta dinámica al proceso de negociación. El mismo motivó de inmediato la presentación por parte de un número importante de países y grupos de países (Grupo de los 20 y de los 10, entre otros), de propuestas alternativas, que si bien preservaban la estructura y carácter de "marco" (a diferencia de modalidades) de negociación del documento

conjunto, en lo sustantivo, introducían una serie de nuevos elementos de negociación acordes con sus objetivos e intereses. El tiempo, sin embargo, no fue suficiente para poder acordar un texto que recogiera el consenso de todos los Miembros.

Ante esa situación, el que suscribe, en su carácter de Presidente del Consejo General de la OMC, presentó a la Conferencia de Cancún, un proyecto de Declaración Ministerial, que abarcaba propuestas de textos, para la consideración de los Ministros, sobre las 28 áreas de negociación que se venían negociando, desde Doha hasta la fecha. El mismo fue presentado bajo su propia responsabilidad, ya que pese a la convergencia de posiciones logradas en muchas de las partes del texto, se mantenían profundas diferencias en temas claves, como en el de la agricultura.

En Cancún la Presidencia de la Conferencia, fue ejercida por el país anfitrión: México, en la persona de su Canciller, Luis Ernesto Derbez. Luego de intensos debates, el Presidente presentó un texto revisado para la aprobación de los Ministros (conocido como texto Derbez). Como es de todos conocido, la Conferencia fracasó, y al final de la misma, los Ministros decidieron solicitarle al Presidente del Consejo General que siguiera trabajando y coordinando las cuestiones pendientes, de manera tal de poder convocar una reunión del Consejo General a nivel de altos funcionarios, no más tarde del 15 de diciembre del 2003, a fin de tomar las disposiciones necesarias que permitan avanzar una conclusión exitosa y oportuna de las negociaciones.

Durante las ocho semanas que siguieron la Conferencia de Cancún, se llevaron a cabo, bajo la conducción del Presidente del Consejo General dos rondas de consultas intensivas sobre los cuatro temas clave pendientes, a saber: agricultura, algodón, acceso a los mercados para los productos no agrícolas y los temas de Singapur (facilitación del comercio, transparencia en las compras gubernamentales, políticas de competencia e inversiones). Resumiendo, diría que esas consultas fueron muy positivas y demostraron la voluntad y compromiso por parte de todos los Miembros con el sistema multilateral de comercio. Se percibió una clara intención de volver a sentarse alrededor de la mesa a negociar e intentar de poner de nuevo en marcha el proceso de negociación que había descarrilado en Cancún.

En los cuatro temas abordados se desplegaron grandes esfuerzos. Se mantuvieron intercambios interactivos sobre los principales problemas sustantivos con el número más alto posible de países, en aras del compromiso que habíamos asumido sobre la transparencia y la no exclusión del proceso. Se aclararon aspectos importantes de la negociación y se realizaron progresos en varias áreas. Sin embargo, no se registraron avances importantes en la búsqueda de terrenos comunes que contemplaran los intereses de todos. No existió, de parte alguna, esa voluntad de dar el primer paso que permitiera la convergencia de posiciones. Siguen registrándose brechas amplias no solamente entre las posiciones, sino también, entre las declaraciones generalizadas de compromiso y flexibilidad por un lado, y la expresión de esas declaraciones en posiciones de negociación, hecho que debe ser motivo de preocupación.

Sin embargo, y tal como lo manifesté en la Declaración que efectué frente al Consejo General el 15 de diciembre del 2003 (ver JOB(03)226), a través de estas consultas hemos identificado las cuestiones claves a las cuales deberemos otorgarles, desde ahora, la más alta prioridad. Hemos llegado a un punto en que dichas cuestiones están mucho más claras y las posibles soluciones también empiezan a ser visibles. Para captar esas soluciones será necesario negociaciones intensivas respaldadas por el liderazgo, la determinación y voluntad política de llegar a las necesarias avenencias.

En momentos de escribir estas líneas (principios de mayo del 2004), está claro - a pesar de que no se ha producido todavía un pronunciamiento oficial por parte de la OMC sobre la materia - de que será imposible concluir esta ronda de negociaciones a fines del presente año, tal como acordado por los Ministros en Doha. Sin embargo, siempre pensamos y lo sostenemos hoy, que el 2004, pese a una serie de dificultades (elecciones en los EEUU, ampliación de la UE, etc), puede y debe ser un año de realizaciones, si queremos preservar el contenido, la dirección y el nivel de ambición del mandato de Doha. A tales efectos debemos aunar esfuerzos para lograr resultados positivos para fines de Julio. A nuestro juicio, es posible acordar para esa fecha acuerdos marcos sobre agricultura y acceso a los mercados para productos no agrícolas. Es también muy importante darle una respuesta positiva a la iniciativa sobre el algodón, y definir un sentido colectivo del camino a seguir.

Será importante acordar el inicio de negociaciones en por lo menos uno de los temas de Singapur, a saber: facilitación del comercio, ya que aún persisten problemas con la extensión de dichas negociaciones a la transparencia en las compras gubernamentales.

En lo que se refiere específicamente a la agricultura, pienso que las consultas realizadas después de Cancún han sido muy útiles y que lo que expresé en la reunión del Consejo del 15 de Diciembre y que cito a continuación, siguen siendo pertinentes:

"Las cuestiones específicas identificadas se refieren a los tres pilares y deberían abordarse de manera paralela.

Con respecto a la **ayuda interna** existe el reconocimiento de que una de las finalidades de las negociaciones multilaterales debería ser dar apoyo e incentivos a la expansión de las reformas internas que lleven de las formas de ayuda más distorsionantes a otras que causen menos distorsión y tengan como resultado niveles inferiores de ayuda global. De ello se deduce por lo tanto, que al reexaminar el texto Derbez, y en armonía con el mandato establecido en Doha, las mayores reducciones deberían centrarse en las medidas que causan mas distorsión. Como consecuencia de ello, mi sugerencia sería que nos propusiéramos reducciones muy sustanciales de la MGA Total, o incluso que contempláramos su total remoción progresiva a lo largo de un período que ha de negociarse. El compartimento azul, actualmente ilimitado, debería quedar sujeto a un tope en un nivel que ha de negociarse, y podría después ser objeto de compromisos de reducción. Con respecto al compartimento verde, mi lectura de las consultas es que el actual texto Derbez es razonable y debería mantenerse como está, en esta etapa marco de las negociaciones.

En cuanto al **acceso a los mercados**, parece estar ahora ganando terreno el concepto de un enfoque que sea común a los países desarrollados y los países en desarrollo, reconociendo al mismo tiempo, desde luego, que la fórmula tendría que incorporar una clara diferenciación a través del trato especial y diferenciado a fin de atender las necesidades de los países en desarrollo, en materia de desarrollo, seguridad alimentaria y/o seguridad de los medios de subsistencia. La fórmula mixta sugerida en el texto Derbez ha sido tema de preocupaciones expresadas por cierto número de países en desarrollo y obviamente es necesario seguir trabajando con respecto a esa u otras fórmulas, con objeto de garantizar que todos los Miembros tengan que compartir la carga de las reducciones arancelarias pero que no se pida a los países en desarrollo que asuman una parte desproporcionada. A condición de que hagamos progresos con relación a los otros dos pilares, abrigo esperanzas de que también se encuentre un terreno común en lo relativo al acceso a los mercados.

Por lo que se refiere a la **competencia de las exportaciones**, mi lectura de la situación es que existe una aceptación general de que los compromisos relativos a las reducciones o la eliminación sean aplicables a todas las formas de competencia desleal de las exportaciones, y el texto Derbez parece ser una base aceptable para llegar en su momento a un acuerdo, en la etapa marco. La cuestión clave que sigue pendiente es la fecha final para la remoción progresiva de las subvenciones a la exportación para todos los productos agropecuarios, a la que se refiere el párrafo 3.6 del texto Derbez. Lo he dicho antes y lo repito hoy: estimo que este compromiso de eliminación de todas las formas de subvenciones a la exportación es indispensable para que estas negociaciones sean un éxito, si bien soy consciente de las dificultades que pueden tener actualmente algunos Miembros para asumir compromisos definitivos a tal efecto". (fin de la cita).

Las reuniones que se han llevado a cabo desde esa fecha en Ginebra, así como un número de iniciativas tomadas por Robert Zoellick del USTR a principios del año, y más recientemente El Comisionado Pascal Lamy, así como las de otros Ministros de países en desarrollo, apuntan en la misma dirección y le dan mayor peso y credibilidad a las sugerencias realizadas el 15 de diciembre. Pienso que se han dado pasos muy importantes en cuanto a la eliminación de todas las formas de subsidios a las exportaciones. De la misma manera, se percibe una mayor voluntad de hacer reducciones significativas en los apoyos internos más distorsionantes de la producción y el comercio. El asunto más difícil sigue siendo el de el acceso a los mercados, pero se han visto acercamientos interesantes entre grupos de países (Cairns –G 20), y parecería existir mayor disposición por parte de los países industrializados de explorar alternativas viables a la formula híbrida contemplada en el texto de Derbez. Debemos seguir perseverando en esa dirección y aprovechar al máximo las próximas semanas para poder hacer nuevos progresos.

Para finalizar, y a título meramente ilustrativo de la magnitud que podría tener esta nueva ronda de negociaciones agrícolas sobre la reforma fundamental de la agricultura que venimos persiguiendo desde hace más de cincuenta años, hemos preparado unos cuadros que se anexan a este trabajo y que permiten visualizar los esfuerzos de reducción que deberían instrumentar ciertos países seleccionados en sus políticas de **apoyos internos**, si se acuerdan determinados parámetros. Esto permitirá al lector hacer sus propios cálculos sobre la base de diferentes niveles de reducciones finalmente negociados.

Damos por sentado que el objetivo de la eliminación total de los subsidios a las exportaciones es una meta realista para estas negociaciones sobre la que deberemos seguir insistiendo, aunque deberán definirse los plazos en función de las sensibilidades de los distintos productos. En materia de acceso a los mercados es prematuro aún dar ejemplos sobre el tipo de fórmula de reducción o aumento posible de los contingentes para el logro del objetivo acordado en Doha de: aumentos sustanciales en las condiciones de acceso a los mercados.

De conformidad a lo sugerido en mi declaración del 15 de diciembre, y nuevamente, se recalca, a sólo título de ejemplo, se visualiza una negociación con reducciones del 60% y 70% del MGA en cinco años, seguido de la posibilidad de su total eliminación en otros cinco años. Con relación a la caja azul se prevé una reducción de los apoyos en los primeros cinco, a un monto equivalente al 5% del valor de la producción agrícola total del país, seguido de una reducción adicional al 2.5% de dicho valor en los siguientes cinco años. Con relación al *de minimis* se prevé una reducción del 50% para los países desarrollados. Como podrá observarse en el cuadro recapitulativo final, ese tipo de negociación podría hacer disminuir, en el caso de la U.E., los apoyos internos consolidados actualmente en la OMC, de un valor de 106 mil millones de dólares a 40.8 mil millones, en el escenario menos ambicioso, y a solo 12 mil millones, en el escenario más ambicioso. En el caso de los Estados Unidos, las cifras representarían una reducción de los valores consolidados actualmente de 29 mil millones, a 17 mil millones o 10 mil millones respectivamente.

EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC EN PERSPECTIVA: ¿CÓMO HACER FRENTE A LOS SUBSIDIOS A LA AGRICULTURA QUE DISTORSIONAN EL COMERCIO?¹

MARCOS JANK, LEANDRO ARAÚJO Y JOSÉ DÍAZ

I. INTRODUCCIÓN

La liberalización ha sido el motor del sistema multilateral de comercio. Desde 1947, las negociaciones sobre el comercio internacional dentro del ámbito del GATT han dado lugar a una serie de normas que regulan el proceso de reducción de las barreras al comercio. El mecanismo de solución de diferencias existente ha sido negociado e implementado con vistas a una aplicación efectiva de las normas y a conferir una mayor previsibilidad al sistema.

En un comienzo, los productos industriales constituyeron el objetivo principal de dichas normas. De hecho, la inclusión de las normas del comercio agropecuario había sido uno de los temas más difíciles, habida cuenta de lo sensible que es este sector para la mayoría de los países desarrollados. Es así que las restricciones cuantitativas y los compromisos respecto de subsidios a la exportación no fueron aplicables a los productos agropecuarios sino hasta 1995, cuando se aprobó el Acuerdo sobre la Agricultura de la Ronda Uruguay (AARU). El AARU fue el primer conjunto de normas multilaterales que regulaban simultáneamente el acceso al mercado, la ayuda interna y los subsidios a la exportación aplicables a los productos agropecuarios.

Dichas normas diferían de las que se aplicaban a los productos industriales, básicamente en lo atinente al tratamiento diferente que se hacía de las restricciones cuantitativas, la ayuda interna y los subsidios a la exportación. Otra marcada diferencia resultaba de los límites impuestos a la posibilidad de impugnar programas que infringieran dichas normas ante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

En el presente trabajo se analizará la importancia del mecanismo de solución de diferencias de la OMC dentro del marco de las normas vigentes respecto de la agricultura. Dicho análisis cubrirá los siguientes aspectos: (i) el funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC; (ii) el sistema de solución de diferencias y la liberalización de la agricultura; (iii) las normas agropecuarias y la disposición de la Cláusula de Paz; (iv) las posibles consecuencias para el sistema multilateral de comercio de la interpretación realizada por el Grupo Especial respecto de las normas sobre subsidios a la agricultura en el asunto *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267).

¹ Los autores agradecen a los señores Mário Jales y André Nassar por la redacción de la Sección VI.B sobre los programas para el algodón en los Estados Unidos y al señor Renato Gomes por sus valiosos aportes en forma de comentarios y revisiones.

II. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

La OMC entró en funcionamiento en 1995 y definió un nuevo orden mundial en el comercio. El Acuerdo de Marrakech y sus anexos –negociados durante la Ronda Uruguay (1986-1994)– crearon la OMC y regularon diversos asuntos relacionados con el comercio con una profundidad nunca vista. Desde entonces, tópicos tales como la propiedad intelectual, los servicios, las medidas sobre inversión, los productos textiles y de vestido, las barreras técnicas al comercio, las medidas sanitarias y fitosanitarias e incluso la agricultura (acceso a los mercados y subsidios) han sido objeto de un conjunto de normas multilaterales orientadas hacia la liberalización del comercio a través de la eliminación de las distorsiones resultantes de las iniciativas proteccionistas.

Cada uno de estos tópicos revestía un particular interés para los países desarrollados, en desarrollo y menos adelantados presentes en las negociaciones. También existían, obviamente, discrepancias respecto de la interpretación e implementación de las normas. Para poder zanjarlas, las negociaciones de la Ronda Uruguay también incluyeron la creación de un mecanismo de solución de diferencias, confiriéndole exigibilidad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Es evidente que, al momento de negociar las normas que regularían el mecanismo de la OMC, los Miembros tuvieron muy en cuenta las experiencias con el mecanismo vigente durante el período del GATT.

En la era del GATT, el sistema se regía por el principio del consenso. Consiguientemente, ambas partes litigantes podían impedir la iniciación de los procesos o la implementación o adopción de la decisión. Las dificultades para la solución de diferencias comerciales despertaron dudas respecto de la efectividad de los procedimientos. Según Ernst-Ulrich Petersmann:

"Durante sus primeros treinta y cinco años, desde 1948 hasta 1983, la Secretaría del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) no contaba con una División de Asuntos Jurídicos y se ufanaba de su pragmatismo y de su abstinencia del legalismo. Pero las normas no se aplican por sí solas".²

El Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech, "Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias" (ESD), en su artículo 2.1, reformó el mecanismo multilateral de solución de diferencias y creó el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), a cargo de administrar: (i) las normas y procedimientos del ESD, y (ii) las disposiciones en materia de consulta y solución de diferencias de los acuerdos abarcados.³ Bernard M. Hoekman y Michel M. Kostecki destacan algunos adelantos del mecanismo de la OMC en los siguientes términos:

"Con respecto al GATT, la solución de diferencias en la OMC se vio fortalecida al eliminarse la posibilidad de impedir la conformación de un grupo especial o la adopción de los informes de dicho grupo, introducir plazos para las distintas etapas de los procedimientos de los grupos especiales, establecer el mandato común para dichos grupos y disponer la creación de un proceso de apelación, una vigilancia mejorada de la aplicación de los informes de los grupos especiales y la automatización de la aprobación de retorsión en casos de incumplimiento de las recomendaciones del grupo especial. En la OMC, la adopción de los informes de los grupos especiales sólo puede impedirse por medio de un 'consenso negativo', es decir, que todos los Miembros de la OMC estén de acuerdo en que el informe del grupo especial está profundamente viciado, lo cual es altamente improbable. Para contrarrestar la eliminación de la opción de bloqueo de la parte perdedora, los negociadores de la Ronda Uruguay crearon un nuevo Órgano de Apelación permanente.

² Petersmann, Ernst-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. Londres: Kluwer Law International, 1997. Pág. xiii.

³ El OSD también "estará facultado para establecer grupos especiales, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano 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 [...]". Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Artículo 2.1. (World Trade Organization. *The Legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999).

Se puede recurrir ante esta entidad para que considere la impugnación de la interpretación jurídica producida por el grupo especial".⁴

Hay dos características que permitieron que el OSD se convirtiera en un elemento central para garantizar cierta estabilidad y previsibilidad en el sistema multilateral de comercio: (i) se revirtió completamente la regla sobre el consenso de manera tal que la iniciación de un procedimiento o la adopción de un informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación siempre fuesen aprobadas excepto cuando todos los Miembros acuerden no iniciar el procedimiento o aprobar la adopción del informe pertinente del grupo especial o del Órgano de Apelación (consenso inverso), y (ii) se estableció la jurisdicción automática de acuerdo con las disposiciones relacionadas con el mandato. Es así que el papel del OSD está estrechamente ligado con los principios básicos de la OMC al conferir confianza, previsibilidad y paz al sistema mundial de comercio. Esto es lo que el profesor Celso Lafer describe como la "densificación de la legalidad".⁵

El OSD desempeña un papel importante en el sistema mundial de comercio al hacer cumplir las normas de liberalización que son infringidas por los Miembros o al definir la interpretación correcta de las diferentes posibilidades existentes respecto de dichas normas.⁶ Esto significa que la liberalización del comercio y sus beneficios están directamente conectados con el adecuado funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias, de modo tal que si éste no funciona correctamente, todo el sistema puede verse afectado.

Los beneficios de la liberalización del comercio han sido objeto de numerosos debates, llevando incluso, en ocasiones, al enfrentamiento entre los Miembros. Como ya se dijo anteriormente, la agricultura constituye una de las áreas más difíciles del foro de la OMC. El surgimiento de diversas coaliciones agrícolas es un ejemplo cabal de los diversos intereses críticos que se ponen en juego en esas negociaciones y de la importancia que les asignan los diferentes países. Las normas del AARU han establecido tres importantes pilares: el acceso a los mercados, la ayuda interna y la competencia de las exportaciones.

III. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS Y LA LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO AGROPECUARIO

Desde la creación del GATT en 1947, los países en desarrollo han procurado la liberalización del comercio agropecuario como el principal objetivo de las rondas multilaterales de negociación comercial. Sin embargo, los intereses proteccionistas han forzado la aceptación del uso de los subsidios a la exportación y de las restricciones cuantitativas respecto de la producción agropecuaria. Dichos subsidios y restricciones han creado distorsiones en el comercio mundial, entre las que podemos mencionar la contención de la subida de los precios, la pérdida de la participación en el mercado y la desviación de flujos comerciales.

⁴ Hoekman, Bernard y Kostecki, Michel. *The Political Economy of the World Trading System*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2001, págs. 77-78.

⁵ Según el profesor Celso Lafer, "O 'adensamento de juridicidade' contido no ESC constitui, na realidade, uma obrigação de resultado, previsto nas normas de organização da OMC. É por isso que o 'adensamento de juridicidade' proveniente da aplicação do ESC é uma medida de construção da confiança [medida de fortalecimiento de la confianza], voltada para resultados, tutelando a segurança e previsibilidade do sistema multilateral de comércio". ("La 'densificación de la legalidad' contenida en el ESD constituye, en realidad, una obligación de resultados prevista en las normas de organización de la OMC. Es por ello que la 'densificación de la legalidad', proveniente de la aplicación del ESD, es una medida de fortalecimiento de la confianza orientada a los resultados y que protege la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio"). Lafer, Celso. *A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁶ Según el profesor Luiz Olavo Baptista, "Quando à efetividade da OMC, ela decorre de um mecanismo relativamente simples e extremamente eficaz. [...] Nenhum país pode viver sem o comércio exterior, o que faz as medidas se tornarem realmente efetivas. Não há muito a discutir e a coisa é bastante ameaçadora. Brechas existem, pois como diz o velho ditado italiano –'Fatta la legge è trovato l'inganno'–, e aplicam-se aos tratados internacionais e ao Direito interno. Mesmo as 'gray area measures', que se pretendiam eliminar, ainda deixam muito para se explorar". (Con respecto a la efectividad de la OMC, ésta deriva de un mecanismo relativamente simple y extremadamente eficaz. [...] Ningún país puede sobrevivir sin el comercio internacional, hecho que hace que las medidas sean realmente efectivas. No hay mucho lugar para la discusión y es bastante amedrentador. Existen incumplimientos, ciertamente, como lo plantea el antiguo dicho italiano –'Fatta la legge è trovato l'inganno'–, y se aplican a los tratados internacionales y al derecho interno. Aun en el caso de las 'medidas de zona gris' – que se suponía iban a quedar suprimidas– todavía queda mucho por explorar"). Baptista, Luiz Olavo. *A Organização Mundial do Comércio e suas Repercussões sobre o Ordenamento Jurídico Interno*. São Paulo: FIESP/CIESP, 1997.

En el marco del mecanismo de solución de diferencias del GATT se iniciaron impugnaciones de ciertos instrumentos distorsivos. Sin embargo, el sistema no era lo suficientemente fuerte para lograr que las políticas agropecuarias se formularan de conformidad con el sistema de comercio vigente, sea porque el régimen jurídico aplicable a la agricultura en ese entonces era muy limitado o debido a las limitaciones del mecanismo de solución de diferencias del GATT.⁷

Un sistema desequilibrado de normas comerciales condujo a la aparición de distorsiones en el comercio internacional y, por lo tanto, muchos países comenzaron a cuestionar los beneficios reales de la liberalización del comercio, especialmente porque no existían disciplinas específicas para la agricultura. Durante la Ronda Uruguay, el AARU se logró debido, principalmente, a la presión de algunas coaliciones.⁸

IV. LAS DISCIPLINAS IMPUESTAS A LOS SUBSIDIOS AGROPECUARIOS EN EL AARU

El AARU ha regulado los subsidios a la agricultura (ayuda interna y subsidios a la exportación) en la OMC, estableciendo compromisos de limitación y reducción.⁹ Éste fue un logro muy importante para los países agroexportadores en las negociaciones comerciales multilaterales. La OMC clasifica a los subsidios agropecuarios en tres cajas: la caja verde, la caja ámbar y la caja azul.¹⁰

Los programas de la caja ámbar son medidas de ayuda interna sujetas a compromisos de reducción expresados en términos de la MGA Total¹¹ incluida en la Parte IV de la Lista de cada Miembro, que se otorgan a los productores agrícolas (pagos conectados a la producción). La MGA Total no debe incluir el nivel de ayuda *de minimis*¹² ni el nivel de ayuda otorgado en la caja azul.

Los programas de la caja azul son pagos directos realizados en el marco de programas de limitación de la producción que están sujetos al compromiso de reducción de la ayuda interna si: (i) dichos pagos se basan en superficies o rendimientos fijos, o (ii) dichos pagos se realizan sobre el 85 por ciento o menos del nivel de producción de base o (iii) los pagos relativos al ganado se realizan en función de un número fijo de cabezas. Los programas de la caja verde son medidas de ayuda interna que están eximidas de los compromisos de reducción si tienen un efecto distorsivo mínimo o nulo sobre el comercio de acuerdo con los criterios generales y los criterios relativos a políticas específicas establecidos en el Anexo 2 del AARU.

⁷ Pueden mencionarse, entre otras, las siguientes decisiones: Informe del Grupo Especial del GATT, *Medidas francesas para favorecer la exportación de trigo y de harina, (Harina de trigo francesa)*, Documento del GATT L/924, 20 de noviembre de 1958, BISD 7S/46; Informe del Grupo Especial del GATT, *Comunidad Económica Europea - Primas y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal (CEE - Oleaginosas)*, Documento del GATT L/6627, 14 de diciembre de 1989, BISD 37S/86, e Informe del Grupo Especial del GATT, *Comunidades Europeas - Reintegros por las exportaciones de azúcar (CE - Azúcar [Brasil])*, Documento del GATT L/5011, BISD 27S/59.

⁸ El principal ejemplo es el Grupo Cairns, que abarca a diecisiete países agroexportadores que apoyan la liberalización del comercio agropecuario. Fue creado en 1986 en la ciudad de Cairns (Australia) como una tercera fuerza para oponerse a las Comunidades Europeas y a los Estados Unidos y está compuesto por Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Filipinas, Guatemala, Indonesia, Malasia, Nueva Zelanda, Paraguay, Sudáfrica, Tailandia y Uruguay. En conjunto, estos países representan un tercio de las exportaciones agropecuarias mundiales.

⁹ En cambio, los subsidios no agropecuarios fueron objeto a un conjunto más estricto de normas dispuestas en el Acuerdo SMC.

¹⁰ Pueden encontrarse más detalles acerca de los subsidios a la agricultura en la OMC en la página web de la Organización, www.wto.org, y en la página web de ICONE, www.iconebrasil.org.br.

¹¹ La Medida Global de la Ayuda (MGA) es el nivel anual de ayuda, expresado en términos monetarios, otorgada con respecto a un producto agropecuario a los productores del producto agropecuario de base, o de ayuda no referida a productos específicos otorgada a los productores agrícolas en general, excepto la ayuda prestada en el marco de programas que puedan considerarse eximidos de la reducción con arreglo al Anexo 2 de este Acuerdo sobre la Agricultura.

¹² *De minimis*: en el caso de los productos específicos, las medidas de ayuda interna dentro del nivel *de minimis* representan el 5% o menos del valor total de la producción de un producto agropecuario de base de un Miembro durante el año en cuestión. En el caso de la ayuda no referida a productos específicos, las medidas de ayuda interna dentro del nivel *de minimis* representan el 5% o menos del valor de la producción agropecuaria total del Miembro en cuestión. En el caso de los países en desarrollo Miembros, el porcentaje *de minimis* es el 10%.

V. LOS SUBSIDIOS A LA AGRICULTURA Y LA CLÁUSULA DE PAZ

V.A. La Cláusula de Paz: una disposición restrictiva

El Artículo 13 del AARU estableció una restricción a las impugnaciones respecto de subsidios agropecuarios que se presentan ante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC y a la imposición de medidas compensatorias por parte de los Miembros de la OMC. Esta disposición restrictiva se conoce bajo el nombre de "Cláusula de Paz". El AARU determinó un período de implementación de dicha cláusula de nueve años contados a partir de 1995.

La "Cláusula de Paz" establece una protección para distintos tipos de subsidios agropecuarios con el fin de restringir o, en ciertos casos, impedir: (i) su impugnación ante el OSD (Artículo XVI del GATT de 1994 y Parte III del Acuerdo SMC); (ii) la imposición de medidas compensatorias (Artículo VI del GATT de 1994 y Parte V del Acuerdo SMC), y (iii) la impugnación ante el OSD basada en reclamaciones de "anulación o menoscabo sin infracción" (Artículo XXIII.1 (b) del GATT de 1994).¹³ El siguiente cuadro detalla las restricciones establecidas por la "Cláusula de Paz".

CUADRO 1
La Cláusula de Paz y su influencia sobre los distintos tipos de subsidios al agro

Tipo de subsidio	Impugnación en la OMC (Art. XVI del GATT y Parte III del Acuerdo SMC)	Medidas compensatorias	Anulación o menoscabo
Caja verde	No recurrible	No recurribles	No recurrible
Caja ámbar	Sólo si se exceden los niveles de 1992	Sólo en casos de daño/amenaza de daño: Debida moderación ¹⁴	Sólo si se exceden los niveles de 1992
Caja azul	Sólo si se exceden los niveles de 1992	Sólo en casos de daño/amenaza de daño: Debida moderación	Sólo si se exceden los niveles de 1992
Subsidios a la exportación	Sólo si se superan los niveles consignados en las Listas ¹⁵	Sólo en casos de daño/amenaza de daño: Debida moderación	No corresponde

Fuente: Acuerdo sobre la Agricultura de la Ronda Uruguay (Artículo 13).

Elaboración: Instituto de Estudios de Comercio y Negociaciones Internacionales (ICONE).

V.B. La expiración del período de implementación de la Cláusula de Paz

El AARU estableció que el período de implementación de la "Cláusula de Paz" duraría nueve años a partir de 1995. El Artículo 1(i) de dicho Acuerdo definió "año" como el "año civil, ejercicio financiero o campaña de comercialización" especificado en la Lista relativa a cada Miembro.

¹³ La frase "anulación o menoscabo" no hace referencia a una reclamación por infracción sino a la limitación de los beneficios conferidos por un país a otro por medio de reducciones arancelarias resultantes de la adopción de ciertas medidas, tales como el otorgamiento de subsidios de alto monto.

¹⁴ El término "debida moderación", en los párrafos (b) y (c) del Artículo 13 del AARU, condiciona la libertad de los Miembros de iniciar investigaciones con el fin de imponer derechos compensatorios.

¹⁵ El Artículo 8 del AARU dispone que los Miembros no deben otorgar subsidios que no estén en conformidad con los compromisos especificados en las Listas de los Miembros.

En este contexto, los Estados Unidos y las CE sostienen que sus distintos compromisos específicos, tal como constan en sus Listas, no están vinculados al año civil. Los Estados Unidos manifiestan que sus compromisos se basan en su ejercicio fiscal (que comienza el 1º de octubre), mientras que las CE sostienen que sus compromisos se basan en su campaña de comercialización (que comienza el 1º de julio) y, por lo tanto, el vencimiento de la Cláusula de Paz debería fijarse respecto de dichas fechas de 2004. Un gran número de Miembros no concuerda con tal interpretación. A los fines del presente trabajo, hemos considerado que la Cláusula de Paz expiró el 31 de diciembre de 2003.

V.C. El impacto de la expiración de la "Cláusula de Paz" sobre los subsidios al agro

La expiración de la Cláusula de Paz ha provocado una reorganización jurídica de las normas que regulan las impugnaciones a los subsidios al agro, permitiendo que las disposiciones del Acuerdo SMC (y de otros acuerdos)¹⁶ rijan el tema en forma más estricta.

En el caso de los subsidios recurribles –incluidos varios tipos de subsidios agropecuarios–, los Miembros pueden emplear dos mecanismos para impugnar su legalidad:¹⁷ (i) solicitar la conformación de un grupo especial en la OMC, o (ii) imponer derechos compensatorios.¹⁸

Por consiguiente, para poder presentar una reclamación respecto de medidas de ayuda interna o de subsidios a la exportación conforme al AARU, el Acuerdo SMC y el GATT, se cuenta con los siguientes recursos:

1) Acciones basadas en el Artículo XVI del GATT y en los Artículos 5-7 del Acuerdo SMC.

La posibilidad de invocar este recurso está sujeta a los siguientes requisitos:

- (i) conformidad con la definición de "subvención" del Artículo 1 del Acuerdo SMC;¹⁹
- (ii) conformidad con el requisito de "especificidad" establecido en el Artículo 2 del Acuerdo SMC;²⁰
- (iii) demostración de los "efectos desfavorables", que pueden ser:
 - (iii.1) daño a una rama de producción nacional (Artículo 15 del Acuerdo SMC); o

¹⁶ Sin embargo, en caso de conflicto entre esos otros Acuerdos y el AARU, este último es el que prevalece. En este caso debe aplicarse el principio de "*lex specialis*" (prevalencia de la ley más específica).

¹⁷ Das, Bhagirath Lal. *The World Trade Organization: A Guide to the Framework for International Trade*. Nueva York: Zed Books, 2000.

¹⁸ Por "derechos compensatorios" se entiende medidas tomadas por los Miembros para proteger su industria nacional, y consisten en la imposición de aranceles adicionales a los productos importados que son objeto de investigación. Es importante recordar la nota al pie número 35 del Acuerdo SMC, que estipula: "Podrán invocarse paralelamente las disposiciones de las Partes II o III y las de la Parte V; no obstante, en lo referente a los efectos que una determinada subvención tenga en el mercado interno del país importador Miembro, sólo se podrá aplicar una forma de auxilio (ya sea un derecho compensatorio, si se cumplen las prescripciones de la Parte V, o una contramedida de conformidad con los artículos 4 ó 7)", sin que sea posible aplicar ambas con el mismo fin.

¹⁹ La definición de "subvención" (Artículo 1 del SMC) indica que se considerará su existencia si: (i) hay una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (es decir, transferencia directa de fondos, ingresos públicos no condonados o recaudados que en otro caso se percibirían, provisión por parte de un gobierno de bienes y servicios que no sean de infraestructura general, y otras), o alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del Artículo XVI del GATT; y (ii) en los dos casos antes mencionados se confiera un beneficio.

²⁰ El requisito de "especificidad" de un subsidio, según el Artículo 2 del SMC, implica que un subsidio es específico para una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción si: (i) existe un acceso explícitamente limitado, por parte de la autoridad otorgante o de la legislación conforme a la cual actúa la autoridad otorgante, a un subsidio para ciertas empresas; o (ii) un subsidio puede en realidad ser específico (utilización de un programa de subsidios por un número limitado de determinadas empresas, empleo predominante por ciertas empresas); o (iii) hay motivos para creer que el subsidio en realidad puede ser específico.

(iii.2) perjuicio grave²¹ a los intereses de otro Miembro (Artículo 6.3 del Acuerdo SMC), y

(iv) causalidad.²²

II) Acciones basadas en la anulación o menoscabo sin infracción de los beneficios de las concesiones arancelarias de acuerdo con el Artículo XXIII.1 (b) del GATT y el Artículo 26 del ESD.

La posibilidad de invocar este recurso está sujeta a los siguientes requisitos:

(i) justificación detallada de cualquier beneficio que de conformidad con el GATT de 1994 le corresponda al Miembro que esté siendo anulado o menoscabado, entre o no en conflicto con las disposiciones de dicho Acuerdo;

(ii) expectativa razonable de obtener el beneficio,²³ y

(iii) causalidad.

III) Medidas compensatorias basadas en el Artículo VI del GATT y en los Artículos 10-23 del Acuerdo SMC.

La posibilidad de invocar este recurso está sujeta a los siguientes requisitos:

(i) conformidad con la definición de "subvención" del Artículo 1 del Acuerdo SMC;

(ii) conformidad con el requisito de "especificidad" establecido en el Artículo 2 del Acuerdo SMC; y

(iii) presentación de pruebas suficientes acerca del monto de los subsidios, el daño (Artículo 15 del Acuerdo SMC), y

(iv) la causalidad (Artículo 15.5 del Acuerdo SMC).

Es importante mencionar que la primera dificultad que surge con relación a la formulación de una reclamación con base en los puntos antes expuestos radica en la aplicación de las disposiciones del SMC a los subsidios agropecuarios. Las normas del Acuerdo SMC se establecieron, inicialmente, para disciplinar los subsidios no agropecuarios. Por lo tanto, no se tomaron en cuenta las especificidades propias de los subsidios al agro, lo cual ha derivado en incertidumbre jurídica. En este sentido, esas normas no siempre concuerdan con las medidas agropecuarias. Esta situación representa un refugio favorable para los Miembros proteccionistas.²⁴

²¹ El perjuicio grave, en el sentido del párrafo (c) del Artículo 5, puede producirse en cualquier caso en el que se apliquen uno o varios de los siguientes supuestos: (a) que el subsidio tenga por efecto desplazar u obstaculizar las importaciones de un producto similar de otro Miembro en el mercado del Miembro que concede el subsidio; (b) que el subsidio tenga por efecto desplazar u obstaculizar las exportaciones de un producto similar de otro Miembro al mercado de un tercer país; (c) que el subsidio tenga por efecto una significativa subvaloración de precios del producto subsidiado en comparación con el precio de un producto similar de otro Miembro en el mismo mercado, o tenga un efecto significativo de contención de la subida de los precios, reducción de los precios o pérdida de ventas en el mismo mercado; (d) que el subsidio tenga por efecto el aumento de la participación en el mercado mundial del Miembro que lo otorga con respecto a un determinado producto primario o básico subsidiado en comparación con su participación media durante el período de tres años inmediatamente anterior; y que ese aumento haya seguido una tendencia constante durante un período en el que se hayan concedido subsidios.

²² Para establecer un caso *prima facie*, la parte reclamante debe demostrar que los subsidios agropecuarios específicos y recurribles otorgados por la parte demandada están causando uno de los efectos desfavorables.

²³ Probar la existencia de expectativas legítimas de que no se adopten medidas desfavorables parece ser una tarea difícil. Los subsidios agropecuarios siempre han existido y, cuando concluyó la Ronda Uruguay, no había expectativas de que dichos subsidios fueran a desaparecer.

²⁴ Por ejemplo, el Artículo 3 del Acuerdo SMC estipula una prohibición general del uso de subsidios a la exportación, pero establece una excepción para los productos agrícolas, permitiendo en ese caso el empleo de subsidios de conformidad con los compromisos de los Miembros (Artículo 8, AARU).

La opción que parece contar con las mayores probabilidades de arrojar resultados positivos para la parte reclamante, después de la expiración de la "Cláusula de Paz", es una reclamación basada en el Artículo 5(c) del Acuerdo SMC ("perjuicio grave"). Una reclamación de esta naturaleza debe demostrar que la medida en cuestión se adecua a la definición de "subsidio" y su "especificidad" y además debe probarse que dicha medida causó "perjuicios graves" a los intereses de otro Miembro.

En este contexto, el criterio requerido para establecer un caso prima facie sobre la base de una reclamación por "perjuicio grave" no es claro ni predecible, tal como se analizará más adelante respecto del caso Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland) (DS 267).

V.D. Las repercusiones de la expiración de la Cláusula de Paz sobre los subsidios agropecuarios

Al expirar la Cláusula de Paz, se pueden impugnar los subsidios al agro siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos jurídicos establecidos en el AARU, el Acuerdo SMC y en el GATT de 1994.

Antes de la pérdida de vigor de la Cláusula de Paz, los subsidios de la caja verde no eran recurribles de acuerdo con los términos del AARU, el Acuerdo SMC y el GATT de 1994. Después de la expiración, los subsidios de la caja verde también se volvieron recurribles.

Si los subsidios notificados como incluidos en la caja verde son, de hecho, distorsivos en grado mínimo o nulo para el comercio, será difícil impugnarlos ante la OMC aún después de la expiración de la Cláusula de Paz ya que, probablemente, no causen los "efectos desfavorables" mencionados en el punto V.C más arriba.

Al considerar las últimas notificaciones de los Estados Unidos y de las Comunidades Europeas a la OMC, es posible advertir en la Ley FAIR (Ley Federal de Mejora y Reforma de la Agricultura de los EE.UU.)²⁵ y también en la posterior Ley FSRIA (Ley de Seguridad Alimentaria e Inversión Rural de 2002)²⁶ de los EE.UU., así como en la Reforma de la Política Agraria Común de las CE, propuesta por el comisario europeo de agricultura, Franz Fischler,²⁷ la presencia de un proceso denominado "cambio de caja", por el cual los países transfieren pagos de una caja a la otra, por ejemplo de la caja ámbar a la caja verde, con la intención de cumplir con los compromisos en materia de la MGA y satisfacer el *status quo* de las reformas.²⁸

Sin embargo, algunos de estos pagos notificados como de la caja verde son, de hecho, distorsivos para el comercio y no satisfacen los requisitos del Anexo 2 del AARU. Por lo tanto, los Miembros pueden impugnar estos subsidios como si se tratase de subsidios de la caja ámbar o de la caja azul.

²⁵ La Ley FAIR, conocida como la "Ley Agrícola de 1996", fue aprobada en 1996 y expiró en 2002. Dicha ley cambió la estructura del otorgamiento de subsidios a los productores de los Estados Unidos. Estableció los contratos de flexibilidad en la producción (CFP) o pagos AMTA (*Agriculture Market Transition Act* - Ley de Transición a la Agricultura de Mercado), que consistían en pagos fijos desvinculados de las fluctuaciones de la producción y del mercado. Con anterioridad a la Ley FAIR, los pagos estaban basados en la diferencia entre los precios indicativos y los precios mínimos (precios garantizados) o los precios de mercado.

²⁶ La política agrícola y alimentaria federal de los Estados Unidos está regida por una serie de leyes, muchas de las cuales están sujetas a revisión y, en el largo plazo, a renovación por medio de una "ley agrícola" ómnibus y plurianual. La ley agrícola prevé normas sobre los programas de ingresos agrarios y de sostenimiento de los precios, el comercio agropecuario y la ayuda externa, la protección y el medio ambiente, la ayuda alimentaria interna, el desarrollo rural y la investigación y la educación, entre muchos otros aspectos. La última ley agrícola, conocida como la "Ley de Seguridad Alimentaria e Inversión Rural de 2002" (FSRIA), fue aprobada en 2002 y expirará en 2007.

²⁷ Formulada en 1962, la Política Agraria Común (PAC) de las Comunidades Europeas estaba compuesta, básicamente, por un programa de sostenimiento de los precios, mecanismos de control de las importaciones y un fondo para cofinanciar la política agraria, que está conformado por los aportes de los Estados Miembros. Desde principios de la década de 1990, las Comunidades Europeas han introducido modificaciones en la PAC impulsadas por cuestiones orientadas al mercado. La última reforma, conocida como la Reforma de Fischler, fue aprobada el 26 de junio de 2003 y llevó a la aprobación de pagos parciales desconectados de la producción para ciertos productos agrarios subsidiados, tales como los cereales y la carne vacuna.

²⁸ Ver Jank, Marcos Sawaya y Jales, Mário de Queiroz Monteiro. "On Product-, Box-, and Blame-Shifting: An Assessment of the Cancun Frameworks for WTO Notifications on Agriculture". Segunda Conferencia BID-CEPII: Implicaciones Económicas para América Latina y el Caribe de la Nueva Agenda de Desarrollo de Doha. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 6 y 7 de octubre de 2003.

Antes de expiración de la Cláusula de Paz, los subsidios agropecuarios de las cajas ámbar y azul no estaban exentos de la imposición de derechos compensatorios, siempre y cuando se determinara la existencia de un daño o una amenaza de daño derivada de dichos subsidios de conformidad con el Artículo VI del GATT de 1994 y la Parte V del Acuerdo SMC, y era necesario demostrar una debida moderación en la iniciación de cualquier investigación para imponer derechos compensatorios. En la actualidad no existen más restricciones a la imposición de derechos compensatorios.

Además, con anterioridad a la expiración de la Cláusula de Paz, los subsidios de la caja ámbar y de la caja azul sólo podían ser impugnados por medio de un procedimiento de un grupo especial en la OMC si estos subsidios habían sido otorgados a un producto básico específico por encima de lo decidido durante la campaña de comercialización de 1992. Después de la expiración de la Cláusula de Paz, ya no es necesario que se cumpla el requisito de exceder el límite de 1992 para poder impugnar estos subsidios ante la OMC: sólo deberán satisfacerse los requerimientos del Acuerdo SMC, el GATT de 1994 y el AARU.²⁹

Se reconoce que los subsidios a la exportación implementados por los Miembros son uno de los mecanismos más distorsivos del comercio. El Acuerdo SMC, en su Artículo 3.1, prohíbe el uso de subsidios a la exportación con excepción de lo dispuesto en el AARU, que contempla, en su Artículo 8, la posibilidad de otorgar subsidios a la exportación que estén en conformidad con dicho Acuerdo y con los compromisos especificados en las Listas de cada Miembro. Durante el período de vigencia de la Cláusula de Paz, los subsidios a la exportación otorgados dentro de los montos especificados en las Listas de los respectivos Miembros no podían ser impugnados ante el sistema de solución de diferencias de la OMC.

Sin embargo, la novedad relativa a los subsidios a la exportación con posterioridad a la expiración de la Cláusula de Paz es la posibilidad de impugnar dichos subsidios ante la OMC aún si el monto total es inferior al especificado en la Lista de cada Miembro.

El AARU y el Acuerdo SMC establecieron una disciplina mucho más estricta con respecto a los subsidios a la exportación en comparación con los subsidios internos, básicamente debido a los efectos distorsivos que llevan al incremento de ventas de un producto determinado en el mercado internacional con posterioridad al otorgamiento del apoyo gubernamental. Por este motivo, la parte reclamante tiene mayores probabilidades de resultar favorecida en una reclamación contra subsidios a la exportación, ya que es más fácil proporcionar pruebas de "daño"/"perjuicio grave" y de causalidad respecto de este tipo de subsidios. El caso *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267) es de gran ayuda para comprender los principales debates relacionados con este tema, aún cuando, al presente, todavía no haya una resolución definitiva.

VI. EL GRUPO ESPECIAL DE LA OMC EN EL ASUNTO ESTADOS UNIDOS - SUBVENCIONES AL ALGODÓN AMERICANO (UPLAND) (DS 267)

La diferencia *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267) ciertamente desempeñará un papel importante para los futuros casos relacionados con la agricultura sometidos al procedimiento de solución de diferencias de la OMC. En esta sección describiremos los siguientes puntos: (i) los antecedentes fácticos del caso y la situación actual; (ii) los programas de ayuda al algodón de los Estados Unidos, y (iii) las principales cuestiones que está abordando el Grupo Especial, las respectivas resoluciones alternativas del Grupo Especial y sus consecuencias.

²⁹ Sólo con respecto de los otros requerimientos del AARU, especialmente el Artículo 6.1, que estipula que: "Los compromisos de reducción de la ayuda interna de cada Miembro consignados en la Parte IV de su Lista se aplicarán a la totalidad de sus medidas de ayuda interna en favor de los productores agrícolas, salvo las medidas internas que no estén sujetas a reducción de acuerdo con los criterios establecidos en el presente artículo y en el Anexo 2 del presente Acuerdo. [...]".

VI.A. Antecedentes fácticos y situación actual

El 22 de septiembre de 2002, Brasil solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos para considerar las alegaciones del daño sufrido por los productores brasileños de algodón resultante de los subsidios agrarios otorgados a los productores estadounidenses. Según el Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil, la política agropecuaria de los Estados Unidos había causado distorsiones en los mercados del algodón, con efectos desfavorables en el precio internacional del producto, ya que esas medidas estimulaban artificialmente el incremento de la producción de los Estados Unidos. Debido a esto, los productores brasileños afirmaban que sus ingresos se habían visto perjudicados.

El 18 de marzo de 2003, el OSD autorizó el establecimiento de un Grupo Especial. Brasil impugnó varios programas estadounidenses de ayuda interna y de créditos/subsidios a la exportación. Según Brasil, estos subsidios no sólo estimulaban la producción sino que los productores podían exportar los excedentes no comercializados en el mercado interno. Esto permitía que los Estados Unidos incrementaran su participación en los mercados mundiales de este producto básico.

La Argentina, Australia, Benin, Canadá, Chad, China, las Comunidades Europeas, India, Nueva Zelanda, Pakistán, Paraguay, el Taipei Chino y Venezuela comunicaron su interés de participar como terceros. El 20 de mayo de 2003, se decidió que los tres miembros del Grupo Especial serían el polaco Dariusz Rosati, el chileno Mario Matus y el australiano Daniel Moulis.

Esta es una impugnación histórica ya que, por primera vez, la OMC se ve en la obligación de examinar la legalidad de los subsidios agrícolas y sus efectos distorsivos, que caracterizan al sistema agropecuario estadounidense instituido en la década de 1930.

En la primera presentación realizada por Brasil ante el Grupo Especial, se declaró que los Estados Unidos habían subsidiado a sus productores algodoneiros con US\$5.000 millones por encima del límite permitido, lo que había acarreado un perjuicio a los intereses brasileños. Se estimó que, entre 1999 y 2002, los subsidios otorgados al algodón habían alcanzado los US\$12.900 millones, cuando esta cifra no debería haber superado los US\$8.000 millones considerando los compromisos asumidos por los Estados Unidos en la Ronda Uruguay.³⁰ Brasil alegó que este hecho alcanzaba para infringir la Cláusula de Paz.

El 5 de septiembre de 2003, el Grupo Especial dictaminó que ambos puntos en cuestión (la Cláusula de Paz y las reclamaciones por perjuicio grave) debían ser examinados conjuntamente.

Después de negarse en un inicio a proporcionar información acerca de la producción algodoneira y de los subsidios al Grupo Especial, los Estados Unidos decidieron, el 3 de marzo de 2004, brindar parte de los datos, incluida información acerca de diversos programas agropecuarios. Después de haber recibido los comentarios de Brasil y las respuestas de los Estados Unidos, el 26 de abril de 2004 el Grupo Especial produjo un informe provisional que declaraba con lugar la mayoría de las reclamaciones brasileñas contra los Estados Unidos. Dado que este informe provisional es confidencial, no existen detalles de dominio público acerca de la mayoría de las decisiones relacionadas con cuestiones jurídicas específicas. El 18 de junio de 2004 el Grupo Especial emitió el informe final que confirma la mayoría de las constataciones hechas en el informe provisional.

VI.B. Los programas de ayuda al algodón de los Estados Unidos

El sector algodoneiro estadounidense se beneficia con una gran cantidad de programas de ayuda interna. En lo que a esto se refiere, los programas estadounidenses de ayuda al algodón figuran como notificados por los Estados Unidos al Comité de Agricultura.³¹ Dichas notificaciones no coinciden necesariamente con los programas

³⁰ Los compromisos asumidos por los Estados Unidos en 1992 respecto del algodón son por un monto de US\$1.990 millones anuales.

³¹ G/AG/N/USA/10, G/AG/N/USA/17, G/AG/N/USA/27, G/AG/N/USA/36, G/AG/N/USA/43, G/AG/N/USA/51.

de ayuda al algodón que son objeto de la diferencia *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267).

En el período 1995-2001, los productores algodoneiros recibieron transferencias del gobierno federal por más de US\$14.200 millones. Con el tiempo, el tipo de programas y su monto total variaron significativamente. En 1996 –el primer año de implementación de la Ley FAIR–, los productores algodoneiros recibieron US\$703 millones provenientes de fondos públicos, sobre todo en concepto de pagos del contrato de flexibilidad en la producción (CFP). En el 2001 –el último año de implementación de la Ley FAIR–, el sector algodoneiro recibió más de US\$3.800 millones del gobierno federal, básicamente en concepto de ganancias por intercambio de certificados (*Certificate Exchange Gains* o CEG, según su sigla en inglés) o de pagos por deficiencia de préstamos (*Loan Deficiency Payments* o LDP, según su sigla en inglés). Mientras que en 1996 el gasto público en apoyo del sector algodoneiro representó el 9,6 por ciento del valor total de la producción interna, en 2001 superó el 100 por ciento. Las transferencias gubernamentales protegieron a los productores algodoneiros estadounidenses de las fuerzas del mercado y contribuyeron a una baja importante en los precios mundiales.

El gobierno federal de los Estados Unidos ha proporcionado ayuda interna a los productores de algodón a través de una combinación de pagos de la caja ámbar, *de minimis*, la caja azul y la caja verde. En forma progresiva fue creándose una serie de programas de ayuda con el fin de garantizar un cierto nivel de ingresos independientemente del grado de competitividad del sector. Los nuevos programas sólo sirvieron para exacerbar la tendencia bajista del precio del algodón y la necesidad creciente de contar con ayuda renovada del gobierno.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley FAIR, la mayoría de la ayuda se brindaba en concepto de pagos de la caja azul vinculados a programas de limitación de la producción. La Ley FAIR reestructuró la ayuda gubernamental inclinándola hacia los CFP que son pagos directos desconectados de la producción actual y de los precios de mercado. El monto en dólares que recibe cada productor se calcula sobre la base de ciertas condiciones respecto de las superficies y del rendimiento durante un período base fijo. Puesto que los pagos de los CFP están desconectados de los niveles de producción actuales, fueron notificados por el gobierno de los Estados Unidos como ayuda a los ingresos desconectada en la caja verde. Por lo tanto, no están sujetos a compromisos de límites máximos o de reducción con arreglo al AARU. Los pagos de los CFP fueron la herramienta principal empleada por los Estados Unidos para ayudar al sector algodoneiro en 1996 y 1997.

Debido a una caída en los precios agropecuarios y a las dificultades que enfrentaban los programas de la Ley FAIR para recuperar los ingresos del agro, en el período 1998-2001 el gobierno de los Estados Unidos introdujo ayudas complementarias y de emergencia bajo la forma de pagos de asistencia por pérdidas en el mercado (*Market Loss Assistance* o MLA, según su sigla en inglés). Dichos pagos fueron realizados a los mismos productores y cultivos que reunían las condiciones para recibir los pagos de los CFP, y en proporción a los montos desembolsados por los contratos CFP (50% del monto de los CFP en 1998 y 100% entre 1999 y 2001). A pesar del hecho de que: (i) los pagos de MLA se hacían sólo a productores que tenían una superficie base para una lista selecta de productos y que (ii) dichos pagos se calculaban de acuerdo con los precios de esos mismos productos seleccionados, los Estados Unidos notificaron el programa de MLA como una medida de la caja ámbar no referida a productos específicos. Debido a la característica de no especificidad declarada respecto de los pagos de MLA y con el fin de determinar si superaban o no el nivel *de minimis*, los desembolsos efectuados en virtud de este programa fueron comparados con el valor de la producción agrícola total de los Estados Unidos. Dado que los gastos del programa de MLA eran –obviamente– inferiores al 5 por ciento del valor total de la producción agrícola estadounidense, quedaban incluidos en otra de las excepciones a los compromisos de límites máximos y reducciones del AARU.

Otra herramienta central de la política agraria de los EEUU son los préstamos de asistencia para la comercialización (*Marketing Assistance Loans* o MAL, según su sigla en inglés). Se trata de préstamos sin recurso que brindan financiamiento provisional a los productores habilitados sobre la base de su producción y que facilitan la distribución ordenada de productos básicos pasibles de recibir préstamos durante todo el año. Estos préstamos permiten que el productor almacene la cosecha y la ofrezca como garantía. El algodón colocado bajo un MAL puede ser decomisado por el gobierno para la cancelación total de la deuda cuando expira el plazo del préstamo.

Sin embargo, los costos asociados a la percepción de los productos básicos decomisados son muy elevados. Para evitar la entrega de la garantía del préstamo, las disposiciones de reembolso de los MAL permiten que los productores algodonereros cancelen los préstamos pendientes a una tasa alternativa de reembolso, que también se conoce con el nombre de precio mundial ajustado (*Adjusted World Price* o AWP, según su sigla en inglés). El AWP equivale al precio CIF de Europa del Norte ajustado a la calidad de base y a la localización promedio de los Estados Unidos. Cuando un préstamo pendiente se reembolsa a un AWP que es menor que el precio garantizado originalmente para el préstamo, el productor contabiliza una ganancia de préstamos de comercialización (*Marketing Loan Gain* o MLG, según su sigla en inglés). Cuando esto sucede, el productor conserva la titularidad del producto básico y se beneficia con una ganancia monetaria por unidad que corresponde a la diferencia entre el precio garantizado y el AWP. Los Estados Unidos notifican la MLG como una medida de la caja ámbar. Los gastos en concepto de MLG fueron notificados por primera vez en 1997 (US\$26 millones), alcanzaron un pico en 1999 (US\$815 millones) y disminuyeron considerablemente con posterioridad a dicho año (US\$53 millones en 2000 y US\$47 millones en 2001).

En otros casos, los productores que reúnen las condiciones necesarias pueden preferir los pagos por deficiencia de préstamos (LDP) en lugar de los MAL. Aquellos que proceden de esta manera reciben pagos directos en lugar de tener que conseguir y reembolsar un préstamo. Las condiciones que deben reunir los productores que optan por los MAL también se aplican a aquellos que prefieren los LDP, con la diferencia de que el algodón no necesita ser almacenado en depósitos. La tasa de los LDP equivale a la diferencia entre el precio objetivo (el correspondiente precio garantizado) y la tasa de reembolso del préstamo (el AWP) que está en vigor durante la semana en la que se presenta la solicitud de pago. Como sucede con la MLG, los LDP se notifican como una medida de la caja ámbar. Los gastos en concepto de los LDP fueron notificados por primera vez en 1997 (US\$3 millones), y alcanzaron un pico en 2001 de US\$744 millones. Mientras que durante el período 1997-1999 los desembolsos por la MLG fueron levemente mayores que los de los LDP, en el período 2000-2001 los agricultores prefirieron los LDP por sobre la MLG.

La combinación de MLG y de LDP está sometida a un límite de pago anual por persona de US\$75.000. Cuando los agricultores alcanzan el límite de pago, pueden colocar la cosecha restante como prenda de un préstamo y entregar los productos básicos almacenados para cancelar la deuda. Los bajos precios de los productos básicos y la necesidad de desalentar los decomisos llevaron al Congreso de los Estados Unidos a duplicar el límite de pago por persona, alcanzando los US\$150.000 para las campañas 1999 y 2000. Además, en febrero de 2000 se creó un nuevo instrumento para que los productores eludieran aún más los límites de pago por persona: las ganancias por intercambio de certificados (*Certificate Exchange Gains* o CEG, según su sigla en inglés). Por medio de este mecanismo, un productor obtiene un MAL y entrega la garantía al gobierno para cancelar totalmente el préstamo. Luego, el productor compra certificados del gobierno al precio AWP y cambia los certificados por la cantidad del producto básico que garantizaba el préstamo, recuperando así el control de la prenda.

Cuando el costo del certificado empleado para recuperar la titularidad de la prenda es menor que el capital del préstamo obtenido con la garantía de dicha prenda, el agricultor consigue ganancias CEG. No hay límite de pago en el caso de las CEG. Así como ocurrió con los programas MLG y LDP, las CEG se notifican como medidas de la caja ámbar. Fue el instrumento principal de la caja ámbar empleado durante los años 2000 y 2001. Los gastos en concepto de las CEG en 2001 alcanzaron los US\$1.750 millones y fueron más elevados que los de cualquier otro programa desde 1995.

La Ley FAIR creó otro instrumento más para ayudar al sector algodonerero estadounidense: el pago por comercialización del usuario (*User Marketing Payment* o UMP, según su sigla en inglés). Este pago se activaba cuando se cumplían las siguientes condiciones: (i) el precio del algodón estadounidense colocado en Europa del Norte superaba el precio de Europa del Norte en más de 1,25 centavos por libra durante cuatro semanas consecutivas, y (ii) el AWP se encontraba dentro del 134 por ciento del precio garantizado básico. Dichos pagos beneficiaban a usuarios internos por algodón consumido en fábrica o a exportadores que reunían las condiciones necesarias. La tasa de pago equivale a la diferencia existente en la cuarta semana del período de cuatro semanas entre el precio del algodón estadounidense colocado en Europa del Norte y el precio de Europa del Norte. El UMP aparece notificado en la caja ámbar y los gastos en concepto del mismo alcanzaron su pico en 1999, con un monto de US\$446 millones.

En el período 1995-2001 se notificaron cuatro instrumentos adicionales de la caja ámbar: la indemnización a la industria algodonera de Georgia (*Georgia Cotton Indemnity* o GCI) (1998), los pagos a los productores de semillas de algodón (*Cotton Seed Payments* o CSP) (1999 y 2000), los pagos por almacenamiento (*Storage Payments*) (1997-2001), y el subsidio de intereses de los préstamos en productos (*Commodity Loan Interest Subsidy*) (1998-2001). Los programas de subsidios mencionados se incluyen en el siguiente cuadro:

CUADRO 2
AYUDA INTERNA DE LOS ESTADOS UNIDOS AL SECTOR ALGODONERO
(En millones de US\$)

Programa (Caja ámbar-MGA)	CC1995	CC1996	CC1997	CC1998	CC1999	CC2000	CC2001
1 Ganancia de préstamos de comercialización (MLG)	-	-	26,3	230,3	814,9	52,7	46,7
2 Pagos por deficiencia de préstamos (LDP)	-	-	2,7	303,4	684,9	151,7	743,9
3 Ganancias por intercambio de certificados (CEG)	-	-	-	2,3	112,7	361,4	1.750,3
4 Commodity loan forfeit (CLF)	(0,0)	-	(0,4)	-	0,0	0,0	0,1
5 Pago por comercialización del usuario (UMP)	35,0	6,4	416,3	280,1	445,6	236,5	182,0
6 Pagos a productores de semilla de algodón (CSP)	-	-	-	-	78,7	184,6	-
7 Indemnización a la industria algodonera de Georgia (GCI)	-	-	-	8,0	-	-	-
(A) Subtotal pagos directos	35,0	6,4	444,9	816,0	2.136,9	987,0	2.723,0
13 Pagos por almacenamiento	-	-	23,7	78,1	143,9	43,3	62,1
14 Subsidio de intereses de los préstamos en productos	-	-	0,0	35,4	76,6	19,5	25,0
15 Cargos/tasas	3,0	3,0	3,0	2,8	4,2	0,0	0,0
(B) Subtotal otras ayudas	(3,0)	(3,0)	20,7	110,7	216,2	62,8	87,1
(A+B) MGA total	32,0	3,4	465,6	926,7	2.353,1	1.049,8	2.810,1
Programa (Caja azul)	CC1995	CC1996	CC1997	CC1998	CC1999	CC2000	CC2001
(C) Pagos por limitación de la producción	901,0	-	-	-	-	-	-
Programa (Caja verde)	EF1995	EF1996	EF1997	EF1998	EF1999	EF2000	EF2001
(D) Contratos de flexibilidad en la producción (CFP)	-	699,1	597,2	637,1	614,0	575,2	473,5
Programa (De minimis)	CC1995	CC1996	CC1997	CC1998	CC1999	CC2000	CC2001
(E) Asistencia por pérdidas en el mercado (MLA)	-	-	-	316,2	613,3	612,7	523,8
Programas	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
(F) (A+B+C+D+E) TOTAL	933,0	702,5	1.062,8	1.879,9	3.580,4	2.237,7	3.807,5
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
(G) Valor de la producción (millones de US\$)	7.281,1	7.322,7	6.811,0	4.807,1	4.368,7	4.928,2	3.789,2
Volumen de la producción (miles de TM)	3.897,3	4.124,2	4.091,7	3.030,3	3.694,4	3.742,3	4.420,5
Precio promedio (US\$/TM)	1.868,25	1.775,56	1.664,56	1.586,33	1.182,53	1.316,90	857,19
MGA / Prod	0,4%	0,0%	6,8%	19,3%	53,9%	21,3%	74,2%
MGA+De minimis+Caja azul+MLA / Prod	12,8%	0,0%	6,8%	25,9%	67,9%	33,7%	88,0%
MGA+De minimis+Caja azul+CFP+MLA / Prod	12,8%	9,6%	15,6%	39,1%	82,0%	45,4%	100,5%

Fuente: Instituto de Estudios de Comercio y Negociaciones Internacionales (ICONE). Notificaciones de ayuda interna de los Estados Unidos a la OMC.

VI.C. Las principales cuestiones objeto de la diferencia: posibles resoluciones y consecuencias

En el caso *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267), el Grupo Especial enfrenta la difícil tarea de decidir sobre algunos aspectos jurídicos que plantean las partes en la diferencia, dificultad debida no sólo a la complejidad de los mismos sino también a sus implicancias jurídicas para el sistema multilateral de comercio. Destacaremos algunos puntos claves respecto de este tema.

VI.C.1. Los subsidios al agro deben ser específicos

Para poder impugnar un subsidio al agro ante la OMC, la parte reclamante debe demostrar que la medida en controversia cumple con los requisitos enumerados en la sección IV.D, entre los que se incluye: (i) la conformidad con la definición de "subvención" del Artículo 1 del Acuerdo SMC; (ii) la conformidad con el requisito de "especificidad" estipulado en el Artículo 2 del Acuerdo SMC; (iii) demostración de los "efectos desfavorables", y (iv) la causalidad. El Artículo 2 define a la especificidad sobre la base de criterios *de jure* y *de facto*.

Existe un subsidio específico *de jure* cuando una medida limita, explícitamente, el "beneficio" a determinadas empresas³² o ramas de producción (Artículo 2.1 (a) y (b) del Acuerdo SMC). A veces no es posible clasificar al programa de subsidios dentro de esta categoría porque el instrumento jurídico que establece las normas relacionadas con el programa de ayuda estipula criterios no específicos aún cuando se otorgue, en realidad, solamente a algunas empresas o industrias. Un subsidio no específico *de jure* puede ser específico *de facto* cuando existen motivos para creer que el subsidio puede ser, de hecho, específico. Los factores que pueden invocarse para respaldar tales motivos están detallados en el Artículo 2.1 (c) del Acuerdo SMC.

Parecería haber consenso sobre el hecho de que la mayoría de las medidas objeto de controversia en el asunto *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267) son subsidios de acuerdo con la definición del Artículo 1 del Acuerdo SMC. Sin embargo, se está llevando a cabo un debate en extremo delicado acerca de cómo debe aplicarse el requerimiento de especificidad contemplado en el Artículo 2 del Acuerdo SMC a los productos básicos agrícolas.

Algunos sostienen que todos los subsidios otorgados a todos los productos agropecuarios, pero no a otros productos, deberían ser considerados específicos. Otros plantean que dicho análisis de especificidad no debe realizarse en abstracto y que sólo puede llevarse a cabo considerando caso por caso. Sin embargo, los subsidios específicos para productos básicos que alcanzan a todos los agricultores de un país o una región son claramente específicos conforme al texto del Artículo 2 del Acuerdo SMC,³³ tal como se demostró anteriormente en el caso de los programas de PFC y MLA.

Más aún, parecería que el requisito para considerar que un subsidio es "específico" conforme al Artículo 2 del Acuerdo SMC no coincide necesariamente con la exigencia de proporcionar notificaciones sobre productos específicos al Comité de Agricultura.

En vista de lo antes expuesto, los miembros del Grupo Especial del caso *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267) tendrán que establecer ciertas directrices para poder tratar estos argumentos alternativos al respaldar su resolución sobre este tema. Cabe recordar, además, que no hay muchos antecedentes de decisiones de la OMC con respecto del requerimiento de "especificidad" en cuanto a los subsidios al agro, hecho que dificultará aún más la tarea del Grupo Especial.

³² Puede haber desacuerdo respecto del significado exacto de "determinadas empresas". Ver Mitsuo Matsushita, Schoenbaum, Thomas J. y Mavroidis, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. Oxford: University Press, 2003, pág. 271.

³³ Sobre este tema, ver las opiniones expresadas por Josling, Timothy y Steinberg, Richard. "When the Peace Ends: The Vulnerability of EC and US Agricultural Subsidies to WTO Legal Challenge". *Journal of International Economic Law*. Vol. 6 (2). Oxford University Press, julio de 2003.

Con respecto a las posibles resoluciones a las que pueda arribar el Grupo Especial, puede anticiparse que tendrán un fuerte impacto sobre la voluntad de presentar nuevos casos ante el sistema de solución de diferencias de la OMC.

Si el Grupo Especial establece un criterio que sea muy difícil de cumplimentar por parte de los reclamantes (es decir, cuando el requisito de especificidad sólo puede satisfacerse si el subsidio en cuestión se otorga solamente al producto específico objeto de la diferencia, algodón en este caso), entonces es probable que se vean disminuidas las expectativas de muchos Miembros de obtener un resultado positivo en casos de impugnaciones de los subsidios agropecuarios de los Estados Unidos. De ser así, la metodología estadounidense de implementación de sus subsidios al agro resultará eficaz también para crear una barrera adicional (la dificultad de probar que los subsidios son específicos) que obstaculizará el camino de los Miembros para presentar nuevas reclamaciones contra subsidios agrícolas ante el OSD de la OMC.

Por ejemplo, dos de los mecanismos más importantes de la política de subsidios al agro de los Estados Unidos –la asistencia por pérdidas en el mercado (*Market Loss Assistance* o MLA, según su sigla en inglés) en 1998 y 1999 y los pagos anticíclicos (*Counter-Cyclical Payments* o CCP, según su sigla en inglés) de la Ley FSRIA– están basados en una metodología que les permite ser considerados no específicos para un determinado producto en el marco del AARU. Debe aclararse que dicha metodología fue aplicada para evitar que los pagos de MLA y los CCP sobrepasaran el nivel de *minimis* y, de ese modo, lograr que pudieran quedar excluidos del cálculo de la MGA Total de los Estados Unidos. Además, si esto también se aplicara dentro del marco del Acuerdo SMC (es decir, considerar a los subsidios como "no específicos" según el Acuerdo SMC), entonces es muy difícil prever resultados favorables en las reclamaciones por subsidios agrícolas contra los Estados Unidos.

Si, por el contrario, el Grupo Especial considerara que cualquier subsidio otorgado a un producto básico agrícola o a todos ellos (y no a otro tipo de producto) es específico de acuerdo con el Artículo 2 del Acuerdo SMC, esta decisión aliviará sin duda a muchos Miembros que deseen presentar nuevas reclamaciones respecto de subsidios agrarios.

Por último, si el Grupo Especial elude el desafío de fijar un criterio integral respecto del tema de la "especificidad" y decide que eso sólo puede determinarse mediante el análisis de cada caso, ello generará incertidumbre entre los Miembros acerca de los resultados de nuevos casos por subsidios agropecuarios.

VI.C.2. *Determinación de la carga de la prueba*

La carga de la prueba se refiere al hecho de cuál de las partes es responsable de demostrar un caso *prima facie* de incompatibilidad con la normativa de la OMC de la medida objeto de la controversia. En el caso *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, el Órgano de Apelación formuló la siguiente declaración sobre la cuestión de la carga de la prueba:

"Al abordar esta cuestión, 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.³⁴ 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

³⁴ (nota al pie del original) M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals* (Kluwer Law International, 1996), página 117.

*carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.*³⁵

*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 "*³⁶

En el caso *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267), los Estados Unidos sostienen que Brasil no ha presentado reclamos y argumentos que establezcan una metodología para calcular el monto total de pagos que impugna de conformidad con los Artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC.

Por lo tanto, y en vista de la última parte del informe del Órgano de Apelación citado anteriormente, la cuestión principal que deberá ser dirimida por los miembros del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267) respecto de la carga de la prueba es qué tipo de pruebas se necesitan para fundar una presunción de que un subsidio (pago) agrícola puede ser impugnado conforme a los Artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC.

El Grupo Especial puede optar por uno de dos enfoques: puede exigir que la parte reclamante (*in casu*, Brasil) demuestre: (i) el monto de subsidios otorgados por los Estados Unidos al algodón americano (*Upland*) para probar la ilegalidad de las medidas objeto de controversia, o (ii) que las medidas impugnadas producen efectos desfavorables³⁷ y que son, por lo tanto, ilegales, sin haber presentado una metodología para calcular el monto total de los pagos en cuestión.

Este tema es, asimismo, extremadamente delicado puesto que repercutirá sobre la voluntad de muchos Miembros de presentar nuevas reclamaciones agrícolas ante el sistema de solución de diferencias de la OMC. En virtud de que el Miembro que subsidia el producto en cuestión es el único que controla la información necesaria para presentar ese tipo de prueba (metodología para calcular el monto total de los pagos en cuestión), muchos Miembros enfrentarán una tarea difícil para presentar nuevas reclamaciones agrícolas si éste resultara ser el criterio establecido por el Grupo Especial. Sin embargo, existen sólidos argumentos que asisten a los miembros del Grupo Especial del caso *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267) si entienden que deben decidir de otra manera, lo que, probablemente, producirá gran alivio a muchos Miembros.

VI.C.3. Los efectos desfavorables de los subsidios agropecuarios según el Acuerdo SMC: el perjuicio grave

Para poder invocar los recursos estipulados en los Artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC, deben satisfacerse los requisitos mencionados anteriormente (en la Sección V.C), de los cuales el "perjuicio grave" es uno de los más importantes y puede surgir en cualquier caso en el que se aplique una o varias de las circunstancias citadas en los apartados (a) a (d) del Artículo 6.3 del Acuerdo SMC.³⁸

³⁵ (nota al pie del original) Véase M. N. Howard, P. Crane y D. A. Hochberg, Phipson on Evidence, 14ª edición (Sweet & Maxwell, 1990), página 52: "La carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que sustancialmente afirma la cuestión." Véase también L. Rutherford y S. Bone (eds.), Osborne's Concise Law Dictionary, 8ª ed. (Sweet & Maxwell, 1993), página 266; Earl Jowitt y C. Walsh, Jowitt's Dictionary of English Law, 2ª ed. a cargo de J. Burke (Sweet & Maxwell, 1977), vol. 1, página 263; L. B. Curzon, A Directory of Law, 2ª ed. (Macdonald and Evans, 1983), página 47; Art. 9, Nouveau Code de Procédure Civile; J. Carbonnier, Droit Civil, Introduction, 20ª ed. (Presses Universitaires de France, 1991), página 320; J. Chevalier y L. Bach, Droit Civile 12ª ed. (Sirey, 1995), vol. 1, página 101; R. Guillien y J. Vincent, Termes juridiques, 10ª ed. (Dalloz, 1995), página 384; O. Samyn, P. Simonetta y C. Sogno, Dictionnaire des Termes Juridiques (Editions de Vecchi, 1986), página 250; J. González Pérez, Manual de Derecho Procesal Administrativo, 2ª ed. (Editorial Civitas, 1992), página 311; C. M. Bianca, S. Patti y G. Patti, Lessico di Diritto Civile (Giuffrè Editore, 1991), página 550; F. Galgano, Diritto Privato, 8ª ed. (Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994), página 873; y A. Trabucchi, Istituzioni di Diritto Civile (Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1991), página 210.

³⁶ Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India, Informe del Órgano de Apelación (AB 1997-1), 25 de abril de 1997, WT/DS33/AB/R, párrafo 14.

³⁷ Acuerdo SMC, Artículo 5.

³⁸ Ídem nota al pie 21.

Existen dudas respecto de la aplicabilidad de la circunstancia citada en el apartado (d) del Artículo 6.3 del Acuerdo SMC a cualquier acuerdo sobre subsidios abarcado por el AARU.³⁹ Más aun, para presentar una reclamación por perjuicio grave basada en el Artículo 6.3 (a) y (b) del Acuerdo SMC, es necesario demostrar que no se cumplen las seis condiciones estipuladas en el Artículo 6.7 de dicho Acuerdo.

En la jurisprudencia de la OMC, no se cuenta con muchos precedentes respecto de los requisitos para establecer un caso *prima facie* basado en una reclamación por "perjuicio grave". Ningún grupo especial ha considerado esta cuestión con relación a los productos básicos agropecuarios y las principales referencias sobre este tema se encuentran en el asunto *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*.⁴⁰ En esa diferencia, el Grupo Especial declaró lo siguiente respecto de la existencia de perjuicio grave:

*"En nuestra opinión, el texto del artículo XVI [del GATT de 1994] y de [la] Parte III del Acuerdo SMC deja bien claro que puede registrarse perjuicio grave cuando los intereses comerciales de un Miembro se ven afectados por la subvención."*⁴¹

Aún quedan muchas cuestiones relacionadas con la interpretación del "perjuicio grave" que no han sido puestas a prueba.⁴² Como se afirmó en la Sección I, la expiración de la Cláusula de Paz representa un hito importante para la solución de diferencias en torno de productos básicos agrícolas, sobre todo porque deja abierta la oportunidad de presentar ante la OMC nuevas reclamaciones basadas en los Artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC.⁴³ Por lo tanto, todas las decisiones del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267) respecto de la "especificidad" y el "perjuicio grave" serán pertinentes para el devenir de la solución de diferencias relativas a subsidios al agro.

Se ha afirmado que la letra del Artículo 6.3 del Acuerdo SMC sugiere que la demostración de una de las cuatro circunstancias establecidas en los apartados (a) a (d) no es prueba *per se* de que haya "perjuicio grave" conforme al Artículo 5 (c). En otras palabras, de acuerdo con esta teoría, la probabilidad de la existencia de "perjuicio grave" aumenta cuando en el caso se determina una o más de dichas circunstancias; sin embargo, el grupo especial no se vería obligado a dictaminar la existencia de perjuicio grave por la mera presencia de una o más de tales circunstancias. Empero, los que defienden este argumento no aceptan que pueda considerarse que existe perjuicio grave sin que se haya demostrado la existencia de por lo menos una de las cuatro circunstancias enumeradas en el Artículo 6.3.

Otros han sostenido que la comprobación de una de esas cuatro circunstancias obligaría al grupo especial a concluir que se produjo un "perjuicio grave" en el caso pertinente.

Si el Grupo Especial a cargo del asunto *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267) aplica el razonamiento expuesto en primer término, se convertiría en una resolución clave que incrementaría la dificultad de presentar nuevas reclamaciones sobre subsidios al agro ante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Por el contrario, si ese Grupo Especial decide reconocer que el "perjuicio grave" se produce cuando se demuestra la presencia de cualquiera de las circunstancias antes mencionadas, entonces la dificultad para presentar nuevas reclamaciones se vería minimizada, aún cuando los reclamantes todavía tendrían que enfrentar la compleja tarea de demostrar la "causalidad".

³⁹ Acuerdo SMC, Artículo 6.3 (d), nota al pie 21.

⁴⁰ Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil, Informe del Grupo Especial, WT/DS54/R.

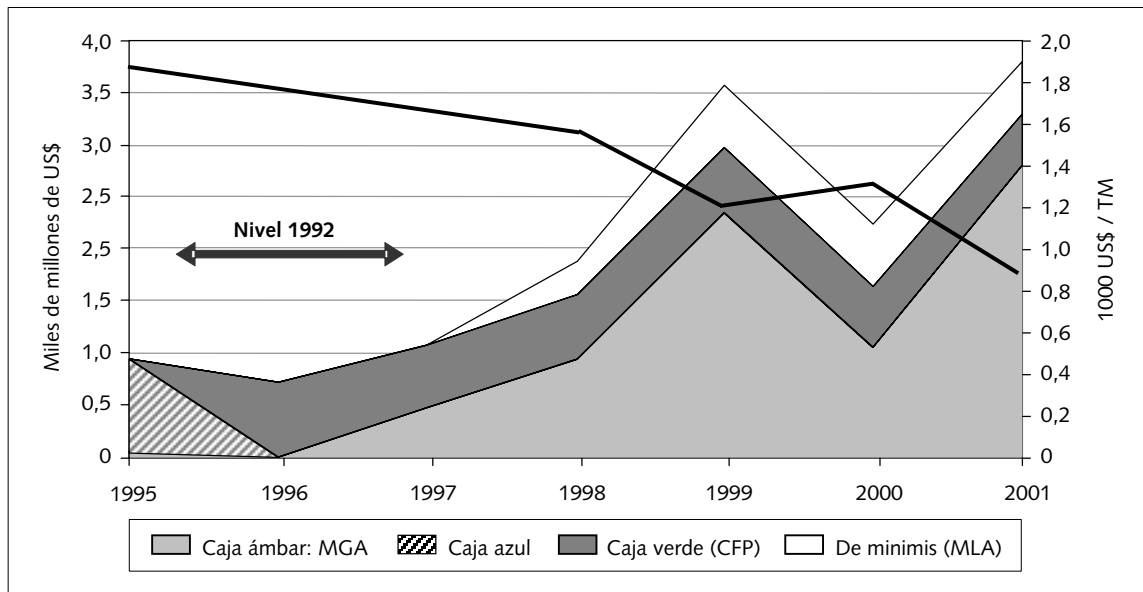
⁴¹ Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industrial del automóvil, Informe del Grupo Especial, párrafo 14.201.

⁴² Ver Mitsuo Matsushita, Schoenbaum, Thomas J. y Mavroidis, Petros C., *Op. Cit.*, pág. 281.

⁴³ Al expirar la Cláusula de Paz, una reclamación acerca de que los subsidios al agro otorgados por los EE.UU. y las CE están causando "perjuicio grave" según la letra de los Artículos 6.3 (a) y-(c) y 6.4 del Acuerdo SMC tendría mayores probabilidades de prosperar que cualquier otra teoría jurídica. Ver Steinberg, Richard H. y Josling, Timothy, *Op. Cit.*, pág. 385.

A modo de ejemplo, el siguiente gráfico muestra que hubo una reducción significativa de precios en los mercados del algodón al mismo tiempo que se comprobaba un incremento en los subsidios al algodón, lo que podría indicar una correlación entre los subsidios y los precios internacionales:

GRÁFICO 1
Algodón De los Estados Unidos: Precios y Subsidios Específicos por Producto
 Cajas: Ámbar, de Minimis (incluida la MLA), azul y verde (sólo CFP)



Fuente: Instituto de Estudios de Comercio y Negociaciones Internacionales (ICONE). Notificaciones realizadas a la OMC respecto de la ayuda interna de los Estados Unidos y USDA. Nota: MLA significa Market Loss Assistance.

En 1995, el monto total de los subsidios al algodón de los Estados Unidos era inferior a US\$1.000 millones y el precio de mercado en los Estados Unidos de este producto básico era de US\$1.868,25/tonelada. En 2001, después de seis años, los subsidios otorgados a los productores de algodón estadounidenses alcanzaron la suma de US\$3.800 millones, al tiempo que el precio descendió a US\$857/tonelada.

VI.C.4. Modelado de los efectos de los subsidios al agro

Como ya se dijo anteriormente, al presentar una reclamación sobre la base del Artículo 6.3, la parte reclamante enfrentará la difícil y compleja tarea de demostrar que los subsidios agrícolas específicos y recurribles en cuestión están causando un "perjuicio grave" conforme a lo definido en dicho Artículo.

En términos más específicos, una reclamación fundada en los apartados (a) o (b) del Artículo 6.3 exige que se demuestre que el efecto del subsidio es un desplazamiento o una obstaculización. Una reclamación en virtud del Artículo 6.3 (c) debe basarse en una comparación de precios de productos subsidiados y productos no subsidiados, que se realice en el mismo nivel de comercio y en períodos comparables y que tome en cuenta cualquier otro factor que pueda afectar la comparación de los precios.⁴⁴

Si dejamos de lado las definiciones legales de "perjuicio grave", "subsidio" y "especificidad" y suponemos que una medida es un "subsidio", que éste es "específico" y que se produce un efecto desfavorable en el mercado, es decir, un "perjuicio grave", ¿cómo podemos demostrar que dicho efecto fue el resultado de la medida objeto de controversia?

⁴⁴ Acuerdo SMC, Artículo 6.5.

Los modelos econométricos son la herramienta principal para verificar la relación de causalidad entre los subsidios y los efectos desfavorables. Sin embargo, existen muchas dificultades respecto del empleo de dichos modelos. El primer problema se relaciona con el acceso a los datos ya que, en general, sólo los países que conceden los subsidios tienen toda la información disponible sobre las políticas, los montos, los beneficiarios y el "modus operandi" de cada programa de subsidios. Esto podría acarrear la elaboración de distintos modelos econométricos con resultados dispares. El segundo problema surge de la especificación de los modelos ya que, dependiendo del objetivo procurado por las partes en litigio, pueden seleccionarse distintas especificaciones que pueden, por lo tanto, arrojar resultados diferentes, e incluso divergentes, aún cuando se emplee la misma serie de datos.

Este panorama ambiguo de los economistas permite inferir que la suerte de las decisiones del OSD de la OMC sobre el tema de la causalidad entre los subsidios agrícolas y sus efectos es totalmente incierta. A este respecto, Richard H. Steinberg y Timothy Josling nos dicen que:

"Al reflexionar acerca de las normas sobre subsidios agropecuarios de la OMC, Robert Hudec llegó a la conclusión de que sería muy difícil demostrar la causalidad: 'En manos de un hábil abogado, siempre hay una explicación alternativa para los sucesos que se han producido y siempre hay muchas más maneras de explicar aquellos que no han tenido lugar'.⁴⁵ Asimismo, Didier Chambovey se expresó recientemente respecto de las disposiciones del Artículo 6.3 y afirmó: 'Parece que un criterio semejante sería difícil de alcanzar en la práctica' y que un 'enfoque especulativo no se corresponde con un sistema cuasijudicial que tiene el derecho de emitir veredictos que son vinculantes para las partes en una controversia'.⁴⁶ Pero nosotros sostenemos que tales conclusiones son demasiado pesimistas. La causalidad es la llave de un caso exitoso, pero hay maneras de probar la causalidad que pueden sobrevivir al 'hábil abogado' de Hudec y no ser descartadas como un mero 'enfoque especulativo', como las describió Chambovey".⁴⁷

Además de los análisis planteados por los académicos recién mencionados, la historia de la jurisprudencia de la OMC demuestra que los demandados siempre han podido introducir otros factores y evitar la demostración de la causalidad por los reclamantes.

En aras de resolver el complejo tema de determinar si las medidas causaban o no un "perjuicio grave" en el asunto sobre el algodón, buena parte de los debates de dicho caso se centraron en el modelo econométrico presentado por Brasil como prueba de su reclamación. Siguiendo la jurisprudencia de la OMC y los enfoques de uso habitual de los profesores Hudec y Chambovey mencionados anteriormente, los Estados Unidos atribuyeron el hecho de que se produjera "perjuicio grave" a factores no relacionados con las medidas en disputa, registrando repetidas críticas contra el modelo empleado por Brasil.

En vista de lo expuesto, es posible que los miembros del Grupo Especial que entienden en el caso del algodón emitan una resolución que demostraría que el enfoque "pesimista" de los profesores Hudec y Chambovey es, de hecho, un enfoque "realista". Sin embargo, también es posible que decidan que hay maneras de probar la causalidad siguiendo los lineamientos planteados por Richard H. Steinberg y Timothy Josling.

El resultado de este debate es crucial para el futuro de las nuevas reclamaciones por subsidios agrícolas presentadas ante la OMC. Si el Grupo Especial decide que Brasil no probó la relación causal entre las medidas y los efectos en cuestión mediante el modelo econométrico presentado, esto puede convertirse en una resolución importante que hará que el AARU carezca de valor para la impugnación de subsidios agrícolas específicos y recurribles debido al elevado nivel de prueba requerido por el OSD.

⁴⁵ (nota al pie del original) Ver Hudec, Robert E. "Does the Agreement on Agriculture Work? Agricultural Disputes after the Uruguay Round." Documento de trabajo N° 98-2, International Agricultural Trade Research Consortium, abril de 1998, pág 10.

⁴⁶ (nota al pie del original) Ver Chambovey, Didier. "How the expiry of the Peace Clause (Article 13 of the WTO Agreement on Agriculture) Might Alter Disciplines on Agricultural Subsidies in the WTO Framework". 36(2), (Journal of World Trade 305, 2002), págs.. 324 y 351.

⁴⁷ Ver referencia en la nota al pie 25, pág. 391.

VII. CONCLUSIÓN

La Organización Mundial del Comercio (OMC) ha fijado nuevas normas para la regulación del comercio internacional. El establecimiento de un nuevo mecanismo de solución de diferencias en la OMC fue el resultado de la evolución del sistema comercial en su totalidad, les confirió exigibilidad a esas normas y, por ende, estabilidad y previsibilidad a las relaciones comerciales.

Durante la Ronda Uruguay se regularon nuevas áreas y cuestiones que pasaron a ser parte del sistema multilateral de comercio. La agricultura ha cobrado una dimensión muy importante entre dichas cuestiones teniendo en cuenta su importancia y su histórico carácter delicado para la mayoría de los países intervinientes en las negociaciones.

Consiguientemente, el Acuerdo sobre la Agricultura de la Ronda Uruguay (AARU) ha establecido las normas sobre ayuda interna y subsidios a la exportación para el sector agropecuario. Por primera vez hubo una serie de compromisos que podían aplicarse a los países que otorgan subsidios, tales como la limitación global y la reducción de ciertas categorías de subsidios al agro. Sin embargo, el trato establecido por el AARU con respecto a los subsidios agropecuarios no fue similar al tratamiento conferido a los subsidios no agrícolas (regidos únicamente por el Acuerdo SMC), básicamente debido a la existencia de la Cláusula de Paz, que era una severa restricción para las impugnaciones de los subsidios al agro.

La expiración de la Cláusula de Paz el 31 de diciembre de 2003, además de eliminar las restricciones legales para impugnar subsidios agropecuarios distorsivos del comercio ante la OMC, también condujo a una reorganización jurídica de las normas aplicables a las diferencias. Esto implica que los subsidios al agro van a ser pasibles de más impugnaciones ante la OMC. Es posible que surjan nuevas diferencias relacionadas con los subsidios agrícolas en el marco de la OMC, lo cual puede tener un impacto directo sobre la liberalización del comercio. El Cuadro 3 y el Gráfico 2 muestran que, durante la última década, los Estados Unidos otorgaron una gran cantidad de subsidios a otros productos básicos, principalmente el arroz y el trigo, mientras que se produjo una baja en los precios del mercado estadounidense de esos productos básicos, con lo que estaríamos frente a una situación similar a la del algodón:

CUADRO 3
Evolución de los Subsidios y de los Precios de los Estados Unidos respecto de Determinados Productos Básicos

Producto de EE.UU.	Cajas	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
ALGODÓN	Verde*	---	699,1	597,2	637,1	614,0	575,2	473,5
	Azul	901,0	---	---	---	---	---	---
	Ámbar	32,0	3,4	465,6	926,7	2.353,1	1.049,8	2.810,1
	De minimis*	---	---	---	316,2	613,3	612,7	523,8
	TOTAL	933,0	702,5	1.062,8	1.879,9	3.580,4	2.237,7	3.807,5
	Precio promedio (US\$/TM)	1.868,2	1.775,6	1.664,6	1.586,3	1.182,5	1.316,9	857,2
TRIGO	Verde*	---	1.940,5	1.396,8	1.496,2	1.445,6	1.337,8	1.076,0
	Azul	2.127,0	---	---	---	---	---	---
	Ámbar	5,0	8,2	36,5	515,6	973,9	847,2	189,4
	De minimis*	---	---	---	744,7	1.445,1	1.444,4	1.223,4
	TOTAL	2.131,9	1.948,8	1.433,3	2.756,4	3.864,6	3.629,4	2.488,8
	Precio promedio (US\$/TM)	164,04	158,36	122,70	97,81	89,41	95,17	102,14
ARROZ	Verde*	---	455,1	448,3	477,6	465,6	433,1	352,3
	Azul	511	---	---	---	---	---	---
	Ámbar	11,6	5,8	6,4	20,8	435,0	624,4	762,9
	De minimis*	---	---	---	237,9	464,5	463,8	397,6
	TOTAL	522,7	460,9	454,7	736,4	1.365,1	1.521,3	1.512,8
	Precio promedio (US\$/TM)	192,0	216,8	211,6	201,6	131,8	121,3	94,7

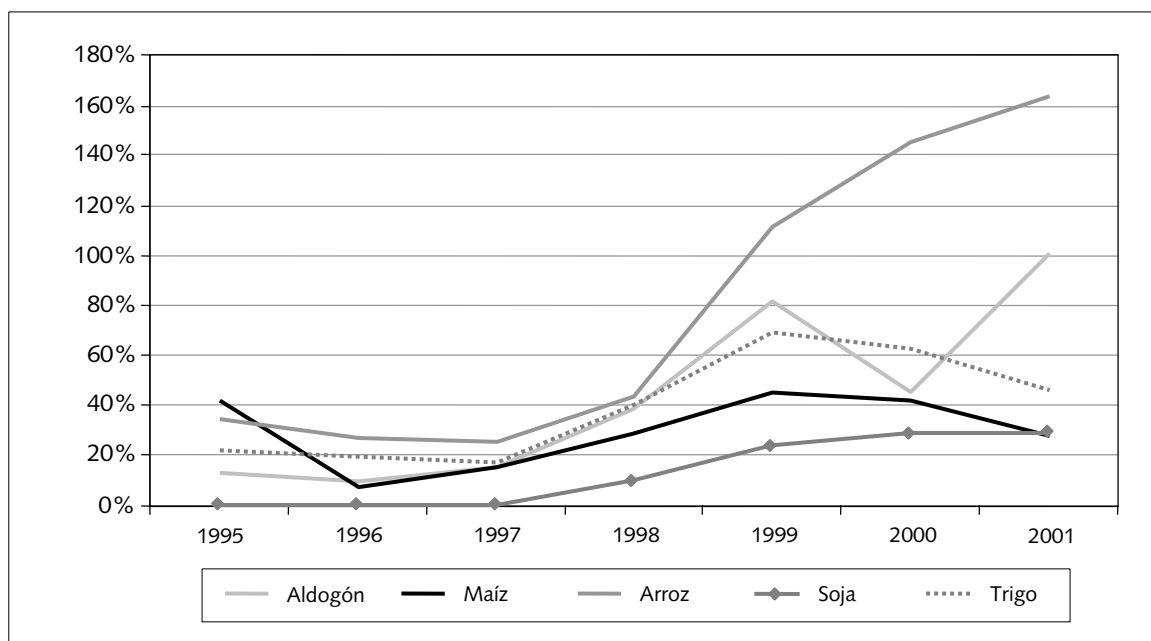
CUADRO 3 (continuación)

SOJA	Verde*	---	---	---	---	---	---	---
	Azul	---	---	---	---	---	---	---
	Ámbar	16,3	13,8	31,2	1.275,3	2.856,1	3.606,4	3.610,0
	De minimis*	---	---	---	---	---	---	---
	TOTAL	16,3	13,8	31,2	1.275,3	2.856,1	3.606,4	3.610,0
	Precio promedio (US\$/TM)	246,1	269,5	237,4	180,9	169,0	166,1	160,2
MAÍZ	Verde*	---	1.745,0	3.384,2	2.632,5	2.545,7	2.350,8	1.894,7
	Azul	3.009,0	---	---	---	---	---	---
	Ámbar	32,1	28,3	150,0	1.533,5	2.554,2	2.756,7	1.269,7
	De minimis*	---	---	---	1.307,6	2.544,1	2.544,5	2.156,5
	TOTAL	3.041,1	1.773,3	3.534,2	5.473,7	7.644,0	7.652,0	5.320,9
	Precio promedio (US\$/TM)	38,74	107,93	95,57	76,34	71,40	73,45	78,22
Compromisos en materia de MGA de los EE.UU.		23.083,1	22.287,2	21.491,2	20.695,2	19.899,3	19.103,3	19.103,3

Nota: * Los montos relacionados con la caja verde y el nivel *de minimis* son los datos disponibles por producto específico. Los datos se refieren a las campañas de comercialización, excepto en el caso del programa de contratos de flexibilidad en la producción (caja verde), que se refieren al ejercicio fiscal.

Fuente: Instituto de Estudios de Comercio y Negociaciones Internacionales (ICONE). Notificaciones realizadas a la OMC respecto de la ayuda interna de los Estados Unidos.

GRÁFICO 2
Porcentaje de Subsidios en el Valor de la Producción



Fuente: Instituto de Estudios de Comercio y Negociaciones Internacionales (ICONE). Notificaciones realizadas a la OMC respecto de la ayuda interna de los Estados Unidos.

Según los datos disponibles, algunos productos básicos de los Estados Unidos recibieron importantísimos subsidios. Tanto el algodón como el arroz fueron subsidiados por montos que excedieron el 100% del valor de su producción total (es decir, 163,5% en el caso del arroz y 100,5% en el del algodón), lo cual ha llevado a que los productores obtengan más fondos del gobierno de los Estados Unidos que de la venta de sus productos en el mercado. En el caso del trigo, el porcentaje fue de aproximadamente el 46%.

A pesar de la posibilidad de impugnar los subsidios agrícolas que distorsionan el comercio después de la expiración de la Cláusula de Paz, no hay certezas acerca de que dichos subsidios se vean reducidos en el foro multilateral. En primer término, existen ciertas dificultades legales para establecer una conformidad entre los subsidios agropecuarios y las normas fijadas para los subsidios no agrícolas (Acuerdo SMC), tales como la definición de las "subvenciones", su "especificidad" y los requisitos necesarios para demostrar los "efectos desfavorables" de dichos subsidios. Al abordar estos temas, el mecanismo de solución de diferencias desempeñará un papel muy importante, y se espera que los resultados del Grupo Especial (y del Órgano de Apelación, si corresponde) de la OMC sobre el asunto del algodón establezcan criterios significativos que contribuyan a la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio.

Al estudiar los datos respecto de los subsidios concedidos por los Estados Unidos, advertimos que el algodón es uno de los productos básicos más subsidiados en ese país. Por lo tanto, el caso del algodón puede sentar un importante precedente en la jurisprudencia de la OMC. El informe del Grupo Especial (así como el del Órgano de Apelación si se llega a esa instancia) en el asunto *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)* (DS 267) no sólo será de gran pertinencia para definir la interpretación de las cuestiones jurídicas que debe prevalecer, sino que también –y esto es más importante– dará lugar a consecuencias prácticas y políticas sobre la determinación del grado de conformidad de los subsidios al agro de los Estados Unidos con las normas de la OMC.

El 26 de abril, el Grupo Especial emitió un informe provisional confidencial que contenía importantes conclusiones acerca de la diferencia. El informe era mayoritariamente favorable a las reclamaciones brasileñas y el informe definitivo del 18 de junio de 2004 confirmó ese entendimiento. El Grupo Especial consideró que los subsidios internos concedidos por los Estados Unidos a la producción del algodón superaban los límites negociados internacionalmente y que, por lo tanto, no merecían la protección de la "Cláusula de Paz". Después de decidir que la Cláusula de Paz no se aplicaba a los subsidios al algodón de los Estados Unidos, el Grupo Especial determinó que dichos subsidios causaron un perjuicio grave a los productores algodoneros brasileños al contener el alza del precio del algodón.

El Grupo Especial consideró que los Estados Unidos habían ignorado los compromisos asumidos durante la Ronda Uruguay en materia de subsidios internos. También arribó a la conclusión de que los programas tales como los contratos de flexibilidad en la producción, notificados como subsidios de la caja verde (no vinculados a la producción y, por ende, no distorsivos del comercio), en realidad subsidiaban a los productores algodoneros y, en consecuencia, producían un impacto negativo en el comercio de este producto básico específico.

Si el informe definitivo del Órgano de Apelación (en caso de que alguna de las partes decida apelar) confirma esa decisión, este hecho tendrá implicancias críticas para las disciplinas en materia de subsidios al agro. Las últimas reformas en los programas de subsidios agropecuarios promovidas por los Estados Unidos, las Comunidades Europeas y Japón muestran que los principales países del mundo que subsidian su agricultura están transfiriendo sus subsidios de las cajas ámbar y azul a la caja verde con el fin de que dichos programas cumplan con los compromisos asumidos ante la OMC y, al mismo tiempo, de eludir algunas de las disciplinas más restrictivas impuestas sobre las cajas ámbar y azul. Otra conclusión importante es que los programas estadounidenses de créditos a la exportación parecen haber sido considerados subsidios prohibidos y, por ende, ilegales.

Si el tema de los subsidios no se aborda correctamente en las negociaciones multilaterales, el precedente que sentaría el Grupo Especial a cargo del asunto del algodón podría llevar a nuevas reclamaciones respecto de otros productos básicos, lo que resultaría gravoso para el proceso de liberalización multilateral. Vale la pena

mencionar que habitualmente las controversias comerciales se consideran como la última instancia para la resolución de diferencias entre socios comerciales. Las controversias comerciales por lo general afectan las corrientes de comercio y conllevan costos políticos y económicos.

Sin embargo, si dichas disputas se inician, deben conducir a un equilibrio de los derechos en el sistema de comercio, y el sistema de solución de diferencias debe esforzarse por mejorar su previsibilidad y su seguridad al disuadir las iniciativas proteccionistas.

Las conclusiones del informe definitivo del Grupo Especial y, si se apela, del Órgano de Apelación pueden afectar la estrategia de negociación de los Miembros que procuran la liberalización agropecuaria en el foro multilateral. Una resolución que demuestre que las normas existentes no son capaces de poner coto a las iniciativas proteccionistas incrementará la presión sobre las actuales negociaciones de la Ronda de Doha.

MESA REDONDA:

**PERSPECTIVAS PARA LA SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS EN LA OMC
SOBRE CUESTIONES AGRÍCOLAS**

PARTICIPANTES: CARLOS PÉREZ DEL CASTILLO, JOHN WEEKES, ERNST-ULRICH PETERSMANN, FÉLIX PEÑA Y MARCOS JANK.

MODERADOR Y RAPORTEUR: JAIME GRANADOS

El Sr. Carlos Pérez del Castillo inició indicando que la magnitud y complejidad de los casos agrícolas recientemente sometidos al mecanismo de solución de controversias de la OMC (algodón y azúcar) ponen a las negociaciones agrícolas bajo una nueva perspectiva. La expiración de la Cláusula de Paz abre nuevas posibilidades y desafíos para las negociaciones agrícolas en la OMC. Sin embargo, el Sr. Pérez del Castillo indicó que el uso del mecanismo de solución de controversias para empujar ciertos intereses en la mesa de negociación es una función de las siguientes variables:

- 1) el progreso que se registre en las negociaciones agrícolas bajo la Agenda de Desarrollo de Doha. Si hay posibilidad de alcanzar resultados ambiciosos –lo cual es factible– no va a haber una tendencia a activar el mecanismo con frecuencia. Por el contrario, se podría generar una avalancha de casos si el futuro acuerdo agrícola no es bueno. En opinión del Embajador Pérez del Castillo, la introducción de múltiples acciones en materia agrícola puede tener un efecto negativo sobre las negociaciones. Estima que, conforme avanzan las negociaciones, cada vez habrá menos necesidad de activar el mecanismo de solución de controversias;
- 2) el contexto político en que se desenvuelven las negociaciones. Normalmente los países son cuidadosos a la hora de iniciar acciones legales y toman en cuenta el contexto más amplio de las relaciones comerciales como elemento para decidir iniciar o no una acción.
- 3) el costo económico de las acciones legales. No siempre la industria afectada está en capacidad o disposición de asumir los costos de iniciar una acción legal en el contexto de la OMC. Tales costos pueden ser muy altos y las empresas necesitan ver un beneficio claro que muchas veces no se puede asegurar por múltiples razones. Los gobiernos, por ello, deberán contar con los recursos financieros necesarios para hacer frente al desafío asociado a una acción legal multilateral.

El Sr. Pérez del Castillo estima que en la Agenda de Desarrollo de Doha se está frente a una nueva y excelente oportunidad para combatir el proteccionismo agrícola mediante una negociación ambiciosa y profunda. Los gobiernos no deben dejarla pasar.

El Sr. John Weekes inicia reconociendo que este tema es difícil de abordar y que se hace necesario reflexionar sobre lo que se creía haber creado durante la Ronda Uruguay: un nuevo conjunto de reglas para promover la reforma agrícola. No obstante, los niveles de protección y de apoyo interno se han mantenido muy altos. El

lenguaje acordado no ha sido puesto a prueba en muchos casos, en particular el lenguaje relacionado con la imposición de derechos compensatorios y antidumping; en primer lugar debido a la existencia misma de la Cláusula de Paz, y en segundo lugar porque en términos generales los niveles de subsidio no han sido tan extremadamente altos que ameriten una acción legal. Hasta la fecha no le ha correspondido a un grupo especial determinar la existencia de perjuicio grave en un caso agrícola. El caso del Algodón que inició Brasil el año anterior deberá ser resuelto en estas semanas y su resultado final, si el mismo es apelado, podrá conocerse a finales de este año (2004). Esta decisión tendrá un impacto enorme en el análisis que se pueda hacer de estos asuntos. El mismo argumento es válido respecto de la decisión relativa al caso del azúcar. El documento de Jank, Araújo y Díaz¹ demuestra cómo este sector ha estado completamente aislado de las señales del mercado. La combinación de todos los subsidios otorgados en Estados Unidos al algodón ha tenido un efecto muy particular: si bien los precios del algodón han tendido a la baja, con precios bajos récord en el año 2002, ha habido aumentos en los subsidios por acre que han hecho que las exportaciones de ese país hayan aumentado del 19% al 42% en el año 2002-2003. Como se puede observar, las exportaciones se duplicaron a pesar del aumento en el precio del dólar. A la luz de tan egregios hechos, la determinación de la existencia de perjuicio grave sea quizás más fácil que en el caso de otros productos básicos. En este reclamo de Brasil también es relevante el tema de la clasificación de los subsidios: si bien lo que Brasil reclama es que existe un subsidio a las exportaciones, el mismo no ha sido catalogado como tal por lo que si al final se determina que la medida es un subsidio a la exportación, la misma deberá ser modificada o eliminada. Finalmente, el Sr. Weekes apoya la intervención anterior en el sentido de que la atención debe enfocarse hacia la negociación, en parte por lo dicho en cuanto a las dificultades de las acciones legales, sus remedios y efectos. Las negociaciones pueden verse reforzadas por la presencia de controversias en litigio, las cuales a su vez pueden tener repercusiones sobre las negociaciones relativas a otros productos básicos.

El tercer comentarista, el Sr. Petersmann, comparte la opinión de los dos anteriores participantes en el sentido de que la solución de diferencias relativas a la agricultura puede llegar a ser particularmente delicada y estar sujeta a presiones políticas. Mientras que las negociaciones de la Ronda Kennedy no se habían visto afectadas por diferencias agrícolas específicas, las negociaciones de la Ronda de Tokio se vieron influidas por una serie de constataciones de procedimientos de solución de diferencias sustanciados en el marco del GATT contra las Comunidades Europeas en, por ejemplo, *CEE - Protección de la carne de bovino*, *CEE - Subvenciones a la alimentación animal*, *CEE - precios mínimos para la importación*, *CEE - Restricciones a las importaciones de manzanas* y *CEE - Reintegros por las exportaciones de azúcar*. Algunas de estas diferencias del GATT influyeron claramente en el resultado de las negociaciones de la Ronda de Tokio (por ejemplo, el Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino de 1979). En virtud del impacto negativo que esta serie de constataciones adversas de los grupos especiales del GATT tuvo sobre restricciones a la importación y los subsidios a los productos agropecuarios adoptados por las Comunidades Europeas, éstas se opusieron a la creación de una Oficina Legal del GATT hasta 1983, año en que el GATT, por primera vez en su historia, pudo por fin establecer una pequeña Oficina de Asuntos Jurídicos. Tras la Ronda de Tokio y el lanzamiento de la Ronda Uruguay en 1986, una serie de procedimientos de solución de diferencias en el marco del GATT demostró que las restricciones a la importación, los subsidios nacionales y los derechos compensatorios podían impugnarse de manera más eficaz a través del GATT, mientras que no sucedía lo mismo con los subsidios a la exportación de productos agropecuarios. Esta experiencia negativa en relación con los procedimientos de solución de diferencias del GATT respaldó e intensificó aún más las negociaciones políticas de la Ronda Uruguay sobre los compromisos relativos a los subsidios a la exportación. Durante la Ronda Uruguay, un conjunto de procedimientos de solución de diferencias en el marco del GATT que impugnaban las restricciones cuantitativas a la importación de productos agropecuarios contribuyó sustancialmente, asimismo, a respaldar las negociaciones sobre las normas y compromisos de acceso a los mercados (por ejemplo, al demostrar que la mayoría de las restricciones cuantitativas relacionadas con productos agropecuarios violaban el Artículo XI.2(c) del GATT). Algunas de estas diferencias pusieron de manifiesto las deficiencias de los procedimientos y sanciones del GATT, por ejemplo cuando se obstaculizaba la adopción de los informes de grupos especiales por razones políticas (como ocurrió en las diferencias relativas al banano), o cuando cada año se volvían a adoptar medidas ilegales de salvaguarda que obligaban a reiterar las reclamaciones (por ejemplo, contra las restricciones estacionales a la importación de manzanas impuestas por la CEE). El procedimiento de solución de diferencias relativo a las oleaginosas así como

¹ Incluido en este libro.

las negociaciones paralelas de la Ronda Uruguay sobre nuevas normas aplicables a productos agropecuarios no sólo facilitaron la solución del conflicto sobre semillas oleaginosas sino que también permitieron que el Acuerdo Blair House de 1992 diera paso al Acuerdo sobre la Agricultura de la Ronda Uruguay, en 1994.

Si bien la "Cláusula de Paz" del Artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC limitaba la posibilidad de recurrir a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, desde la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC en 1995 ya se han presentado más de diez procedimientos para impugnar las restricciones al acceso a los mercados (por ejemplo, de los productos lácteos), los subsidios nacionales (por ejemplo, al algodón) y los subsidios a la exportación de productos agrícolas (como el azúcar). La mayoría de los informes relativos a diferencias agrícolas ya presentados por grupos especiales de la OMC se refieren a restricciones al acceso a los mercados (por ejemplo, para la importación de salmón, coco disecado, bananos, ganado bovino alimentado con hormonas, productos derivados de aves de corral, manzanas, leche y productos lácteos, carne vacuna, gluten de trigo, cordero, aceites vegetales, sardinas, duraznos). Los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación de 1999 sobre el caso *Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos* llevaron a la primera resolución de la OMC acerca de que los subsidios a la exportación de ciertos productos lácteos excedían los niveles de compromiso especificados en la Lista de Canadá respecto de la cantidad, en franca violación de los Artículos 3.3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura. El informe del grupo especial de 1999 y el del Órgano de Apelación del año 2000 sobre el asunto *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las empresas de ventas en el extranjero* resolvieron que los Estados Unidos no habían actuado de conformidad con las obligaciones especificadas en los Artículos 10.1 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura al aplicar subsidios a las exportaciones –a través de la medida aplicada a las empresas de ventas en el extranjero (o EVE)– de una manera que llevaba o amenazaba con llevar a una elusión de sus compromisos en materia de subsidios a las exportaciones de productos agropecuarios; sin embargo, el Órgano de Apelación revirtió la constatación del grupo especial de que la medida adoptada en relación con las EVE implicaba "el otorgamiento de subvenciones para reducir los costos de comercialización de las exportaciones" de los productos agrícolas en violación de los Artículos 3.3 y 9.1(d) del Acuerdo sobre la Agricultura. Las constataciones detalladas en el informe del grupo especial a cargo del asunto *Corea - Medidas que afectan las importaciones de carne vacuna* sobre que la ayuda interna que Corea brindaba a la carne vacuna superaba los niveles de compromiso asumidos por ese país en violación de los Artículos 3.2 y 7.2(a) del Acuerdo sobre la Agricultura fueron revocadas por el Órgano de Apelación.

El grupo especial que intervino en el asunto *Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado* constató, tal como figura en su informe del año 2004, que ciertas restricciones a las importaciones impuestas por Canadá incumplían el Artículo III.4 del GATT, pero que los Estados Unidos no pudieron probar su reclamación en cuanto a que el régimen de exportación de la Junta Canadiense del Trigo infringía el Artículo XVII.1 del GATT. Estas constataciones están actualmente en proceso de revisión por parte del Órgano de Apelación. En la diferencia *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland)*, un informe provisional aún confidencial del grupo especial emitido el 26 de abril de 2004 constató que varias medidas de ayuda al algodón adoptadas por los Estados Unidos vulneran el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo sobre Subvenciones de la OMC y no están enmarcadas en la Cláusula de Paz (Artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura). El grupo especial constató, *inter alia*, que los programas de garantía de créditos a la exportación ofrecían subsidios ilegales a las exportaciones y que las medidas de ayuda adoptadas por los Estados Unidos habían causado graves perjuicios a los intereses de los productores brasileños al contener la subida de los precios del algodón. La diferencia relativa al algodón también es la primera que impugna la clasificación de los Miembros de la OMC de que los subsidios nacionales deben considerarse "subsidios de caja verde" eximidos de los compromisos de reducción de subsidios de la OMC.

Dos son las conclusiones importantes en materia de políticas que pueden extraerse de esta reseña por demás incompleta de los procedimientos de solución de diferencias del GATT/OMC relativos a productos agropecuarios. En primer lugar, estos procedimientos de la OMC pueden dar lugar a negociaciones sobre cuestiones agrícolas en el marco de dicha Organización, por lo que deberían reconocerse como herramientas legítimas y complementarias de las negociaciones políticas, a pesar de las frecuentes protestas por parte de los países demandados en el sentido de que tales litigios ponen en riesgo el éxito de las negociaciones. En segundo lugar, la "bicicleta del GATT de 1947" ha evolucionado hasta transformarse en el "triciclo de la OMC" (el

cual se apoya en las negociaciones intergubernamentales, las diferencias y las ratificaciones nacionales de los acuerdos de la OMC), que puede beneficiarse de la mayor potencia de un “vehículo de cuatro ruedas” dada por el aumento de la capacidad institucional de la OMC (por ejemplo, de su Director General) para defender los intereses colectivos de la OMC frente a los negociadores nacionales, los órganos de solución de diferencias de la OMC y las ONG, cuyos intereses son específicos.

El cuarto participante, el Sr. Félix Peña, indicó que en términos generales comparte la línea de argumentación adoptada por los anteriores participantes. Agrega que hay aquí una cuestión de poder. A veces lo que no se puede lograr en las negociaciones no necesariamente se puede lograr por la vía de una acumulación de casos. La pregunta es hasta qué punto una serie de casos exitosos puede facilitar las negociaciones sobre subsidios a la exportación de los países desarrollados. Esto puede ser fácil si se tiene éxito en los litigios y si esto produce un efecto disuasorio en los países que subsidian. Si se pierden los casos, la situación puede complicarse más. Aún más, agrega este participante, otro escenario puede derivarse de la misma situación: los países que subsidian pierden los litigios en OMC y optan por compensar en otros sectores o bien deciden poner la medida específica reclamada de conformidad con sus obligaciones ante la OMC, sin acordar en las negociaciones introducir reformas horizontales sobre todo su sistema de subsidios agrícolas. Es decir, dejan la reforma agrícola interna sujeta al ritmo de litigios internacionales que normalmente son largos, caros y complejos. Es difícil diseñar una estrategia sobre cómo manejar y utilizar el litigio para lograr objetivos concretos. El análisis que hacen Jank, Araújo y Díaz puede servir para iniciar acciones legales aún antes de haber expirado la Cláusula de Paz. La Unión Europea y Estados Unidos deben estar preocupados al respecto. El Sr. Peña estima que uno de los elementos que hay que aprovechar para movilizar a la opinión pública es informar sobre la distribución y concentración de los subsidios. La información aquí disponible ayuda a esas labores.

El cuarto comentarista, el Sr. Marcos Jank, indica estar de acuerdo con el primero en el sentido de que el mejor resultado por mucho es un acuerdo agrícola ambicioso. La multiplicación de casos no es la solución y en todo caso los honorarios de los abogados que llevan estas acciones son extremadamente altos. El punto importante de las acciones legales iniciadas, en su opinión, es dar el mensaje a los países desarrollados de que hoy las cosas no son como eran antes. La caja azul, por ejemplo, fue una creación de Europa y Estados Unidos en Blair House para acomodar sus políticas agrícolas del momento. Lo que se vio recientemente en Cancún es una coalición de países en desarrollo tales como Brasil, Sudáfrica y otros intentando que sus intereses comunes encuentren acomodo en las negociaciones, convencidos de que la OMC es el mejor foro para discutir la eliminación de los subsidios agrícolas. Estos países buscan limitar el apoyo interno específico por producto, podrían estar preparados para aceptar una nueva caja azul y creen necesario eliminar la caja ámbar. Lo que no encuentran aceptable es que las reducciones sobre la caja ámbar sean insignificantes. Igualmente, persiguen disciplinar mejor la caja verde porque hay problemas serios de clasificación de las medidas ahí incluidas, algunas de las cuales son claramente distorsivas. Este comentarista indica que en Brasil la gente está a la expectativa, siguiendo con interés estos temas y preocupada por lo que suceda en la OMC. Lo mismo sucede con respecto al ALCA, donde Estados Unidos y Brasil discuten cómo lograr un adecuado acomodado a sus intereses. El comentarista estima que en Cancún las posiciones estuvieron realmente cerca de lograr un acuerdo marco. Simplemente no hubo oportunidad para discutir. Dadas las frustraciones generadas en todos estos foros, en Brasil hay hoy un entusiasmo generalizado por iniciar acciones legales ante la OMC. Muchas asociaciones y gremios claman por litigios. Dijo que en estas semanas él ha salido a opinar públicamente, junto con otras personas, que los litigios no son la solución. Es muy difícil para Brasil llevar casos a la OMC. Lo ideal es mejorar las reglas por la vía de la negociación. Sobre las últimas reflexiones del comentarista anterior, este participante concuerda que es importante informar sobre la distribución y concentración de los subsidios ya que los datos son interesantes: en el caso de Estados Unidos, son los grandes granjeros en el Medio Oeste quienes se benefician desproporcionadamente de los subsidios. Hubo una importante campaña de información el año pasado montada por OXFAM en torno al tema de los subsidios y apoyos internos al azúcar y al algodón con un claro impacto sobre la opinión pública.

CONCLUSIONES GENERALES

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES

INTERGUBERNAMENTALES: ENFOQUES

Y NEGOCIACIONES MULTILATERALES Y REGIONALES

JULIO LACARTE Y JAIME GRANADOS

Este libro compila una variedad muy amplia de puntos de vista en torno a muy diferentes aspectos de los mecanismos de solución de controversias comerciales a nivel internacional y sus negociaciones. El desafío de estas conclusiones radica en destilar en forma muy resumida las principales conclusiones emanadas de la riqueza intelectual del intercambio de ideas que hemos presenciado en los Capítulos. El tema de solución de controversias por sí mismo es sumamente amplio y a través de estas páginas hemos podido ver sus múltiples facetas y detalles. Sin embargo, en su conjunto creemos entrever las siguientes ideas generales:

1. LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SON UN FACTOR DE ÉXITO DE LAS RELACIONES COMERCIALES Y DE INVERSIÓN

El éxito de las relaciones comerciales internacionales depende en gran medida de la credibilidad que tengan los múltiples instrumentos jurídicos internacionales que hoy las gobiernan, no sólo en los términos clásicos de permitir el acceso a los mercados de bienes, servicios e inversión sino también porque dichos instrumentos brindan seguridades para el productor, el comerciante y el inversionista. Estas seguridades comprenden un amplio haz de sub-temas que incluyen la transparencia del sistema así como la existencia de mecanismos que le permitan resolver en forma efectiva y eficiente las controversias que se presenten antes, durante y después de una operación comercial o de la ejecución de una inversión. Hay un claro consenso en que los mecanismos de solución de diferencias son la piedra de toque de los acuerdos comerciales y de inversión. La globalización que atestigua el mundo de hoy tiene como una de sus características principales el reconocimiento del rol del mercado como instrumento clave para generar bienestar en la sociedad. La liberalización del comercio y de las cuentas de capital, fundamentalmente a través de acuerdos internacionales recíprocos de carácter multilateral, regional, sub-regional o de otro tipo, facilitan el proceso de internalización de los compromisos comerciales adquiridos. Sin embargo, conforme avanzan estos procesos, es obvio que los gobiernos sientan presiones domésticas que podrían, por acción u omisión, desembocar en el incumplimiento de ciertos compromisos. Entre más se profundice la apertura económica es natural que con más frecuencia haya controversias por resolver. Aunados a los beneficios que pueden traer estos acuerdos hay obviamente un aumento de las posibilidades de fricción ocasional que anteriormente no existían dada la ausencia de flujos de comercio e inversión. Igualmente, la interacción de estos temas con otros valores de nuestra sociedad global (derechos laborales, protección ambiental, tutela de los derechos humanos, promoción de la democracia, etc.) irá tejiendo una dinámica internacional donde con frecuencia el litigio y la negociación sean elementos para contribuir a la

solución de los problemas que se presenten. De ahí que el tema de las controversias comerciales cobrará paulatinamente mayor importancia. Se observa entonces una tendencia hacia el mejoramiento de los mecanismos de solución de controversias. Este mejoramiento, como lo señala Peña en su capítulo, tiene igualmente muchas dimensiones entre las que sobresalen el creciente recurso a las reglas en abandono progresivo de los mecanismos que se apoyan en los pesos diplomáticos relativos de las partes. Esto se traduce principalmente en mecanismos de naturaleza judicial o cuasi-judicial, procedimientos más completos y complejos, el reconocimiento de la importancia de la eficiencia y la eficacia en la solución de los problemas, mayor carácter obligatorio de las decisiones o sentencias, mayor participación de terceras partes y mayor transparencia interna y externa. Todo esto ha sido el resultado, sin embargo, de un enfoque flexible y pragmático con que los países han abordado los temas. No hay camisas de fuerza. Independientemente del grado de autonomía que pueda tener un país en el concierto de las relaciones internacionales, los compromisos se asumen bajo el entendimiento de que son, como lo señala Paulsson en su Capítulo, el resultado de un análisis costo/beneficio que indica que las ganancias netas son muy superiores a los costos en términos del sacrificio de soberanía en que a veces se cree haber incurrido. Este enfoque pragmático y flexible debe continuar iluminando las acciones de quienes actualmente y en el futuro negocien nuevos mecanismos de solución de controversias o revisen los existentes y su problemática.

2. LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SON UN FACTOR DE APOYO DE LAS REFORMAS ECONÓMICAS INTERNAS EN EL MUNDO EN DESARROLLO

La estrecha relación que existe entre los acuerdos comerciales y los procesos de reforma económica en el mundo en desarrollo nos obliga a establecer una relación entre los mecanismos de solución de controversias y dichos procesos de reforma económica estructural. Los acuerdos comerciales y de inversión están diseñados para disminuir en gran medida el margen de maniobra o el espacio que los gobiernos tradicionalmente han tenido para el diseño e implementación de ciertas políticas públicas de carácter económico y comercial. Esta función de consolidación de las reformas iniciadas desde los años 80 en mucho del mundo en desarrollo es reconocida ampliamente como una de las externalidades positivas más importantes de las negociaciones comerciales internacionales. Esta función ayuda también –como lo señala Ehandi en su Capítulo- a los gobiernos a reducir las presiones del sector privado nacional que abogan por una determinada salida a un problema específico que puede violar el acuerdo, lo cual nuevamente va en abono de la credibilidad de la reforma. En este orden de ideas, la disponibilidad de mecanismos de solución de controversias permite al Estado hacer promesas creíbles. Este es un claro mensaje que un gobierno da al inversionista internacional en sus esfuerzos por atraer a su territorio flujos de inversión que en última instancia pueden generar divisas, empleo, transferencia tecnológica y de conocimientos, desarrollo de "clusters" productivos y prestigio internacional. Los mecanismos se convierten, entonces, en un factor importante para garantizar el proceso de reforma y dan una idea de la credibilidad de esa reforma porque asignan consecuencias jurídicas y económicas claras a la violación de las normas negociadas. De hecho, se puede argumentar que el carácter de los mecanismos es un barómetro de la seriedad con que se emprenden las reformas vía un acuerdo comercial o de inversiones.

3. EXISTE UNA RELACIÓN DIRECTA ENTRE LOS NIVELES DE PROFUNDIDAD DE LA INTEGRACIÓN SUBYACENTE Y LOS NIVELES DE LEGALIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Hemos podido observar una muy amplia variedad de mecanismos de solución de controversias en todos los acuerdos internacionales que hemos explorado. Vemos que hay una relación directa entre los niveles de profundidad y ambición de los acuerdos comerciales y los niveles de legalización de los respectivos mecanismos de solución de controversias. Con esto en mente, creemos que es posible determinar ciertas tipologías muy básicas discernibles a través de los acuerdos:

Preferencias comerciales: mecanismos diplomáticos

Podemos iniciar con el caso de ALADI. ALADI es un acuerdo marco bajo el cual muchos de los países de América Latina negocian preferencias arancelarias entre sí. El alcance de la mayoría de las preferencias típicas otorgadas en el contexto de ALADI está muy lejos de constituir una integración ambiciosa por la vía de concesiones comerciales en sectores sensibles como se observa en los acuerdos de libre comercio de segunda generación en el Hemisferio Occidental. Los procedimientos de solución de controversias en ALADI establecidos en la Resolución 114 se sustentan, como lo manifiesta Rojas en su Capítulo, en mecanismos de consulta diplomática entre las partes, apoyados por una Secretaría General, sin acudir a procedimientos cuasi-judiciales y mucho menos judiciales. En aquellas ocasiones en que dos o más miembros de ALADI negocian un conjunto más profundo de compromisos comerciales, entonces sí establecen mecanismos más legalizados y codificados de solución de controversias. Hay zonas de libre comercio negociadas en el marco de ALADI –y hasta uniones aduaneras como MERCOSUR- en las que, como se argumenta adelante, el mayor alcance de los compromisos lleva a mecanismos más complejos judiciales y cuasi-judiciales de solución de los conflictos.

Zonas de libre comercio de segunda generación: énfasis en consultas diplomáticas pero con disponibilidad de mecanismos cuasi-judiciales cuyas decisiones pueden o no ser vinculantes, dependiendo del acuerdo

De seguido, se observa que muchos de los mecanismos de solución de controversias entre los Estados incluidos en acuerdos de libre comercio suscritos en el Hemisferio Occidental a partir de 1994 e inspirados en el TLCAN son bastante parecidos, cuando no similares, salvo en el tema de la obligatoriedad de las decisiones arbitrales. Es decir, hay un eje TLCAN que es común en zonas de libre comercio de segunda generación en donde no se aspira –por lo menos en el corto plazo- a profundizar esa integración, pero que sobrepasan los requisitos del Artículo XXIV del GATT de 1994 porque contemplan marcos muy ambiciosos de liberalización del comercio de bienes agrícolas y no agrícolas, disciplinas para la liberalización del comercio de servicios, la apertura y protección a la inversión extranjera, la protección de la propiedad intelectual y una relativa liberalización de las compras del sector público. En este marco los mecanismos de solución de controversias buscan la solución gradual del conflicto fundamentalmente por la vía de las consultas diplomáticas, pero con recurso a un panel arbitral donde la decisión final puede o no tener carácter obligatorio, dependiendo del acuerdo. En el caso del TLCAN la decisión de un panel no necesariamente tiene un carácter obligatorio claro ya que las partes tienen todavía cierto control en la implementación de la decisión. Sin embargo, muchos de los mecanismos acordados entre países de las Américas con posterioridad al TLCAN sí tienen un carácter obligatorio claro. Quizás por el efecto contagio de los resultados de la negociación del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC que fue posterior al TLCAN, las zonas de libre comercio inspiradas en TLCAN y lideradas por México, Chile y Centroamérica transitaron hacia un arbitraje con decisiones vinculantes para las partes. Sin embargo, es más plausible que la explicación se encuentre en la preferencia que los Estados Unidos tiene por decisiones arbitrales cuya obligatoriedad se ve disminuida por la posibilidad de las partes de ejercer cierto control sobre la implementación de la decisión, como ha quedado claro en los recientemente negociados acuerdos entre ese país y Chile por un lado y con los países centroamericanos y la República Dominicana por el otro. Estados Unidos parece inclinarse por mecanismos en los cuales pueda ejercer un mayor control diplomático en la fase de implementación de las decisiones arbitrales, como en el caso del TLCAN, según hemos visto en el Capítulo de Steger. Esta tendencia de un país tan importante, que ha negociado y negocia muy activamente acuerdos de un alcance comercial recíproco muy profundo con países mucho más pequeños, nos genera cierta inquietud por las potenciales implicaciones que puede tener en las relaciones comerciales con esos países. En otro orden de cosas, las propuestas actualmente incluidas en el tercer borrador del Acuerdo del ALCA –como lo señalan Baptista en su contribución a este libro, y los subsiguientes cometarios de Steger- no dan una idea clara de la filosofía que en última instancia tendrá dicha zona de libre comercio. Esto es perfectamente comprensible dado el estado actual de las negociaciones. El borrador le da un rol a las consultas y un rol a los paneles arbitrales y hasta se sugiere un órgano de apelación. Sin embargo no hay texto de consenso que precise mejor esos roles. Obviamente una pregunta relevante es si en última instancia imperará en el ALCA la lógica de la mayoría de las zonas de libre comercio que optan por el arbitraje con decisiones vinculantes o si prevalece el enfoque que han seguido los Estados Unidos en sus acuerdos de libre comercio. Nuestro punto es que el cumplimiento de las decisiones emanadas de un proceso cuasi-judicial justo y reglado no debe ser dejado a que un país acate el

fallo como una cuestión de política sino –además- como una cuestión de derecho, donde la discrecionalidad y la diplomacia cedan espacio a favor de la observancia del derecho.

Integración comercial multilateral: preponderancia de mecanismos cuasi-judiciales

La Ronda Uruguay vino a integrar y fortalecer las disposiciones sobre solución de controversias previamente existentes en el contexto del GATT en un esfuerzo por establecer un sistema efectivo y coherente de solución de controversias. Los resultados han sido excelentes, aún cuando, como se verá adelante, hay todavía bastante camino por recorrer. El paquete de acuerdos, decisiones, entendimientos y compromisos que integran desde entonces el sistema multilateral de comercio de la OMC es bastante amplio y cubre materias de bienes, servicios, inversiones y propiedad intelectual. La mayoría de estos acuerdos se limitan a regular medidas en frontera para garantizar el trato nacional y el trato de nación más favorecida. Sin embargo, otros acuerdos empiezan a aventurarse en el ámbito de la regulación doméstica. Las disposiciones comerciales de la OMC buscan cumplir un rol pivotante en la regulación y liberalización del comercio mundial. Para lograr este ambicioso objetivo, los miembros de la OMC decidieron instaurar un sistema de solución de controversias que supere las deficiencias estructurales del sistema que imperaba bajo el GATT. Para lograr esto los países dieron un valiente salto cualitativo al establecer fundamentalmente un sistema cuasi-judicial que inicia con las consultas entre las partes, pasa por el establecimiento de un procedimiento arbitral y puede finalizar recurriendo al Órgano de Apelación. Las decisiones de los paneles o del Órgano de Apelación son, como lo afirma Charnovitz en su capítulo, fundamentalmente de carácter vinculante. El Entendimiento sobre Solución de Diferencias también contempla el recurso a otros medios alternativos de solución de diferencias como la mediación, la conciliación y los buenos oficios del Director General de la OMC. Estos medios, sin embargo, cumplen un rol legal y político menos relevante que el procedimiento arbitral.

Integración profunda: mecanismos judiciales

Posteriormente hemos visto los mecanismos estrictamente judiciales aplicados en los acuerdos de integración profunda, claramente observables en la Unión Europea y en la Comunidad Andina, con MERCOSUR a la zaga pero muy rápidamente entrando en esta liga. Estos mecanismos empiezan a adquirir ya carácter supranacional y no están limitados a las materias comerciales sino a todas aquellas alcanzadas por el esfuerzo profundo de integración en que están inmersos los países miembros. El mecanismo del MERCOSUR, como lo señalan Whitelaw y Operti en sus respectivos Capítulos, registra avances importantes que indican un nuevo grado de madurez, aunque todavía tenga algunas carencias. Estamos hablando entonces de tribunales permanentes de administración de justicia, con procedimientos normalmente más complejos que se asemejan cada vez más a las acciones legales ordinarias ante un tribunal de justicia doméstico. Sus decisiones, como lo dice Riechenberg en su Capítulo, son claramente vinculantes, tienen efecto directo a nivel doméstico y con frecuencia tienen funciones prejudiciales y consultivas y abren la puerta a la participación de partes privadas. Estos mecanismos son el reflejo de procesos de integración más maduros –como el europeo- o que buscan madurar más -como el de la Comunidad Andina y MERCOSUR- que buscan profundizar más allá de una unión aduanera para buscar la integración en muchos otros ámbitos. Hay una clara supranacionalidad en los esfuerzos de integración europeos que se manifiestan apenas tímidamente en el caso de la Comunidad Andina y aún menos en el caso de MERCOSUR, donde el enfoque de cooperación intergubernamental prevalece aún. Es razonable especular que la integración profunda en estas dos regiones probablemente requiera más supranacionalidad, pero hay todavía limitaciones políticas en los países que no permiten dar ese paso. El caso del Mercado Común Centroamericano requiere cierta atención para entenderlo mejor. El MCCA ha aspirado, desde su creación en 1960, a la integración profunda. En Centroamérica se hizo un intento por establecer un mecanismo judicial clásico (una corte sub-regional de justicia propia de una integración profunda) pero que eventualmente no logra alcanzar el consenso entre los países para entrar en vigor y que deriva luego en que los cinco países opten por un mecanismo de solución de controversias cuasi-judicial, pragmático y menos ambicioso, en el que prevalece el recurso a los paneles arbitrales. El nuevo mecanismo aprobado en el Mercado Común Centroamericano está fuertemente inspirado en el mecanismo de la OMC. El caso de Centroamérica pareciera ser a primera vista una excepción a esta ecuación "integración profunda = mecanismos

judiciales", mas sin embargo no lo es porque hay claros indicios de que en realidad su integración no es profunda. Lo que sucedió en Centroamérica parece ser un intento de profundización que inicialmente llevó a la idea de una Corte Centroamericana de carácter judicial pero que al quedar al desnudo las limitaciones para profundizar la integración más allá de una zona de libre comercio y una cierta armonización de los aranceles externos, termina en que los gobiernos hacen un examen honesto de las circunstancias y, para evitar una sobre-institucionalización, acuerdan un mecanismo arbitral, cuasi-judicial, inspirado en OMC. Este es un caso interesante donde deliberadamente se echa marcha atrás en un esfuerzo profundo de integración para acomodar el marco jurídico a las posibilidades reales de la integración regional. Llama la atención la opinión de Vigil en la mesa redonda relativa a la comparación entre los mecanismos en América Latina y en Europa (cuyo informe se transcribe en este libro), quien estima que si en la Comunidad Andina -donde sus líderes frecuentemente vacilan sobre sus deseos o no de alcanzar una integración profunda- no se registran avances en la integración, es quizás más racional hacer un ajuste institucional y legal que refleje esa situación.

4) SE PERCIBE UNA PROLIFERACIÓN DE MECANISMOS QUE NO SE PUEDE NI SE DEBE DETENER, PERO QUE LLEVA CONSIGO EL RIESGO DE UNA FRAGMENTACIÓN CRÍTICA EN EL FUTURO SI NO HAY COORDINACIÓN INTERNACIONAL

Naturalmente la existencia de tantos acuerdos comerciales de diferente naturaleza da paso a la existencia de múltiples mecanismos de solución de controversias. En su capítulo, Petersmann describe de manera comprensiva el panorama de opciones y alternativas que puede enfrentar quien tenga en sus manos una disputa comercial. Muchos de los capítulos del libro dejan claro que un conflicto determinado puede ser accionable ante diferentes mecanismos, pero cada uno tendrá sus particularidades en cuanto a los términos de la acción, condiciones, requisitos prejudiciales, procedimientos, participación de terceras partes, participación de partes privadas, transparencia, efectos jurídicos, efectos políticos, remedios legales, costos financieros, plazos y posibilidades de apelación. De igual manera, ha quedado claro en varios de los capítulos que los actores estatales y privados tienen a menudo varias opciones a su alcance para resolver conflictos y es allí donde el interés que empuja a la parte correspondiente es el mejor indicador para determinar el foro más adecuado para ventilar la acción. Hay cuestiones que se pueden resolver más efectivamente en foros o con métodos alternativos. OMPI, ALADI, ICSID, los mecanismos regionales, etc, pueden con frecuencia ser un mejor vehículo para resolver controversias que, por ejemplo, la OMC. Como se observa, hay una riqueza de opciones para la tutela de derechos comerciales específicos, sean de naturaleza privada o internacional. Fernández en su Capítulo nos ha brindado una muestra de los mecanismos existentes en la OMPI. A la par de esa riqueza de opciones, sin embargo, subyace un riesgo inherente. La proliferación de mecanismos de solución de controversias como fenómeno resulta un tanto similar a lo que la literatura sobre las interacciones entre el multilateralismo y el regionalismo ha llamado el "*spaghetti bowl*", es decir, los complejos desafíos que plantea la existencia simultánea de múltiples acuerdos comerciales que con frecuencia no apuntan hacia una misma dirección. En ese contexto, la pregunta relevante es si los acuerdos comerciales son bloques de construcción (*building blocks*) de un sistema comercial universal coherente o si, por el contrario, son circunstancias que dificultan el avance hacia ese objetivo final de alcanzar un sistema comercial coherente (*stumbling blocks*)¹. En nuestro contexto de solución de controversias las preocupaciones que emanan del fenómeno de la proliferación son relativamente parecidas: ¿estamos hoy frente a una situación de fragmentación del sistema? O bien, si continua la proliferación o al profundizarse más los acuerdos, ¿hay un riesgo inherente hacia la fragmentación del sistema? Y esto lleva a problemas más específicos: ¿hay problemas de jurisdicciones yuxtapuestas? ¿hay problemas asociados a la selección de foros (*forum shopping*)? Por fragmentación entendemos la ruptura de la coherencia de un sistema en sub-partes sin articulación entre sí, o bien el crecimiento desordenado y descoordinado de diferentes sistemas de solución de diferencias. La unificación e integración de los mecanismos de solución de diferencias que trajo la Ronda Uruguay en el contexto multilateral ciertamente puso un relativo sentido del orden, por lo menos en el marco estricto de la OMC. Pero no sólo hay en el mundo muchos acuerdos y mecanismos además de los de la OMC sino que con frecuencia vemos también las

¹ Ver Bhagwati, Jagdish, y Arvind Panagariya, "Preferential Trading Areas and Multilateralism –Strangers, Friends or Foes?" En J. Bhagwati y A. Panagariya, editores, *The Economics of Preferential Trade Agreements*. American Enterprise Institute Press, Washington DC, 1996.

presiones por establecer ligámenes entre los temas comerciales y otros no comerciales, así como por negociar acuerdos que aborden esas interacciones. La interacción entre comercio y ambiente es quizás la más notable, pero hay otras tales como aspectos laborales, derechos humanos, salud humana, aviación, Derecho del Mar, corrupción, democracia, etc. Se puede concluir que la proliferación es inevitable como lo es el aumento de las relaciones comerciales y no comerciales en el mundo. Pensar en detener esa proliferación es inútil. El problema que se percibe en este momento, sin embargo, es que no pareciera haber mayor coordinación entre los mecanismos regionales e internacionales entre sí y con los mecanismos domésticos. Cada uno pareciera actuar en su propio ámbito sin tomar en cuenta decisiones relevantes emanadas de otros mecanismos. En otras palabras, pareciera que estamos efectivamente frente a un problema de fragmentación que puede empeorarse en el futuro en la medida que aumenta el número de acuerdos comerciales y relacionados con el comercio, y en la medida en que se profundicen los existentes. Si bien no se detectan problemas serios de selección de foros, pareciera que llega el momento para que los países se avoquen a una reflexión seria respecto de la fragmentación y procuren coordinar más estrechamente los objetivos, procedimientos, remedios y las decisiones finales de los diferentes mecanismos. Hay hoy un espacio para establecer redes de coordinación judicial que en última instancia van a contribuir a la promoción y mejoramiento del Derecho Internacional.

5. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC ES LA CULMINACIÓN EXITOSA DE UNA LARGA HISTORIA, PERO RESTA TODAVÍA TRABAJO POR HACER

Uno de los más importantes progresos registrados por el Derecho Internacional en los últimos cincuenta años ha consistido en la progresiva legalización y codificación de las políticas comerciales internacionales. El Capítulo de Lacarte y Piérola resumen esta historia en lo que hace a los mecanismos de solución de controversias GATT/OMC. La evolución de los mecanismos de solución de diferencias del GATT durante ese período es una manifestación más de esa tendencia general. A pesar de las ya conocidas críticas hechas a esos mecanismos, el GATT resolvió las diferencias entre las partes contratantes en un 80% de los casos, lo que es a todas luces un éxito, sobretodo si esa tasa de efectividad es comparada con otros regímenes internacionales de solución de controversias. La Ronda Uruguay, sin embargo, dio un salto cualitativo de muchísima importancia porque estableció un régimen mucho más integrado de normas para resolver las diferencias entre los Miembros de la OMC y acordó, como lo describe Hughes en su capítulo, mejoras fundamentales en el funcionamiento del mecanismo. Luego de casi 10 años de funcionamiento exitoso, los Miembros de la OMC, en el contexto de la Agenda de Desarrollo de Doha, están enfrascados en su revisión, como parte de los compromisos acordados en el mismo texto de la Ronda Uruguay. Esta revisión concienzuda pareciera llegar a la conclusión de que el mecanismo está operando muy bien y que no requiere cambios estructurales. Esto no quiere decir, sin embargo, que no haya que ajustarle algunos elementos para mejorarlo aún más y adecuarlo a las necesidades actuales. Igualmente, esto no quiere decir que no haya preguntas abiertas en torno a algunos de los elementos principales del mecanismo. El capítulo de Charnovitz, por ejemplo, toca uno de los temas básicos del mecanismo -la implementación de las decisiones- y refleja el debate existente en la literatura sobre esta materia. La conclusión es que múltiples elementos que subyacen a la transformación del sistema multilateral de comercio desde el GATT de antes a la OMC de hoy dan pie a interpretar que los Miembros tienen la clara expectativa de que los compromisos adquiridos luego de arduas negociaciones multilaterales deben cumplirse. Hay una evolución sutil, pero muy importante, en el sistema. El tradicional paradigma de la "restitución del balance de derechos y obligaciones" pareciera dar paso a un mecanismo que se ha constituido en el corazón de la credibilidad de la OMC. No solo los miembros de la OMC sino los actores privados, incluyendo industriales, agricultores, comerciantes e inversionistas, necesitan reglas del juego claras y predecibles para tomar decisiones racionales y eficientes. El cumplimiento cabal de las obligaciones adquiridas es la clave del éxito del sistema multilateral de comercio. Para ello, la única respuesta posible al dilema de la implementación de las decisiones es que las mismas son vinculantes y deben ser plenamente acatadas. La compensación como expediente alternativo de carácter inmediato no siempre resuelve sino que tiene el potencial de empeorar gravemente el panorama porque debilita la credibilidad de los compromisos adquiridos. Así como éste, hay otros temas que deben ser tomados en cuenta en la revisión actual en el contexto de Doha. Haciendo uso de una brillante metáfora, el capítulo de Bacchus nos llama a la reflexión en torno a la necesidad de traer la luz al mecanismo de solución de controversias como una manera de garantizar su efectividad y legitimidad política en el futuro. Hay necesidad de abrir las puertas y las ventanas del sistema mediante la apertura de ciertas fases del procedimiento, así

como mediante la continuación y codificación de la práctica de aceptar comunicados *amicus curiae* mediante procedimientos adecuadamente reglados. Igualmente, se deben reforzar las normas relativas a prueba, derechos de terceros interesados, alcance de la revisión (*standard of review*), y asistencia para los países en desarrollo. Se debe eliminar la fase del informe provisional. Se deben dedicar más recursos al tema de solución de diferencias. Se detecta la necesidad de reforzar el Órgano de Apelaciones convirtiéndolo en un órgano permanente y se hace imperativo abordar los temas relativos a la secuencia entre el incumplimiento y la retorsión y a la necesidad de exigir el pago de daños. Finalmente, para efectos de resolver conflictos se hace imperativo aclarar las relaciones entre las normas comerciales y otras de carácter no comercial, como se indicó arriba. Para lograr muchos de estos objetivos es esencial que la Agenda de Desarrollo de Doha avance.

6. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMO PALANCA PARA LAS NEGOCIACIONES: COMPLEMENTOS, NO SUSTITUTOS

Uno de los temas más interesantes en la actualidad es la relación que existe entre litigio y negociaciones. Este tema cobra particular importancia en un año como éste (2004) en que los países miembros de la OMC están en medio de las negociaciones de la Agenda de Desarrollo de Doha y es precisamente el año en que se levanta el escudo legal que la Cláusula de Paz del Artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC había establecido para los subsidios agrícolas. Han habido especulaciones sobre si la expiración de la Cláusula de Paz va a desatar una guerra de acciones legales en OMC que puede sobrecalentar el mecanismo de solución de diferencias y/o que puede generar efectos políticos negativos. Hasta el momento no se observa una guerra de acciones legales. Esto puede deberse a muchas causas. El litigio es un recurso importante para que los países reclamen sus derechos. Si bien los mecanismos de solución de controversias tienen por sobretodo una importancia simbólica como garantes de la legalidad, en última instancia están ahí para ser utilizados. Sin embargo los países han sido cautos y hasta la fecha hay básicamente dos casos representativos: el de Brasil contra Estados Unidos por el Algodón, y el de Brasil, Tailandia y Australia contra la Unión Europea por el Azúcar. En parte por el alto costo de los litigios, en parte por la falta de precedentes (riesgos inherentes a las causas legales basadas en textos legales complejos que nunca han sido sometidos a acciones legales) y en parte por limitaciones de carácter institucional en muchos países, lo cierto es que a la fecha no hay una proliferación incesante de casos en estos temas. El hecho que hay negociaciones en curso precisamente sobre estos temas es un factor que también inhibe a algunos países a iniciar acciones legales. Los países que han optado por iniciar las acciones legales, sin embargo, lo han hecho en forma estratégica al haber apuntado a los dos principales mercados del mundo donde se subsidia la producción y la exportación (la Unión Europea y Estados Unidos) en dos de los productos cuyo mercado internacional está más distorsionado: el algodón y el azúcar. Esto conduce a la conclusión que los países están utilizando el litigio como una herramienta más para apalancar sus posiciones de negociación en la mesa multilateral. Al momento de escribir estos apuntes se conoce apenas el informe provisional del algodón, en el cual se condenan los subsidios de Estados Unidos. Unos pocos días después de haberse hecho público ese informe, la Unión Europea ha dado señales de movilización en materia agrícola al anunciar su posición de buscar la eliminación multilateral de los subsidios a las exportaciones. Resulta muy aventurado hacer una disección precisa de la cadena de causalidad de estos eventos, pero sí existe la percepción de que el litigio, cuando es cauto y bien administrado, puede tener un efecto positivo en los objetivos de negociación de algunos países miembros de la OMC. Así lo han reconocido los capítulos de Weekes, Pérez del Castillo, y de Jank, Araújo y Díaz. Es muy probable que en la medida que se registren avances en las negociaciones agrícolas haya menos probabilidades de ver más casos agrícolas. A la inversa, si no hay progreso, las acciones probablemente proliferarían. En juego está también en estos casos insignia la legitimidad política del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, así como de la OMC misma. A pesar de la retórica de la Declaración de Doha, o quizás por ello mismo, los países en desarrollo han visto sus aspiraciones frustradas en la mesa de negociación. La Conferencia Ministerial de Cancún a finales del 2003 fue un testigo de ello. Quizás el mecanismo de solución de diferencias sea una palanca para contribuir a reavivar y materializar esas aspiraciones.

7. LAS NEGOCIACIONES COMO PALANCA PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: NECESIDAD DE AVANZAR EN LA AGENDA DE DESARROLLO DE DOHA

Así como el mecanismo de solución de diferencias puede darle empuje y credibilidad a las negociaciones multilaterales, ciertamente las negociaciones pueden hacer lo mismo respecto del mecanismo de solución de diferencias. Y esto por varias razones. Primero porque es en las negociaciones donde se discuten los términos en que se va a mejorar el sistema de solución de diferencias. Si bien la revisión del mecanismo estaba programado aún antes de lanzarse la Agenda de Desarrollo de Doha, hoy por hoy es parte de la misma y para avanzar en esa revisión se requiere –como es costumbre- un balance en todos los temas de la Agenda, aún cuando la revisión del mecanismo no esté formalmente dentro del "todo único" de la negociación de Doha. La discusión multilateral sobre la revisión ha sido bastante rica y muchas de las sugerencias que aquí se plantean constituyen propuestas formales en la mesa de negociación. Hay una apreciación optimista de que se adoptarán algunas de las mejoras planteadas. Segundo, porque es en las negociaciones donde se afinan muchas de las disciplinas comerciales sustanciales que posteriormente son objeto de discusión en el contexto de acciones legales. Consecuentemente, aclarar las disposiciones legales y erradicar ambigüedades redundará siempre en beneficio del mecanismo de solución de controversias mismo porque sus decisiones resultan más claras y contundentes. En el fondo, los mecanismos pueden ser tan buenos como las reglas que persiguen sustentar. En palabras de Paulsson, no se puede culpar a los tribunales arbitrales por los contenidos de los tratados. Los mandatos de Doha dan múltiples ejemplos de áreas donde se negocia el reforzamiento de obligaciones específicas en los acuerdos de la OMC. Tercero, porque las decisiones adoptadas en los últimos años evidencian que hay necesidad de adoptar nuevas reglas en materia de interacción entre las disciplinas comerciales y las no comerciales, tales como ambiente, salud, derechos laborales, derechos humanos, democracia, corrupción, derecho internacional, etc. Lleva la razón Bacchus al afirmar en su capítulo que estos son temas que no se deben resolver por la vía de la solución de diferencias, sino por la vía de la negociación, pero al no haber negociación, van a terminar siendo resueltos por la vía de la solución de diferencias. No siendo ese el mejor camino, se hace menester sugerir que haya negociación internacional sobre los mismos para no comprometer y forzar el mecanismo de solución de diferencias. En el caso de la Agenda de Desarrollo de Doha, los mandatos en el tema de Comercio y Ambiente brindan un ejemplo de la necesidad de avanzar en este frente. Se pone de manifiesto la simbiosis que existe entre solución de controversias y negociaciones. Queda claro también que hay necesidad de aprovechar la oportunidad que abre la negociación de Doha para todos los países, no sólo para mejorar el mecanismo, sino también para abordar las reglas sustantivas, particularmente las agrícolas. El impasse que se observa en este momento debe superarse. Los costos del fracaso, como lo señala Yerxa en su capítulo, son muy altos. Es mucho lo que está en juego. Los países deben asumir el liderazgo correspondiente.

8. LOS PAÍSES EN DESARROLLO HAN GANADO TERRENO, PERO SON TANTAS LAS NECESIDADES QUE ENFRENTAN QUE NECESITAN MÁS APOYO

Quizás los mayores beneficiarios de la legalización del sistema comercial internacional son los países más débiles –los países en desarrollo-. La transición desde un sistema fundamentado en el poder a uno fundado en el valor de las reglas promueve un terreno de juego más nivelado, lo cual a su vez contribuye a superar los problemas que traen las agudas asimetrías de poder político y económico que se observan en la sociedad económica internacional. Los países en desarrollo han optado por insertarse en la economía internacional como estrategia de desarrollo económico. Para lograr esto han acudido, como se señaló arriba, a la negociación multilateral, regional, sub-regional y bilateral de acuerdos comerciales. Una de las tendencias que empiezan a percibirse es que los países en desarrollo han tenido que hacer concesiones comerciales significativas a los países desarrollados para poder obtener concesiones importantes para sí. La reciprocidad en las negociaciones Norte-Sur se ha redefinido. El tradicional marco amplio de tratos especiales y diferenciados normalmente había dejado como contrapartida para los países en desarrollo una serie de disposiciones cuyo valor comercial era frecuentemente muy pobre. La historia del GATT abunda en ejemplos. Hoy por hoy, aquellos países en desarrollo que han recibido concesiones sustanciales son aquellos que han tenido que darlas. Lo anterior -que se explica en función del mercantilismo tradicional con que se abordan las negociaciones comerciales- encuentra su justificación en el argumento que los acuerdos comerciales son un instrumento de promoción de las reformas

económicas internas en los países en desarrollo, como se concluyó arriba. Sin embargo es urgente sostener una reflexión sobre las necesidades de apoyo a los países en desarrollo para que hagan el mejor uso posible de los sistemas de solución de controversias. Es cierto que en la OMC estos países participan en litigios en forma creciente. Pero esto no significa necesariamente que todos los derechos de más de 100 países en desarrollo miembros encuentren su plena realización. Muchos se han quedado sin resolver por falta de capacidad institucional para identificar el problema y para buscarle una solución. De ahí se deriva la necesidad de crear instancias para apoyar a aquellos países que requieran asistencia técnica y legal para el manejo de casos, y para construir la capacidad necesaria que les permita realizar esas funciones de la manera más autosuficiente posible. El establecimiento del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, como lo ha evidenciado Palma en su Capítulo, es un ejemplo de lo primero. La apertura de líneas expeditas de crédito expeditas para el reforzamiento de las instituciones comerciales que ha hecho el Banco Interamericano de Desarrollo, es un ejemplo de lo segundo. Las futuras negociaciones de acuerdos comerciales Norte-Sur, como lo señalan Granados y Casanova en su Capítulo, deben tomar en cuenta estas situaciones, y deben garantizar que el marco de derechos y obligaciones que alcancen se apoyen en un mecanismo de solución de controversias adecuado que tome en cuenta muchas de las lecciones que este libro ha buscado revelar.

AUTORES

LEANDRO ARAÚJO

Investigador del Instituto de Estudios de Comercio y Negociaciones Internacionales (ICONE), San Pablo. Profesor auxiliar de la Facultad de Derecho, Universidad de San Pablo, Brasil (2004). Maestría en Derecho Internacional, Universidad Federal de Minas Gerais y Universidad de San Pablo (en curso). Licenciado en Derecho, Universidad Federal de Minas Gerais (2001). Funcionario asistente en la Oficina Regional del Ministerio de Relaciones Exteriores en Minas Gerais, Brasil (2001-2002).

JAMES BACCHUS

Ex presidente del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. Ha sido el miembro más joven, el que más tiempo permaneció en su cargo y el único integrante norteamericano de este tribunal internacional. Bacchus se desempeñó como colaborador especial de la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales en la Oficina Ejecutiva del Presidente. Asimismo, fue representante de Florida en el Congreso de los Estados Unidos. Ejerció dos mandatos en la Cámara de Representantes de los Estados Unidos; luego, en el año 1994 decidió no postularse a la reelección. En 1995 fue designado por los Miembros de la OMC para integrar el Órgano de Apelación. Bacchus obtuvo el título de *Bachelor of Arts* en Historia en la Universidad de Vanderbilt, *magna cum laude* y *Phi Beta Kappa*, con matrícula de honor. En la Universidad de Yale obtuvo su *Master of Arts* con el título honorífico de Woodrow Wilson Fellow en Historia. Se graduó con honores en la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Florida, donde se desempeñó como editor jefe de la *FSU Law Review*. Recientemente fue nombrado para ocupar el cargo de Profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Vanderbilt. En la actualidad, Jim Bacchus es el presidente del departamento de comercio internacional del estudio jurídico privado Greenberg Traurig.

LUIZ OLAVO BAPTISTA

Miembro del Órgano de Apelación de la OMC. Profesor de Derecho Comercial Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, Brasil. Ha sido integrante de la Corte Permanente de Arbitraje (La

Haya) desde 1996, y del Instituto de Prácticas Comerciales Internacionales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y de su Comisión sobre Políticas de Comercio e Inversiones desde 1999. Además, ha sido uno de los árbitros designados en virtud del Protocolo de Brasilia del Mercosur desde 1993. El profesor Baptista es también socio principal del estudio de abogados L.O. Baptista, ubicado en San Pablo, Brasil, donde ejerce su profesión en el campo del derecho de sociedades, el arbitraje y los litigios internacionales. Ejerce la profesión de abogado desde hace aproximadamente 40 años asesorando a gobiernos, organizaciones internacionales y grandes empresas en el Brasil y en otros países. El profesor Baptista se ha desempeñado como árbitro en la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (Grupo Especial E4A) en varias controversias comerciales privadas y en procesos de solución de diferencias entre Estados e inversionistas, así como en procesos de solución de controversias llevados a cabo en virtud del Protocolo de Brasilia del Mercosur. Además, ha participado en calidad de asesor jurídico en diversos proyectos auspiciados por el Banco Mundial, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), el Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales (UNCTC) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El profesor Baptista se graduó en Derecho en la Universidad Católica de San Pablo, prosiguió sus estudios de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia y en la Academia de Derecho Internacional de La Haya y obtuvo su Doctorado en Derecho Internacional en la Universidad de París II. Fue profesor visitante en la Universidad de Michigan, en la Universidad de París I y en la Universidad de París X. Asimismo, ha publicado numerosas obras sobre diversos temas en el Brasil y en el extranjero.

ANN CASANOVA

Abogada con licencia en el Estado de Florida con experiencia en los aspectos legales de las negociaciones comerciales internacionales. Ha estado vinculada en las negociaciones del ALCA desde su lanzamiento en Miami en el otoño de 1998. Durante cierto tiempo se desempeñó como Directora Adjunta de la Secretaría del ALCA y luego asumió como Directora Ejecutiva de dicha entidad en el año 2000. En el año 2001, se incorporó al BID para prestar apoyo directo al Grupo de Negociación del ALCA sobre Agricultura, entre otros, y recientemente ha asumido responsabilidades de apoyo al Grupo de Negociación de Compras del Sector Público. Adquirió experiencia legislativa trabajando en la oficina del senador estadounidense Bob Graham (Distrito de Florida). También ha trabajado para la Embajada de los Estados Unidos en Barbados y colaboró con la Casa Blanca en la organización de la Cumbre de las Américas en Miami en 1994. Participa activamente en la Asociación de Abogados Estadounidenses: Comité de Comercio de la Sección de Derecho y Práctica Internacional.

STEVE CHARNOVITZ

Profesor adjunto de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington. Antes de incorporarse al cuerpo docente de esa Facultad en el año 2004, ejerció el derecho durante seis años en el estudio jurídico hoy conocido como Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, en Washington, D.C. Desde 1995 a 1999 se desempeñó como Director del Global Environment & Trade Study (GETS), el cual contribuyó a crear en 1994. Desde 1991 a 1995 actuó como Director de Políticas del Consejo de Políticas sobre Competitividad de los Estados Unidos (Competitiveness Policy Council), en Washington, D.C. El Consejo elevó cuatro informes ante el Congreso y la Presidencia de los Estados Unidos. En el período comprendido entre 1987 y 1991, ocupó el cargo de asistente legislativo del Presidente de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos. A comienzos de su carrera se desempeñó como analista en el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos; allí presentó proyectos vinculados a los derechos del trabajador en las negociaciones comerciales, la asistencia para el reajuste comercial y la cooperación técnica con Arabia Saudita. El profesor Charnovitz obtuvo los títulos de *Bachelor of Arts* y *Juris Doctor* en la Universidad de Yale y una Maestría en Políticas Públicas en la Universidad de Harvard. Recientemente, Cameron May publicó sus ensayos compilados en *Trade Law and Global Governance*. Ejerce la profesión de abogado en el distrito de Columbia y en Nueva York.

JOSÉ DIAZ

Abogado, socio en Demarest e Almeida –Advogados. Obtuvo la licencia para ejercer la profesión de abogado en 1998, en San Pablo. Graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo (Licenciado en Derecho, 1997); Maestría en Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo. Participante del Programa de Pasantías de la Misión Brasileña ante la Organización Mundial de Comercio (2003). Asistió al Curso de Derecho Internacional Privado de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (1996).

ROBERTO ECHANDI

Embajador Especial Adjunto para Asuntos Comerciales del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica. Participó en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos en carácter de negociador jefe en dos de los grupos de negociación: Servicios e Inversiones y Asistencia Técnica. Con anterioridad al año 2002, se desempeñó como coordinador de proyectos de la Iniciativa de Inversiones en la Cuenca del Caribe de la OCDE. Fue profesor visitante de Derecho, *Visiting Scholar* y *Fellow* en el Institute for International Economic Law (IIEL) del Centro de Leyes de la Universidad de Georgetown. Asimismo, se ha desempeñado como Director General de Comercio Internacional en el Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, como asesor jurídico de la Secretaría del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en Ginebra, Suiza, y como Profesor de Derecho Comercial Internacional en el Instituto Diplomático del Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica. Además de su permanente labor en la investigación de las Negociaciones en materia de Comercio e Inversiones en el contexto del ALCA, ha publicado obras sobre derecho comercial internacional, especialmente sobre temas vinculados con la solución de diferencias, servicios y otros asuntos asociados al desarrollo de la integración regional. Obtuvo el título de Bachiller en Derecho en la Universidad de Costa Rica, e hizo una maestría en la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan; obtuvo el *M.Phil* en Estudios Latinoamericanos en la Universidad de Oxford. Es postulante al doctorado en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan.

BERTA FEDER

Profesora de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado en las carreras de grado y postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. Directora de la Dirección de Asuntos de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y asesora de la Dirección General de Integración y Mercosur. En tal carácter negoció el Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias del Mercosur y su Reglamento, diversos tratados de cooperación judicial entre los países del Mercosur y el Acuerdo de Arbitraje del Mercosur. Es la coordinadora nacional para las negociaciones sobre solución de controversias del ALCA y para las negociaciones en el sector solución de controversias Mercosur-Perú, Mercosur-Unión Europea, Mercosur-Comunidad Andina y Mercosur-Unión Aduanera de Sudáfrica. Asimismo, se desempeña como coordinadora nacional de la Reunión Técnica sobre la Incorporación de la Normativa del Mercosur. La profesora Feder ha publicado numerosos trabajos relacionados con su campo de especialización.

CARLOS FERNÁNDEZ BALLESTEROS

Secretario General de la Organización Iberoamericana de Derechos de Autor, LATINAUTOR, Montevideo. Presidente del Instituto Uruguayo de Derechos de Autor, IUDA. Carlos Fernández es consultor internacional de la OMPI sobre derechos de autor, ocupó el cargo de Subdirector General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en Ginebra, y fue Representante Alterno del Uruguay ante las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales con sede en Ginebra. Se desempeñó, asimismo, como asesor en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay. Obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo.

JAIME GRANADOS

Abogado especializado en temas comerciales internacionales y negociaciones. Desde 1998 es consultor del Departamento de Integración y Programas Regionales del Banco Interamericano de Desarrollo en Washington, D.C. Coordinador del apoyo técnico que el BID brinda al proceso de negociaciones del ALCA. Asimismo, participa activamente en las iniciativas de capacitación y creación de capacidades para América Latina y el Caribe en asuntos vinculados a las negociaciones de comercio internacional. En 1997 y 1998, ocupó el cargo de Director de Negociaciones Comerciales Internacionales en el Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, período durante el cual tuvo la responsabilidad de coordinar las políticas comerciales nacionales, asesorar a la Presidencia del ALCA, ejercida por Costa Rica, así como presidir el Grupo de Trabajo sobre Inversiones del ALCA. También le correspondió dirigir la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y la República Dominicana, así como otras negociaciones de carácter bilateral, hemisférico y multilateral sobre comercio e inversión. Desde 1992 a 1996 actuó como negociador técnico en ese Ministerio. Participó activamente en las negociaciones de libre comercio de Costa Rica con México, Colombia y Venezuela, así como en las negociaciones del ALCA y la OMC. Recientemente publicó diversos trabajos de su autoría o en colaboración con otros autores en revistas especializadas y libros con trabajos compilados sobre los siguientes temas: la agricultura en el ALCA, las negociaciones sobre libre comercio entre Estados Unidos y América Central; las zonas francas de exportación en un contexto global; cuestiones sobre el acceso a los mercados; la integración centroamericana; las negociaciones sobre libre comercio entre América Central, Colombia y Venezuela, y la interacción entre las negociaciones del ALCA y la OMC. Obtuvo el título de *Master of Science* en Políticas Públicas en América Latina, Universidad de Oxford, una Maestría en Derecho en la Universidad de Georgia, Estados Unidos, y la Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica.

VALERIE HUGHES

Directora de la Secretaría del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en Ginebra, donde se desempeña como consejera jurídica principal del Órgano de Apelación. La señora Hughes, abogada de trayectoria internacional especializada en solución de diferencias internacionales, ha representado al Gobierno de Canadá ante cortes y tribunales internacionales en controversias sobre cuestiones relativas al comercio internacional, las inversiones, la pesca y la delimitación marítima. Ha actuado como asesora jurídica ante grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC, paneles constituidos en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la Corte Internacional de Justicia y tribunales internacionales *ad hoc*. Estuvo durante diecinueve años al servicio del Gobierno de Canadá, período durante el cual ocupó numerosos cargos, incluidos el de Directora de la División de Derecho Comercial del Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional, el de Directora de la División de Servicios Jurídicos Generales del Ministerio de Finanzas y el de Consejera Jurídica Superior de la División de Derecho Internacional del Ministerio de Justicia. Antes de aceptar su actual cargo en la OMC en agosto de 2001, trabajó en un estudio jurídico privado de Ottawa, Canadá, durante un año.

MARCOS JANK

Presidente del Instituto de Estudios sobre Comercio y Negociaciones Internacionales (ICONE), San Pablo. Se desempeña como profesor adjunto de Economía Internacional y Políticas Comerciales en la Universidad de San Pablo. Durante el período 2001-2002 actuó como experto especial sobre comercio e integración en el Banco Interamericano de Desarrollo, en Washington, DC. En el año 2001 fue profesor visitante en la Facultad de Servicio Exterior de la Universidad de Georgetown, Washington, D.C. En 1999, Marcos Jank se desempeñó como consejero especial del Ministro de Desarrollo, Industria y Comercio de Brasil. Es miembro de la Red de la OEA sobre Comercio, del Grupo de Trabajo sobre las Negociaciones Unión Europea-Mercosur en Sciences Po, París, del Foro sobre Comercio y Pobreza del Fondo Marshall Alemán de los Estados Unidos y de la Comisión Germano-Brasileña sobre Comercio Agropecuario. Ha participado en actividades del Diálogo Interamericano y del Cordell Hull Institute. Es miembro del Consejo Académico del Centro Brasileño de Relaciones Internacionales

(CEBRI) y del Consejo Académico del Grupo de Análisis de Coyuntura Internacional de la Universidad de San Pablo. Ha publicado más de ciento setenta trabajos especializados y ha dictado más de trescientas conferencias en Brasil y el exterior. Obtuvo un Doctorado en la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de San Pablo; una Maestría en Políticas Agropecuarias en IAM Montpellier, Francia, y una Licenciatura en Agronomía en la Escuela Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidad de San Pablo.

JULIO LACARTE

Ex Presidente del Órgano de Apelación de la OMC, Julio Lacarte fue también Embajador del Uruguay en Alemania, la Argentina, Bolivia, las Comunidades Europeas, Ecuador, los Estados Unidos, India, Japón y Tailandia. Asimismo, se ha desempeñado como Representante Permanente del Uruguay ante la OEA, el GATT, el Acuerdo de la Cuenca del Plata, la ALADI y dos veces ante las organizaciones internacionales con sede en Ginebra. Fue miembro del Comité de Planificación del Desarrollo de las Naciones Unidas, Director Adjunto de la División de Comercio Internacional y de Balanza de Pagos de las Naciones Unidas y Director de la División de Cooperación Económica entre Países en Desarrollo de la UNCTAD. Presidió varios grupos de trabajo sobre solución de diferencias en el marco del GATT, los grupos de negociación sobre Solución de Diferencias y sobre Instituciones durante la Ronda Uruguay y varios grupos de trabajo sobre la adhesión de países al GATT. Desempeñó las funciones de Presidente del Consejo y de las Partes Contratantes y Secretario Ejecutivo Adjunto del GATT. Asimismo, ocupó el cargo de Ministro de Industria y Comercio del Uruguay, encabezó muchas delegaciones de su país en conferencias auspiciadas por importantes organizaciones internacionales y presidió numerosas comisiones, comités, juntas y consejos internacionales sobre una amplia gama de temas, especialmente vinculados al comercio. Es autor de cuatro libros sobre comercio, economía y solución de diferencias y de numerosos artículos especializados. Julio Lacarte ha sido consultor del BID; la CEPAL, el PNUD, el SELA y la UNCTAD. Actualmente es asesor de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios de Uruguay, experto bajo el Artículo 43 del Protocolo de Olivos de MERCOSUR, miembro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de MERCOSUR, Montevideo. Ha recibido distinciones honoríficas de parte de los Gobiernos de Alemania, Argentina, Bolivia y Ecuador.

DIDIER OPERTTI

Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay. Desde 1995 a 1998 fue Ministro del Interior. Ha ocupado distintos cargos en organismos internacionales dentro y fuera del sistema de las Naciones Unidas y en el gobierno de su país, el Uruguay. Fue Presidente del 53° Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en representación del Grupo de América Latina y el Caribe. En 1996 fue nombrado miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Desde 1995 es, además, miembro del grupo nacional uruguayo de la Corte Permanente de Arbitraje. En el año 2003 fue electo miembro integrante del Consejo de Gobernadores del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT). Fue asesor especial del BID y del INTAL en asuntos relacionados con el Mercosur y embajador del Uruguay ante la OEA, de la cual fue además Presidente del Consejo Permanente y de otros comités internos. El doctor Opertti fue Director de la Consultoría Jurídico-Diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay. Es miembro fundador y consejero de la Asociación Uruguaya de Derecho Internacional. Asimismo, es Director del Instituto Uruguayo de Derecho Comparado y catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso A. Larrañaga. Es autor de numerosos libros y artículos que se han publicado en Alemania, la Argentina, España y el Uruguay. Didier Opertti es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, título otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Uruguay.

LEO PALMA

Subdirector del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, Ginebra. Leo Palma se ha desempeñado como asesor experto en asuntos jurídicos de la OMC, en la Misión Filipina en Ginebra, cargo que ha mantenido desde 1996. Participó activamente en las deliberaciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC,

incluidas aquellas relativas al examen prescrito del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias. Asesoró al Gobierno de Filipinas sobre las controversias que podían derivarse de las medidas adoptadas por Filipinas en relación con el comercio y las inversiones. Asimismo, participó activamente en las deliberaciones del Consejo General, el Consejo del Comercio de Mercancías y el Consejo de los ADPIC, entre otros. De 1988 a 1996, se desempeñó como *attaché* en el área de Trabajo de la Misión Filipina en Ginebra. Fue elegido para ocupar varios cargos en diversos órganos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre los cuales cabe mencionar los siguientes: Presidente del Grupo Gubernamental, Consejo de Administración de la OIT, 1995-1996, y Presidente del Comité para la Revisión del Convenio sobre la Colocación de la Gente del Mar (Convenio N° 9, 1920), reunión marítima de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996. Durante el período 1983-1988, se desempeñó como ejecutivo comercial en una subsidiaria filipina de una compañía multinacional con sede en los Estados Unidos. Fue socio en el estudio jurídico Angara Abello Concepcion Regala & Cruz, donde ejerció en el campo del comercio y las inversiones internacionales. En forma concurrente, actuó como consultor jurídico del Banco Central de Filipinas. Leo Palma se graduó en la Universidad de Filipinas, donde obtuvo los títulos de *Bachelor of Science* en Administración de Empresas y de *Bachelor of Law*.

JAN PAULSSON

Jefe de los equipos especializados en arbitraje internacional y derecho internacional público del estudio jurídico Freshfields Bruckhaus Deringer. Asimismo, es juez del Tribunal Administrativo del Banco Mundial. En el año 2004, fue elegido Presidente de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA). Jan Paulsson se graduó en la Universidad de Harvard, en la Facultad de Leyes de Yale y en la Facultad de Derecho de la Universidad de París. Ha ejercido su profesión en París desde 1975 y ha participado en unos cuatrocientos arbitrajes internacionales en carácter de abogado y en otros cien, como árbitro. Ha asumido la representación de doce Estados en veintidós procedimientos internacionales. Es coautor de un tratado de amplia difusión, *International Chamber of Commerce Arbitration* (900 páginas, 3ª edición 2000), y ha sido distinguido como Yorke Distinguished Visiting Fellow en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge.

FÉLIX PEÑA

Especialista en relaciones económicas internacionales. Se ha desempeñado en el INTAL, en el BID, en la Cancillería argentina y en el Ministerio de Economía, donde ocupó el cargo de Subsecretario de Comercio Exterior. Participó activamente en las negociaciones del Mercosur, coordinando la delegación argentina en la negociación del Tratado de Asunción. En la actualidad es Director del Instituto de Comercio Internacional de la Fundación BankBoston y Director de la Maestría de Relaciones Comerciales Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Es miembro del Comité Ejecutivo del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y del Comité Asesor de la Red-Mercosur. También es miembro del grupo de expertos UE-Mercosur de la Cátedra Mercosur de Sciences-Po, París. Asimismo, se desempeña como asesor en relaciones económicas internacionales y consultor de distintos organismos internacionales y empresarios. Ha publicado numerosos trabajos en su especialidad y, entre otros, publicó en 1973 un libro sobre *La Argentina y el Brasil en el sistema de relaciones internacionales*, editado en Buenos Aires y San Pablo, conjuntamente con el profesor Celso Lafer. Su último libro es *Momentos y perspectivas: la Argentina en el mundo y en América Latina*, Eduntref, Buenos Aires 2003. Abogado argentino graduado en la Universidad Nacional del Litoral, en Santa Fe, es Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid y Licenciado en Derecho Europeo por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, donde también estudió economía.

CARLOS PÉREZ DEL CASTILLO

Actualmente es asesor especial del Presidente del Uruguay en temas de Negociaciones Comerciales Internacionales. En el año 2003 y hasta marzo de 2004 se desempeñó como Presidente del Consejo General de la OMC. Desde 1998 a 2004, con cargo de embajador, fue el Representante Permanente del Uruguay

ante las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio y otras organizaciones internacionales con sede en Ginebra, Suiza. Entre 1995 y 1998 fue Viceministro y Ministro Interino de Relaciones Exteriores del Uruguay y jefe negociador para el Mercosur y el ALCA. Entre 1992 y 1995, actuó como director general y socio principal de CPC Consultora Internacional, con sede en Montevideo, Uruguay. En el período comprendido entre 1987 y 1991 fue electo Secretario Permanente del Sistema Económico Latinoamericano (SELA) con sede en Caracas, Venezuela. Entre 1985 y 1987 fue Director General para Asuntos Económicos en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay. Fue el ideólogo y presidente del Grupo de "Países Eficientes Agrícolas" en marzo de 1986, que diera origen al Grupo Cairns pocos meses después. De 1982 a 1985 fue Coordinador del Programa Económico Internacional de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en Santiago de Chile. En el período comprendido entre los años 1973 y 1982 fue funcionario jerárquico de asuntos económicos, jefe del departamento de materias primas agropecuarias, división *commodities*, de la UNCTAD, en Ginebra, Suiza. Entre 1971 y 1973, fue funcionario en el área de la promoción comercial, en el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/GATT, en Ginebra. Es autor de numerosas publicaciones y documentos oficiales publicados por organizaciones internacionales y profesor en varias universidades de América Latina. En 1990 le fue otorgado el Premio de Economía Dr. Raúl Prebisch por la Asociación de Economistas de América Latina y el Caribe. Ha recibido altas condecoraciones de Gobiernos como los de Brasil, Chile, Francia y Venezuela. Se graduó en Economía y Ciencias Agrícolas.

ERNST-ULRICH PETERSMANN

Profesor de Derecho Comunitario Europeo e Internacional en el Instituto Universitario Europeo y catedrático en el Centro Robert Schuman de dicho Instituto, en Florencia (Italia). Fue Asesor Jurídico del Ministerio de Asuntos Económicos de Alemania, del GATT y de la OMC en Ginebra. Se ha desempeñado como secretario, miembro o Presidente de numerosos grupos especiales de solución de diferencias conformados en el marco del GATT/OMC. Ejerce la presidencia del Comité de Derecho Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional. Antes de asumir su posición en Florencia en el 2001, fue profesor en la Universidad de Ginebra (1997-2001), en la Universidad de San Gallen (1990-1997) y enseñó en numerosas universidades en Europa, Estados Unidos, África y Asia. El profesor Petersmann ha publicado más de veinte libros, alrededor de doscientos artículos y más de cien reseñas bibliográficas de libros sobre derecho internacional y europeo.

FERNANDO PIÉROLA

Consejero en el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, Ginebra. En tal carácter representa a países en desarrollo ante grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC y brinda asesoría jurídica general sobre asuntos relativos a la OMC. Con anterioridad a este cargo, Fernando Piérola se desempeñó como asesor legal de la autoridad del Gobierno de Perú a cargo de las investigaciones sobre prácticas antidumping. Asimismo, fue investigador en el Instituto de Comercio Mundial, en Berna, Suiza. Ha escrito un libro en español, *Solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, que lo ha hecho acreedor al premio 2003 al Mejor Libro otorgado por la Asociación Interamericana de Abogados, así como artículos sobre las medidas de defensa comercial y el sistema generalizado de preferencias. Obtuvo su diploma de abogado en la Universidad Católica de Perú y la Maestría en Economía y Derecho Internacional en el Instituto de Comercio Mundial y las Universidades de Berna, Fribourg y Neuchatel, Suiza. Actualmente está cursando su doctorado en derecho internacional en la Universidad de Berna, Suiza.

RICARDO RAMÍREZ

Consultor jurídico adjunto de la Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía de México. Encabezó las delegaciones nacionales que negociaron los tratados de libre comercio con Uruguay, Chile, Nicaragua, Israel, El Salvador, Guatemala y Honduras y prestó asesoría jurídica al Gobierno de México en procedimientos iniciados en el marco de la OMC y varios tratados de libre comercio. Ricardo

Ramírez ejerce también la presidencia del Comité Técnico del ALCA sobre Asuntos Institucionales, es integrante de la lista indicativa de miembros de grupos especiales de la OMC y profesor de Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México.

KURT RIECHENBERG

Funcionario Senior de la jueza Rosario Silva de Lapuerta en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo desde octubre de 2003. Abogado alemán, se incorporó al Tribunal en 1983, donde ha sido asistente de tres jueces hasta 1997. Entre 1998 y 2003 se desempeñó como Jefe de Gabinete del Presidente del Tribunal. Durante los últimos veinte años ha dictado conferencias en los Estados Unidos, Alemania, España, Portugal, Francia, Suiza y América del Sur sobre una amplia variedad de temas en el campo del derecho comunitario europeo. En 1993 y 1996/97, fue Profesor Visitante Fulbright de Derecho Europeo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pittsburgh. En 1997 enseñó Derecho Ambiental Comparado y Derecho Comparado sobre la interpretación de la economía regional en la Universidad de los Andes en Bogotá, Colombia. A principios de su carrera, ocupó cargos en el Ministerio Federal de Asuntos Económicos en Bonn; el más reciente fue el de subjefe del Departamento de Asuntos Legales. Asimismo, obtuvo títulos de posgrado en la Escuela Nacional de Administración en París, y en la Facultad de Derecho de la Northwestern University, en Chicago. Publicó numerosos artículos sobre Derecho Comunitario Europeo en alemán, inglés, francés y español.

JUAN ROJAS PENSO

Secretario General de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Economista venezolano, fue en dos oportunidades Funcionario Internacional de la Junta del Acuerdo de Cartagena, en sede en Lima, Perú, y ejerció funciones como Ministro Consejero para Asuntos Económicos en la Embajada de Venezuela en Colombia. Fue Director General de Integración Económica del Instituto de Comercio Exterior de Venezuela y, como tal, se desempeñó como Representante Alterno Plenipotenciario ante la Comisión del Acuerdo de Cartagena y como Director de la Corporación Andina de Fomento (CAF). Con posterioridad, ejerció la dirección del Departamento de Política Comercial de la Secretaría General de la ALADI y, luego, fue designado en dos oportunidades Secretario General Adjunto de la Asociación. Asumió el cargo de Secretario General de la ALADI por primera vez en 1999 y fue reelecto en el año 2002 por un nuevo período de tres años. Ha sido consultor de varias organizaciones internacionales y asesor de distintas empresas y gremios empresariales de su país. Fue profesor de las Universidades Simón Bolívar y Central de Venezuela, así como autor de diversos artículos para revistas especializadas y diarios latinoamericanos. El Embajador Rojas Penso ha sido condecorado con muchas distinciones, entre ellas la "Orden del Libertador" en su Primera Clase (Gran Cordón) y la "Orden Francisco de Miranda" en su Primera Clase, conferidas por el Gobierno de Venezuela; con la "Orden Nacional de Mérito" en el grado Gran Cruz, conferida por el Gobierno de Paraguay, y con la "Ordem Nacional do Cruzeiro do Sul" en el grado de Grande Oficial, conferida por el Gobierno de Brasil. Se graduó en la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas.

DEBRA STEGER

Catedrática en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa, donde trabaja junto con otros profesores en el Grupo de Derecho Internacional con el objeto de crear un nuevo instituto de derecho internacional. Dicta cátedra sobre Comercio Internacional y Solución de Controversias. Sus principales áreas de investigación son las siguientes: inversiones y comercio internacional, legitimidad y gobernabilidad de las organizaciones internacionales y solución de controversias y arbitrajes internacionales. La señora Steger fue hasta hace poco consejera principal en el estudio jurídico Thomas & Partners. Desde 1995 a 2001, se desempeñó como primera Directora de la Secretaría del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. Entre 1991 y 1995 fue Consejera General del Tribunal de Comercio Internacional de Canadá. Durante la Ronda Uruguay, fue la negociadora principal en representación de Canadá en el área de solución de diferencias y en

el Acuerdo de Marrakech que estableció la OMC, así como consejera en las negociaciones y acuerdos sobre salvaguardas, funcionamiento del sistema del GATT, antidumping, subsidios y derechos compensatorios. Actualmente preside el Comité sobre Derecho Aduanero y Comercial de la Asociación Internacional de Abogados, es miembro de la Junta Asesora Editorial del *Journal of International Economic Law*, y miembro de la sección ejecutiva sobre Derecho Internacional de la Asociación de Abogados Canadiense. Se desempeña en la junta de asesores del Proyecto de la UNCTAD sobre creación de capacidades a través de cursos sobre Solución de Diferencias en Comercio Internacional, Inversión y Propiedad Intelectual; en el Consejo de Administración de la Asociación de Mundial de Derecho Comercial, y el Comité de Derecho Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional. Asimismo, la señora Steger es experta adjunta del Instituto de Actividades Comerciales, Economía y Derecho Internacionales de la Universidad de Adelaida, Australia. Obtuvo su *Bachelor of Arts* en Historia, con honores, en British Columbia; la Licenciatura en Derecho en Victoria; su Maestría en Derecho en Michigan, y tiene licencia para el ejercicio de la abogacía en Ontario.

RICARDO VIGIL

Magistrado Titular por Perú del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tribunal que presidió durante 2001-2002. Abogado peruano, fue socio fundador del estudio jurídico Moncloa, Vigil, Del Río & Urday, de Lima. Representante Permanente de Perú ante los organismos internacionales vinculados a la promoción de los productos mineros y ante el V Período de Sesiones de la UNCTAD. Jefe de Legislación Marítima de la UNCTAD. Oficial Político del Grupo de Asistencia de las Naciones Unidas para la independencia de Namibia (UNTAG), Asesor Jurídico del Grupo de Observadores de las Naciones Unidas para América Central (ONUCA), Jefe de la Oficina Preparatoria de la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL) y Representante Personal del Secretario general de las Naciones Unidas para el proceso de Paz en El Salvador. Miembro del Comité Marítimo Internacional. Ex Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Marítimo. Ricardo Vigil fue también Jefe del Departamento de Integración Física de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Se graduó como abogado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, y obtuvo su *Magister in Law* en la University College, Londres, en la especialidad de Derecho Marítimo y Derecho del Mar. También obtuvo un Diploma en Derecho Aéreo y del Espacio en el London Institute of World Affairs.

JOHN WEEKES

Asesor Senior sobre política comercial internacional del estudio jurídico Sidley Austin Brown & Wood LLP en Ginebra, con más de treinta años de experiencia en el ámbito de la política y las negociaciones comerciales. Brinda asesoramiento estratégico a los clientes del estudio en una amplia gama de asuntos vinculados a la política comercial internacional. Participa en el directorio o en el equipo de asesores de varias organizaciones sin fines de lucro. Con frecuencia ofrece disertaciones sobre los desafíos que enfrenta el sistema de comercio internacional así como sobre otros asuntos políticos relacionados. John Weekes participa periódicamente en conferencias sobre estos temas y es colaborador de varios periódicos y revistas, en los que publica artículos de su autoría. Fue Embajador del Canadá ante la OMC de 1995 a 1999 y Presidente del Consejo General de la OMC en el año 1998. Actuó como jefe negociador en representación de Canadá en las negociaciones sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), incluidos los acuerdos complementarios sobre cooperación laboral y ambiental. Fue Embajador ante el GATT durante la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales y Presidente del Consejo del GATT en 1989 y, luego, de las Partes Contratantes del GATT en 1990. En la década de 1970 participó en la Ronda de Tokio. Antes de incorporarse a Sidley Austin Brown & Wood en mayo de 2003, el señor Weekes era Presidente de Prácticas Comerciales Globales en APCO Worldwide, una consultora internacional sobre asuntos públicos y comunicaciones.


JAMES WHITELAW

Abogado uruguayo, el Sr. Whitelaw es Director Legal del Departamento Legal de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay; Asesor Legal del Alto Consejo de Empresarios de Uruguay; Secretario

General del Consejo MERCOSUR de Cámaras de Comercio; Primer Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Secretario General del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR; Miembro de la lista de expertos de la Organización Mundial del Comercio (Artículo 8 del ESD); integra la lista de árbitros internacionales del Centro Internacional de Resolución de Conflictos (la división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje); Miembro de la lista de árbitros de la Corte Brasileña de Arbitraje Comercial (Brasilia) y de la Cámara Argentina de Comercio. Es miembro del Comité de Solución de Controversias y del Comité de Comercio Interno del Consejo MERCOSUR de Cámaras de Comercio. El señor Whitelaw es miembro de la lista uruguaya de árbitros creada bajo el Artículo 11.2 del Protocolo de Olivos. Asimismo, es profesor de Derecho Financiero y Tributario en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Ciencias Económicas y Administración de Negocios de la Universidad de la República, en Montevideo, y es profesor de cursos de postgrado en la Universidad de la República de Uruguay y en la Universidad de Montevideo.

RUFUS YERXA

Director General Adjunto de la OMC. Rufus Yerxa es un diplomático y abogado especializado en temas comerciales que ha ocupado altos cargos comerciales en la Administración estadounidense, tanto republicana como demócrata. Ha sido también director de un importante subcomité del Congreso sobre cuestiones relacionadas con el comercio internacional, además de ejercer la abogacía en forma privada. De 1989 a 1993, el señor Yerxa fue destinado a Ginebra como Embajador y Representante Permanente de los Estados Unidos ante el GATT. De 1993 a 1995, fue Representante Adjunto de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, segundo negociador comercial más importante de la Administración. Como tal, se encargó de finalizar las negociaciones tanto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte como de la Ronda Uruguay y del Acuerdo sobre la OMC, además de conseguir la aprobación del Congreso para ambos acuerdos. Antes de trabajar para la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, formó parte del Comité de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos (1981-1989), en la que prestó servicios como Director del Subcomité Comercial. Estuvo al frente de la redacción y promulgación de varias leyes comerciales importantes. Inició su carrera profesional en el gobierno como asesor jurídico del presidente de la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos (1977-1981). Después de retirarse como funcionario de gobierno en 1995, el señor Yerxa se mudó a Bruselas y comenzó a ejercer el derecho en forma privada. Fue socio de uno de los principales estudios jurídicos estadounidenses, especializado en asuntos relacionados con el comercio internacional y la normativa europea. También fue asesor general en derecho europeo de una importante compañía farmacéutica y de agroalimentación. Obtuvo el título de *Bachelor of Arts* en la Universidad de Washington (1973), su diploma en Derecho en la Universidad de Puget Sound (1976) y un posgrado en Derecho Internacional en la Universidad de Cambridge (1977). Es miembro del colegio de abogados del Distrito de Columbia y del Estado de Washington.



Este libro compila las ponencias presentadas en una conferencia sobre solución de controversias en materia de comercio internacional que se celebró en Montevideo, Uruguay, en abril de 2004. También incluye algunas contribuciones solicitadas a expertos con miras a presentar un volumen tan completo como fuera posible. El libro ofrece un panorama detallado de los mecanismos de solución de controversias multilaterales y regionales, así como del complejo cuadro de cuestiones sistémicas que se presentan al interactuar unos con los otros, incluyendo los retos de la proliferación, la fragmentación y los desafíos de los países en desarrollo. Los capítulos y los informes de mesa redonda sobre el mecanismo de la OMC exponen sus fortalezas y debilidades, su historia, el estado de la actual revisión del mecanismo en el contexto de la Agenda de Desarrollo de Doha, y analizan con detalle el tema del mecanismo de solución de controversias en el contexto del comercio de productos agrícolas, aspecto éste que cobra particular actualidad.

El libro también ofrece análisis e informes de mesas redondas sobre los mecanismos regionales y subregionales de solución de controversias, en particular en América Latina: MERCOSUR, la Comunidad Andina, el Mercado Común Centroamericano, y el marco de la ALADI. También se explora la situación del TLCAN y del Tribunal Europeo de Justicia. Estos análisis preparan el camino para una discusión de carácter prospectivo en torno a las posibilidades del mecanismo de solución de controversias para un eventual Área de Libre Comercio de las Américas, un ambicioso proyecto que busca unir a 34 países del Hemisferio Occidental. Este libro provee un excelente conjunto de lecturas para aquellos interesados en las múltiples facetas y desafíos futuros de los mecanismos de solución de controversias alrededor del mundo.