

CAPÍTULO VI

El sistema de solución de diferencias de la OMC

213. Los actuales procedimientos de solución de diferencias de la OMC -construidos con trabajos arduos, innovadores e internos durante la Ronda Uruguay- un paso adelante muy significativo y positivo en el sistema general de una diplomacia comercial internacional basada en normas. En muchos sentidos, el sistema ya ha logrado mucho y está aportando algunos de los atributos necesarios de “seguridad y previsibilidad” que necesitan los comerciantes y los participantes en el mercado y que exige en el artículo 3 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD).

214. Por otra parte, el sistema de solución de diferencias de la OMC puede encontrarse en un momento crucial, y quizá en cierto modo delicado, de su breve historia. En nuestra evaluación y recomendaciones relativas al sistema de solución de diferencias de la OMC nos sentimos fuertemente motivados por varios principios generales. En primer lugar, si bien hay algunos motivos para criticar y reformar el sistema de solución de diferencias, en conjunto existe gran satisfacción con sus prácticas y resultados. En segundo lugar, al evaluar ideas para la reforma o mejora, el principio más importante es “no perjudicar”. Se requieren prudencia y experiencia para introducir cambio radicales.

A. IMPULSAR EL SISTEMA HACIA NUEVOS NIVELES DE EFICIENCIA Y EFICACIA

215. En lo que respecta a la solución de diferencias, el GATT sólo tenía tres párrafos breves en el texto del tratado, en parte porque se preveía que el extenso capítulo relativo a las diferencias en la carta de la Organización Internacional de Comercio (OIC) sería el marco que proporcionara las necesarias instituciones de solución de diferencias. Durante los primeros años del GATT hubo cierto debate acerca de si las cláusulas de solución de diferencias de dicho Acuerdo estaban concebidas únicamente para fomentar la solución mediante la nego-

ciación diplomática. Sin embargo, a lo largo de los decenios el sistema evolucionó gradualmente, mediante la prueba y el error y la ventaja de la experiencia real, hasta convertirse en un procedimiento de solución de diferencias relativamente muy perfeccionado.

216. A principios del decenio de 1980, estos procedimientos del GATT empezaron a ser exhibidos como modelo y nuevos grupos de interés los consideraron atractivos para conseguir sus objetivos. El sector de los servicios y los intereses de la propiedad intelectual que buscaban nuevos acuerdos multilaterales a través de la Ronda Uruguay del GATT estuvieron al menos parcialmente motivados por los procedimientos de solución de diferencias y el éxito relativo obtenido por ellos para reforzar el cumplimiento de las normas acordadas.

217. Sin embargo, el sistema de solución de diferencias del GATT estaba acosado por “defectos de nacimiento”. En particular, la regla del consenso en la adopción de decisiones que se había desarrollado en la práctica durante decenios suponía que los trámites esenciales del procedimiento de solución de diferencias siempre estaban amenazados por un solo “voto de bloqueo” opuesto por un demandado a una reclamación. Entre estos trámites figuraban, de manera crucial, el establecimiento de un grupo especial después de la presentación de una solicitud por un reclamante, y la “adopción” del informe del grupo especial. Un demandado que deseaba evitar el procedimiento de un grupo especial, o que había “perdido” en el grupo especial, podía impedir todo efecto jurídico. Igualmente, un gobierno podía obstaculizar de varias maneras distintas los procedimientos de solución de diferencias, entre ellas dificultando la selección de los integrantes de los grupos especiales. Cuando comenzó la negociación comercial de la Ronda Uruguay en 1986 era evidente que había que hacer algo respecto de estos defectos.

218. Por consiguiente, los negociadores de la Ronda Uruguay diseñaron el actual ESD. Acordaron reformas sustanciales, conservando al mismo tiempo lo más posible los elementos esenciales del procedimiento del GATT. El ESD estableció plazos estrictos y un procedimiento de reserva mediante el cual el Director General de la OMC puede designar a los miembros de un grupo especial si no se logra un acuerdo en un plazo prudencial. Eliminó la posibilidad de bloquear el establecimiento de un grupo especial y, lo que es más importante, creó un procedimiento de “consenso en contrario” para adoptar los informes de grupos especiales. Esto significa que la adopción se produce automáticamente salvo que exista “consenso” en contra. Las partes perdedoras ya no pueden bloquear por sí solas la adopción de los informes. Por regla general cabe esperar que sean adoptados prácticamente todos los informes definitivos de solución de diferencias de la OMC.

219. El elemento de equilibrio en el ESD fue la creación de un derecho de apelación, que puede ejercer cualquiera de las partes en la diferencia después de que sea definitivo el informe del grupo especial del primer nivel y antes de que dicho informe sea adoptado. Para examinar las apelaciones, el ESD estableció un Órgano de Apelación integrado por siete personas que serían contratadas a tiempo parcial. De estos siete miembros se elige una “sección” de tres para que entienda en cada apelación. Se ha desarrollado un procedimiento de colegialidad por medio del cual los siete miembros del Órgano de Apelación examinan cada caso. El informe definitivo del Órgano de Apelación se remite después también al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), que lo adopta automáticamente mediante el “proceso del consenso en sentido contrario”.

220. Otro elemento en el equilibrio político que hizo posible el surgimiento de este elevado nivel de automatismo en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC fue el hecho

de que todos los Miembros de la OMC aceptaron abstenerse de formular sus propias decisiones unilaterales vinculantes respecto de si otras partes han actuado de manera incompatible y de actuar basándose en esas decisiones. Esta limitación es decisiva para asegurar que el sistema multilateral de comercio permita que sea la fuerza de la ley y el proceso, y no la fuerza del poder económico, la que determine la forma de encarar las dificultades comerciales.

B. TODO BIEN DE MOMENTO: EL SISTEMA HA FUNCIONADO

221. Según la opinión general y la mayoría de los indicadores, el funcionamiento del sistema de solución de diferencias en la OMC ha sido un éxito notable. Hasta el 17 de septiembre de 2004 ha habido un total de 314 reclamaciones presentadas por Miembros de la OMC. Se trata de una proporción varias veces superior al promedio durante la historia del GATT en lo que respecta a reclamaciones de solución de diferencias. Es obvio que los Miembros consideran que es útil recurrir al nuevo sistema como instrumento para reforzar su diplomacia comercial y asegurar respuestas sólidas y razonablemente puntuales a los problemas comerciales prácticos.

222. Uno de los aspectos interesantes de esta cifra de reclamaciones que no tiene precedentes es una participación mucho mayor de los países en desarrollo que en el sistema de solución de diferencias del GATT. Por supuesto, las principales potencias comerciales siguen actuando como reclamantes o demandados en un número muy elevado de casos. Dado su gran volumen de comercio con un número de mercados incluso mayor, difícilmente podría ser de otro modo. Aun así, los países en desarrollo -incluso algunos de los más pobres (cuando se les presta la asistencia jurídica que actualmente está a su disposición)- están enfrentándose cada vez más a los más poderosos. Así es como debe ser.

223. Otra estadística interesante es el hecho de que menos de la mitad de las reclamaciones llegan realmente a un proceso de un grupo especial. Los casos restantes indudablemente incluyen una serie de reclamaciones que son solucionadas, pero también algunas que simplemente son abandonadas o se resuelven de otra manera. Siempre se pretendió que el sistema formal de solución de diferencias promoviera soluciones negociadas “extrajudicialmente”. Al mismo tiempo, el proceso de reclamación es un “proceso de aprendizaje” para los países participantes. En ocasiones las partes parecen poder predecir, a partir de la ya amplia jurisprudencia de la OMC, cuál sería el resultado probable, y esto puede llevar a soluciones.

224. Hasta la fecha, en total ha habido 81 casos en los que se han adoptado informes. De estos informes, 56 han sido objeto de apelación, lo que ha dado lugar a un informe adoptado del Órgano de Apelación y a las partes del informe del grupo especial del primer nivel que no fueron objeto de apelación o fueron confirmadas en apelación. Esto deja un saldo de 25 informes definitivos adoptados de grupos especiales del primer nivel que no han sido objeto de apelación, lo que es un 31 por ciento del total. Aunque al principio prácticamente todos los casos eran objeto de apelación, actualmente se concluyen más casos sin apelación. De nuevo, esto sugiere que la jurisprudencia de la OMC ha aportado cierto grado de previsibilidad. Esto puede llevar a los gobiernos a prever cuáles podrían ser las posibilidades de apelar, y a abstenerse de esa actividad costosa si no tienen muchas posibilidades de tener éxito, o si el asunto no les resulta tan importante.

225. Estos 81 casos para los cuales se han adoptado informes, y los informes cuya adopción está pendiente, representan más de 27.000 páginas de jurisprudencia. A juicio de muchos observadores imparciales (cuyas opiniones no se ven forzadas por funciones de defensa particulares) esta jurisprudencia es extraordinaria-

mente valiosa y detallada para un órgano que existe sólo desde hace 10 años. No cabe duda de que esta jurisprudencia tendrá efectos en el derecho internacional general, más allá de los límites del sistema de la OMC. Además, está teniendo el efecto de aclarar algunas cuestiones clave de las obligaciones estipuladas en los Acuerdos de la OMC, y está aportando cierta estabilidad normativa al resolver ambigüedades, todo ello con opiniones dignas de crédito y detalladamente motivadas.

C. LA JURISPRUDENCIA DE LA OMC ESTÁ ABRIENDO NUEVOS HORIZONTES IMPORTANTES

226. La jurisprudencia de solución de diferencias de la OMC ha aportado importantes ideas sobre varias docenas de cuestiones jurídicas concretas. Algunas de ellas merece la pena resumirlas aquí. Se han elegido para ilustrar la labor del sistema de solución de diferencias y el enfoque de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación con respecto a cuestiones de derecho internacional muy complejas y delicadas; por consiguiente, no representan una reseña completa del conjunto de la jurisprudencia.

Norma de examen y deferencia

227. En muchos casos es fundamental para la jurisprudencia la delicada pregunta respecto de la medida en qué los procedimientos internacionales de la OMC deberían dar deferencia a las decisiones gubernamentales de los Miembros, una pregunta que sin duda está relacionada con cuestiones de “soberanía”, como se analiza en el capítulo III. Estas decisiones nacionales a menudo representan una opinión de un gobierno acerca de cómo resolver las ambigüedades o lagunas que inevitablemente existen en un extenso tratado multilateral que ha sido negociado por más de un centenar de Miembros. La cuestión de la deferencia se plantea en varias formas distintas, una de las cuales se centra en lo que se denomina la “norma de examen”.

228. Con la excepción del Acuerdo Antidumping, el texto del Acuerdo de la Ronda Uruguay no está sometido explícitamente a una norma deferente de examen. No existe un texto muy explícito favorable a una norma de examen general del sistema de solución de diferencias de la OMC en relación con las decisiones de los Miembros. No obstante, el Órgano de Apelación se ha basado mucho en el artículo 11 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, que obliga a cada grupo especial a 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 ...”.

229. El Órgano de Apelación ha adoptado una posición similar respecto a la base para examinar las apelaciones, en ocasiones basándose en otras frases del ESD.³³ Por otra parte, se reconoce que el texto del artículo 3 del ESD podría sugerir un enfoque de mayor deferencia cuando dice lo siguiente: “Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”. Los términos empleados en el texto de la Ronda Uruguay respecto a las medidas antidumping hacen una referencia más explícita a un criterio de norma de examen aplicable solamente a ese texto y se aduce que este criterio exige más deferencia hacia las decisiones de los Miembros. Se trata de cuestiones bastante polémicas, y no corresponde al Consejo Consultivo emitir una opinión jurídica sobre ellas, excepto señalar que hay argumentos de buena fe en las distintas partes enfrentadas. Más adelante, examinamos algunas sugerencias con respecto a una función reforzada del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en relación con casos futuros que planteen cuestiones polémicas.

230. Aparte de estas referencias al ESD, el Órgano de Apelación, ya desde el comienzo de su existencia, ha indicado mediante declaraciones en sus informes que es muy consciente de la necesidad de dar deferencia a los Miembros.³⁴

La fuerza del precedente

231. La opinión general es que el tipo de precedente más estricto, que se utiliza en muchos ordenamientos jurídicos del *common law*,³⁵ no es aplicable en los procedimientos internacionales: en realidad, no es aplicable en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo. No obstante, es bastante evidente que cierto grado de ideas de “precedentes” inspiran los procesos de solución de diferencias de la OMC (así como la mayoría de los demás procesos de tribunales de derecho internacional). Esta dependencia de casos anteriores, aunque no siempre es decisiva, y desde luego no totalmente vinculante para casos de grupos especiales posteriores, brinda con todo un grado de coherencia que, a su vez, refuerza la previsibilidad de todo el sistema. Eso se pide en el ESD cuando se hace hincapié en el objetivo de aportar “seguridad y previsibilidad”. Además, el propio Acuerdo por el que se establece la OMC dispone que ésta “se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las partes contratantes del GATT de 1947 ...”.³⁶ Esta “cláusula de orientación” es sumamente importante y representa el deseo de los redactores del texto de la Ronda Uruguay de continuar las prácticas generales y la jurisprudencia de la organización predecesora, el GATT, es decir, de seguir el “acervo” del GATT.

232. La minuciosa utilización de los precedentes por el Órgano de Apelación y los grupos especiales del primer nivel, con inclusión de precedentes de informes de Grupos Especiales del GATT, puede observarse fácilmente leyendo

³³ Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias [en adelante ESD], Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, párrafo 6 del artículo 17.

³⁴ Entre los ejemplos figuran los siguientes: “Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas”, WT/DS8, 10 y 11/AB/R, 4 de octubre de 1996, página 3,1 “Esas normas [las de la OMC] no son tan rígidas ni inflexibles que no permitan juicios razonados para hacer frente al interminable y siempre cambiante flujo y reflujo de los hechos reales, en casos reales, en el mundo real”; y “CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)”, WT/DS26 y 48/AB/R, 16 de enero de 1998, párrafo 165, “No podemos suponer a la ligera que Estados soberanos tuvieran la intención de imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos pesada, haciendo obligatoria la conformidad con esas normas, directrices o recomendaciones o el cumplimiento de ellas. Para sustanciar tal supuesto o una interpretación de tan largo alcance, sería necesario que en el tratado se utilice un lenguaje mucho más concreto e imperativo que el del artículo 3 del Acuerdo MSF.”

³⁵ Generalmente se denominan *stare decisis*.

³⁶ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, párrafo 1 del artículo XVI.

cualquiera de los casos de la jurisprudencia actual de la OMC.³⁷ Los conceptos de precedentes utilizados en la jurisprudencia de la OMC son por lo tanto muy importantes para la eficacia en el logro de los objetivos de seguridad y previsibilidad del procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

El derecho internacional general en la jurisprudencia de la OMC

233. Desde el primer caso, el Órgano de Apelación ha dejado muy claro que la OMC forma parte del panorama jurídico internacional general en lo que respecta a los asuntos internacionales. Señala que está obligado, al interpretar el texto de la Ronda Uruguay de la OMC, a seguir las normas usuales de interpretación del derecho internacional público general relativas a la interpretación de los tratados. El Órgano de Apelación indica que esas normas usuales están claramente formuladas en el texto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aunque la Convención, en sí misma, no está ratificada por todos los Miembros de la OMC.

234. No obstante, existe cierta polémica en cuanto al grado en que debe utilizarse el derecho internacional general en la jurisprudencia y las determinaciones del sistema de solución de diferencias de la OMC. Evidentemente, parece ser que el derecho internacional tendrá pertinencia, pero llevar demasiado lejos esa pertinencia también entraña riesgos. Puede aducirse, por ejemplo, que normas concretas, sobre todo en los procedimientos de “medidas correctivas” del sistema (artículos 21 y 22 del ESD), proporcionan normas jurídicas especiales (denominadas a veces técnicamente *lex specialis*), que “prevalecerían” sobre el derecho internacional consuetudinario. Una vez más, existe la posibilidad de seguir elaborando algunos de estos conceptos a medida que evolucione la jurisprudencia.

235. Las normas usuales de interpretación del derecho internacional son, en sí mismas, cuestionables en ocasiones cuando se aplican en el contexto de las obligaciones económicas muy detalladas e intrincadas de la OMC. Existen muchas técnicas diferentes que pueden utilizarse para interpretar un tratado, y el Órgano de Apelación ha utilizado muchas de las normas que son necesarias.

La función de las políticas no comerciales en los casos de la OMC

236. En general, el sistema de solución de diferencias de la OMC prescribe que el centro de atención de los casos se ponga en los textos de la Ronda Uruguay de la OMC y en la jurisprudencia del GATT y de la OMC. No obstante, en alguna ocasión el Órgano de Apelación se ha visto obligado a enfrentarse a firmes argumentos de que su interpretación no debería limitarse totalmente a embellecer las políticas comerciales sino que, por el contrario, debe sopesar o equilibrar esas políticas en determinadas situaciones frente a otros tipos de políticas, como la protección del medio ambiente. Se trata de una esfera que la jurisprudencia tendrá que seguir desarrollando.³⁸

D. EL NUEVO PROBLEMA DEL CUMPLIMIENTO: ¿COMPENSACIÓN MONETARIA PARA LOS MÁS POBRES?

237. En los últimos años, a medida que más y más casos de solución de diferencias llegan a la etapa de informes adoptados, la atención se ha desviado lógicamente hacia los procedimientos que pueden tener lugar al final del proceso, especialmente los relativos a medidas que inducen a la “observancia” o el “cumplimiento”. Estos procedimientos bastante nuevos (que no se incluyeron en los textos y entendimientos del tratado del GATT) establecen un plazo prudencial para que los gobiernos apliquen el informe adoptado del Órgano de Apelación o de los grupos especiales. Hay una disposición

³⁷ Un informe reciente de un Grupo Especial del primer nivel contiene más de 5.800 notas de pie de página, la mayoría de las cuales son remisiones a casos anteriores, y el informe del caso incluye una lista de 54 casos que han sido citados efectivamente y en los que se ha basado. Véase, “Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero”, WT/DS248, WT/DS248/ABR, adoptado el 10 de diciembre de 2003.

³⁸ Uno de los exámenes más detallados de este problema se plantea en el informe del Órgano de Apelación en el caso de los “Camarones - Tortugas: Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón”, informe del Órgano de Apelación, documento de la OMC, WT/DS58/AB/R (adoptado el 6 de noviembre de 1998).

para decidir mediante arbitraje el plazo normal, y también existe otra disposición en el ESD para que las “partes ganadoras” impugnen el cumplimiento de la “parte perdedora” si consideran que no lo ha hecho en la forma adecuada de conformidad con las prescripciones del informe adoptado del grupo especial.³⁹

238. Si se mantiene el incumplimiento, en el ESD se prevé la posibilidad de que las partes ganadoras exijan “medidas compensatorias”. En el marco del GATT y actualmente de la OMC, las medidas compensatorias no han sido tradicionalmente pagos monetarios (“cheque en el correo”). Por el contrario, esas medidas han sido generalmente medidas de acceso a los mercados por la parte obligada a corregir el incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la OMC. (La idea de los pagos monetarios se analiza más abajo). Si no hay acuerdo sobre esa compensación mediante incremento del acceso al mercado, las partes ganadoras pueden adoptar medidas que suspenderían obligaciones respecto a la parte perdedora, una respuesta que a veces se llama informalmente “retorsión”.

239. Ya ha habido una cantidad considerable de esta “actividad posterior a la resolución” en virtud de las medidas pertinentes del ESD.⁴⁰ Las dificultades que plantea el texto del ESD y las prácticas que conlleva están haciéndose más evidentes. El propio texto no es completamente coherente en sus distintas partes y esto ha llevado a pensar que hay que hacer algo en lo que respecta a la “secuencia”; es decir, en qué forma una impugnación respecto de si la respuesta de la parte perdedora ha sido adecuada puede solucionar de manera compatible con las disposiciones que permiten a la parte vencedora adoptar contramedidas. Evidentemente este problema merece cierta atención, aunque el tema se ha resuelto parcialmente mediante la práctica que se ha desarrollado de que las partes en la diferencia se pongan de acuerdo sobre el criterio de la secuencia aplicable a su caso

concreto. Algunos observadores atentos indican que dejar este asunto librados al acuerdo entre las partes en la diferencia conlleva el riesgo de que dicho acuerdo no pueda lograrse en ciertos casos problemáticos. La mayoría de los observadores opinan que en general está claro qué modificaciones del ESD son adecuadas para resolver el problema de la secuencia, pero que el requisito del consenso para toda modificación del ESD ha inhibido en gran medida lo que debería ser una resolución fácil del problema.⁴¹

240. Como se ha señalado anteriormente, cuando no se cumple y no se acuerdan medidas compensatorias, pueden tener lugar medidas provisionales de reserva de “suspensión de obligaciones” o lo que algunos denominan “retorsión”. El problema es que la retorsión va en contra del objetivo básico del sistema de la OMC, que generalmente consiste en fomentar y no restringir el comercio internacional. El recurso en cierto modo relajado e incluso complaciente a esa medida comercial perjudicial está empezando a ser grave. Asimismo, preocupa en particular que algunos países, incluidos algunos de los principales interlocutores comerciales, como los Estados Unidos y la Unión Europea, estén actuando de manera recalcitrante y no adoptando medidas por las que cumplirían sus obligaciones de manera eficaz y puntual.

241. Algunos incluso han sostenido que un Miembro de la OMC que se encuentre en una posición perdedora en el sistema de solución de diferencias de la OMC puede escoger libremente si realmente cumple o no las obligaciones enunciadas en los informes adoptados del Órgano de Apelación o del Grupo Especial: las alternativas son sencillamente proporcionar compensación o sufrir retorsión. Se trata de una idea errónea. Existe una obligación fundamental de exigir medidas para poner las actividades gubernamentales impugnadas en conformidad con las normas de la OMC, que aunque no está expresada de manera totalmente clara en

³⁹ Artículos 21 y 22 del ESD.

⁴⁰ Hasta el 17 de septiembre de 2004, se han remitido 15 casos a un grupo especial sobre el cumplimiento establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

⁴¹ Hasta el 17 de septiembre de 2004, ha habido 12 casos de acuerdo sobre la secuencia. Por ejemplo, “Estados Unidos - Camarones”, WT/DS58/16; “Estados Unidos - EVE”, WT/DS108/12; y “CE - Ropa de cama”, WT/DS141/11.

el texto del ESD, puede verse mediante un análisis atento de todo el Entendimiento y de varias docenas de cláusulas de su texto.⁴²

242. Permitir que los gobiernos “compren” sus obligaciones ofreciendo “compensación” o soportando la “suspensión de obligaciones” también crea importantes asimetrías de trato en el sistema. Favorece a los países ricos y poderosos que pueden permitirse esas “compras” al tiempo que mantienen medidas que perjudican y distorsionan el comercio de una manera incompatible con las normas del sistema. A su vez, eso sólo puede reducir la medida en que las empresas, que comercian e invierten, pueden confiar en las normas para aportar previsibilidad al mercado.

243. En el caso de los Miembros más pobres de la OMC, especialmente los países menos adelantados que tienen una participación escasa en el comercio mundial, la actitud de “comprar” puede anular el valor de que lleven adelante casos de solución de diferencias. Estos países normalmente no pueden utilizar eficazmente el arma de la retorsión sin perjudicarse a sí mismos y a los objetivos de la liberalización del comercio. **Una solución que se ha propuesto es permitir que la compensación monetaria a cargo de la parte que debe cumplir un informe de solución de diferencias sustituya las medidas compensatorias de acceso al mercado de la parte ganadora perjudicada. Podría ser útil cierta experimentación en este sentido, pero hay que tener mucho cuidado para asegurarse de que la compensación monetaria sea únicamente una solución de reserva provisional hasta que se dé el cumplimiento pleno, pues en caso contrario se producirán los problemas de la “compra”.** Además, la compensación monetaria se enfrentará en algunos casos a problemas de “valoración” enormemente difíciles y a menudo puede pasar por alto los derechos de los terceros y dañar los objetivos de seguridad y previsibilidad de un sistema basado en normas para las actividades futuras de los participantes en el mercado. Las “valoraciones” tendrían que tener en cuenta no sólo las pérdidas efectivas

sino también las posibles ganancias que son anuladas o menoscabadas.

244. Se ha propuesto que en algunas circunstancias las partes perdedoras deberían reembolsar las costas procesales del reclamante ganador. Esta propuesta también tiene algunas ventajas, pero debe ser minuciosamente meditada para evitar cargas a los países más pobres, que podrían limitar su acceso a los procedimientos de solución de diferencias en casos que, aunque no claros, conllevan un argumento razonable relativo a una ambigüedad problemática en los textos del tratado.

245. Naturalmente, es posible que el cumplimiento efectivo no dependa realmente tanto de las medidas correctivas específicas -entre ellas la compensación y la retorsión- contenidas en el ESD, sino más de las actitudes generales de los Miembros de la OMC, especialmente de los más grandes y poderosos-. Esas actitudes reflejan una voluntad -o la falta de ella- de apoyar la credibilidad y el funcionamiento equitativo del sistema de solución de diferencias. Por ello, es sumamente importante que los principales actores sigan una política de cumplimiento de las obligaciones enunciadas en los informes de los grupos especiales o del Órgano de Apelación de la OMC en los casos entablados contra ellos. Para el sistema es importante mantener el apoyo político y la confianza de todos los Miembros de la OMC y que todos los colectivos interesados consideren que es equitativo y rigurosamente imparcial. Conviene señalar que en el caso de algunos países el cumplimiento es normal y satisfactorio cuando un gobierno puede actuar sin obtener legislación de un órgano parlamentario, pero el cumplimiento se demora o dificulta a veces cuando se necesita legislación. Esto sugiere que los gobiernos que tienen este problema deben considerar seriamente la posibilidad de efectuar modificaciones institucionales en las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo con el fin de evitar este riesgo para el cumplimiento adecuado de buena fe.

⁴² Véase, por ejemplo, John H., “Editorial Comment: International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to ‘buy out?’” *American Journal of International Law* 98 (enero de 2004): 109-125.

E. CRÍTICAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA OMC

246. No siempre está claro que algunos de los críticos más severos de la jurisprudencia de la OMC, muchos de los cuales se encargan de defender una diversidad de intereses especiales, tengan presentes los intereses más importantes del conjunto del sistema de la OMC. No obstante, es necesario examinar y comprender las críticas y, en algunos casos, esas críticas pueden justificar ciertos ajustes.

247. Como se ha mencionado anteriormente, una de las esferas de crítica ha sido el grado de deferencia que el sistema de solución de diferencias de la OMC muestra hacia las decisiones de los Miembros. Otra crítica es que la función de colmar lagunas no es apropiada para el sistema de solución de diferencias. Esta opinión es en sí misma susceptible de crítica puesto que toda institución jurídica tiene al menos cierta obligación de colmar lagunas como parte de sus esfuerzos por resolver la ambigüedad. Por otra parte, también puede sostenerse razonablemente que las obligaciones de la OMC deben ser generalmente el resultado de negociaciones entre los Miembros, no de procedimientos jurídicos. En los últimos años los Miembros han negociado con éxito muy poco: es muy de desear que la Ronda de Doha corrija finalmente el desequilibrio entre la elaboración de normas legales y las tendencias hacia la aplicación creativa de la ley a través del sistema de solución de diferencias. Del mismo modo, la mejora de los distintos procesos de adopción de decisiones de la OMC para evitar lo que en ocasiones parecen ser situaciones estancadas o una imposibilidad de actuar de otro tipo (a veces atribuidas a la regla del consenso), reduciría considerablemente el incentivo para someter situaciones al sistema de solución de diferencias en lugar de lograr soluciones convenidas mediante el proceso diplomático.

248. Otra crítica es que el sistema de solución de diferencias es demasiado sesgado, al preferir enfoques de “liberalismo comercial” a otras alternativas, incluso cuando están en juego ciertos objetivos importantes de gobiernos nacionales. En esos casos los críticos aducirían que tiene que haber mayor equilibrio. De hecho, esta crítica puede tener cierta validez, pero tiene que evaluarse cuidadosamente en un contexto en el que no pese demasiado la defensa de intereses especiales.

249. Otra esfera de esfuerzo de la jurisprudencia que ha dado lugar a muchas críticas es la relativa a las “medidas comerciales correctivas”. En general se considera que abarca el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el Acuerdo sobre Salvaguardias. Un número bastante importante de esos casos (aproximadamente el 53 por ciento de las diferencias) se han decidido en los últimos cuatro o cinco años. No es muy sorprendente que esta esfera de la política comercial genere la máxima tensión y controversia en la jurisprudencia de la OMC puesto que a menudo afecta a decisiones nacionales concebidas para atender intereses electorales de cierta importancia para los gobiernos. Las medidas de salvaguardia, por ejemplo, en general están destinadas a suavizar el rigor de políticas comerciales liberales, y a establecer una excepción que podría dar cierta ayuda de ajuste temporal a los intereses nacionales que constatan que las importaciones están aumentando y causando un daño importante. Por regla general los grupos especiales y el Órgano de Apelación han exhortado a que se observen requisitos rigurosos de procedimiento en el empleo de estas medidas comerciales correctivas con el fin de impedir que se utilicen con fines proteccionistas o meramente políticos. No obstante, parecen dignas de consideración algunas ideas de equilibrar este rigor con los objetivos de política de las medidas comerciales correctivas (especialmente en el caso de las medidas de salvaguardia).

250. El OSD podría desempeñar un papel más constructivo que en el pasado con respecto a las críticas de la jurisprudencia. Es importante que no adopte ninguna medida que introduzca un cambio político o diplomático en los resultados de un determinado asunto de solución de diferencias. Si lo hace podría socavar gravemente la credibilidad, el rigor y el intenso razonamiento del sistema. Además, parte de las deliberaciones que tienen lugar en el OSD acerca de un informe que se le ha remitido para su adopción suelen ser una reiteración de posiciones de defensa y expresiones de consternación de una parte o la otra sobre cuestiones que han defendido y no han sido adoptadas.

251. **Un enfoque más constructivo podría ser seleccionar ocasionalmente determinadas constataciones para que un grupo especial de expertos del OSD, razonablemente imparcial, realizara un análisis a fondo de las mismas a fin de proporcionar un informe mesurado de crítica constructiva para información del sistema de la OMC, con inclusión del Órgano de Apelación y los grupos especiales.** Ese informe podría presentarse al OSD con fines de información o cabría la posibilidad de que éste lo adoptara. En un caso extremo, quizá el informe podría llegar a recomendar que el OSD y el Consejo General adoptaran medidas al amparo del artículo IX del Acuerdo por el que se establece la OMC respecto a una “interpretación definitiva” del texto del tratado.

252. Incluso un informe presentado o adoptado únicamente con fines de información podría tener un efecto importante en la manera de pensar de los miembros del Órgano de Apelación y de los grupos especiales para casos futuros. No obstante, sería importante que no influyera en el caso examinado en ese momento por las razones que se indican en la siguiente sección.

F. PROPUESTAS DE REFORMA DESDE MARRAKECH

253. La Reunión Ministerial de la Ronda Uruguay celebrada en Marrakech decidió una revisión del sistema de solución de diferencias después del cuarto año de su existencia. Durante los últimos años se han presentado varios centenares de propuestas. Se ha dedicado mucho tiempo a examinarlas, pero los Miembros no han podido conseguir el consenso sobre un conjunto de modificaciones del sistema. En la Ronda de Doha se estableció que la reforma de los procedimientos de solución de diferencias se acometiera separadamente del resto de las negociaciones. Una vez más, hasta el momento los trabajos no han podido concluirse.

254. No obstante, **hay varias opiniones expresadas por los gobiernos y por observadores no gubernamentales que parecen indicar una sensación general de satisfacción con el sistema de solución de diferencias.** Eso ha llevado a la idea de que no existe un incentivo político fuerte para reformar el sistema. De hecho, como se ha indicado al principio de este capítulo, **una preocupación básica importante es, o debería ser, no “causar ningún daño” al sistema actual puesto que tiene tantos atributos valiosos.**

255. **Algunas de las ideas en pro de la reforma crearían una especie de “veto diplomático” o la oportunidad de que determinadas partes en una diferencia “anulen” o modifiquen aspectos del informe definitivo adoptado después de un procedimiento completo de solución de diferencias.** Introducir la posibilidad de que la actividad política o diplomática interfiera con el resultado básico tan cuidadosamente logrado mediante los relativamente intensos procedimientos de solución de diferencias dejaría de dar prioridad a la defensa motivada, donde todas las partes tienen una oportunidad igual y equitativa de exponer sus argumentos e ideas. Socavaría y desprestigiaría el procedimiento y, en cierto modo, sería una regresión a algunos

de los importantísimos problemas de la época del GATT, como la posibilidad de que las partes perdedoras bloqueen la adopción de un informe. Por estas razones, **el Consejo Consultivo desaconseja firmemente esas medidas como parte del conjunto de reformas.**

256. Sin embargo, hay otras reformas que merecen una detenida atención, aunque puede no ser una gran prioridad lograrlas pronto. Hemos mencionado algunas ideas en los párrafos anteriores; además, se ha propuesto, por ejemplo, que **debería aclararse la posibilidad de que el Órgano de Apelación “reenvíe” un asunto al grupo especial del primer nivel.** Evidentemente, uno de los problemas sería que, dado que los grupos especiales del primer nivel son designados especialmente sólo para el caso concreto y generalmente son disueltos cuando el informe se envía al OSD, es posible que no exista una entidad a la que se pudiera efectuar el reenvío. No obstante, **vale la pena desarrollar el principio, especialmente si el reenvío se pueden conseguir sin añadir demoras al proceso ya bastante largo.**

257. Otra propuesta se refiere a un sistema de tipo lista, en cierto modo similar al procedimiento del Órgano de Apelación, para designar a los miembros de los grupos especiales del primer nivel. Esa lista no tendría que aportar el “100 por ciento de los integrantes” de los grupos especiales. Podría ser de una extensión que, incluso en un período de máximo volumen de trabajo, al menos un miembro de la lista estuviera en cada grupo especial. Los restantes miembros de los grupos especiales se podrían obtener utilizando los procedimientos actualmente en vigor. **Por consiguiente, una combinación de una lista y de designaciones ad hoc podría satisfacer muy bien las necesidades de la institución y aliviar en cierto modo los problemas particulares que se han observado en algunos de los procedimientos de selección de grupos especiales.** No obstante, una cuestión importante respecto a la idea de la lista correspondiente a los grupos especiales del primer nivel se refiere a los procedimien-

tos mediante los cuales serán designadas las personas de la lista. Preocupa mucho que los procedimientos diplomáticos y políticos usuales puedan no ofrecer las personas más capacitadas que exigen esas tareas. Por consiguiente, **es necesario pensar en un posible grupo de expertos, reducido y apolítico, que examinaría las solicitudes y elaboraría una lista de candidatos que cumplan requisitos cuidadosamente establecidos. Este órgano podría después trabajar con el OSD para ultimar la lista.** Se trata sólo de una sugerencia, entre otras.

258. Otras propuestas de reforma han prestado cierta atención al Órgano de Apelación, planteando la pregunta de si el Órgano de Apelación debería tener más miembros dado que algunas veces su volumen de trabajo ha sido importante. También se ha propuesto que los miembros del Órgano de Apelación sean considerados a tiempo completo, no parcial, como son contratados actualmente. Estas propuestas conllevan varias cuestiones pragmáticas y de recursos y el Consejo Consultivo puede imaginar argumentos en pro y en contra. Posiblemente se necesite más experiencia con el todavía nuevo sistema de solución de diferencias antes de efectuar algunos de estos cambios. Se podría modificar el ESD para permitir cierta flexibilidad respecto a una decisión posterior del OSD (o del Consejo General) sobre estas cuestiones, una vez obtenida esa experiencia.

259. Varias propuestas adicionales de reforma del sistema de solución de diferencias se refieren al tema muy importante de cómo debe relacionarse la OMC con la sociedad civil y la participación de entidades no gubernamentales. Este tema se analiza más ampliamente en el capítulo V. Sin embargo, hay dos cuestiones que son especialmente importantes para el sistema de solución de diferencias, a saber, la cuestión de abrir partes de los procedimientos a la vista o asistencia del público, y la cuestión del trato que se debe dar en el sistema de solución de diferencias a los escritos *amicus curiae* (o comunicaciones similares de opiniones durante la sustanciación de un caso).

260. **En primer lugar, con respecto a los escritos *amicus*, el Consejo Consultivo está en general de acuerdo con los procedimientos que ya han sido elaborados para la aceptación y el examen de las comunicaciones de este tipo que sean procedentes.** El ESD ya prevé amplias facultades en el artículo 13 para que los Grupos Especiales hagan uso de sus facultades discrecionales a este respecto. Igualmente, por razones jurídicas distintas, el Órgano de Apelación tiene facultades para regular esta cuestión y, en la práctica, ha actuado caso por caso. **Sin embargo, quienes intervienen estrechamente en estos procedimientos consideran que es importante elaborar criterios y procedimientos generales a ambos niveles para tramitar de forma equitativa y adecuada las comunicaciones *amicus*, equilibrando las preocupaciones respecto de las repercusiones sobre los recursos con equidad y un reconocimiento general de que en algunos casos estas comunicaciones pueden mejorar la calidad global del proceso de solución de diferencias. El Consejo Consultivo está de acuerdo en que deben elaborarse esos procedimientos.**

261. La cuestión de abrir partes de los procedimientos de solución de diferencias, especialmente las denominadas “audiencias” a la vista del público (pero no a su participación) es más compleja, en parte porque el texto actual del ESD impide ese enfoque en la mayoría de los casos. Por consiguiente, será necesario modificar el ESD y esto exige consenso, que cualquier Miembro de la OMC puede bloquear. **Las recomendaciones sobre el consenso que formulamos en el capítulo VII están pues relacionadas de manera importante con las que hacemos aquí. El Consejo Consultivo considera que el grado de confidencialidad de los procedimientos actuales de solución de diferencias puede ser considerado perjudicial para la OMC como institución.** El Consejo acepta la opinión de numerosos participantes en el sistema según la cual muchos observadores públicos quedarían impresionados favorablemente con los procesos.

262. **Por consiguiente, el Consejo Consultivo recomienda que, como procedimiento habitual, las audiencias de los Grupos Especiales del primer nivel y las del Órgano de Apelación estén en general abiertas al público.**

263. **En esta nueva práctica, el grupo especial (o la Sección del Órgano de Apelación) o una de las partes en la diferencia podrían plantear que hay una “causa razonable y suficiente” para excluir al público de la totalidad o de parte de una audiencia.** La necesidad de proteger la información confidencial, como las cuestiones “comerciales confidenciales”, sería un ejemplo de tal causa. **Además, al menos durante los primeros años de esta nueva política, el Consejo recomendaría que cuando alguna parte en la diferencia presente por escrito razones “justificadas y suficientes”, dicha opinión sea considerada decisiva.** Esto podría aliviar algunas preocupaciones respecto de la transparencia, pero cabría esperar que se estableciera la presunción de que las audiencias públicas deben ser la norma predominante. Como quiera que se consiga, esa transparencia adicional debería servir para reforzar una opinión pública positiva del sistema de solución de diferencias. Sin duda debería contrarrestar la imagen deliberadamente maliciosa que a veces se promueve de un mecanismo que es reservado y misterioso.

264. Estrechamente relacionadas con los párrafos anteriores se encuentran algunas observaciones finales que deberían hacerse. En primer lugar, es obvio que cuanto mejor informados sobre las normas fundamentales de la solución de diferencias internacionales estén los diplomáticos y los funcionarios gubernamentales, será mejor. Esto va bastante más allá de una buena comprensión de los procedimientos. **En ocasiones sería bienvenida una mayor comprensión de la función de “orientación normativa” en la aplicación de los tratados, así como respecto de los enfoques generales que prácticamente todas las instituciones jurídi-**

cas, nacionales e internacionales, adoptan en su labor. Por tanto, la resolución de ambigüedades, una actividad limitada para colmar lagunas y la necesidad de distintas técnicas de interpretación son partes del panorama natural de solución de diferencias. Todas ellas se unen para aportar previsibilidad y seguridad a las empresas en el mercado. **La Secretaría de la OMC debería alentar y facilitar la asistencia técnica en esta esfera.**

265. En segundo lugar, **es preciso convencer a una amplia audiencia pública y política de la naturaleza y el valor del sistema de solución de diferencias.** Es evidente que durante los últimos años se han intensificado las críticas al sistema y a los resultados que produce. No obstante, gran parte de estas críticas -que a menudo son severas pero no necesariamente equilibradas ni informadas- proceden de posiciones relativamente parciales y partidistas. **Es importante que el sistema sea comprendido mejor, no sólo por los diplomáticos, funcionarios públicos y legisladores que tienen que participar en él, sino también por el público en general,** es decir, la ciudadanía de los países a cuyo servicio está el sistema.

266. Por consiguiente, la OMC como organización, y los funcionarios que trabajan directamente en actividades de solución de diferencias, tienen cierta obligación de informar

además de administrar. Algunos de los esfuerzos de la Secretaría por informar al público, como materiales explicativos y bibliográficos razonablemente detallados que figuran en el sitio Web de la OMC, son muy bien recibidos.

267. Serían también bien recibidos otros esfuerzos constructivos en este sentido, tal vez incluso por grupos de expertos designados por la OMC o por el OSD.

268. Por último, es interesante señalar cuanto difusión tiene el sistema de solución de diferencias en publicaciones procedentes de fuentes no gubernamentales. Existe una cantidad enorme de publicaciones especializadas y centradas en políticas sobre el sistema de solución de diferencias. Esto una prueba del interés general y del público en el tema, y así como de la importancia que se le reconoce y, quizá, del valor del sistema. Los casos concretos se debaten extensamente (de manera similar a la atención que reciben las decisiones de tribunales nacionales). Esta actividad de especialistas en la materia, o los argumentos inteligentes y agudos de otros observadores perspicaces, pueden desempeñar una función constructiva y complementaria en apoyo de un marco institucional basado en normas para el comercio internacional, de la misma manera que una actividad similar desempeña esa función dentro de los países.