

7 Solución de diferencias

Una nación que nos priva de la facultad de comerciar en ella, nos perjudica incontestablemente, privándonos de las ventajas del comercio exterior con respecto a la misma; y en consecuencia, si haciendo que tema un perjuicio igual en sus intereses, se logra determinarla u destruir las barreras que pone, sin duda se puede aprobar este medio como una medida puramente política. Pero esta represalia que causa un perjuicio a nuestro rival, nos lo causa también a nosotros mismos; porque no oponemos una defensa de nuestros propios intereses a una precaución interesada que tomaron nuestros rivales, sino que nos hacemos un mal por hacerles a ellos otro. Nos privamos de relaciones útiles, a fin de acarrearles la misma privación. Solo se trata de saber hasta qué punto amamos la venganza, y cuánto queremos que nos cueste.

Juan Bautista Say
Tratado de Economía Política (1803)

Introducción

Juan Bautista Say compartía la opinión de Adam Smith de que está justificado que los países adopten medidas de retorsión contra los interlocutores comerciales que los excluyan de los mercados propios, en la esperanza de que la adopción de medidas de este tipo, o la amenaza de hacerlo, induzca al interlocutor a levantar las restricciones. Pero mientras Smith estaba dispuesto a dejar en manos de “la astucia y pericia del precavido Ministro a quien llaman vulgarmente Estadista, o Político” determinar si la retorsión está justificada en un caso determinado¹, Say era menos entusiasta respecto del empleo de esta opción. Say subrayaba los costos que un país se impone a sí mismo cuando adopta medidas de retorsión y el incentivo negativo que podría generar la supresión de estas sanciones. A este respecto, el sistema de solución de diferencias de la OMC se podría decir que refleja más las ideas de Say que las de Smith, porque aunque en última instancia se basen en la posibilidad de adoptar medidas de retorsión, está diseñado de forma tal que estas medidas de retorsión son el último recurso que los Miembros utilizarán solo después de haber agotado todas las demás posibilidades.

El mecanismo de solución de diferencias es una característica de la OMC más que de la etapa del GATT. Mientras que durante el medio siglo de existencia del GATT hubo 101 casos de solución de diferencias que pasaron por todo el procedimiento, es decir, más de dos por año, el número de asuntos sometidos al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC se

multiplicó hasta representar un promedio de 25 reclamaciones anuales en los primeros 18 años. Este gran aumento puede atribuirse en parte a la ampliación del ámbito de aplicación de los Acuerdos de la OMC (como se examina en el capítulo 2) y en parte mayor al creciente número de Miembros de la Organización (como se analiza más adelante). Sin embargo, quizá la mayor causa de este incremento haya sido la modificación de las reglas de juego. El sistema del GATT había favorecido a los demandados y probablemente había hecho que posibles reclamantes se inhibieran y no presentaran reclamaciones. Funcionaba sobre la base del consenso, dando así a todas las partes (incluido el demandado) la oportunidad de bloquear las medidas en casi cualquiera de las etapas del procedimiento. El sistema de la OMC no ofrece estas posibilidades. Basado, como lo está, en el “consenso inverso”, que en la práctica quiere decir que las reclamaciones solo se suspenden si el reclamante acepta (por ejemplo, si las partes llegan a una solución extrajudicial), el sistema de la OMC es mucho más atractivo para los solicitantes que el GATT, su predecesor. El cambio no fue solo cuantitativo sino cualitativo, pasando el sistema de ser un brazo de la diplomacia a ser un proceso más judicializado. Esta evolución gemela estaba ya en marcha, pero no se había completado, cuando el GATT dio paso a la OMC. El sistema reformado de la OMC prevé en general más resoluciones pero, no obstante, sigue prefiriendo las consultas y la mediación a la confrontación jurídica.

Este capítulo empieza por un análisis de las diferencias entre negociaciones y solución de diferencias como opciones para manejar las fricciones entre Miembros, haciendo hincapié en la forma en que los Miembros de la OMC se plantean esta elección desde diferentes culturas políticas y tradiciones jurídicas, a lo que seguirá un breve resumen de los cambios realizados en el funcionamiento del sistema durante la Ronda Uruguay y después de ella. A continuación, el análisis se centra en la experiencia que ha generado hasta el momento la aplicación del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD). Para ello, se presentan principalmente estadísticas descriptivas de los asuntos, se examina el aumento y la reducción del número de reclamaciones, el objeto de estas y qué países han presentado más reclamaciones o han sido objeto de estas. Los lectores observarán que este análisis se centra en los aspectos cuantificables de la experiencia del ESD; el espacio no nos permite un examen más matizado de las cuestiones que plantea la jurisprudencia de la OMC y las repercusiones de las interpretaciones que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han dado de los Acuerdos de la OMC. El capítulo finaliza a continuación con un examen de quiénes han sido los miembros de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, señalando pautas en su nacionalidad así como en sus antecedentes.

Litigios, conciliación y negociación

Los procedimientos de solución de diferencias en el sistema multilateral de comercio han evolucionado gradualmente desde un planteamiento basado en la mediación en litigios planteados principalmente entre los miembros de un pequeño círculo de países desarrollados y de igual mentalidad, hasta un procedimiento más basado en normas en el que un círculo mayor de países, pero todavía muchos menos de la totalidad, desempeñan un papel activo. No cabe duda de que algunos Miembros siguen siendo mucho más activos que otros dentro del sistema, de forma que un número relativamente pequeño de ellos es responsable de la gran

mayoría de los asuntos, y de que aproximadamente la mitad de los Miembros hasta ahora han intervenido a lo sumo en calidad de terceros. Pueden ofrecerse diversas explicaciones para el distinto nivel de participación de los Miembros, que abarcan desde el tamaño de sus economías (es más probable que los Miembros más grandes tengan una gama más amplia de sectores y de cuestiones en juego) a su diferente capacidad (los Miembros que tienen misiones grandes y bien dotadas de personal son más capaces de atender a las necesidades de procedimiento). Además de estas y de otras consideraciones prácticas, también es importante tener en cuenta las diferencias entre la cultura política y la tradición jurídica de los Miembros. Dicho claramente, los políticos de algunos países están más dispuestos a mantener litigios que sus homólogos de otras partes del mundo.

Desde un punto de vista muy abstracto, se pueden distinguir las culturas políticas y las tradiciones jurídicas de los Miembros de la OMC de dos formas importantes. La primera sería la que distingue entre lo que se podría denominar culturas litigiosas y culturas conciliatorias, distinguiéndose el primer grupo por la extendida creencia de que los conflictos son lo normal y de que el tribunal es el mejor lugar para resolverlos, y el segundo inspirado por el convencimiento de que el enfrentamiento es destructivo, suscita rencores entre vencedores y vencidos y debe evitarse siempre que sea posible. La segunda distinción importante que se puede establecer es la que separa a los países con tradición jurídica basada en el *common law* inglés, que hace hincapié en la importancia del precedente, y las tradiciones que se basan en el derecho continental o en leyes escritas (a veces complementadas con otras fuentes jurídicas), que subrayan las cláusulas de la legislación concreta en cuestión. La primera de estas divisiones importantes ayuda a explicar el diferente grado de utilización por los distintos Miembros del sistema de solución de diferencias, de manera que los países tradicionalmente más litigiosos de Europa y América (del Norte y del Sur) son en general el origen del mayor número de reclamaciones sometidas al OSD, mientras que los Miembros de África, el Oriente Medio y Asia plantean reclamaciones con menos frecuencia. Es posible que la segunda de estas divisiones influya en el resultado de estos asuntos, pero esta observación implica otras inferencias que deben probarse. Los Miembros que tienen una tradición jurídica de *common law* han aportado un número desproporcionadamente grande de los juristas que componen lo que en términos muy generales podemos calificar de colegio de abogados que actúan ante el OSD. Esta observación se confirma si se tiene en cuenta la nacionalidad de los miembros de los grupos especiales, así como de las personas que han ocupado puestos clave de dirección en la OMC, y en la educación jurídica de los miembros del Órgano de Apelación.

En esta sección examinamos la primera de estas formas de distinción, subrayando las diferencias entre el enfoque más litigioso y el más conciliador de formulación de las políticas comerciales. Más adelante, en este mismo capítulo, volveremos a considerar las diferencias entre las tradiciones de *common law* y de derecho continental dentro de esta tradición más litigiosa.

Cultura política y litigio frente a conciliación

El sistema multilateral de comercio se ha hecho más litigioso con el paso del tiempo pues el volumen de asuntos que se han planteado en la OMC es muy superior al de asuntos que se

plantearon en el GATT y muchos observadores han señalado que la función judicial de la OMC supera con mucho actualmente a la función legislativa. La sustitución de la negociación por el litigio se puede considerar bien como un adelanto o bien como un retroceso, dependiendo de las expectativas con respecto al sistema, y estas expectativas pueden estar influidas por la distinta cultura política de los Miembros. De acuerdo con la perspectiva tradicional en el GATT, que refleja la cultura política y jurídica de Europa y las Américas, las diferencias en términos jurídicos son naturales e incluso saludables. "El recurso frecuente a estos procedimientos de solución de diferencias de la OMC es señal de sistemas jurídicos y judiciales que funcionan bien" -según Petersmann (2005b: 141)- "más que de conflictos socialmente perjudiciales". Subsidiariamente, quienes creen que el sistema debe basarse en la cooperación más que en la confrontación tienden a considerar que las diferencias son señales no deseables de que el sistema no funciona bien. Esta opinión puede ser especialmente dominante entre los Miembros que o bien no estaban en el sistema durante la etapa del GATT o bien no fueron muy activos dentro de este.

Esta última perspectiva, según la cual la conciliación es preferible a la confrontación, se asocia frecuentemente con los países asiáticos. El Director General Supachai Panitchpakdi tenía muy mala opinión de las diferencias y creía que los dos Miembros que se enfrentaban, y el propio sistema en conjunto, saldrían mejor parados si los problemas se solucionasen mediante la negociación y la mediación. "He intentado promover la posibilidad de recurrir a una mediación" -observó cuando dirigía la OMC- "pero esta no es muy popular y la gente parece criticarme por intentar evitar el recurso al mecanismo de solución de diferencias y creen que no estoy haciendo uso del ESD".² El Sr. Supachai, que señalaba en cambio que quería "crear una atmósfera de paz y colegialidad", también subrayaba que evitar los litigios "ahorra tiempo, ahorra costes, ahorra muchas confrontaciones". Los Miembros presentaron menos reclamaciones durante el tiempo en que el Sr. Supachai desempeñó el cargo de Director General (27,3 reclamaciones anuales) de lo que lo habían hecho hasta ese momento (34,6 anuales), pero también presentaron menos durante la época que siguió al desempeño de su cargo de Director General (14,7 anuales). El menor uso del sistema durante su administración puede formar parte, por consiguiente, de una tendencia a largo plazo más que ser una consecuencia de sus esfuerzos por promover enfoques alternativos.

En última instancia son los Miembros, más que el Director General, quienes determinan la frecuencia con que se presentan reclamaciones y también de este modo se encuentran pruebas contradictorias de la menor propensión de los Miembros asiáticos a presentar reclamaciones. Liyu y Gao (2010: 165) han subrayado la importancia que, en su opinión, el confucianismo atribuye a evitar los litigios, que "causan un daño irreparable a las naciones y solo deben plantearse como último recurso". Este y otros factores históricos han llevado a los jueces chinos a "preferir la mediación a las sentencias, de forma que se evite la desarmonía del conflicto propia de los litigios contradictorios". Un antropólogo que estudió la utilización por China del ESD también situó la cuestión en un contexto cultural y señaló que antes de que Beijing pudiera convertirse en participante activo en el sistema tuvo primero que superar una tradición en la que la necesidad de "salvar la cara" disuadía de entrar en una confrontación jurídica directa. Aunque se descarte el argumento de que la cultura supone un obstáculo para los litigios es necesario todavía tener en cuenta una cuestión de carácter muy práctico: China, que tenía poca experiencia a escala nacional

en esta esfera, y todavía menos experiencia a escala internacional, necesitó años para desarrollar las aptitudes jurídicas necesarias para llegar a ser un participante competente y frecuente en los procedimientos de solución de diferencias. Cai (2011: 220) distinguía tres etapas en el planteamiento chino, de forma que desde 2002 a 2003 "la idea que prevalecía en la delegación china era que las diferencias tenían que solucionarse amistosamente", pero China pasó a ser más activa desde 2003 a 2007, y desde 2007 China ha sido uno de los principales participantes en litigios. En este nuevo entorno, China no solo interviene en diferencias en nombre propio sino que interviene en otras diferencias que afectan a otros países:

Con respecto a las diferencias entre países occidentales, no es necesario que China intervenga. En los asuntos entre países emergentes y países en desarrollo contra países desarrollados, China puede ponerse del lado de los primeros, mientras que en los asuntos entre países emergentes y en desarrollo, la única posibilidad es mantener el silencio (*ibid.*: 220).³

Tampoco es que los obstáculos culturales y prácticos a los litigios sean una cuestión únicamente asiática. "Aunque China y África tengan que hacer frente por igual a todos estos obstáculos" -según Kidane (2012: 66)- "los Estados africanos tienen una desventaja mucho más grave". Y mientras que China finalmente superó su resistencia a presentar reclamaciones ante la OMC, lo mismo que otros Miembros de la OMC superaron su renuencia a replicar (aunque no todos), los países africanos y de Oriente Medio no han presentado todavía ninguna reclamación.

Estas diferencias se pueden observar en el cuadro 7.1, que muestra la frecuencia con la que distintos conjuntos de Miembros han planteado reclamaciones ante el OSD. Los datos distinguen en primer lugar entre países desarrollados y países en desarrollo, luego entre países en desarrollo según la región y posteriormente desglosan cada uno de estos grupos según las tradiciones jurídicas de los países del grupo. Entre estos países se incluyen algunos de tradición jurídica de *common law* (principalmente antiguas colonias de Gran Bretaña), otros que tienen una tradición jurídica continental (herederos principalmente de los sistemas jurídicos romano, español o francés) y otros que son pluralistas (una combinación de tradiciones). La primera conclusión que puede extraerse de los datos es que estas distinciones entre tradiciones jurídicas de *common law*, de derecho continental y de pluralismo no tienen importancia para explicar el nivel de propensión a litigar de los distintos Miembros. Dentro de cualquier grupo económico o geográfico determinado, el número de reclamaciones presentadas por Miembros que tienen una de estas tradiciones es aproximadamente del mismo orden de magnitud que el de otros miembros del mismo grupo. Las diferencias más importantes se presentan entre los distintos grupos y no entre subgrupos de tradiciones jurídicas dentro de cada grupo. Los países desarrollados son los que litigan más y entre los países en desarrollo el espectro se define situando en un extremo a los países latinoamericanos, relativamente legalistas (todos los cuales tienen una tradición de derecho continental) y en el otro extremo los países africanos y de Oriente Medio. Los países en desarrollo asiáticos y del Pacífico se sitúan en el medio de este espectro, lo mismo que los países del Caribe y los antiguos Estados soviéticos y de Yugoslavia.

Cuadro 7.1. Frecuencia de asuntos de solución de diferencias, por reclamante, 1995-2012

	Número de Miembros	Número de reclamaciones	Reclamaciones por Miembro
Desarrollados	10	271	27,1
<i>Common law</i>	4	150	37,5
Derecho continental	6	121	20,2
América Latina (derecho continental)	20	119	6,0
Asia/Pacífico	26	88	3,4
<i>Common law</i>	10	28	2,8
Pluralistas	3	19	6,3
Derecho continental	13	41	3,2
Ex Unión Soviética/Yugoslavia (derecho continental)	7	4	0,6
Caribe	11	1	0,1
<i>Common law</i>	9	1	0,1
Derecho continental	2	0	0,0
África/Oriente Medio	57	0	0,0
<i>Common law</i>	2	0	0,0
Pluralistas	10	0	0,0
Derecho continental	45	0	0,0

Fuente: Resumen de los datos del apéndice 7.1.

Nota: La Unión Europea se contabiliza como un Miembro y se clasifica como sistema jurídico de tradición continental.

Intereses económicos y capacidad

La mayor propensión a litigar de los países desarrollados puede ser reflejo también del doble factor de que estos países tienen un mayor volumen de comercio que defender y disponen de la experiencia y el conocimiento jurídico necesarios para plantear asuntos. De manera análoga, el caso chino parece indicar que el crecimiento económico puede contribuir a que un país considere que tiene más que ganar en un litigio, y su creciente familiaridad con el sistema puede igualmente mejorar su capacidad de actuar movido por esta sensación. La cultura política asiática no parece haber limitado el interés del Japón por obtener lo máximo del sistema de solución de diferencias y, con el paso del tiempo, China ha pasado a ser más parecida al Japón en varios aspectos: en su creciente participación en las exportaciones mundiales, en el tamaño y complejidad de la comunidad formada por los responsables de las políticas comerciales y en su disposición a presentar reclamaciones contra otros Miembros. Sin embargo, esta no es una norma universal ya que incluso grandes economías como Sudáfrica o el Reino de Arabia Saudita nunca han presentado una reclamación ante el OSD.

Parte de esta diversidad se puede explicar por los recursos y la capacidad, ya que los obstáculos prácticos a la participación de los países en desarrollo en el sistema de solución de diferencias son numerosos. Entre las dificultades mencionadas más generalmente cabe citar la complejidad

y el costo del sistema, la preocupación que suscita el hecho de que los países en desarrollo (especialmente los que no son latinoamericanos) no estén adecuadamente representados en los grupos especiales de solución de diferencias y el hecho de que la finalidad del sistema no sea el desarrollo sino el cumplimiento de las disposiciones jurídicas.⁴ Otro factor que contribuye a su renuencia es otra cuestión de capacidad: los países que tienen una misión diplomática dedicada especialmente a la OMC es más probable que planteen reclamaciones. De los 36 Miembros que presentaron reclamaciones al OSD entre 1995 y 2012, 26 tenían misiones especializadas en 2012, mientras que solo un Miembro que no tenía una misión residente en Ginebra había planteado una reclamación. Aproximadamente solo un cuarto de todos los Miembros tienen misiones especializadas, pero estos Miembros son responsables de unos tres cuartos de todas las reclamaciones. La línea de causalidad también se extiende en otra dirección, pues el nivel de litigiosidad, en aumento, es un factor que contribuye a que aumente el tamaño de las misiones.⁵

Estos problemas pueden ser superados en parte gracias a la asistencia que los países en desarrollo pueden recibir del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (véase el recuadro 7.1), y también gracias a la práctica de recurrir a abogados exteriores que pueden ser pagados por el sector privado. Sin embargo, ningún volumen de asistencia técnica puede modificar el hecho de que los países que generan un volumen pequeño de comercio tienen menos recursos en caso de que un asunto derive en la adopción de medidas de retorsión. Por ejemplo, en el caso de la reclamación de los Estados Unidos por el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, Antigua y Barbuda fue autorizada a imponer a los Estados Unidos medidas de retorsión, que tuvieron poca repercusión en Washington, pero las facultades de retorsión que se dieron al Brasil en el asunto del algodón (examinado más adelante) tuvieron un efecto mucho más persuasivo. Los países africanos que constituyeron el grupo de los Cuatro del Algodón no tenían el mismo potencial de influencia que el Brasil, lo que es uno de los motivos que explican por qué estos países optaron por negociar cuando el Brasil optó por litigar.

La elección entre litigar y negociar

Incluso los Miembros que proceden de culturas más propensas al litigio, o que han crecido hasta el punto de que han sobrepasado los obstáculos culturales al litigio, se encuentran ante la misma alternativa al decidir cómo manejar un motivo concreto de molestia: ¿planteamos una reclamación o negociamos? En la respuesta a esta pregunta intervienen varios factores.

La secuencia para los Estados Unidos fue justamente la contraria que para China pues los responsables de las políticas han quedado limitados de algún modo con el paso del tiempo. La principal diferencia entre la solución de diferencias en la etapa del GATT y la etapa de la OMC desde la perspectiva de los Estados Unidos es la sustitución de las amenazas unilaterales por los litigios multilaterales. Como se analiza en el capítulo 2, las leyes de “reciprocidad” de los Estados Unidos fueron uno de los principales motivos de conflicto en la etapa final del GATT. Estas leyes daban a la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales (USTR) autorización para investigar y

Recuadro 7.1. El Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC

El Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL) proporciona asistencia jurídica a los países en desarrollo en asuntos de solución de diferencias. El establecimiento de esta institución se acordó en 1999⁶ en la Conferencia Ministerial de Seattle y fue creada en 2001 como organización independiente de la OMC. Su misión es aportar a los países menos adelantados (PMA) y otros países en desarrollo la capacidad jurídica que necesiten para hacer respetar sus derechos en el marco del ESD. Aparte de las contribuciones de sus miembros, que se distribuyen entre los países de conformidad con una escala gradual que va desde los países menos adelantados (50.000 dólares EE.UU.) a los países industrializados (1.000.000 de dólares EE.UU.), se ofrecen servicios de asesoramiento a los países en desarrollo por los que se cobra una tarifa que varía en función de su nivel de ingresos. Entre los servicios que se ofrecen cabe mencionar los de asesoramiento jurídico en asuntos jurídicos de la OMC (gratuito para los Miembros y los PMA), apoyo en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC (con tarifas que oscilan entre 25 dólares EE.UU./hora para los PMA y los 350 dólares EE.UU./hora para los países en desarrollo de ingresos elevados que no son miembros), seminarios y pasantías. En 2012, contaba en el personal con 12 abogados y tenía acuerdos con 20 bufetes de abogados y con dos abogados individuales que le prestaban servicios externos. Tienen derecho a los servicios del ACWL 30 países en desarrollo que son miembros de la institución y 31 PMA.

La institución se centra más en ayudar a los beneficiarios a desempeñar el papel de denunciante que a ayudarles en sus defensas. El papel del ACWL en la mayoría de los primeros 41 casos en los que intervino fue el de ayudar al país reclamante. Ayudó al demandado apenas tres veces (cálculos realizados a partir de ACWL, 2012: 36 y 37). Al haber prestado asistencia 29 veces a los reclamantes se mostró más activo en este papel que cualquier otro Miembro, salvo tres (el Canadá, los Estados Unidos y la Unión Europea).

El ACWL ha recibido por lo general críticas favorables. Algunos están de acuerdo con la valoración de Mshomba (2009: 91) de que "es un ejemplo brillante de cómo la asistencia técnica puede y debe prestarse". Bown (2009: 174) emite un veredicto mixto, en el que concluye por un lado que el ACWL "está mejorando la observancia en aquellos casos en los que el acceso a los mercados que está en juego para los exportadores de países pobres es demasiado limitado como para que el asesoramiento legal prestado a precio de mercado sea una opción práctica", pero por otro lado concluye que "su eficacia está también limitada por los servicios que no puede ofrecer". Entre estos servicios cabe mencionar la reunión de información, la organización en términos políticos y la inducción de reformas.

adoptar medidas de retorsión contra actos, políticas y prácticas de países extranjeros que, en su opinión, vulneraban los derechos de los Estados Unidos, sin obtener primero permiso del GATT para imponer medidas de este tipo. El USTR utilizaba frecuentemente esta autorización para promover posiciones de los Estados Unidos sobre lo que en el decenio de 1980 se denominaban las "nuevas cuestiones", es decir, los servicios, la inversión y los derechos de propiedad intelectual. Así pues, los Estados Unidos preferían el litigio a la negociación y un litigio en el que desempeñaban cualquier papel salvo el de demandado; el USTR era el reclamante, el juez y el policía. Esa al menos era la elección táctica en los casos concretos, pero, si nos atenemos al panorama general, este planteamiento formaba parte de una

estrategia no declarada, pero de gran éxito, consistente en utilizar esta forma agresiva, unilateral, de litigio como medio de impulsar negociaciones. Esta estrategia general produjo un acuerdo igualmente general en la Ronda Uruguay: los Estados Unidos dejarían de lado la política de reciprocidad y a partir de ese momento presentarían sus reclamaciones al OSD, pero solo lo hacían porque sus interlocutores aceptaban aprobar acuerdos sustantivos y de cumplimiento exigible sobre las nuevas cuestiones. Este acuerdo se reiteró en el resultado de una demanda que la Unión Europea planteó en 1998 contra la principal ley de reciprocidad de los Estados Unidos. El informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* coincidió con la Unión Europea en que no correspondía a los distintos Miembros de la OMC determinar si las medidas de otro Miembro infringían sus obligaciones en el marco de la OMC. No obstante, el grupo especial llegó a la conclusión de que tener una ley en vigor “no era incompatible” con las obligaciones de los Estados Unidos aunque el texto de la ley en sí mismo constituyera una grave amenaza de decisiones unilaterales, porque los Estados Unidos se habían comprometido a no adoptar decisiones que no estuvieran en conformidad con las obligaciones que les correspondían en el marco de la OMC. El Grupo Especial estipuló además que en caso de que los Estados Unidos anulasen o dejarasen de otro modo sin efecto su compromiso, la conclusión de conformidad dejaría de estar justificada.

Aunque la vigilancia unilateral del cumplimiento de las normas esté ahora prohibida, si un Miembro tiene un problema con otro debe todavía elegir entre solucionar el problema a través de la función legislativa de la OMC o a través de su función judicial. No es necesario considerar que el litigio y la negociación son dos posibilidades mutuamente excluyentes, ya que pueden utilizarse de forma secuencial para conseguir el mismo objetivo. Consideradas desde una perspectiva amplia, estas opciones pueden reforzarse mutuamente. John Weekes (2004: 1) ha observado que un “buen acuerdo puede persuadir a los gobiernos de aceptar un sistema de solución de diferencias capaz de emitir sentencias imparciales y definitivas de manera rápida” lo mismo que un “buen sistema de solución de diferencias da más vigor a las obligaciones que suponen los acuerdos y puede contribuir de forma importante a cualquier posible negociación de los acuerdos”. Sin embargo, este resultado positivo puede resultar menoscabado si la función judicial de la institución se considera que no está en armonía con la función legislativa. De acuerdo con una opinión, la judicialización de la OMC puede hacer que los Miembros estén menos dispuestos a lograr acuerdos gracias a la vieja práctica de la ambigüedad constructiva, lo que quería decir que los negociadores estaban dispuestos (aunque no lo prefirieran) a llegar a compromisos que permitieran a las dos partes clamar victoria aun a costa de dejar en duda el significado preciso de tal compromiso. Esto ahora ha cambiado. “La gente ya no está dispuesta a aceptar compromisos que supongan algún tipo de ambigüedad porque saben que en última instancia un grupo especial va a emitir una decisión que será vinculante” -opina Stuart Harbinson- “y no les gusta poner el cuello en la guillotina”.⁷ O por decirlo de otra forma, hubo un tiempo en el que los negociadores estaban dispuestos a dejar su trabajo a medio hacer con el objetivo de volver sobre la cuestión en la próxima ocasión, pero si saben que los litigantes tienen la facultad de retomar las negociaciones donde ellos las dejaron quizá se sientan más inclinados a favorecer la seguridad del punto muerto por encima de los riesgos de una solución poco clara.

Tal como un par de profesionales experimentados plantea la elección, “en las negociaciones multilaterales de comercio se intenta cambiar las normas existentes para construir un sistema mundial basado en nuevos principios (cambios para el futuro)”, mientras que en los procedimientos judiciales “se pretende la aplicación de las normas ya en vigor pero no respetadas por algunos Miembros de la Organización Mundial del Comercio” (Imboden y Nivet-Claeys, 2008: 127). En ocasiones, el primer paso es elaborar una legislación mediante la negociación, y el siguiente paso es perfeccionar esa legislación mediante una litigiosidad selectiva; en otras ocasiones, la necesidad de nuevas negociaciones puede quedar de manifiesto a causa de los resultados imperfectos de los litigios. En ese mismo sentido, Petersmann (2005b: 139) consideró que había pruebas del vínculo estratégico entre los litigios y la negociación cuando observó que:

El calendario y los objetivos jurídicos de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC indican que las reclamaciones, los grupos especiales y los procedimientos de apelación se utilizan también para aclarar las obligaciones ya existentes en el marco de la OMC, identificar la necesidad de normas adicionales, mejorar la posición negociadora de los países o someter a presión a otros Miembros de la OMC para que entablen negociaciones sobre normas y compromisos adicionales.

La elección entre estas opciones no puede decidirse mediante la aplicación de un principio universal sino a través de un cálculo táctico respecto a cuál de esas opciones es más probable que permita obtener el objetivo deseado por los potenciales litigantes o negociadores en un contexto determinado. Por ejemplo, en el caso de las subvenciones estadounidenses que afectaban a los intereses de los productores de algodón de América Latina y África, el Brasil optó por litigar, alegando que estas subvenciones infringían los compromisos contraídos por los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la Agricultura vigente, y en cambio el grupo de PMA africanos denominado los Cuatro del Algodón optó por negociar en la Ronda de Doha. La decisión de los PMA de no participar como correclamantes se debió a varios factores. El Brasil ya había iniciado el litigio y los PMA no tenían nada nuevo que añadir a este procedimiento. En caso de que el asunto derivase en la adopción de medidas de retorsión, los Cuatro del Algodón tenían menos posibilidad de influir en los Estados Unidos que un país grande como el Brasil y ya se había iniciado una ronda multilateral de negociaciones que ofrecía la posibilidad de lograr efectivamente esa influencia. Esas opciones no eran mutuamente excluyentes. Los PMA, al optar por negociar, mantenían la posibilidad de litigar si las negociaciones no resultaban productivas.

Funcionamiento del Entendimiento sobre Solución de Diferencias

El ESD forma parte del gran acuerdo a que se llegó en la Ronda Uruguay. En ese acuerdo, el GATT sería sustituido por la OMC, la jurisdicción de esta nueva organización se ampliaría y abarcaría, además del comercio de mercancías, los nuevos temas promovidos por los Estados Unidos, los Miembros renunciarían a exigir de forma unilateral el respeto de sus derechos y el sistema de solución de diferencias se reformaría para hacerlo más eficaz, menos susceptible

a bloqueos y (por intermedio del Órgano de Apelación) más coherente en sus decisiones. Sin embargo, el nuevo sistema no representó una ruptura total con el pasado ya que los principios jurídicos fundamentales se mantuvieron sin cambios.

Los principios fundamentales de la solución de diferencias

El procedimiento de solución de diferencias normalmente empieza cuando uno o más Miembros de la OMC impugnan formalmente las medidas de otro Miembro que supuestamente infringen los compromisos contraídos por ese Miembro. Estas alegaciones de infracción suelen basarse en el argumento de que la medida en cuestión contraviene, por ejemplo, uno de los principios fundamentales de no discriminación (véase el cuadro 7.4), o los dos. Dicho en términos más sencillos, el trato de la nación más favorecida (NMF) (artículo I del GATT) impide que un país discrimine en la frontera entre un interlocutor comercial y otro, mientras que el trato nacional (artículo III del GATT) impide que un país discrimine entre sus productos y los de otro país dentro de sus fronteras. El principio NMF significa, por ejemplo, que Australia debe aplicar los mismos aranceles a las importaciones de salmón de Noruega que aplica a las importaciones de un salmón similar de Chile.⁸ El principio de trato nacional significa que el Brasil no puede aplicar un impuesto sobre las ventas u otros gravámenes a productos franceses que sean más gravosos que los aplicados a las mercancías de empresas brasileñas.⁹ En las reclamaciones normalmente se alega además que las medidas adoptadas por un Miembro infringen las normas de la OMC sobre otro tema abarcado por el GATT de 1994 o los muchos Acuerdos de la OMC. Es frecuente que un reclamante plantee diversas alegaciones e invoque numerosas disposiciones de diferentes acuerdos para detallar cómo se supone que las leyes o políticas de un interlocutor infringen sus compromisos. También es posible hacer una reclamación sin que haya infracción de disposiciones, en cuyo caso el Miembro alega que se ha visto privado de una ventaja debido a las medidas adoptadas por otro gobierno, aunque tales medidas no sean *per se* incompatibles con las normas de la OMC.

Además de impugnar los hechos o la interpretación del reclamante del acuerdo en cuestión, los demandados alegarán con frecuencia que las medidas en cuestión están permitidas al amparo de una o más de las excepciones generales. Estas excepciones están previstas en el artículo XX del GATT, o en el caso de los servicios, en la disposición correspondiente del AGCS (artículo XIV). Las cuestiones que están incluidas en el ámbito de estas excepciones son, entre otras, las siguientes¹⁰.

- protección de la moral pública
- protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o preservación de los vegetales
- artículos fabricados en las prisiones
- protección de los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico
- conservación de los recursos naturales agotables
- cumplimiento de acuerdos intergubernamentales sobre productos básicos
- restricciones a la exportación de materias primas nacionales
- productos de los que haya una penuria general o local.

Estas excepciones pueden justificar unas medidas que, de otro modo, serían ilícitas en virtud de las normas de la OMC, pero no significan un “salvoconducto” automático para que los países utilicen cualquier tipo de restricción que consideren políticamente necesaria y que aleguen que se relaciona con uno o más de estos principios. Al contrario, las excepciones están limitadas por el contenido del párrafo introductorio del artículo XX, con arreglo al cual las excepciones pueden invocarse “[a] reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”. Varios de los incisos están además limitados por una “prueba de la necesidad”, que consiste en que la medida debe ser necesaria para lograr el objetivo establecido y que, desde un punto de vista técnico y financiero, no exista una alternativa compatible con la OMC o menos restrictiva del comercio. Al contrario, la alegación de que una medida está justificada por la aplicación de una o más de estas excepciones es impugnabile por otro Miembro de la OMC y puede ser objeto de una resolución de un grupo especial de solución de diferencias, el cual decidirá en función de los argumentos presentados por las dos partes y de su propia lectura de las normas y costumbres de la OMC.

Las resoluciones contrarias al demandado no llevan automáticamente a la invalidación de sus leyes. Las resoluciones de un grupo especial de la OMC no son comparables, por ejemplo, a las sentencias de un tribunal nacional que tiene el poder de anular leyes que determine que son inconstitucionales. Las disposiciones sobre solución de diferencias se basan en primera instancia en la voluntad de las partes de cumplir las resoluciones. En caso de que un grupo especial concluya que las leyes de un país constituyen una infracción de las obligaciones que corresponden a ese país en virtud del GATT, todos los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación finalizarán con la misma recomendación obligatoria: el país debe poner la medida impugnada en conformidad con las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC. Corresponde pues al Miembro en cuestión decidir qué camino va a seguir. La opción preferida es poner sus leyes en conformidad con la resolución, lo que puede suponer la derogación de la ley, su modificación o su sustitución por otra nueva ley. Solo en casos extremos prevé el sistema que la parte afectada solicite, reciba y ejerza el derecho a tomar medidas de retorsión. Solo en un caso anterior a la Ronda Uruguay autorizaron las partes contratantes del GATT a un país a adoptar medidas de retorsión contra otro (a saber, una reclamación holandesa contra los Estados Unidos en el decenio de 1950), y las medidas de retorsión nunca se utilizaron. Esta jerarquía de resultados no ha sido modificada ni siquiera en el marco de las normas reformadas de solución de diferencias de la OMC. A pesar del hecho de que haya habido una explosión de asuntos en la etapa de la OMC, el número total de casos en los que se ha concedido en última instancia a un solicitante autorización para adoptar medidas de retorsión fue de 17 hasta el final de 2012, es decir, en una de cada 25 reclamaciones presentadas hasta 2011. No todos los Miembros que reciben esta autorización deciden emplearla. Algunos consideran una tercera posibilidad, en virtud de la cual el país perdedor puede compensar a las partes perjudicadas (por ejemplo, reduciendo los aranceles aplicados a algunos productos que exporten), pero algunos juristas rechazan firmemente la idea de que esta sea una respuesta legítima cuando se ha perdido una diferencia.

Las reformas de la Ronda Uruguay

La judicialización del sistema de solución de diferencias es consecuencia, en parte, de la Ronda Uruguay y los cambios no se interrumpieron con la conclusión de esta ronda y la inauguración de la nueva organización. La jurisprudencia que están generando los grupos especiales y, en especial, el Órgano de Apelación han reforzado esta tendencia, haciendo que sea un sistema en el que la solución de diferencias se considera más una resolución independiente que un ejercicio de diplomacia con otra apariencia. No obstante, las negociaciones sobre el ESD fueron una parte fundamental de este proceso y condujeron a cambios importantes en la forma en que funciona el sistema. Al principio de la Ronda Uruguay había un amplio consenso en que se necesitaba un cambio. Nadie adoptó la posición de que el sistema de solución de diferencias funcionaba bien; las únicas divergencias eran las motivadas por la mejor forma de resolver las insuficiencias del sistema, reconocidas por todos.

El principal defecto del sistema de solución de diferencias del GATT era que ofrecía a los países la posibilidad de bloquear el desarrollo de asuntos. El problema de aplicar la norma del consenso a las diferencias en el GATT era bastante evidente. Imaginemos cómo funcionaría una norma semejante en un procedimiento penal si todos los presentes en la sala (con inclusión del acusado y de su abogado) tuvieran el poder de detener el juicio en cualquier momento. Que los demandados en los procedimientos de solución de diferencias del GATT llegaran a abusar de este privilegio sorprende menos que los decenios que transcurrieron antes de que lo hicieran casi por rutina. Este fallo sistémico fue ya examinado en el capítulo 2, lo mismo que las crecientes demandas de otras partes contratantes de someter a disciplina la tendencia de los Estados Unidos a determinar y hacer cumplir sus derechos comerciales de manera unilateral. Estos acontecimientos, a los que se sumaba el ámbito creciente de cuestiones sometidas a negociación en la Ronda Uruguay, hizo de la reforma del sistema de solución de diferencias uno de los principales objetivos de esa Ronda. Las negociaciones produjeron un sistema mucho más sólido, que corregía muchos de los defectos de las normas del GATT. De conformidad con el ESD, un solo país no puede retrasar o bloquear las medidas pues ya no tiene el poder de impedir el nombramiento de un grupo especial, la adopción de su informe o la concesión de la autorización para adoptar medidas de retorsión. Se supone también que el proceso es más rápido. De conformidad con el procedimiento de la OMC, normalmente transcurrirán 12 meses y medio desde el momento en que un país presenta una reclamación hasta la adopción del informe del grupo especial, o 15 meses y medio si hay apelación ante el nuevo Órgano de Apelación, a lo que sigue un plazo prudencial para la aplicación. En la práctica, los asuntos tienden ahora a durar algo más de lo que preveía el ESD.

Como en otros aspectos de la transición del GATT a la OMC, las reformas de la Ronda Uruguay se produjeron por etapas. Una etapa se completó con la Conferencia Ministerial de Montreal, de 1988, cuando las partes contratantes del GATT adoptaron de forma provisional una serie de reformas que había desarrollado el grupo De la Paix (véase el capítulo 3). La reforma más importante adoptada entonces fue el consenso inverso para el establecimiento de grupos especiales. Las partes contratantes no estaban todavía dispuestas a ponerse de acuerdo sobre

la aplicación del mismo principio a la adopción de los informes de los grupos especiales. Entre las demás reformas cabe citar el establecimiento de plazos específicos para las etapas del procedimiento de solución de diferencias, con un límite total de 15 meses; plazos más breves para los asuntos en los que intervenían productos perecederos; plazos más largos para algunos aspectos de los asuntos en los que intervenían países en desarrollo; arbitraje como alternativa a la actuación de grupos especiales; una lista ampliada de expertos no gubernamentales para que pudieran utilizarla los grupos especiales; asesoramiento jurídico para los países en desarrollo y examen de la aplicación de las conclusiones de los grupos especiales al cabo de seis meses (Weston y Delich, 2000). Esta fue la “cosecha anticipada” de una fruta que llevaba mucho tiempo colgando del árbol y dejaba que las cuestiones más difíciles se abordaran en la segunda mitad de la Ronda Uruguay. La más importante de ellas era la posibilidad de los demandados de bloquear la adopción de los informes de los grupos especiales; los reformadores querían poner fin al abuso del consenso para inclinarse en cambio por la adopción automática. “Ahí es cuando, después de Montreal, empezó a hablarse del Órgano de Apelación”, recordaba una negociadora canadiense.¹¹ La principal cuestión pendiente era la adopción automática de los informes de los grupos especiales y “conseguir que los grandes, en especial los estadounidenses y los europeos, firmaran todo ello. Así es como nació el Órgano de Apelación. Fue para asegurar la adopción de los informes de los grupos especiales”.

El Órgano de Apelación

El Órgano de Apelación constituye una de las principales diferencias entre el sistema de solución de diferencias de la OMC y del GATT. Está compuesto por siete personas que tienen un mandato de cuatro años (que puede ser renovado una vez), todos los cuales tienen rectitud e integridad reconocidas y figuran entre los miembros más experimentados y fiables de la comunidad del comercio. Cuando se apelan las decisiones de los grupos especiales, se nombra a tres Miembros del Órgano de Apelación al azar, quienes a continuación tienen un plazo de 90 días para formular una decisión. “Eso también nos fuerza a estar al tanto incluso antes de que se presente la apelación” -según el Miembro del Órgano de Apelación Ujal Bhatia (véase el Apéndice Biográfico, página 632)- de forma que “cuando se pone a nuestra disposición un informe se espera que todos nosotros, los siete Miembros, hayamos leído todos los informes de los grupos especiales”.¹² Los tres Miembros consultan con todos los demás Miembros del Órgano de Apelación antes de emitir una resolución a fin de evitar contradicciones y garantizar la coherencia y la colegialidad. Aunque el Órgano de Apelación técnicamente no funcione respetando la norma *stare decisis*, en la práctica sus decisiones han ido constituyendo un cuerpo coherente de jurisprudencia. “Estamos dentro de un sistema de acuerdos comerciales” -parafraseando algo que el Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Charles Evans Hughes dijo respecto a la Constitución en 1907-¹³ “pero la norma comercial es lo que los Miembros del Órgano de Apelación dicen que es”.

Los asuntos se distribuyen de forma aleatoria y por rotación. El artículo 6 de los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación establece que los Miembros integrantes de una sección “serán seleccionados por rotación, teniendo en cuenta los principios de selección aleatoria, imprevisibilidad de la selección y oportunidad de actuar de

todos los Miembros con independencia de su origen nacional". Said El Naggar (véase el Apéndice Biográfico, página 646), que fue uno de los Miembros originales del Órgano de Apelación, preparó un método para realizar esta selección aleatoria. Los Miembros del Órgano de Apelación extraen una ficha numerada de una bolsa y registran el número que hay en ella, que a continuación se utilizará para identificarles y servirá para asignarles los asuntos en función de un esquema matemático. Este método garantiza que nadie sabe de antemano qué asuntos se le asignarán o cuál de sus colegas será escogido para constituir la misma sección del Órgano de Apelación. Una vez que se ha hecho la asignación del asunto, el único motivo aceptable para que un Miembro del Órgano de Apelación no lo acepte es el conflicto de intereses; ser ciudadano de una de las partes en la diferencia no impide la participación en la sección del Órgano de Apelación que dirimirá el asunto. Un miembro del Órgano de Apelación no puede alegar la urgencia de otros asuntos. La remuneración mensual por disponibilidad, que reciben los Miembros del Órgano de Apelación, tiene por finalidad garantizar que cualesquiera que sean las otras obligaciones que puedan tener (entre otras, de enseñanza o de prestación de servicios en grupos especiales de arbitraje) no interferirán con su disponibilidad para desempeñar sus funciones en el Órgano de Apelación.

A diferencia de las detalladas instrucciones que los negociadores dieron a los grupos especiales de solución de diferencias, en el ESD no incluyeron muchas directrices para el Órgano de Apelación con respecto a sus procedimientos y a su modo de operar y funcionar. El ESD establece sencillamente que "[s]e prestará al Órgano de Apelación la asistencia administrativa y jurídica que sea necesaria" (párrafo 7 del artículo 17), que los gastos de sus miembros "se sufragarán con cargo al presupuesto de la OMC" (párrafo 8 del artículo 17), y que "[e]l 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" (párrafo 9 del artículo 17). Debra Steger, que ocupó el cargo de primera directora de la Secretaría del Órgano de Apelación, recuerda que el establecimiento del nuevo órgano en 1995 planteó muchas dificultades. Aunque se había asignado un pequeño presupuesto, la Secretaría de la OMC inicialmente no esperaba que hubiera muchos casos de apelación y esperaba que los Miembros del Órgano de Apelación estuvieran en Ginebra solo ocasionalmente. Sin embargo, la Sra. Steger creyó desde el primer momento que era necesario establecer una secretaría distinta para el Órgano de Apelación si se quería mantener y garantizar su independencia de los funcionarios de la Secretaría de la OMC que trabajaban con los grupos especiales. Los procedimientos para el nombramiento de los miembros del nuevo Órgano de Apelación y los procedimientos de trabajo de este tuvieron que establecerse muy rápidamente porque la primera apelación se produjo a principios de 1996.

Cuando se propuso por primera vez en la Ronda Uruguay la creación del Órgano de Apelación, los proponentes creían que solo se recurriría a él en pocas ocasiones, por ejemplo, porque se alegara una influencia inadecuada sobre un grupo especial o por defectos flagrantes en la interpretación de las normas por un grupo especial. Por ejemplo, John Jackson fue un temprano defensor de un mecanismo de este estilo (que él denominaba "tribunal de apelación") pero también pedía que se establecieran normas para asegurar "que no se apelara en todos los asuntos", ya que en ese caso el proceso correría peligro de "sencillamente prolongarse, sin

ganancias sustanciales".¹⁴ En retrospectiva, es evidente que las expectativas no eran realistas: cualquier Ministro de Comercio que tenga que explicar al Presidente o al Primer Ministro, por no hablar de los colegas del gobierno, al Parlamento o a los grupos industriales afectados, que se ha perdido un asunto en el OSD querrá demostrar que el ministerio tomó todas las medidas posibles para defender las leyes del país, en especial si se encuentra ante la situación de tener que pedir al Parlamento que derogue o revise una ley. Cualquier actitud que no sea una defensa vigorosa y exhaustiva sería políticamente insostenible. Parece que este simple cálculo escapó a los negociadores del ESD durante la ronda.

La expectativa de que no se apelaría más que en unos pocos asuntos pronto resultó claramente inexacta. Durante los primeros años, todos los informes de grupos especiales fueron objeto de apelación y las cuestiones jurídicas eran con frecuencia nuevas, y como resultado se multiplicó la labor del Órgano de Apelación. Sus Miembros tuvieron también que actuar como árbitros en los asuntos relativos al "plazo prudencial" a que se hace referencia en el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, contando con el apoyo del personal de la Secretaría del Órgano de Apelación. Debido a la brevedad de los plazos para presentar una apelación, y con el fin de deliberar e intercambiar opiniones eficazmente con sus colegas, era importante que los Miembros del Órgano de Apelación pasaran tiempo en Ginebra trabajando juntos en los casos. Aunque es un "tribunal permanente", sus miembros son remunerados sobre la base de una dedicación parcial. Reciben una remuneración por disponibilidad que les compensa por el hecho de estar disponibles a lo largo de todo el año y también reciben una tarifa diaria por trabajar en los asuntos, junto con unas dietas para sufragar sus gastos en Ginebra. Algunos han optado por alquilar un alojamiento en Ginebra durante su mandato.

El Órgano de Apelación ha influido en la jurisprudencia de la OMC de forma directa e indirecta. La influencia directa es la más evidente y tiene lugar mediante las decisiones que dicta. Estas decisiones implican resoluciones sobre el sentido de los Acuerdos de la OMC así como sobre el desarrollo de las propias diferencias, como en el caso de sus resoluciones con respecto a los abogados externos y los escritos *amicus curiae* (véase más adelante). La existencia del Órgano de Apelación ha influido también de forma indirecta en asuntos al dar a los integrantes de los grupos especiales un incentivo para adoptar decisiones "a prueba de apelación". En el sistema de la OMC, es más probable que los integrantes de los grupos especiales estén comprometidos con sus decisiones y quieran evitar la crítica implícita que supone una revocación. Esta motivación puede explicar la creciente longitud y complejidad de las decisiones que publican los grupos especiales. Preocupaciones similares empujan también a los países a insistir en que, al menos, uno de los integrantes de los grupos especiales sea abogado y a preferir que el presidente sea también un abogado. En el sistema del GATT, la mayoría de los miembros de los grupos especiales procedían de las misiones locales y normalmente eran diplomáticos más que abogados (con independencia de lo que dijeran sus diplomas).

Reajustes en el funcionamiento del ESD

Las normas y procedimientos por los que se rigen los asuntos de solución de diferencias han sido objeto de reajustes desde la Ronda Uruguay como consecuencia de la práctica, en

especial mediante algunas decisiones históricas del Órgano de Apelación, y a través de lo que se conoce como Proceso Jara. El Órgano de Apelación estableció un importante precedente cuando resolvió que los grupos especiales pueden tener en cuenta escritos *amicus curiae* (amigos del tribunal). Este es un principio que se estableció en 1998 en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*¹⁵ y se reafirmó en varios asuntos posteriores. El Órgano de Apelación consideró que la autorización general de que los grupos especiales recabaran información de cualquier fuente que estimasen conveniente (según establece el artículo 13 del ESD) y de seguir o no seguir el Procedimiento de trabajo que se recoge en el Apéndice 3 del ESD (con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 del ESD) permite que los grupos especiales acepten o rechacen información y asesoramiento aunque no hayan sido solicitados. Esta cuestión sigue siendo motivo de desacuerdo entre los Miembros de la OMC, muchos de los cuales consideran que en los procedimientos de solución de diferencias en la OMC solo pueden intervenir Miembros y no consideran que puedan desempeñar papel alguno otras partes, interesados o expertos, y sienten desconfianza frente a cualquier intervención de organizaciones no gubernamentales. Los países en desarrollo en especial tienden a adoptar posiciones cautas sobre este asunto.

Todavía más importante fue la decisión de 1997 del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos* (más conocido como *Banano III*) de que los Miembros pueden estar representados por abogados externos. Cuando Santa Lucía intentó por primera vez que intervinieran abogados privados durante las deliberaciones del grupo especial hubo gran oposición y se desaconsejó esta práctica, pero el Órgano de Apelación lo permitió y modificó así el carácter de los asuntos de solución de diferencias. En su opinión, no había ninguna disposición en el Acuerdo sobre la OMC, en el ESD o en los Procedimientos de trabajo “que especifique quienes pueden representar a un gobierno en la exposición de sus argumentos en una audiencia del Órgano de Apelación”, y que “[e]n lo que respecta a la práctica del GATT, en ningún informe de un grupo especial anterior se hace referencia expresa a esta cuestión en el contexto de las reuniones del Grupo Especial con las partes”. Señaló además que:

conviene destacar que la representación por asesores jurídicos elegidos por el propio gobierno puede tener especial importancia -especialmente en el caso de los países en desarrollo Miembros- para hacer posible la plena participación en los procedimientos de solución de diferencias. Además, dado que, con arreglo a su mandato, el Órgano de Apelación solo debe examinar las cuestiones de derecho abordadas en los informes de los grupos especiales o las interpretaciones jurídicas que estos hayan formulado, la posibilidad de que los gobiernos estén representados en el procedimiento del Órgano de Apelación por asesores jurídicos debidamente preparados reviste especial importancia.¹⁶

Esta decisión ha llevado a que abogados especializados en derecho comercial que ejercen en el ámbito privado sean acreditados para formar parte de las delegaciones que representan a los Miembros de la OMC en asuntos de solución de diferencias. Esta decisión constituye

también un medio indirecto a través del cual la OMC flexibiliza de forma parcial e indirecta la norma general de que las diferencias se planteen exclusivamente entre Estados, y de que las personas privadas no tengan derecho a intervenir. Las empresas privadas y las asociaciones empresariales todavía no tienen, de manera independiente, un reconocimiento en la OMC pero, no obstante, pueden pedir a los gobiernos Miembros que planteen reclamaciones en su nombre. Al formular ese tipo de solicitudes pueden ahora comprometerse a financiar los considerables honorarios jurídicos que frecuentemente supone un asunto. Este puede ser uno de los motivos por los que los países en desarrollo se muestran menos reacios a presentar reclamaciones formales en la OMC. En la etapa del GATT, estos países quizá no tenían ni siquiera una misión permanente en Ginebra y mucho menos una misión dotada de personal con experiencia para litigar, pero las cosas son bastante diferentes cuando los expertos y la financiación se pueden obtener de manera externa.

El denominado Proceso Jara es otro mecanismo más de reforma del sistema. Este proceso, que lleva el nombre del Director General Adjunto Alejandro Jara, tiene por objeto hacer que los procedimientos de solución de diferencias sean más eficaces y cuesten menos. En cuestión están las cargas impuestas por un sistema más judicializado, que se miden tanto por el tiempo que los integrantes de los grupos especiales deben dedicar al desempeño de sus funciones como por los costos presupuestarios de traducir e incluso transportar los documentos. Algunos integrantes de grupos especiales informan de que los documentos en papel que reciben de las partes son excesivos. "En ocasiones juegan a ser abogados" -ha observado un integrante de grupo especial- "y por eso te inundan con toda clase de documentos que carecen de pertinencia".¹⁷ El Proceso Jara tiene por finalidad reducir esa marea a dimensiones manejables e introducir otras reformas, de carácter complementario, en el proceso.

Este es un ejemplo de cómo las reformas y las innovaciones pueden generar una demanda de nuevos cambios. La reforma del ESD provocó un aumento de asuntos; la creación del Órgano de Apelación alentó a los reclamantes, a los demandados y a los integrantes de los grupos especiales a adoptar un enfoque más legalista de los asuntos; y la intervención de abogados privados no redujo el interés por crear ristra de documentos todavía más largas. El resultado neto ha sido un aumento de los costos de los distintos asuntos y del sistema en su conjunto. El Sr. Jara, a petición del Director General Pascal Lamy, inició un proceso de investigación de hechos y de consultas en 2010, buscando lograr mayor eficacia en las actuaciones de los grupos especiales con el fin de reducir las cargas financieras y humanas. Recabó muchas ideas, pero subrayó que las posibles reformas tenían que ser compatibles con las normas vigentes; solo se podrían considerar cambios si no suponían modificar el ESD. También insistió en que los cambios no debían menoscabar la reputación y los resultados del sistema. En este proceso, el Sr. Jara se basó principalmente en la flexibilidad establecida por los párrafos 1 y 2 del artículo 12 del ESD, que obligan a los grupos especiales a respetar los procedimientos establecidos en el Apéndice 3 del ESD "a menos que el grupo especial acuerde otra cosa tras consultar a las partes en la diferencia" e indican que en el procedimiento de los grupos especiales "deberá haber flexibilidad suficiente para garantizar la calidad de los informes sin retrasar indebidamente los trabajos de los grupos especiales".

Una de las reformas que se plantearon fue la denominada propuesta sobre el examen en dos fases, un proceso en el que las primeras comunicaciones escritas de las partes, las réplicas y las comunicaciones de los terceros se envían al grupo especial antes de la primera audiencia. Esta reforma, observó Jara (2012), “probablemente retrasaría la primera audiencia con las partes”, pero podría también “acelerar el procedimiento del grupo especial al mejorar la calidad de los debates de las partes sobre las cuestiones pertinentes, eliminando así probablemente algunos intercambios durante la etapa de preguntas y respuestas por escrito”. También podría eliminar la necesidad de una segunda audiencia. Otra reforma era la entrega anticipada (indicativa) de preguntas a las partes antes de las audiencias. Los grupos especiales por lo general utilizan la primera audiencia sustantiva para determinar las cuestiones fácticas y jurídicas básicas y a veces las partes no están preparadas para responder a las preguntas que hacen los integrantes de los grupos especiales en estas reuniones. Por consiguiente, se propuso que los grupos especiales entregaran de forma anticipada una lista de las preguntas que podrían plantearse. Otra reforma especialmente importante permite utilizar medios electrónicos para presentar documentos. Otras reformas incluyen la fijación de plazos para las declaraciones orales, la distribución anticipada del programa propuesto o de la estructura de la reunión, la fijación de límites para las páginas que pueden tener los resúmenes y la reducción de los anexos. Además de acelerar el proceso, estas reformas han reducido también el número de páginas que se presentan y que, por consiguiente, deben traducirse (con un costo elevado) y enviarse a los integrantes de los grupos especiales. En 2010, en una iniciativa conexas, la OMC desarrolló una base de datos digital con información sobre todos los asuntos tratados anteriormente por grupos especiales y por el Órgano de Apelación. El propósito de la base de datos es facilitar la consulta y el acceso a los informes de solución de diferencias y documentos conexos.

Utilización del Entendimiento sobre Solución de Diferencias

En las páginas siguientes analizamos las estadísticas descriptivas de los asuntos planteados en el marco del ESD. Antes de examinar las cifras, debe subrayarse que la aritmética de la solución de diferencias puede ser peculiar. La unidad de medida que se utiliza de aquí en adelante es la reclamación, el primer paso formal que un Miembro, y a veces un grupo de Miembros que actúan de común acuerdo, adoptará en un asunto contra otro Miembro. No todas las reclamaciones pasarán por todas las etapas del procedimiento: la presentación de la reclamación, la constitución de un grupo especial, la publicación y adopción del informe de ese grupo especial y (si una de las partes, o ambas, recurren en apelación respecto de las decisiones) el examen por el Órgano de Apelación. La tasa de mortalidad de los asuntos es en realidad bastante elevada, en especial en las primeras etapas de su existencia. Entre 1995 y 2011 se presentaron 427 solicitudes de celebración de consultas, pero solo 232 de estos asuntos dieron lugar a una decisión de establecer un grupo especial. Esto significa o bien que el solicitante y el demandado pudieron resolver la cuestión en esta etapa, o que el solicitante (por cualquier motivo) optó por no proseguir el asunto. En 29 de estos 232 asuntos, nunca se llegó realmente a constituir un grupo

especial. De los 204 casos en los que se constituyó un grupo especial, en 96 se llegó a una solución mutuamente convenida o se retiraron las reclamaciones en algún momento del procedimiento, lo que equivale al 22,5% de todas las reclamaciones. Al final, solo se distribuyeron 146 informes de grupos especiales, es decir, poco más de un tercio (34,2%) de todos los asuntos pasaron por todo el procedimiento, desde la reclamación hasta el informe.

Los números se complican más a causa de la multiplicidad de asuntos que puede suscitar una sola cuestión. A veces varios Miembros presentan una reclamación conjunta contra un solo Miembro, mientras que en otros casos son varios los Miembros que presentan reclamaciones distintas contra un Miembro. En este último caso, es frecuente que las reclamaciones se acumulen para ser examinados por un solo grupo especial. En ocasiones una diferencia deriva en otras, en especial si el reclamante en el asunto inicial no está satisfecho con las medidas que el demandado ha adoptado para dar cumplimiento a una resolución que no le es favorable. En el caso de la Unión Europea, también es posible que un Miembro presente varias reclamaciones similares contra más de uno de los miembros de la Unión Europea, en lugar de una sola reclamación contra la Unión Europea en su conjunto. Por todos estos motivos, algunos asuntos tienen más presencia en las estadísticas que otros. No hemos intentado en ningún caso refundir múltiples procedimientos en uno solo ya que sencillamente hay demasiados motivos por los que asuntos aparentemente conexos dan origen a uno o a varios asuntos y no hay ninguna norma para refundir adecuadamente todos ellos. Por consiguiente, los lectores deben ser conscientes de que, como frecuentemente es el caso en los exámenes de estadísticas descriptivas, debe considerarse que las cifras aquí recogidas ofrecen un panorama general de tendencias amplias más que una representación de la realidad exacta en términos matemáticos.

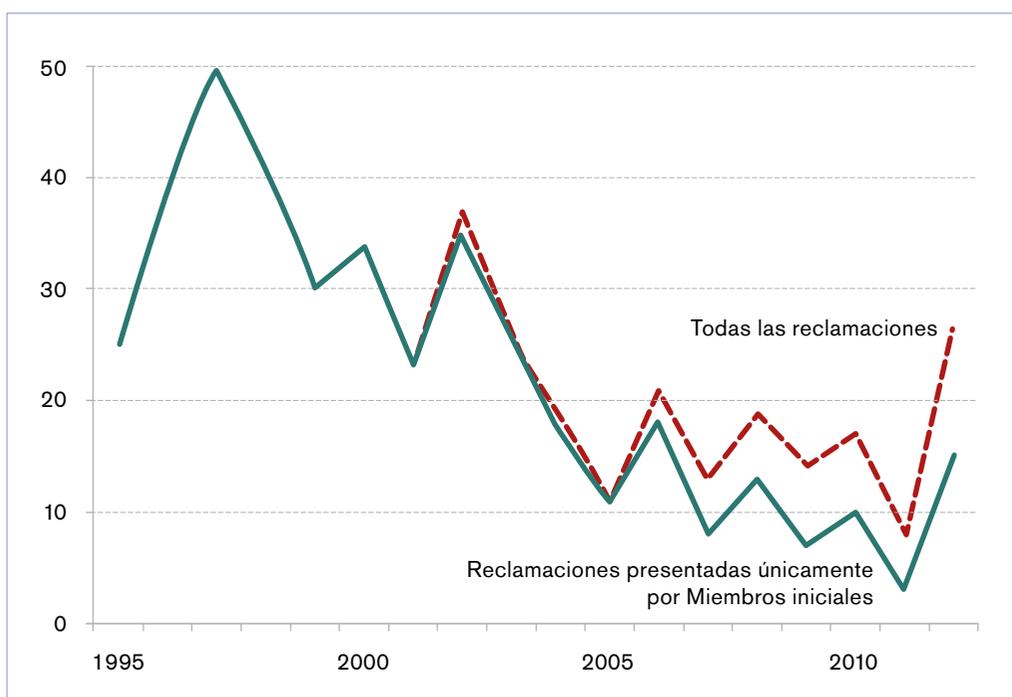
También debe destacarse que no se ha pretendido de ningún modo ponderar los casos en función de su valor económico o su importancia jurídica. Resulta bastante evidente que en algunos casos intervienen volúmenes mayores de comercio que en otros. Si hubiera que sumar, por ejemplo, los miles de millones de dólares y euros que estaban en juego en la diferencia entre Boeing y Airbus, el resultado podría superar el valor combinado de la mayoría de los demás asuntos que se han sometido al OSD. En el mismo sentido, algunos asuntos tienen más importancia que otros debido a las cuestiones de que se trata y por los precedentes que se podrían establecer. El espacio no nos permite un análisis detallado de tales distinciones.

El ritmo decreciente de las reclamaciones

Teniendo presentes estas observaciones, empezaremos observando que las reclamaciones han mostrado tendencia a disminuir desde los primeros años a partir de la creación de la OMC. Eso es lo que se deduce de los datos que se reproducen en el gráfico 7.1, que muestran que las reclamaciones llegaron a un máximo en 1997 y disminuyeron bruscamente desde entonces. En números redondos, la cantidad de diferencias en la OMC empezó representando un promedio de poco más de tres reclamaciones mensuales entre 1995 y 2000, luego

disminuyó a poco menos de dos reclamaciones mensuales entre 2001 y 2006, y disminuyó todavía más entre 2007 y 2012, período durante el cual se presentó aproximadamente una reclamación cada cinco semanas. Dicho de otro modo, en los 6 años comprendidos entre 1995 y 2000 se presentaron casi tantas reclamaciones como en los 12 años comprendidos entre 2001 y 2012. La disminución es todavía mayor si se contabilizan únicamente las reclamaciones presentadas por o contra los países que eran Miembros iniciales de la OMC y, de este modo, se excluyen las reclamaciones en las que intervienen países que se han adherido a la OMC. Si consideramos solo los asuntos en los que Miembros iniciales de la OMC eran los demandados o figuraban entre los reclamantes, y por tanto comparamos manzanas con manzanas, el ritmo al que se presentaron reclamaciones disminuyó desde un promedio anual de 36,5 entre 1995 y 2000 hasta un promedio anual de 9,2 desde 2007 a 2012. Los Miembros que se han adherido a la OMC, como Ucrania, Viet Nam y, sobre todo, China, han intervenido como reclamantes y demandados en un número creciente de diferencias. Estos Miembros han compensado en gran parte el impulso perdido por los Miembros iniciales.

Gráfico 7.1. Reclamaciones presentadas al amparo del ESD, 1995-2012



Fuente: Cálculos realizados sobre la base de datos que figuran en: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm.

Nota: Las "reclamaciones presentadas únicamente por Miembros iniciales" excluyen aquellos asuntos en los que el demandado o uno de los reclamantes era un Miembro que se adhirió a la OMC entre 1996 y 2012.

Los datos muestran también un brusco salto en el número de reclamaciones presentadas en 2012, de las que casi la mitad fueron presentadas por o contra Miembros que se habían adherido a la OMC desde 1995 (especialmente China). Este salto fue tan grande que exigió una reasignación de recursos en la Secretaría de la OMC para hacer frente a este aumento de asuntos. En el momento en que se escribe este libro, aún no se puede saber si este año constituye una anomalía o el inicio de una nueva tendencia. De momento, podemos tratarlo provisionalmente como parte de un período más largo en el que, en promedio, el volumen de diferencias es notablemente inferior a lo que había sido en períodos anteriores. En el análisis estadístico que sigue, las cifras registradas en 2012 se consideran parte del período comprendido entre 2007 y 2012 y los datos muestran que durante estos seis años el número de reclamaciones presentadas fue, en conjunto, inferior al de las reclamaciones presentadas en cualquier período de seis años anterior.

Para explicar esta disminución de las diferencias cabe mencionar al menos dos motivos. Como se analiza más adelante, uno de estos motivos es el ritmo mucho más lento con el que los Estados Unidos y la Unión Europea plantean reclamaciones entre sí. Sin embargo, esta observación quizá lo único que haga es plantear otra pregunta, porque no resulta evidente la causa por la que estos dos Miembros, que figuran entre los más grandes, presentaron menos reclamaciones. El segundo motivo ayuda a explicar por qué otros Miembros plantearon menos reclamaciones contra estos dos: se produjo una desaceleración del ritmo de la actividad en materia de medidas antidumping, tanto por parte de los Estados Unidos y la Unión Europea como por parte de otros Miembros, lo que repercutió en una de las principales causas para que se plantearan reclamaciones contra Bruselas y Washington.

Quién plantea reclamaciones contra quién

No todos los Miembros de la OMC plantean reclamaciones ante el OSD, o son objeto de ellas. Se eleva a 44 el número de Miembros de la OMC que no han participado en un asunto de solución de diferencias, ni como partes ni como terceros, entre 1995 y 2012, es decir, cerca de un tercio del total de los Miembros (véanse los datos sobre la participación de países en el Apéndice 7.2). Otros 35 Miembros participaron exclusivamente como terceros en al menos un asunto de solución de diferencias en el que no eran ni reclamantes ni demandados. En algunos casos, actuaron así porque existía un interés nacional identificable en el asunto, y en algunos casos porque siguieron el consejo de la Secretaría de la OMC de que es bueno participar como tercero para acumular alguna experiencia práctica sobre cómo se desarrollan las diferencias. Por ejemplo, China actuó como tercero en 92 asuntos en 2012, motivada en parte por el objetivo de formar a sus funcionarios. Un efecto colateral de esta decisión fue que contribuyó a la escasez de ciudadanos chinos que son integrantes de grupos especiales. En resumen, exactamente la mitad del total de 158 Miembros que tiene la OMC tienen poca o ninguna experiencia en la aplicación del ESD.

La Cuadrilateral (el Canadá, los Estados Unidos, el Japón y la Unión Europea) registra el mayor número de asuntos, de forma que es a sus miembros a quienes debemos mirar para

encontrar una explicación a esta disminución. En este caso, la lógica del enfoque “ojo por ojo” es ineludible. Si el Miembro A presenta una reclamación contra el Miembro B, hay una clara posibilidad de que el Miembro B responda con la misma moneda. En cambio, si el ritmo de las reclamaciones del Miembro A contra el Miembro B disminuye, el resultado puede acentuarse a causa de una reducción por reciprocidad de las reclamaciones planteadas por el Miembro B. Por ejemplo, esta parece haber sido la causa de que disminuyera el ritmo de las reclamaciones entre los Estados Unidos y la Unión Europea. Como se muestra en el cuadro 7.2, el número de reclamaciones que estos dos Miembros plantearon el uno contra el otro se movió aproximadamente en paralelo durante tres períodos, y fue recíprocamente alto entre 1995 y 2000 y luego disminuyó a un ritmo recíprocamente bajo entre 2007 y 2012.

Cuadro 7.2. Participación de los Estados Unidos y la Unión Europea en asuntos de solución de diferencias en la OMC, 1995-2012

	1995-2000	2001-2006	2007-2012	Total
Asuntos entre la UE y los EE.UU.	46 (21,0 %)	15 (11,0 %)	3 (3,1 %)	64 (14,1 %)
Reclamaciones de la UE contra los EE.UU.	22 (10,0 %)	9 (6,6 %)	1 (1,0 %)	32 (7,0 %)
Reclamaciones de los EE.UU. contra la UE	24 (11,0 %)	6 (4,4 %)	2 (2,0 %)	32 (7,0 %)
Asuntos contra otros Miembros	77 (35,2 %)	22 (16,1 %)	27 (27,6 %)	126 (27,8 %)
Reclamaciones de la UE contra otros Miembros	33 (15,1 %)	12 (8,8 %)	10 (10,2 %)	55 (12,1 %)
Reclamaciones de los EE.UU. contra otros Miembros	44 (20,1 %)	10 (7,3 %)	17 (17,3 %)	71 (15,6 %)
Asuntos planteados por otros Miembros	47 (21,5 %)	57 (40,6 %)	37 (37,8 %)	141 (31,1 %)
Reclamaciones contra la UE	19 (8,7 %)	20 (14,6 %)	15 (15,3 %)	54 (11,9 %)
Reclamaciones contra los EE.UU.	28 (12,8 %)	37 (26,0 %)	22 (22,4 %)	87 (19,2 %)
Participación de los EE.UU./la UE como terceros	18 (8,2 %)	16 (11,7 %)	15 (15,3 %)	49 (10,8 %)
Participación solamente de la UE en asuntos en que no participaban los EE.UU.	2 (0,9 %)	1 (0,7 %)	3 (3,1 %)	6 (1,3 %)
Participación solamente de los EE.UU. en asuntos en que no participaba la UE	6 (2,7 %)	3 (2,2 %)	1 (1,0 %)	10 (2,2 %)
Participación tanto de la UE como de los EE.UU.	10 (4,6 %)	12 (8,8 %)	11 (11,2 %)	33 (7,3 %)
Participación total de la UE y/o de los EE.UU.	188 (85,8 %)	110 (80,3 %)	82 (83,6 %)	380 (83,7 %)
Como reclamantes y/o demandados	170 (77,6 %)	94 (68,6 %)	67 (68,4 %)	331 (72,9 %)
Como terceros	18 (8,2 %)	16 (11,7 %)	15 (15,3 %)	49 (10,8 %)
Asuntos en que no participaron ni la UE ni los EE.UU.	31 (14,2 %)	27 (19,7 %)	16 (16,3 %)	74 (16,3 %)
Número total de asuntos	219 (100,0 %)	137 (100,0 %)	98 (100,0 %)	454 (100,0 %)

Fuente: Cálculos realizados sobre la base de datos que figuran en: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm.

Nota: Se ha tomado como base el año en que se presentó formalmente la reclamación. La información correspondiente a la Unión Europea incluye los asuntos en los que la Unión Europea actúa como tal, así como los asuntos en los que han participado Estados miembros individuales de la UE como demandados. Los Estados miembros de la UE nunca han sido reclamantes de manera individual. Algunos asuntos en los que la Unión Europea y/o los Estados Unidos son reclamantes, tanto entre sí como contra terceros, incluyen también como reclamante otro Miembro, o más, de la OMC.

Quizá lo más notable, y menos casual, es el hecho de que el número total de reclamaciones que la Unión Europea planteó contra los Estados Unidos fuera de 32, exactamente igual que el número total de reclamaciones que los Estados Unidos plantearon contra la Unión Europea. Los casos en que estos dos Miembros presentaron el uno contra el otro una reclamación representan más de un quinto del total de las reclamaciones que se presentaron durante los seis primeros años de existencia de la OMC. Este porcentaje se redujo aproximadamente a la mitad en el siguiente período de seis años y se redujo aún más en el período posterior. En términos absolutos, la reducción de reclamaciones fue incluso mayor. Entre 1995 y 2000 uno de estos dos grandes Miembros presentó una reclamación contra el otro casi cada seis semanas, pero entre 2007 y 2012 lo hicieron solo cada dos años. En igualdad de circunstancias, si estos dos Miembros hubiesen presentado el uno contra el otro tantas reclamaciones entre 2007 y 2012 como lo habían hecho entre 1995 y 2000, el número total de reclamaciones planteadas en esta última etapa de la OMC habría sido de 140, y no de 98. Estas 42 reclamaciones “que faltan” entre los Estados Unidos y la Unión Europea explican aproximadamente un tercio de la reducción de reclamaciones en la OMC.

Aunque los Estados Unidos y la Unión Europea planteen menos reclamaciones entre sí, eso no significa que, en términos generales, sean menos activos en el ámbito de solución de diferencias. En general, estos dos grandes Miembros intervinieron un porcentaje de todos los asuntos de solución de diferencias planteados desde que existe la OMC que oscila entre el 80% y el 85%, pero con el paso del tiempo su intervención ha ido pasando de asuntos transatlánticos (que representaban el 21,0% del total entre 1995 y 2000 frente al 3,1% entre 2007 y 2012) y contra terceros (35,2% entre 1995 y 2000 frente al 27,8% entre 2007 y 2012) a una participación cada vez mayor en calidad de terceros en las diferencias de otros Miembros (8,2% entre 1995 y 2000 frente al 15,5% entre 2007 y 2012). Otro cambio importante ha sido la reorientación de las reclamaciones, que han pasado de ser transatlánticas a ser transpacíficas. En marzo de 2004 se produjo un punto de inflexión cuando los Estados Unidos presentaron su primera reclamación contra China. Antes de ese momento, el 17,2% de todos los asuntos de solución de diferencias que se habían planteado en la OMC eran enfrentamientos directos entre los Estados Unidos y la Unión Europea (en las dos direcciones). Entre esa fecha y el final de 2012, las reclamaciones que los Estados Unidos plantearon contra China o (con menor frecuencia) a la inversa han representado el 11,4% de todas las reclamaciones.

El objeto de las reclamaciones, por tema y acuerdo

¿Cuáles son las cuestiones que predominan en los asuntos de solución de diferencias de la OMC? Como ya se indicó en el capítulo 2, la introducción de nuevas cuestiones en el sistema no tuvo una repercusión tan grande en las diferencias como cabría esperar. Como se muestra en el cuadro 7.3, las cuestiones tradicionales relacionadas con el comercio de mercancías generan todavía la gran mayoría de los asuntos. Dado que las medidas comerciales correctivas explican más de un tercio de todas las reclamaciones y las

cuestiones que afectan al comercio de productos agrícolas y de mercancías no agrícolas generaron cada una de ellas algo más de un cuarto de todas las reclamaciones, estos tres temas motivaron colectivamente el 88% de todas las reclamaciones durante los primeros 18 años de existencia de la OMC.

El objeto de las diferencias varía en función del demandado. El motivo más frecuente de reclamaciones entre 1995 y 2012 fueron las medidas comerciales correctivas de los Estados Unidos, en especial la legislación antidumping; más de uno de cada seis asuntos estuvo relacionado con este Miembro y con esta cuestión. La segunda causa más importante de reclamaciones fue la política agrícola de la Unión Europea. Estos dos temas muestran una continuidad real con la pauta de las diferencias en el período del GATT. China no era Miembro entre 1995 y 2000 y participó en pocas diferencias entre 2001 y 2006, pero fue objeto frecuente de reclamaciones entre 2007 y 2012. El mayor número de reclamaciones contra China en este último período se refiere al comercio de productos no agrícolas, que fueron objeto de una de cada nueve diferencias en la etapa más reciente de seis años de la OMC. El grupo más amplio de “otros países en desarrollo” (es decir, todos menos China) fueron los demandados en poco más de un tercio de todos los asuntos, que se dividieron casi por igual entre los que hacían referencia a medidas comerciales correctivas, los productos agrícolas y los productos no agrícolas. Apenas cuatro países, la Argentina, la India, México y la República de Corea, fueron los demandados en más de dos quintos de estos asuntos.

El objeto de las reclamaciones puede también desglosarse por acuerdos específicos y, más exactamente, por los artículos de estos acuerdos que se invocan en las reclamaciones. La información que se ofrece en el cuadro 7.4 presenta solo un atisbo del panorama total, y se ofrecen las estadísticas sobre un número seleccionado de disposiciones que se han invocado en las reclamaciones. Una observación interesante es que hay más casos basados en el trato nacional que en el trato NMF, una pauta que se mantiene tanto para el sector de las mercancías (en más asuntos se invoca el artículo III que el artículo I del GATT) como para el sector de los servicios (en más asuntos se invoca el artículo XVII que el artículo II del AGCS). Los datos muestran también cómo los asuntos relacionados con el acceso a los mercados de mercancías han sido mucho más numerosos que los relacionados con el acceso en sectores de servicios. No sorprende que las medidas comerciales correctivas sean causa frecuente de reclamaciones, pero realmente hay más reclamaciones motivadas por supuestos incumplimientos de las disposiciones sobre la publicación y la aplicación de los reglamentos comerciales (en general o como reclamación complementaria de otra reclamación sobre algún otro asunto) que sobre cualquier otra disposición de la normativa relativa a las medidas comerciales correctivas.

Cuadro 7.3. Asuntos de solución de diferencias en la OMC por objeto de litigio y demandado, 1995-2012

	1995-2000	2001-2006	2007-2012	Total
Medidas comerciales correctivas y medidas conexas	57 (26,0%)	69 (50,3%)	31 (31,6%)	157 (34,6%)
China	–	0 (0,0%)	6 (6,1%)	6 (1,3%)
Unión Europea	3 (1,4%)	6 (4,4%)	4 (4,1%)	13 (2,9%)
Estados Unidos	29 (13,2%)	37 (27,0%)	13 (13,3%)	79 (17,4%)
Otros Miembros desarrollados	2 (0,9%)	2 (1,5%)	0 (0,0%)	4 (0,9%)
Otros Miembros en desarrollo	23 (10,5%)	24 (17,5%)	8 (8,2%)	55 (12,1%)
Mercancías no agrícolas	64 (29,2%)	29 (21,2%)	29 (39,6%)	122 (26,9%)
China	–	4 (2,9%)	11 (11,2%)	15 (3,3%)
Unión Europea	10 (4,6%)	8 (5,8%)	5 (5,1%)	23 (5,1%)
Estados Unidos	12 (5,5%)	4 (2,9%)	2 (2,0%)	18 (4,0%)
Otros Miembros desarrollados	11 (5,0%)	2 (1,5%)	2 (2,0%)	15 (3,3%)
Otros Miembros en desarrollo	31 (14,2%)	11 (8,0%)	9 (9,2%)	51 (11,2%)
Productos agropecuarios	58 (26,5%)	37 (27,0%)	26 (26,5%)	121 (26,7%)
China	–	0 (0,0%)	3 (3,1%)	3 (0,7%)
Unión Europea	18 (8,2%)	12 (8,8%)	6 (6,1%)	36 (7,9%)
Estados Unidos	4 (1,8%)	3 (2,2%)	8 (8,2%)	15 (3,3%)
Otros Miembros desarrollados	11 (5,0%)	8 (5,8%)	1 (1,0%)	20 (4,4%)
Otros Miembros en desarrollo	25 (11,4%)	14 (10,2%)	8 (8,2%)	47 (10,4%)
Derechos de propiedad intelectual	20 (9,1%)	1 (0,7%)	7 (7,1%)	28 (6,2%)
China	–	0 (0,0%)	2 (2,0%)	2 (0,4%)
Unión Europea	9 (4,1%)	0 (0,0%)	2 (2,0%)	11 (2,4%)
Estados Unidos	1 (0,5%)	1 (0,7%)	0 (0,0%)	2 (0,4%)
Otros Miembros desarrollados	4 (1,8%)	0 (0,0%)	3 (3,1%)	7 (1,5%)
Otros Miembros en desarrollo	6 (2,7%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	6 (1,3%)
Servicios	7 (3,2%)	1 (0,7%)	4 (4,1%)	12 (2,6%)
China	–	0 (0,0%)	4 (4,1%)	4 (0,9%)
Unión Europea	3 (1,4%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	3 (0,7%)
Estados Unidos	0 (0,0%)	1 (0,7%)	0 (0,0%)	1 (0,2%)
Otros Miembros desarrollados	2 (0,9%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	2 (0,4%)
Otros Miembros en desarrollo	2 (0,9%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	2 (0,4%)
Otros	13 (5,9%)	0 (0,0%)	1 (1,0%)	14 (3,1%)
China	–	0 (0,0%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)
Unión Europea	5 (2,3%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	5 (1,1%)
Estados Unidos	4 (1,8%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	4 (0,9%)
Otros Miembros desarrollados	2 (0,9%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	2 (0,4%)
Otros Miembros en desarrollo	2 (0,9%)	0 (0,0%)	1 (1,0%)	3 (0,7%)
Total	219 (100,0%)	137 (100,0%)	98 (100,0%)	454 (100,0%)
China	–	4 (2,9%)	26 (26,5%)	30 (6,6%)
Unión Europea	48 (21,9%)	26 (19,0%)	17 (17,3%)	91 (20,0%)
Estados Unidos	50 (22,8%)	46 (33,6%)	23 (23,5%)	119 (26,2%)
Otros Miembros desarrollados	32 (14,6%)	12 (8,8%)	6 (6,1%)	50 (11,0%)
Otros Miembros en desarrollo	89 (40,6%)	49 (35,7%)	26 (26,5%)	164 (36,1%)

Fuente: Cálculos realizados a partir de los datos que figuran en: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm.

Nota: Los datos relativos a la Unión Europea incluyen al grupo en conjunto así como a los Estados miembros individuales de la UE. Los asuntos se computan dentro de la primera categoría de las aquí establecidas en que puedan incluirse. Por ejemplo, los asuntos antidumping relacionados con productos agrícolas se computan aquí en la categoría de medidas comerciales correctivas y no en la de agricultura, lo mismo que los asuntos relacionados con el banano se clasifican como diferencias relativas a los productos agrícolas y no como diferencias relativas a los servicios.

Cuadro 7.4. Frecuencia con la que son objeto de asuntos de solución de diferencias determinadas disposiciones de los Acuerdos de la OMC, 1995-2012

	1995-2000	2001-2006	2007-2012	Total
No discriminación				
Trato nacional (artículo III del GATT)	68 (31,1 %)	41 (29,9 %)	10 (10,2 %)	149 (32,8 %)
Trato NMF (artículo I del GATT)	59 (26,9 %)	36 (26,3 %)	24 (24,5 %)	119 (26,2 %)
Servicios: trato nacional (artículo XVII del AGCS)	9 (4,1 %)	3 (2,2 %)	6 (6,1 %)	18 (4,0 %)
Servicios: trato NMF (artículo II del AGCS)	9 (4,1 %)	1 (0,7 %)	1 (1,0 %)	11 (2,4 %)
Acceso a los mercados y cuestiones conexas				
Restricciones cuantitativas (artículo XI del GATT)	57 (26,0 %)	26 (19,0 %)	24 (24,5 %)	107 (23,6 %)
Listas de concesiones (artículo II del GATT)	42 (19,2 %)	26 (19,0 %)	17 (17,3 %)	85 (18,7 %)
Agricultura: acceso a los mercados (artículo 4)	31 (14,2 %)	13 (9,5 %)	6 (6,1 %)	50 (11,0 %)
Licencias de importación: licencias no automáticas (artículo 3)	22 (10,0 %)	5 (3,6 %)	4 (4,1 %)	31 (6,8 %)
Valoración en aduana (artículo VII del GATT)	9 (4,1 %)	3 (2,2 %)	5 (5,2 %)	17 (3,7 %)
Servicios: acceso a los mercados (artículo XVI)	7 (3,2 %)	1 (0,7 %)	6 (6,1 %)	14 (3,1 %)
Medidas comerciales correctivas y subvenciones				
Antidumping y medidas compensatorias (artículo VI del GATT)	21 (9,6 %)	44 (32,1 %)	25 (25,5 %)	90 (19,8 %)
Antidumping: determinación de la existencia de dumping (artículo 2)	25 (11,4 %)	27 (19,7 %)	16 (16,3 %)	68 (15,0 %)
Antidumping: pruebas (artículo 6)	24 (11,0 %)	25 (18,2 %)	16 (16,3 %)	65 (14,3 %)
Antidumping: iniciación y realización de la investigación (artículo 5)	23 (10,5 %)	26 (19,0 %)	12 (12,2 %)	61 (13,4 %)
Antidumping: determinación de la existencia de daño (artículo 3)	24 (11,0 %)	24 (17,5 %)	12 (12,2 %)	60 (13,2 %)
SMC: subvenciones prohibidas (artículo 3)	24 (11,0 %)	18 (13,1 %)	13 (13,3 %)	55 (12,1 %)
Antidumping: establecimiento y percepción (artículo 9)	11 (5,0 %)	20 (14,6 %)	15 (15,3 %)	46 (10,1 %)
Otros				
Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales (artículo X del GATT)	35 (16,0 %)	37 (27,0 %)	28 (28,6 %)	100 (22,0 %)
OTC: reglamentos técnicos (artículo 2)	23 (10,5 %)	9 (6,6 %)	11 (11,2 %)	43 (9,5 %)
Medidas MSF: derechos y obligaciones básicos (artículo 2)	17 (7,8 %)	12 (8,8 %)	10 (10,2 %)	39 (8,6 %)
Medidas MSF: evaluación del riesgo (artículo 5)	17 (7,8 %)	11 (8,0 %)	10 (10,2 %)	38 (8,4 %)

Fuente: Cálculos realizados a partir de datos que figuran en: www.wto.org/spanis/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm.

Nota: Los datos relativos a la Unión Europea incluyen los asuntos en los que actuó la Unión Europea en conjunto así como los asuntos en que participaron sus Estados miembros. El cuadro no incluye referencias a los artículos de los acuerdos que guardan relación con la incorporación de compromisos previstos en las listas y los acuerdos, como el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC o el artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura, o los que abarcan un acuerdo en general (por ejemplo, el artículo 1 del Acuerdo Antidumping).

Las reclamaciones también varían en función del reclamante y, en ese sentido, hay algunas diferencias importantes entre los enfoques que adoptan los países desarrollados y los países en desarrollo. Bown (2009) examinó los asuntos en función del nivel de “notoriedad” en la medida que, a juicio del reclamante, supuestamente era incompatible con las normas de la OMC. Dicho nivel abarcaba un espectro dividido en cuatro partes, desde las medidas más evidentemente

notorias (a saber, las órdenes de imposición de derechos antidumping y derechos compensatorios) hasta las menos notorias (a saber, subvenciones, otras medidas internas y restricciones a la exportación). Estableció dos pautas interesantes en los datos. La primera era que la Unión Europea y los Estados Unidos se centraban en las medidas menos notorias, de forma que la mayoría de las reclamaciones que se presentaron desde 1995 a 2008 iban dirigidas contra medidas de poca o mediana notoriedad. Esto indicaría que utilizaban el ESD como medio para definir el alcance de los compromisos de los países, con inclusión de la aclaración de ambigüedades en las “zonas grises”, lo que es una forma de utilizar el mecanismo de solución de diferencias como seguimiento de las negociaciones. En cambio, era más probable que los países en desarrollo plantearan reclamaciones contra medidas que suponían unos niveles de notoriedad “evidentes” o medianos. La utilización que hacían del ESD tendía a centrarse menos en objetivos sistémicos que en la necesidad de hacer frente a motivos concretos de conflicto que se planteaban en sus relaciones comerciales con interlocutores específicos.

Diferencias sobre diferencias: asuntos basados en medidas comerciales correctivas

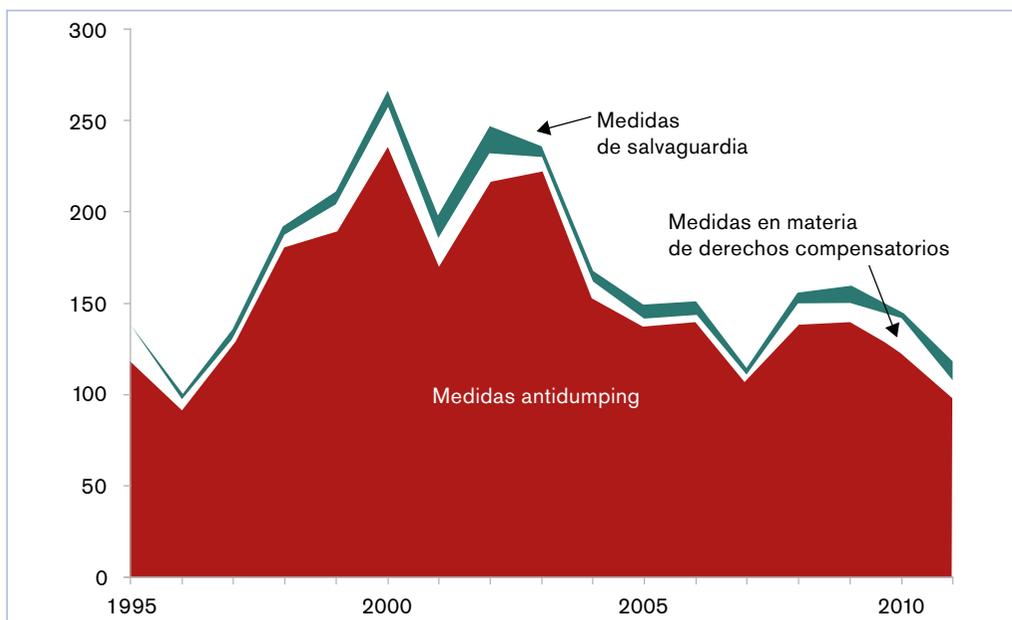
Como se ha indicado antes, un tercio de todos los asuntos de solución de diferencias se refieren a legislación antidumping y a legislación relativa a derechos compensatorios y medidas de salvaguardia. Estas disposiciones se denominan colectivamente medidas comerciales correctivas, aunque subsidiariamente se pueden denominar leyes sobre el comercio desleal¹⁸ (designación que tiene un doble sentido) o mecanismos de protección contingente. Cada una de ellas permite la imposición temporal de restricciones a la importación: se pueden imponer órdenes antidumping para compensar el grado en que las mercancías se venden a un precio inferior a su valor justo, se pueden imponer derechos compensatorios para corregir el efecto de las subvenciones y las salvaguardias permiten la imposición de aranceles a las importaciones que causen un daño grave a ramas de producción nacional. Al margen de cómo se deban denominar estas leyes, fueron un medio importante para los países desarrollados y unos pocos países en desarrollo de restringir las importaciones en el período del GATT y han llegado a ser empleadas con más frecuencia por los países en desarrollo en el período de la OMC. Este mayor uso por los países en desarrollo se puede atribuir en parte a las restricciones que se impusieron en la Ronda Uruguay al recurso a las disposiciones sobre balanza de pagos del artículo XII y la sección B del artículo XVIII del GATT.¹⁹ Al quedar ahora el acceso a estas protecciones limitado por las cláusulas del Entendimiento relativo a las disposiciones del GATT de 1994 en materia de balanza de pagos, y también debido al aumento de sus propios niveles de importación (en especial de otros países en desarrollo), han recurrido a otros medios para responder a las importaciones que causen daño y sean supuestamente objeto de comercio desleal. También puede atribuirse en parte a los movimientos de “retroceso” que produjo la liberalización realizada por algunos países a nivel mayorista (liberando los tipos de cambio) y a nivel minorista (en sectores que anteriormente estaban restringidos).

El número de diferencias planteadas como consecuencia de medidas comerciales correctivas por lo general es acorde con el uso real de estas medidas. Como puede observarse en el cuadro 7.3, el número de diferencias planteadas en la OMC dentro de esta categoría pasó de 57, de 1995 a

2000, a 69, de 2001 a 2006, antes de disminuir a 31 entre 2007 y 2012. Esta pauta es aproximadamente la misma que puede observarse en el gráfico 7.2. Combinando estos tres tipos de medidas, los Miembros de la OMC pasaron de un promedio de 155,4 casos anuales de adopción de medidas entre 1995 y 1999 a 223,4 casos anuales entre 2000 y 2004 (un aumento del 43,8%), pero entre 2005 y 2009 el promedio había disminuido a 146,2 casos anuales (5,9% inferior al nivel de 1995 a 1999). Esta tendencia al aumento y luego a la disminución en el uso se produjo en relación con los tres tipos de medidas. Los datos confirman así la expectativa general de que la actividad en el marco del OSD refleja la actividad en el mundo exterior.

La pregunta más intrigante y compleja es si esta doble disminución indica una relación de causalidad en una dirección o en otra. Es decir, ¿hay menos reclamaciones en el marco del OSD porque el número de casos de aplicación de medidas comerciales correctivas ha disminuido o hay menos asuntos relacionados con medidas comerciales correctivas debido a las resoluciones del OSD? El espacio no nos permite hacer un examen exhaustivo de esta pregunta pero, las estadísticas descriptivas que exponemos a continuación establecen una presunción razonablemente firme de que las medidas adoptadas en el marco de legislación sobre salvaguardias ha disminuido debido a la aplicación del ESD y, en especial, por lo que respecta al recurso a salvaguardias por países desarrollados. Sin embargo, en el caso de las leyes antidumping y en materia de derechos compensatorios los datos parecen denotar que ha sido la utilización de estas leyes lo que ha hecho aumentar el número de diferencias más que al contrario.

Gráfico 7.2. Medidas adoptadas por los Miembros de la OMC en el marco de legislación sobre medidas comerciales correctivas, 1995-2011



Fuentes: Cálculos realizados a partir de datos que figuran en: www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_MeasuresByRepMem.xls (antidumping), www.wto.org/spanish/tratop_s/scm_s/scm_s.htm (derechos compensatorios) y www.wto.org/english/tratop_e/safeg_e/SG-Measures_By_Reporting_Member.xls (salvaguardias).

Leyes antidumping y en materia de derechos compensatorios

Las leyes antidumping son con diferencia la medida comercial correctiva más utilizada tanto por los países desarrollados como por los países en desarrollo. En el apéndice 7.3 se resumen los datos sobre la utilización de ese mecanismo por 11 Miembros seleccionados de la OMC durante la última parte del período del GATT y el período de la OMC. El número real de órdenes impuestas por estos países fue casi idéntico en los dos períodos. Si dejamos a China al margen y tenemos en cuenta el hecho de que ni siquiera tenía una legislación antidumping antes de 1997, los países que figuran en el cuadro adoptaron medidas 98,5 veces anuales entre 1989 y 1994, y 98,6 veces anuales entre 1995 y 2010. Si se añade China, el ritmo durante el período de la OMC aumenta a 107,7 veces anuales. Sin embargo, la distribución de las medidas por países se modificó de forma considerable y los cuatro países desarrollados, que imponían el 89,8% de las órdenes en la última parte del período del GATT, solo han impuesto en el período de la OMC el 38,7%. Todos los países desarrollados que figuran en el cuadro experimentaron una disminución en el ritmo anual de solicitudes de investigación y órdenes de imposición de derechos antidumping. En el caso de la Unión Europea, por ejemplo, el número de solicitudes de investigación disminuyó de 36,7 al año entre 1989 y 1994, a 26,0 entre 1995 y 2010, y el ritmo de las órdenes impuestas disminuyó de 20,7 a 15,4 en los mismos períodos. Ambas cifras disminuyeron también en los casos de Australia, el Canadá y los Estados Unidos. Los ritmos disminuyeron también por lo que respecta a México, pero este país constituye la excepción que confirma la regla: todos los demás países en desarrollo registraron un aumento en el número de solicitudes de investigación y (en la mayoría de los casos) de imposición de órdenes.

El aumento fue especialmente elevado en el caso de China y la India. Tras haber promulgado su legislación en 1997, China se ha convertido en el quinto usuario más importante de este mecanismo en el período de la OMC. La India pasó de ser uno de los usuarios menos frecuentes de legislación antidumping en la última parte del período del GATT a ser el usuario más importante en el período de la OMC. La creciente utilización de legislación antidumping por los países en desarrollo "era absolutamente previsible", en opinión de Stuart Harbinson, quien estuvo encargado de las negociaciones antidumping en la Ronda Uruguay en nombre de Hong Kong, cuando los países desarrollados se reservaron la posibilidad (y por tanto se la reservaron a todos) de utilizar leyes antidumping y al mismo tiempo excluyeron la utilización de otros mecanismos proteccionistas que anteriormente preferían los países en desarrollo. "Había habido una serie de iniciativas concertadas de los países desarrollados para utilizar medidas antidumping contra las economías emergentes y estas últimas habían aprendido la lección. Pero los países desarrollados se negaban todavía a aceptar la necesidad de una seria reforma".²⁰ El resultado neto no fue tanto la eliminación de las iniciativas proteccionistas sino su reorientación.

Los datos no procesados ofrecen una imagen contradictoria del efecto que los Acuerdos de la Ronda Uruguay tuvieron sobre el recurso de los países a las leyes antidumping. Es posible que las disciplinas impuestas por el Acuerdo Antidumping (denominado más formalmente Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994) expliquen en parte la disminución del uso por los países

desarrollados de la legislación antidumping. La prohibición de las restricciones “voluntarias” de las exportaciones por el Acuerdo sobre Salvaguardias podría haber frenado de manera indirecta la actividad antidumping en los Estados Unidos, en la medida en que evita la táctica antes preferida de inundar el sistema con solicitudes de imposición de derechos antidumping y compensatorios en la esperanza de forzar a los investigadores, sobrecargados de trabajo, a aceptar a cambio esas restricciones voluntarias de las exportaciones. Sin embargo, en el caso de los países en desarrollo, la reforma de las disposiciones sobre balanza de pagos puede haber tenido (por los motivos que ya se han analizado) la consecuencia involuntaria de que la actividad se haya desplazado hacia las leyes antidumping. También vale la pena señalar que, con independencia de otros logros del Acuerdo Antidumping, los solicitantes han tenido de hecho más éxito después de la Ronda Uruguay que antes de ella. Las cifras muestran que, en promedio en un país, menos de la mitad (el 47,1%) de las solicitudes antidumping presentadas en la última parte del período del GATT concluyeron con la imposición de órdenes antidumping, pero que entre 1995 y 2010, más de tres quintos (62,7%) de ellas tuvieron éxito. El porcentaje de éxito aumentó tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo.

Para lo que ahora nos ocupa, las estadísticas más notables del cuadro son las que muestran el porcentaje de órdenes de imposición de derechos antidumping que terminaron siendo impugnadas en el marco del ESD. Con independencia del hecho de que los asuntos relacionados con medidas comerciales correctivas sean la mayor fuente singular de reclamaciones, en el período de la OMC un 3,9% de todas las órdenes antidumping impuestas por estos 10 Miembros fueron impugnadas de esta forma. Esto representa realmente un aumento considerable con respecto a la última parte del período del GATT, cuando solo se impugnaba el 0,8% de ellas, pero también significa que un solicitante de una orden cuyas alegaciones hayan sido aceptadas en el marco de una de esas leyes enfrenta una probabilidad inferior a 1 entre 25 de tener que afrontar el costo adicional y la incertidumbre que supone defender (o confiar en el gobierno para que defienda) su victoria en el marco del OSD. Esta estadística pone seriamente en duda la expectativa de que las nuevas normas de solución de diferencias puedan haber frenado las medidas en el marco de leyes antidumping.

Esta observación necesita nuevas aclaraciones en el caso de los Estados Unidos por dos motivos. El primero es que un porcentaje mucho mayor de órdenes antidumping impuestas por los Estados Unidos son impugnadas. Solo el 1,4% de las órdenes de los Estados Unidos fueron impugnadas en el marco del mecanismo de solución de diferencias en la última parte del período del GATT, pero exactamente 10 veces ese porcentaje ha sido objeto de impugnación en el período de la OMC. En segundo lugar, algunas de las constataciones en asuntos de solución de diferencias en la OMC han dado lugar a cambios importantes en las medidas comerciales correctivas de los Estados Unidos. Un ejemplo es la Enmienda Byrd, una ley de 2000 en virtud de la cual los ingresos generados por medidas antidumping o en materia de derechos compensatorios se destinarían a la rama de producción perjudicada. Este instrumento legislativo, que incentiva en gran medida las solicitudes de investigación, fue declarado ilícito en la OMC por un grupo especial de solución de diferencias en septiembre de 2002. Aunque el Congreso de los Estados Unidos realmente no derogó la modificación hasta febrero de 2006 (y aun entonces la Enmienda Byrd siguió en vigor hasta

el 1º de octubre de 2007) la resolución demostró que los retoques realizados por el Congreso en las medidas comerciales restrictivas estaban sujetos a examen en la OMC. Lo mismo cabe decir de otra constatación, formulada en abril de 2004, contra la práctica de los Estados Unidos de la "reducción a cero", en virtud de la cual los márgenes negativos de dumping se eliminaban al calcularse el dumping. También en este asunto los Estados Unidos necesitaron varios años para ponerse en conformidad con la resolución, cosa que sucedió cuando el Departamento de Comercio anunció, en febrero de 2012, que pondría fin en general a la práctica de la reducción a cero no solo en las investigaciones antidumping sino también en los exámenes administrativos de las órdenes vigentes.

Así pues, el efecto neto es confuso. En el caso de los Estados Unidos cabría aducir que la correlación se produce en las dos direcciones: se presentan menos asuntos en el marco del ESD porque ha habido menos solicitudes y órdenes antidumping, y es posible que se presenten menos solicitudes porque algunos de los asuntos más importantes decididos en el marco del ESD han forzado cambios en la legislación estadounidense. Sin embargo, con respecto a los Miembros de la OMC en general, los datos muestran un aumento del porcentaje de éxito de los solicitantes de medidas antidumping, ninguna reducción neta del número de órdenes antidumping impuestas y un pequeño porcentaje de órdenes antidumping impugnadas en el marco del ESD. Las medidas adoptadas en el marco de esas leyes disminuyeron a partir de 2003 y, por consiguiente, también disminuyó el número de asuntos sometidos al OSD con motivo de ellas, pero es difícil sostener que el efecto neto de los Acuerdos de la Ronda Uruguay haya sido frenar la utilización de la legislación antidumping.

Las leyes en materia de derechos compensatorios no han registrado en absoluto las mismas consecuencias que las leyes antidumping. El número medio de órdenes en materia de derechos compensatorios impuestas por los nueve Miembros de la OMC a que se hace referencia en el cuadro 7.5, 8,1 por año, fue muy inferior al número de medidas antidumping. Lamentablemente los datos no son tan completos con respecto a estas leyes que con respecto a las leyes antidumping y, por consiguiente, resulta difícil hacer el mismo tipo de comparaciones a lo largo del tiempo. Sin embargo, es notable que mientras que los países utilizan con menos frecuencia la legislación en materia de derechos compensatorios, cuando en realidad la utilizan es más probable que esa utilización sea impugnada en el marco del ESD. Un quinto de las órdenes impuestas por estos países ha sido sometido al procedimiento de solución de diferencias. Cabría especular con que este porcentaje más elevado de impugnaciones pueda atribuirse al hecho de que las órdenes de imposición de derechos compensatorios se adoptan frente a prácticas comerciales desleales de los gobiernos, mientras que el objeto de las medidas antidumping son las prácticas comerciales desleales de las empresas. Los Estados Unidos son los mayores usuarios de la legislación en materia de derechos compensatorios, lo que explica por qué participan en casi la mitad (47,7%) de todos los asuntos, y más de un cuarto de todas las órdenes de imposición de derechos compensatorios impuestas por los Estados Unidos han sido impugnadas. Las observaciones que antes se han hecho sobre la repercusión de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y del ESD sobre la actividad antidumping en los Estados Unidos son aplicables también, en general, *mutatis mutandis*, a la legislación en materia de derechos compensatorios.

Cuadro 7.5. Utilización de derechos compensatorios por determinados Miembros y asuntos conexos de solución de diferencias en la OMC, 1995-2011

	Casos iniciados	Órdenes impuestas	Casos que dieron lugar a órdenes (%)	Impugnaciones ante la OMC	Órdenes impugnadas (%)
Argentina	3	3	100,0	2	66,7
Australia	13	4	30,8	0	0,0
Brasil	3	2	66,7	2	100,0
Canadá	25	17	68,0	0	0,0
Chile	6	2	33,3	0	0,0
China	4	4	100,0	2	50,0
Unión Europea	57	30	52,6	2	6,7
Sudáfrica	13	5	38,5	0	0,0
Estados Unidos	113	63	55,8	18	28,6
total	237	130	54,9	26	20,0
Porcentaje anual	14,8	8,1		1,6	

Fuentes: Chad P. Bown, "Global Antidumping Database", disponible en: <http://econ.worldbank.org/ttbd/gad/>; asuntos planteados ante la OMC calculados a partir de datos que figuran en Chad P. Bown, disponible en: <http://econ.worldbank.org/ttbd/dsud/>.

Nota: Tomando como base el año en que se presentó la reclamación formal. La fecha de inicio del cómputo, 1995, se determinó teniendo en cuenta la disponibilidad y la coherencia de los datos de los principales usuarios enumerados.

Salvaguardias

Las salvaguardias son la forma de medida comercial correctiva que parece más afectada por los Acuerdos de la Ronda Uruguay y el ESD. Así se deduce al menos de la invocación de este tipo de legislación por los países desarrollados, una práctica que casi ha desaparecido desde el inicio del período de la OMC. El motivo en este caso es sencillo: las impugnaciones de la invocación de legislación de salvaguardia por los Miembros han tenido invariablemente éxito, de forma que los posibles solicitantes de la aplicación de medidas de este tipo en los países desarrollados consideran que utilizar esta opción ofrece pocas ventajas.

La principal distinción que se puede establecer aquí es entre países desarrollados y países en desarrollo, ya que estos dos grupos muestran un nivel muy distinto de impugnación. Como puede observarse en los datos del cuadro 7.6, en los cuatro países miembros de la Cuadrilateral se iniciaron asuntos en materia de salvaguardias durante el período de la OMC, pero solo en la Unión Europea y en los Estados Unidos dieron lugar a la imposición efectiva de restricciones a las importaciones. Posteriormente, las nueve medidas de salvaguardia adoptadas por los Estados Unidos y la UE, salvo una, fueron impugnadas ante el OSD y las ocho impugnaciones tuvieron éxito. Esto ha significado de hecho el fin de un instrumento que había formado parte de la legislación comercial estadounidense desde 1942, cuando apareció por primera vez en un acuerdo bilateral con México, siendo posteriormente incorporado directamente en la legislación de los Estados Unidos y el GATT. La última vez que los Estados Unidos invocaron la legislación en materia de salvaguardias fue en 2001, cuando la Administración Bush recurrió a ella para restringir las importaciones de acero. Otros 15 Miembros de la OMC impugnaron estas

restricciones en ocho reclamaciones distintas, y desde que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación llegaron a conclusiones contrarias a los Estados Unidos en el procedimiento acumulado relativo al asunto *Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero* nunca más se presentaron solicitudes de adopción de medidas de salvaguardia en ese país.

Si bien las medidas de salvaguardia adoptadas por los países de la Cuadrilateral fueron casi siempre impugnadas, los países en desarrollo y los pequeños países desarrollados han podido por lo general recurrir a este mecanismo con impunidad. En el cuadro 7.6 se muestra que aproximadamente solo una de cada 10 (11,4%) de las medidas de salvaguardia impuestas por países distintos de los de la Cuadrilateral han dado lugar a reclamaciones en el OSD. Los abogados mercantilistas parecen unánimes en su opinión de que los grupos especiales interpretan el Acuerdo sobre Salvaguardias de una forma que hace prácticamente imposible que un Miembro utilice este mecanismo, pero esta observación carece de sentido en los casos en los que los países afectados deciden no presentar una reclamación.

Cuadro 7.6. Utilización de leyes en materia de salvaguardias por determinados Miembros y asuntos conexos de solución de diferencias en la OMC, 1995-2012

	Casos iniciados	Salvaguardias impuestas	Casos que dieron paso a salvaguardias (%)	Impugnaciones en la OMC	Medidas de salvaguardia impugnadas (%)
Cuadrilateral	21	9	42,9	8	88,9
Estados Unidos	10	6	60,0	5	83,3
Unión Europea	5	3	60,0	3	100,0
Canadá	3	0	0,0	0	—
Japón	3	0	0,0	0	—
Todos los demás	219	105	47,9	12	11,4
India	28	12	42,9	0	0,0
Indonesia	18	10	55,6	0	0,0
Jordania	16	7	43,8	0	0,0
Turquía	16	13	81,3	1	7,7
Chile	13	7	53,8	5	71,4
República Checa	9	5	55,6	0	0,0
Filipinas	9	7	77,8	0	0,0
Ucrania	9	2	22,2	0	0,0
Venezuela, República Bolivariana	9	0	0,0	0	—
Resto del mundo	92	42	45,7	6	14,3
Total	240	114	47,5	20	17,5

Fuente: Cálculos realizados a partir de los casos de salvaguardia expuestos en: <http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/0,,contentMDK:22574935~pagePK:64214825~piPK:64214943~theSitePK:469382,00.html>; asuntos planteados ante la OMC calculados a partir de datos que figuran en: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm.

Nota: Tomando como base el año en que se presentó la reclamación formal.

Además de estos casos en materia de salvaguardias, 11 Miembros de la OMC iniciaron al menos uno entre 2001 y 2012 en el marco de un mecanismo de salvaguardia especial que se aplica a las importaciones procedentes de China. Parece²¹ que solo cuatro de estos países han llegado en estos casos a determinaciones definitivas positivas de existencia de daño: la República Dominicana (sobre lavabos y bañeras), la India (sobre cenizas de sosa y productos planos de aluminio en rollo y papel de aluminio), Turquía (sobre vidrio flotado) y los Estados Unidos (sobre neumáticos). El último de estos casos es el único que dio lugar a una impugnación por China en el OSD; tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación llegaron a una conclusión contraria a China con respecto a sus alegaciones contra los Estados Unidos. La salvaguardia especial de China es, por tanto, una excepción a la norma general de rechazo de las salvaguardias, pero está limitada en el tiempo. Las condiciones de la adhesión de China establecen que este mecanismo durará solo 12 años, lo que quiere decir que se le pondrá término a finales de 2013.

La composición de los grupos especiales de solución de diferencias y del Órgano de Apelación

Si corresponde a los jueces decidir qué dicen las normas, conviene saber más acerca de quiénes son los integrantes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Los integrantes de los grupos especiales se eligen normalmente entre las personas incluidas en una lista que la Secretaría mantiene pero, si las partes no se ponen de acuerdo sobre los integrantes de un grupo especial en un plazo de 20 días, cualquiera de ellas puede solicitar al Director General que los nombre. Entre 1995 y 2012, hubo 245 personas que prestaron sus servicios como integrantes de grupos especiales de solución de diferencias, con frecuencia en dos o más grupos especiales. Estas personas procedían de 61 países distintos, muchos de los cuales aportaban solo uno o dos miembros de grupos especiales, pero otros aportaban hasta 12 (Chile), 15 (Suiza), 16 (Australia) o 20 (Canadá y Nueva Zelanda).

Sin embargo, estas aportaciones no parece que sean al azar, pues están muy influidas por dos factores determinantes. El primero es una simple cuestión de conveniencia: como es necesario evitar influencias indebidas, los integrantes de los grupos especiales nunca proceden de los países que son parte en una diferencia. La frecuencia con la que un Miembro de la OMC es parte en diferencias tiene una relación inversa con el número de sus ciudadanos que prestan servicios como integrantes de grupos especiales.²² La Unión Europea es con frecuencia reclamante o demandado e incluso cuando no participa directamente en un asunto puede muy bien participar en calidad de tercero (véase el cuadro 7.2). Una consecuencia de esta propensión a los litigios es que pocas veces hay ciudadanos de la UE que presten servicios en grupos especiales. De 1995 a 2012, solo hubo un integrante de grupo especial procedente de Alemania, Austria, Francia, los Países Bajos o Portugal. Solo unos pocos Estados miembros de la UE han aportado más de eso (el 1,6% procedía de Suecia, el 1,0% de Bélgica y el 0,4% de Italia); y algunos otros Estados miembros de la UE nunca han aportado un solo integrante de grupo especial. El Reino Unido e Irlanda son excepciones parciales a la regla general de que ciudadanos de la UE no actúen en grupos especiales, ya que son el lugar de origen del 1,4% y del 0,6% de todos los integrantes de grupos especiales, respectivamente.

Estos dos países son los únicos que tienen un sistema de *common law* en la Unión Europea. El segundo factor determinante, como indica el hecho de que tres antiguas colonias británicas ocupen los puestos superiores de la lista de países de origen de los integrantes de grupos especiales, es un aparente sesgo en favor de una tradición jurídica. Estos dos factores, sumados, hacen que, a riesgo de exagerar, quepa decir que el sistema hace que los juristas de países de tamaño medio, que han heredado sus sistemas jurídicos de Roma, París, y, en especial, Londres, presten ahora servicios en los grupos especiales que examinan asuntos en que participan la Unión Europea y los Miembros de gran tamaño de América del Norte y Asia.

Las normas de selección de los integrantes de los grupos especiales aparentemente dan la preferencia a los que proceden de países en que el sistema jurídico dominante es el sistema del *common law* inglés. Esta observación resulta evidente si se examinan los datos que se muestran en el cuadro 7.7. De los Miembros de la OMC que han aportado integrantes a los grupos especiales, 13 de ellos son países de *common law*. A pesar del hecho de que estos 13 países representan menos de un doceavo del número total de Miembros de la OMC, han aportado cerca de dos quintos de todos los integrantes de grupos especiales. Esta disparidad es todavía mayor si la atención se centra en seis de ellos, incluidos tres países desarrollados (Australia, el Canadá y Nueva Zelandia) y dos economías en desarrollo (Hong Kong, China; y la India). Estos cinco Miembros, que representan en conjunto apenas el 3,2% de todos los Miembros de la OMC, han sido el lugar de origen del 28,3% de todos los integrantes de grupos especiales entre 1995 y 2012. Y si centramos nuestra atención en el país del que procede el mayor número de integrantes de grupos especiales, casi uno de cada 10 grupos especiales han incluido un integrante, y con no poca frecuencia un presidente, de Nueva Zelandia. Durante este período, 20 ciudadanos distintos de Nueva Zelandia actuaron en grupos especiales, uno de ellos (Crawford Falconer; véase el Apéndice Biográfico, página 636) 13 veces. Cuando fueron integrantes de un grupo especial, con frecuencia lo presidieron: 8 de estos 20 ciudadanos de Nueva Zelandia presidieron al menos un grupo especial y, en conjunto, presidieron no menos de 18 de los 44 grupos especiales de solución de diferencias de la OMC en los que prestaron servicios entre 1995 y 2012.

¿Qué explica esta disparidad? Para empezar, se puede examinar la lista de personas entre las que se elige a los integrantes de los grupos especiales. En el Apéndice Biográfico del presente libro se ofrece alguna orientación al respecto, pues aunque no está designado expresamente a ser una guía de los integrantes de grupos especiales de solución de diferencias, da una idea del tipo de persona que destaca en el sistema multilateral de comercio y, por consiguiente, podría llegar a formar parte de un grupo especial. Es notable que muchas de las 93 personas que figuran en el Apéndice y sobre las que se dispone de datos con respecto a su educación, hicieron su formación universitaria en América del Norte o el Reino Unido, y muchas de ellas estudiaron derecho. Cinco son licenciados de la Facultad de derecho de Harvard, 5 de la de Michigan, 3 de la de Georgetown²³ y 11 de otras facultades de derecho de los Estados Unidos. Dos estudiaron derecho en una universidad británica y 1 en el Canadá. En conjunto, el 29,0% de las figuras más destacadas en esta esfera estudiaron derecho en América del Norte o en el Reino Unido. La imagen cambia un poco si se excluyen de esta cuenta los ciudadanos del Canadá, los Estados Unidos o el Reino Unido. De las 66 personas de otros países sobre las que

se dispone de información, 13 (19,7%) estudiaron derecho en uno de estos tres países, y otros 23 (34,8%) estudiaron carreras distintas en universidades de América del Norte o del Reino Unido. En conjunto, de 93 personas, 37 (el 39,8%) estudiaron en los Estados Unidos, 19 (el 20,4%) lo hicieron en el Reino Unido y 3 (3,2%) lo hicieron en el Canadá, de manera que casi 3 de cada 4 de las figuras más relevantes en la OMC estudiaron en una universidad de esos 3 países. En resumen, el origen angloamericano del sistema del GATT y de la OMC todavía se refleja claramente en el lugar donde han estudiado sus dirigentes.

Cuadro 7.7. Nacionalidad de los integrantes de los grupos especiales de solución de diferencias de la OMC, 1995-2012, en porcentaje

	1995-2000	2001-2006	2007-2012	Total
Sistemas jurídicos de <i>common law</i>	37,4	41,1	34,8	38,3
Nueva Zelandia	10,6	8,3	6,7	9,1
Australia	6,9	8,9	4,5	7,2
Canadá	6,0	2,8	12,4	6,0
India	2,8	5,0	0,0	3,1
Hong Kong, China	5,1	1,7	0,0	2,9
Otros países en desarrollo	2,3	7,2	11,2	5,7
Otros países desarrollados	3,7	7,2	0,0	4,3
Sistemas jurídicos pluralistas	9,6	9,5	15,7	10,7
Sudáfrica	4,1	5,6	5,6	4,9
Otros países en desarrollo	5,5	3,9	10,1	5,8
Sistemas jurídicos de derecho continental o de otro tipo	56,9	49,4	49,5	51,0
América Latina	16,5	30,6	30,4	24,3
<i>Chile</i>	3,2	5,6	4,5	4,3
<i>Brasil</i>	5,5	2,8	3,4	4,1
<i>Otros países latinoamericanos</i>	7,8	22,2	22,5	15,9
Suiza	9,7	3,9	7,9	7,2
Otros países desarrollados	21,6	10,0	5,6	13,9
Otros países en desarrollo	6,2	4,9	5,6	5,6
Total	100,0	100,0	100,0	100,0
<i>Resumen:</i>				
<i>Todos los países en desarrollo</i>	42,7	58,9	62,9	52,4
<i>Todos los países desarrollados</i>	57,3	41,1	37,1	47,6

Fuente: Secretaría de la OMC.

Nota: Porcentaje de integrantes de grupos especiales que prestaron servicios hasta septiembre de 2012, por país de ciudadanía; los integrantes de los grupos especiales se han contabilizado cada vez que han formado parte de uno de ellos. Otros países en desarrollo con sistemas jurídicos de *common law* de los que han procedido integrantes de grupos especiales son Bangladesh, Jamaica, Malasia, el Pakistán y Singapur. Otros países desarrollados con sistemas jurídicos de *common law* de los que han procedido integrantes de grupos especiales son los Estados Unidos, Irlanda y el Reino Unido. Otros países en desarrollo con sistemas jurídicos pluralistas de los que han procedido integrantes de grupos especiales son Filipinas, Israel y Tailandia. Otros países latinoamericanos de los que han procedido integrantes de grupos especiales son la Argentina, Colombia, Costa Rica, el Ecuador, México, Panamá, el Perú, el Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela. Otros países desarrollados con sistemas jurídicos de derecho continental o de otro tipo de los que han procedido integrantes de grupos especiales son Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Italia, el Japón, Noruega, los Países Bajos, Polonia, Portugal, la República Checa y Suecia. Otros países en desarrollo con sistemas jurídicos de derecho continental o de otro tipo de los que han procedido integrantes de grupos especiales son China, Egipto, Indonesia, Marruecos, Mauricio, la República de Corea, el Taipei Chino y Zambia.

La misma observación resulta pertinente si consideramos el personal más importante de las secciones jurídicas de la Secretaría de la OMC. Entre 1995 y 2012, cuatro personas fueron directores de la División de Asuntos Jurídicos, tres de las cuales eran ciudadanos del Canadá o de los Estados Unidos. Igualmente, dos de las tres personas que han actuado como directores de la Secretaría del Órgano de Apelación procedían del Canadá. Durante 25 de los 36 años anteriores a 2012 los directores de esas dos divisiones fueron norteamericanos.

Países con una tradición jurídica de derecho continental (o romano) aportaron más de la mitad de los integrantes de grupos especiales. Dentro de este grupo, los países latinoamericanos son especialmente activos, ya que aportaron casi un cuarto de todos los integrantes de grupos especiales (24,3%) entre 1995 y 2012, y cerca de la mitad (44,5%) de todos los integrantes de grupos especiales procedentes de países que no tienen un sistema jurídico de *common law*. La gran mayoría de los restantes integrantes procedían de países europeos que o bien no se han adherido a la Unión Europea o que no eran miembros de la UE en el momento en que les correspondió actuar en los grupos especiales. Suiza es el país no miembro de la UE más destacado a este respecto, pues ha aportado el 7,2% de todos los integrantes de grupos especiales. Es razonable suponer que la proximidad es uno de los factores que explican la elevada frecuencia de la participación de juristas suizos en grupos especiales. Otros países no miembros de la UE han aportado un número apreciable (aunque no muy grande) de integrantes a los grupos especiales, entre ellos, Noruega (1,8%) e Islandia (0,6%). Varios integrantes de grupos especiales procedían de países que estaban en proceso de adhesión a la Unión Europea en el momento en que prestaban sus servicios, pero cuyos países de origen aportaron pocos integrantes a grupos especiales, o ninguno, tras completar el proceso. Entre 1995 y 2000, por ejemplo, hubo varios integrantes de grupos especiales que procedían de la República Checa (3,7% de todos los integrantes en esa etapa) y de Polonia (2,8%), pero ambos países se adhirieron después a la Unión Europea en 2004. Entre 2007 y 2012 no hubo ningún integrante de grupo especial de nacionalidad checa o polaca. Pautas semejantes de actividad antes y después de adherirse a la UE pueden constatararse en el caso de las aportaciones de Bulgaria, Eslovenia y Hungría a la lista de integrantes de grupos especiales.

Los datos correspondientes a las personas nombradas para ser miembros del Órgano de Apelación muestran que los países con un sistema jurídico de *common law* no tienen a este nivel un exceso de representación tan grande. Como se muestra en el cuadro 7.8, menos de un tercio de los Miembros del Órgano de Apelación entre 1995 y 2012 procedía de países con un sistema de *common law*. Esta relación se explica de algún modo si se tiene en cuenta la norma bastante explícita de que los miembros de este Órgano serán personas que “[n]o estarán vinculadas a ningún gobierno”, aunque los Miembros del Órgano de Apelación “serán representativos en términos generales de la composición de la OMC” (párrafo 1 del artículo 17 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias). Quizá sea más importante señalar que los antecedentes educativos de los Miembros de este Órgano pueden haber introducido conceptos de *common law* por la puerta trasera. De los 20 Miembros del Órgano de Apelación sobre los que se dispone de información, no menos de

15 o bien obtuvieron grados en facultades de derecho de los Estados Unidos o bien (en un caso) prestaron servicios como investigador en una de ellas, y otros dos obtuvieron grados en derecho en universidades del Reino Unido. En conjunto, el 85,0% de los Miembros del Órgano de Apelación sobre los que se dispone de información estudiaron Derecho en uno de estos dos importantes países de tradición de *common law*. Sin embargo, en varios casos este hecho se produjo en las últimas etapas de su educación jurídica y, de este modo, es posible que no haya tenido la misma repercusión en su educación que su formación universitaria inicial.

Todo ello plantea la pregunta de si las distintas tradiciones jurídicas importan. ¿Enfocará de forma distinta las cuestiones, las normas (nacionales e internacionales) y las consecuencias de sus resoluciones un integrante de un grupo especial o un Miembro del Órgano de Apelación que proceda de una tradición jurídica de *common law* y no de una tradición jurídica de derecho continental? Al menos un observador próximo del proceso creía que era así en la última parte del período del GATT. Plank (1987: 81) observó cómo las diferencias en la trayectoria de los integrantes de los grupos especiales podían influir en su enfoque con respecto a los distintos asuntos y al sistema en general:

[H]ay quienes son más “expansionistas” en su interpretación jurídica. Teniendo en cuenta la finalidad general de las disposiciones concretas del GATT y la tendencia de la jurisprudencia del GATT, tratan de adaptar las disposiciones, en caso necesario, a nuevas circunstancias en interés de la generación de actividad comercial y de la eliminación de medidas causantes de distorsión del comercio. Por otro lado, hay quienes son más “positivistas estrictos”, que prestan cuidadosa atención a los términos concretos utilizados en el Acuerdo General. Si estos términos son ambiguos, consideran que no corresponde a la jurisprudencia asumir el papel de los redactores.

Cabe suponer que es más probable que los integrantes de grupos especiales que proceden de países con sistemas de derecho continental presten mucha más atención a los términos específicos de las leyes y acuerdos de que se trata en una diferencia, mientras que los que proceden de países con sistemas de *common law*, o han sido educados en ellos, serán más proclives a complementar este aspecto de sus deliberaciones, o incluso suplantarlos, atendiendo a los precedentes establecidos en otros asuntos examinados por grupos especiales y por el Órgano de Apelación. En términos más sencillos, un integrante de un grupo especial o un Miembro del Órgano de Apelación con una perspectiva de *common law* puede estar más predispuesto a considerar cómo una determinada decisión podría contribuir al logro de objetivos más amplios del sistema multilateral de comercio, o a su menoscabo. Sin embargo, no hay pruebas firmes que se puedan invocar en apoyo o negación de esta hipótesis. Las deliberaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación son muy confidenciales, de forma que no es posible entrevistar a juristas con el detalle necesario para determinar si los que proceden de un conjunto específico de países parecen enfocar los asuntos desde un punto de vista distinto.

Cuadro 7.8. Nacionalidad de los Miembros del Órgano de Apelación, 1995-2012

	Número	Porcentaje (%)
Ciudadanos de países con un sistema jurídico de <i>common law</i>	12	30.8
Estados Unidos	5	12.8
India	3	7.7
Australia	2	5.1
Nueva Zelandia	2	5.1
Ciudadanos de países con un sistema jurídico pluralista	5	12.8
Filipinas	3	7.7
Sudáfrica	2	5.1
Ciudadanos de países con un sistema jurídico de derecho continental	22	56.4
Japón	5	12.8
Egipto	4	10.3
Brasil	2	5.1
China	2	5.1
Alemania	2	5.1
Italia	2	5.1
Uruguay	2	5.1
Bélgica	1	2.6
Corea, República de	1	2.6
México	1	2.6
Total	39	100.0
<i>Resumen:</i>		
<i>Todos los países en desarrollo</i>	20	51.3
<i>Todos los países desarrollados</i>	19	48.7

Fuente: Cálculos realizados a partir de datos que figuran en: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descrp_s.htm.

Nota: El número de Miembros del Órgano de Apelación se calcula en función del número de mandatos.

Se pueden también aducir varias observaciones contra la alegación de que las tradiciones jurídicas de los integrantes de los grupos especiales pueden influir en la deliberación y los resultados de los grupos especiales en que participan. Una de ellas es que no todos los integrantes de los grupos especiales son abogados, lo que quiere decir que la influencia de estas distintas tradiciones quizá no se transmita efectivamente a todas las personas que actúan en los grupos especiales. Además, en el período de la OMC los grupos especiales funcionan con sujeción a un conjunto diferente de normas que sus predecesores en el período del GATT, de forma que las observaciones que Plank hizo en 1987 quizá sean más una descripción histórica que una descripción contemporánea. “El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”, con arreglo al párrafo 2 del artículo 3 del ESD, y “sirve para ... aclarar las disposiciones vigentes de dichos Acuerdos [de la OMC] de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. Algunos abogados

interpretan esta cláusula como una sanción expresa del alejamiento del sistema de *common law* que prevalecía en la jurisprudencia del GATT, para alinear las normas de la OMC con el derecho internacional y su insistencia tradicional en una interpretación acorde con el derecho continental. Otros consideran que existen elementos de *common law* en las resoluciones del Órgano de Apelación. “La realidad de las decisiones del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) es que el principio de *stare decisis* opera en un sentido *de facto*, pero todavía no *de jure*”, según Bhala (1999: 151), haciendo referencia al principio fundamental del *common law* (es decir, “atenerse a lo decidido”).

Notas

- 1 Sin embargo, Smith señala también que cuando "no es probable conseguir que el extranjero releve, o modere aquellos impuestos, que sucederá realmente, no puede aprobarse el método de vindicar una injuria hecha a cierta clase de gentes de una Nación con hacer un agravio a casi todas las demás del mismo país". Véase *La riqueza de las naciones*, libro IV, capítulo 2.
- 2 Entrevista de autor con el Sr. Supachai, 27 de septiembre de 2012.
- 3 Traducción del autor a partir del original francés.
- 4 Véase, por ejemplo, Mshomba (2009: 46-59).
- 5 Consideremos el caso de los Estados Unidos. La misión de los Estados Unidos tenía solo un abogado en la etapa del GATT, y gran parte de su tiempo se dedicaba a asuntos distintos de las diferencias. En 2013, la misión tenía tres abogados y dos funcionarios auxiliares a tiempo completo, dedicados totalmente a la solución de diferencias. Este nivel de compromiso con las diferencias es el que la mayoría de los países en desarrollo no puede permitirse.
- 6 El texto del Acuerdo por el que se establece el Centro de Asesoría Legal sobre Asuntos de la OMC puede consultarse en: www.acwl.ch/e/documents/agreement_estab_e.pdf.
- 7 Entrevista del autor con el Sr. Harbinson, 24 de enero de 2013.
- 8 Obsérvese que hay muchas excepciones a estas normas generales. Por ejemplo, si Australia tiene un acuerdo de libre comercio con Chile no está obligada a reconocer a Noruega las concesiones que ha hecho a Chile.
- 9 La obligación de trato nacional que establece el artículo III del GATT solo se aplica a las medidas identificadas expresamente en ese artículo, en especial los impuesto sobre las ventas y las reglamentaciones que afectan a las ventas interiores. Posteriores acuerdos negociados en la Ronda Uruguay establecieron la aplicación del trato nacional en otras esferas, como el comercio de servicios (artículo XVII del AGCS) y las medidas en materia de inversión relacionadas con el comercio (artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC).
- 10 Presentamos aquí un resumen simplificado. El texto completo figura en el artículo XX del Acuerdo General.
- 11 Entrevista del autor con Elaine Feldmand, 19 de diciembre de 2012.
- 12 Entrevista del autor con el Sr. Bhatia, 27 de septiembre de 2012.
- 13 La cita original puede consultarse en: www.bartleby.com/73/328.html.
- 14 Véase "GATT Dispute Settlement - Appeals Procedure", memorando de John Jackson y Eric Canal - Forgues a "Cualquier persona interesada", 29 de agosto de 1990, página 1.
- 15 Véase *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón: informe del Órgano de Apelación*, documento WT/DS58/AB/R de la OMC, de 12 de octubre de 1998.
- 16 Véase *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos: informe del Órgano de Apelación*, documento WT/DS27/AB/R de la OMC, de 9 de septiembre de 1997, páginas 7 y 8.

- 17 Entrevista del autor con Elbio Rosselli, 20 de diciembre de 2012.
- 18 En rigor, esta denominación es aplicable a las leyes antidumping y en materia de derechos compensatorios, pero no a las leyes sobre salvaguardias, ya que estas últimas tienen por finalidad hacer frente a las importaciones causantes de daño, se alegue o no que son objeto de comercio desleal.
- 19 Una perspectiva africana de la modificación de las oportunidades para la utilización de las disposiciones en materia de balanza de pagos a fin de limitar las importaciones puede consultarse en Oyejide y otros (2005).
- 20 Correspondencia del autor con el Sr. Harbinson, 30 de enero de 2013.
- 21 La utilización del verbo "parece" en este caso es fundamental ya que faltan datos sobre el resultado definitivo de varios asuntos en Chad P. Bown "China-Specific Safeguards Database", disponible en el sitio Web del Banco Mundial: <http://econ.worldbank.org/ttbd/csgd/>. Otros Miembros que iniciaron investigaciones en el marco de esta salvaguardia especial que dieron lugar a determinaciones negativas o a resultados que faltan en la base de datos son el Canadá, Colombia, el Ecuador, el Perú, Polonia, el Taipei Chino y la Unión Europea. En total se iniciaron 30 investigaciones de este tipo entre 2001 y 2012.
- 22 Esta afirmación solo es válida cuando con ella se hace referencia a los Miembros de la OMC que participan al menos en *algunas* diferencias. Otra norma general es que los Miembros que nunca han participado ni como reclamantes ni como demandados tienden a no aportar ningún integrante a los grupos especiales.
- 23 Cabe señalar que John Jackson es una de las personas que obtuvo su grado en la Facultad de Derecho de Michigan, y que enseñó Derecho Mercantil en esa Universidad antes de pasar a la de Georgetown. Varios de los graduados de estas dos facultades de derecho que prestaron servicios distinguidos en la esfera del comercio fueron estudiantes suyos.

Apéndice 7.1. Reclamaciones de Miembros de la OMC en el marco del sistema de solución de diferencias, 1995-2012

	Número de Miembros	Número de reclamaciones	Reclamaciones por Miembro
Tradición de <i>Common law</i>	25	179	7,2
Países desarrollados	4	150	37,5
América del Norte	2	136	68,0
<i>Estados Unidos</i>	1	103	103,0
<i>Canadá</i>	1	33	33,0
Países del Pacífico	2	14	7,0
<i>Australia</i>	1	7	7,0
<i>Nueva Zelandia</i>	1	7	7,0
Países en desarrollo	21	29	1,4
Asia y el Pacífico	10	28	2,8
<i>India</i>	1	21	21,0
<i>Pakistán</i>	1	3	3,0
Otros	8	4	0,5
Países del Caribe	9	1	0,1
Países de África y de Oriente Medio	2	0	0,0
Tradición pluralista	15	19	1,3
Países del Caribe	2	0	0,0
Países de África y de Oriente Medio	10	0	0,0
Países de Asia y el Pacífico	3	19	6,3
<i>Tailandia</i>	1	13	13,0
<i>Filipinas</i>	1	5	5,0
<i>Sri Lanka</i>	1	1	1,0
Tradición de derecho continental	91	285	2,4
Países desarrollados	6	121	20,2
Europa	5	104	20,8
<i>Unión Europea</i>	1	87	87,0
Otros	*	17	*
Japón	1	17	17,0
Países en desarrollo	85	164	1,9
América Latina	20	119	6,0
<i>Brasil</i>	1	25	25,0
<i>México</i>	1	23	23,0
<i>Argentina</i>	1	18	18,0
<i>Chile</i>	1	10	10,0
Otros	16	43	2,7
Antigua Unión Soviética y Yugoslavia	7	4	0,6
Países de Asia y el Pacífico	13	41	3,2
<i>Corea, República de</i>	1	15	15,0
<i>China</i>	1	11	11,0
Otros	11	15	1,4
Países de África y de Oriente Medio	45	0	0,0

Fuente: La clasificación de los Miembros por su sistema jurídico se basa en datos que figuran en: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_national_legal_systems. Los datos sobre las reclamaciones proceden del Apéndice 7.2.

Nota: * Incluye cuatro miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio más los Estados que se adhirieron a la UE entre 1996 y 2012. Estos Estados se incluyen en los totales correspondientes a "Europa", "países desarrollados" o "tradición de derecho continental".

Apéndice 7.2. Participación de los Miembros de la OMC en asuntos de solución de diferencias, 1995-2012

	Reclamante	Demandado	Tercero	Total
Han sido reclamantes y demandados				
Estados Unidos	103	119	97	319
Unión Europea y sus Estados miembros	87	98	126	311
Unión Europea	87	73	126	286
Estados miembros individuales de la UE	0	25	0	25
<i>Francia</i>	0	4	0	4
<i>Bélgica</i>	0	3	0	3
<i>Irlanda</i>	0	3	0	3
<i>Países Bajos</i>	0	3	0	3
<i>Reino Unido</i>	0	3	0	3
<i>Alemania</i>	0	2	0	2
<i>Grecia</i>	0	2	0	2
<i>España</i>	0	2	0	2
<i>Dinamarca</i>	0	1	0	1
<i>Portugal</i>	0	1	0	1
<i>Suecia</i>	0	1	0	1
Japón	17	15	130	162
Canadá	33	17	84	134
China	11	30	92	133
India	21	21	80	122
Brasil	25	14	73	112
México	23	14	67	104
Corea, República de	15	14	69	98
Australia	7	13	74	94
Argentina	18	22	44	66
Tailandia	13	3	57	73
Chile	10	13	34	57
Turquía	2	9	46	55
Colombia	5	3	40	48
Guatemala	8	2	23	33
Ecuador	3	3	19	25
Perú	3	4	14	21
Filipinas	5	6	9	20
Venezuela, Bolivariana República de	1	2	16	19
Indonesia	6	4	8	18
Nicaragua	1	2	13	16
Pakistán	3	2	9	14
Panamá	6	1	6	13
Dominicana, República	1	7	4	12
Uruguay	1	1	8	10
Hungría (antes de adherirse a la UE)	5	2	2	9
Malasia	1	1	3	5
Polonia (antes de adherirse a la UE)	3	1	1	5

	Reclamante	Demandado	Tercero	Total
Ucrania	3	1	0	4
República Checa (antes de adherirse a la UE)	1	2	0	3
Moldova, República de	1	1	1	3
Han sido reclamantes pero no demandados				
Taipei Chino	3	0	71	74
Noruega	4	0	46	50
Nueva Zelanda	7	0	34	41
Honduras	8	0	19	27
Costa Rica	5	0	15	20
Viet Nam	2	0	16	18
El Salvador	1	0	14	15
Hong Kong, China	1	0	13	14
Suiza	4	0	8	12
Singapur	1	0	8	9
Sri Lanka	1	0	3	4
Bangladesh	1	0	1	2
Antigua y Barbuda	1	0	0	1
Han sido demandados pero no reclamantes				
Egipto	0	4	7	11
Sudáfrica	0	3	2	5
Trinidad y Tabago	0	2	3	5
República Eslovaca (antes de adherirse a la UE)	0	3	0	3
Rumania (antes de adherirse a la UE)	0	2	0	2
Armenia	0	1	0	1
Croacia	0	1	0	1
Solo han participado como terceros				
Cuba	0	0	15	15
Paraguay	0	0	15	15
Arabia Saudita, Reino de la	0	0	15	15
Islandia	0	0	8	8
Jamaica	0	0	8	8
Mauricio	0	0	6	6
Barbados	0	0	4	4
Belice	0	0	4	4
Côte d'Ivoire	0	0	4	4
Israel	0	0	4	4
Madagascar	0	0	4	4
Malawi	0	0	4	4
Dominica	0	0	3	3
Fiji	0	0	3	3
Guyana	0	0	3	3
Kenya	0	0	3	3
Saint Kitts y Nevis	0	0	3	3
Santa Lucía	0	0	3	3
Suazilandia	0	0	3	3
Tanzanía	0	0	3	3
Senegal	0	0	2	2

	Reclamante	Demandado	Tercero	Total
Bahrein, Reino de	0	0	1	1
Benin	0	0	1	1
Bolivia, Estado Plurinacional de	0	0	1	1
Camerún	0	0	1	1
Chad	0	0	1	1
Ghana	0	0	1	1
Granada	0	0	1	1
Kuwait, Estado de	0	0	1	1
Namibia	0	0	1	1
Nigeria	0	0	1	1
Omán	0	0	1	1
San Vicente y las Granadinas	0	0	1	1
Suriname	0	0	1	1
Zimbabwe	0	0	1	1

Fuente: Cálculos realizados a partir de los datos que figuran en: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm.

Nota: Los siguientes Miembros de la OMC no están incluidos en ninguna de las listas anteriores ya que no han participado nunca en un procedimiento de solución de diferencias ni como reclamante, ni como demandado ni como tercero: Albania; Angola; Botswana; Brunei Darussalam; Burkina Faso; Burundi; Cabo Verde; Camboya; Congo; Djibouti; Emiratos Árabes Unidos; ex República Yugoslava de Macedonia; Gabón; Gambia; Georgia; Guinea; Guinea-Bissau; Haití; Islas Salomón; Jordania; Lesotho; Macao, China; Malí; Marruecos; Mauritania; Mongolia; Montenegro; Mozambique; Myanmar; Nepal; Níger; Papúa Nueva Guinea; Qatar; República Centroafricana; República Democrática del Congo; la República Kirguisa; Rwanda; Samoa; Sierra Leona; Togo; Tonga; Túnez; Uganda y Zambia. Obsérvese que en estas listas no se han incluido a título individual los Estados miembros de la UE, la mayoría de los cuales solo han intervenido en el mecanismo de solución de diferencias exclusivamente a través del organismo regional.

Apéndice 7.3. Utilización de la legislación antidumping por determinados Miembros y asuntos conexos de solución de diferencias en el GATT y en la OMC, 1989-2010

	Período del GATT (1989-1994)				Período de la OMC (1995-2010)					
	Casos iniciados	Órdenes impuestas	Casos que dieron lugar a órdenes (%)	Órdenes impugnadas en el GATT	Órdenes impugnadas (%)	Casos iniciados	Órdenes impuestas	Casos que dieron lugar a órdenes (%)	Órdenes impugnadas en la OMC	Órdenes impugnadas (%)
Países desarrollados	933	434	46,5	4	0,9	1,236	667	54,0	45	6,7
Australia	287	90	31,0	0	0,0	209	74	35,4	1	1,4
Canadá	111	75	67,6	0	0,0	155	97	62,6	1	1,0
Unión Europea	220	124	56,4	2	1,6	416	246	59,1	8	3,3
Estados Unidos	315	145	46,2	2	1,4	456	250	54,8	35	14,0
Países en desarrollo	323	157	48,6	1	0,6	1,514	1,056	69,7	22	2,1
Argentina	74	44	59,5	0	0,0	259	166	64,1	4	2,4
Brasil	62	22	35,5	0	0,0	212	126	59,4	2	1,6
China ^a	-	-	-	-	-	189	145	76,7	5	3,4
India	12	12	100,0	0	0,0	615	477	77,5	3	0,6
Corea, República de	25	10	40,0	1	10,0	119	70	58,8	1	1,4
México	145	65	44,8	0	0,0	103	63	61,2	6	9,5
Filipinas	5	4	80,0	0	0,0	17	9	53,0	1	11,1
Total	1,256	591	47,1	5	0,8	2,750	1,723	62,7	67	3,9
Tasa anual	209,3	98,5				171,9	107,7			

Fuentes: Chad P. Bown, "Global Antidumping Database", disponible en: <http://econ.worldbank.org/tbtd/gad/>; los cálculos sobre asuntos planteados en el GATT se han realizado a partir de los datos que figuran en: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/gt47ds_s.htm; los cálculos sobre asuntos planteados en la OMC se han realizado a partir de datos que figuran en: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_agreements_index_s.htm?id=A6#selected_agreement.

Nota: Tomando como base el año en que se presentó la reclamación formal. La utilización de 1989 como fecha de inicio se ha determinado en función de la disponibilidad de datos, que existen desde ese año en adelante para todos los países indicados (y antes para algunos). ^aChina no tuvo una legislación antidumping hasta 1997 y no era parte contratante del GATT durante el período a que se hace referencia.