



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS

“ANÁLISIS DEL CASO ESTADOS UNIDOS - JUEGOS DE AZAR

**Un ejemplo de la contribución de la O.M.C. a la judicialización de la Política
Internacional”**

**ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A LA TESIS
PARA OBTENER EL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO**

Autor

IGNACIO DAIBER PERALTA

Profesora Guía

DRA. ELINA MEREMINSKAYA

Santiago, Chile

2011

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCION.....	1
II. JUDICIALIZACION DE LA POLITICA INTERNACIONAL	5
1. Descripción del fenómeno	5
1.1 Judicialización de la Política internacional y Soberanía.....	6
2. Normas jurídicas generadas al margen de la Soberanía.....	8
3. Factores que influyeron en el desarrollo de la Judicialización	9
4. Procedimiento de Solución de Diferencias de la OMC	12
4.1 Etapas del Procedimiento de Solución de Diferencias de la OMC.....	13
4.1.1 Consultas.....	13
4.1.2 Grupo Especial	13
4.1.3 Apelación	15
4.1.4 Adopción de los informes.....	16
4.1.5 Cumplimiento.....	16
4.1.6 Eventuales etapas posteriores	16
5. La solución de controversias en el GATT y La Organización Mundial del Comercio (OMC).....	17
III. EFICACIA Y EFICIENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE DIFERENCIAS DE LA OMC COMO EJEMPLO DE LA JUDICIALIZACION.....	21

1. Contribución a la rapidez, eficiencia y certeza jurídica	21
2. Justicia o equidad global en igualdad de condiciones para los Estados sujetos de derecho internacional. Participación de los países en el SSD.....	21
2.1 Los dos grandes protagonistas del sistema	21
2.2 Los países en desarrollo	23
3. Principales problemas del SSD para los países en desarrollo y menos desarrollados.	24
4. Análisis de la utilidad y efectividad del procedimiento	25
5. Fortalecimiento del sistema: Medidas propuestas y discusión al respecto en la OMC .	26
5.1 Costos de litigación.....	26
5.2 Para reducir la demora en litigación.....	27
5.3 Crear los incentivos económicos.....	28
5.4 Participación de la Sociedad Civil	29
5.5 Institución del <i>amicus curiae</i>	29
IV. RESUMEN Y ETAPAS DE LA DIFERENCIA: “ESTADOS UNIDOS – MEDIDAS QUE AFECTAN AL SUMINISTRO TRANSFRONTERIZO DE SERVICIOS DE JUEGOS DE AZAR Y APUESTAS”	31
1. La solicitud de consultas.....	31
2. Principales constataciones del Grupo Especial.....	32
2.1 Compromisos específicos	32
2.2 Acceso a los mercados (artículo XVI del AGCS).....	33
2.3 Respecto de la moral pública (artículo XIV letra a) del AGCS).....	33
2.4 Incompatibilidad de las medidas	34

3. Resoluciones del Órgano de Apelación	34
3.1 Medidas en Litigio	34
3.2 La presunción <i>prima facie</i> de incompatibilidad del art XVI del AGCS con las leyes estatales	35
3.3 Interpretación de los compromisos específicos asumidos en la lista de EEUU anexa al AGCS	35
3.4 Medios complementarios de interpretación	37
3.5 Acceso a los mercados (artículo XVI del AGCS).....	38
3.6 Aplicación del art. XVI a las medidas en litigio	40
3.7 Excepciones generales.....	40
3.8 Justificación de las medidas al amparo del apartado a) del art. XIV.....	40
3.8.1 Para proteger la moral o mantener el orden público.....	40
3.8.2 La necesidad de las medidas.....	41
3.9 Justificación de las medidas al amparo del apartado c) del art. XIV	42
3.10 Respetto del preámbulo del art. XIV del AGCS	42
3.10.1 Conclusión sobre el preámbulo del art. XIV del AGCS.....	43
3.11 Conclusión general sobre el art. XIV	43
3.12 Constataciones y conclusiones	44
3.12.1 Con respecto a las medidas en litigio.....	44
3.12.2 Con respecto a la Lista de los EEUU anexa al AGCS.....	44
3.12.3 Con respecto al artículo XVI del AGCS.....	44
3.12.4 Con respecto al art. XIV del AGCS	45
3.13 Recomendación Final	47

4. Aplicación de los informes y Arbitraje para determinar el plazo prudencial en que los EEUU deben cumplir con las recomendaciones	47
5. Cumplimiento: incompatibilidad y existencia de las medidas adoptadas por EEUU. Consultas y grupo especial solicitado para el cumplimiento.....	48
V. CONCLUSIONES.....	50
Conclusión final	52
VI. BIBLIOGRAFÍA	54
ANEXO: Acuerdo General sobre Comercio de Servicios	57

RESUMEN

La investigación que se presenta a continuación consiste en el análisis de un caso particular y ejemplar de solución de una controversia dentro del Procedimiento de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. El análisis es casuístico y se centra en una sola controversia para enfatizar el carácter paradigmático de ésta, puesto que se enfrenta una pequeña economía de un estado del Caribe como es Antigua y Barbuda en contra de la primera economía del mundo, los Estados Unidos de América.

La finalidad es determinar el nivel de judicialización después de la primera década de funcionamiento del Sistema de Solución de controversias de la OMC, la previsibilidad en los resultados y su cumplimiento, analizando los cambios introducidos al antiguo sistema del GATT y observando el reemplazo de la negociación política por un sistema judicializado en la solución de controversias comerciales multilaterales.

La investigación concluye que el sistema de Solución de Diferencias de la OMC es altamente judicializado y que la política tiene muy poca incidencia en la solución de una controversia, pero que al igual que el cumplimiento de cualquier decisión judicial, el cumplimiento dependerá de una decisión política, lo que no resta a la efectividad al sistema.

I. INTRODUCCION

Dentro del concepto moderno de Estado soberano, pareciera esencial la potestad de crear derecho y de hacerlo cumplir dentro del ámbito jurisdiccional de su territorio por un tercero imparcial, cuya decisión puede hacerse cumplir mediante el uso de la fuerza.

La diferencia fundamental entre el derecho que se genera como consecuencia de la voluntad soberana y las reglas que rigen las relaciones entre estados soberanos (Derecho Internacional), es la existencia de un ente que tenga el monopolio del uso de la fuerza para hacer cumplir a un Estado como sujeto de derecho, una decisión dictada por un tercero.

Si bien en su origen, el derecho internacional puede considerarse manifestación de la voluntad de un Estado al ser incorporado en su ordenamiento jurídico por los medios que él establece, éste carece de una realidad superior que pueda someter por la fuerza a los sujetos llamados a cumplir sus normas.

Otra gran diferencia es la forma en que se generan esas normas jurídicas que no son elaboradas por la intervención de las fuerzas políticas dentro de un Estado, sino que mediante el acuerdo entre dos o más Estados soberanos que se someterán a ellas voluntariamente y en base a concesiones recíprocas que tendrán como objetivo la satisfacción de necesidades mutuas, como resultado de una negociación de intereses. En este sentido, entendemos que el derecho internacional se cumple por conveniencia y por el principio de la Buena Fe en las relaciones internacionales.

Los cambios experimentados el último siglo como consecuencia de la revolución industrial, las comunicaciones, avance de la ciencia y la tecnología, el volumen y la velocidad de las transacciones mercantiles; así como la importancia que el comercio tiene para el desarrollo y crecimiento de las economías y del ser humano

en general, han hecho necesario que los estados soberanos se organicen para regularlo de manera efectiva y protejan sus intereses y relaciones en dicho ámbito.

Por otra parte, durante el siglo XX hemos venido asistiendo a la formación de una sociedad mundial donde más allá de las jurisdicciones y de las relaciones económicas internacionales, las relaciones privadas se han venido desarrollando de modo independiente, teniendo cada vez menos en cuenta las fronteras jurisdiccionales. Y Como uno de los ámbitos de comunicación de los individuos es el comercio y debido a la importancia que este tiene en el desarrollo de las sociedades y las economías como motor de desarrollo de todo tipo en un Estado, la Globalización de las transacciones mercantiles a través de las fronteras ha tenido un desarrollo transversal a las jurisdicciones.

En un escenario como el que acabamos de plantear, es que en 1994 como consecuencia de la Ronda de Uruguay se creó la OMC¹, al mismo tiempo que se

¹ La **Organización Mundial del Comercio** conocida como OMC fue establecida en 1995, y administra los acuerdos comerciales negociados por sus miembros (denominados Acuerdos Abarcados), en concreto el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT en inglés), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios AGCS (GATS en inglés), el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio ADPIC (TRIPs en inglés), El Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, entre otros. Además de esta función principal, la OMC es un foro de negociaciones comerciales multilaterales; administra los procedimientos de solución de diferencias comerciales (disputas entre países); supervisa las políticas comerciales y coopera con el Banco mundial y el Fondo Monetario Internacional con el objetivo de lograr una mayor coherencia entre la política económica y comercial a escala mundial.

Teóricamente el *libre comercio* no figura entre sus objetivos, aunque en la práctica, la OMC es un foro donde los Estados Miembros buscan acuerdos para la reducción de ciertos aranceles (liberalización),

reformuló el Sistema de Solución de Diferencias (en adelante SSD) establecido en el GATT, creándose el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de carácter especializado e independiente, dotado de una estructura institucional permanente que vela por el cumplimiento de los acuerdos administrados² por la OMC.

La OMC es la Organización Internacional global más judicializada o legalizada que existe a consecuencia de su SSD, puesto que son los mismos estados miembros quienes hacen cumplir el acuerdo a través de la sentencia dictada por un tercero³.

Para explicar el fenómeno de la judicialización, haremos una breve descripción del fenómeno y su evolución histórica, para luego centrarnos en la aparición de la OMC y explicar cómo su SSD la ha convertido en la instancia más representativa de la institucionalización de la Judicialización de las relaciones internacionales en la última década, así como el cambio de la política por el derecho como método de solución de controversias en materia comercial internacional.

y donde se resuelve cualquier disputa comercial que pudiera surgir entre sus miembros con respecto a los acuerdos alcanzados.

² Por ejemplo, los acuerdos más importantes son :

Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT en inglés)

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios AGCS (GATS en inglés)

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC (TRIPS en inglés)

Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

³ DE BIÈVRE, Dirk. “International Institutions and Domestic Coalitions: The Differential Effects of Negotiations and Judicialization in European Trade Policy”.

Luego analizaremos un caso ejemplar denominado: “Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas”, el que nos ilustrará el procedimiento de solución de diferencias de la OMC e intentaremos con él determinar la efectividad del sistema e identificar sus falencias después de más de una década de funcionamiento.

El objetivo de la investigación es intentar responder la pregunta sobre, si la judicialización es o no un fenómeno que ha influido positivamente en el cumplimiento de los acuerdos multilaterales de comercio amparados por la OMC y si el SSD ha sido realmente efectivo en la defensa de intereses de los miembros en igualdad de condiciones. Esto es, el nivel de cumplimiento y adopción de los informes emitidos por los GEs⁴ y el OA⁵, y el incumplimiento y la efectividad de las medidas autorizadas en caso de incumplimiento.

⁴ Grupos Especiales.

⁵ Órgano de Apelación del OSD de la OMC.

II. JUDICIALIZACION DE LA POLITICA INTERNACIONAL

1. Descripción del fenómeno

No existe una definición de judicialización propiamente tal, puesto que no corresponde a una institución sino que a un fenómeno social global que se da como consecuencia del aumento en la velocidad y cantidad de las relaciones entre los estados sujetos de derecho internacional y entre ellos y los nacionales de los diversos estados.

La Judicialización de la política internacional la podríamos definir como una tendencia actual en el derecho internacional, donde se observa un desplazamiento de la negociación y la vía diplomática como medio de solución de controversias internacionales, la que pasa a ser reemplazada por decisiones adoptadas por un tercero imparcial, el que lo hace ejerciendo la jurisdicción otorgada por las partes mediante un tratado internacional y su adhesión a él o mediante un contrato privado, siempre de acuerdo a un procedimiento especial establecido con anterioridad. Estos terceros pueden ser una corte, tribunal, un panel de expertos u otro órgano especializado en la materia, los que pueden ser permanentes o constituidos *ad hoc* para un caso particular, como son los tribunales arbitrales.

Ejemplos de foros permanentes son: La Corte Internacional de Justicia, Corte Penal Internacional, Corte Europea de Justicia, Tribunal Internacional del Mar, Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIADI (Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, dependiente del Banco Mundial), Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, etc.

El aspecto más relevante de la progresiva judicialización de las relaciones internacionales es que mientras la litigación internacional tradicionalmente había

tomado una posición consensual, en las pasadas dos décadas la obligatoriedad ha sido el paradigma que ha prevalecido. El cambio es visible tanto en los tratados como en la jurisprudencia internacional⁶.

1.1 Judicialización de la Política internacional y Soberanía

Como señalamos en el capítulo anterior, se ha considerado como atributo esencial de la soberanía estatal en el estado moderno, la potestad de dictar las leyes que rigen dentro de las fronteras o territorio de cada estado nación. Sin embargo, las condiciones de globalización del siglo XX han llevado a la formación de una “sociedad mundial” que opera sobre la base de distintos ámbitos sociales (política, derecho, economía, entre otros), cada uno de los cuales atiende a una función social específica. En este contexto es donde los estados nacionales subsisten como una forma segmentaria de la política mundial⁷.

En el mundo de hoy descubierto por completo y cubierto por diversas redes que permiten la comunicación, admite tan sólo una sociedad: la sociedad mundial⁸.

⁶ CESARE, P.R. Romano. “From the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent”. New York University School of Law. Marzo 2006.

⁷ MEREMINSKAYA, ELINA y MASCAREÑO, ALDO. “La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno”. En Martinic, M.D, Mauricio Tapia (Eds.), Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación, LexisNexis, 2005.

⁸ MEREMINSKAYA, ELINA y MASCAREÑO, ALDO, *Ob cit.*

En el contexto de la diferenciación funcional moderna, cada esfera se especializa en la resolución de un problema social determinado⁹ sin atender para ello a limitaciones fronterizas. Así, los movimientos de los mercados no se detienen ante tales fronteras, sino que operan de modo horizontal como formas especializadas de comunicación de la sociedad mundial. Se logra captar como un proceso de expansión de comunicaciones diferenciadas (política, derecho, economía, religión), con lo que se puede afirmar que la sociedad mundial es una sociedad distinta, una sociedad globalizada. En este sentido la globalización pasa a ser desnacionalización de la comunicación, entre otros campos, en el propio derecho¹⁰.

La idea de estado-nación, no se opone al concepto de sociedad mundial; más bien ofrece una prueba de su existencia y es a la vez la contribución más notoria a la constitución de una política mundial, al estandarizar formas institucionales propias de un ordenamiento político a lo largo del planeta¹¹. El estado-nación puede seguir manteniendo la tuición sobre su territorio y el uso de la violencia legítima; es decir, la soberanía de lo político sigue siendo política, no económica ni jurídica. El desarrollo de los sistemas económico y jurídico trasciende las fronteras nacionales y los sistemas funcionalmente diferenciados de la sociedad mundial tienden a operar con prescindencia del territorio nacional; y dadas las altas interdependencias entre las dimensiones política, económica y jurídica, la tarea del Estado es la de propiciar desde

⁹ LUHMANN, Niklas, "Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia", Madrid, Editorial Trotta, 1998, p.72. (Citado por MEREMINSKAYA y MASCAREÑO).

¹⁰ MEREMINSKAYA, ELINA y MASCAREÑO, ALDO, *Ob cit*, Pag. 1395.

¹¹ ALBERT, Mathias, "Territoriality and modernization", *Institute for Global Society Studies*, Bielefeld, 2001, p. 9. (Citado por MEREMINSKAYA y MASCAREÑO).

su espacio territorial, condiciones para la coordinación del funcionamiento sistémico. Esto es precisamente lo que se le pide a la política en el marco de la Juridización de las relaciones internacionales¹². En este sentido debemos entender cómo se integran tanto la política como el derecho; o más bien, los sistemas político y jurídico donde concurren tanto la decisión sobre el cumplimiento de una sentencia internacional y su misma ejecución la puede seguir tomando soberanamente el Estado. Al separar el derecho de la función coercitiva de la política, pierde sentido la discusión sobre la supuesta pérdida de soberanía estatal al reconocer el poder vinculante de las decisiones de los foros internacionales.

2. Normas jurídicas generadas al margen de la Soberanía

Como consecuencia de los fenómenos descritos anteriormente, se advierte un traslado de la producción normativa desde el Estado en uso de su soberanía a otras esferas de producción, como son los juristas actuando con criterios técnicos aplicados a las prácticas privadas de los actores del comercio internacional: los Estados soberanos y los particulares.

El ordenamiento jurídico también siente los efectos de la globalización y se ve en la necesidad de uniformar y simplificar procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar las condiciones de competitividad y seguridad

¹² MEREMINSKAYA, ELINA y MASCAREÑO, ALDO, *ob. cit.*

jurídica, además de universalizar el reconocimiento de los derechos fundamentales de la ciudadanía¹³.

La idea supone entender que de alguna manera, el estado soberano ya no tiene el monopolio de la producción normativa, sino que ésta se radica también en sistemas transversales de interacción social y regímenes a-nacionales de derecho como pueden ser la *lex mercatoria*¹⁴ -frecuentemente usada como ley de fondo en la contratación internacional y en el arbitraje como método de solución de controversias originadas en dichas relaciones- conformada por los usos y costumbres mercantiles que se han consolidado como derecho en la medida que la autonomía de la voluntad de las partes en relaciones de derecho privado internacionales le han otorgado validez dentro de los contratos privados y han permitido que se consolide como derecho; o los principios de *UNIDROIT*¹⁵, pseudo codificación de los usos comerciales en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

¹³ GLOBALIZACIÓN, [en línea], <http://es.wikipedia.org/wiki/Globalizaci%C3%B3n>. Consultado el 10/6/2010.

¹⁴ Sistema jurídico utilizado por los comerciantes en la Europa Medieval. Por medio de este conjunto de normas y principios establecidos por los propios comerciantes, estos regulaban sus relaciones. En lugar de ser el resultado del edicto de una autoridad máxima, fue desarrollado sobre la base del uso común. Estos usos y costumbres eran comunes a los comerciantes y mercaderes de Europa, con unas pocas diferencias locales.

¹⁵ *Institut International pour l'unification du Droit Prive*. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una Organización intergubernamental independiente con asiento en la Villa Aldobrandini en Roma. Su propósito es estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado y en particular el derecho comercial tanto entre los estados como grupos de estados. www.unidroit.org. consultado 22/5/2009.

3. Factores que influyeron en el desarrollo de la Judicialización

Como consecuencia de los avances en medios de transporte, de comunicación, la reducción de las distancias, etc.; tuvo lugar durante el último siglo la evolución del comercio transfronterizo tanto de bienes como de servicios, el posicionamiento de éstos como medios para alcanzar el desarrollo y cobertura de las necesidades del ser humano y de los pueblos, lo que hoy llamamos “globalización económica”. Ésta surgió entonces -entre otras causas-, como consecuencia del aumento en la velocidad y en la cantidad de las transacciones mercantiles transfronterizas y de la inversión extranjera.

Antiguamente, se había hecho necesario (por ejemplo en la Edad Media) regular el comercio más allá de las fronteras, pero como un fenómeno excepcional que no incumbía mayormente a la política. En la actualidad, el hecho de haberse masificado hizo que dejara de tratarse de casos aislados e intereses privados, formando parte de las preocupaciones de los estados soberanos, ya que de ella depende en gran medida la satisfacción de las necesidades y el desarrollo de las sociedades.

Un papel importantísimo ha jugado en la última década la aparición de *Internet*, que ha facilitado la creación de diversas variantes de productos comercializables internacionalmente -desde la banca electrónica hasta la televidencia y la enseñanza a distancia-, que eran desconocidos hace sólo dos decenios, y ha eliminado los obstáculos al comercio relacionados con la distancia que perjudicaban a los

proveedores y usuarios de lugares remotos. Un grupo creciente de gobiernos ha abierto gradualmente a la competencia campos que anteriormente eran objeto de monopolio; las telecomunicaciones son un buen ejemplo de ello¹⁶.

Debido al volumen y complejidad de estas relaciones y sobretodo la seguridad jurídica que demandan los actores del comercio internacional, se hace necesaria una certeza jurídica que sólo puede ser encontrada en quien tiene el monopolio de la fuerza coercitiva: los Estados soberanos. A estos les interesa primordialmente el comercio internacional como vehículo del desarrollo¹⁷, por lo que se va gestando dentro del marco del derecho internacional, la regulación del comercio transfronterizo. Recurriendo a la forma tradicional de comunicación y organización entre los sujetos que tienen el monopolio de la fuerza coercitiva (los estados soberanos), se ha encontrado en el derecho internacional la vía inicial para organizarse.

Es en este contexto que como respuesta a las deficiencias del antiguo GATT¹⁸ surge la Organización Mundial del Comercio, que tiene como origen un tratado

¹⁶ “El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Introducción”. (AGCS) 29 de marzo 2006. www.wto.org. Consultada 18/05/2009.

¹⁷ N. del A. Tengamos en cuenta que en la realidad mundial actual y durante el curso del presente siglo, es y será la liberalización del comercio uno de los instrumentos -sino el más eficiente- de promoción y generación de crecimiento y desarrollo, en oposición a las críticas que lo consideran un fin en sí mismo. Los grandes desafíos serán su armonización, la equidad en su desarrollo y la minimización de las consecuentes externalidades.

¹⁸ El **GATT**, acrónimo de *General Agreement on Tariffs and Trade* (Acuerdo general sobre comercio y aranceles) es un tratado multilateral, creado en la Conferencia de La Habana en 1947 y firmado en 1948, por la necesidad de establecer un conjunto de normas comerciales y concesiones arancelarias, y está considerado como el precursor de la Organización Mundial de Comercio. El GATT era parte del plan de

internacional multilateral basado en la reciprocidad y que posee una estructura institucional con órganos permanentes a la que se encuentra adherida la gran mayoría de los sujetos que conforman la comunidad internacional. La Organización persigue objetivos comunes de desarrollo en igualdad de condiciones para las economías miembros y con un objetivo de no discriminación. Para lograr sus objetivos, está provista de un sistema de solución de diferencias.

Como consecuencia de lo descrito anteriormente, la judicialización ha afectado desproporcionadamente ciertas áreas del derecho y relaciones internacionales; los acuerdos económicos y comerciales han probado ser tierra fértil para tribunales judiciales internacionales¹⁹.

La profesora Andrea Schneider señala que la creación de la OMC es el mejor ejemplo del cambio de un fallido sistema diplomático (GATT) a un efectivo sistema que usa paneles arbitrales y un órgano de apelación permanente de resolución de disputas. “Debemos convenir que el cambio desde la diplomacia comercial de los años ochenta que no funcionó para la mayoría de los países a la OMC, ha sido dramático. En primer lugar, porque países de todo el mundo y economías de todo tipo han llevado sus casos a la OMC demostrando su voluntad de llevar las controversias a una decisión de

regulación de la economía mundial tras la Segunda Guerra Mundial, que incluía la reducción de aranceles y otras barreras al comercio internacional.

El funcionamiento del GATT se basa en las reuniones periódicas de los estados miembros, en las que se realizan negociaciones tendentes a la reducción de aranceles, según el principio de reciprocidad. Las negociaciones se hacen miembro a miembro y producto a producto, mediante la presentación de peticiones acompañadas de las correspondientes ofertas.

¹⁹ CESARE, P.R. Romano. *Ob. cit.*

acuerdo al derecho antes que a través de la negociación con sus compañeros de comercio; y en segundo lugar, sus decisiones han sido respetadas. En contraposición a lo publicado por la escuela realista y John Austin²⁰, incluso poderosos países están acatando decisiones no favorables”²¹.

Al mismo tiempo que se suscribió la OMC, el NAFTA²² también optó por una tercera parte neutral para resolver las disputas económicas previstas por el tratado. Las disputas entre países son resueltas por un panel y las disputas entre países e individuos privados son enviadas al arbitraje. Incluso en pequeñas controversias, la diplomacia ha sido reemplazada por la decisión de un tercero.

También una temprana tendencia a la judicialización de controversias económicas se dio en la Unión Europea con la creación de la Corte Europea de Justicia. Este suceso se debe a la capacidad de ésta última de interpretar y hacer cumplir el derecho de la Unión Europea.

4. Procedimiento de Solución de Diferencias de la OMC

²⁰ Filósofo del derecho y jurista británico (1790-1859). Define el derecho fundamentalmente en términos del poder para controlar a otros y fue quién designó el derecho internacional como “moral pública internacional”.

²¹ SCHNEIDER, ANDREA. "Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized". Marquette Law School Legal Studies Paper No. 06-30. Julio 2006.

²² “*North American Free Trade Agreement*”. Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Es el sistema único e integrado de solución de controversias aplicable a todas las materias reguladas por el Acuerdo de Marrakesh²³. Los miembros de la OMC están obligados a resolver sus diferencias a través de los procedimientos para ello establecidos; sólo pueden participar en él las economías miembros, mientras que los particulares deben reclamar ante sus gobiernos para que éstos representen sus intereses.

Lo podríamos describir como un procedimiento jurisdiccional reglamentado de doble instancia que garantiza mayor previsibilidad en los resultados, por lo que en teoría beneficia a los PED²⁴ y PMD²⁵; debido a que el elemento político se encuentra limitado.

El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) forma parte de la estructura institucional de la OMC y está compuesto por todos los estados miembros, además de tener carácter permanente, cumple funciones jurisdiccionales y posee competencia especializada en las materias propias de los acuerdos administrados por la OMC. Lo que no excluye las soluciones obtenidas por medios políticos, como la mediación, conciliación, consultas y buenos oficios.

²³ Conferencia Ministerial de Marrakesh (abril 1994): Acuerdo por el cual se establece la OMC una vez concluidas las negociaciones de la Ronda de Uruguay.

²⁴ Países en desarrollo.

²⁵ Países menos desarrollados.

La Secretaría General de la OMC cuenta con una oficina de asesoría jurídica que presta asistencia y asesora a los PED en la solución de una diferencia.

4.1 Etapas del Procedimiento de Solución de Diferencias de la OMC²⁶

4.1.1 Consultas

El modo de iniciar el procedimiento es solicitando la celebración de consultas por parte del miembro afectado, mediante la presentación de un escrito que contenga las medidas controvertidas y los fundamentos jurídicos, el que va dirigido al OSD quién lo distribuye a todos los miembros, los cuales podrán solicitar su adhesión a éstas en calidad de terceros o no hacerlo. El miembro al cual se efectúa una determinada consulta tiene un plazo de 10 días para responderla y 30 días para entablar negociaciones. El plazo para resolver las consultas es de 60 días contados desde la recepción de la respectiva notificación.

El objeto de las consultas es acercar a las partes a una solución previa, no contenciosa. Lo ideal es que esta etapa sea lo más breve y expedita posible.

4.1.2 Grupo Especial

²⁶ Según lo establecido en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD).

Cumplidos los plazos ya indicados en la etapa de consultas sin haber sido ésta respondida o en el caso que la negociación no hubiere logrado resolver la diferencia, el miembro afectado puede solicitar al OSD el establecimiento de un Grupo Especial (en adelante GE). La solicitud debe contener las medidas concretas que originaron la diferencia, además de los fundamentos de derecho invocados por el reclamante.

Los miembros del GE los designa el OSD, puesto que es el único que tiene autoridad para hacerlo. No puede ser bloqueada la conformación de paneles, para ello se requiere el consenso negativo; ésta es la gran diferencia con antiguo sistema del GATT. Es decir, es necesario que todos y cada uno de los miembros de la OMC no estén de acuerdo con la conformación del GE, incluso el miembro afectado.

Los integrantes del GE son elegidos *ad hoc* y por lo general son tres. La regla es que sean elegidos por las partes en la controversia y a falta de acuerdo lo hace el Director General de la OMC²⁷. Deben ser elegidos de manera que queden aseguradas la independencia de los miembros y la participación de personas con formación suficientemente variada y experiencia en campos muy diversos²⁸. No pueden ser

²⁷ Párrafo 1, art. 8 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD): Los grupos especiales estarán formados por personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, a saber, personas que anteriormente hayan integrado un grupo especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un miembro o de una parte contratante del GATT de 1947 o como representantes en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado o del respectivo acuerdo precedente o hayan formado parte de la Secretaría del GATT, hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial en un miembro.

²⁸ Párrafo 2, art. 8 del ESD.

nacionales de los estados litigantes²⁹, son especialistas en comercio internacional, actúan a título personal con independencia de los gobiernos de los cuales son nacionales y la mayoría de las veces son funcionarios gubernamentales. Mantienen estrecha comunicación con los estados miembros que son partes en el proceso y con la División de Asuntos Jurídicos de la OMC.

El GE emite una recomendación o resolución una vez que las partes exponen por escrito los hechos y el derecho, así como las réplicas correspondientes.

Una vez que el GE ha elaborado su informe teniendo en cuenta las presentaciones de las partes, le da traslado a las partes para que dentro del plazo de una semana puedan solicitar una revisión o hacer algún comentario aclaratorio de una determinada sección. De ser así, el GE tendrá dos semanas para incluirlo y distribuirlo a todos los miembros.

Si el informe no es observado dentro de plazo y tampoco es apelado dentro de los 20 días desde su distribución, el OSD deberá adoptarlo dentro de los 60 días siguientes también contados desde la fecha de su distribución.

4.1.3 Apelación

²⁹ Párrafo 3, art. 8 del ESD. Cuando una unión aduanera o un mercado común sea parte en la diferencia, la disposición se aplicará a los nacionales de todos los estados que formen parte de la unión aduanera o mercado común.

Sólo las partes en la controversia pueden apelar el informe del GE, no así los terceros; siendo apelables sólo las cuestiones de derecho y las interpretaciones jurídicas. Se presenta directamente ante el Órgano Apelación (OA), quién podrá confirmar, revocar o modificar las constataciones del GE.

El OA funciona de manera permanente y está compuesto por 7 miembros, son personas de reconocido prestigio y competencia en derecho comercial internacional y representan la diversidad de miembros de la OMC. Actúan 3 en cada caso y son elegidos por períodos de 4 años cada uno y no pueden serlo por más de 2 mandatos. Sus honorarios son sufragados con el presupuesto de la OMC y las actuaciones del OA son confidenciales, al igual que la redacción de los informes antes de su distribución. Asimismo, las opiniones expresadas en los informes serán anónimas.

La uniformidad en los criterios del OA al resolver ha ido conformando una verdadera jurisprudencia y al igual que los GEs, interpretan el derecho internacional público de acuerdo a las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 30, 31 y 32).

El plazo para resolver la apelación no puede exceder de 90 días. Luego, el OSD debe adoptar el informe por consenso negativo, es decir, no se aprueba si hay consenso por parte de todos los miembros para no aprobarlo, todo esto dentro del plazo de 30 días de su distribución a ellos.

4.1.4 Adopción de los informes

Una vez que el informe es adoptado por el OSD pasa a ser vinculante para las partes, quienes dentro de los 30 días siguientes a su distribución podrán rechazarlo por consenso negativo de todos los miembros. La implementación y cumplimiento de los informes es supervisada por el OSD quién podrá autorizar las medidas de retorsión y la suspensión de concesiones a la parte afectada.

4.1.5 Cumplimiento

Dentro de los 30 días siguientes a la adopción del informe, el miembro cuyas medidas fueron declaradas incompatibles debe informar al OSD la manera en que aplicará las resoluciones. Si el informé determinó que no existen medidas incompatibles, pero que el reclamante sufrió un menoscabo de los beneficios que debieran derivar de su participación en la OMC, el OSD recomendará un ajuste satisfactorio de concesiones. Para esto tendrá un plazo prudencial que puede ser el propuesto por el miembro afectado, el que las partes fijen de común acuerdo dentro de 45 días desde la adopción por el OSD, o a falta de acuerdo se determinará mediante un arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la adopción del informe.

4.1.6 Eventuales etapas posteriores

Si las resoluciones y recomendaciones no fueren cumplidas, el miembro afectado debe ofrecer una compensación dentro de un plazo prudencial, la que será fijada por las partes de común acuerdo para reparar el daño que se esté produciendo en ese momento y no será retroactiva. Si ninguna de estas dos cosas ocurre (cumplimiento o compensación), el miembro reclamante podrá solicitar autorización al OSD para aplicar medidas de retorsión destinadas a restablecer el equilibrio entre las partes; es decir, suspensión de obligaciones y retiro de concesiones. Estas medidas deberán ser proporcionales y equivalentes al nivel del perjuicio y el menoscabo sufrido. Tienen el carácter de temporales, ya que son por naturaleza coercitivas y debieran

cesar una vez que cesa el ilícito y que se cumpla con la reparación. Se podrán autorizar dentro de estas medidas la retorsión cruzada³⁰ y si aun así éstas siguen resultando ineficaces, se podrá solicitar la suspensión de concesiones contenidas en otro acuerdo dentro del marco de la OMC.

5. La solución de controversias en el GATT³¹ y La Organización Mundial del Comercio (OMC)

En el antiguo sistema del GATT -menos invasivo en cuestiones domésticas-, la mayoría de los PED apenas participaban, ya que los países desarrollados dirigían las rondas de negociaciones en base al poder y al intercambio de concesiones. El cambio más significativo fue sin duda la transformación del GATT al régimen de la OMC en 1994, como resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay³² y el acuerdo de Marrakesh³³, el que trajo cambios significativos en el sistema multilateral de comercio.

³⁰ Suspensión de obligaciones y concesiones en un sector distinto del cuestionado.

³¹ “*General Agreement on Tariffs and Trade*”. Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles.

³² El término Ronda hace referencia a reuniones entre países con el fin de negociar la política de aranceles y la liberalización de mercados a nivel mundial. La **Ronda Uruguay** es la octava en este sentido, fue abierta en Punta del Este, Uruguay en 1986 y concluye en Marrakech el 15 de diciembre de 1993. 117 países firmaron un acuerdo sobre la liberalización comercial, además uno de los puntos habla de la transformación del GATT en la OMC. Dos puntos importantes de la negociación fueron la apertura del mercado monetario y la mayor protección de la propiedad intelectual.

³³ Conferencia Ministerial de Marrakesh (abril 1994): Acuerdo por el cual se establece la OMC una vez concluidas las negociaciones de la Ronda de Uruguay.

Sin duda, la institucionalización de un sistema de solución de controversias acompañó el cambio hacia una mayor judicialización, a través de la creación de un Órgano de Solución de Diferencias (OSD), un Órgano Permanente de Apelación y cambios en la lógica del proceso de toma de decisiones (inversión del consenso de positivo a negativo). Esto cambió la naturaleza de las negociaciones comerciales, incluyendo medidas y herramientas de política interna que antes habían estado fuera del ámbito internacional, tales como propiedad intelectual, servicios e inversión.

Estos cambios se debieron principalmente a que el GATT no era una organización internacional sino un acuerdo internacional sobre aranceles y comercio, por lo tanto, no tenía “miembros” sino “partes contratantes”³⁴. En consecuencia, las decisiones del GATT como organización se debían tomar por consenso, lo que repercutía obviamente en la solución de diferencias, donde el propio país afectado debía prestar su voluntad para auto-recomendarse.

La reglamentación principal de la solución de controversias del GATT no fue modificada, pero las demás modificaciones en materia de procedimiento alteraron sustancialmente no sólo su funcionamiento, sino que además generaron una gran expectativa en los PED respecto de la efectividad del sistema frente a los países desarrollados.

³⁴ DELICH, Valentina. “Latinoamérica y el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio”. FLACSO Argentina y LATN.

Desde el “derecho de consulta”, el Sistema de Solución de Diferencias (SSD) del GATT evolucionó hacia un sistema de paneles de especialistas que se ocuparon de los conflictos no resueltos mediante consultas, pero la formación del panel y la adopción de sus recomendaciones debían ser consensuadas por todos los países del GATT. Finalmente, el resultado del procedimiento de solución de diferencia se traducía en:

- Que el país demandado implementara la recomendación, ajustándose al GATT;
- o
- Que el demandado se negara y el demandante solicitara la suspensión de concesiones otorgadas al demandado.

Es aquí donde surge el mayor problema que aún persiste en el SSD, cuando sólo tienen poder real de retorsión aquellos países (hoy denominados economías miembros) cuyas medidas de política comercial son capaces de impactar negativamente en el otro país. Lo que no es el caso de los PED, aún menos para los PMD.

Unido a lo anterior, lo que volvió al sistema aún menos efectivo fue el hecho que la formación de los paneles y la adopción de los informes debían ser aprobados por el consenso de todas las partes contratantes, incluido el país infractor (norma del consenso positivo).

5.1 Como explicamos anteriormente, el actual procedimiento está elaborado sobre la base del existente durante el GATT y sus cambios más significativos después de la creación de la OMC se podrían resumir en los siguientes:

5.1.1 El nivel de juridicidad en la aplicación del Derecho Internacional y judicialización del procedimiento.

5.1.2 La integración de todas las controversias que pudieren surgir en el marco de los acuerdos multilaterales de comercio o “acuerdos abarcados”³⁵.

5.1.3 El establecimiento de un Órgano Permanente de Apelación.

5.1.4 La introducción del principio del Consenso negativo en la solución de una diferencia, Implementación de los informes, resoluciones o recomendaciones elaborados por los Grupos Especiales (GEs) o emitidos por el Órgano de Apelación, junto con los mecanismos destinados a subsanar los incumplimientos y la reparación del daño causado.

5.1.5 Uno de los mayores problemas que presenta el nuevo sistema de entre los que se hicieron presentes en la Ronda de Doha³⁶, son los costos de implementación.

III. EFICACIA Y EFICIENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE DIFERENCIAS DE LA OMC COMO EJEMPLO DE LA JUDICIALIZACION

³⁵ Se denominan ‘acuerdos abarcados’, aquellos enumerados en el Apéndice 1 del ESD.

³⁶ La **Ronda de Doha**, de la OMC, es una gran negociación emprendida para liberalizar el comercio mundial. Su objetivo apunta a completar un tema que había quedado pendiente de un gran ciclo anterior (llamado Ronda de Uruguay): el comercio agrícola.

En esta etapa, los países en desarrollo tratan de obtener un acceso libre de obstáculos para sus producciones agrícolas en los mercados de los países centrales. Esto significa que las grandes potencias deberán eliminar o reducir en forma significativa, la protección que dan a su agricultura por la vía de subsidios directos a los agricultores o de subsidios a las exportaciones.

1. Contribución a la rapidez, eficiencia y certeza jurídica

Según el profesor Sebastián Sáez³⁷, el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC es una pieza clave del sistema multilateral de comercio y ha sido un avance sustantivo respecto del antiguo sistema GATT, en cuanto a su capacidad de hacer cumplir las obligaciones del acuerdo internacional.

En nuestra opinión, este avance se traduce en la existencia de una decisión imparcial basada en criterios técnicos y emitida por un grupo de expertos, pero no garantiza el cumplimiento de la decisión ni de las obligaciones asumidas en un acuerdo internacional.

2. Justicia o equidad global en igualdad de condiciones para los Estados sujetos de derecho internacional. Participación de los países en el SSD

2.1 Los dos grandes protagonistas del sistema

Las Economías miembros que han sido más activas en el SSD son los Estados Unidos y la Unión Europea, en un principio como terceros durante los primeros años y en controversias que han involucrado temas complejos. Sin embargo, las propuestas

³⁷ SEBASTIÁN SÁEZ. “Las Controversias en el marco de la OMC: de donde vienen, en donde están, a donde van”. Santiago de Chile, febrero 2006.

de cambio de las normativas proteccionistas en el ámbito de la OMC han sido más exitosas que las propuestas en el GATT. Una particularidad es que la mayoría de los casos fueron resueltos en la fase de consultas o durante deliberaciones del GE, etapas en las que se puede lograr una mayor liberalización y a menores costos de litigación. Distinto es respecto de los PED, para los cuales es difícil llegar a una solución en esta etapa.

Por otra parte, “es cierto que en la mayoría de las diferencias planteadas en la OMC hasta la fecha el reclamante era un país desarrollado Miembro, y lo propio cabe decir de los demandados. Teniendo en cuenta que la mayoría de los miembros de la OMC son países en desarrollo, podría llegarse a la conclusión de que los países desarrollados recurren de modo desproporcionado al sistema de solución de diferencias. Sin embargo, esta conclusión no tendría en cuenta el hecho de que esos Miembros, que son reclamantes y demandados en la mayoría de las diferencias que se ventilan en la OMC, efectúan la mayor parte del comercio mundial. En general estos Miembros tienen relaciones comerciales muy amplias (en todos los sectores de bienes y servicios) y profundas (en lo relativo al volumen del comercio, en términos de cantidad o de valor). Estas relaciones comerciales aumentan considerablemente las probabilidades de que se produzcan fricciones de resultados de obstáculos comerciales que el Miembro exportador quizás desee impugnar en un procedimiento de solución de diferencias”³⁸.

³⁸ “Los países en desarrollo en el sistema de solución de diferencias de la OMC”, [en línea] www.wto.org

En este sentido, la profesora Juliana Salles³⁹ señala que ha habido una suerte de “fuego cruzado” entre estos los dos actores principales (EEUU y UE), incluso llevando al ámbito multilateral asuntos que se vienen discutiendo desde hace años en el ámbito bilateral⁴⁰. Lo que prueba que un procedimiento judicializado multilateral puede incluso lograr objetivos que regularmente debieran ser resueltos de modo bilateral.

2.2 Los países en desarrollo

Han incrementado su participación en forma considerable con respecto al sistema de solución de diferencias del GATT logrando mayor cantidad de fallos favorables, además de su actuación en calidad de terceros, lo que es una estrategia importante por las consecuencias futuras que puede tener la interpretación que se da a una determinada norma y por la experiencia que les da tener contacto con el complejo mecanismo del OSD, lo que ha traído como consecuencia una mayor liberalización de los sectores demandados. Esto se debe en gran medida a las reformas introducidas en el ESD y la adopción automática de los informes, esto es, la regla inversa del consenso positivo existente en la solución de controversias del GATT.

³⁹ SALLES, Juliana. “Una década de funcionamiento del sistema de solución de diferencias comerciales de la OMC: avances y desafíos”. Santiago de Chile, abril de 2006.

⁴⁰ Un ejemplo de disputa entre EEUU y la UE fueron las consultas iniciadas por ambos a la OMC, solicitando un árbitro internacional para decidir sobre el subsidio europeo a la empresa Airbus que le arrebató gran parte del mercado de aeronaves comerciales a la americana Boeing, la cual ha recibido igualmente incentivos fiscales.

Principalmente, las demandas de los países en desarrollo en contra de los PED se han concentrado principalmente en asuntos de Propiedad intelectual y medidas sanitarias y fitosanitarias mientras que las de los países en desarrollo en contra de los PD se han concentrado principalmente en los llamados “*trade remedies*” (medidas *antidumping*, salvaguardias y medidas compensatorias) así como también subvenciones agrícolas y las medidas sanitarias y fitosanitarias.

La proliferación de las demandas es un claro indicador de la formación de instancias a las que se puede recurrir cuando las expectativas normativas se han visto quebrantadas por acciones de los actores internacionales que afectan a otros. El frecuente uso del sistema principalmente por los países en desarrollo, demuestra que los nuevos regímenes normativos sí cumplen su objetivo de generar expectativas de justicia internacional frente a conductas consideradas impropias. Esto impulsa la inclusión de actores que previamente habían sido excluidos por falta de capacidad política para enfrentar situaciones de esa naturaleza⁴¹. De esta manera, el derecho se presenta como una herramienta que asegura que quién tiene una expectativa normativa pueda exigirla; en otras palabras, lo que en derecho llamamos “seguridad jurídica”. Y en este sentido no se advierten mejores, más pacíficas y efectivas alternativas de resolver de otra manera situaciones de esta naturaleza, dadas las condiciones de globalización imperantes en la sociedad mundial actual.

⁴¹ MEREMINSKAYA, Elina y MASCAREÑO, Aldo. *Ob. cit.*

Sin embargo, la realidad problemática para los países en desarrollo Miembros de la OMC tiene que ver con el “volumen comercial relativamente modesto, que resulta afectado por un obstáculo comercial presuntamente incompatible con los acuerdos de la OMC que mantiene otro Miembro, quizás no justifique siempre la considerable inversión de tiempo y de dinero que conlleva la participación en una diferencia en la OMC. Así pues, no cabe duda de que los países en desarrollo Miembros se encuentran en una situación especial que el actual Sistema de Solución de Diferencias tiene en cuenta hasta cierto punto. Tampoco cabe duda que la capacidad de los países en desarrollo Miembros de utilizar con eficacia el Sistema de Solución de Diferencias es esencial para que puedan obtener todos los beneficios del Acuerdo sobre la OMC a que tienen derecho. Los instrumentos para abordar la situación especial de los países en desarrollo Miembros son las normas del trato especial y diferenciado⁴² y la asistencia jurídica”⁴³.

3. Principales problemas del SSD para los países en desarrollo y menos desarrollados

Principalmente son para los países en desarrollo y los menos desarrollados: La falta de capacidad humana especializada en la normativa de la OMC, falta de

⁴² “Trato especial y diferenciado” es un término técnico utilizado en todo el Acuerdo sobre la OMC para designar a las disposiciones que sólo son aplicables a los países en desarrollo Miembros de la Organización.

⁴³ “Los países en desarrollo en el sistema de solución de diferencias de la OMC”, [en línea] www.wto.org.

capacidad institucional (misiones permanentes en Ginebra como los países desarrollados), falta de capacidad técnica para fundamentar los argumentos cuando estos se refieren a temas complejos como salud, seguridad y medioambiente. Lo que en breves palabras se traduce en: Duración de los procesos, costos asociados y problemas de implementación.

La profesora Salles⁴⁴ clasifica los desafíos del sistema que se deben abordar, en tres grupos:

- Costos económicos
- Costos políticos
- Falta de capacidad de retorsión

4. Análisis de la utilidad y efectividad del procedimiento

Después de 15 años de la entrada en vigencia del nuevo SSD, tenemos elementos para evaluar su funcionamiento. Si revisamos en qué medida los casos han resultado en una plena implementación del informe del panel, es decir, en cesación del incumplimiento, Davey⁴⁵ (2004) indica que hay una tasa de 82% de implementación de los informes de los GE.

⁴⁴ SALLES, Juliana. *Ob. cit.*

⁴⁵ DAVEY, W.J. (2004), "The WTO Dispute Settlement System: The First Decade". Preliminary draft, May 20.

La mayor cantidad de concesiones liberalizantes del comercio se logran en la fase pre-contenciosa, en la cual los países en desarrollo se encuentran en una situación desmejorada por falta de capacidad humana, institucional y técnica⁴⁶.

Como medida para asegurar el cumplimiento de las recomendaciones, el ESD contempla la compensación y/o la suspensión de concesiones si el miembro que incumple “no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial...” (art. 22).

En el caso en estudio, esta medida no ha tenido el efecto esperado, según lo que expondremos en el capítulo IV, poniendo como ejemplo un caso real de solución de una diferencia.

5. Fortalecimiento del sistema: Medidas propuestas y discusión al respecto en la OMC

5.1 Costos de litigación

Más que buscar fórmulas para reducir los costos, debieran generarse mecanismos que permitan mejorar la capacidad de participación de manera de poder

⁴⁶ BUSCH, MARC Y REINHARDT, ERIC (2003b), Developing Countries and General Agreements on Tariffs and Trade/World Trade Organization Dispute Settlement. *Journal of World Trade* 37 (4).

solucionar las controversias en las etapas iniciales y no tener que continuar con el procedimiento completo.

Para incentivar una mayor defensa de los intereses de los países en desarrollo en la OMC se deben reducir los costos de litigación mediante subsidios indirectos como la promoción de centros de servicios legales, como por ejemplo el “Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC” (cuya sigla en inglés es ACWL⁴⁷). Así como la propuesta de un grupo de países en desarrollo para que los GEs y OA fijen monto de gastos incurridos por los PED en una diferencia, y que estos sean abonados a priori por un PD que inicie un procedimiento en contra de un PED y no logre demostrar su alegaciones⁴⁸.

Invertir en formación de una capacidad legal interna que minimice el uso de abogados externos, al mismo tiempo que el sector privado invierta en ayuda legal mediante sus asociaciones gremiales apoyando la actividad gubernamental.

Buscar ayuda legal en las instituciones de integración regional las que deberían adquirir el *expertise* y ofrecer colaborar con servicios legales como alternativa a sus países miembros, para lo cual deben invertir en capital humano.

⁴⁷ *Advisory Centre in WTO Law.*

⁴⁸ Comunicación de India, Cuba, Honduras, Indonesia, Malasia, Pakistán, Sri Lanka, Tanzania y Zimbawe (TN/DS/W/19).

Un problema es recopilar la información técnica necesaria para respaldar la posición de un país. El costo legal de una controversia es sólo un componente de la misma, ya que en la medida que los casos son técnicamente complejos, los costos no-legales se incrementan. Por esta misma razón, abrir la opción de solicitar el pago de las costas por parte del incumplidor de una obligación puede aliviar los problemas de costos de participación en una controversia.

5.2 Para reducir la demora en litigación

Davey⁴⁹ propone el establecimiento de un cuerpo permanente de panelistas que serían designados automáticamente al solicitar el establecimiento de un Grupo Especial. En nuestra opinión, creemos que la reducción de tiempo al implementar esta medida es marginal cuando la duración real en la resolución de una controversia depende de los plazos y etapas posteriores al establecimiento del GE.

Si tomamos en cuenta la complejidad de las materias en discusión y de los acuerdos involucrados, nos podemos dar cuenta que no existe tal demora en comparación con procedimientos domésticos u otros internacionales; pero la preocupación es legítima porque el interés involucrado es el Comercio y la principal finalidad de la OMC es su liberalización.

5.3 Crear los incentivos económicos

⁴⁹ DAVEY, W.J. *Ob. Cit.*

Para cesar más rápidamente el incumplimiento. Entre las consultas, solicitud de establecimiento del panel, emisión de la recomendación, plazo prudencial para implementar la recomendación; el demandado tendría alrededor de 32 meses de holgura antes de cesar el incumplimiento. En la práctica, la media de los casos en la OMC ha sido de 34 meses.

La amenaza de represalias es ciertamente el principal incentivo para lograr un rápido cumplimiento y las multas tienen el propósito de incentivar la solución de la controversia en las etapas iniciales del proceso, lo que dependerá directamente del tamaño de la economía afectada por tales medidas.

Lo anterior puede traer como consecuencia que se desvirtúe el principal propósito de la OMC, el cual es la liberalización del comercio. Las medidas de retorsión y compensatorias tienen consecuencias adversas para el comercio; es por esto que es necesario que tengan sólo el carácter de medidas provisionarias.

Los estudios han demostrado que los países responden con la implementación a partir de una evaluación previa de los costos de incumplimiento, por esto la falta de efectividad de las multas y sus posibles efectos adversos respecto de la liberalización del comercio.

5.4 Participación de la Sociedad Civil

Acceso de los gobiernos de los PED a información sobre los asuntos controvertidos en la OMC junto con una relación directa con la industria, pequeñas y medianas empresas, etc. En este sentido creemos que las cámaras de comercio, asociaciones de exportadores y agencias oficiales de promoción de exportaciones deben mantener una estrecha comunicación, además de trabajar de manera conjunta y coordinada, al mismo tiempo que invertir en capital humano especializado en la

solución de diferencias o con los conocimientos técnicos necesarios para responder de modo eficiente y efectivo frente a eventuales controversias.

5.5 Institución del *amicus curiae*⁵⁰

Existe opinión tanto de los EEUU como de los PED, respecto a que existiría un exceso en el mandato del OA, al interpretar su facultad de tomar en cuenta información aportada por *amicus curiae*, que dentro del SSD han resultado ser ONGs cuyos intereses son independientes de los estados miembros. Según esta postura, serían instituciones que defienden intereses de países industrializados y poseen recursos económicos y técnicos para influenciar los procesos en defensa de estos intereses.

Es uno de los argumentos más utilizados por los EEUU para pretender modificar el SSD haciéndolo menos jurisdiccional e incluyendo medidas que lo hagan más flexible como forma de disminuir el avance de poder e influencia de los GEs y el OA. Bajo los argumentos de la solución rápida de las diferencias y que el razonamiento excesivamente jurídico muchas veces va más allá de lo que las partes necesitan para resolver una diferencia, pretenden volver a la negociación bilateral para solucionar una

⁵⁰ El *amicus curiae* (**amigo de la corte o amigo del tribunal**) es una expresión latina utilizada para referirse a presentaciones realizadas por terceros ajenos a un litigio, que ofrecen voluntariamente su opinión frente a algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso.

La información proporcionada puede consistir en un escrito con una opinión legal, un testimonio no solicitado por parte alguna o un informe en derecho sobre la materia del caso. La decisión sobre la admisibilidad de un *amicus curiae* queda, generalmente, entregada al arbitrio del mismo tribunal.

controversia. Totalmente opuesta es la posición de los países de las Comunidades Europeas que intentan judicializar aún más el procedimiento.

Respecto a este punto debemos tener en cuenta que los EEUU es uno de los sistemas jurídicos del *Common Law* donde la práctica del *amicus curiae* está más extendida y es aceptada regularmente a nivel federal.

IV. RESUMEN Y ETAPAS DE LA DIFERENCIA: “ESTADOS UNIDOS – MEDIDAS QUE AFECTAN AL SUMINISTRO TRANSFRONTERIZO DE SERVICIOS DE JUEGOS DE AZAR Y APUESTAS”

1. La solicitud de consultas

Fue dirigida por la Alta Comisión de Antigua y Barbuda a la misión permanente de EEUU y al Presidente del OSD el 21 de marzo de 2003, debido a medidas federales y estatales aplicadas por EEUU al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas desde otro miembro de la OMC (Antigua y Barbuda) a los EEUU, puesto que serían ilegales en la legislación estadounidense. Las medidas aplicadas por

EEUU constituirían un incumplimiento a las obligaciones asumidas en virtud del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) y por efecto acumulativo de dichas medidas, se impedía el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas desde otro Miembro de la OMC a los Estados Unidos, produciéndose un efecto de “prohibición total” al suministro de servicios transfronterizo de juegos de azar y apuestas desde Antigua y Barbuda a los Estados Unidos de América.

A juicio de Antigua y Barbuda, las medidas en cuestión serían incompatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del AGCS y, en particular, de los artículos II, VI, VIII, XI, XIV, XVI y XVII⁵¹, y de la Lista de compromisos específicos de los Estados Unidos anexa al AGCS, más específicamente el subsector 10.D de la lista.

Como señalamos anteriormente, la solicitud fue dirigida por la Alta Comisión de Antigua y Barbuda a la misión permanente de EEUU y al Presidente del OSD y las consultas fueron celebradas en Ginebra el 30 de abril de 2003, no pudiendo resolver la controversia.

2. Principales constataciones del Grupo Especial

⁵¹ v. Anexo.

El GE determinó que las medidas de que se trata la presente diferencia son las siguientes leyes de los Estados Unidos:

Leyes federales:

La Ley de Comunicaciones por Cable

La Ley de Viajes

La Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar (IGBA)

Leyes estatales:

Colorado

Luisiana

Massachusetts

Minnesota

Nueva Jersey

Nueva York

Dakota del Sur

Utah

2.1 Compromisos específicos

La lista de los Estados Unidos en el marco del AGCS incluía compromisos específicos en materia de juegos de azar y apuestas en el subsector 10.D. Se recurrió

al documento de trabajo denominado W/120⁵² y a las Directrices para la consignación en Listas de 1993 como contexto para la interpretación, en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. La categoría “Los demás servicios de esparcimiento”, debía interpretarse en el sentido de que incluía los “servicios de juegos de azar y apuestas”.

2.2 Acceso a los mercados (artículo XVI del AGCS)

Al mantener las medidas (leyes federales y estatales), los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo XVI, ya que las leyes estadounidenses en cuestión, al prohibir uno, varios o todos los medios de suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas cuando se habían asumido con anterioridad compromisos específicos de acceso a los mercados para esta clase de servicios.

La consecuencia es que esta prohibición se traduce en que los Estados Unidos no cumplen con el otorgamiento a Antigua de un trato no menos favorable que el acordado en los términos de la lista. Esta prohibición equivalía a un contingente nulo que estaba comprendido dentro del ámbito de aplicación de los apartados a) y c) del párrafo 2 del artículo XVI y prohibido por esas disposiciones.

2.3 Respecto de la moral pública (artículo XIV letra a) del AGCS)

⁵² Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios.

Constata que las medidas de los EEUU estaban destinadas a proteger la moral pública o mantener el orden público en el sentido del apartado a) del artículo XVI. También constata que los EEUU no demostraron que sus medidas eran necesarias para hacerlo, puesto que debió haber celebrado consultas con Antigua como una medida alternativa razonablemente disponible.

Respecto del preámbulo del artículo XIV, constata que las medidas adoptadas no satisfacían lo dispuesto por el preámbulo porque los EEUU habían discriminado al aplicarlas. Constata que los EEUU no demostraron que sus prohibiciones de juegos de azar a distancia eran aplicables tanto a proveedores nacionales como extranjeros, es decir, no pudieron demostrar que en el sentido del preámbulo del art. XIV, no constituyera una discriminación arbitraria e injustificable, ni que tampoco estuvieran justificadas provisionalmente al amparo de los apartados a) y c) del artículo XIV del AGCS.

2.4 Incompatibilidad de las medidas

Concluye que Antigua no ha podido demostrar que las medidas en cuestión sean incompatibles con los párrafos 1 y 3 del art. VI del AGCS.

La recomendación final del GE al OSD es que 'este 'ultimo pida a los Estados Unidos que pongan las medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del AGCS.

3. Resoluciones del Órgano de Apelación

3.1 Medidas en Litigio

Respecto a si existe una PROHIBICIÓN TOTAL: Confirma la constatación del GE de que la presunta “prohibición total”, tal como fue postulada por Antigua, describe el supuesto efecto de una lista de leyes y otros instrumentos y señala que no constituye una medida única y autónoma que pueda impugnarse por sí misma. Esta constatación, tiene como efecto que el OA no se pronuncie sobre las obligaciones del GE en relación con el art. 11 del ESD, puesto que confirma la constatación del GE en este sentido.

Respecto a la prohibición total como una práctica, Antigua no impugnó esas prácticas como tales, por lo tanto, el OA resuelve que no se pronunciará al respecto por ser una manifestación *ober dictum* del GE.

3.2 La presunción *prima facie* de incompatibilidad del art XVI del AGCS con las leyes estatales

Antigua sólo acreditó *prima facie* la incompatibilidad con el art. XVI del AGCS con la Ley de Comunicaciones por cable, la Ley de Viajes y la Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar o IGBA (en adelante me referiré a estas tres leyes como “las leyes federales⁵³”). El GE incurrió en un error al examinar si las ocho leyes estatales estaban en conformidad con el art. XVI del AGCS, puesto que sólo existen afirmaciones de carácter general que no logran acreditar su incompatibilidad *prima facie*, además de presentar esas leyes en sus pruebas documentales sin presentar en

⁵³ IGBA: “*Illegal Gambling Business Act*”. Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar.

sus comunicaciones argumentos que hubieran hecho saber al GE y a los EEUU de qué forma esas leyes formaban parte de las alegaciones de Antigua.

Respecto de la apelación de los EEUU en relación con el art. 11 del ESD⁵⁴, el OA no se pronunciará, ya que constató en este sentido la existencia de error en el examen de las leyes estatales realizado por el GE.

3.3 Interpretación de los compromisos específicos asumidos en la lista de EEUU anexa al AGCS

El OA concluyó que en base a las reglas de interpretación del art. 31 de la Convención de Viena, el GE incurrió en un error al caracterizar el documento W/120 y las directrices para la consignación en listas de 1993 como contexto para la interpretación de la lista de EEUU anexa al AGCS, puesto que aunque ambos fueron preparados por la secretaría del GATT -y no siendo esta la razón de que los haga no servir de contexto-, la razón es que no existen pruebas suficientes de que se trata de un “acuerdo que se refiera al tratado”. Sin embargo, concluye que son medios complementarios de interpretación y que por lo tanto, dentro de su compromiso se encontraban incluidos los Juegos de Azar y apuestas.

Como a consecuencia de su examen, al OA no le queda claro el punto, entra a analizar el objeto y fin del tratado y constata que “la seguridad y previsibilidad de los

⁵⁴ Función de los Grupos Especiales.

acuerdos destinados a obtener sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y los demás obstáculos al comercio es uno de los objetos y fines del acuerdo sobre la OMC en general, así como el GATT de 1994". Concuerdan con el GE y confirman la importancia de asumir compromisos claros por parte de los miembros.

Según el párrafo 3º del art. 31 de la Convención de Viena, el intérprete debe tener en cuenta toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, y esta práctica demuestra que debe recurrirse al documento W/120 y a las directrices para la consignación de las listas de 1993. La práctica se encuentra en una comunicación de los EEUU sobre la clasificación de servicios energéticos y una publicación de la comisión de Comercio Internacional de los EEUU. El GE no alcanzó a ocuparse de esto porque antes concluyó que el documento y las listas formaban parte del contexto⁵⁵.

El OA no considera que las directrices⁵⁶ constituyan una práctica ulteriormente seguida, ya que las excluyeron declarando expresamente que no eran vinculantes ni modificaban derechos u obligaciones de los miembros en el marco del AGCS de manera retroactiva, sólo para en el futuro. El documento W/120 tampoco constituiría esta práctica en el sentido que le otorga el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

⁵⁵ *N. del A.* Es decir, no forman parte del contexto pero le serían aplicables por ser su uso una práctica ulteriormente seguida por EEUU en la aplicación del tratado.

⁵⁶ Directrices para la consignación de las listas de 1993.

3.4 Medios complementarios de interpretación

En relación con el Art. 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: El OA no pone en duda que el documento W/120 y las directrices son medios de interpretación complementarios. Según la forma de consignar compromisos señalada en las directrices, ésta señala con ejemplos cómo asumir un compromiso positivo, por lo que se espera la misma técnica para excluir un servicio.

El documento W/120 y las directrices se distribuyeron a petición de las partes en las negociaciones de la Ronda de Uruguay para ayudarlos a preparar sus ofertas.

El fragmento de las directrices sobre como consignar los compromisos unido a las similitudes lingüísticas entre ambos subsectores, constituye firme base para interpretar que el subsector 10.D de la lista de EEUU corresponde al subsector 10.D del documento W/120, a pesar de la ausencia en la lista de los códigos de la CPC⁵⁷. Esto confirma que los EEUU recurrieron al documento W/120 y procuraron ajustarse a las directrices. Por lo tanto, el OA concluye que si excluye la clase servicios deportivos, incluye la de “otros servicios de esparcimiento” comprendida también la subclase de “servicios de juegos de azar y apuestas”.

⁵⁷ Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas.

En resumidas cuentas, el GE incurrió en errores de interpretación de la lista de EEUU, pero al interpretar correctamente el OA de acuerdo a los principios de la Convención de Viena, estos conducen a la misma conclusión a la que llegó el GE; es decir, que el subsector 10.D de la lista del AGCS de EEUU incluye un compromiso específico con respecto a los servicios de juegos de azar y apuestas.

Finalmente, el OA rechaza el argumento de los EEUU por el que señalaban que al excluir los servicios deportivos se excluían también los juegos de azar y apuestas. Aunque por razones diferentes, confirman la constatación del GE en el sentido de que la lista de los EEUU en el marco del AGCS incluye compromisos específicos sobre los servicios de juegos de azar y apuestas en el subsector 10.D.

3.5 Acceso a los mercados (artículo XVI del AGCS)

La apelación de los EEUU indica una impugnación distinta e independiente de la constatación del GE que concluye que un miembro de la OMC no respeta las obligaciones del AGCS en materia de acceso a los mercados, por lo tanto no aportaron argumentos que respaldaran tal impugnación ni solicitaron al OA que la revocaran. Por esto, el OA limita su examen a los apartados a) y c) del artículo XVI.

Los EEUU solicitan dar el debido efecto a la expresión “en forma de contingentes numéricos”. Expresión ambigua, que abarca tanto el modo en que una cosa existe como el modo en que se manifiesta.

En opinión del OA, los cuatro tipos de limitaciones que figuran en el apartado a) del párrafo 2 del artículo XVI⁵⁸ confieren sentido a la expresión “en forma de”, por lo que se entiende un límite cuantitativo al número de proveedores de servicios. Puesto que el cero es cuantitativo por naturaleza, considera que tiene las “características de” un número, es decir, es numérico. La expresión “en forma de” no debe ser interpretada en el sentido de prescribir una fórmula mecánica rígida.

De esta manera, es evidente que la esencia del apartado a) no consiste en la forma de las limitaciones, sino en la naturaleza numérica o cuantitativa de éstas. Incluso recurre a los medios complementarios de interpretación -los que ya fueron considerados trabajos preparatorios pertinentes- y considera el OA que las limitaciones equivalentes a un contingente nulo (o igual a cero) son limitaciones cuantitativas y están comprendidas en el ámbito del párrafo 2 a) del artículo XVI. La prohibición de uno, varios o todos los medios de suministro transfronterizo constituye una limitación al número de proveedores de servicios en forma de contingentes numéricos.

Existen dos tipos de limitaciones: al número de operaciones de servicios y a la cuantía de la producción de servicios; en ambos casos son cuantitativas por naturaleza. En la medida que la interpretación deja ambigüedades, recurre a los medios complementarios como son las directrices para la consignación de listas de

⁵⁸ AGCS: art. XVI párrafo 2, a) Limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas.

1993 donde se ofrece un ejemplo en las restricciones de tiempo de radiodifusión disponible para películas extranjeras, sin mencionar números ni unidades.

Las medidas equivalen a un contingente nulo; por lo tanto, confirman la constatación del GE de que una medida que prohíbe el suministro de determinados servicios respecto de los cuales se han asumido compromisos específicos es una limitación porque impide totalmente las operaciones y/o producción de servicios mediante los medios de suministro que están incluidos.

Respecto de las medidas que prohíben a los consumidores comprar servicios y que estarían incluidas en las leyes sobre las cuales Antigua no acreditó *prima facie* su incompatibilidad, se revocan las constataciones del GE.

La apelación condicional de Antigua fue presentada para el caso que el OA estuviera de acuerdo con los EEUU en que las limitaciones sólo se aplican cuando tienen forma de contingentes numéricos, como no se cumplió la condición no fue necesario examinarla.

3.6 Aplicación del art. XVI a las medidas en litigio

El OA confirma la constatación del GE en cuanto al compromiso específico asumido por EEUU en el AGCS y confirma que actúan de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 1 y 2 a) y c) del artículo XVI del AGCS.

3.7 Excepciones generales

Respecto de las tácticas dilatorias de los EEUU que no presentaron antes su defensa

El OA señaló que aunque podían haber presentado antes su defensa, el GE no incurrió en error al decidir evaluar si las medidas de los EEUU están justificadas al amparo del artículo XIV. Señala además, que el GE no privó a Antigua de una “oportunidad plena y equitativa de responder a la defensa”.

3.8 Justificación de las medidas al amparo del apartado a) del art. XIV

3.8.1 La protección de la moral y mantención del orden público

El GE constató que las tres leyes federales son medidas destinadas a proteger la moral pública. Antigua lo impugna porque el GE no determinó si estas preocupaciones de EEUU satisfacen el criterio establecido en la nota 5 del apartado a) art. XIV que dice que la excepción de orden público sólo podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para los intereses fundamentales de la sociedad.

Al OA no tiene como concluir que el GE no evaluó si se cumplía con ese criterio, por lo que confirma la constatación del GE de que las tres leyes federales están incluidas en el ámbito de los conceptos de orden y moral públicos.

3.8.2 La “necesidad” de las medidas

El GE constató que los EEUU no habían demostrado la necesidad de estas medidas. Estas medidas tienen un efecto significativo en la restricción del comercio, por lo cual al rechazar la invitación de Antigua a entablar consultas o negociaciones, los EEUU no siguieron de buena fe el curso de acción para explorar la posibilidad de encontrar una alternativa compatible con la OMC.

Una vez constatada la importancia de los valores en juego, se debe ocupar de los demás factores que hay que sopesar. El OA señala dos; uno de ellos es la contribución de la medida al logro de los fines que persigue y el otro es la repercusión

de la medida en el comercio internacional. Una medida alternativa no está “razonablemente al alcance” cuando es simplemente de naturaleza teórica; por ejemplo, si el miembro no puede adoptarla o le impone una carga indebida. Corresponde al demandado acreditar *prima facie* que su medida es necesaria, incluso si habiéndolo hecho, el reclamante señala una medida alternativa compatible con la OMC, debe demostrar por qué la medida impugnada sigue siendo necesaria o por qué la propuesta no está “razonablemente a su alcance”.

El OA concluye que el análisis sobre la necesidad hecho por el GE estuvo viciado, ya que al parecer el GE entendió que para que una medida se admita como necesaria deben haberse explorado todas las alternativas compatibles y por esto los EEUU tenían la obligación de haber celebrado consultas previas con Antigua. Es decir, el GE no se basó en el criterio de necesidad. Según el OA, entablar consultas con Antigua no era una alternativa que pudiera considerar el GE, porque es un proceso cuyos resultados son inciertos.

El GE continuó su análisis de medidas que Antigua no mencionó. En este sentido, el OA Revoca la constatación del GE según la cual los EEUU por no haber entablado consultas con Antigua no pudieron justificar provisionalmente que las leyes federales son necesarias para proteger la moral y/o orden público. Luego el OA entra a examinar si las leyes federales son “necesarias”, necesidad que EEUU habría acreditado *prima facie*. Al respecto, el OA concluye que al no haber planteado Antigua otra medida alternativa posible, los EEUU demostraron que sus leyes son necesarias.

3.9 Justificación de las medidas al amparo del apartado c) del art. XIV

El OA constata que las leyes federales⁵⁹, están comprendidas dentro del alcance del apartado c) del art. XIV por el mismo fundamento señalado en el párrafo anterior, ya que la alegación de Antigua se basó en el hecho de no haber entablado consultas por parte de los EEUU.

3.10 Respecto del preámbulo del art. XIV del AGCS

Este se refiere a una medida que ya ha sido declarada incompatible con el AGCS, pero que admite las excepciones que enumera, siempre que no constituya “un medio de discriminación arbitrario o injustificable”.

Los EEUU basaron su defensa intentando justificar las leyes federales sobre la base de que no había ninguna discriminación, y pudiendo hacerlo no plantearon el argumento de que aun cuando existiera discriminación, esta no sería arbitraria ni injustificable. El OA afirma que el GE refutó la alegación de los EEUU, demostrando que a los proveedores nacionales de estos servicios se les permitía suministrarlos a distancia en situaciones en las que no se les permitía a los extranjeros.

⁵⁹ Ley de comunicaciones por cable, Ley de viajes y la Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar (IGBA).

El OA observa que ninguna de las leyes federales establece distinciones entre los proveedores de servicios nacionales y extranjeros. En este caso el GE concluyó que los EEUU no acreditaron la no discriminación en la aplicación de sus leyes en cinco casos. El OA señala que no es posible determinar la significación precisa que corresponde asignar a casos aislados en que se impone el cumplimiento de una ley o no, sin contar con pruebas que permitan situar los casos en su debido contexto. Muchas veces, los organismos encargados de hacer cumplir las leyes se abstienen del enjuiciamiento por motivos que no tienen propósitos ni efectos discriminatorios. Por esto, revoca la constatación del GE según la cual los EEUU no demostraron que la manera en que exigieron el cumplimiento de su prohibición de suministro a tres empresas estadounidenses es compatible con los requisitos del preámbulo.

El OA no está convencido de que la evaluación del GE haya sido objetiva para ambas partes, por lo que no acepta ninguna de las impugnaciones basadas en el art. 11 del ESD, en relación con el preámbulo del art. XIV del AGCS.

3.10.1 Conclusión sobre el preámbulo del art. XIV del AGCS

El OA constata que en vista de la existencia de la IHA (ley de apuestas hípcas), los EEUU no han demostrado que las leyes federales se apliquen en forma compatible con el preámbulo. Por lo tanto, el OA confirma en parte la constatación del GE.

3.11 Conclusión general sobre el art. XIV

Constata que las medidas cumplen con el requisito de la “necesidad” y en parte la constatación sobre el preámbulo, ya que la única incompatibilidad con los requisitos del preámbulo que el GE podía constatar, deriva del hecho que los EEUU no demostraron que la prohibición dispuesta en las medidas se aplique tanto a los proveedores extranjeros como a los nacionales.

Respecto de la IHA, el GE no formuló una constatación y tampoco el OA acerca de si esta ley permite que los proveedores nacionales presten ciertos servicios de apuestas a distancia prohibidos por la Ley de comunicaciones por cable, Ley de Viajes y la IGBA.

3.12 Constataciones y conclusiones

3.12.1 Con respecto a las medidas en litigio

- A. CONFIRMA que la presunta prohibición total **no puede constituir** una “medida” única y autónoma que pueda ser impugnada en sí misma.
- B. CONSTATA que el GE **no incurrió en error** al examinar la compatibilidad de la Ley de comunicaciones por cable, la Ley de viajes y la IGBA (leyes federales) con las obligaciones que corresponden a los EEUU en virtud del art. XVI del AGCS.
- C. CONSTATA que el GE incurrió en error al examinar la compatibilidad de ocho leyes estatales con las obligaciones de EEUU según el art. XVI del AGCS.

3.12.2 Con respecto a la Lista de los EEUU anexa al AGCS

- A. CONFIRMA, aunque con otros fundamentos, la constatación respecto a que el subsector 10.D de la lista de EEUU anexa al AGCS incluye compromisos específicos sobre los servicios de juegos de azar y apuestas.

3.12.3 Con respecto al artículo XVI del AGCS

- A. CONFIRMA la constatación según la cual una prohibición del suministro a distancia de los servicios constituye una limitación al número de proveedores

(párrafo 2 a) art. XVI) y que esta constituye también una limitación al número total de operaciones (párrafo 2 c) art. XVI).

- B. CONFIRMA la constatación según la cual los EEUU al mantener vigentes las 3 leyes federales, actúan de manera incompatible con las obligaciones de los párrafos 1, 2 a) y 2 c) del art. XVI del AGCS.
- C. REVOCA la constatación del GE, según la cual cuatro leyes estatales son compatibles con las obligaciones de los EEUU en virtud de los párrafos 1, 2 a) y 2 c) del art. XVI.
- D. NO NECESITA PRONUNCIARSE sobre la constatación respecto a que las restricciones impuestas a los consumidores y no a sus proveedores no son limitaciones a los proveedores, ni a las operaciones, ni a la producción de servicios.

3.12.4 Con respecto al art. XIV del AGCS

- A. CONSTATA que el GE no incumplió sus obligaciones en virtud del art. 11 del ESD al examinar la excepción invocada por EEUU basada en el art. XIV.
- B. Respecto de la carga de la prueba, CONSTATA que el GE no asumió indebidamente la carga de formular por EEUU la defensa fundada en el art. XVI ni la carga de refutar por Antigua la defensa de EEUU.
- C. Respecto al apartado a) del art. XIV del AGCS
 - a. CONFIRMA que los problemas que tratan de abordar las leyes federales están incluidos dentro del ámbito de la moral pública y orden público.

- b. REVOCA la constatación según la cual los EEUU por no haber entablado consultas con Antigua no pudieron justificar que las leyes federales son necesarias para proteger la moral y el orden público.
- c. CONSTATA que las leyes federales son medidas necesarias para proteger la moral y mantener el orden público.
- d. CONSTATA que el GE no omitió hacer una evaluación objetiva de los hechos según lo establecido en el art. 11 del ESD.

D. Respecto al apartado c) del art. XIV

- a. REVOCA la constatación del GE según la cual los EEUU por no haber entablado consultas con Antigua, no pudieron justificar que las leyes federales son "necesarias" para lograr la observancia de la Ley de Organizaciones Corruptas y bajo la influencia de la Delincuencia Organizada.
- b. No necesita determinar si las leyes federales son medidas justificadas al amparo del apartado c).

E. Respecto al preámbulo del art. XIV

- a. REVOCA la constatación del GE, según la cual "los EEUU no han demostrado que la manera en que exigieron el cumplimiento de su prohibición de suministro a distancia de servicios de juegos de azar y apuestas a sus empresas nacionales es compatible con los requisitos del preámbulo".
- b. CONSTATA que el GE no omitió hacer "una evaluación objetiva de los hechos", como exige el artículo 11 del ESD.
- c. MODIFICA la conclusión del GE y constata que los Estados Unidos no han demostrado que -en vista de la existencia de la Ley de apuestas

interestatales sobre carreras de caballos- las leyes federales se apliquen en forma compatible con las prescripciones del preámbulo.

F. Respecto al XIV en su totalidad

MODIFICA la conclusión del GE y en su lugar constata que los EEUU han demostrado que las leyes federales son medidas "necesarias para proteger la moral o mantener el orden público", de conformidad con el apartado a) del artículo XIV, pero no han demostrado en vista de la Ley de apuestas interestatales sobre carreras de caballos, que las prohibiciones incluidas en esas Leyes se apliquen tanto a los proveedores de servicios de apuestas hípcas a distancia nacionales como a los extranjeros, y en consecuencia no han acreditado que esas medidas cumplan las prescripciones del preámbulo.

3.13 Recomendación Final

El Órgano de Apelación recomienda que el Órgano de Solución de Diferencias pida a los EEUU que pongan en conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del AGCS sus medidas que, como se ha constatado en el presente informe y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe, son incompatibles con dicho Acuerdo.

4. Aplicación de los informes y Arbitraje para determinar el plazo prudencial en que los EEUU deben cumplir con las recomendaciones

Al ser adoptado el informe del OA por el OSD, los Estados Unidos solicitaron un plazo prudencial para poder cumplir con las recomendaciones. Los EEUU y Antigua no pudieron acordar un plazo prudencial, por lo cual Antigua solicitó que este se determinara mediante un arbitraje vinculante, de acuerdo a lo establecido en el párrafo 3 c) del art. 21 del ESD. El árbitro determinó que el plazo prudencial era de 11 meses y

2 semanas contados desde el 20 de abril de 2005, el cual terminaba el día 3 de abril de 2006.

5. Cumplimiento: incompatibilidad y existencia de las medidas adoptadas por EEUU. Consultas y grupo especial solicitado para el cumplimiento

El 24/4/2006 debido al desacuerdo respecto a las medidas adoptadas por EEUU, Antigua solicitó consultas de acuerdo al párrafo 5 del art. 21 del ESD, es decir, solicitaron establecimiento de un GE. El OSD lo remitió al GE inicial. El 30 de marzo de 2007 se repartió el informe final, el cual concluyó que los EEUU no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.

De acuerdo a lo previsto en el párrafo 2 art. 22 del ESD, el 21/6/2007 Antigua solicitó suspender la aplicación a los EEUU obligaciones y concesiones conexas contenidas en el AGCS y el 23/7/2007, respecto de lo cual EEUU invocó el párrafo 6 del art. 22 impugnando lo siguiente:

a) El nivel de suspensión de las concesiones y obligaciones propuestas por Antigua y Barbuda.

b) Que la propuesta de Antigua no se ajustaba a los procedimientos del párrafo 3 del art. 22 del ESD⁶⁰.

El OSD acordó someter el asunto a arbitraje de acuerdo a lo establecido en el párrafo 6 del art. 22, respecto a lo cual el árbitro determinó que el menoscabo sufrido por Antigua ascendía a 21 millones de dólares por año y que la suspensión de concesiones y obligaciones sólo podía ser hasta por ese monto.

V. CONCLUSIONES

1. Existe una evidente renuncia al ejercicio de una parte de la soberanía estatal al asumir compromisos comerciales internacionales dentro del sistema multilateral de comercio la OMC por parte de los miembros. Una vez que se asumieron compromisos específicos no se podrán desconocer o volver a negociar, puesto que ya se ha creado un marco de seguridad jurídica que es necesario para el comercio, mientras que la

⁶⁰ Principios y procedimientos que la parte reclamante debe aplicar al considerar cuales concesiones y obligaciones va a suspender.

resolución de diferencias deberá ajustarse al procedimiento establecido y será resuelta según criterios técnico-jurídicos.

2. El nuevo SSD significa sin lugar a dudas, un avance en la liberalización del comercio y una clara judicialización en la resolución de los conflictos en relación con el antiguo sistema del GATT y la efectividad en el cumplimiento que trajo consigo la eliminación del consenso positivo, junto con la limitación del factor político en las soluciones.

3. Parece ser que en un principio EEUU como el principal promotor del AGCS, en un intento por convencer a los países en desarrollo para que abrieran sus mercados de servicios, asumieron compromisos en todos los sectores en los que no percibieron que la competencia sería una amenaza inmediata. Naturalmente, no era previsible el alcance y desarrollo de una herramienta como Internet para prestar servicios a distancia, como los juegos de azar y apuestas.

4. Los EEUU, pese a haber sido uno de los impulsores del nuevo mecanismo de solución de controversias, hoy quiere retomar el control a través de la negociación⁶¹.

5. Los obstáculos o medidas que impiden la mayor participación de los PED y los PMD son la falta de recursos humanos, económicos y técnicos.

⁶¹ Ver capítulo III punto 5.5.

6. La ineficacia de las sanciones es quizás el mayor problema o el más difícil de abordar, para el cual se requiere voluntad que al parecer no existe. Se advierte la necesidad de poder aplicar medidas de retorsión colectiva que les otorgue mayor presión frente a los PD en el cumplimiento de las medidas contenidas en los informes adoptados por el OSD y que las compensaciones económicas tengan efecto retroactivo.

7. El tamaño de las economías es absolutamente la clave para que los miembros tengan la capacidad de hacer cumplir los acuerdos que ellos incumplieron en desmedro de las demás partes. Países más pequeños y especialmente en desarrollo y menos desarrollados, no están en posición de participar en rondas políticas para encontrar un incumplimiento, efectuar consultas con socios comerciales, conducir investigaciones judiciales, implementar normas y/o ejercitar presión a través de represalias. No sólo carecen de las capacidades administrativas y del *expertise* legal necesario para procesar una verdadera demanda legal ante el SSD en Ginebra. Más aún, carecen de las estructuras de asociaciones de comercio que son capaces de proveer información exacta y detallada para su administración. Los países desarrollados tienen una red especializada de asociaciones comerciales a su disposición, en cambio los PED no están en posición de hacer cumplir los compromisos de acceso a los mercados a países de la OCDE⁶².

⁶² DE BIÈVRE, Dirk. *Ob Cit.*

8. Intentando responder la pregunta fundamental planteada como objeto de la investigación sobre, si la judicialización ha influido en el cumplimiento de los acuerdos multilaterales de comercio amparados por la OMC y si el SSD ha sido realmente efectivo en la defensa de intereses de los miembros en igualdad de condiciones; podemos concluir que una decisión de cualquier foro internacional o de una instancia supra-nacional como la OMC, aunque exhiba un alto nivel de judicialización o cuyo procedimiento se encuentre sólidamente juridizado no garantiza el cumplimiento de una resolución por parte de un estado soberano. Al mismo tiempo, ésta resolución y la posibilidad de que le sean aplicadas sanciones, significará una amenaza para el infractor y sus intereses según el poder político que éste tenga y según el tamaño de su economía. En este sentido, el cumplimiento requerirá siempre de una decisión política.

Conclusión final

Si bien, el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, no garantiza el cumplimiento de los acuerdos ni de las decisiones del OSD, ha contribuido efectivamente a la apertura del comercio. Sin embargo, para los fines de la OMC no se hace necesario un sistema jurídicamente perfecto, si éste no es viable políticamente o es técnicamente inaplicable. El objetivo debe ser poder contribuir a crear un equilibrio entre el reforzamiento de la juridicidad y la eficacia normativa frente a distintas realidades económicas.

La judicialización es un fenómeno que se encuentra dentro de la esfera del Derecho y el cumplimiento o ejecución de las decisiones está dentro de la esfera de la Política, lo que en el ámbito internacional se hace más evidente. Se pueden crear herramientas para fortalecer el sistema en su etapa de cumplimiento, pero el Derecho agota sus medios en esta etapa, porque al ser una realidad limitada no nos provee una solución completa. Es por esta razón, que en aquello que al Derecho le corresponde y sin entrar a analizar el nivel de cumplimiento, pudimos el constatar que el SSD de la OMC goza de un altísimo nivel de judicialización.

En al ámbito del cumplimiento del derecho interno, un juez puede tener todas las herramientas necesarias para adoptar una decisión conforme al derecho, pero su sentencia deberá ser ejecutada por la fuerza pública. En este sentido, no existe en el ámbito internacional un ente coercitivo capaz de hacer cumplir los compromisos de los estados soberanos, pero aunque nos encontremos frente a un procedimiento judicializado y despolitizado como es el SSD de la OMC, finalmente se trata del derecho internacional y ésta es una de sus características más propias. Es ésta la principal razón por la cual el alto porcentaje de implementación de las Resoluciones nos viene a confirmar la eficacia del procedimiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AÑÓN ROIG, María José. "Ensayo de María José Añón Roig sobre la filosofía del derecho de **Austin**". **Basado en "AUSTIN, John. 'Sobre la utilidad del estudio de le Jurisprudencia. Traducción y estudio preliminar de Felipe González Vicén, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981. [en línea]: <http://www.uv.es/mariaj/textos/austin.pdf>. Consultada el 20 de septiembre del 2008.**

BUSCH, Marc L. y REINHARDT, Eric. "Developing Countries and General Agreements on Tariffs and Trade / World Trade Organization Dispute Settlement". *Journal of World Trade* 37 (4): 719-735, 2003. Kluwer Law International. Printed in The Netherlands.

DAVEY, W.J. (2004). "The WTO Dispute Settlement System: The First Decade". Preliminary draft, May 20.

DE BIÈVRE, Dirk. "International Institutions and Domestic Coalitions: The Differential Effects of Negotiations and Judicialization in European Trade Policy".

DELICH, Valentina. "Latinoamérica y el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio". FLACSO Argentina y LATN. [en línea]: <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/Delich.pdf>.

Consultada el 2 de junio de 2009.

GOLDSTEIN, Judith and MARTIN, Lisa L. "Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note". *International Organization* 54, 3, Summer 2000, pp. 603-632. Copyright 2000 by The IO Foundation and The Massachusetts Institute of Technology.

KRASNER, Stephen. "Sovereignty", *Foreign Policy*, enero-febrero, 2001, pp. 20-29.

LUHMANN, Niklas. "Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia", Madrid, Editorial Trotta, 1998, p.72.

MEREMISNKAYA, Elina y MASCAREÑO, Aldo. "La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno". En Martinic, M.D, Mauricio Tapia (Eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*, LexisNexis, 2005.

PEIXOTO, Juliana y TUSSIE, Diana. "Tomorrow Never Dies? El colapso de Doha y lecciones de la historia". Latin American Trade Network (LATN). Serie Brief. Brief N°43, octubre 2008, FLACSO. [en línea]: <http://www.flacso.org.ar/rrii/publicaciones/Brief43.pdf>. Consultado 2/6/09.

ROMANO, Cesare P.R. "From the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent" (March 24, 2006). NYU

Law School, Public Law Research Paper No. 06-05. [en línea] Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=893889>. Visitada el 14 de marzo de 2008.

SCHNEIDER, Andrea. "Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized". Marquette Law School Legal Studies Paper No. 06-30 [en línea] Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=920510>. Visitada el 14 de marzo de 2008.

SÁEZ, Sebastián. "Las Controversias en el marco de la OMC: de donde vienen, en donde están, a donde van". Serie comercio internacional N° 63. División de Comercio Internacional e Integración CEPAL. Santiago de Chile, febrero 2006.

SALLES ALMEIDA, Juliana. "Una década de funcionamiento del sistema de solución de diferencias comerciales de la OMC: avances y desafíos". Serie comercio internacional N° 65. División de Comercio Internacional e Integración CEPAL. Santiago de Chile, abril de 2006.

www.wto.org: consultada durante toda la investigación: desde agosto 2007 hasta diciembre de 2010.