



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**VALOR JURÍDICO DE LOS INFORMES DE LOS GRUPOS ESPECIALES Y DEL
ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autora: María José Canales Zamudio

Profesora guía: María Teresa Infante Caffi

Santiago de Chile

2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. ANTECEDENTES GENERALES SOBRE EL SISTEMA DE OBLIGACIONES COMERCIALES MULTILATERALES DE LA OMC	3
1.1. Ámbito de aplicación del ESD	11
1.2. Tipos de reclamaciones recogidas en el ESD	14
1.2.1. Reclamación del tipo en que “existe infracción”	17
1.2.2. Reclamación del tipo en que “no existe infracción”	19
1.2.3. Reclamación del tipo en que “existe otra situación”	21
1.2.4. Otras clases de reclamaciones en los acuerdos abarcados	23
II. EL ENTENDIMIENTO RELATIVO A LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE SE RIGE LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS, ESD.....	25
2.1. Medios de solución pacífica de controversias internacionales, y procedimientos, previstos en el ESD.....	25
2.2. Órganos encargados de la solución de controversias en la OMC.....	27
2.2.1. El Órgano de Solución de Diferencias, OSD	29
2.2.2. Los grupos especiales	34
2.2.3. El Órgano de Apelación	41
2.2.4. Los árbitros dentro del sistema de solución de controversias de la OMC.....	43
A. Arbitraje voluntario	44
B. Arbitraje obligatorio	47
2.2.5. Naturaleza de las funciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación	48

III. VALOR JURÍDICO DE LOS INFORMES DE LOS GRUPOS ESPECIALES Y EL ÓRGANO DE APELACIÓN.....	57
3.1. La jurisprudencia y su valor normativo en el Derecho Internacional Público.....	57
3.2. Valor jurídico de los informes adoptados dentro del sistema de la OMC	62
3.3. Valor jurídico de los informes no adoptados dentro del sistema de la OMC.....	73
3.4. Principios del Derecho Internacional Público en la jurisprudencia del Órgano de Apelación	74
3.4.1. Principio de la Buena Fe	75
3.4.2. Principio de Irretroactividad de los tratados.....	84
3.4.3. Principio Iura novit curia	88
3.4.4. Principio de Estoppel	93
3.4.5. Principio de Cautela o de Precaución	104
3.4.6. Principio Competencia de la Competencia	111
3.4.7. Principio de la Nulidad de la sentencia dictada en exceso de poder	121
IV. VIGILANCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES DEL OSD.....	126
4.1. Objetivo de la etapa de vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del ESD.....	126
4.2. Determinación del “plazo prudencial” para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD	127
4.3. Etapa de vigilancia de la aplicación de las resoluciones y recomendaciones formuladas por el OSD.....	128
4.4. “Procedimiento del grupo especial sobre cumplimiento” o “examen del cumplimiento”	129
V. COMPENSACIÓN Y SUSPENSIÓN DE CONCESIONES	131
5.1. La compensación y suspensión de concesiones.....	132
5.2. La compensación: medida de inducción al cumplimiento, beneficiosa para	

el sistema multilateral de comercio	133
5.3. La suspensión de concesiones: último recurso para obtener el cumplimiento	134
CONCLUSIONES	140
BIBLIOGRAFÍA	145
ANEXOS	161

INTRODUCCIÓN

El surgimiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC) como una organización internacional, constituye un significativo paso de la comunidad internacional para establecer una estructura jurídica internacional, de vocación universal, en el ámbito del comercio internacional.

Esta organización cuenta con un sistema propio de solución de controversias internacionales, destinado a intervenir en las disputas que surgieren entre sus miembros, respecto de la observancia o cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de los numerosos acuerdos que configuran el marco jurídico de la OMC. Antes de su creación, fue desarrollado un sistema de solución de controversias fundado en unas cuantas disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, en su sigla inglesa), suscrito en 1947 –que no estableció órganos especialmente encargados de solución de diferencias-, sustentado en la Secretaría General establecida por dicho tratado. Este sistema de solución de controversias internacionales se aplicaba a los diferendos surgidos entre los Estados partes contratantes del mismo, relativos a las disciplinas comerciales establecidas negociadas durante la vigencia del GATT de 1947, y en gran medida es la base del sistema instaurado con la OMC.

Este sistema de solución de controversias recoge las prácticas y procedimientos desarrollados durante la vigencia del GATT para resolver las disputas entre sus partes contratantes, a la vez que introduce algunas innovaciones. La más notable es la creación del Órgano de Apelación de la OMC –cuerpo jurídico permanente, competente para revisar los aspectos jurídicos de los informes elaborados por los grupos especiales-.

Asimismo, el análisis de los hechos y del derecho de aquellos casos que no han podido ser resueltos mediante consultas entre los miembros de la OMC partes en una disputa, ha quedado radicado en dos cuerpos de expertos –el grupo especial y el Órgano de Apelación-. Además, existe un tercer órgano de esta organización que cumple algunas funciones durante los procedimientos de solución de controversias: el Órgano de Solución de Diferencias (OSD). Éste

corresponde al Consejo General de la OMC, y en él pueden participar y tienen derecho a voto, todos los miembros de esta organización.

Una de las actuaciones más importantes encargada al OSD es la llamada ‘adopción de los informes’ elaborados por los grupos especiales o el Órgano de Apelación. Si éste no los adopta, las decisiones o recomendaciones contenidas en ellos no adquieren el valor de una decisión vinculante que deba ser aplicada por el miembro que declarado en infracción de alguno de los compromisos contraídos en virtud de alguno de los acuerdos de la OMC.

Esta característica del sistema de solución de controversias creado en el marco de la OMC, relativa a las funciones asignadas a los órganos que participan en los procesos internacionales que tienen lugar en este foro, lleva a plantearnos algunas interrogantes. ¿Cuál es el valor jurídico de los informes elaborados por los grupos especiales y/o el Órgano de Apelación? ¿Los órganos que participan en este sistema, están facultados para crear derecho?

La presente memoria se centrará en el estudio de los informes emanados de estos órganos de la OMC, a fin de analizar su valor jurídico en materia de la solución de controversias, partiendo de la hipótesis de que las decisiones adoptadas por los paneles y por el Órgano de Apelación, deben ser evaluadas de acuerdo con el poder resolutivo de aquéllos.

I. ANTECEDENTES GENERALES SOBRE EL SISTEMA DE OBLIGACIONES COMERCIALES MULTILATERALES DE LA OMC

El sistema multilateral de comercio que hoy se encuentra bajo la administración de la OMC, corresponde a un conjunto de tratados que contienen obligaciones internacionales permanentes y multilaterales, adoptados al amparo del “Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”¹ con que culminó la Ronda de Negociaciones de Uruguay. En la adopción de dicha Acta participaron todos los Estados “Partes Contratantes del GATT” –alcanzando el número de 128²-, y que desde la entrada en vigor de la OMC –el 1 de enero de 1995- pasaron a ser “miembros” de esta organización.

La OMC es una organización internacional de vocación universal, pues se encuentra abierta a la adhesión de todos los Estados interesados que sean admitidos como miembros luego de negociar su entrada. Para ello, deben comprometerse a efectuar concesiones en materia de comercio internacional. La OMC cuenta con 155 miembros³ -entre originarios y adherentes- que han ratificado los tratados del Acta Final, y con 29 los Estados o territorios aduaneros que poseen la calidad de observadores⁴. Asimismo, alrededor de 70 organizaciones internacionales son observadores en distintos órganos y comités de la OMC, lo que les permite seguir sus deliberaciones en cuestiones que revisten interés directo para ellas⁵. Entre dichas organizaciones, podemos mencionar, por ejemplo el Banco Mundial, la Conferencia de las Naciones Unidas

¹ En adelante ‘Acta Final’, adoptada en Marrakech, el 15 de abril de 1994. Disponible en línea en: <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/03-fa.pdf>. V.t. p. 5, cuadro esquemático que incluye todos los tratados que ésta incorpora.

² LOS 128 países que habían firmado el Acuerdo General antes de finalizar 1994 [en línea] <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/gattmem_s.htm> [consulta: 7 de julio de 2012].

³ Cantidad de miembros al día 10 de mayo de 2012. ENTENDER la OMC: la organización. Miembros y Observadores. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm> [Consulta: 7 de julio de 2012]. V.t. Anexo I, Estados y territorios aduaneros miembros de la OMC.

⁴ Ibíd. V.t. Anexo II, Gobiernos con la condición de observador en la OMC.

⁵ ORGANIZACIONES internacionales intergubernamentales a las que se ha concedido la condición de observador en órganos de la OMC [en línea] <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/igo_obs_s.htm> [Consulta: 7 de julio de 2012]. V.t. Anexo III, Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha concedido la condición de observador en órganos de la OMC.

sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización Mundial de Aduanas (OMA), la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), el Consejo Internacional de Cereales (CIC), Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas (PMA), Comisión Mixta FAO/OMC del Codex Alimentarius (Codex), la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) de la FAO, la Organización Internacional de Normalización (ISO), Organización Mundial de la Salud (OMS), la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (CDS), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCM), Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), entre otras.

El “Acuerdo de la OMC”⁶ o “Acuerdo de Marrakech” es parte de los acuerdos incluidos en el Acta Final, y corresponde al tratado constitutivo y orgánico de la OMC. Al mismo tiempo, es aquel que encabeza una extensa serie de tratados que, en su gran mayoría, contienen las obligaciones o disciplinas que los miembros de la OMC se han comprometido a cumplir e implementar en materia de comercio exterior en distintos ámbitos, y que se han incorporado a este tratado en forma de “anexos”. Algunos de estos anexos del Acuerdo de la OMC establecen disciplinas de comercio inexistentes en el sistema de comercio internacional del GATT de 1947⁷, mientras que otros corresponden al “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” y al “Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales”. Un esquema general del Acuerdo de la OMC y sus anexos se puede apreciar en el siguiente cuadro:

⁶ ‘Acuerdo de la OMC’ o ‘Acuerdo de Marrakech’ son nombres abreviados del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Disponible en línea: <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#finalact>.

⁷ Estos acuerdos corresponden al Anexo 1B correspondiente al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Anexos y al Anexo 1C correspondiente al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

<p>Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales</p>	<p>Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo de la OMC o Acuerdo de Marrakech)</p>	<p>Anexo 1 Acuerdos Comerciales Multilaterales</p>	<p>Anexo 1A Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías</p> <ul style="list-style-type: none"> -Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 -Acuerdo sobre la Agricultura -Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias -Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido⁸ -Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio -Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio -Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 -Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 -Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición -Acuerdo sobre Normas de Origen -Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación -Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias -Acuerdo sobre Salvaguardias
			<p>Anexo 1B (“GATS”) Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Anexos</p>
			<p>Anexo 1C (“ADPIC” o “TRIP”) Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio</p>
		<p>Anexo 2</p> <p>Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)</p>	
		<p>Anexo 3</p> <p>Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales</p>	
		<p>Anexo 4 Acuerdos Comerciales Plurilaterales</p> <ul style="list-style-type: none"> -Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles⁹ -Acuerdo sobre Contratación Pública -Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos -Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino¹⁰ 	

Este esquema muestra claramente el conjunto de tratados internacionales aplicables a las principales disciplinas comerciales internacionales que deben inspirar y modelar la normativa

⁸ Este acuerdo expiró el día 1° de enero de 2005.

⁹ Este acuerdo estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1997. Consultar decisión del OSD, en virtud de la cual este órgano opta por no extender la vigencia de dicho tratado, contenida en el documento IDA/8, disponible en línea: <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp?searchmode=simple> [Consulta: 7 de julio de 2012].

¹⁰ Este acuerdo estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1997. Consultar decisión del OSD, en virtud de la cual este órgano opta por no extender la vigencia de dicho tratado, contenida en el documento IMA/8, disponible en línea: <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp?searchmode=simple>. [Consulta: 7 de julio de 2012].

nacional de los Estados miembros de la OMC. Cada miembro de la OMC se encuentra en el deber de cumplir y observar este conjunto de obligaciones internacionales que ha aceptado al ingresar al sistema multilateral de comercio; pero a la vez, y como contrapartida se encuentra facultado para exigir a cada uno de los demás la misma observancia de aquellos compromisos. Otros anexos del acuerdo de la OMC

Como se puede observar, este sistema abarca variados aspectos del comercio internacional, a diferencia del GATT que, aún cuando se ha mantenido con diversas modificaciones, sólo se refería al comercio de bienes. Así, hoy en día, no tan sólo se encuentra regulado el comercio internacional de bienes en virtud del llamado “GATT de 1994” –cuyo contenido se complementa con una serie de tratados internacionales que contemplan obligaciones en áreas más específicas del comercio de mercancías-, sino que también el comercio internacional de servicios, a través del “GATS”, y los aspectos comerciales relativos a la propiedad intelectual mediante el acuerdo “ADPIC” o “TRIPS”.

De este modo, en esencia, se observa que los miembros de la OMC han asumido el compromiso internacional de respetar todos estos acuerdos –pues al ingresar no pueden hacer reservas o excluir alguno de ellos-, tendientes a limitar y disminuir las barreras proteccionistas, que en ejercicio de su soberanía pueden imponer al comercio internacional.

La somera descripción de los tratados de la OMC, permite afirmar que tanto el Acta Final, como cada uno de los tratados incorporados en la misma, son de aquella categoría de tratados multilaterales que, por incluir como adoptantes o adherentes a gran parte de la comunidad internacional han sido calificados por la doctrina como “tratados normativos”, o de “derecho internacional general”, en oposición a los de “derecho internacional particular”, mediante los cuales se obligan tan solo unos cuantos Estados. Pese a que técnicamente hablando no debería realizarse distinción alguna, pues ambos tipos de tratados crean obligaciones que comprometen únicamente a las partes de los mismos, y como tales constituyen una fuente específica de obligaciones internacionales, no de normas de aplicación general y obligatoria para todos los miembros de la comunidad internacional¹¹⁻¹². No obstante, dada la influencia indiscutible de

¹¹ BROWNIE, Ian. Principles of Public International Law, Oxford; New York: Oxford University Press, 2008, 7th. ed., p. 4.

estos tratados multilaterales, constituyen una importantísima fuente material. En la práctica no podríamos calificarlos meramente como una fuente más entre otras, toda vez que son una prueba irrefutable del consenso de los Estados, y sus normas pueden lograr un estatus destacado entre otras fuentes convencionales.

Por otro lado, al tratarse de obligaciones internacionales acordadas entre sujetos de derecho internacional, es indudable que los tratados de la OMC se encuentran insertos y regulados por el derecho internacional público, cuyas normas les resultan aplicables en todo aquello que los mismos no las hayan modificado o excluido expresamente. Dentro del derecho internacional público, que comprende normas de aplicación general relativas a las más diversas materias, los tratados de la OMC constituyen una parte especializada o una *lex specialis*, pues como recién indicamos, han fijado un cuerpo de obligaciones y disciplinas que en principio atañen a una área determinada: el comercio.

Atendida esta misma circunstancia, es decir, que en virtud de los tratados de la OMC los miembros de esta organización han regulado sus relaciones comerciales, apuntando esencialmente a liberalizar el comercio, no se puede negar que los compromisos asumidos han llegado a conformar un marco de referencia general, con un impacto transversal y potencial en casi todos los demás sectores de la sociedad y del derecho¹³. De allí que, perfectamente podrían calificarse como una *lex generalis*, que sólo ha asentado las bases en el área de las disciplinas comerciales, y constituyen un marco de referencia mínimo y general que puede seguir siendo detallado y perfeccionado.

Asimismo, estos tratados también resultan ser un marco de compromisos prácticamente universales en las relaciones comerciales entre una gran mayoría de los Estados de la comunidad internacional. Como ya hicimos notar, 155 Estados y territorios aduaneros son miembros de esta organización, mientras que 29 se encuentran negociando su ingreso a la misma. Esto implica que dentro de un escenario global, son escasos los Estados que no son miembros de la OMC y

¹² FITZMAURICE, Gerald. Some problems regarding the formal sources of international law, *Symbolae Verzijl*, p. 153-176. En: KOSKENNIEMI, Martti. *Sources of International Law*, Brookfield, Vt.: Ashgate, 2000, 58 p.

¹³ PAUWELYN, Joost. The role of Public International Law in the WTO: How far can we go?, 95 *American Journal of International Law*, (2001) 538-540 p. [en línea] <<http://www.asil.org/ajil/pauwelyn.pdf>> [consulta 7 de julio de 2012].

tampoco se encuentran negociando su ingreso a ella –entre éstos últimos figura Groenlandia y Surinam, en el continente americano; Turkmenistán y la República Popular Democrática de Corea, en Asia; y Eritrea y Somalia en África-. Este panorama demuestra el interés de casi todos los Estados de la comunidad internacional, por integrarse a la OMC y así ser parte de este sistema de obligaciones comerciales internacionales, multilaterales y recíprocas.

Como ocurre con las obligaciones que contraen los sujetos dentro de un ordenamiento jurídico interno, los sujetos que actúan en la esfera internacional, y en este caso particular los miembros de la OMC, normalmente cumplen los compromisos que contraen, sin consideración de la circunstancia de que exista o no sistema centralizado y obligatorio de solución de controversias, a cargo de terceros, para el caso de incumplimiento. Lo que se espera de los miembros de la OMC desde el momento en que ingresan a esta organización, es que se encuentren dispuestos a respetar los compromisos asumidos, desplegando todos los esfuerzos políticos y normativos necesarios dentro de sus respectivos Estados. No obstante, más allá de que la conducta de los sujetos en el ordenamiento jurídico interno o internacional habitualmente obedezca al principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, en el sistema jurídico internacional, el contexto donde los Estados y otros sujetos de derecho internacional se desenvuelven, juega también un rol de incentivo para el cumplimiento de los compromisos internacionales y la observancia del derecho internacional, más que las sentencias o laudos de tribunales internacionales¹⁴.

Pese a ello, y aun cuando el cumplimiento de las obligaciones internacionales suele darse de manera espontánea y generalizada, los negociadores de los acuerdos que hoy forman parte del sistema administrado por la OMC, consideraron como un elemento central del sistema de obligaciones comerciales multilaterales, el establecimiento de un sistema de solución de controversias propio de esta organización internacional, especializado en relación a las materias tratadas en los denominados “acuerdos abarcados”, a fin de garantizar la eficacia y apego a los compromisos contraídos. Dicho sistema especializado de solución de controversias internacionales, fue establecido por medio del “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” o ESD. Este tratado internacional

¹⁴ CHARNEY, Jonathan I. *International Law threatened by multiple international tribunals?*, *Recueil des Cours*. Vol. 271 (1998), 116 p.

expresamente manifiesta la relevancia que este sistema tiene para los miembros de la OMC, al indicar que:

“El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados (...)”¹⁵

Esta declaración refleja el interés de los miembros de esta organización, por contar de manera permanente con la observancia por parte de todos sus miembros de las obligaciones contraídas en los “acuerdos abarcados”, dándoles la oportunidad a los mismos de recurrir a este sistema cuando consideren que sus derechos y ventajas comerciales dimanantes de los acuerdos abarcados, no están siendo respetados por alguno de los demás miembros. Asimismo, este sistema busca brindar a los miembros de la OMC una solución de manera rápida, a fin de no prolongar las situaciones de incertidumbre sobre el cumplimiento o incumplimiento de los acuerdos abarcados, al señalar que:

“Es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros la pronta solución de la situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabas por medidas adoptadas por otro Miembro”¹⁶.

Pese a que antes de la creación de la OMC, las Partes Contratantes del GATT contaron con mecanismos de solución de diferencias para resolver los conflictos nacidos de la aplicación del GATT, que se encontraban mínimamente regulados por el mismo tratado, y que se fueron desarrollando y evolucionando en base a la práctica de las partes del GATT, durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, los negociadores optaron por la elaboración y adopción del ESD, un tratado especialmente destinado a establecer y regular de manera sistemática los medios de solución de diferencias aplicables en caso de producirse controversias entre los miembros de la OMC, y en consecuencia, a dar eficacia a los acuerdos abarcados cuando algún miembro ha desatendido sus compromisos.

¹⁵ ESD, artículo 3, párrafo 2.

¹⁶ ESD, artículo 3, párrafo 3.

A fin de cumplir con esos propósitos, el **Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)** prevé diversos mecanismos, diplomáticos y jurídicos, aunque esencialmente regula un procedimiento de orden judicial, aplicable a todos aquellos casos en que hubiera sido imposible para las partes llegar a una solución mutuamente convenida. Para estos casos, el ESD establece los órganos a los que los miembros de la OMC confirieron jurisdicción para resolver las controversias surgidas entre ellos relativas al sistema multilateral de comercio, actuando en calidad de terceros imparciales: los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Este tratado además crea el OSD –el Órgano de Solución de Diferencias-, que participa en el proceso de solución de controversias dentro de esta organización, dando una aprobación formal a lo resuelto por los órganos judiciales.

Así, se observa que el ESD es un tratado internacional que establece los diversos procedimientos y órganos que podrán intervenir en la tarea de resolver las controversias internacionales que puedan surgir entre los miembros de la OMC, relativas al cumplimiento de obligaciones contenidas en los llamadas “acuerdos abarcados”. Se explicará más adelante, que ellos no comprenden todos los tratados adoptados al finalizar la Ronda de Uruguay.

El hecho de que desde la creación de la OMC, la actividad de solución de controversias haya sido dotada de una institucionalidad permanente –a diferencia de su situación con anterioridad a la creación de esta organización-, demuestra que dentro del sistema de obligaciones multilaterales de la OMC, son claves los conceptos de incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad internacional. Aún cuando las medidas de política comercial contrarias a las disciplinas comerciales de la OMC –que son por regla general el hecho generador de la responsabilidad internacional dentro de este sistema- que podrían adoptar los miembros son innumerables, el sistema multilateral de comercio de esta organización ha encauzado la responsabilidad de sus miembros a través de tres hipótesis generales. En base a ellas, los miembros que estimen que un acto de otro miembro es contrario al sistema de obligaciones multilaterales de la OMC y afecta los derechos o ventajas que les corresponderían, pueden presentar una reclamación ante los órganos previstos en el ESD. Estas hipótesis generales de responsabilidad se encuentran establecidas principalmente en el ESD, en el GATT de 1994 y en algunos de los demás acuerdos abarcados, y plantean a modo general las situaciones en que

habrá una controversia internacional susceptible de ser resuelta por medio de los mecanismos del ESD.

Así queda claro que no cualquier tipo de oposición o conflicto de intereses que se produzca entre los miembros de la OMC será susceptible de ser planteado ante su foro, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con la Corte Internacional de Justicia, que puede pronunciarse y resolver controversias sobre las más diversas materias de derecho internacional público, siempre que las partes le hayan otorgado esa competencia.

El sistema de solución de controversias de la OMC propende en primer lugar a que las partes de un diferendo alcancen ‘una solución mutuamente convenida’, quedando la resolución de la controversia queda entregada primeramente a las partes. Sólo cuando las consultas y la negociación directa entre ellas finalizan sin resultados, la disputa puede ser presentada a un tercero imparcial a fin de que decida sobre el asunto. Así, el miembro insatisfecho o reclamante, que dio inicio a las consultas y negociación por estimar que otro miembro ha dejado de cumplir con sus compromisos en perjuicio de sus derechos, podrá presentar ante los órganos de la OMC, una “reclamación”, en contra de él o los miembros que considere responsables.

Después de esta revisión de los aspectos más básicos del sistema multilateral de comercio OMC y una breve mención al rol que cumple el sistema de solución de controversias contenido en el ESD en dicho sistema, haremos una explicación acerca del ámbito de aplicación o de competencia del sistema de solución de controversias regulado en el ESD, para luego referirnos a las hipótesis de reclamación previstas en los “acuerdos abarcados”, así como al procedimiento previsto en el ESD y la actividad desarrollada por los órganos que este tratado establece.

1.1. Ámbito de aplicación del ESD

El ESD contiene disposiciones que circunscriben el ámbito de aplicación del sistema de solución de controversias de la OMC, determinando los sujetos de derecho internacional que

pueden recurrir a él, las materias que pueden ser objeto de un procedimiento y el factor temporal. Estos temas serán analizados a continuación.

Los órganos encargados de ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de la OMC, sólo podrán intervenir en aquellas controversias que involucren a dos o más “miembros de la OMC”¹⁷. Sólo pueden ser miembros de la OMC los Estados soberanos y los territorios aduaneros independientes¹⁸. Ni el ESD ni el Acuerdo de Marrakech, contienen normas que habiliten a otra clase de sujetos de derecho internacional para presentar o participar directamente en una reclamación ante los órganos competentes de la OMC, o para utilizar otro medio de solución de controversias al amparo de esta organización.

En cuanto al ámbito de aplicación temporal del ESD, podemos decir que éste fue establecido para tener efectos futuros y no retroactivos¹⁹, siendo aplicable únicamente a las solicitudes de celebración de consultas presentadas desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de Marrakech, en adelante. En cambio, las solicitudes de consultas presentadas con anterioridad a la vigencia de este acuerdo, continuaron siendo reguladas por las normas y procedimientos vigentes en ese momento, al igual que aquellos casos cuya resolución se encontraba pendiente y los informes de los paneles respectivos que aún no habían sido adoptados o aplicados íntegramente.

Finalmente, los mecanismos de solución de controversias del ESD²⁰, fueron establecidos para resolver únicamente aquellas controversias en que se discuta la observancia, por parte de los miembros de la OMC, de los denominados “acuerdos abarcados”, que corresponden a un conjunto de tratados enumerados en el mismo Entendimiento²¹.

Estos “acuerdos abarcados” comprenden en total 21 instrumentos. Diecisiete de ellos son acuerdos comerciales multilaterales²² y 4 corresponden a acuerdos comerciales plurilaterales²³.

¹⁷ ESD, artículo 1, párrafo 1.

¹⁸ Acuerdo de la OMC, artículo XIII, párrafo 1.

¹⁹ ESD, artículo 3, párrafo 11.

²⁰ Doc. cit., artículo 1, párrafo 1.

²¹ Doc. cit., Apéndice 1. V.t. Anexo 4, Esquema de los acuerdos abarcados del apéndice 1 del ESD.

²² Los acuerdos multilaterales son aquellos que tienen como partes a todos los miembros de la OMC.

Entre los acuerdos multilaterales que establecen los derechos y obligaciones de los miembros de la OMC en las distintas áreas del comercio, 13 de ellos contienen las disciplinas que regulan el comercio internacional de bienes²⁴, uno de ellos regula el comercio internacional de servicios²⁵ y otro los aspectos comerciales de los derechos de propiedad intelectual²⁶.

ACUERDOS ABARCADOS	Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo de la OMC o Acuerdo de Marrakech)	Anexo 1 Acuerdos Comerciales Multilaterales	Anexo 1A
			Anexo 1B (“GATS”)
			Anexo 1C (“ADPIC” o “TRIP”)
		Anexo 2	Anexo 4 Acuerdos Comerciales Plurilaterales

Como se puede apreciar, los ‘acuerdos abarcados’ también incluyen el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y el propio Entendimiento sobre las normas y

²³ Los acuerdos plurilaterales, a diferencia de los multilaterales, sólo cuentan entre sus partes a algunos de los miembros de la OMC y no la totalidad de ellos.

²⁴ El comercio internacional de bienes se encuentra regulado por medio del GATT de 1994, y 12 acuerdos adicionales que regulan diversas materias de esta área del comercio. Consultar esquema del Anexo 1.

²⁵ Las disciplinas relativas al comercio internacional de servicios se encuentran en el “Acuerdo General sobre el comercio de Servicios”.

²⁶ El área de propiedad intelectual ha sido tratada en el “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio”.

procedimientos que rigen la solución de diferencias, por lo cual, es posible presentar reclamaciones fundadas en la inobservancia de lo acordado en cualquiera de estos dos tratados, como lo ha aceptado el ESD²⁷ al declarar que el procedimiento del ESD también será aplicable a las controversias nacidas de cualquiera de estos dos acuerdos, ya sea que se funden exclusivamente en las disposiciones de uno de ellos, o que se basen además en las disposiciones de cualquier otro de los acuerdos abarcados.

Así, en principio, el procedimiento de solución de controversias del ESD podrá emplearse tanto para resolver las controversias que podríamos calificar como “sustantivas” –es decir, las que versan sobre la inobservancia de las disciplinas que regulan el comercio internacional-, como para aquellas originadas en los acuerdos que regulan la estructura orgánica de la OMC y su procedimiento de solución de controversias internacionales.

1.2. Tipos de reclamaciones recogidas en el ESD

Desde la creación de la OMC la responsabilidad internacional de sus miembros surgida a consecuencia de su inobservancia de las disciplinas comerciales establecidas en los acuerdos abarcados ha sido abordada mediante un sistema de solución de controversias común a todos estos tratados, y aplicable respecto de todos sus miembros, cuyo fin último es que los miembros de la OMC respeten de manera continua y permanente los compromisos asumidos al ingresar al sistema multilateral de comercio. Este sistema de solución de diferencias se funda en los mismos principios sobre los cuales se articulaba la solución de diferendos entre las partes contratantes del GATT de 1947. Recordemos que el GATT no previó un sistema ni los mecanismos de solución de controversias como los que fueron incorporados en el sistema de la OMC. En el GATT de 1947, algunas disposiciones se referían a casos de incumplimiento, como los artículos XXII y XXIII y que hoy forman parte del GATT de 1994

Dichos artículos se refieren respectivamente a las “consultas” entre las partes contratantes y a las “reclamaciones”, y constituyen el sustrato con que las partes del GATT contaron para poner

²⁷ ESD, artículo 1, párrafo 1.

en marcha los mecanismos de solución de controversias que les permitieran superar sus diferencias relativas a la aplicación de dicho tratado. Desde los inicios del sistema multilateral de comercio instaurado con el GATT de 1947 –como lo evidencian los artículos XXII y XXIII- el principio rector en materia de solución de controversias fue la búsqueda de una solución de mutuo acuerdo del diferendo.

Pese a las grandes modificaciones introducidas por el ESD en materia de solución de diferencias, el contenido de los artículos XXII y XXIII ha perdurado, y cada uno de los acuerdos abarcados los incluye ya sea por remisión al GATT o reiterados por el mismo acuerdo abarcado de que se trate. En el mismo sentido, el ESD adhiere expresamente a los principios de solución de controversias consagrados en el GATT, y desarrolla el procedimiento aplicable a los distintos tipos de reclamaciones, contempladas en el artículo XXIII, párrafo primero del GATT de 1994, que es del siguiente tenor:

“En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

- a)* que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o
- b)* que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o
- c)* que exista otra situación,

dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas”.

Como se establece en esta disposición, en el sistema multilateral de comercio se conciben tres hipótesis de reclamación diferentes. El ESD prevé el procedimiento a seguir para cada una de ellas, y establece su aplicación a las reclamaciones surgidas de cualquiera de los acuerdos

abarcados, aunque respetando las disposiciones de procedimientos especiales de cada uno de ellos²⁸.

La mayor parte del articulado de ese tratado se encuentra destinado a regular los procedimientos a seguir en las reclamaciones presentadas ante los grupos especiales de acuerdo a lo dispuesto en la letra a), del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994; mientras que el artículo 26 del ESD desarrolla las hipótesis de reclamación respecto de los literales b) y c) del mismo, y establece las diferencias en la tramitación de estos dos tipos de reclamaciones respecto del procedimiento general regulado en el ESD.

Lo expuesto ilustra claramente que las tres categorías de incumplimiento previstas en el ESD y en virtud de las cuales un miembro de la OMC puede entablar una reclamación, son transversales a todos los acuerdos abarcados y que el procedimiento del ESD resulta aplicable a las controversias emanadas de cualquiera de ellos en conjunto con los procedimientos y requisitos especiales de cada uno de dichos acuerdos.

Asimismo, cabe destacar que el artículo XXIII del GATT de 1994 establece como presupuesto general de las tres clases de reclamaciones que prevé, el hecho de que la medida adoptada por el miembro contra el cual se reclama produzca “una anulación o menoscabo de una ventaja resultante directa o indirectamente de un acuerdo abarcado”, o que “el cumplimiento de uno de los objetivos del acuerdo se hallare comprometido”, siguiendo la regla general en materia de responsabilidad, que exige la existencia de un daño como consecuencia del hecho ilícito. Si bien el ESD exige la concurrencia de un daño, consistente en la anulación o menoscabo de una ventaja resultante de un acuerdo abarcado, no obstante, también prevé una importante excepción a este principio, bastando en la mayor parte de los casos acreditar que el demandado ha incumplido las obligaciones previstas en un acuerdo abarcado, y no la anulación o menoscabo que le hubiere sido ocasionado.

²⁸ ESD, artículo 26.

1.2.1. Reclamación del tipo en que “existe infracción”

El artículo XXIII, párrafo 1, del GATT de 1994, establece en primer lugar la siguiente hipótesis de reclamación:

“1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; (...).”

La jurisprudencia de la OMC muestra que las reclamaciones fundadas en esta hipótesis son las que más frecuentemente ha correspondido examinar a los órganos encargados de la solución de controversias. De manera abreviada se las ha denominado como las reclamaciones del tipo en que “existe infracción”. Se trata de aquellos casos en que un miembro incumple con sus obligaciones dimanantes de alguno de los acuerdos abarcados²⁹, lo que ocasiona la anulación o menoscabo de una ventaja resultante directa o indirectamente de aquel acuerdo –o aquellos acuerdos-, para el miembro que solicita las consultas formales de acuerdo al ESD.

Este tipo de reclamación se encuentra prevista en el artículo XXIII, párrafo 1, letra a) del GATT de 1994, y no en el ESD. Sin embargo, casi la totalidad de los procedimientos que establece este tratado se encuentran destinados a regular esta tipo de reclamaciones. Ello se deduce a *contrario sensu*, del contenido del artículo 26 del ESD, explícitamente destinado a describir en detalle las otras dos hipótesis de reclamación conforme al artículo XXIII del GATT, y del hecho de que agrega procedimientos especiales para sustanciar el conocimiento de estos dos tipos de reclamación.

De este modo, el tratamiento especial y expreso que reciben en virtud del artículo 26 las otras dos clases de reclamaciones, permite concluir que el procedimiento regulado en el resto del ESD

²⁹ ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio. Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Editions Yvon Blais: 2004, p. 39.

es aquél que fue establecido para la hipótesis de reclamación más empleada por los miembros de la OMC al fundar sus reclamaciones. Es decir, la del literal a) del artículo precitado del GATT de 1994, correspondiente al incumplimiento de las obligaciones de los acuerdos abarcados.

Respecto de esta clase de controversias, lo lógico sería que sobre el demandante recayera el *onus probandi* de los dos supuestos de hecho que configuran esta hipótesis, el incumplimiento de una o varias obligaciones derivadas de los acuerdos abarcados, y la anulación o menoscabo sufrida por el reclamante a causa de aquél. No obstante, el miembro demandante se encuentra liberado de la carga probatoria de la “anulación o menoscabo”, que el ESD presume en este tipo de reclamaciones:

“En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación”³⁰.

Esta presunción corresponde a una facilidad procesal para el demandante, y en la práctica puede constituir un incentivo cuando el reclamante deba determinar qué tipo de reclamación llevar ante los órganos jurisdiccionales de la OMC.

En este tipo de reclamación, si el grupo especial y/o el Órgano de Apelación determinan que ha existido una infracción a los acuerdos abarcados debido a una medida adoptada por miembro contra el cual se reclama, el miembro demandado se encontrará en el deber de modificar o eliminar la medida impugnada por el reclamante, siguiendo los procedimientos que el propio ESD prevé con ese propósito. Este es el principal efecto que se busca obtener mediante esta clase de reclamación, y se desprende *a contrario sensu* de lo establecido en el artículo 26, párrafo 1, letra b), del ESD, referido a las alegaciones en que “no existe infracción”, que dispone lo siguiente:

“b) cuando se haya llegado a la conclusión de que una medida anula o menoscaba ventajas resultantes del acuerdo abarcado pertinente, o

³⁰ ESD artículo 3, párrafo 8.

compromete el logro de objetivos de dicho acuerdo, sin infracción de sus disposiciones, no habrá obligación de revocar esa medida. Sin embargo, en tales casos, el grupo especial o el Órgano de Apelación recomendarán que el Miembro de que se trate realice un ajuste mutuamente satisfactorio; (...).”

Esta disposición permite concluir que en las reclamaciones en que existe infracción, dado que se ha constatado un incumplimiento de los acuerdos abarcados, consistente en una medida de política comercial internacional adoptada por el gobierno de miembro contra el cual se reclama, éste, a fin de reparar dicha inobservancia, se encontrará en la obligación de eliminar esa medida atentatoria contra las disciplinas de libre comercio internacional.

1.2.2 Reclamación del tipo en que “no existe infracción”

El ámbito de aplicación de este tipo de reclamaciones, además de encontrarse enunciado en el artículo XXIII del GATT, ha sido descrito en el ESD del siguiente modo:

“Cuando las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994 sean aplicables a un acuerdo abarcado, los grupos especiales o el Órgano de Apelación sólo podrán formular resoluciones y recomendaciones si una parte en la diferencia considera que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del acuerdo abarcado pertinente se halla anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos de dicho acuerdo se halla comprometido a consecuencia de que otro Miembro aplica una medida, contraria o no a las disposiciones de ese acuerdo. (...)”³¹.

Este tipo de reclamación sería aplicable a aquellas situaciones en que un miembro de la OMC adoptase medidas que, sin constituir un incumplimiento o infracción de una obligación como en la hipótesis anterior, produzcan la anulación o menoscabo de ventajas resultantes de un acuerdo, frustrasen sus objetivos o socavasen los compromisos comerciales previstos en dicho acuerdo³².

³¹ Doc. cit., artículo 26, encabezado.

³² ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio, Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Editions Yvon Blais: 2004, p. 40.

Sin embargo, atendida la naturaleza de este tipo de reclamación, su utilización como fundamento de las reclamaciones presentadas ante los órganos que ejercen las funciones jurisdiccionales dentro de la OMC, ha sido bastante inusual. De hecho, durante toda la vigencia del GATT hasta el año 2004, sólo hubo 14 reclamaciones del tipo en que no existe infracción, en 6 de las cuales la acción prosperó, y en 3 de ellos el informe fue adoptado por el Consejo del GATT, según lo informado por la OMC³³. El propio ESD resta fuerza a esta clase de reclamaciones, al indicar en la letra b) del artículo 26 que “no habrá obligación de revocar la medida” y que tanto el grupo especial que conozca del caso como el Órgano de Apelación se limitarán a “recomendar al miembro demandado que realice un ajuste mutuamente satisfactorio”.

Asimismo, dado que estas reclamaciones van dirigidas contra medidas adoptadas por un miembro, que no constituyen un incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos abarcados, la carga probatoria del demandante que recurriere a esta causal será superior, pues no se aplicará la presunción de haberse producido una anulación o menoscabo establecida para los casos en que “existe infracción”. Lo anterior, debido a que el tenor literal del artículo 3, párrafo 8, del ESD indica que dicha presunción sólo rige para las reclamaciones fundadas en un “incumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado”, y no para los casos en que no hay una obligación incumplida, como ocurre con el tipo de reclamaciones establecidas en la letra b) del artículo XXIII del GATT de 1994.

En consecuencia, en esta clase de reclamaciones, corresponderá al demandante demostrar la concurrencia de las siguientes tres condiciones³⁴:

- i. Que el miembro demandado ha aplicado una medida;
- ii. Que alguno de los acuerdos abarcados establecía una ventaja en su favor, y
- iii. Que la medida aplicada por el demandado provoca la anulación o el menoscabo de dicha ventaja.

Finalmente, otra norma de procedimiento aplicable a esta clase de reclamaciones “en que no existe infracción”, y que difiere de las normas generales, es la que exige al miembro reclamante

³³ Op. cit., p. 42.

³⁴ *Ibíd.*

“apoyar con una justificación detallada cualquier reclamación relativa a una medida que no es esté en contradicción con el acuerdo abarcado pertinente”³⁵. En cambio, cuando el ESD se refiere tanto a la solicitud de celebración de consultas como a la solicitud de establecimiento de un grupo especial, para los casos en que existe infracción, establece requisitos de presentación un poco menos exigentes, disponiendo que estas solicitudes deberán presentarse por escrito, y contener las razones en que se base la solicitud, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación.

1.2.3 Reclamación del tipo en que “existe otra situación”

El ESD dedica algunas de sus líneas a la descripción de esta hipótesis, señalando lo siguiente:

“Cuando las disposiciones del párrafo 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994 sean aplicables a un acuerdo abarcado, los grupos especiales sólo podrán formular resoluciones y recomendaciones si una parte considera que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del acuerdo abarcado pertinente se halla anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos de dicho acuerdo se halla comprometido a consecuencia de una situación diferente de aquellas a las que son aplicables las disposiciones de los párrafos 1 a) y 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994”³⁶.

Esta hipótesis se refiere al caso de que “otra situación” sea la causa de que las ventajas resultantes para un miembro, nacidas de uno o más de los acuerdos abarcados, hayan sido anuladas o menoscabadas, o de que el cumplimiento de los objetivos del acuerdo abarcado se viere afectado, o se encontrara comprometido. Ella habría sido pensada por las partes del GATT de 1947 para “situaciones de emergencia macroeconómica”, conforme al historial de las negociaciones de dicho acuerdo³⁷. Más allá de la intención que hubieran tenido las partes contratantes del GATT al concebir la posibilidad de iniciar una reclamación aún sin existir una infracción o una afectación de los objetivos de alguno de los acuerdo abarcados, esta hipótesis

³⁵ ESD, artículo 26, párrafo 1, letra a).

³⁶ Doc. cit., artículo 26, párrafo segundo, letra c).

³⁷ ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio, Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Editions Yvon Blais: 2004, p. 42.

residual permite abarcar todas aquellas situaciones que pudieren dar sustento a una reclamación, pero que no cumplan con las condiciones requeridas para las otras categorías de reclamaciones.

La excepcionalidad de este tipo de reclamación puede explicar que ni durante la vigencia del GATT, ni desde la creación de la OMC ha sido posible generar jurisprudencia referida a las condiciones necesarias para entender que se ha producido anulación, menoscabo o comprometido el cumplimiento de los objetivos de un acuerdo abarcado a causa de “otra situación”³⁸. No obstante, con anterioridad a la creación de la OMC, en contados casos las partes contratantes del GATT utilizaron esta hipótesis para fundar su reclamación “contra el retiro de concesiones, el fracaso de renegociaciones sobre concesiones arancelarias y el incumplimiento de las expectativas respecto de los flujos comerciales”³⁹. De esta manera, aún no han sido elaborados criterios jurisprudenciales por los grupos especiales y el Órgano de Apelación respecto del modo en que se entendería demostrada la concurrencia de los requisitos de esta hipótesis.

Lo que sí nos indica el ESD⁴⁰, es que para los casos en que el reclamante emplee este tipo de reclamación, tendrá que “apoyarla con una justificación detallada”, al igual que las reclamaciones en las que “no existe infracción”.

Además de esa exigencia, el ESD consagra una importante excepción procedimental respecto de las reclamaciones “en que existe otra situación”: los procedimientos establecidos en el ESD sólo serán aplicables hasta la fase del procedimiento en que el grupo especial debe distribuir su informe. Por lo tanto, los miembros igualmente conservan su derecho a solicitar la constitución de un grupo especial que conozca el caso, amparados por la regla del “consenso en contrario” al momento de que su establecimiento sea sometido a la aprobación del OSD. No obstante, las etapas de adopción de los informes, y de vigilancia y aplicación de las resoluciones y recomendaciones, se regirán por las disposiciones pertinentes de la Decisión Ministerial de 12 abril de 1989. Esto significa que todas esas etapas quedan regidas por el procedimiento de

³⁸ ANALYTICAL Index – Guide to WTO Law and Practice, [en línea] <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_08_e.htm#article23B3> [consulta: 7 de julio de 2012].

³⁹ ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio, Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Editions Yvon Blais: 2004, p. 43.

⁴⁰ ESD, artículo 26, párrafo segundo, letra c).

solución de controversias anterior a la creación de la OMC. Y en consecuencia, no resultará aplicable a la adopción de los informes que acogieren esta clase de reclamaciones la regla del “consenso en contrario”, por lo que cada miembro, como es normal cuando se utiliza el consenso para adoptar decisiones, conservará su derecho individual de veto, o en otros términos, su facultad de bloquear la adopción de estos informes si no está conforme con su contenido, situación que claramente priva a los titulares de estas reclamaciones de la seguridad de obtener un informe ejecutable –lo que únicamente se ve garantizado por la adopción casi automática de los informes, basada en la regla del consenso en contrario-.

1.2.4 Otras clases de reclamaciones en los acuerdos abarcados

El artículo 1 del ESD define su ámbito de aplicación, haciendo aplicables sus procedimientos a cada uno de los acuerdos abarcados, pero respetando las disposiciones especiales de cada uno de ellos en esta materia.

A grandes rasgos, podemos señalar que casi la totalidad de los acuerdos abarcados incorpora por medio de la remisión al artículo XXII y XXIII del GATT de 1994, o a través de artículos propios que reiteran su contenido, los tres tipos de reclamaciones comentadas, basadas en la anulación o menoscabo de las ventajas y derechos dimanantes de los mismos, ocasionada por alguna de las tres situaciones previstas.

Sin embargo, cabe tener presente que el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios escapa a la lógica expuesta en aquellos preceptos, previendo sólo dos tipos de reclamaciones, y no tres: aquellas en que “existe infracción”, y aquellas en que “no existe infracción”. Asimismo, para los casos en que existe infracción, este acuerdo no exige la anulación o menoscabo como requisito adicional al incumplimiento de las obligaciones. La mera infracción de los compromisos adquiridos en virtud de ese tratado sería suficiente para habilitar a cualquier miembro de la OMC para reclamar ante los órganos jurisdiccionales de esta organización. Pese a ello, esta situación no dista mucho de lo que ocurre con las reclamaciones en que existe infracción para el resto de los acuerdos abarcados, toda vez que en estos casos la anulación o

menoscabo se presume cuando se demuestra que la medida en litigio constituye un incumplimiento de las obligaciones establecidas en los acuerdos abarcados.

II. EL ENTENDIMIENTO RELATIVO A LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE SE RIGE LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS, ESD

2.1 Medios de solución pacífica de controversias internacionales, y procedimientos, previstos en el ESD

Dentro del marco de la OMC, la solución de controversias entre los Estados miembros se encuentra especialmente tratada en el “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” (ESD), que corresponde al Anexo 2 del Acuerdo Marrakech.

Dicho entendimiento contiene algunos artículos que muy brevemente se refieren a los principales medios de solución pacífica de controversias internacionales que han sido estudiados por la doctrina e integrados al derecho internacional público: la negociación directa entre las partes⁴¹, los buenos oficios⁴², la mediación⁴³, la conciliación⁴⁴, y el arbitraje⁴⁵.

No obstante, el objeto principal del ESD es el procedimiento calificado por la propia OMC, como “cuasijudicial”⁴⁶, en que el conocimiento de los hechos y del derecho sobre los que versa la disputa entre dos o más miembros de esta organización, queda entregado a dos órganos que ejercen funciones jurisdiccionales: el grupo especial y el Órgano de Apelación.

⁴¹ ESD, artículo 4.

⁴² Doc. cit., artículo 5.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Doc. cit., artículo 25.

⁴⁶ ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio – Instituto de Formación y Cooperación Técnica, Centro William Rappard. “Documentación de base”, Capítulo 23, Solución de diferencias, 2008, p. 4.

La competencia de estos órganos queda acotada a aquellas controversias en que se discuta sobre el cumplimiento o incumplimiento de alguno de los “acuerdos abarcados por el ESD”⁴⁷, y por el mandato conferido al grupo especial, que fijará la ‘cuestión’ o ‘asunto’ sometido a la resolución de estos órganos –conformado por las medidas en litigio y los fundamentos de derecho de la reclamación⁴⁸–.

Los grupos especiales y el Órgano de Apelación plasman sus conclusiones fácticas y jurídicas relativas a una controversia llevada a su conocimiento en los llamados “informes”, que posteriormente deben ser presentados al Órgano de Solución de Diferencias. Los grupos especiales siempre darán traslado a las partes de la controversia, en una fase del procedimiento denominada “etapa intermedia de reexamen”⁴⁹, a fin de que éstas puedan revisar “el informe provisional”, que contiene las constataciones y conclusiones del grupo especial respecto del caso. Durante esta etapa de reexamen, las partes pueden formular objeciones y observaciones que deberán ser consideradas por el grupo especial. Si no hay observaciones, o una vez puestas en conocimiento del grupo especial y luego de ser discutidas con sus integrantes, éste distribuirá el informe definitivo a todos los miembros de la OMC, informe que además deberá incluir los argumentos presentados por las partes durante esta etapa. Terminada la etapa de reexamen, el OSD deberá adoptar o rechazar el informe distribuido, respecto del cual todos los miembros de la OMC pueden manifestar sus observaciones u opiniones. Cabe notar que la etapa de reexamen de los informes se encuentra prevista sólo para los informes de los grupos especiales y no para los del Órgano de Apelación.

Los informes son adoptados de manera prácticamente automática por el OSD, pues el ESD establece que éstos sólo podrán ser rechazados si existe consenso sobre su rechazo. Esta regla del “consenso negativo” fue una de las innovaciones introducidas en materia de solución de controversias después de las negociaciones de la Ronda de Uruguay, con la finalidad de evitar el bloqueo al momento de decidir sobre estos temas. El OSD también deberá aplicar esta forma de adopción de decisiones en otras materias de importancia crucial en el marco del procedimiento de solución de controversias del ESD.

⁴⁷ ESD, Apéndice 1. V.t. Anexo 4, Esquema de los acuerdos abarcados del anexo 1 del ESD.

⁴⁸ ESD, artículo 7, párrafo 1, en relación al artículo 6 párrafo 2.

⁴⁹ ESD, artículo 14.

Una vez que los informes son adoptados por el OSD, comienza la etapa de aplicación y vigilancia por parte de este órgano. Durante ella, el OSD deberá procurar que el miembro vencido en el procedimiento elimine o modifique “la medida” atacada por la reclamante –por lo general un acto normativo del gobierno demandado- a fin de poner término al incumplimiento de las obligaciones de los acuerdos abarcados alegado por la demandante, y constatado por el grupo especial y por el Órgano de Apelación, si fuere el caso.

A continuación, nos referiremos a las funciones de cada uno de los órganos que participa en los procesos de solución de controversias jurisdiccionales en la OMC.

2.2 Órganos encargados de la solución de controversias en la OMC

El Acuerdo de Marrakech por el que se crea la OMC, instituyó los órganos originarios de esta organización, siendo ellos el Director General, la Secretaría General, la Conferencia Ministerial y el Consejo General. De ellos, tanto el Director General, como la Secretaría y el Consejo General ejercen funciones relativas a la solución de diferencias dentro de esta organización.

Entre las atribuciones que caben al Director General de la OMC, se encuentra la posibilidad de que éste ofrezca motu proprio sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los miembros a resolver la diferencia⁵⁰. La misma posibilidad existe en las controversias en que participe un miembro correspondiente a un país menos adelantado, previa solicitud de este tipo de miembros, con el objeto de ayudar a las partes a resolver la diferencia antes de que se formule la solicitud de que se establezca un grupo especial⁵¹. Asimismo, y en los casos en que las partes de una diferencia no se pongan de acuerdo dentro del plazo fijado para ello, el ESD establece que el Director General deberá determinar la composición del grupo especial respectivo⁵². Además el Director también tiene algunas funciones durante la etapa de cumplimiento de los

⁵⁰ ESD, artículo 5, párrafo 6.

⁵¹ ESD, artículo 24, párrafo 2.

⁵² ESD, artículo 8, párrafo 7.

informes, correspondiéndole designar el árbitro para la determinación del plazo prudencial para la aplicación de los informes⁵³, así como el árbitro que deberá examinar la propuesta de suspensión de obligaciones en caso de incumplimiento⁵⁴ -lo que tendrá lugar únicamente si no están disponibles para ello, los miembros iniciales del grupo especial-.

Por otro lado, el ESD establece que la Secretaría General de la OMC tendrá la responsabilidad de prestar asistencia a los grupos especiales, particularmente en los aspectos jurídicos, históricos y de procedimiento de los asuntos de que se trate, y de facilitar apoyo técnico y de secretaría⁵⁵. La Secretaría sirve de memoria institucional a los grupos especiales, para facilitar una cierta continuidad y coherencia entre ellos, necesarias para alcanzar el objetivo del ESD de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Así por ejemplo, conserva registros de la jurisprudencia de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, que permitan a los grupos especiales evaluar los casos sometidos a su conocimiento⁵⁶. Asimismo, la Secretaría General suministrará asesoramiento y asistencia jurídicos adicionales en relación con la solución de controversias a los países miembros en desarrollo, poniendo a disposición del que lo solicite un experto jurídico competente de los servicios de cooperación técnica de la OMC⁵⁷. Además, la Secretaría General de la OMC debe mantener una lista indicativa de candidatos a formar parte de los grupos especiales⁵⁸, y de entre ellos propondrá a las partes de la controversia los candidatos que integrarán el grupo especial que decidirá sobre el caso, y éstas no se opondrán a dicha elección sino únicamente debido a razones imperiosas⁵⁹.

El ESD ha radicado las funciones esenciales y más requeridas por los miembros de la OMC, en los tres órganos creados por este tratado: los grupos especiales y el Órgano de Apelación, que desarrollan la actividad jurisdiccional dentro de esta organización, y en el OSD –que corresponde al Consejo General- que a través del mecanismo de adopción de decisiones, se pronuncia sobre los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación.

⁵³ ESD, nota al artículo 21, párrafo 3 c).

⁵⁴ ESD, artículo 22, párrafo 6.

⁵⁵ ESD, artículo 27, párrafo 1.

⁵⁶ ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio, Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Editions Yvon Blais: 2004, p. 27.

⁵⁷ ESD, artículo 27, párrafo 2.

⁵⁸ ESD, artículo 8, párrafo 4.

⁵⁹ Doc. cit. párrafo 6.

El ESD ha evitado utilizar el término “judicial” para referirse a su sistema de solución controversias, optando por el calificativo de “cuasijudicial” para describir su fisonomía. Tampoco menciona en ninguno de sus artículos los vocablos “tribunal”, “corte” o “jurisdicción”, referentes a sí mismo o a sus órganos. Por el contrario, el ESD ha sido redactado con extremo cuidado en esta materia, evitando en todo momento cualquier alusión directa al ejercicio de algún tipo de jurisdicción por medio de sus órganos encargados de la solución de controversias. Así, tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación, no emiten “laudos”, “fallos”, “sentencias” o “resoluciones”, siguiendo el tenor literal del ESD, sino que les corresponde únicamente elaborar “informes”, lo que constituye otra muestra de la asepsia jurisdiccional con que los Estados que negociaron el ESD, quisieron impregnar este tratado.

Sin embargo, al revisar y estudiar las funciones y facultades de cada uno de estos tres órganos, surge la duda de si efectivamente el ESD no confiere a su sistema de solución de controversias internacionales una jurisdicción similar a la de otros sistemas de solución de controversias. A continuación nos referiremos con más detalle a las funciones que el ESD otorga a cada uno de estos tres órganos, para responder a esta interrogante.

2.2.1. El Órgano de Solución de Diferencias, OSD

El OSD es uno de los órganos creados por el ESD⁶⁰, y una de las múltiples innovaciones introducidas en la Ronda de Uruguay al sistema de solución de controversias desarrollado en base al GATT de 1947, y que estuvo vigente hasta la creación de la OMC.

Como ya lo mencionamos, el OSD corresponde al Consejo General de la OMC. En consecuencia, al igual que el Consejo General, el OSD se encuentra conformado por representantes estatales de todos los miembros de la OMC. En su condición de funcionarios gubernamentales, reciben instrucciones de sus gobiernos sobre las posiciones que deben adoptar y las declaraciones que han de hacer en el OSD. Atendida la calidad de diplomáticos de los

⁶⁰ ESD, artículo 2, párrafo 1.

integrantes de este órgano, la OMC ha calificado a este órgano como un órgano de naturaleza ‘política’⁶¹. Este órgano sesiona con la frecuencia necesaria para adoptar las decisiones y desempeñar las demás funciones que el ESD le encarga, dentro de los plazos establecidos en el esquema de trabajo incluido en dicho tratado.

El ESD establece que este órgano fue creado para ‘administrar las [...] normas y procedimientos y las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados’⁶² incluidas en dicho tratado. Esto implica que el OSD se ocupa de la aplicación del ESD, es decir, que supervisa todo el procedimiento de solución de diferencias.⁶³ Con la finalidad de que el OSD cumpla con esta función, ha sido facultado para establecer los grupos especiales –es decir, de permitir que una diferencia pase a la etapa jurisdiccional- y adoptar sus informes y los del Órgano de Apelación; vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones establecidas en los acuerdos abarcados. Todas estas funciones son esenciales dentro del procedimiento de solución de controversias que establece el ESD, y la mayor parte de ellas implica la adopción de decisiones en materias en que el OSD debe utilizar la “regla del consenso en contrario”.

Al OSD también se le ha encomendado informar a los Consejos y Comités de la OMC sobre lo que acontezca en las diferencias relacionadas con disposiciones de sus respectivos acuerdos abarcados⁶⁴.

A fin de lograr una adecuada comprensión del rol que cumple el OSD dentro del sistema de solución de controversias de la OMC, resulta necesario referirse a la regla que rige la adopción de decisiones dentro de esta organización. Según lo dispone el Acuerdo de la OMC, cada uno de los órganos de la OMC, utilizará la regla del consenso para la adopción de decisiones⁶⁵. La aplicación de esta regla normalmente significa que el presidente del órgano de que se trate deberá constatar que la adopción de la decisión en estudio no suscite ninguna objeción

⁶¹ ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio, Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Editions Yvon Blais: 2004, p. 21.

⁶² ESD, artículo 2, párrafo 1.

⁶³ ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio, op. cit.

⁶⁴ ESD, artículo 2, párrafo 2.

⁶⁵ Acuerdo de la OMC, artículo IX, párrafo 1.

importante por parte de ninguno de sus miembros⁶⁶; y si la hubiere al menos de parte de uno de ellos, la decisión no podrá ser adoptada. De este modo, de acuerdo a la regla del consenso, bastará una sola manifestación de voluntad en contra del asunto discutido para que deba considerarse rechazado.

El OSD no escapa a esta norma que es la regla general en esta organización. Ello se encuentra expresamente confirmado en el propio ESD, que establece que se entiende que ‘una decisión ha sido adoptada por consenso si ningún miembro presente en la reunión del OSD se opone formalmente a ella’⁶⁷. En consecuencia, tan sólo hace falta que un miembro del OSD manifieste formalmente su oposición a la adopción de una decisión, para que la misma no pueda ser adoptada, impidiendo de ese modo que llegue a ser jurídicamente vinculante.

No obstante que la adopción de decisiones por consenso sea la regla general dentro de la OMC, existe una importante norma de excepción aplicable por el OSD en la adopción de determinadas decisiones relativas a etapas clave del procedimiento de solución de controversias jurisdiccional de esta organización. Esta excepción es la denominada “regla de consenso en contrario”, y conforme a ella una decisión se considerará adoptada por el OSD, salvo que exista consenso entre los miembros asistentes a la reunión del OSD, en cuanto a su rechazo. Ello, difiere radicalmente de la regla del consenso ordinaria, cuyo efecto práctico se traduce en que tan sólo un miembro puede impedir la adopción de una decisión.

Las materias en las cuales el OSD tendrá que adoptar decisiones conforme a la regla del consenso en contrario son: a. El establecimiento de un grupo especial, b. La adopción de los informes de los grupos especiales o del Órgano de Apelación, y, c. La autorización de una retorsión⁶⁸.

⁶⁶ DIEZ DE VELASCO, Vallejo, Manuel. *Las organizaciones Internacionales*, 11.ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 115.

⁶⁷ ESD, artículo 2, párrafo 4, nota al pie 1.

⁶⁸ La llamada “regla del consenso en contrario” no se encuentra establecida en un artículo determinado del ESD que ordene su aplicación a estos tres casos, sino que corresponde a una norma de excepción a la regla general. La regla del consenso ordinaria aplicable a la adopción de decisiones dentro del OSD, se encuentra establecida en el artículo 4, párrafo 4 del ESD, complementada con la definición de consenso incluida en el pie de página de la misma disposición, en tanto que la regla excepcional del consenso en contrario ha sido recogida en distintas normas del ESD, para cada uno de los casos antes señalados: a. El artículo 16, párrafo cuarto, del ESD, establece la aplicación del consenso en contrario en la adopción de

En consecuencia, ya no es posible que un solo miembro ejerciendo su derecho de veto pueda bloquear la adopción de estas decisiones, como ocurría durante la vigencia del GATT de 1947, en que los demandados usualmente ejercían su derecho a veto para impedir la constitución de los grupos especiales y la adopción de los informes, que pasaba por la decisión de “las partes contratantes del GATT”, entre las cuales también se contaba al demandado. El ejercicio de esta facultad por parte de los demandados durante esa época, llegó a ser una de las mayores dificultades dentro del sistema de solución de controversias internacionales desarrollado durante la vigencia del GATT de 1947⁶⁹, lo que motivó la incorporación de la regla del consenso en contrario en el ESD, para la adopción de aquellas decisiones.

Esta es una de las grandes innovaciones introducidas en materia de solución de controversias, producto de la Ronda de Uruguay, que ha asegurado a los reclamantes el derecho a lograr el establecimiento de un grupo especial, luego de una etapa de consultas infructuosas⁷⁰. Ello, debido a que el efecto práctico de la regla del consenso en contrario, respecto de la adopción de los informes y la aplicación de la retorsión, es que sea casi imposible para el OSD no adoptar un informe o no proceder a la aplicación de la retorsión en los casos en que el ESD la autorice, y la misma sea solicitada por el reclamante. Ello, debido a que el reclamante vencedor interesado en la adopción de dicho informe, siempre contará con la posibilidad de bloquear un eventual “consenso en contrario”: únicamente hará falta que él se oponga al rechazo del informe para que éste se entienda adoptado por el OSD.

Asimismo, cabe anotar que el OSD carece de facultades para introducir alguna modificación al contenido de los informes de los grupos especiales o del Órgano de Apelación. Si bien es cierto que el ESD, al referirse a la adopción de los informes de los grupos especiales por parte del OSD, reconoce a todo miembro de este órgano la facultad de presentar por escrito una

los informes de los grupos especiales, y el artículo 17 párrafo 14 respecto de los informes del Órgano de Apelación; b. Por su lado, el artículo 6, párrafo primero hace lo mismo en relación al establecimiento de los grupos especiales; c. Finalmente el artículo 22, párrafo séptimo consagra esta excepción en lo relativo a la adopción de informe que autoriza la suspensión de concesiones por parte de un miembro.

⁶⁹ JACKSON, John H. The role and effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism, 184 p. [en línea] <http://muse.jhu.edu/journals/brookings_trade_forum/v2000/2000.1jackson.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012]

⁷⁰ Op. cit., p. 185.

explicación de las razones que motivan sus objeciones para rechazar el informe cuya adopción se discute⁷¹, este tratado en ningún caso autoriza al OSD para cambiar el contenido de los informes. Además, esta facultad de los miembros del OSD tampoco afecta el derecho de veto de que goza el reclamante vencedor para evitar que se logre un ‘consenso en contrario’.

Por lo tanto, el estudio de las funciones del OSD permite constatar que éste corresponde a un órgano político -como lo ha calificado la propia OMC- que se encuentra encargado de adoptar decisiones en base a las conclusiones y constataciones de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. No obstante ello, este órgano carece de facultades efectivas para intervenir o modificar el contenido de los informes de estos órganos, y su participación en esta materia se limita a aprobar dichos informes en bloque, es decir de manera íntegra, sin poder desmenuzarlos ni escoger qué partes de él serán acogidas, descartadas o alteradas.

En consecuencia, aún cuando podemos afirmar que el valor jurídico vinculante de los informes respecto de las partes de la controversia respectiva nace de esta sanción o aprobación efectuada por un órgano político, no podemos decir lo mismo en relación a su contenido que finalmente, atendida la falta de atribuciones del OSD para hacer modificaciones o agregaciones, o para condicionar su aprobación a la introducción de algún cambio, quedará exento de intervención política, prevaleciendo lo resuelto por el grupo especial o el Órgano de Apelación, según sea el caso. Se observa que los negociadores del ESD buscaron evitar que el oportunismo político y las inquietudes sobre el balance de poderes dentro de la OMC, perjudicaran, como sucedió durante la vigencia de los procedimientos desarrollados al amparo del GATT, un adjudicación imparcial y la obligación de atenerse a ella⁷².

⁷¹ ESD, artículo 16, párrafo 2.

⁷² SACERDOTI, Giorgio. The Dispute Settlement System of the W.T.O.: Structure and Function in the Perspective of the First 10 Years (March 2007). Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-03, p. 5. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=981029>> [consulta: 7 de julio 2012].

2.2.2 Los grupos especiales

A diferencia del Órgano de Apelación, y del OSD, los grupos especiales o “paneles”, son un órgano que se había gestado con anterioridad al Acuerdo de Marrakech, durante la década de 1950, a poco andar desde la entrada en vigor del GATT en 1948⁷³.

Los grupos especiales corresponden a un órgano no permanente, conformado por tres o cinco integrantes⁷⁴, que se constituye cada vez que es presentada al OSD una solicitud de constitución de un grupo especial, luego de que el reclamante y el demandado han pasado por las consultas obligatorias previas, sin haber podido llegar a una solución mutuamente acordada. Los integrantes de cada grupo especial son propuestos por la Secretaría General de la OMC⁷⁵, a las partes de la controversia, de entre aquellos candidatos que figuran en una lista elaborada a este efecto, cuyos integrantes han sido nominados por los miembros de la OMC.

Pese a que son las partes de la controversia quienes deben aprobar a los candidatos propuestos por la Secretaría General para desempeñarse en el grupo especial respectivo, se trata de un órgano independiente de las partes de la controversia, que a diferencia de los integrantes del OSD, no se encuentra al servicio de ninguno de los miembros de la OMC, al ejercer sus funciones como integrantes del grupo especial, por lo que no tienen el deber de representar a ninguno de los miembros ni defender sus intereses. Es decir, no se trata de un órgano político, como lo es el OSD, sino que corresponde a un órgano por medio del cual se busca obtener un pronunciamiento imparcial acerca de la conformidad o disconformidad jurídica de las medidas

⁷³ ARTEAGA Echeverría, Ignacio. Procedimiento de solución de controversias en la Organización Mundial del Comercio (OMC), Gaceta Jurídica, Santiago: Chile N° 261(2002), p. 10. Ver también ESPINOZA SOTO, Álvaro. Algunas reflexiones sobre la solución de diferencias en la OMC, Revista de Estudios Internacionales N° 162 (enero/abril 2009), p. 69. Conforme lo expuesto por Ignacio Arteaga Echeverría, los grupos especiales formales, compuestos por personas no representantes de las partes contratantes del GATT, habrían reemplazado a los “grupos de trabajo” –formados por representantes de las mismas partes contratantes-, desde el año 1952. Álvaro Espinoza sitúa el inicio de este órgano en el año 1955, cuando se establecen los “grupos de expertos ad hoc”, que asumieron en su tarea en su personal capacidad, sin representar a ningún gobierno, y formulaban directamente sus conclusiones al entonces existente ‘Consejo del GATT’. Posteriormente pasaron a denominarse “grupo especial”.

⁷⁴ La regla general, en silencio de las partes, es que el grupo especial esté formado por tres miembros. Pero si éstas lo convienen, sus integrantes serán cinco (ESD, artículo 8, párrafo 5).

⁷⁵ ESD, artículo 8, párrafo 6.

denunciadas por el demandante, respecto de las disposiciones de los acuerdos abarcados que éste invoca.

El ESD refuerza la independencia de los grupos especiales, fijando, en primer lugar un imperativo para la Secretaría General del OMC, en virtud del cual los candidatos que ésta proponga para conformar un grupo especial deberán asegurar tanto la independencia de sus integrantes⁷⁶ como la composición multidisciplinaria del grupo especial⁷⁷. Asimismo, el ESD establece otro límite para la Secretaría al momento de proponer a los integrantes del grupo especial, prescribiendo que ‘no podrán ser miembros del grupo especial las personas nacionales de los gobiernos que sean parte de controversias’⁷⁸, o de terceros que hayan sido admitidos en ella –salvo que las partes del conflicto acordaren lo contrario–.

Por otro lado, el ESD también establece límites a ser observados por los propios integrantes del grupo especial, a fin de preservar su independencia, disponiendo expresamente que los grupos especiales actuarán a título personal y no en calidad de representantes de un gobierno o de una organización⁷⁹. En vista de ello, pesa sobre todos los miembros de la OMC el deber de abstenerse de ejercer sobre ellos [los miembros del grupo especial] cualquier clase de influencia con respecto a los asuntos sometidos a su conocimiento⁸⁰.

La función principal que el ESD encarga a los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le confía el ESD y los demás acuerdos abarcados⁸¹. Para cumplirla, cada grupo especial deberá hacer una ‘evaluación objetiva’ del asunto que se le haya sometido⁸², por medio de la cual determine:

⁷⁶ Doc. cit., párrafo 2.

⁷⁷ Respecto de la calificación de los potenciales integrantes de un grupo especial, el ESD exige que sean personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, 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 representante en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado, hayan formado parte de la Secretaría el 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 de la OMC.

⁷⁸ ESD, artículo 8, párrafo 3.

⁷⁹ Doc. cit., párrafo 9.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ Doc. cit., artículo 11.

⁸² *Ibíd.*

- Los hechos que dan origen a la controversia
- La aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes,
- La conformidad de los hechos con el o los acuerdos abarcados que corresponda
- La formulación de otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados.

Aunque la principal tarea encargada a los grupos especiales, según el tenor literal del ESD sea prestar una suerte de asesoría al OSD, también les ha sido encomendada otra función de gran trascendencia que refleja uno de los principios en que se inspira el sistema de solución de controversias de la OMC: facilitar o posibilitar a las partes de la controversia, el arribo a una solución convenida por ellas mismas y que sea mutuamente satisfactoria. Para alcanzar este objetivo primario del sistema, los grupos especiales deben ‘consultar regularmente a las partes de la diferencia’ durante el desarrollo del procedimiento, y ‘darles la oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria’⁸³.

La labor de apoyo y asesoría de los grupos especiales al OSD, redundando en la elaboración de los llamados “informes”. El desarrollo de estos informes es un proceso complejo, en el cual el ESD distingue claramente tres etapas. En conformidad con el mandato que impone a los grupos especiales el deber de dar a las partes de la controversia las oportunidades adecuadas para llegar a una solución mutuamente satisfactoria, el ESD prevé la participación de éstas durante esas tres etapas, dándoles la posibilidad de pronunciarse acerca del contenido que hasta ese momento sea parte del informe que prepara el grupo especial. Así, durante la llamada “etapa intermedia de reexamen” los grupos especiales elaborarán un “proyecto de informe” y un “informe provisional”, que las partes podrán estudiar y observar.

La etapa intermedia de reexamen comienza una vez que ha culminado lo que podríamos llamar la etapa de “discusión” frente a los grupos especiales. De este modo, luego de que las partes de la controversia hayan realizado sus alegaciones en la audiencia con el grupo especial, posteriores a la etapa de discusión escrita, el grupo especial les dará traslado de los capítulos

⁸³ *Ibíd.*

expositivos –los hechos discutidos y la argumentación que los sustentaba- de su “proyecto de informe”. Las partes podrán hacer las observaciones que deseen, por escrito, dentro del plazo que el grupo especial fije a ese efecto.

Vencido dicho plazo, el grupo especial nuevamente dará traslado a las partes, pero para poner a su disposición el “informe provisional”, que contendrá los capítulos expositivos, así como las constataciones y conclusiones sobre la controversia. El grupo especial otorgará un plazo a las partes, a fin de que éstas, si lo desean, presenten por escrito una solicitud de reexaminar aspectos concretos del informe provisional, antes de la distribución del informe definitivo entre todos los miembros del OSD. En esta ocasión las partes también podrán pedir una reunión con el grupo especial, con el objeto de discutir las cuestiones observadas por medio de la solicitud escrita.

Si las partes no realizan objeciones durante el término fijado por el grupo especial, el informe provisional pasará a ser definitivo, y será distribuido entre los miembros. De este modo, el “informe definitivo” de los grupos especiales deberá contener los siguientes ítems:

- a. Los capítulos expositivos, que corresponderán a los hechos y el derecho presentado por las partes en sus alegaciones;
- b. Las constataciones del grupo especial;
- c. Las conclusiones del grupo especial; y
- d. Los argumentos presentados por las partes durante la “etapa intermedia de reexamen.

Luego de que haya sido distribuido el informe definitivo, los miembros de la OMC por medio de sus representantes en el OSD, tendrán que aprobarlo o rechazarlo, siguiendo el mecanismo del consenso en contrario.

De lo expuesto hasta ahora, el procedimiento seguido ante los grupos especiales, presenta similitudes con un proceso judicial, como lo indica el profesor Manuel Diez de Velasco⁸⁴, quien además comenta acerca de la actividad desarrollada por los grupos especiales, que: “Las partes presentan a los miembros del panel sus alegaciones escritas, se celebra una sesión oral en la que

⁸⁴ DIEZ DE VELASCO, Vallejo, Manuel. Las organizaciones Internacionales, 11.ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 633.

los panelistas formulan cuestiones a las partes, éstas presentan unas segundas alegaciones escritas y se celebra una segunda sesión oral. (...) En caso de desacuerdo, el panel establece su informe, que posee, formalmente, una estructura similar a una sentencia: (...)”.

Sin embargo, el procedimiento ante los grupos especiales carece de una importante característica considerada por algunos autores como propia de un procedimiento judicial: la referencia de la disputa a un tribunal permanente⁸⁵. Atendido ello podría decirse que los grupos especiales tienen una naturaleza más propia de un tribunal arbitral, y algunos autores así lo señalan, considerando que “resulta evidente que el procedimiento ante los grupos especiales tiene un carácter especial, que incluye, por un lado, muchas características típicas del arbitraje, y por el otro, un énfasis subyacente en la conciliación”⁸⁶. No obstante, claramente esta aparente naturaleza arbitral de los grupos especiales puede ser cuestionada, señalando que existe toda una institucionalidad permanente que ampara el ejercicio de sus funciones, además del hecho de que todas sus actuaciones se encuentran reguladas por un procedimiento preestablecido, en su mayor parte indisponible para las partes, que se refiere tanto las actuaciones del grupo especial, como a las de las partes de la controversia. Así, podría concluirse que los grupos especiales ejercen funciones propiamente judiciales y no arbitrales.

Como contrapunto de lo anterior, cabría también considerar que los grupos especiales se asemejan en su funcionamiento a la instancia arbitral ofrecida por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a los Estados parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, pues dicho centro pone a disposición de sus miembros -que además deben haber otorgado jurisdicción al tribunal de manera específica por medio de algún tratado para someter la controversia respectiva a arbitraje al amparo de esa institución- un procedimiento e institucionalidad permanentes, para llevar a cabo el arbitraje entre el Estado y el inversionista. Ello podría inclinarnos a calificar la actividad de los grupos especiales como una actividad arbitral, atendida la circunstancia de que pese a que en ambos casos existe una institucionalidad permanente, la instancia a disposición de las partes no es permanente, sino que los tribunales

⁸⁵ MERRILLS, J.G., *International Dispute Settlement*, Third Edition, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 1998, p.88.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 205.

destinados a conocer del asunto se van constituyendo a medida que se presentan las solicitudes para que éstos intervengan.

Aún cuando se presenten dichas similitudes entre los grupos especiales y los tribunales arbitrales del CIADI, la actividad de los grupos especiales, se aleja de la que ejercen los árbitros que actúan bajo los auspicios del CIADI. El hecho de que los miembros de la OMC, por esta sola condición queden sujetos a la jurisdicción de sus órganos adjudicativos, marca una notable diferencia con el arbitraje CIADI, que no sujeta a los Estados parte de la Convención de Washington directamente a una jurisdicción obligatoria, los que como indicamos, deben dar su consentimiento por medio de un instrumento adicional a dicha convención. Sin embargo, esta comparación puede llevar a observar que ni siquiera la Corte Internacional de Justicia, que es el tribunal internacional más connotado y reconocido, cuenta con una jurisdicción vinculante tan incuestionable como la de los grupos especiales y el Órgano de Apelación, para conocer de las materias de su competencia. No obstante, atender a la circunstancia de que los procedimientos ante los grupos especiales son obligatorios, no nos permite necesariamente dilucidar cuál es su verdadera naturaleza.

La jurisprudencia de los grupos especiales tiende a seguir los criterios que ha ido asentando el Órgano de Apelación, como instancia revisora y uniformadora en la aplicación e interpretación del derecho de la OMC. En cambio, los laudos dictados por los tribunales arbitrales constituidos dentro del sistema CIADI, no cuentan con la instancia que permita uniformar criterios jurisprudenciales, lo que puede derivar en una red de laudos mucho más diversa, o incluso contradictoria.

Pese a las similitudes y diferencias que podamos agregar, existe una notable diferencia entre un informe de un grupo especial y el laudo de un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios del CIADI: el informe no resulta completamente equiparable a un laudo arbitral, dado que no presenta *per se* la característica típica de éstos en cuanto a su obligatoriedad para las partes. Un laudo arbitral será obligatorio para las partes desde que ha sido dictado. En cambio, los informes no son obligatorios *per se*, pues para que queden revestidos de fuerza obligatoria deben ser adoptados por el OSD. Díez de Velasco pone de relieve esta característica afirmando que los

informes de los grupos especiales tendrían sólo ‘un valor indirecto’⁸⁷, que sería ‘más que considerable’⁸⁸ pues estos informes se encontrarían “destinados a convencer y persuadir al OSD de la decisión que debe adoptar”⁸⁹. No obstante el fundamento positivo que pueda validar esta opinión, consideramos que conforme lo establecido en el ESD, en la práctica el OSD no requiere ser convencido de adoptar o no un informe -más allá de que sus integrantes cuenten con la facultad de pronunciarse y hacer observaciones sobre su contenido-, dado que queda completamente fuera de sus facultades poder modificarlo, resultando al OSD casi imposible rechazar un informe atendida la posibilidad de bloqueo del reclamante vencedor.

Lo que sí resulta necesario como indica Diez de Velasco, es una decisión del OSD por medio de la cual sea adoptado el informe de que se trate, decisión que marca el momento desde el cual el contenido del mismo alcanza obligatoriedad jurídica para las partes.

De este modo, la actividad de los grupos especiales analizada atendiendo únicamente a la fisonomía externa de sus funciones, no puede ser calificada como exclusivamente arbitral o judicial, aunque pareciera acercarse a lo que, dentro de un ordenamiento jurídico interno, resultaría en una primera instancia judicial, que propicia espacios para la conciliación de las partes, y que no excluye el arribo a una solución mutuamente satisfactoria por medio de la negociación extraprocésal, en virtud de la cual que finalmente se ponga término a la controversia.

En este sentido, también existen autores que consideran que el procedimiento llevado ante los grupos especiales y el Órgano de Apelación es esencialmente judicial, afirmando que aún cuando el ESD establezca una primera etapa de acercamiento entre las partes en conflicto más bien de estilo diplomático, consistente en las consultas bilaterales obligatorias, “una vez que una disputa ha sido referida a un grupo especial, el procedimiento es judicial en su quintaesencia.”⁹⁰

⁸⁷ DIEZ DE VELASCO, Vallejo, Manuel. Las organizaciones Internacionales, 11.ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 633.

⁸⁸ Ibid

⁸⁹ Ibid

⁹⁰ MAVROIDIS, Petros C. No outsourcing of law? WTO law as practiced by WTO courts. The American Journal of International Law, Vol. 102, 2008, p. 421, nota 4.

2.2.3 El Órgano de Apelación

El Órgano de Apelación es un órgano del sistema de solución de controversias de la OMC, que a diferencia de los grupos especiales, es permanente. Está compuesto por siete miembros y cuenta con su propia secretaría. Al igual que los grupos especiales, los integrantes del Órgano de Apelación no ejercen sus funciones en calidad de representantes de los Estados miembros de la OMC, sino que son independientes de ellos. Este órgano fue establecido por el OSD, con fecha 10 de febrero de 1995⁹¹, cumpliendo uno de los mandatos del ESD⁹².

Al igual que respecto de los grupos especiales, el ESD establece algunas normas para garantizar su independencia respecto de los miembros de la OMC. El OSD, que es el órgano facultado para nombrar a los miembros del Órgano de Apelación⁹³, deberá velar por que sus integrantes cumplan con los requisitos exigidos por el ESD⁹⁴, precaviendo que ‘no se encuentren vinculados a ningún gobierno’⁹⁵, y que sean representativos de la composición de la OMC⁹⁶. Por su lado, los propios integrantes del Órgano de Apelación deben actuar de buena fe y asegurarse de mantener su imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, encontrándose en la obligación de abstenerse de intervenir en alguna controversia que pueda generarles un conflicto de intereses directo o indirecto⁹⁷.

No obstante dichos resguardos, y a diferencia de lo que ocurre en los grupos especiales y otras instancias judiciales internacionales, no existe respecto de los integrantes del Órgano de

⁹¹ Decisión por la que se establece el Órgano de Apelación, Recomendaciones del Comité Preparatorios a la OMC aprobadas por el Órgano de Solución de Diferencias el 10 de febrero de 1995.

⁹² ESD, artículo 17, inciso primero.

⁹³ ESD, artículo 17, párrafo 2. Este nombramiento tendrá una duración de cuatro años, y cada uno de los integrantes del Órgano de Apelación podrá ser reelecto por una vez. Los integrantes de este órgano se van renovando por parcialidades, cada dos años.

⁹⁴ Los integrantes del Órgano de Apelación deberán ser personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y la temática de los acuerdos abarcados en general, conforme lo dispone el artículo 17, párrafo 3, del ESD.

⁹⁵ ESD, artículo 17, párrafo 3.

⁹⁶ Cabe mencionar que tres o cuatro miembros del Órgano de Apelación han sido siempre nacionales de un país desarrollado miembro. ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio, Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Editions Yvon Blais: 2004, p. 29.

⁹⁷ ESD, artículo 17, párrafo 3.

Apelación una limitación en cuanto a la nacionalidad de los mismos, en relación a la de las partes en litigio.

En cuanto a la Secretaría del Órgano de Apelación, a fin de resguardar la independencia de este órgano, sólo mantiene vínculos administrativos con la Secretaría de la OMC⁹⁸ -aunque físicamente se encuentre emplazada en la sede misma de la OMC, junto a la Secretaría de esta organización-.

El ESD ha establecido que este órgano tiene la competencia de examinar los aspectos jurídicos de los informes emitidos por los grupos especiales. Estos aspectos jurídicos corresponden a las cuestiones de derecho tratadas en los informes de los grupos especiales y las interpretaciones jurídicas formuladas por ellos. Por medio de este examen, el Órgano de Apelación podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del informe del grupo especial⁹⁹.

La incorporación de este órgano en la OMC obedeció a que el procedimiento de adopción de los informes se volvió automático, pues su adopción ya no puede ser bloqueada. Álvaro Espinoza explica que “(...). Cabía preguntarse qué ocurriría si ese informe no contenía un razonamiento de calidad que perjudicase los intereses de las partes y la credibilidad del mismo sistema. Claramente el informe debía aprobarse, pese a su contenido. Por ello, fue preciso agregar la instancia de revisión de apelación de los informes de grupos especiales, con lo cual sólo se pretendió asegurar el mecanismo de la adopción automática”¹⁰⁰. Así, la posibilidad de que el Órgano de Apelación corrija los posibles errores jurídicos de los informes de los grupos especiales, permite también la creación de una jurisprudencia más coherente y uniforme, que

⁹⁸ ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio, Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Editions Yvon Blais: 2004, p. 30.

⁹⁹ ESD, artículo 17, párrafo 14.

¹⁰⁰ ESPINOZA SOTO, Álvaro. Algunas reflexiones sobre la solución de diferencias en la OMC, Revista de Estudios Internacionales N° 162 (enero/abril 2009), p. 70. Cita a su vez a VAN DEN BOSSCHE, Peter (2005), “The making of the ‘World Trade Court’; the origins and development of the Appellate Body of the World Trade Organization”, en YERXA, Rufus, and WILSON, Bruce (ed.), “Key issues in WTO dispute settlement – the first ten years”, Cambridge, Cambridge University Press, p. 64-65

apunta a concretar uno de los objetivos básicos del sistema de solución de diferencias de la OMC: aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio¹⁰¹.

En cuanto a la adopción de sus informes, el OSD seguirá el mismo procedimiento previsto para los informes de los grupos especiales, aunque estos informes deberán ser adoptados por el OSD dentro del plazo de 30 de días contados a partir de su distribución a los miembros, y no en el término 60 días, como ocurre con los informes de los grupos especiales¹⁰².

Las características del Órgano de Apelación permiten aseverar que se trata de un órgano que ejerce funciones de orden judicial, pues se trata de un órgano permanente de la OMC. Carácter permanente, que como indicamos, junto a otras características, podría determinar la naturaleza judicial de este órgano.

2.2.4 Los árbitros dentro del sistema de solución de controversias de la OMC

El sistema de solución de controversias de la OMC, como se puede apreciar, ha incluido nuevos órganos, inexistentes durante la vigencia del GATT. El OSD y el Órgano de Apelación son los únicos propiamente permanentes, mientras que los grupos especiales constituyen una instancia que se integra cada vez que los miembros los requieran y corresponden a un grupo de 3 ó 5 personas designadas por la Secretaría de la OMC para cada caso. El esquema de este sistema de solución de controversias no quedaría completo si no nos referimos al rol que se ha asignado a los árbitros.

El ESD establece dos modalidades de arbitraje dentro de este sistema de solución de diferencias¹⁰³: uno que podríamos calificar como “voluntario” y que ha sido someramente

¹⁰¹ ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio, Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Editions Yvon Blais: 2004, p. 28.

¹⁰² ESD, artículo 17, párrafo 14.

¹⁰³ MERRILLS, J.G., International Dispute Settlement, Third Edition, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 1998, p. 214-216.

regulado por este tratado, y otro que resulta obligatorio cuando las partes de una controversia han llegado a determinadas etapas del procedimiento general seguido en las reclamaciones en que existe infracción, y que se encuentra regulado en el ESD.

A. Arbitraje voluntario

El arbitraje que dentro del sistema de solución de controversias de la OMC podríamos calificar como “voluntario”, corresponde a un procedimiento alternativo o de excepción para la resolución de una disputa surgida entre miembros de la OMC, que tenga por objeto determinar si ha existido o no un incumplimiento de los acuerdos abarcados por alguno de ellos. Es decir, la materia que por regla general se confía a la jurisdicción de los grupos especiales y el Órgano de Apelación, también puede ser llevada a un tribunal arbitral, lo que sólo podrá ocurrir con el consentimiento de todas las partes de la controversia. Esta posibilidad y facultad de los miembros de la OMC de sustraer una controversia de la jurisdicción de los órganos que normalmente la ejercen, para entregar la resolución del conflicto a la decisión de un tribunal arbitral, se encuentra prevista en el artículo 25 del ESD.

Esta norma pone de relieve que este tipo de procedimiento arbitral resulta aconsejable para resolver disputas cuyo objeto corresponda a cuestiones claramente definidas por ambas partes, según lo establecido expresamente por el párrafo 1 de dicho artículo:

“Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes”.

Lo anterior implica que usualmente las partes de la diferencia, antes de poder someter una determinada controversia a un arbitraje de esta naturaleza, deberán haber alcanzado bases mínimas de acuerdo. No solo en cuanto al recurso mismo a este procedimiento arbitral, sino en cuanto al asunto que someterán al conocimiento de este tribunal. Es decir, ambas partes deben definir claramente el alcance de la jurisdicción que se otorga al tribunal. Así, queda claro que el

arbitraje previsto por el ESD no está pensado para cualquier tipo de caso o disputa. Las partes que recurran a este procedimiento y que naturalmente presentan intereses contrapuestos, deben determinar de mutuo acuerdo cuáles son los puntos o situaciones fácticas y jurídicas controvertidas entre ellas. De este modo, llegarán a “definir claramente las cuestiones que constituyen el objeto” de la disputa entre ellas, como lo requiere el ESD.

El procedimiento de arbitraje voluntario ha sido someramente regulado en el ESD, que a su respecto sólo consagra las normas más esenciales. En primer lugar, indica que “el acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje”. Además deja claramente establecido que sólo podrán ser parte en el procedimiento arbitral otros miembros distintos de aquellos que convinieron recurrir al arbitraje, si éstos últimos lo aceptan.

En cuanto al procedimiento aplicable al juicio arbitral, el ESD no contiene regulaciones especiales, ni hace aplicable aquel establecido para los grupos especiales o el Órgano de Apelación. De este modo, las Estados partes de la disputa gozan de un mayor grado de libertad para determinar las normas procedimentales que harán aplicables a ese proceso internacional. Por ejemplo, podrán determinar libremente y de mutuo acuerdo el número de integrantes del tribunal arbitral, así como escoger directamente al o los árbitros que deseen, o los plazos dentro de los cuales deberá desarrollarse el procedimiento, aunque sin perder de vista que el ESD tiene como objetivo central dar una pronta solución a las controversias que surjan entre los miembros de la OMC, y que la propia norma referida al arbitraje establece que un procedimiento arbitral “rápido” puede facilitar la composición de intereses entre los miembros en determinados tipos de conflictos.

No obstante el amplio margen de libertad que el ESD otorga a las partes que optan por un procedimiento de arbitraje, este tratado también regula la eficacia de los laudos, su inserción dentro del sistema de solución de controversias de la OMC, así como la etapa de aplicación o implementación de los mismos.

Respecto de la eficacia jurídica de los laudos, el ESD enfatiza la obligatoriedad del laudo arbitral que es producto de este tipo de proceso, señalando que: “Las partes en el procedimiento

convendrán en acatar el laudo arbitral”. De este modo, se puede apreciar que el ESD busca que el laudo arbitral no sea objeto de impugnación por ninguna de las partes del arbitraje, que deberán aceptarlo como definitivo, y en consecuencia acatarlo. Esta circunstancia podría verse como una desventaja frente a la posibilidad de revisión ante el Órgano de Apelación, que se encuentra disponible de forma general cuando se trata de un procedimiento seguido ante los grupos especiales. En relación con la obligatoriedad de los laudos arbitrales dentro del sistema jurídico de la OMC, queda claro que éstos no requieren de aprobación del OSD para ser obligatorios para las partes de la controversia, a diferencia de lo que ocurre formalmente con los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. A su respecto, en cambio, el ESD únicamente exige que los laudos arbitrales deben ser “notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada”¹⁰⁴. De este modo dichos laudos también forman parte de la jurisprudencia del sistema de solución de controversias de la OMC, y por lo tanto la implementación o aplicación de estos laudos queda bajo la vigilancia del OSD. Ello, dado que el artículo 25 hace aplicable lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del ESD *mutatis mutandis* a los laudos arbitrales. Es decir, estos laudos también podrán ser implementados mediante el procedimiento ejecutivo o de implementación que el ESD consagra en esas normas.

Este procedimiento arbitral en base al artículo 25 del ESD, en la práctica ha sido utilizado en una sola ocasión, y corresponde a la controversia denominada ‘Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos’ cuyo laudo¹⁰⁵ data del 9 de noviembre de 2001. No obstante, este laudo no estuvo destinado a establecer si se había producido o no incumplimiento o quebrantamiento de los acuerdos abarcados, sino que se empleó durante la etapa de aplicación del informe, para determinar el nivel de suspensión de concesiones que aplicaría la parte reclamante vencedora –la Unión Europea-, contra Estados Unidos por no haber aplicado el informe dentro del plazo prudencial.

¹⁰⁴ ESD, artículo 25, párrafo 3, parte final.

¹⁰⁵ Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos - Recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD, WT/DS160/ARB25/1, 9 de noviembre de 2001. Disponible en línea: <http://docsonline.wto.org/imrd/GEN_searchResult.asp>.

B. Arbitraje obligatorio

El arbitraje ha sido previsto por el ESD principalmente como un procedimiento al que las partes de una controversia deben recurrir durante la etapa de implementación de los informes, para dirimir las controversias que puedan surgir entre ellas únicamente respecto de las siguientes materias:

- a. La determinación del plazo prudencial para la implementación¹⁰⁶ de los informes de los grupos especiales o del Órgano de Apelación, cuando la aplicación de los mismos no pueda llevarse a cabo de manera inmediata por el miembro que debe adoptarlas.
- b. La determinación de si la medida adoptada por el miembro afectado¹⁰⁷ da cumplimiento o no a las recomendaciones contenidas en los informes.
- c. Resolución de la controversia que puede surgir sobre el nivel de suspensión de concesiones propuesto por el Estado reclamante¹⁰⁸, cuando dicho nivel sea objetado por el miembro que no ha dado aplicación a los informes dentro del plazo prudencial estipulado para ello.

Para la aplicación de cada uno de estos procedimientos arbitrales, el ESD contiene normas reguladoras y plazos determinados, previstos especialmente en los artículos 21 y 22 del ESD. Cada uno de estos procedimientos se abordará con mayor detención al estudiar la etapa de vigilancia del OSD en la aplicación de los informes.

¹⁰⁶ ESD, artículo 21, párrafo 3, letra c).

¹⁰⁷ ESD, artículo 21, párrafo 5. El ESD usa la expresión “Miembro Afectado”, para designar a “la parte de la diferencia a la que vayan dirigidas las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación” (ESD, artículo 19, pie de página 9), es decir, aquel miembro contra el cual fue dirigida una reclamación y que de acuerdo al informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, ha incurrido en un ilícito internacional, respecto al sistema jurídico de la OMC.

¹⁰⁸ ESD, artículo 22, párrafo 6.

2.2.5 Naturaleza de las funciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación

Hemos analizado las principales funciones que el ESD ha establecido para cada uno de los órganos que integra el sistema de solución de controversias de la OMC. Apreciamos también que en diversos aspectos el ESD no ha sido tan claro o explícito sobre todo en relación con el desempeño de las actividades jurisdiccionales dentro de esta organización. Si bien no hay duda alguna que dentro de la OMC fueron establecidos tres órganos que participan en la resolución de todas las controversias que se susciten entre sus miembros y tengan por objeto determinar si ha existido o no un incumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas por ellos en virtud de los acuerdos abarcados, no queda completamente claro cuál o cuáles de dichos órganos son aquéllos a los que debiéramos atribuir la función de resolver las controversias. ¿Deberíamos entender que la jurisdicción es ejercida por el OSD, que finalmente es el órgano que acepta o rechaza los informes que le son presentados por los grupos especiales o el Órgano de Apelación? O por el contrario, atendidas sus funciones, ¿Sería más acertado entender que su ejercicio ha recaído en estos dos últimos órganos?

Lo que hasta el momento hemos observado es que, por un lado, recae sobre los grupos especiales y el Órgano de Apelación la función de determinar si ha existido un ilícito internacional conforme al sistema jurídico de la OMC, debiendo para ello evaluar tanto los hechos –tarea que únicamente efectúan los grupos especiales-, como el derecho invocados por las partes, y toda disposición que resultare aplicable al caso, evaluación que constará en los llamados “informes”. Por otro, que este sistema cuenta con un OSD que deberá aprobar o rechazar cada uno de dichos informes, aplicando la regla del “consenso en contrario”, que otorga un poder de veto a cada uno de los integrantes del OSD para impedir el rechazo de un informe –veto que lógicamente podría ser ejercido por aquella parte vencedora en el proceso llevado ante los grupos especiales, y el Órgano de Apelación, o cualquier otro miembro interesado en la adopción del mismo-.

En vista de ello, podemos afirmar sin lugar a dudas, que las tareas jurisdiccionales dentro de esta organización han quedado radicadas en los grupos especiales y el Órgano de Apelación, como claramente se desprende de lo expuesto por el propio Pascal Lamy, actual Director General de la OMC¹⁰⁹, quien considera que: “(...): a todos los efectos la OMC es una verdadera jurisdicción, puesto que el control político que el OSD puede ejercer es en gran medida teórico. El mecanismo del “consenso invertido” impone de forma cuasi automática la adopción de una decisión por el OSD, siempre que el demandante siga decidido a llevar adelante su reclamación”¹¹⁰. Sin embargo, el Director General de la OMC matiza estas afirmaciones, destacando que dentro de este sistema de solución de controversias internacionales “hay un margen de libertad –soberanía- controlada, un equilibrio entre la responsabilidad descentralizada del derecho internacional clásico y la jurisdiccionalización completa de la solución pacífica de las diferencias.”¹¹¹

Estas palabras permiten constatar el avance que ha significado el sistema de solución de controversias de la OMC dentro de los sistemas de solución de controversias clásicos del derecho internacional público. Son, además, un reconocimiento del propio Director General de la OMC del hecho de que el control político sobre la actividad jurisdiccional desarrollada por los grupos especiales y el Órgano de Apelación, que ejercen los miembros de esta organización a través del OSD, es prácticamente teórico.

Dado que hemos indicado que los grupos especiales y el Órgano de Apelación ejercen funciones jurisdiccionales, revisaremos el alcance del concepto de jurisdicción internacional, a fin de comprenderla adecuadamente, y determinar si éstos órganos ejercen verdaderamente este tipo de funciones.

Según lo planteado por el profesor Alonso Gómez-Robledo Verduzco, “(...) Se puede entender por jurisdicción internacional todo órgano cuya función sea la de dirimir conforme a

¹⁰⁹ Pascal Lamy es el quinto Director General de la OMC. Su nombramiento, para un mandato de cuatro años, se hizo efectivo el 1º de septiembre de 2005. En abril de 2009, los Miembros de la OMC volvieron a elegir al Sr. Lamy para un segundo mandato de cuatro años, a contar desde el 1º de septiembre de 2009. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/dg_s/dg_s.htm> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹¹⁰ LAMY, Pascal. El lugar y la función (del derecho) de la OMC en el orden jurídico internacional, Revista Española de Derecho Internacional, volumen 59, número 1, 2007, p. 19.

¹¹¹ *Ibíd.*

derecho, mediante decisión obligatoria y en nombre de los sujetos en litigio, todo diferendo que las partes le sometan a dicha instancia.”¹¹² El mismo añade que el concepto comprende “cualquier procedimiento jurisdiccional de arreglo de controversias internacionales por mediación de un órgano arbitral o judicial”, sean estos de carácter ocasional o permanente. Pone de relieve que dicho órgano, para ser considerado como una jurisdicción internacional, siempre deberá fallar “de conformidad con las reglas del derecho internacional público.”¹¹³ Asimismo, al referirse al fundamento de la jurisdicción internacional, señala que se éste se encuentra en el consentimiento o voluntad expresado por los Estados en ejercicio de su soberanía, consentimiento que en ocasiones podría desprenderse de ciertas actuaciones estatales, pero en ningún caso puede ser presumido¹¹⁴. Podemos observar que el profesor Gómez-Robledo desarrolla un concepto de jurisdicción internacional cuyo elemento central es que el diferendo internacional sea resuelto por un tercero que decida el asunto litigioso conforme a las normas de derecho internacional público, y con efecto obligatorio para las partes de la controversia.

Por otro lado, Gaetano Morelli ha efectuado un detallado análisis del concepto de jurisdicción en el derecho internacional, teniendo especialmente en cuenta las particulares características del derecho internacional público, y sus diferencias con los ordenamientos jurídicos internos o nacionales de los Estados. Así, llega a la conclusión de que el concepto de jurisdicción es sin lugar a dudas admisible en el derecho internacional¹¹⁵, si se considera la actividad de resolución de controversias internacionales en sí misma. Esto implicaría desatender algunas concepciones de la jurisdicción, propias y únicamente aplicables a los ordenamientos jurídicos internos, y que por lo tanto no sirven para estructurar el concepto de jurisdicción en el sistema jurídico internacional, como por ejemplo, la jurisdicción entendida en cuanto ‘poder jurisdiccional’¹¹⁶ o

¹¹² GÓMEZ-ROBLEDO, Verduzco, Alonso. Derecho Internacional, Temas selectos. “El estado actual de la jurisdicción internacional y el futuro de la misma”. Universidad Nacional Autónoma de México, 5ª edición, 2008, p. 572.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Op. cit.* p. 571.

¹¹⁵ MORELLI, Gaetano. La sentenza internazionale. Padova: CEDAM, 1931, p. 193 y ss.

¹¹⁶ *Op. cit.* p. 203. Respecto del poder jurisdiccional, el autor *lo* entiende como aquel poder jurídico de que aparece premunido el Estado, al tener la posibilidad de obligar a las partes contendientes mediante una declaración de voluntad propia, correspondiente a la resolución que pone fin a la controversia entre las partes –resolución que en un sistema jurídico interno se encuentra jurídicamente referida al Estado-. El autor constata que en el ordenamiento jurídico internacional no resulta configurable un poder jurídico análogo, donde no existe un ente al cual sea atribuible la declaración de voluntad contenida en la

como ‘función jurisdiccional del Estado’¹¹⁷. Asimismo, también indica que el hecho de que en el ordenamiento jurídico internacional no pueda configurarse del mismo modo que en los derechos internos, un proceso ejecutivo, destinado a la actuación coactiva de la decisión que resuelve la controversia, no obsta a la admisibilidad del concepto de jurisdicción internacional. Esto pone de relieve que en esta materia el ordenamiento jurídico internacional, si bien se encuentra aún en una etapa menos avanzada que los sistemas jurídicos nacionales, hace reposar la garantía de cumplimiento de una decisión sobre la autotutela del Estado interesado, reforzada por una tutela asociada de todos los miembros de la comunidad internacional. Además, también descarta que la jurisdicción definida como la “actuación del derecho objetivo” resulte aplicable al derecho internacional¹¹⁸.

De este modo, luego de desestimar la aplicabilidad en el ordenamiento jurídico internacional de algunos de los conceptos más usuales de jurisdicción, por resultar incompatibles con el mismo, Gaetano Morelli concluye que la jurisdicción internacional debe ser entendida como la “formación de declaraciones de voluntad revestidas de la eficacia para resolver las controversias internacionales”¹¹⁹. Dichas declaraciones de voluntad, correspondientes a la sentencia internacional, así como la regulación de la situación jurídica en que se concreta el proceso internacional, siempre encuentran el fundamento de su eficacia jurídica en una norma procesal establecida mediante un acuerdo de las partes contendientes. Dicho acuerdo puede corresponder tanto a un convenio especial celebrado entre dichas partes, que entregue la solución de una controversia internacional determinada a un tercero, como a un tratado general y preventivo en

sentencia, y que pueda en consecuencia, aparecer como titular del poder jurídico que con la declaración misma sería ejercitado.

¹¹⁷ *Ibíd.* Si bien Gaetano Morelli no define lo que debe entenderse por función jurisdiccional del Estado, podemos recurrir a las conclusiones de Fernando Couture al respecto, quien señala que la jurisdicción en cuanto función sería la actividad de dirimir conflictos y decidir controversias de manera definitiva con autoridad de cosa juzgada, a fin de asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho, que corresponde a uno de los fines primarios del Estado, atendida la circunstancia de que los individuos se encuentran privados de la facultad de hacerse justicia por su mano, por lo que el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción. Así, la función jurisdiccional en su eficacia es un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho. COUTURE, Fernando. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 29-40.

¹¹⁸ *Op. cit.* p. 208-209. En cuanto a la jurisdicción concebida como “actuación del derecho objetivo”, Morelli señala que la actuación del derecho objetivo no sería pensable en el derecho internacional. Sostiene que en el marco de un proceso de resolución de una controversia internacional, no se produciría la actuación del derecho en todos aquellos casos en que la sentencia se encontrare fundada en principios extrajurídicos y de esta manera operara una creación de nuevo derecho.

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 205.

virtud del cual una determinada categoría de conflictos que pudiere tener lugar entre ellas, podrán ser sometidos a la evaluación y resolución de un tercero. En ambos casos, la norma fundamental prevé que la sentencia internacional es el hecho jurídico apto para dar por resuelta la controversia.

De este análisis, y de su comparación con lo planteado por Gómez-Robledo, se aprecia que más allá de los distintos énfasis con que cada uno elabora un concepto de jurisdicción internacional, ambos rescatan como un elemento esencial de su función, la de resolver una controversia internacional por medio del pronunciamiento de un tercero, fundado en normas jurídicas y dotado de eficacia jurídica obligatoria respecto de las partes del conflicto, en base a normas jurídicas. Es decir, que la resolución del conflicto quede radicada en una sentencia internacional, entendida como la decisión pronunciada por uno o más individuos, dictada conforme al derecho internacional público y que tiene eficacia obligatoria para los Estados en contienda; posee la eficacia de obligar a las partes a conformarse a cuanto ella establezca¹²⁰. O dicho de otro modo, en una decisión o pronunciamiento que gozará de eficacia de cosa juzgada.

Por lo tanto, después de haber revisado algunas de las concepciones de jurisdicción internacional en el derecho internacional, y de extraer como su elemento central la función de resolución de controversias en virtud del pronunciamiento de un tercero ajeno al diferendo, con efecto obligatorio para las partes, podemos afirmar que en la OMC existe efectivamente una especie de jurisdicción internacional, radicada en los órganos cargo de la solución de controversias. En efecto, el ESD radica en dichos órganos la función de resolver de manera obligatoria y final las controversias que se susciten entre sus miembros, relativas a los derechos y obligaciones que consagra el sistema multilateral de comercio que contienen los acuerdos abarcados. El artículo 23 del ESD es una de las normas de este tratado que sirve de fundamento para llegar a esa conclusión. Esta disposición otorga jurisdicción manifiesta a los órganos adjudicativos previstos en el ESD –los grupos especiales, el Órgano de Apelación y los árbitros-, declarándolos como los únicos órganos o grupos que podrán determinar si ha existido o no un incumplimiento o infracción de los compromisos que los miembros de la OMC asumieron al convenir los acuerdos abarcados. Se puede apreciar que en virtud de dicha disposición los miembros de la OMC han renunciado a realizar determinaciones unilaterales sobre el hecho de

¹²⁰ MORELLI, op. cit. pp. 80 y 212.

haberse producido un incumplimiento o inobservancia de los acuerdos abarcados, y a adoptar acciones unilaterales tendientes a obtener reparación por dichos actos. Lo anterior queda claramente expresado en el artículo precitado, que señala:

“[...] los Miembros:

- a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado conforme al presente Entendimiento;
- b) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el Miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones y
- c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones y otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial.

El tenor de esta norma confirma que los miembros de la OMC han renunciado en todo lo tocante al cumplimiento de los acuerdos abarcados y conflictos que del mismo se deriven, a actuar de manera unilateral y a la posibilidad de ejercer la autotutela de sus intereses jurídicos, delegando este poder en el sistema de solución de controversias de la OMC. En dichas materias, los miembros deberán regirse exclusivamente por los procedimientos contemplados en el ESD. Tanto la evaluación de los hechos y el derecho, así como cualquiera medida destinada a obtener la ejecución o aplicación de lo fallado por los grupos especiales o el Órgano de Apelación, y aprobado por el OSD, queda ahora en manos de estos órganos y no de las actuaciones o medidas de presión unilaterales que pudiere ejercer cada uno de los miembros.

Otras normas del ESD que confirman el hecho de que los miembros han establecido una verdadera jurisdicción a través del sistema de solución de controversias regulado por este

tratado, son los artículos 11, y 17 párrafos 6 y 13. Mientras el artículo 11 describe la actividad que deben desarrollar los grupos especiales como ‘una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar la resoluciones previstas en los acuerdos abarcados’, el artículo 17 párrafo 6 y 13 describen el ámbito de actuación del Órgano de Apelación, que comprende el conocimiento de ‘las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste’, pudiendo ‘confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial’. Como se puede apreciar, la función que ha sido radicada en cada uno de estos órganos consiste precisamente en la resolución de controversias internacionales en virtud de un pronunciamiento dictado conforme al derecho internacional público –más allá del hecho de que el ejercicio de esta función sea planteada en el ESD como una actividad de apoyo y consejo al OSD, aún cuando éste órgano carece de toda facultad para evaluar y decidir sobre las controversias tratadas en los informes-.

No obstante todo lo anterior, y como hacen notar algunos autores¹²¹, el principal obstáculo que aparece para indicar que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han sido dotados de jurisdicción es el hecho de que el resultado de su actividad, los llamados “informes”, no son obligatorios *per se*. Ellos no tienen fuerza jurídica vinculante si no son aprobados por el OSD. En relación a este punto, Giorgio Sacerdoti¹²² indica que pese a que el ESD no define los informes como ‘fallos’ que incluyen ‘decisiones’, sino como ‘informes’ que contienen

¹²¹ SACERDOTI, Giorgio. The Dispute Settlement System of the W.T.O.: structure and function in the perspective of the first 10 years (March 2007). Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-03, p. 13. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=981029>> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹²² Giorgio Sacerdoti es profesor de Derecho Internacional y Derecho Europeo en la Universidad Bocconi de Milán, Italia, desde 1986, y se ha desempeñado varios cargos en el sector público, entre ellos el de Vicepresidente, hasta 2001, del Grupo de Trabajo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, en el que fue uno de los redactores de la Convención Anticorrupción de 1997. Ha sido consultor del Consejo de Europa, la UNCTAD y el Banco Mundial en cuestiones relacionadas con las inversiones, el comercio, el soborno, el desarrollo y el buen gobierno internacionales. En el sector privado ha actuado muchas veces como árbitro en diferencias comerciales internacionales y en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Además, en 1979 fue nombrado miembro de la Corte Suprema de Italia. Es miembro del Comité del Derecho Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_bio_s.htm> [consulta: 7 de julio de 2012].

‘recomendaciones’, se puede concluir que éstos igualmente gozan de la eficacia de cosa juzgada precisamente en virtud del proceso de adopción de éstos por el OSD, dado que ésta se produce automáticamente en base a la regla del ‘consenso en contrario’.¹²³ De este modo, las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación, expresadas en las conclusiones del informe, requiriendo que el miembro perdedor cumpla la obligación que se ha estimado infringida, se convierten en una obligación para este miembro, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 del ESD¹²⁴.

El mismo autor aclara que el requerimiento de que todos los miembros de la OMC adopten el fallo que decide el conflicto entre las partes en litigio, para que el mismo llegue a ser efectivo para ellas y los demás miembros de la OMC, no es incompatible con la perspectiva tradicional de la adjudicación vinculante en el derecho internacional, por medio de laudos y decisiones judiciales. Por el contrario, la doctrina tradicional en esta materia es que el efecto obligatorio de cosa juzgada de las decisiones internacionales encuentre su fundamento en el acuerdo de las partes que confían la resolución obligatoria de su diferendo a un sistema determinado de solución de controversias –ad hoc o permanente-. En el caso de la OMC, como se ha indicado, han sido todos sus miembros quienes renunciaron a la autotutela de sus intereses y derechos relativos a los acuerdos abarcados, dejando la resolución de las controversias dimanantes de los mismos en manos de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. La adjudicación crea nuevas obligaciones para las partes de la controversia, a saber, aquellas contenidas en la decisión, y en consecuencia, crea nuevas normas jurídicas y obligaciones. Estas normas, sin embargo, no pueden aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones ya existentes de terceras partes –en este caso los derechos de los demás miembros de la OMC-. De este modo, Sacerdoti concluye que dado que la adjudicación en la OMC afecta a todos sus miembros resulta lógico que los informes deban ser aprobados –aunque sea formalmente- por todos ellos, antes de llegar a ser ejecutables *erga omnes*, más aún si se tiene en cuenta que son todos los miembros de la OMC a través del ESD, quienes monitorean el cumplimiento y autorizan las sanciones dentro de este sistema.

¹²³ SACERDOTI, op. cit. p. 13.

¹²⁴ Op. cit., p. 14.

Finalmente, este autor también manifiesta que atendidas las características del sistema jurisdiccional de la OMC, el OSD no es un juez ni órgano jurisdiccional, en relación al cual los grupos especiales o el Órgano de Apelación ejercerían sólo una función consultiva o preparatoria. Más bien, el OSD es un órgano político, revestido de competencias específicas en materia de solución de diferencias, principalmente la adopción automática de decisiones relativas al establecimiento de los grupos especiales, la supervigilancia de la implementación y de los informes, entre algunas otras funciones. Así, en cuanto a la adopción de los informes, el rol del OSD es sólo el de conferir, sin ninguna facultad para evaluar el mérito del caso, fuerza obligatoria a las decisiones de las controversias pronunciadas por los grupos especiales y el Órgano de Apelación, los cuales actúan como los órganos judiciales de la OMC¹²⁵.

Estas observaciones clarifican el rol que corresponde a cada uno de los órganos establecidos por el ESD, más allá de los términos literales con que este tratado se refiere a las funciones asignadas a cada uno de ellos, y permite afirmar que son los grupos especiales y el Órgano de Apelación los que efectivamente ejercen las actividades jurisdiccionales en esta organización.

¹²⁵ SACERDOTI, op. cit., p. 15.

III. VALOR JURÍDICO DE LOS INFORMES DE LOS GRUPOS ESPECIALES Y EL ÓRGANO DE APELACIÓN

Los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, son producto de la actividad jurisdiccional de estos órganos en ejercicio de la jurisdicción que los miembros de la OMC les han conferido para resolver controversias relativas al sistema de obligaciones comerciales multilaterales de la OMC. En consecuencia, al igual que los pronunciamientos de otros tribunales internacionales, los de estos órganos dan origen a jurisprudencia internacional. En vista de ello, la discusión que se desarrolla en torno a si la jurisprudencia constituye o no una fuente de derecho internacional público y la función que concretamente ocupa dentro del derecho internacional, también incide en cuanto al valor normativo atribuible a los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, dentro del sistema multilateral de la OMC.

Antes de estudiar específicamente cuál es el valor normativo de los informes, nos referiremos al concepto doctrinario de jurisprudencia y a algunas de las opiniones que asignan valor a las decisiones de los tribunales internacionales.

3.1 La jurisprudencia y su valor normativo en el Derecho Internacional Público

Doctrinariamente se ha definido la jurisprudencia como el “conjunto de reglas jurídicas que se desprende de las decisiones judiciales”¹²⁶. En cuanto al valor normativo de la jurisprudencia internacional, existen diversas posiciones a nivel doctrinario. Por un lado, se presenta una opinión mayoritaria que indica que la jurisprudencia no constituye una fuente de reglas de derecho internacional público, sino que únicamente un medio auxiliar para la determinación de

¹²⁶ RIDRUEJO, Pastor, José Antonio. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 9ª edición, Madrid: Tecnos, 2003, p. 82.

esas normas. Esta opinión encuentra asidero positivo en el artículo 38 y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que disponen:

“Artículo 38.

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...)

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. (...).”

“Artículo 59. La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.”

Por otro lado, existe una posición minoritaria, que plantea que la jurisprudencia sí corresponde a una de las fuentes formales del derecho internacional público. El profesor Pastor Ridruejo considera que el valor normativo de la jurisprudencia se basa en fundamentos similares a los que sustentan a la costumbre como fuente del derecho internacional. Este autor manifiesta estar concorde con lo planteado por Guiraud, sobre la calificación de la jurisprudencia como una “costumbre jurisdiccional”, sosteniéndola en base a un argumento *a fortiori*. En efecto, Pastor Ridruejo ha señalado que: “Si la costumbre es fuente del Derecho (...) con mayor razón habrá de serlo la jurisprudencia. Pues si ella –la costumbre–, resulta de los supuestos, no contemplados inicialmente por regla positiva, en que los miembros de una comunidad acudían voluntariamente a los principios jurídicos superiores para encontrar la solución adecuada al caso en cuestión, proviene la jurisprudencia de los supuestos en que la solución ha sido indagada en los principios superiores por un órgano calificado de la comunidad, cual es el judicial. Si la costumbre se forma en el proceso de actuación espontánea del Derecho a través de una repetición de actos que se saben conformes a los principios superiores, la jurisprudencia se establece en el proceso de actuación forzosa del Derecho a través de una repetición de soluciones extraídas también de los principios superiores”¹²⁷.

¹²⁷ PASTOR Ridruejo, José Antonio. La jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, libro homenaje al profesor Legaz-Lacambra, Santiago, 1960, pp. 1.165 ss. Cit. por PASTOR Ridruejo, José Antonio. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 9ª edición, 2003, p. 83.

Asimismo, el autor hace notar además que para determinar el valor de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, hay que atender más a su actitud que a la letra de su Estatuto –refiriéndose especialmente al artículo 59 del mismo-. En este sentido, la jurisprudencia considerada como una fuente de derecho internacional, a su juicio iría acompañada de una actitud o valoración del propio tribunal que la ha creado, que la iría cristalizando como norma jurídica, y en definitiva, revistiéndola de su valor normativo final. Así, el hecho de que el propio tribunal otorgue a sus resoluciones valor jurídico obligatorio contribuiría al establecimiento de normas jurídicas. Como ejemplo de la formación de normas en base a decisiones jurisprudenciales, señala la evolución de la jurisprudencia de la Corte Permanente Internacional de Justicia relativa a la prohibición de emplear los trabajos preparatorios para desvirtuar el texto claro de un tratado, durante la década comprendida entre 1922 y 1932. A lo largo de ese período, observa que en 1922 se habría planteado por primera vez la discusión sobre este tema, ocasión en que dicho tribunal tímidamente se remitió a lo resuelto en los casos anteriores; hasta que en 1932 cita el criterio establecido –respecto de dicha prohibición- en sus sentencias previas como “su jurisprudencia constante en este sentido”. De este modo, en base a este estudio, advierte que “el tribunal se atiene a la consideración de su jurisprudencia como auténtica fuente del Derecho, ya que no tiene el menor inconveniente en aplicar ciertas reglas por él construidas y que invoca no a título de principios generales del Derecho, costumbre o convenciones, sino como su propia jurisprudencia”, destacando asimismo que tanto la Corte Permanente de Justicia como la Corte Internacional de Justicia continuaron con este razonamiento.

Pastor Ridruejo no es el único autor que sostiene que la jurisprudencia de los tribunales internacionales constituye una fuente formal del derecho internacional. Gerald Fitzmaurice¹²⁸⁻¹²⁹ también defendió una postura similar. Este autor indicaba que habitualmente las fuentes del derecho han sido clasificadas como “fuentes materiales” y “fuentes formales”. Asumiendo esta clasificación define las fuentes materiales del derecho como aquellas pruebas o registros del derecho, que dan testimonio de ciertas actitudes por parte de los Estados, aunque es la práctica de los Estados evidenciada de esta manera la que constituye la fuente del derecho. Ellas permiten

¹²⁸ Sir Gerald Fitzmaurice fue juez de la Corte Internacional de Justicia entre 1960 y 1973. También fue parte de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU entre 1955 y 1960.

¹²⁹ FITZMAURICE, Gerald. Some problems regarding the formal sources of international law, *Symbolae Verzijl*, p. 153-176. En: KOSKENNIEMI, Martti. *Sources of international law*, Brookfield, Vt.: Ashgate, 2000, p. 57-80.

constatar cuál es el contenido del derecho. Las fuentes formales, por su lado, son aquellos actos o hechos conforme a los cuales el contenido de las fuentes materiales del derecho se encuentra revestido de validez jurídica y fuerza obligatoria. La esencia de esta distinción radicaría entre aquello que inspira el contenido del derecho y aquello que da a su contenido su carácter obligatorio como derecho. Conforme a esta clasificación ¿Dónde se encontraría la jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional? Fitzmaurice afirma que las decisiones de los tribunales internacionales no operan para crear derecho del mismo modo que lo hace el precedente judicial en algunos sistemas de derecho interno, y que por lo tanto no podrían considerarse técnicamente como fuentes formales de derecho. No obstante, también indica que una reflexión más profunda llevaría a concluir que si tales decisiones no pueden ser clasificadas directamente como fuentes formales del derecho, tampoco resultaría satisfactorio mirarlas como una más entre las varias fuentes materiales, atendida la realidad práctica que se vive en el proceso internacional.

En vista de ello, relativiza y cuestiona la afirmación acerca de que las decisiones de los tribunales internacionales “sólo son vinculantes para las partes de la controversia, y obligatorias para ellas sólo a efectos del caso particular de que se trate, como tampoco requieren ser seguidas por otros tribunales internacionales o por el mismo tribunal”¹³⁰. Aunque reconoce que técnicamente estas afirmaciones pueden ser correctas, no las comparte. Señala que lo decidido por un tribunal internacional en un caso determinado, y que formalmente sólo obliga a las partes de esa controversia exclusivamente respecto de ese caso, en la práctica puede ser aplicado en otros casos similares que conozca el mismo tribunal que creó la jurisprudencia de que se trate, o incluso por otros tribunales.

En este sentido, cita el criterio de la CIJ en el caso de las “Pesquerías anglo-noruegas” resuelto por fallo del 18 de diciembre de 1951, donde este tribunal consideró que en ciertas circunstancias la línea costera desde la cual puede ser medido el mar territorial podría consistir no en la línea de más baja marea, sino en un sistema de línea rectas dibujadas a lo largo de un costa accidentada o entre ciertos puntos. Afirma que, aunque teóricamente el Reino Unido en virtud de dicha decisión sólo se encontraba obligado a aceptar este sistema de líneas de base rectas respecto de Noruega, y no un sistema similar empleado por otro Estado, dicho fallo,

¹³⁰ Op. cit. p. 72.

formalmente, tampoco obligaba a aceptar a ningún otro Estado más que al Reino Unido la delimitación practicada por Noruega. No obstante, concluye que en la práctica, es obvio que ni el Reino Unido, ni ningún otro Estado podría en la actualidad cuestionar esta suerte de “principio” de las líneas rectas de base, al menos en un procedimiento judicial, incluso aunque compareciera ante un tribunal que no fuera la CIJ. Si bien acepta la posibilidad de rebatir aspectos particulares de dicha jurisprudencia, en los hechos asevera que ya no resultaría posible cuestionar que existen casos distintos del citado, en los cuales las líneas de base rectas –y no la línea de las más bajas mareas- pudieren ser legítimamente el punto de partida para la delimitación del mar territorial. Concluye que este fallo corresponde a una aplicación nueva del derecho y equivale a una fuente cuasi-formal del derecho. No obstante, matiza estas conclusiones señalando que este proceso no se dará necesariamente respecto de todas las decisiones de un tribunal internacional, e incidirá en esta capacidad generadora el carácter del caso y el objeto del debate. Por ejemplo, que los fallos que aclaran la interpretación de los tratados u otros instrumentos no siempre se prestan fácilmente para estos procesos.

Asimismo, también se hace cargo de la afirmación según la cual la jurisprudencia de un tribunal internacional no requiere ser seguida ni por su tribunal de origen, ni por otros tribunales internacionales. También asume esta aserción como técnicamente correcta y como una realidad teórica y formal, más que práctica, dado que “cualquiera que haya participado en un procedimiento internacional sabe que las distintas fuentes materiales del derecho son consideradas de un modo diverso que las decisiones de un tribunal (...)”. Destaca la gran diferencia con la cual tanto las partes de un proceso internacional, como los propios tribunales internacionales, tratan la jurisprudencia invocada durante el juicio, contrastándola con el atribuido a otros argumentos. En efecto, el autor nota que un abogado no cita una opinión doctrinaria del mismo modo que cita una decisión judicial. El abogado invoca la jurisprudencia como un antecedente que el tribunal no puede ignorar, que estaría obligado a tomar en cuenta, y al cual debería seguir a menos que pueda demostrarse que la decisión citada fue claramente equívoca o distinta del caso en cuestión, o de modo jurídico o fáctico, inaplicable. Por su parte, señala que el tribunal no se sentirá libre para ignorar una decisión relevante y normalmente se sentirá obligado a tratarla como un argumento que debe ser aceptado, o también –en base a buenas razones- rechazado, pero que en todo caso debe ser considerado.

De esta forma, en vista del rol que en la práctica juega la jurisprudencia, este autor llega a la conclusión de que si una decisión judicial o arbitral no es, en el campo internacional, técnicamente una fuente formal, debe ser vista como dotada de un estatus especial, que la distingue de otras fuentes materiales y que la convierte en una fuente del derecho cuasi-formal.

Considerando estos parámetros doctrinales, conforme a los cuales la jurisprudencia elaborada por órganos que gozan de jurisdicción correspondería a una fuente formal o cuasi formal de derecho, cabe preguntarnos qué ocurre con la jurisprudencia de los grupos especiales y el Órgano de Apelación en la OMC, a la luz de estos planteamientos. ¿Qué podemos decir de su valor normativo? ¿Qué han dicho estos órganos jurisdiccionales a este respecto? A ello nos referiremos a continuación.

3.2. Valor jurídico de los informes adoptados dentro del sistema de la OMC

Hemos explicado que los informes adoptados de los grupos especiales y del Órgano de Apelación son obligatorios para los miembros que fueron partes del procedimiento respectivo, así como que el ESD ha establecido una jurisdicción obligatoria para todos los miembros de la OMC, entregando a los grupos especiales y al Órgano de Apelación facultades para decidir sobre las controversias que son puestas en su conocimiento, en base al sistema jurídico de la OMC y al derecho internacional público general. Los informes, una vez adoptados, son obligatorios para los miembros de la controversia de que se trate, y la parte vencida deberá aplicar la recomendación que le haya sido formulada a través de los mismos.

En consecuencia, en vista de que la OMC y su sistema de obligaciones internacionales multilaterales se encuentran insertos en el sistema jurídico internacional, no resulta cuestionable el hecho de que el ejercicio de la jurisdicción otorgada a los grupos especiales y al Órgano de Apelación dé como fruto una jurisprudencia internacional de características y efectos similares a los que presentan la jurisprudencia de otros importantes tribunales internacionales, como por ejemplo la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En efecto, si podemos afirmar que la CIJ en base a la jurisprudencia que ha venido desarrollando durante más de 50 años de historia, ha

contribuido a crear principios o criterios jurídicos, no resulta lógico negar la misma potencialidad a la jurisprudencia nacida de otros tribunales internacionales, como son los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Naturalmente la analogía no radica en la extensión del período histórico que lleva funcionando la CIJ, en relación con el que ha transcurrido desde la creación de la OMC e inició actividades su sistema de solución de controversias, sino que en el hecho de que, a la luz del análisis que hemos efectuado sobre la jurisdicción que se ha conferido a estos órganos, no se vislumbra diferencias que permitan establecer que el ejercicio de la misma que resulta en la jurisprudencia originada por los órganos jurisdiccionales de la OMC, tenga efectos distintos que aquella que encuentra su origen en la actividad de la CIJ u otros tribunales internacionales.

Dado que el ESD y los demás acuerdos abarcados no se refieren específicamente al valor jurídico que corresponde asignarle a los informes de los órganos jurisdiccionales de esta organización, tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación que han tenido oportunidad de pronunciarse y establecer un criterio sobre esta materia, al resolver una de las primeras controversias llevadas por los miembros de la OMC a su conocimiento, correspondiente a la disputa conocida como “Japón-Bebidas Alcohólicas II”¹³¹⁻¹³².

En esta controversia Estados Unidos, la Unión Europea –en ese entonces aún como las “Comunidades Europeas”- y Canadá presentaron una reclamación en contra de Japón, impugnando la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas establecida por este país, en virtud de la cual se fijaba un sistema de impuestos interiores aplicables a todas las bebidas alcohólicas a tipos impositivos diferentes, en función de la categoría en que estuvieran comprendidas. Esta ley gravaba el sochu –bebida alcohólica japonesa- con un tipo más bajo que el aplicable a otras bebidas del mismo tipo –vodka, gin, ginebra, ron whisky y brandy-, lo que las reclamantes consideraron contrario al artículo III del GATT de 1994 –correspondiente a la cláusula de trato nacional en materia de tributación y reglamentación interiores-.

¹³¹ Informe del Órgano de Apelación, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996.

¹³² Informe del Grupo Especial, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

Al momento de evaluar si la ley japonesa cuestionada por los reclamantes implicaba o no una transgresión a la cláusula de trato nacional establecida en el GATT de 1994, el grupo especial se refirió también a la condición jurídica de los informes adoptados durante la vigencia del GATT de 1947, dentro del sistema surgido desde la creación de la OMC, llegando a las siguientes conclusiones:

‘[...] los informes de grupos especiales adoptados por las PARTES CONTRATANTES del GATT y por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC constituían la práctica ulteriormente seguida en un caso concreto en virtud de las decisiones por las que se habían adoptado esos informes. El reconocimiento institucional de que los informes adoptados de los grupos especiales constituyen una práctica ulteriormente seguida se encuentra en el apartado b) iv) del artículo 1 del GATT de 1994 (anexo 1A al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio). Tales informes forman parte integrante del GATT de 1994, por cuanto están incluidas en "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947". El Grupo Especial observó que ese precepto no establece una jerarquía entre "las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947’,¹³³.

Este informe muestra que el grupo especial llega a la conclusión de que los informes adoptados constituyen la ‘práctica ulteriormente seguida en un caso concreto’, aplicando lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, en relación a lo dispuesto en el artículo 1 letra b) numeral iv), del Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech. En efecto, el artículo 31 de la CVDT, en su párrafo 3, letra b) señala que al interpretar un tratado, juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta ‘toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado’. Por su lado, el artículo 1 letra b) numeral iv), del Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech¹³⁴ dispone que son parte integrante del GATT de 1994 ‘las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES DEL GATT DE 1947’.

¹³³ Doc. cit. párrafo 6.10.

¹³⁴El Acuerdo de la OMC, artículo 1, letra b), numeral iv), establece lo siguiente: 1. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (“GATT de 1994”) comprenderá: (...)b) las disposiciones de los instrumentos jurídicos indicados a continuación que hayan entrado en vigor en el marco del GATT de 1947 con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC: (...)iv) las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947.

En vista de lo señalado por estas disposiciones, el grupo especial concluyó que los informes adoptados, ya fuera durante la vigencia del GATT de 1947 o desde la creación de la OMC, en virtud de la decisión por la cual habían sido adoptados, podían entenderse como parte de ‘las decisiones de las partes contratantes del GATT de 1947’. El grupo especial también estimó que debido a que las decisiones en virtud de las cuales se adopta un informe, contienen un pronunciamiento sobre un caso determinado resuelto en aplicación de las disposiciones del GATT y normas generales de derecho internacional público, aprobado por las partes contratantes del GATT o de la OMC, corresponderían conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, a “la práctica ulteriormente seguida en un caso concreto”, y por lo tanto, debía ser considerados al momento de decidir sobre una nueva controversia donde se analizare el mismo punto.

No obstante haberse pronunciado en este sentido, el grupo especial también concluyó respecto del valor jurídico atribuible a los informes adoptados que, al constituir la práctica ulteriormente seguida en un caso concreto, en tal concepto habían de ser tenidos en cuenta por posteriores grupos especiales que examinaran la misma cuestión u otra análoga, aunque precisando que éstos no tenían que seguir forzosamente su razonamiento ni llegar a los mismos resultados¹³⁵.

Así, se observa que por un lado, que el grupo especial en definitiva, concluyó que los informes adoptados no son vinculantes para los grupos especiales que conozcan casos futuros, sino sólo para las partes de la controversia respectiva. Éstos, por lo tanto, deberían ser tomados en cuenta por los grupos especiales futuros, aunque sin encontrarse en el deber de seguir los razonamientos del informe adoptado con anterioridad. Y por otro lado, como también señalamos, el grupo especial llegó además a la conclusión de que los informes adoptados se encontraban comprendidos entre ‘las decisiones de las partes contratantes del GATT de 1947’, enunciadas en el artículo 1 letra b) numeral iv), del Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech, por haber sido aprobados en virtud de una decisión de adopción de los mismos. No obstante, al señalar que los informes adoptados son parte de “las demás decisiones de las Partes

¹³⁵ Informe del Grupo Especial, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, párrafo 6.10.

contratantes” y que al mismo tiempo los mismos no son vinculantes para la resolución de casos futuros, el grupo especial llegó a dos conclusiones lógicamente contradictorias.

Ello, debido a que la consecuencia última de haber estimado que los informes adoptados se encontraban comprendidos entre “las demás decisiones de las Partes Contratantes” es que éstos formarían parte integrante del GATT de 1994 –como claramente lo establece el encabezado del artículo 1, letra b), numeral iv), del Acuerdo de la OMC-. Así, el haber estimado que los informes adoptados formaban parte del GATT de 1994, implicaba que éstos pasaran a ser parte de los acuerdos abarcados, y una disposición jurídica de aplicación obligatoria para los grupos especiales y el Órgano de Apelación, cuando resultara pertinente¹³⁶, y no meramente una referencia.

Conforme a esta interpretación, el grupo especial en definitiva calificó los informes adoptados como parte del derecho aplicable dentro del sistema del GATT o de la OMC. De este modo, los informes adoptados dentro del marco del GATT de 1947, habrían tenido el estatus de una de disposición de aplicación obligatoria para los grupos especiales futuros y para el Órgano de Apelación –por ser parte integrante del GATT de 1994-, lo que a todas luces se aleja de la regla general sobre el valor de las sentencias, de acuerdo a la cual éstas sólo gozan de un valor relativo, siendo formalmente obligatorias únicamente para las partes de la controversia, sin que el tribunal que las dictó se encuentre forzado a seguir el mismo criterio en casos futuros.

Este informe fue apelado por Japón, el demandado, el día 8 de agosto de 1996. En virtud de dicho recurso el Órgano de Apelación concluyó que el ‘Grupo Especial incurrió en error de derecho al concluir que los informes de los grupos especiales adoptados por las PARTES CONTRATANTES del GATT y por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC constituían la práctica ulteriormente seguida en un caso concreto en virtud de las decisiones por las que se habían adoptado esos informes.’¹³⁷

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ Informe del Órgano de Apelación, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, 9-11 pp.

El Órgano de Apelación en lo referido a las conclusiones sostenidas por el grupo especial relativas al valor jurídico de los informes adoptados durante la vigencia del GATT de 1947, desestimó la calificación e interpretación efectuadas por el grupo especial, en virtud de la cual los informes adoptados se encontrarían incluidos entre las demás decisiones de las Partes Contratantes del GATT de 1947, conforme al artículo 1, letra b), numeral iv) del Acuerdo de la OMC. A este respecto, el Órgano de Apelación indicó que las decisiones en virtud de las cuales fueron adoptados los informes de los grupos especiales dentro del marco del GATT de 1947, no fueron adoptadas por las partes contratantes de ese tratado con la intención de que su decisión constituyera una interpretación definitiva de las disposiciones del GATT de 1947; y que tampoco consideraba que el GATT de 1994 contemplara este efecto para dichas decisiones.¹³⁸ Ello, dado que el Acuerdo sobre la OMC establece un mecanismo político y no jurisdiccional destinado a que los miembros de esta organización acuerden una interpretación autorizada sobre cualquiera de las disposiciones de los tratados incorporados en el Acta Final de Marrakech, mecanismo que se encuentra previsto en el artículo IX del Acuerdo de la OMC¹³⁹⁻¹⁴⁰.

En consecuencia, el Órgano de Apelación concluyó que la disposición contenida en el artículo 1, letra b), número iv) del Anexo 1A del Acuerdo de la OMC, en relación a lo previsto en el artículo XI del Acuerdo de la OMC, no permite sostener lo afirmado por grupo especial, cuyo razonamiento tenía como consecuencia final la afirmación de que los tratados incorporados en el Acta Final de Marrakech, consagraban el efecto obligatorio de los informes adoptados durante la vigencia del GATT de 1947, y desde la creación de la OMC. Sin embargo, el Órgano de Apelación determinó lo siguiente respecto del valor jurídico que debería asignársele a los informes adoptados –antes o después de la creación de la OMC- dentro del sistema multilateral de la OMC:

¹³⁸ Doc. cit. p. 9

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ A este respecto, cabe tener presente que el Acuerdo de la OMC, artículo IX, párrafo 2, dispone el siguiente mecanismo: La Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales. En el caso de una interpretación de un Acuerdo Comercial Multilateral del Anexo 1, ejercerán dicha facultad sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo. La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros. El presente párrafo no se aplicará de manera que menoscabe las disposiciones en materia de enmienda establecidas en el artículo X.

‘El párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC¹⁴¹ y el apartado b) iv) del artículo 1 del texto del anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC traen la historia y la experiencia jurídica adquiridas en el GATT de 1947 al nuevo ámbito de la OMC, de una manera que garantiza la continuidad y coherencia en una transición fluida a partir del sistema del GATT de 1947. Con esto se afirma la importancia que tiene para los Miembros de la OMC la experiencia adquirida por las PARTES CONTRANTES del GATT de 1947, y se reconoce la importancia constante de esta experiencia para el nuevo sistema comercial al que sirve la OMC. Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia. Sin embargo, no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio. En resumen, el carácter y condición jurídica de estos informes no ha variado tras la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.¹⁴²

De este modo, el Órgano de Apelación dejó en claro que los informes adoptados por los grupos especiales no son de observancia obligatoria para los grupos especiales futuros ni para el propio Órgano de Apelación en casos venideros. Lo anterior, dado que interpretó las disposiciones de los tratados del Acta Final de Marrakech de manera concorde con el principio general del derecho y del derecho internacional público en cuanto al efecto de las sentencias, es decir, indicando que éstas sólo son obligatorias para las partes de la controversia, y respecto del conflicto específico en que fueron pronunciadas, sin que queden revestidas con un valor jurídico formal para los propios grupos especiales y el Órgano de Apelación,

Sin embargo, la jurisprudencia citada permite observar que el Órgano de Apelación reconoce la importancia del rol que los informes adoptados durante la vigencia del GATT de 1947 cumplen dentro del sistema multilateral de la OMC, pues en ella se concluye que dichos informes contienen criterios jurídicos que deberían tenerse en cuenta en casos futuros a fin de resolver la controversia respectiva, cuando resulten pertinentes. Así, si bien los informes adoptados tienen un efecto relativo, siendo obligatorios sólo para las partes de la controversia

¹⁴¹ Acuerdo de la OMC, artículo XVI, párrafo 1: Salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo.

¹⁴² Informe del Órgano de Apelación, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 11. (El subrayado es nuestro).

que resuelven, el Órgano de Apelación claramente indicó que los grupos especiales futuros deben tener en cuenta sus razonamientos, en la medida que resulten aplicables a la controversia actual. De este modo, el Órgano de Apelación establece que los órganos jurisdiccionales deben propender a generar un cuerpo de jurisprudencia uniforme, sirviendo la misma como una pauta de comportamiento frente a los miembros de la OMC, en cuanto a la aplicación de los acuerdos abarcados.

Por otro lado, el Órgano de Apelación también ha desarrollado jurisprudencia referida al valor jurídico que debería asignársele a sus propios informes cuando han sido invocados por los grupos especiales para resolver alguna controversia, o cuando el mismo Órgano de Apelación se remite a sus pronunciamientos anteriores.

En la controversia ‘Estados Unidos – Camarones, Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD’¹⁴³, el Órgano de Apelación tuvo la oportunidad de determinar en última instancia si Estados Unidos estaba dando cumplimiento o no a las recomendaciones que le fueron formuladas. Durante este procedimiento, Malasia manifestó su disconformidad respecto de las frecuentes remisiones efectuadas por el grupo especial a los razonamientos contenidos en el informe que el Órgano de Apelación había dictado al pronunciarse sobre el fondo de la misma controversia¹⁴⁴ (‘Estados Unidos-Camarones’). En cuanto a esta discordancia expresada por Malasia, el Órgano de Apelación expresó lo siguiente:

‘Los razonamientos contenidos en nuestro informe *Estados Unidos – Camarones*, en los que se basó el Grupo Especial, no eran *dicta*, sino que eran esenciales para nuestra resolución. El Grupo Especial procedió acertadamente al utilizarlos y al basarse en ellos. Tampoco son sorprendentes las frecuentes referencias que hace el Grupo Especial a nuestro informe en *Estados Unidos – Camarones*. De hecho cabía prever que el Grupo especial las hiciera. El Grupo Especial tenía, forzosamente, que tomar en consideración nuestras opiniones sobre esta cuestión, por cuanto habíamos revocado en algunos aspectos las constataciones al respecto del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, y, lo que es aún más importante, habíamos proporcionado una orientación interpretativa para

¹⁴³Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. WT/DS58/AB/RW, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 107-109.

¹⁴⁴ Doc. cit., párrafo 15.

futuros grupos especiales, como el Grupo Especial que se ocupó del presente asunto.’¹⁴⁵

Asimismo y seguidamente, el Órgano de Apelación además aprovechó de remitirse a lo que había resuelto respecto del valor jurídico de los informes adoptados de los grupos especiales en su informe sobre la diferencia ‘Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II’, reiterando textualmente de éste informe, la siguiente conclusión:

“Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia.”¹⁴⁶

En el mismo informe, el Órgano de Apelación afirmó además que estas conclusiones también resultaban aplicables a los informes adoptados por el Órgano de Apelación, y que por lo tanto el grupo especial no incurrió en error al tener en cuenta el informe citado, dado que el razonamiento al que se remitía había sido expuesto en un informe adoptado del Órgano de Apelación, declarando expresamente que:

“[...] El Grupo Especial actuó correctamente al utilizar nuestras constataciones como instrumento para formular su propio razonamiento. Además, no encontramos indicios de que, al hacerlo, el Grupo Especial se limitara simplemente a examinar la nueva medida desde la perspectiva de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

En consecuencia, constatamos que el Grupo especial cumplió adecuadamente el mandato que le encomienda el párrafo 5 del artículo 21 del ESD de examinar la compatibilidad de la medida de los Estados Unidos destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto Estados Unidos – Camarones con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994.”¹⁴⁷

Por otro lado, el Órgano de Apelación formuló conclusiones similares en su informe relativo al conflicto ‘Estados Unidos - Madera blanda V’¹⁴⁸, en el cual Estados Unidos era el miembro

¹⁴⁵ Doc. cit. párrafo 107.

¹⁴⁶ Doc. cit. párrafo 108.

¹⁴⁷ Doc. cit. párrafo 109.

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá, WT/DS264/R, adoptado el 31 de agosto de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS264/AB/R.

demandado y cuestionó la pertinencia de las referencias efectuadas por el grupo especial a un informe del Órgano de Apelación relativo a la reclamación ‘Comunidades Europeas – Ropa de Cama’. Estados Unidos solicitó al Órgano de Apelación que no ‘importe la totalidad de las constataciones y razonamientos’ de aquel asunto, subrayando que no fueron parte de la diferencia aludida, que los argumentos presentados en aquel asunto eran distintos, y que la medida en litigio en la controversia actual no era parte del asunto discutido en aquel informe del Órgano de Apelación¹⁴⁹. Frente a ello, Canadá en calidad de reclamante se manifestó indicando que, si bien el Órgano de Apelación no está sujeto a una disciplina estricta con arreglo al principio *stare decisis*, la sugerencia de los Estados Unidos según la cual ‘cada asunto es autónomo y debe decidirse sin que se tengan en cuenta las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias en otros asuntos sustanciados en la OMC, anularía el principal logro de un cuerpo coherente de decisiones o jurisprudencia de la OMC.’¹⁵⁰

Frente a la argumentación presentada por estas partes, el Órgano de Apelación citó sus pronunciamientos previos relativos al valor de los informes adoptados –expuestos en los informes ‘Japón – Bebidas Alcohólicas II’ y ‘Estados Unidos – Camarones’-, expresando lo siguiente:

‘Habida cuenta de [las constataciones en el asunto Japón — Bebidas alcohólicas II y en el asunto Estados Unidos — Camarones (Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21)], y a la luz del párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (“ESD”), que estipula que “el sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”, hemos considerado en todos sus aspectos los hechos concretos del presente asunto y los argumentos formulados por los Estados Unidos en apelación, así como los formulados por el Canadá y los terceros participantes. Al hacerlo hemos tenido en cuenta, cuando así procedía, los razonamientos y las constataciones que figuran en el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto CE — Ropa de cama.’¹⁵¹

Esta cita jurisprudencial permite apreciar que el Órgano de Apelación nuevamente reafirmó la necesidad de seguir razonamientos incluidos en informes adoptados anteriormente, siempre

¹⁴⁹ Doc. cit. párrafo 109.

¹⁵⁰ Doc. cit. párrafo 110.

¹⁵¹ Doc. cit. párrafo 112.

que éstos resulten aplicables a la nueva controversia que se debe resolver, y sin que ello implique desatender los antecedentes de hecho y las alegaciones jurídicas del caso específico.

Los antecedentes jurisprudenciales que hemos comentado, muestran cómo el Órgano de Apelación asentó un criterio interpretativo acerca del valor jurídico que tienen los informes adoptados –tanto aquellos procedentes de los grupos especiales, como del propio Órgano de Apelación-, a fin de resolver controversias posteriores. Claramente el Órgano de Apelación ha considerado que los criterios expuestos en informes adoptados con anterioridad deben ser considerados tanto por los grupos especiales subsecuentes como por el propio Órgano de Apelación al analizar controversias futuras, a fin de dar cumplimiento a uno de los objetivos del sistema de solución de controversias de la OMC: aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio –conforme lo dispone el artículo 3, párrafo 2 del ESD-, a través de la generación de un cuerpo de jurisprudencia que establezca criterios uniformes en las diversas materias sobre las que le corresponda pronunciarse. Ello, no obstante el deber de atender las alegaciones de las partes y los hechos de la causa específica de que se trate.

Así, que el Órgano de Apelación haya determinado que dichos criterios deben ser tenidos en cuenta en casos posteriores, no implica que haya considerado que los acuerdos abarcados apuntaban a generar una jurisprudencia que siguiera el principio del precedente judicial obligatorio para los propios adjudicadores. Muy por el contrario, el Órgano de Apelación se preocupó de despejar esa duda, indicando que los informes adoptados sólo son obligatorios para las partes de la controversia respecto de la cual fueron pronunciados, y que no resultan vinculantes para los órganos jurisdiccionales de la OMC, toda vez que pueden desviarse de los mismos, cuando los hechos y argumentos de un caso determinado así lo exijan.

Sin embargo, cabe tener presente que el Órgano de Apelación, en virtud de la jurisprudencia analizada, ha apoyado de manera continua en sus pronunciamientos la posibilidad y pertinencia de realizar referencias a informes adoptados anteriores, sean éstos de grupos especiales o del Órgano de Apelación.

3.3 Valor jurídico de los informes no adoptados dentro del sistema de la OMC

La jurisprudencia de los grupos especiales y del Órgano de Apelación no sólo ha abordado el tema del valor jurídico que tienen los informes adoptados, tanto para los miembros de la OMC, como para los propios órganos judiciales de esta organización, sino que también se ha referido al valor jurídico que debe asignarse a los informes que no han sido adoptados. ¿Cuáles serían sus efectos dentro del sistema de solución de controversias de la OMC? Tanto el grupo especial que debió resolver la controversia “Japón-Bebidas Alcohólicas”, como el Órgano de Apelación al pronunciarse sobre la misma, se refirieron de manera unívoca a esta materia. En efecto, el grupo especial, en esencia, indicó que los informes no adoptados carecían de valor normativo en el sistema del GATT o de la OMC, puesto que no habían sido avalados por decisiones de las Partes Contratantes del GATT o de los miembros de la OMC. El Órgano de Apelación refrendó esta constatación del grupo especial, -que no fue apelada por ninguna de las partes de la controversia- en los siguientes términos:

‘No obstante, compartimos la conclusión del Grupo Especial, incluida en dicho párrafo, de que los informes no adoptados de grupos especiales “carecían de valor normativo en el sistema del GATT o de la OMC, puesto que no habían sido avalados por decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT o de los miembros de la OMC”. Del mismo modo, estamos de acuerdo en que “un grupo especial podía encontrar útiles orientaciones en el razonamiento seguido en un informe no adoptado de un grupo especial que a su juicio fuera pertinente al asunto que examinaba.”¹⁵²

Por lo tanto, es indiscutible que conforme a la interpretación efectuada por el Órgano de Apelación, dichos informes carecen de valor normativo por no contar con la aprobación de los miembros de la OMC –o de las partes contratantes del GATT de 1947, si los informes fueron anteriores a la creación de la OMC-. Esta conclusión permite aseverar que, conforme al criterio planteado por los órganos jurisdiccionales de esta organización, el valor de cosa juzgada de cada informe nace de la decisión de haber sido adoptado por los miembros de la OMC, o por las partes contratantes del GATT de 1947.

¹⁵² Informe del Órgano de Apelación, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 11.

3.4 Principios del Derecho Internacional Público en la jurisprudencia del Órgano de Apelación

Desde la creación de la OMC, y la entrada en funcionamiento de sus órganos jurisdiccionales, ha ido generándose un cuerpo jurisprudencial voluminoso por medio del cual se ha ido delimitando el alcance de las disposiciones de los acuerdos abarcados y dando contenido a diversos principios del derecho reflejados en dichas normas o que han resultado aplicables a los conflictos conocidos por dichos órganos jurisdiccionales.

El Órgano de Apelación, en el ejercicio de la alta función que se la ha encomendado, se ha referido al alcance de diversos principios del derecho internacional público al efectuar el examen sobre las conclusiones jurídicas contenidas en diversos informes de los grupos especiales.

Antes de revisar la jurisprudencia del Órgano de Apelación al respecto, precisaremos la diferencia entre los “principios generales del derecho” y los “principios de derecho internacional público”. En efecto, los principios generales del derecho son aquellos principios fundamentales que son comunes a los sistemas jurídicos de los diversos Estados¹⁵³. Entre ellos podemos indicar los siguientes, tan solo por vía ejemplar: el principio de *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga); todo daño ilícitamente causado debe ser íntegramente reparado; nadie puede aprovecharse de su propio dolo; nadie puede transferir más derechos que los que tiene; la sentencia dictada con exceso de poder es nula; el principio de cosa juzgada (*res iudicata*); el de la prescripción extintiva, etc.

Los principios del derecho internacional son normas internacionales de carácter fundamental y general, como aquéllos que prohíben la agresión, que los tratados prevalecen sobre la ley interna en el plano internacional, o el principio de que un Estado o gobierno no puede invocar las disposiciones o las deficiencias de su ley interna para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales.

¹⁵³ BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. 6a. ed. Santiago de Chile: Jurídica Conosur, 1999. p. 29.

A continuación nos referiremos a la jurisprudencia del Órgano de Apelación relativa a algunos de los principios del derecho internacional y principios generales del derecho. Podemos apreciar que algunos de ellos se encuentran recogidos de manera más o menos explícita en el ESD. No obstante, más allá del reconocimiento manifiesto que haga el ESD o cualquier otro de los acuerdos abarcados, en este título nos referiremos a la aplicación y extensión que el Órgano de Apelación les ha dado a través de su jurisprudencia.

3.4.1. Principio de la Buena Fe

El profesor Santiago Benadava califica este principio como uno de los principios básicos de las relaciones internacionales, que atendida su importancia, también han sido llamados “principios constitucionales” de la comunidad internacional¹⁵⁴. Asimismo, señala que además de ser un principio de la mayor relevancia en las relaciones entre los sujetos de derecho internacional, la buena fe corresponde a uno de los principios del derecho internacional contemporáneo¹⁵⁵; y en general la doctrina lo considera como uno de los valores fundamentales del derecho internacional¹⁵⁶.

En este orden jurídico, pese a la ambigüedad y carácter cambiante que entrañaría el concepto de buena fe para algunos autores¹⁵⁷, se reconoce que a este principio suele darse tres significados¹⁵⁸:

- a. Como un criterio de interpretación jurídica
- b. Como un espíritu de lealtad, honestidad, sinceridad, que debe presidir la elaboración y ejecución de todos los actos jurídicos. En este sentido la buena fe se opone al fraude, al dolo, y excluye toda intención malintencionada.

¹⁵⁴ Op. cit., p. 173.

¹⁵⁵ Op. cit., p. 178.

¹⁵⁶ ZOLLER, Elizabeth, *La bonne foi en Droit International Public*, París: A. Pedone, 1977, p. ix.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ *Ibíd.*

- c. Como una creencia equívoca en la existencia de una situación jurídica, que determina una confianza legítima en la existencia de un derecho o en la regularidad de una situación.

El profesor Santiago Benadava indica como contenido de este principio el ‘deber esencial de todo Estado de cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, ya sea que dichas obligaciones emanen de los tratados en los cuales es parte o de las normas del derecho internacional común.’¹⁵⁹

La jurisprudencia internacional, al igual que la doctrina, también lo sitúa como uno de los principios fundamentales del derecho internacional¹⁶⁰, específicamente por ejemplo, en el fallo de la Corte Internacional de Justicia dictado en el asunto ‘Ensayos Nucleares’¹⁶¹, donde ésta concluyó:

‘Uno de los principios de base que presiden la creación y la ejecución de las obligaciones jurídicas, cualquiera sea su fuente, es el de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente de la cooperación internacional sobre todo en una época donde en múltiples ámbitos, esta cooperación es cada vez más indispensable’.

Por otro lado, este principio, expresado en el aforismo latino *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) se encuentra además establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, conforme al cual ‘todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe’.

El Órgano de Apelación se ha referido en múltiples ocasiones al principio de la buena fe, considerándolo tanto como un principio general del derecho, como un principio del derecho internacional público, y manifestando que la doctrina del abuso del derecho es una aplicación de este principio. Estas conclusiones fueron expresadas en el informe del Órgano de Apelación recaído en el caso ‘Estados Unidos — Camarones’ de la siguiente manera:

¹⁵⁹ BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. 6a. ed. Santiago de Chile: Jurídica Conosur, 1999. p. 178.

¹⁶⁰ ZOLLER, Elizabeth, La bonne foi en Droit International Public, París: A. Pedone, 1977, p. 12.

¹⁶¹ Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 268.

‘El preámbulo del artículo XX en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe. Este principio, que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable. El ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado.’¹⁶²

La jurisprudencia citada deja de manifiesto que el Órgano de Apelación entiende que un Estado ejerce de buena fe sus derechos cuando hace un ejercicio ‘razonable’ de ellos, que no interfiere con las obligaciones que ese mismo Estado ha contraído en virtud de un tratado internacional. Es decir, el Órgano de Apelación ha estimado que el ejercicio abusivo de un derecho por parte de un Estado conlleva la violación de una obligación internacional asumida por ese Estado en un tratado internacional, y al mismo tiempo la violación de los derechos de aquel Estado parte en ese tratado.

En un sentido similar, el Órgano de Apelación se pronunció en la controversia ‘Estados Unidos — EVE’, reiterando que la buena fe es un principio general del derecho y un principio del derecho internacional público común, y estableciendo además que este principio, expresamente aplicable en los procedimientos de solución de controversias en la OMC según el artículo 3 párrafo 10 del ESD, deriva en obligaciones procesales recíprocas entre las partes de una disputa:

‘En virtud del párrafo 10 del artículo 3 del ESD los Miembros de la OMC, si surge una diferencia, deben entablar un procedimiento de solución de diferencias “de buena fe y esforzándose por resolverla”. Esta es otra manifestación específica del principio de buena fe que, como hemos señalado, es a la vez un principio general de derecho y un principio general del derecho internacional. Este principio omnipresente exige que tanto el

¹⁶² REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 158. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.1> [consulta: 7 de julio de 2012].

Miembro reclamante como el Miembro demandado cumplan las prescripciones del ESD (y las prescripciones conexas establecidas en otros acuerdos abarcados) de buena fe. Mediante el cumplimiento de buena fe, los Miembros reclamantes proporcionan a los Miembros demandados toda la protección y oportunidad para defenderse que prevé la letra y el espíritu de las normas de procedimiento. En virtud del mismo principio de buena fe, los Miembros demandados deben señalar oportuna y prontamente las deficiencias de procedimiento alegadas a la atención del Miembro reclamante, así como a la del OSD o el Grupo Especial, de manera que, en caso necesario, éstas puedan corregirse para solucionar las diferencias. Las normas de procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC tienen por objeto promover, no el desarrollo de técnicas de litigio, sino simplemente la solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales.’¹⁶³

Estas conclusiones, permiten apreciar que el Órgano de Apelación ha otorgado un contenido concreto a este principio, al ser aplicado durante el procedimiento de solución de controversias. Así, se observa que la interpretación del Órgano de Apelación sigue lo establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, que establece que los tratados en vigor deben ser cumplidos de buena fe. En este fallo, el Órgano de Apelación manifiesta específicamente que el ESD debe ser cumplido de buena fe por los miembros de la OMC que son partes de una controversia, lo que implica para cada uno de ellos, la observancia de determinadas conductas. Así, será deber del reclamante al ejecutar de buena fe el ESD, el proporcionar a los demandados ‘toda la protección y oportunidad para defenderse’ prevista en ‘la letra y el espíritu de las normas de procedimiento’, mientras que este principio obligaría al demandado a ‘señalar oportuna y prontamente las deficiencias del procedimiento’ tanto al reclamante, al grupo especial y/o al OSD. Cabe notar que esta interpretación del Órgano de Apelación, sobre la aplicación del principio de la buena fe en los procedimientos de solución de controversias jurisdiccionales de la OMC, es muy cercana a lo que ordena el principio del debido proceso y de bilateralidad de la audiencia, dentro de todo procedimiento judicial.

El Órgano de Apelación, en este mismo orden de ideas, también se ha referido específicamente en otros informes a la necesidad de que la parte demandada, en aplicación del

¹⁶³ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero", WT/DS108/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 2000, párrafo 166. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.1> [consulta: 7 de julio de 2012].

principio de la buena fe, exponga de manera oportuna y adecuada su defensa, frente a una reclamación, como lo dejó establecido en el informe ‘Estados Unidos – Juegos de azar’, declarando:

‘(...) Esto no quiere decir que una parte demandada pueda plantear su defensa cuando y de la manera que desee. El párrafo 10 del artículo 3 del ESD dispone que “todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla [la diferencia]”, lo que conlleva la identificación por cada parte lo antes posible de las cuestiones de hecho y de derecho pertinentes con el fin de dar a las demás partes, incluidos los terceros, la oportunidad de responder.(...)’¹⁶⁴

‘(...) De lo anterior se deduce que los principios de la buena fe y de las debidas garantías de procedimiento obligan a una parte demandada a exponer su defensa con prontitud y claridad. Esto permitirá que la parte reclamante comprenda que se ha formulado una defensa específica, ‘cono[zca] sus dimensiones y ten[ga] una oportunidad adecuada de examinarla y responder a ella’ ’ (...)’¹⁶⁵

Entre los deberes que el principio de la buena impone a los miembros parte de una controversia, el Órgano de Apelación también ha concluido que las objeciones que alguna de las partes oponga a la autoridad del grupo especial para juzgar el caso que se le presenta, deben ser formuladas de manera expresa a fin de preservar las garantías procesales de todas las partes, y de permitir un desarrollo ordenado del procedimiento. Este deber específico en que se concretaría el principio de la buena fe, ha sido planteado por el Órgano de Apelación en su fallo sobre el caso ‘México — Jarabe de maíz’, donde indicó:

‘(...) las “observaciones” de México no se hicieron de forma que indicase que México estaba formulando una objeción a la autoridad del Grupo Especial. Las exigencias de la buena fe, respecto de las garantías procesales y el ordenado desarrollo del procedimiento imponen que haya que formular expresamente las objeciones, especialmente las que tienen tanta importancia potencial. Sólo de esta forma pueden el grupo especial, la otra parte en la diferencia y los terceros comprender que se ha formulado una objeción

¹⁶⁴ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1, párrafo 269. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.14> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹⁶⁵ Doc. cit. párrafo 272.

específica y tener una oportunidad adecuada de examinarla y de responder a ella (...),¹⁶⁶

Asimismo, el Órgano de Apelación también ha generado jurisprudencia relativa a los deberes procesales que impone el principio de la buena fe a los reclamantes, señalando que en aplicación de este principio todos los reclamantes deben realizar las aclaraciones que les fueren solicitadas por los demandados –incluso antes de que se inicie la etapa escrita de los procedimientos ante el grupo especial-, y que la exigencia del artículo 3, párrafo 10 del ESD sobre entablar procedimientos de solución de controversias ‘de buena fe y esforzándose por resolverla’ se traduce en el deber del reclamante de exponer los argumentos en que se funda la reclamación desde un comienzo, sin reservárselos para recién presentarlos luego de conformado el grupo especial, como lo indicó en su fallo relativo a la controversia ‘Estados Unidos - Cordero’:

‘Queremos insistir en que la discrecionalidad de que gozan los Miembros de la OMC para exponer sus alegaciones en los procedimientos de solución de diferencias del modo que estimen conveniente no les exime, desde luego, de la obligación establecida en el párrafo 10 del artículo 3 del ESD, de “entablar un procedimiento de solución de diferencias de buena fe y esforzándose por resolver [la diferencia]”. De ello se sigue que los Miembros de la OMC no pueden retener impropiamente argumentos de las autoridades competentes para plantearlos más tarde ante un grupo especial (...),¹⁶⁷

En idéntico sentido fueron planteados los deberes que impone el principio de la buena fe a los reclamantes, durante los procesos de solución de controversias ante los grupos especiales y el Órgano de Apelación, señalando en el caso ‘Tailandia — Vigas doble T’ que:

¹⁶⁶ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS132/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001, párrafo 47. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/d2_s.htm#D.2.2.13> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹⁶⁷ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelanda y Australia, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2001, párrafo 115. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.4> [consulta: 7 de julio de 2012].

‘... También observamos que no hay nada en el ESD que impida al demandado solicitar al reclamante más aclaraciones sobre las alegaciones formuladas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, incluso antes de la presentación de la primera comunicación escrita. A este respecto, señalamos el párrafo 10 del artículo 3 del ESD, que requiere a los Miembros de la OMC, si surge una diferencia, que entablen el procedimiento de solución de diferencias “de buena fe y esforzándose por resolverla”. Como hemos declarado anteriormente, “las normas de procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC tienen por objeto promover, no el desarrollo de técnicas de litigio, sino simplemente la solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales.’¹⁶⁸

Por otro lado, el Órgano de Apelación también ha aplicado la regla *pacta sunt servanda* recogida en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, señalando que dentro del sistema de la OMC, la buena fe de los miembros de la OMC se presume en materia de solución de diferencias, así como en la aplicación que éstos hagan de los acuerdos abarcados. Estas conclusiones se observan en el fallo del Órgano de Apelación sobre el caso ‘CE — Sardinias’:

‘(...) Debemos suponer que los Miembros de la OMC acatarán de buena fe las obligaciones derivadas de los tratados, como lo exige el principio *pacta sunt servanda*, expresado en el artículo 26 de la *Convención de Viena*. Y, en materia de solución de diferencias, todos los Miembros de la OMC deben dar por supuesta la buena fe de todos los demás Miembros.’¹⁶⁹

Siguiendo esta misma línea argumentativa, y dando aplicación a la presunción de la buena fe, el Órgano de Apelación ha señalado que la ausencia de ésta no se puede presumir por el sólo hecho de que un miembro de la OMC haya infringido una disposición de los acuerdos abarcados, lo que expresó en el fallo ‘Estados Unidos — Ley de Compensación (Enmienda Byrd)’:

¹⁶⁸ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Tailandia - Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia, WT/DS122/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/o1_s.htm#O.1.4> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹⁶⁹ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinias, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafo 278. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.9> [consulta: 7 de julio de 2012].

‘(...) el artículo 26 de la Convención de Viena, titulado Pacta sunt servanda, al que varios apelados se remitieron en sus comunicaciones, dispone que “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Los propios Estados Unidos afirmaron que “los Miembros de la OMC han de cumplir de buena fe las obligaciones que les imponen los acuerdos abarcados”(...) Por lo tanto, es evidente que existe un fundamento para que un grupo especial de solución de diferencias determine, cuando proceda, si un Miembro no ha actuado de buena fe. No obstante, nada en los acuerdos abarcados avala la conclusión de que, simplemente porque se haya constatado que un Miembro de la OMC ha infringido una disposición sustantiva de un tratado, éste no ha actuado de buena fe. A nuestro entender, sería necesario probar más que una simple infracción para respaldar tal conclusión.’¹⁷⁰

A pesar de la presunción de buena fe recién citada, el Órgano de Apelación, en su informe sobre el caso ‘CE — Accesorios de tubería’ se manifestó acerca de la insuficiencia de la presunción de buena fe para dar por acreditados los hechos alegados por las partes en un procedimiento de solución de controversias, al expresar lo siguiente:

‘Este extracto demuestra que el Grupo Especial... no se basó exclusivamente en la presunción de la buena fe, como sugiere el Brasil, habida cuenta de que algunas de las preguntas del Grupo Especial se referían a la *validez* de la Prueba documental CE-12. Si el Grupo Especial se hubiera basado totalmente en la presunción de la buena fe, habría simplemente aceptado la afirmación de las Comunidades Europeas de que la Prueba documental CE-12 formaba parte del expediente de la investigación y no habría formulado preguntas para evaluar la coherencia de la Prueba documental CE-12 con otras pruebas contenidas en el expediente.(...)’¹⁷¹

Finalmente, y refiriéndose a otras de las aplicaciones del principio de la buena fe, el Órgano de Apelación también ha empleado este principio, en el marco de los procedimientos relativos al Acuerdo Antidumping de la OMC, como un estándar de la conducta exigible por parte de las

¹⁷⁰ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptado el 27 de enero de 2003, párrafos 296-298. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.10> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹⁷¹ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil, WT/DS219/AB/R, adoptado el 18 de agosto de 2003, párrafo 127. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.10> [consulta: 7 de julio de 2012].

autoridades investigadoras, a las partes interesadas de dichos procedimientos. En esta aplicación del principio de la buena fe por parte del Órgano de Apelación, al igual como ocurre respecto de la doctrina del abuso del derecho, este principio se concreta en la exigencia de una actuación ‘razonable’, como quedó de manifiesto en el informe del Órgano de Apelación en el caso ‘Estados Unidos — Acero laminado en caliente’:

‘(...)Esta disposición obliga a las autoridades investigadoras a encontrar un equilibrio entre los esfuerzos que pueden exigir a las partes interesadas para dar respuesta a los cuestionarios y la capacidad práctica de esas partes interesadas para satisfacer plenamente todas las demandas formuladas por las autoridades investigadoras. Consideramos que esta disposición constituye otra expresión detallada del principio de buena fe que es, al mismo tiempo, un principio general del derecho y un principio del derecho internacional común, que informa las disposiciones del Acuerdo Antidumping y de los demás acuerdos abarcados. Este principio orgánico de buena fe, en este contexto concreto, impide a las autoridades investigadoras imponer a los exportadores una carga que, dadas las circunstancias, no sea razonable.’¹⁷²

Luego de revisar todos estos pronunciamientos del Órgano de Apelación en los cuales éste se remite al principio de la buena fe, se puede constatar que sus conclusiones son coincidentes con las opiniones doctrinarias revisadas, así como con la jurisprudencia de la CIJ a la que nos hemos referido. De este modo, se observa que conforme a las conclusiones del Órgano de Apelación relativas a este principio, la buena fe corresponde tanto a un principio general del derecho como a un principio del derecho internacional público, que informa todos los acuerdos abarcados. Dando aplicación al mismo, el Órgano de Apelación ha ido estableciendo el alcance de este principio, llegando a las siguientes conclusiones acerca de los deberes específicos que nacen de esta:

1. El Órgano de Apelación ha determinado que el principio de la buena fe impone deberes procesales a las partes de una controversia, en virtud de los cuales las partes de la misma deben presentar de forma completa y clara, todos los argumentos en que se fundan sus reclamaciones desde el inicio del proceso de solución de controversias –es decir, incluso

¹⁷²REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón, WT/DS184/AB/R, adoptado el 23 de agosto de 2001, párrafo 101. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.5> [consulta: 7 de julio de 2012].

durante la etapa de negociación, previa a la jurisdiccionalización del diferendo-, al igual que todas las objeciones sobre la competencia del grupo especial, y demás defensas que desearan hacer valer los demandados. Ello, a fin de que ambas partes puedan presentar sus argumentos frente a las alegaciones de la otra. Estas conclusiones se condicen con el ‘espíritu de lealtad, honestidad, sinceridad’¹⁷³ que Elizabeth Zoller apunta como uno de los significados típicos que se ha atribuido al principio de la buena fe, y apuntan a que el sistema jurisdiccional de solución de controversias de la OMC sea efectivamente empleado para llegar a una solución de las diferencias pronta y eficaz.

2. El Órgano de Apelación también ha dado aplicación al principio de la buena fe como un límite al ejercicio de los derechos de los Estados, y como estándar de la conducta exigible de los miembros de la OMC. En su función de límite al ejercicio de los derechos, el Órgano de Apelación concluye que el ejercicio de buena fe de un derecho que interfiera con el cumplimiento de una obligación dimanante de un tratado, implicará que este derecho deba ser ejercido de manera razonable. De otro modo, su ejercicio sería abusivo. A similar conclusión llegó este órgano al referirse a la función del principio de la buena fe como un estándar de conducta exigible a las partes de la controversia. En esta situación el Órgano de Apelación ha concluido que la buena fe únicamente permite exigir a los miembros de la OMC, el cumplimiento de aquellas cargas que resulten ‘razonables’, dentro del marco de una investigación –específicamente dentro del contexto del Acuerdo Antidumping-. Se observa que en ambos casos el Órgano de Apelación equipara las conductas dirigidas por el principio de la buena fe, a un comportamiento ‘razonable’, que se evalúa en cada caso.

3.4.2 Principio de Irretroactividad de los tratados

Al igual que el principio de la buena fe, el principio de irretroactividad de los tratados es uno de aquellos principios fundamentales en el derecho internacional, recogido y definido en la

¹⁷³ ZOLLER, op.cit., p. 83.

Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados (CVDT). El artículo 28 de este tratado se refiere a este principio, y explica sus efectos de la siguiente manera:

‘Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.’

El mismo principio ha sido incluido en el ESD para delimitar de manera específica su aplicación a los diferendos originados en las obligaciones establecidas en los acuerdos abarcados:

‘El presente Entendimiento se aplicará únicamente a las nuevas solicitudes de celebración de consultas que se presenten de conformidad con las disposiciones sobre consultas de los acuerdos abarcados en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC o con posterioridad a esa fecha. Seguirán siendo aplicables a las diferencias respecto de las cuales la solicitud de consultas se hubiera hecho en virtud del GATT de 1947, o de cualquier otro acuerdo predecesor de los acuerdos abarcados, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, las normas y procedimientos pertinentes de solución de diferencias vigentes inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.’¹⁷⁴

Esta disposición indica que el sistema de solución de controversias establecido en el ESD será aplicable únicamente a las solicitudes de celebración de consultas presentadas desde la entrada en vigencia de la OMC, y con posterioridad a esa fecha. No obstante ello, esta norma procesal no se refiere a la época de ocurrencia de los hechos que fundan una solicitud de consultas. Atendida esta circunstancia, el Órgano de Apelación ha aplicado directamente el artículo 28 de la CVDT, una norma de derecho internacional público general, a fin de determinar si la controversia planteada ante los órganos jurisdiccionales de la OMC se encuentra comprendida dentro del campo de aplicación temporal de los acuerdos abarcados.

De este modo, el Órgano de Apelación ha definido el principio de irretroactividad de los tratados, en los mismos términos establecidos en la CVDT, hecho que se observa por ejemplo, en el informe del Órgano de Apelación relativo a la controversia ‘CE — Sardinias’:

¹⁷⁴ ESD, artículo 3, párrafo 11.

‘Recordamos que el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Convención de Viena”) dispone que los tratados, en general, no se aplican en forma retroactiva. ... Como hemos dicho en diferencias anteriores, el principio de interpretación codificado en el artículo 28 es pertinente para la interpretación de los acuerdos abarcados. ...’¹⁷⁵

Una remisión prácticamente en los mismos términos fue realizada por este órgano al pronunciarse sobre la apelación en el caso ‘Brasil — Coco desecado’ donde señala:

‘El artículo 28 [de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados] enuncia el principio general de que un tratado no se aplicará retroactivamente “salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”. A falta de una intención contraria, un tratado no puede aplicarse a actos o hechos que tuvieron lugar, o a situaciones que hayan dejado de existir, antes de la fecha de su entrada en vigor. ...’¹⁷⁶,

Siguiendo esta misma línea de aplicación directa del artículo 28 de la CVDT, en concordancia con las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados, el Órgano de Apelación también ha determinado cuál es el ámbito de aplicación temporal de los acuerdos abarcados, como lo expresa en el informe ‘CE — Banano III’:

‘Las Comunidades Europeas también plantean si el Grupo Especial incurrió en error al dar un efecto retroactivo a los artículos II y XVII del AGCS, en contra del principio establecido en el artículo 28 de la Convención de Viena. El artículo 28 consagra el principio general del derecho internacional de que “[l]as disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ... ninguna situación que ... haya dejado de existir [con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado] ... salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo ...”. En su conclusión sobre esta cuestión el Grupo Especial estableció lo siguiente:

... el ámbito de nuestro análisis jurídico incluye solamente las medidas que las CE adoptaron o siguieron adoptando, o las

¹⁷⁵ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafo 200. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/t5_s.htm#T.5.3.1> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹⁷⁶ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Brasil - Medidas que afectan al coco desecado, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, página 17. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.4.1> [consulta: 7 de julio de 2012].

medidas que han permanecido en vigor o que siguen siendo aplicadas por las CE, y que en consecuencia no dejaron de existir después de la entrada en vigor del AGCS. De la misma manera, toda constatación de compatibilidad o incompatibilidad con las prescripciones de los artículos II y XVII del AGCS se referiría al período posterior a la entrada en vigor del AGCS. [Informe del Panel, párrafo 7.308]

El Grupo Especial indicó además en una nota de pie de página a esta conclusión que “cabe considerar las medidas de las CE como medidas continuadas que, en algunos casos fueron promulgadas antes de la entrada en vigor del AGCS, pero que no dejaron de existir después de aquella fecha (contrariamente a la situación prevista en el artículo 28)”..... de los términos de su constatación se deduce evidentemente que el Grupo Especial llegó a la conclusión, como una cuestión de hecho, que la discriminación de facto seguía existiendo efectivamente después de la entrada en vigor del AGCS. Esta constatación de hecho está fuera del alcance del examen del Órgano de Apelación. Por lo tanto, no revocamos ni modificamos la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.308 de sus informes.’¹⁷⁷

Las mismas conclusiones acerca de la aplicabilidad temporal de los acuerdos abarcados son expresadas por el Órgano de Apelación en el informe sobre el caso ‘Canadá — Período de protección mediante patente’, mediante el cual declara:

‘Los tratados se aplican a derechos existentes, aún cuando éstos sean resultado de “actos realizados” [como está estipulado en el párrafo 1 del artículo 70 del Acuerdo ADPIC] antes de la entrada en vigor del tratado de que se trate.’¹⁷⁸

‘(...) Dicho artículo [Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados] establece que, si no hay una intención contraria, las disposiciones del tratado no se aplican a ninguna situación que “haya dejado de existir” antes de la entrada en vigor del tratado para una parte en él. En nuestra opinión, de ello se desprende lógicamente que el artículo 28 implica también necesariamente que, a falta de una intención en contrario, las

¹⁷⁷ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafos 235 y 237. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.4.2> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹⁷⁸ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Canadá - Período de protección mediante patente, WT/DS170/AB/R, adoptado el 12 de octubre de 2000, párrafo 70. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.4.3> [consulta: 7 de julio de 2012].

obligaciones del tratado son aplicables a cualquier “situación” que no haya dejado de existir, es decir, a cualquier situación que, aunque se haya producido en el pasado, persista después de la entrada en vigor del nuevo tratado.’¹⁷⁹

En vista de estas citas jurisprudenciales, se puede apreciar que el Órgano de Apelación ha concluido, en aplicación del principio de irretroactividad de los tratados, que los órganos jurisdiccionales de la OMC pueden analizar la compatibilidad de medidas de política comercial adoptadas por un miembro de la OMC, con los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados, pese a que dichas medidas hayan sido implementadas por el miembro respectivo con anterioridad a la entrada en vigencia, siempre que las mismas hubieran continuado aplicándose desde la entrada en vigor de los acuerdos abarcados, y con posterioridad a ella.

3.4.3. Principio *iura novit curia*

El principio *iura novit curia*, conforme lo sintetiza el profesor Santiago Benadava, significa que para decidir el caso sometido a su conocimiento, el tribunal internacional no debe apoyarse únicamente en las exposiciones de las partes respecto del derecho aplicable, sino aplicar, por iniciativa propia, todas las reglas de derecho internacional que puedan ser relevantes para la decisión del diferendo,¹⁸⁰ a su leal saber y entender. Por ello, este autor también indica que no puede imponerse a ninguna de las partes la obligación de probar las reglas de derecho internacional.

Aún cuando este principio no se encuentra expresamente formulado en tratados internacionales, es otro de aquellos que forma parte del derecho internacional, y ha encontrado reconocimiento y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, así como en la de su predecesora, la Corte Permanente Internacional de Justicia. Ésta última, en el Caso ‘Lotus’ señaló que gozaba de facultades conforme al principio *iura novit curia*, y debía

¹⁷⁹ Doc. cit. párrafo 72.

¹⁸⁰ BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. 6a. ed. Santiago de Chile: Jurídica Conosur, 1999, p. 354.

determinar si Turquía, conforme a las alegaciones del gobierno francés, había actuado contraviniendo principios de derecho internacional público:

‘La Cour, [...] constate que, dans l’accomplissement de sa tâche de connaître elle-même le droit international, elle ne s’est pas bornée à cet examen, mais a étendu ses recherches à tous précédents, doctrines et faits qui lui étaient accessibles et qui auraient, le cas échéant, pu révéler l’existence d’un des principes du droit international visés par le compromis.’¹⁸¹

Conforme a este razonamiento, la Corte Permanente Internacional de Justicia, establece que en su tarea de conocer por sí misma el derecho aplicable –en este caso, para concluir si algún principio de derecho internacional prohibía las actuaciones del gobierno turco-, gozaba de libertad para buscarlo tanto en precedentes, en la doctrina así como en hechos a los que hubiera tenido acceso y que hubiesen podido revelar la existencia de las normas jurídicas aplicables, sin verse limitada a considerar exclusivamente el examen jurídico que le había sido presentado por el gobierno francés.

Por su lado, la Corte Internacional de Justicia ha seguido estos mismos planteamientos, como se observa en el Caso relativo a la Jurisdicción en materia de Pesquerías (Reino Unido contra Islandia), al llegar a casi las mismas conclusiones:

‘La Cour, en tant qu’organe judiciaire international, n’en est pas moins censée constater le droit international et, dans une affaire relevant de l’article 53 du Statut comme dans toute autre, est donc tenue de prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles de droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend. La Cour ayant pour fonction de déterminer et d’appliquer le droit dans les circonstances de chaque espèce, la charge d’établir ou de prouver les règles de droit international ne saurait être imposée à l’une ou l’autre Partie, car le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour’.¹⁸²

Según lo fallado por la Corte Internacional de Justicia en este caso, resulta claro que en el derecho internacional, este principio tiene una doble faz. Por un lado, permite al sentenciador determinar y recurrir a las normas de derecho internacional que estime pertinentes para la adecuada resolución del conflicto, mientras que por otro exige a las partes de toda carga de

¹⁸¹ AFFAIRE du Lotus, arrêt, C.P.J.I, série A, N°10, le 7 de septembre 1927, p. 31.

¹⁸² COMPÉTENCE en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 9. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5977.pdf>> [consulta 7 de julio 2012].

demostrar en juicio la existencia de las normas de derecho internacional público –siempre que éstas sean normas de derecho internacional consuetudinario, y no correspondan a una costumbre regional o especial. Así lo señaló el Juez Castro, en su opinión individual sobre el mismo asunto¹⁸³-.

La Corte Internacional de Justicia ha continuado refiriéndose al alcance normativo del principio *iura novit curia*, del modo planteado en el caso relativo a las ‘Pesquerías’, citando lo concluido a su respecto en aquella oportunidad, en su fallo sobre el caso relativo a las ‘Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua’¹⁸⁴, y recordando además las conclusiones similares que sobre dicho principio habían sido establecidas por la Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso *Lotus*¹⁸⁵.

Asimismo, se puede observar que las opiniones individuales y disidentes de distintos jueces de la Corte Internacional de Justicia, expresadas respecto de diversos casos llevados ante la Corte, en general han reproducido las ideas planteadas en los fallos de la Corte, señalando que el principio *iura novit curia* corresponde a un principio procesal, conocido y aplicado en el derecho internacional, conforme al cual el tribunal de *motu proprio* puede escoger la base jurídica para fundamentar su decisión¹⁸⁶, mientras que en otros casos, han puesto de relieve el deber de la Corte de conocer el derecho, conforme lo prescribe este principio, en su calidad de guardián de la legalidad frente a las partes, subrayando que siempre es la Corte a quien corresponde resolver la controversia de que se trate, y no a las partes.¹⁸⁷

¹⁸³ COMPÉTENCE en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974. Opinion individuelle M. Castro, p. 79 [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5991.pdf>> [consulta 7 de julio 2012].

¹⁸⁴ ACTIVITÉS militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ AFFAIRE relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), Exceptions préliminaires, Arrêt du 26 mai 1959: C.I.J. Recueil 1959, p. 127. Opinion individuelle du M. Armand-Ugon, p.155. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/35/2330.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹⁸⁷ LICÉITÉ de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I. J. Recueil 1999, p. 124. Opinion dissidente de M. Kreča, p. 219. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/105/7781.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012]. En este pasaje, el juez Kreča, al referirse al deber que impone al tribunal la presunción de ser conecedor del derecho, también cita lo manifestado por otros jueces en una declaración conjunta anterior, al señalar expresamente: ‘La Cour est le gardien de la légalité pour les parties, et, à cette fin, seule est valable la *presumptio juris et de jure* - il faut savoir le droit (*iura novit curia*). Comme l'ont dit trois membres de la Cour, MM. Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva,

Por otro lado las opiniones individuales de algunos jueces han señalado que este principio en ningún caso permitiría a la Corte investigar sobre la existencia y/o escoger de *mutuo proprio*, un título de jurisdicción que permitiera al demandante fundar su legitimación activa, cuando dicho título no haya sido invocado ni acreditado por el actor, por constituir la elección del mismo una cuestión política, concerniente únicamente al Estado de que se trate, y no a una materia de derecho cuyo conocimiento por parte de la Corte deba ser presumido, en aplicación del principio *iura novit curia*.¹⁸⁸

La jurisprudencia del Órgano de Apelación también ha recurrido a este principio para fundamentar sus razonamientos, y al igual que la Corte Internacional de Justicia, se ha referido a su contenido normativo, en más de una ocasión. Una de ellas fue en la apelación del asunto ‘CE — Hormonas’, cuando a este respecto señaló lo siguiente:

‘(...) Los grupos especiales se abstienen de abordar alegaciones jurídicas que quedan fuera del ámbito de su mandato. Sin embargo, en el ESD no hay nada que limite la facultad de un grupo especial para utilizar libremente los argumentos presentados por una cualquiera de las partes —o desarrollar su propio razonamiento jurídico, para apoyar sus propias opiniones y conclusiones sobre el asunto sometido a su consideración. Puede darse el caso de que un Grupo Especial no pueda realizar una evaluación objetiva del asunto, como dispone el artículo 11 del ESD, si en su razonamiento tiene que limitarse exclusivamente a utilizar argumentos presentados por las partes en la diferencia. Como quiera que en este caso en particular ambos demandantes pretendían que las medidas de las CE eran incompatibles con el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF, llegamos a la conclusión de que el Grupo Especial no emitió ningún dictamen legal que no hubiera sido solicitado por las partes.’¹⁸⁹

dans la déclaration commune qu'ils ont faite dans l'affaire Lockerbie: “il appartient à la Cour et non aux parties de prendre la décision requise.” (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 197, résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, C.I. J. Recueil 1998, p. 36, par. 11).’

¹⁸⁸ LICÉITÉ de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 1307. Opinion individuelle de M. Kooijmans, p. 1374. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/113/8545.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].

¹⁸⁹ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 156. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/c2_s.htm#C.2.1> [consulta: 7 de julio de 2012]. (La cursiva es nuestra).

Al confirmar el proceder del grupo especial, el Órgano de Apelación en este caso estableció que los órganos jurisdiccionales de la OMC se encuentran plenamente facultados conforme al ESD para poder fundamentar las conclusiones de sus informes en su propio razonamiento jurídico, pudiendo para ello utilizar libremente los argumentos presentados por las partes, pero sin quedar sujetos a ellos ni encontrarse en la obligación de fundar sus informes exclusivamente en base a las alegaciones éstas. De este modo, el Órgano de Apelación además de reconocer a los órganos jurisdiccionales de la OMC estas facultades en la fundamentación de sus informes – que reflejan una acogida favorable a la aplicación del principio *iura novit curia* aún cuando éste no sea referido bajo esta locución- concluye que el ejercicio de las mismas no puede estimarse como una infracción al mandato establecido por las partes de la controversia.

El Órgano de Apelación, además de referirse al contenido del principio *iura novit curia*, también lo ha aplicado haciendo expresa alusión al mismo, como en el caso ‘CE — Preferencias arancelarias’, donde expresa lo siguiente:

‘Opinamos, por consiguiente, que las Comunidades Europeas deben demostrar que el Régimen Droga satisface las condiciones previstas en la Cláusula de Habilidadación. De conformidad con el principio *iura novit curia*, las Comunidades Europeas no tienen que proporcionarnos la interpretación jurídica que se ha de hacer de una disposición particular de la Cláusula de Habilidadación; en cambio, lo que las Comunidades Europeas tienen que hacer es presentar pruebas suficientes que apoyen su afirmación de que el Régimen Droga cumple los requisitos impuestos por la Cláusula de Habilidadación.’¹⁹⁰

Esta cita demuestra claramente que el Órgano de Apelación ha entendido que de acuerdo al principio *iura novit curia* la interpretación jurídica del caso es una tarea exclusivamente radicada en los órganos jurisdiccionales de la OMC, y no corresponde a las partes llevarla a cabo.

En vista de estos antecedentes, se puede concluir que la jurisprudencia del Órgano de Apelación ha hecho aplicación del principio *iura novit curia*, dándole un alcance normativo similar a aquél recibido en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. No obstante, se

¹⁹⁰ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo, WT/DS246/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2004, párrafo 105. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.2.1> [consulta: 7 de julio de 2012].

puede advertir que la jurisprudencia del Órgano de Apelación, al emplear y referirse a este principio lo ha hecho subrayando principalmente la libertad de que goza el sentenciador para desarrollar un razonamiento jurídico propio, sin verse en la necesidad de aceptar simplemente las calificaciones jurídicas presentadas por alguna de las partes, y sin referirse mayormente a su aspecto de deber, como además lo ha hecho la Corte Internacional de Justicia. En efecto, la jurisprudencia del Órgano de Apelación no ha puesto su foco de atención en el hecho de que este principio, al corresponder a una presunción de conocimiento del derecho por parte del sentenciador, no sólo se presenta como una garantía de su libertad para efectuar una calificación jurídica de los hechos independiente del derecho y el razonamiento jurídico presentados por las partes, y de determinar las normas jurídicas aplicables al caso que se le presenta, sino que también se verifica como una carga para el tribunal, que se encontrará en el deber de conocer el derecho internacional público específico y general que resulte aplicable al caso sometido a su conocimiento.

3.4.4 Principio de Estoppel

El estoppel es un principio que ha sido invocado con frecuencia en los procesos internacionales, pese a que el origen del mismo se encuentra en el sistema jurídico inglés del common law¹⁹¹. En el sistema del common law, el estoppel reviste dos formas principales: ‘estoppel by *res iudicata*’ –que opera en materia de decisiones judiciales- y el ‘estoppel by *representation*’ –que opera en el ámbito de las declaraciones de voluntad-. En ambos casos su efecto es el de una regla en virtud de la cual una presunción absoluta de verdad se vincula a determinados puntos de hecho y de derecho, contra los cuales nada puede ser acreditado.

El derecho internacional ha recepcionado sólo una concepción restrictiva del estoppel, cuyos elementos son los que caracterizan al ‘estoppel by *representation*’ –aunque con las adaptaciones que ha exigido la transposición de dicho principio desde el derecho interno al derecho internacional-.¹⁹²De acuerdo a las investigaciones del profesor Antoine Martin en esta materia, la

¹⁹¹ MARTIN, Antoine. L'estoppel en droit international public, Paris, Éditions A. Pedone, 1979, p. 10-14

¹⁹² Op. cit. p. 3

recepción del estoppel por el derecho internacional ha tenido lugar mediante la ‘costumbre jurisprudencial’¹⁹³, en virtud de numerosos casos en que este principio ha sido tratado con distintos grados de detalle y precisión, por el hecho de haber sido invocado por las partes y haberse referido al mismo la jurisprudencia internacional, arbitral o judicial –de la CPIJ o de la CIJ-, y en este último caso, tanto en la decisión de mayoría como en las opiniones disidentes o individuales de determinados jueces¹⁹⁴. Por medio de dichas decisiones se ha admitido expresamente la aplicabilidad del principio del estoppel en las relaciones interestatales¹⁹⁵.

Entre la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en que la aplicación de este principio ha sido objeto de un examen bastante detenido se encuentran los fallos en virtud de los cuales decidió sobre las excepciones preliminares interpuestas por España en el asunto “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited” –resueltas el 24 de julio 1964-, y sobre el asunto “Plataforma Continental del Mar del Norte” –resuelto el 20 de febrero de 1969-, aunque en ambas controversias la concurrencia del principio de estoppel finalmente fue descartada. El análisis llevado a cabo por la Corte Internacional de Justicia¹⁹⁶, así como el examen efectuado en jurisprudencia de la Corte Permanente Internacional de Justicia¹⁹⁷ y por la jurisprudencia arbitral, ha permitido a algunos autores definir el estoppel en los siguientes términos:

‘Cuando una parte, por sus declaraciones, sus actos o sus comportamientos, ha conducido a otra parte a creer en la existencia de un cierto estado de cosas en base al cual la primera incita a actuar a la segunda, o a abstenerse de actuar, de tal manera que de ello resulta una modificación de sus posiciones relativas (en perjuicio de la segunda, o en favor de la primera, o ambas situaciones a la vez), la primera se encuentra impedida por el *estoppel* para

¹⁹³ Op. cit. p. 257

¹⁹⁴ Op. cit. p. 68

¹⁹⁵ Op. cit. p. 257

¹⁹⁶ AFFAIRE du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), Fond, Arrêt du 15 juin 1962: C. I. J. Recueil 1962, p. 6. Disponible en línea: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4871.pdf>>; Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955: C. I. J. Recueil 1955, p. 4. Disponible en línea en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>>.

¹⁹⁷ Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla, C.P.J.I., série B, N°14, avis consultatif, le 9 décembre, 1927. Disponible en línea en: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_14/01_Commission_europeenne_du_Danube_.pdf>; Affaire du Statut Juridique du Groënland Oriental, arrêt, C.P.J.I., série AB, N°53, le 5 avril 1933. Disponible en línea en: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf>. Ambos cit. en MARTIN, op. cit.

establecer respecto de la segunda un estado de cosas diferente de aquel que representó como existente con anterioridad¹⁹⁸.

De acuerdo a esta definición, el estoppel en derecho internacional público presenta los siguientes elementos constitutivos:

- a. Existencia de una declaración, de un acto o de un comportamiento inicial que, emanado de un órgano habilitado para comprometer a un sujeto de derecho internacional, dio libremente una representación clara e inequívoca de un determinado estado de cosas¹⁹⁹.
- b. La parte que recurre al estoppel debe probar que la declaración, acto o comportamiento que ella invoca la incitó a actuar, o abstenerse de actuar de la manera que alega, y que ella efectivamente actuó o se abstuvo de actuar, confiando en dicha declaración, acto o comportamiento²⁰⁰.
- c. Lo anterior debe producir una modificación en las posiciones relativas de las partes de la causa, en perjuicio de aquella que recurre al estoppel, o en ventaja de su adversario, o las dos situaciones al mismo tiempo²⁰¹.

Esto implica que debe establecerse un nexo de causalidad entre la representación de un estado de cosas, la incitación a actuar o a abstenerse de hacerlo, y la modificación que de ello resulta en las posiciones de las partes.

- d. La parte a la cual la declaración, el acto o el comportamiento inicial es imputable se desdice con posterioridad, contradiciéndolo o modificándolo en un punto esencial²⁰².

Otros autores²⁰³ han concluido que los elementos constitutivos del estoppel son: a. Una declaración de hecho que sea clara e inequívoca, b. que esta declaración sea voluntaria, y autorizada, y c. debe haberse confiado de buena fe en dicha declaración, ya sea en detrimento de la parte que confió de buen fe en esa declaración o en favor de la parte que realizó la declaración. Atendidos estos elementos, Ian Brownlie concluye que la esencia del estoppel radica en la conducta que causa que la otra parte, basándose en esa conducta, cambie su posición

¹⁹⁸ MARTIN, Antoine. L'estoppel en droit international public, Paris, Éditions A. Pedone, 1979, p. 259

¹⁹⁹ Op. cit. p. 274

²⁰⁰ Op. cit. p.286

²⁰¹ Op. cit. p.293

²⁰² Op. cit. p. 301

²⁰³ BROWNLIE, Ian. p. 644

perjudicialmente o sufra algún perjuicio, agregando que este principio a su vez descansa en los principios de buena fe y consistencia.

El estoppel, como se desprende del análisis precedente, se presenta en el plano internacional esencialmente como una regla de procedimiento, dentro del ámbito probatorio, que opera como un medio de defensa, invocado como una excepción de inadmisibilidad o defensa de fondo cuyo efecto principal, si su procedencia es aceptada, es evitar que el adversario contradiga su conducta o dichos anteriores. No constituye entonces el fundamento de una acción judicial²⁰⁴.

El Órgano de Apelación de la OMC también se ha referido a este principio en su informe sobre la controversia ‘Comunidades Europeas — Subvenciones a la exportación de azúcar’. Allí, le correspondió pronunciarse acerca de si el estoppel era un principio aplicable dentro del sistema multilateral de comercio de la OMC. En dicha diferencia las reclamantes –Australia, Tailandia y Brasil- alegaron ante el grupo especial que las Comunidades Europeas otorgaron, en el marco del régimen del azúcar de las CE, subvenciones a la exportación de azúcar por encima de los niveles de compromiso de reducción concedidos por las Comunidades Europeas, infringiendo de ese modo varias disposiciones del Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, que regulan las subvenciones a la exportación. Las partes reclamantes alegaron que esas subvenciones por encima de los niveles de compromiso de reducción de las Comunidades Europeas se otorgaron a las exportaciones de azúcar C²⁰⁵, así como a cantidades de azúcar equivalentes al azúcar importado en las Comunidades Europeas en virtud de acuerdos preferenciales con determinados países de África, el Caribe y el Pacífico (los "países ACP") y la India. Uno de los argumentos presentados por las Comunidades Europeas frente a esta reclamación fue que ‘la preclusión impedía a las partes

²⁰⁴ MARTIN, Antoine. L'estoppel en droit international public. Paris, Éditions A. Pedone, 1979, p. 263.

²⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Subvenciones a la exportación de azúcar, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005, párrafo 2. En este informe el Órgano de Apelación efectúa la siguiente aclaración sobre los “tipos de azúcar” establecidos por el régimen de azúcar de las Comunidades: “El régimen del azúcar de las CE establece dos categorías de cuotas de producción: una para el azúcar A y otra para el azúcar B. Esas cuotas representan las cantidades máximas que tienen derecho a la ayuda al precio interno y a las subvenciones directas a la exportación. El azúcar C es simplemente azúcar producido por encima de las cuotas A y B. No hay diferencias en las características físicas del azúcar A, B y C. Asimismo, no hay diferencias en las características físicas de la remolacha A, B y C. La remolacha C es simplemente remolacha utilizada para la producción de azúcar C. En contraste con lo dispuesto para la remolacha A y B, no hay un precio mínimo garantizado para la remolacha C.

reclamantes presentar una reclamación relativa al azúcar C²⁰⁶, lo que fue desestimado por el grupo especial respectivo.

El Órgano de Apelación ratificó la conclusión del grupo especial, sosteniendo que “dista mucho de estar claro si el principio de estoppel es aplicable a las diferencias entre miembros de la OMC en relación con sus derechos y obligaciones en el marco de la OMC”²⁰⁷, y que “el principio de preclusión nunca había sido aplicado por ningún grupo especial ni por el Órgano de Apelación”²⁰⁸. El Órgano de Apelación, acogió el razonamiento del grupo especial, pero no descartó ni confirmó la admisibilidad del principio de estoppel en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC, y enfatizó que las disposiciones expresas del ESD siempre prevalecerán en el marco de estos procedimientos.

En línea con estas ideas, el Órgano de Apelación estableció que en el supuesto de que el principio de estoppel fuera aplicable a los procedimientos de solución de diferencias ante la OMC, su aplicación en ningún caso podría “coartar la posibilidad de que los miembros de la OMC promuevan su procedimiento de solución de diferencias” pues las escasas disposiciones del ESD que limitan ese derecho únicamente señalan que los miembros deben “reflexionar sobre la ‘utilidad’ de actuar al amparo de dichos procedimientos y entablar el procedimiento de solución de diferencias de buena fe”²⁰⁹. En vista de estos razonamientos, y de la restricción que habría implicado para los miembros de la OMC en cuanto a su derecho a solicitar el establecimiento de un grupo especial, el Órgano de Apelación rechazó la alegación del estoppel.

El Órgano de Apelación, con el objeto de determinar si correspondía acoger o rechazar las alegaciones de las Comunidades Europeas relativas a la concurrencia del estoppel, también analizó si en la especie concurrían los elementos constitutivos de dicho principio. En este punto, en primer lugar constató que tanto las partes como los terceros habían expuesto diversos puntos de vista en relación al concepto de estoppel²¹⁰. El Órgano de Apelación no confirmó ni hizo propia ninguna de las definiciones expuestas por el grupo especial, pero sí se detuvo a examinar especialmente los argumentos presentados por las Comunidades Europeas. Al respecto, el

²⁰⁶ Doc. cit. párrafo 308.

²⁰⁷ Doc. cit. párrafo 310.

²⁰⁸ Doc. cit. párrafo 312.

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ Doc. cit. párrafo 311.

Órgano de Apelación indica que las Comunidades Europeas buscan hacer aplicable este principio dentro del sistema de la OMC, señalando que se trata de un principio general del derecho internacional público derivado del principio más general de la buena fe, y que de ese modo, el estoppel es uno de aquéllos que los miembros están obligados a observar al entablar procedimientos conforme al artículo 3 párrafo 2 del ESD²¹¹.

Las Comunidades Europeas señalaron además que una de las formas de comportamiento de las cuales puede derivarse el estoppel es el silencio, que interpretado razonablemente supone el reconocimiento de una determinada situación fáctica o jurídica. En el caso del estoppel fundado en el silencio, según lo expuesto por las Comunidades Europeas, las reclamantes se encontraban impedidas de presentar la reclamación que habían llevado adelante, atendida su “falta de toda reacción ante la no inclusión del azúcar C en la cantidad de base”, indicando que en consecuencia “podían basarse legítimamente en esa interpretación común para no incluir en los niveles de base las exportaciones de azúcar C”²¹².

Más allá de estas alegaciones, el Órgano de Apelación ratificó íntegramente la ponderación y apreciación de las pruebas efectuadas por el grupo especial en este caso, que lo llevaron a constatar que no era posible identificar “ningún hecho o declaración de las reclamantes en el que hayan admitido que la medida de las Comunidades Europeas eran compatibles con la OMC, en el que hayan prometido que no tomarían medidas legales en su contra”²¹³.

El Órgano de Apelación también descartó expresamente que hubiera existido una “interpretación común” “de todos los participantes en la Ronda de Uruguay” en cuanto a excluir las exportaciones de azúcar C en el nivel de cantidad de base de su lista, en la que hubieran podido basarse legítimamente²¹⁴, pues el grupo especial no encontró evidencia alguna al respecto. Esta opinión queda reflejada cuando el Órgano de Apelación se remitió expresamente a la siguiente conclusión del grupo especial:

[...] A continuación [el grupo especial] opinó que suponiendo, a efectos de argumentación, que el principio de preclusión pudiera invocarse en un procedimiento de solución de diferencias en la OMC:

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² Doc. cit. párrafo 314.

²¹³ Doc. cit. párrafo 315.

²¹⁴ Doc. cit. párrafo 316.

[E]l silencio del Brasil y de Tailandia por lo que respecta a los niveles de la cantidad de base, así como por lo que respecta a la Nota sobre el azúcar de los países ACP/India, no equivale a una representación clara e inequívoca en la que las Comunidades Europeas pudieran basarse, especialmente si se tiene en cuenta que, en opinión del Grupo Especial, los reclamantes no estaban jurídicamente obligados a alertar a las Comunidades Europeas de sus presuntas infracciones. Además, no es posible identificar ningún hecho o declaración de los reclamantes en el que hayan admitido que la medida de las CE era compatible con la OMC o en el que hayan prometido que no tomarían medidas legales contra las Comunidades Europeas. A juicio del Grupo Especial, el "silencio" de algunos reclamantes no puede equipararse a su consentimiento de las infracciones de las Comunidades Europeas, si las hubiera.²¹⁵

Como se puede concluir del análisis realizado por el Órgano de Apelación, que hizo suyos los razonamientos del grupo especial, la concurrencia de los elementos constitutivos del estoppel fue tomada en cuenta para aceptar o no la pretensión de las Comunidades Europeas. El Órgano de Apelación estableció finalmente que la concurrencia del estoppel no era efectiva, dado que el elemento básico del mismo correspondiente a una conducta de los reclamantes que pudiera crear una representación clara e inequívoca frente a las Comunidades, de su aceptación de no incluir el azúcar C en los compromisos contraídos dentro del marco de la OMC, no había sido acreditado por las Comunidades.

Asimismo, se observa que el estoppel, tal y como lo describen los autores citados, es un concepto empleado como un medio de defensa frente a las pretensiones de las reclamantes destinadas a impedir acreditar la falta de adecuación de la medida impugnada al marco normativo fijado por medio de los acuerdos abarcados.

El principio del estoppel, aunque no había sido tratado con anterioridad por el Órgano de Apelación, sí había sido objeto de análisis por parte de algunos grupos especiales, específicamente aquellos que conocieron las controversias ‘Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos’ y ‘Guatemala - Cemento II’.

²¹⁵ Doc. cit. párrafo 3.9.

En la controversia ‘Guatemala – Cemento II’, Guatemala empleó el concepto de estoppel y el de aquiescencia para fundar su defensa ante México (reclamante), al no haber reaccionado éste, en cuanto pudo hacerlo, frente a las medidas objetadas. Guatemala sostuvo que México había renunciado a su derecho a impugnar esas supuestas violaciones de los acuerdos abarcados, y pretendía convencer al grupo especial de que México había ‘convalidado’ las infracciones contra las cuales reclamaba, al no haberlas impugnado inmediatamente después de que se produjeron. A fin de determinar si en este caso correspondía aplicar o no dicho principio, el grupo especial a cargo de examinar esta controversia lo analizó, entregando en primer lugar una noción doctrinaria de estoppel, según la cual “la premisa de este principio es que cuando una parte ha sido inducida a actuar por las seguridades dadas por otra en una forma tal que resultaría perjudicada si la otra parte modificara posteriormente su posición, ese principio impide a esta última modificarla”²¹⁶.

El grupo especial no se refirió a si el estoppel era un principio aplicable o no dentro del sistema de solución de controversias de la OMC. Pero en cuanto a su procedencia en esta controversia particular llegó a la conclusión de que la defensa de Guatemala, fundada tanto en la alegación del estoppel, como en la aquiescencia de México respecto de las medidas impugnadas, debía ser rechazada. Lo anterior dado que el grupo especial consideró que México no tenía obligación de impugnar inmediatamente las violaciones que fundaron su reclamación, y que por el contrario, había formulado sus alegaciones en un momento adecuado conforme a las normas de los acuerdos abarcados. De este modo, el grupo especial rechazó la defensa de Guatemala según la cual las violaciones en que había incurrido habrían sido convalidadas por México, expresando lo siguiente:

‘[...] no cabe considerar que México haya dado su aquiescencia [...], ni mucho menos aún que haya dado a Guatemala “seguridades” de que no impugnaría posteriormente esas acciones en el procedimiento de solución de la OMC. Dado que México ha formulado sus alegaciones en momento adecuado del procedimiento de solución de diferencias de la OMC, Guatemala no podía razonablemente haberse basado en la supuesta falta de

²¹⁶ Informe del Grupo Especial, Guatemala - Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México, WT/DS156/R, adoptado el 17 de noviembre de 2000, párrafo 8.23. La noción doctrinaria referida acerca del estoppel fue consultada en la obra de Ian Brownlie, *Principles of International Law*, p. 640-642.

oposición de México para llegar a la conclusión de que ese país no presentaría una reclamación en el marco de la OMC.²¹⁷

Estas conclusiones dejan de manifiesto cuál es el alcance que se ha dado a este principio dentro del marco de la OMC, y su concordancia con los referentes doctrinarios analizados, algunos de los cuales fueron invocados por las partes de esta controversia y por el propio grupo especial que resolvió la misma.

Asimismo, con anterioridad a que el Órgano de Apelación tuviera la oportunidad de analizar la controversia ‘Comunidades Europeas — Subvenciones a la exportación de azúcar’, los grupos especiales también se vieron enfrentados a determinar la procedencia de este principio cuando fue invocado por Argentina en la reclamación ‘Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos’, iniciada en su contra por Brasil, que reclamó contra la resolución N° 574 de 21 de julio de 2000. En virtud de ésta, Argentina impuso medidas antidumping a las importaciones de pollos eviscerados procedentes de Brasil. Brasil se opuso a dicha resolución recurriendo contra ella ante el Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR, que declaró que las medidas antidumping adoptadas por ese país no resultaban contrarias al Marco Normativo del MERCOSUR. Una de las defensas presentadas por Argentina frente a la reclamación de Brasil fue que el grupo especial debía abstenerse de conocer el asunto planteado por Brasil, y subsidiariamente alegó que el grupo especial debería estar obligado a aplicar la decisión del Tribunal del MERCOSUR. Argentina sostuvo que la conducta de Brasil de plantear la controversia relativa a la resolución N° 574 de 21 de julio de 2000 sucesivamente, primero en el foro del MERCOSUR y luego ante la OMC, configuraba un ejercicio de derecho que contraría el principio de la buena fe y que en este caso le permitía invocar el estoppel.²¹⁸

De esta forma, Argentina afirmaba que Brasil se encontraba impedido de llevarle nuevamente ante una instancia jurisdiccional para discutir sobre la legitimidad de la resolución N° 574 de 21 de julio de 2000, en virtud del principio de estoppel²¹⁹. No obstante esta alegación basada en la existencia de un laudo previo, Argentina no invocó el principio de cosa juzgada como una

²¹⁷ Doc. cit. párrafo 8.24

²¹⁸ Informe del Grupo Especial, Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil, WT/DS241/R, adoptado el 19 de mayo de 2003, párrafo 7.17.

²¹⁹ Doc. cit. párrafos 7.18 - 7.20

defensa jurídica frente a las alegaciones de Brasil ante la OMC, prefiriendo plantear como una cuestión preliminar el principio de estoppel. Esta opción claramente obedecía al hecho de que el laudo dictado en el marco del MERCOSUR no reunía los elementos necesarios para invocar la excepción de cosa juzgada, pues la controversia discutida en ese foro se encontraba referida a la observancia o inobservancia del Marco Normativo del MERCOSUR, mientras que en la reclamación llevada ante la OMC Brasil alegaba el incumplimiento de normas de los acuerdos abarcados, entre los cuales no se encuentran comprendidas las normas del MERCOSUR cuyo cumplimiento se debatió en el foro respectivo.

Argentina, con el propósito de acreditar la concurrencia de los elementos constitutivos del estoppel, citó la noción de estoppel entregada por el Ian Brownlie²²⁰. Así, el grupo especial encargado de resolver esta controversia analizó la concurrencia de sus elementos constitutivos, llegando a la conclusión de que estos no se presentaban y por lo tanto, debía ser desestimada esta defensa. El grupo especial no acogió la tesis de Argentina, sino que únicamente se dedicó a analizar la concurrencia de sus elementos, concluyendo que aún cuando el estoppel pudiera ser definido en los términos planteados por ese país, en la diferencia que estudiaba no se presentaban los elementos constitutivos de ese principio que la propia demandada había planteado para fundar su defensa. El grupo especial no consideró que efectivamente Brasil hubiera hecho una afirmación clara e inequívoca en el sentido de que, al haber sometido un asunto al marco de solución de controversias del MERCOSUR, no recurriría posteriormente al procedimiento de solución de diferencias de la OMC²²¹. Para este efecto, el grupo especial recordó además el informe adoptado del grupo especial que resolvió la controversia ‘CEE-Banano I’, donde estableció que el estoppel sólo podía “resultar del consentimiento expreso o, en casos excepcionales, implícito de las partes contratantes”²²².

Además el grupo especial consideró que Argentina tampoco había acreditado haberse basado activamente de buena fe en alguna afirmación hecha por el Brasil, ni que ello hubiera derivado en un perjuicio para Argentina o en un beneficio para Brasil, pues en el expediente nada sugería

²²⁰ Doc. cit. párrafo 7.20

²²¹ Doc. cit. párrafo 7.38.

²²² Doc. cit. párrafo 7.22. En este punto el grupo especial se remitió a las conclusiones sobre el estoppel planteadas en el ‘Informe del Grupo Especial sobre los regímenes de importación del banano de algunos Estados miembros de la CEE (“CEE (Estados miembros) - Banano I”), 3 de junio de 1993, no adoptado, DS32/R’.

que Argentina habría actuado de forma diferente si Brasil no hubiera hecho la supuesta afirmación de que no recurriría al procedimiento de solución de diferencias de la OMC. De este modo el grupo especial consideró que Argentina simplemente había afirmado haber sufrido las consecuencias negativas del cambio de posición por parte de Brasil (en relación con su práctica anterior de no someter los asuntos a la OMC después de que hubiera resoluciones del MERCOSUR respecto del mismo objeto), sin explicar el carácter de esas consecuencias negativas, lo que no resultaba suficiente para demostrar que había sido inducida a actuar por las seguridades de la supuesta afirmación de Brasil, supuesto cambio de posición le había ocasionado efectivamente consecuencias negativas²²³.

El grupo especial en este caso, también descartó la necesidad de referirse a la determinación de si las tres condiciones sugeridas por Argentina eran suficientes para la aplicación de ese concepto, ni si él mismo tenía la autoridad de aplicar el principio de estoppel si se hubieran satisfecho las condiciones pertinentes.²²⁴

Los casos analizados, en los cuales se ha discutido por los grupos especiales y el Órgano de Apelación sobre el principio de estoppel, nos permiten aseverar que corresponde a un principio que nunca ha sido aplicado en la jurisprudencia de la OMC, pese a que la misma ha tenido la oportunidad de analizarlo al haber sido invocado por los miembros de la OMC en varias ocasiones, en procesos jurisdiccionales de resolución de controversias ante los órganos de esta organización. Éstos órganos no han hecho propia ninguna definición de este principio, pero sí se han remitido regularmente a la doctrina a fin de determinar cuáles podrían ser sus principales elementos constitutivos.

Aunque la jurisprudencia de los grupos especiales y del Órgano de Apelación relativa a este principio, no ha descartado completamente la posibilidad de que resulte aplicable dentro del sistema jurídico de la OMC, el Órgano de Apelación ha delimitado un estrecho ámbito de aplicación para el estoppel, para el caso que resultare procedente acogerlo, dado que la aceptación de este principio en un caso concreto no podría derivar en una limitación del derecho de los miembros de la OMC a iniciar el proceso de solución de controversias jurisdiccional

²²³ Doc. cit. párrafo 7.39.

²²⁴ Doc. cit. párrafo 7.38, pie de página 58.

dentro de esta organización. No obstante, en general se puede apreciar que los demandados que han invocado este principio justamente lo han hecho como un medio de defensa destinado a objetar la legitimidad de las reclamaciones presentadas por los demandantes al recurrir al foro de la OMC, que en definitiva no ha sido acogido por sus sentenciadores.

3.4.5 Principio de Cautela o de Precaución

El principio de cautela o precaución es un principio originado en los derechos nacionales, que se ha ido incorporado progresivamente en la esfera del derecho internacional desde hace sólo un par de décadas. Este principio, según lo planteado por algunos autores²²⁵, encontraría su fuente original en el derecho de la República Federal Alemana, durante la década de 1970, bajo el nombre de ‘Vorsorgeprinzip’, cuando fue establecido como uno de los principios fundamentales de la política ambiental alemana. Esta última, por ‘precaución’ debía estar orientada hacia la prevención de ciertos peligros potenciales para la naturaleza sin la necesidad de esperar que estos peligros fueran probados científicamente. En lo sucesivo, este principio también fue introducido en otros derechos nacionales, mediante leyes dictadas en países tales como Francia, Israel y República Checa.

La recepción del principio de precaución en el derecho internacional se produjo primeramente en tratados internacionales relativos a la preservación del medio marino, y posteriormente a través de otros textos internacionales que perseguían de manera más amplia la protección del medio ambiente.

De este modo, se observa que luego de haber sido consagrado en algunos derechos nacionales, este principio fue incluido por primera vez de manera explícita en el derecho internacional, en la ‘Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Internacional sobre la

²²⁵ IYNEDJIAN, Marc. Le principe de précaution en droit international public. p. 247-262.

protección del Mar del Norte'²²⁶, del año 1987. Unos cuantos años más tarde el principio de cautela también fue incluido en otras convenciones y textos internacionales, como la Convención para la Protección del Medio Marino del Atlántico del Nordeste (Convención de OSPAR)²²⁷, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo²²⁸, así como en algunas convenciones dentro del marco del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, como son la 'Convención sobre la Biodiversidad Biológica'²²⁹ y el 'Acuerdo Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático'²³⁰. El 'Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica'²³¹ también incorpora el principio de cautela. Asimismo, este principio es parte integrante del derecho comunitario europeo, pues forma parte del Tratado de Ámsterdam²³².

La gran diversidad de textos internacionales en que ha sido consagrado este principio ha llevado a que el mismo cuente en la actualidad con diversas formulaciones y alcances. Así, mientras existen tratados que imponen la adopción de medidas de precaución²³³, otros sólo descartan que la falta de comprobación científica sea un hecho que pudiere impedir o retardar la adopción de esta clase de medidas²³⁴.

Esta falta de uniformidad positiva también se ve reflejada en el ámbito doctrinario, donde se presentan distintas definiciones de este principio. Algunos autores han considerado que el principio de cautela es aquel 'principio en virtud del cual se puede justificar o resulta imperativo limitar, regular o impedir ciertos actos potencialmente peligrosos sin esperar que ese peligro se encuentre científicamente establecido de manera certera'²³⁵.

²²⁶ Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte, párrafos I y XVI.

²²⁷ Convención para la Protección del Medio Marino del Atlántico del Nordeste, artículo 2.

²²⁸ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, principio 15.

²²⁹ Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas, preámbulo.

²³⁰ Acuerdo Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, artículo 3.

²³¹ Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículo 10, párrafo 6.

²³² Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, artículo 174.

²³³ Entre ellos, la Convención de la OSPAR

²³⁴ Como la Declaración de Río, la Convención sobre la Biodiversidad o el Protocolo de Cartagena sobre la bioseguridad. Cit. en. IYNEDJIAN, op. cita. P. 151

²³⁵ IYNEDJIAN, Marc. Le principe de précaution en droit international public. p. 251.

No obstante, y más allá de haber sido incorporado en los convenios internacionales que se ha indicado, para parte de la doctrina, el principio de cautela en el derecho internacional, corresponde a un principio de naturaleza únicamente convencional, en vista de lo cual el mismo no obliga más que a los Estados partes de un tratado que lo consagre y que le atribuye fuerza jurídica obligatoria²³⁶. Lo anterior, debido a que la elevación del principio al rango de una norma de derecho internacional consuetudinario de aplicación universal, o a la categoría de un principio general del derecho, no resultaría posible, dado que este principio no cumpliría con las condiciones requeridas para ser calificado como alguno de estos tipos de normas.

Así, de acuerdo a lo planteado por estos autores, en cuanto a la imposibilidad de calificar al principio de cautela como una norma de derecho internacional consuetudinario, sería consecuencia de que el mismo carecería tanto del elemento objetivo –constituir una práctica uniforme y constante- como del subjetivo –la *opinio juris*-, al no corresponder una práctica mayoritaria, uniforme y constante dentro de la comunidad internacional, ejecutada por sus miembros en la creencia de encontrarse obligados por una norma de derecho internacional. Asimismo, la posibilidad de considerar el principio de cautela como un principio general del derecho, común al conjunto de los Estados o a la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales y extrapolable al derecho internacional, también debería ser descartada atendidas las notables divergencias en cuanto al modo en que el principio de cautela ha sido recogido y aplicado, por los distintos Estados. Ello, imposibilitaría hablar de un principio de cautela común a la mayor parte de las naciones.

En lo que respecta al sistema jurídico de la OMC, se puede afirmar que el principio de cautela ha sido incorporado de manera convencional, específicamente a través del artículo 5, párrafo 7, del ‘Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias’ –o ‘Acuerdo MSF’-. Dicho artículo, titulado como ‘Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria’, establece los criterios que deberán tener en cuenta los miembros de la OMC al efectuar la ‘evaluación del riesgo’²³⁷ que justifique la normativa sanitaria y fitosanitaria interna que cada uno de ellos establezca a fin de lograr un ‘nivel

²³⁶ Op. cit. p. 254.

²³⁷ El contenido del concepto de ‘evaluación del riesgo’ se encuentra definido en el Acuerdo MSF, Anexo A, párrafo 4.

adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria²³⁸. En efecto, esta norma plantea que la evaluación del riesgo para establecer la normativa interna de protección sanitaria y fitosanitaria debe tener en cuenta las ‘técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes’²³⁹, así como los testimonios científicos existentes acerca de los riesgos que se trate de prevenir y otros elementos fácticos de la misma índole²⁴⁰, además de observar diversos factores económicos²⁴¹. Asimismo, los miembros no pueden perder de vista al elaborar su normativa sanitaria y fitosanitaria el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio que pudiere conllevar la misma²⁴², y que ésta no debe importar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que considere adecuados²⁴³.

Dentro de este contexto, el artículo 5, párrafo 7, del Acuerdo MSF, consagra la posibilidad de adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias de manera provisional respecto de aquellos riesgos en que el testimonio científico aún sea insuficiente como para tener por acreditada la efectividad de la existencia del riesgo que se pretende evitar a través de dichas medidas:

‘Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable’.

²³⁸El contenido del concepto de ‘nivel adecuado de protección’ se encuentra definido en el Acuerdo MSF, Anexo A, párrafo 5.

²³⁹ Acuerdo MSF, artículo 5, párrafo 1.

²⁴⁰ Acuerdo MSF, artículo 5, párrafo 2. Los elementos fácticos que este párrafo obliga a considerar al formular la normativa sanitaria y fitosanitaria interna, son los siguientes: los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas; la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades; las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes; y los regímenes de cuarentena y otros.

²⁴¹ Acuerdo MSF, artículo 5, párrafo 3. Este párrafo señala como los factores económicos a tener en cuenta al adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias, los siguientes: el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada, radicación o propagación de una plaga o enfermedad; los costos de control o erradicación en el territorio del Miembro importador; y la relación costo eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos.

²⁴² Acuerdo MSF, artículo 5, párrafo 4.

²⁴³ Acuerdo MSF, artículo 5, párrafo 5.

Tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación han tenido la ocasión de referirse a este principio, cuyo estatus jurídico en el derecho internacional todavía es objeto de debate. Estos órganos pudieron referirse a importantes aspectos del principio de cautela a través de sus informes en la controversia ‘CE – Hormonas’, en la que se vieron enfrentados Estados Unidos y Canadá como reclamantes a fin de lograr la modificación o eliminación de una serie de Directivas adoptadas por las Comunidades Europeas, que aquellos miembros estimaron contrarias a las disciplinas comerciales de la OMC. Ello, debido a que dichas Directivas impedían la importación hacia Europa de carnes y productos cárnicos provenientes de esos países, que hubieran sido tratados con determinadas hormonas reguladoras del crecimiento, corrientemente utilizadas en Estados Unidos y Canadá.

El grupo especial finalmente consideró dichas Directivas como contrarias a los acuerdos abarcados, dado que las Comunidades Europeas no presentaron pruebas científicas que demostraran el carácter peligroso para la salud humana de las hormonas prohibidas por la medida impugnada por las reclamantes. Este informe fue apelado por las Comunidades, que entre otros argumentos, manifestaron que su negativa a autorizar las importaciones de aquellos productos tratados con dichas hormonas correspondía a una medida establecida en aplicación del principio de precaución, “señalando básicamente que este principio ‘es o se ha convertido en “una norma consuetudinaria general del derecho internacional” o por lo menos “en un principio general del derecho” ’²⁴⁴, medida que además satisfacía las prescripciones establecidas en los párrafos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Frente a ello, Estados Unidos controvirtió la alegación de que el principio de cautela fuera un principio, indicando que más bien constituía un ‘enfoque’²⁴⁵, y expresando una posición similar Canadá también consideró que éste no había “sido incorporado al *corpus* del derecho internacional público, admitiendo sin embargo que el ‘enfoque de cautela’ o ‘concepto’ constituye ‘un principio incipiente del derecho’, que en el futuro puede cristalizarse en uno de los ‘principios generales de derecho

²⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 121. [en línea] <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=3&_=1> [consulta: 7 de julio de 2012].

²⁴⁵ Doc. cit. párrafo 122.

reconocidos por las naciones civilizadas’, en el sentido del apartado c) del párrafo 1) del artículo 38 del Estatuto de la CIJ”²⁴⁶.

El Órgano de Apelación, teniendo en cuenta estas alegaciones, sintetizó la situación actual del principio de cautela en el ámbito del derecho internacional, indicando de manera preliminar que la condición jurídica del mismo en dicho ámbito todavía era un tema controvertido entre los académicos y profesionales del derecho, órganos normativos y los jueces, y que si bien algunos consideran que el principio de cautela se ha cristalizado en un principio general del derecho medioambiental internacional consuetudinario, el hecho de que haya sido aceptado ampliamente por los miembros de la OMC, como un principio de derecho internacional general o consuetudinario, parece menos claro²⁴⁷.

El Órgano de Apelación, no obstante, fue cauto y declaró que a efectos del litigio en su conocimiento resultaba innecesario e incluso imprudente tomar posición en esta materia, más aún teniendo en cuenta que el grupo especial no adoptó una posición respecto de la condición jurídica de este principio en el derecho internacional, y que dicho principio no contaba con una formulación autorizada²⁴⁸. Al referirse a una formulación autorizada el Órgano de Apelación quiso decir que la jurisprudencia de la CIJ no ha establecido que el principio de cautela sea una de las nuevas normas de derecho internacional en el ámbito de la protección al medioambiente, al señalar expresamente lo siguiente:

‘En el asunto *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que en la esfera de la protección medioambiental se han desarrollado nuevas normas y pautas, establecidas en gran número de instrumentos durante los dos últimos decenios. Es preciso tener en consideración esas nuevas normas y darles la importancia debida a esas nuevas pautas. No obstante, tomamos nota de que la Corte no identificó al principio de cautela como una de esas nuevas normas recientemente establecidas. También se abstuvo de declarar que un principio de ese tipo pudiese prevalecer sobre las obligaciones del Tratado entre Checoslovaquia y Hungría, de 16 de septiembre de 1977, concerniente a la construcción y explotación del sistema de esclusas Gabčíkovo/Nagymaros. Véase, *Case Concerning the*

²⁴⁶ *Ibíd.*

²⁴⁷ *Doc. cit.* párrafo 123.

²⁴⁸ *Ibíd.*

Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Corte Internacional de Justicia, fallo, 25 de septiembre de 1997, párrafos 140, 111-114.²⁴⁹

Así, al no constituir el principio de cautela una norma del derecho internacional público consuetudinario, ni un principio general del derecho en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, el Órgano de Apelación pone de relieve que el principio de cautela tampoco ‘ha sido incluido en el texto del *Acuerdo [MSF]* como un motivo que justifique las medidas sanitarias fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en determinadas disposiciones de dicho *Acuerdo*²⁵⁰, aunque el mismo se vea reflejado tanto en el artículo 5 párrafo 7, como en el artículo 3, párrafo 3, y en el preámbulo del Acuerdo MSF. A este respecto señala que si bien estas disposiciones ‘reconocen expresamente el derecho de los Miembros a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria, que puede ser más elevado (es decir, más cauto) que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales vigentes[...], el principio de cautela, por sí solo, y sin una directiva textual inequívoca a ese efecto, no exime a un Grupo Especial de la obligación de aplicar los principios (de derecho internacional consuetudinario), normalmente aplicables a la interpretación de los tratados en su lectura de las disposiciones del *Acuerdo MSF*.²⁵¹ En vista de ello, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del grupo especial en el sentido de que el principio de cautela no prevalece sobre las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

De este modo, los razonamientos y las conclusiones del grupo especial y del Órgano de Apelación permiten observar que, si bien existe controversia a nivel doctrinario y profesional acerca de la condición jurídica del principio de cautela en el derecho internacional, el Órgano de Apelación ha optado en este punto por seguir los lineamientos planteados por la CIJ, conforme a los cuales si bien se acepta la presencia de este principio en la esfera internacional, éste no ha sido declarado como una norma consuetudinaria de derecho internacional, por lo que no prevalece sobre las disposiciones de los acuerdos abarcados de la OMC. Al asumir esta postura, claramente el Órgano de Apelación asigna un papel decisivo a la jurisprudencia de la CIJ en la determinación de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario aplicables

²⁴⁹ Doc. cit. párrafo 123, nota al pie 93.

²⁵⁰ Doc. cit. párrafo 124.

²⁵¹ Ibid.

dentro del sistema jurídico de la OMC, postura que además destaca la importancia y el alcance del rol que la jurisprudencia juega en términos generales en el derecho internacional dentro del proceso de formación de normas de derecho internacional.

3.4.6 Principio Competencia de la Competencia

De acuerdo al principio competencia de la competencia los tribunales internacionales –sean o no sean permanentes- tienen jurisdicción para decidir acerca de su propia jurisdicción. Este principio ha sido elaborado principalmente en base a la jurisprudencia internacional –mayoritariamente arbitral-, siendo con posterioridad incluido en numerosos instrumentos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales. La primera vez que se discutió si un tribunal o comisión internacional podía determinar por sí misma a qué casos se extendía su jurisdicción fue en 1796, en el caso ‘*Betsey*’²⁵², aunque conforme a otras opiniones fue en el procedimiento arbitral ‘*Alabama*’²⁵³, que tuvo lugar en 1872, en que el mismo fue articulado originalmente²⁵⁴. Aunque el principio de que un tribunal tiene jurisdicción para decidir sobre su propia jurisdicción no fue inmediatamente acogido, hubo varios casos de arbitraje en los que fue seguido sin mucha discusión, o en que fue reafirmado.

Asimismo, durante los últimos años del siglo XIX y principios del siglo XX en múltiples tratados de arbitraje²⁵⁵, comenzó a ser incluida una disposición expresa de que el tribunal tenía la competencia de la competencia, lo que siguió siendo reconocido en diversos procesos de

²⁵² AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Jurisdiction of International Tribunals*. Kluwer Law International, 2003, p. 121. El caso ‘*Betsey*’ fue decidido bajo el Tratado Jay de 1794 entre Gran Bretaña y Estados Unidos, ocasión en que surgió por primera vez una diferencia de opiniones en relación al poder de la Comisión para determinar por sí misma qué casos quedaban comprendidos en su jurisdicción. Aunque hubo desacuerdo entre los Comisionados, el Lord Canciller de Gran Bretaña manifestó la opinión de que cualquier duda respecto de la autoridad de los comisionados para resolver sobre su propia jurisdicción era absurda y debían necesariamente decidir si los casos se encontraban o no dentro de su competencia. En pp. 124-126, más detalles acerca de la discusión sobre este punto en el procedimiento referido.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ NELSON, Timothy G., *Annulment of International Arbitration Awards: The Orinoco Steamship Case Sails On*, *ASA Bulletin*, Volume 28, No. 2, 2010, p. 211.

²⁵⁵ AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. *Op.cit.*, p. 123. Entre los distintos tratados mencionados por el autor destacan las Convenciones de La Haya, de 1899 para la Solución Pacífica de Controversias, y de 1907 sobre la Solución Pacífica de Controversias Internacionales.

arbitraje internacional que tuvieron lugar durante esa época, como los casos ‘Affaire du Guano (Chili, France)’²⁵⁶, ‘The Walfish Bay Boundary’²⁵⁷, y en decisiones arbitrales posteriores, como las ‘Río Grande Irrigation and Land Co.’²⁵⁸ o ‘Société Radio-Orient Arbitration’²⁵⁹.

Durante el siglo XX la aplicación del principio competencia de la competencia ha sido sistemática²⁶⁰. La inclusión de este principio en el Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia significó un gran avance en su reconocimiento, y lo mismo se puede decir en relación al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁶¹, que también lo reconoce al seguir de cerca la disposición relativa a este principio incluida en el estatuto de su antecesora. Cabe notar que la jurisprudencia de la Corte Permanente Internacional de Justicia confirmó este principio en su

²⁵⁶ AFFAIRE du Guano (Chili, France), United Nation Reports of International Arbitral Awards, Volume XV, p. 99. [en línea] <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XV/77-387.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012]. Cit. en AMERASINGHE, op. cit. p. 124. Dicho tribunal arbitral destacó que tanto la doctrina como la jurisprudencia eran unánimes en admitir que los tribunales internacionales aprecian por sí mismos su competencia, poniendo de relieve también el hecho de que el compromiso mismo, en ese caso en particular, preveía el principio competencia de la competencia, todo ello en los siguientes términos: “[...] Qu’indépendamment du fait que la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour admettre que les Tribunaux internationaux apprécient eux-mêmes leur compétence sur la base du Compromis lié entre les Parties (voir Ullmann, Volkerrecht, p. 301, n° 3), le Mémoire du Conseil fédéral du 24 mars 1894 a prévu le cas d’une façon expresse en mettant pour condition à l’acceptation de l’arbitrage que «le Tribunal Arbitral...statuera sur sa propre compétence» ; que cette condition a été acceptée par les divers Etats, Parties au Compromis; [...]”.

²⁵⁷ THE Walfish Bay Boundary Case (Germany, Great Britain). United Nation Reports of International Arbitral Awards, Volume Volume XI, p. 307. [en línea] <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XI/263-308.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012]. Cit. en AMERASINGHE, op. cit. p. 124. El tribunal arbitral también acogió favorablemente el principio competencia de la competencia en su laudo, expresando lo siguiente: ‘LXVI I. Considering that it is a constant doctrine of public international law that the arbitrator has powers to settle questions as to his own competence by interpreting the range of the agreement, submitting to his decision the questions in dispute; [...]’.

²⁵⁸ RIO Grande Irrigation and Land Company, Ltd. (Great Britain v. United States). United Nation Reports of International Arbitral Awards, Volume VI, p. 131. [en línea] <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_VI/131-138_Rio.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012] Cit. en AMERASINGHE, op. cit. p. 124. Este laudo estableció: ‘Held that Tribunal has inherent power, and indeed duty, to entertain and, in proper cases, to raise for itself preliminary points going to its jurisdiction.’.

²⁵⁹ AFFAIRE de la Société Radio-Orient. États du Levant sous mandat français contre Égypte. La Haye, 2 avril 1940. United Nation Reports of International Arbitral Awards, Volume III, p. 1878. Cit. en AMERASINGHE, op. cit. p. 124. En relación al principio competencia de la competencia, esta decisión expresa: ‘Attendu qu’en dehors des cas où les Parties en sont convenues autrement, tout tribunal d’arbitrage international est juge de sa propre compétence; [...]’. [en línea] <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1871-1881.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].

²⁶⁰ AMERASINGHE, op. cit. p. 131

²⁶¹ ESTATUTO de la Corte Internacional de Justicia, artículo 36, párrafo sexto: ‘En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá’.

opinión consultiva sobre la ‘Interpretación del Acuerdo Greco-Turco del 1° de diciembre de 1926’²⁶², así como en su fallo relativo al caso ‘Minority Schools’²⁶³.

La Corte Internacional de Justicia también ha empleado este principio en numerosos fallos y opiniones, lo que se aprecia especialmente en su decisión sobre las excepciones preliminares en el caso ‘Nottebohm’, donde el demandado señaló que el principio plasmado en el artículo 36 inciso sexto del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia tenía una aplicación limitada, resultando sólo aplicable a la determinación de las categorías enumeradas en el artículo 36 inciso segundo. La Corte rechazó este argumento, defendiendo firmemente la posición de que gozaba de una jurisdicción ilimitada para decidir acerca de su propia jurisdicción. En sustento de esta afirmación, la Corte indicó que el principio competencia de la competencia había sido expresamente reconocido en las Convenciones de La Haya para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales²⁶⁴, recordando además que su propia jurisprudencia había establecido en casos anteriores que su jurisdicción se extendía a puntos no incluidos en el artículo 36 inciso segundo de su estatuto²⁶⁵, al expresar las siguientes conclusiones:

²⁶²INTERPRETATION of the Greco-Turkish agreement of december 1st, 1926 (Final Protocol, Article IV), advisory opinion on, series B, N°16, August 28th, 1928, p. 20. [en línea] <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_16/01_Interpretation_de_l_Accord_greco-turc_Avis_consultatif.pdf> [consulta: 7 de julio 2012] Cit. en AMERASINGHE, op. cit. p.135. En este caso la Corte confirmó la jurisdicción de la Comisión Mixta, al afirmar que: ‘as a general rule, any body possessing jurisdictional powers has the right in the first place to determine the extent of its jurisdiction’.

²⁶³ AFFAIRE des Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires), arrêt, séries A, N° 15, le 26 avril 1928, p. 21-30. [en línea] <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_15/46_Droits_de_minorites_en_Haute_Silesie_Ecoles_minoritaires_Arret.pdf> [consulta: 7 de julio 2012]. Si bien en este caso la Corte Permanente no mencionó que los tribunales internacionales gozan de la facultad para decidir acerca de su propia jurisdicción para conocer un caso, la Corte derechamente asume que se encuentra revestida de dicha competencia, y se hace cargo de los cuestionamientos preliminares sobre su jurisdicción, analizando los antecedentes de la causa.

²⁶⁴ La Corte señala que el principio competencia de la competencia había sido expresamente reconocido en los artículos 48 y 73 de las Convenciones de La Haya –del 29 de julio y 18 de octubre de 1899, y del año 1907- para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales, señalando que el rapporteur de la Convención de 1899 había enfatizado la necesidad de este principio, de la misma esencia de la función arbitral y como uno de los requisitos inherentes para el ejercicio de su función”.

²⁶⁵ En este sentido, la Corte recordó que no había dudado en fallar sobre el asunto de su propia jurisdicción en casos en los cuales la disputa surgida en este respecto iba más allá de la interpretación y aplicación del párrafo dos del artículo 36 de su estatuto. Entre dichos precedentes menciona expresamente el Caso del Canal de Corfú (Fallo del 19 de abril de 1949. Ver I.C.J. Reports 1949, p. 23-26 y 36) y el caso Ambatielos (Fallo del 1° de julio de 1952. Ver I.C.J. Reports 1952, p. 28).

[...]

Paragraph 6 of Article 36 merely adopted, in respect of the Court, a rule consistently accepted by general international law in the matter of international arbitration. Since the *Alabama* case, it has been generally recognized, following the earlier precedents, that, in the absence of any agreement to the contrary, an international tribunal has the right to decide as to its own jurisdiction and has the power to interpret for this purpose the instruments which govern that jurisdiction.

This principle, which is accepted by general international law in the matter of arbitration, assumes particular force when the international tribunal [...] is an institution which has been pre-established by an international instrument defining its jurisdiction and regulating its operation, and is, in the present case, the principal judicial organ of the United Nations.

[...]

Article 36, paragraph 6, suffices to invest the Court with power to adjudicate on its jurisdiction in the present case. But even if this were not the case, the Court, "whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it" (Article 38, paragraph 1, of the Statute), should follow in this connection what is laid down by general international law. The judicial character of the Court and the rule of general international law referred to above are sufficient to establish that the Court is competent to adjudicate on its own jurisdiction in the present case. [...].²⁶⁶

De este modo, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el principio competencia de la competencia corresponde a un principio del derecho internacional público general –no sólo aquel relativo a los procedimiento arbitrales-, por lo que puede hacer uso del mismo conforme al artículo 38 de su Estatuto, más allá de los cuestionamientos que puedan plantearse sobre su consagración expresa en su propio estatuto.

Con posterioridad, el principio competencia de la competencia también encontró reconocimiento expreso en otra convención internacional multilateral: el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados²⁶⁷, correspondiente al instrumento constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. La jurisprudencia desarrollada por los tribunales arbitrales ad hoc de

²⁶⁶ AFFAIRE Nottebohm (exception préliminaire), Arrêt du 18 novembre 1953: C.I.J. Recueil 1953, p. III, p. 119. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2056.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].

²⁶⁷ Artículo 41 inciso segundo de este Convenio consagra el principio competencia de la competencia en los siguientes términos: 'El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia'.

este Centro, también ha confirmado y aplicado este principio en múltiples ocasiones²⁶⁸, despejando toda duda acerca de que actualmente forma parte del derecho internacional público general.

Luego de la instauración de la OMC, y siguiendo una línea de razonamiento similar a la planteada en la jurisprudencia que a lo largo de décadas ha ido articulando y asentando el principio competencia de la competencia como un principio integrante del derecho internacional público general, el Órgano de Apelación también ha dado aplicación a este principio en múltiples ocasiones, aún cuando el mismo no se encuentra expresamente mencionado en el ESD. En sus informes, el Órgano de Apelación ha afirmado enfáticamente que los grupos especiales no tienen tan sólo el derecho, sino además el deber de asegurarse de contar con la jurisdicción para pronunciarse sobre las reclamaciones presentadas por las partes, perspectiva expresada nítidamente en su informe sobre el caso ‘México — Jarabe de maíz’:

‘(...) Creemos que un grupo especial tiene la obligación de abordar cuestiones en al menos dos casos. Primero, para respetar las debidas garantías procesales y para ejercer debidamente la función judicial, los grupos especiales tienen que abordar las cuestiones que le sometan las partes en una diferencia. Segundo, los grupos especiales tienen que abordar y resolver ciertas cuestiones de carácter fundamental, incluso aunque las partes en una diferencia guarden silencio sobre esas cuestiones. A este respecto, hemos observado anteriormente que “[l]a atribución de jurisdicción a un grupo especial es un requisito previo fundamental de un procedimiento del Grupo Especial conforme a derecho”. Por esta razón, los grupos especiales no pueden simplemente hacer caso omiso de cuestiones que afectan a la base de su jurisdicción, es decir, a su autoridad para examinar y resolver asuntos. Antes bien, los grupos especiales han de ocuparse de tales cuestiones, si es necesario por propia iniciativa, para cerciorarse de que están autorizados a continuar sus actuaciones.’²⁶⁹

²⁶⁸ AMERASINGHE, op. cit. p. 132. En este punto el autor destaca el antecedente jurisprudencial de la decisión pronunciada en el procedimiento de anulación del laudo original en el caso Klöckner v. Camerún, en la cual la comisión de anulación afirmó que: “It is neither contestable nor contested that the arbitrators have ‘the power to determine their own jurisdiction’ [...]” (1985, Annulment, 2 ICSID Reports, p. 103), así como también lo resuelto respecto de este principio en el caso Amco. v. Indonesia (1983, Jurisdiction I, ICSID Reports, p. 391).

²⁶⁹ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS132/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001, párrafo 36. [en línea]

Como este antecedente jurisprudencial deja de manifiesto, el Órgano de Apelación ha acogido favorablemente el principio de competencia de la competencia, dentro del sistema de la OMC, al plantear que es una obligación de los grupos especiales determinar de manera preliminar si cuentan o no con la jurisdicción necesaria para pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas por las partes durante el procedimiento, conclusión con la cual el Órgano de Apelación da por sentada la facultad de los órganos jurisdiccionales de la OMC para decidir acerca de su propia competencia.

Asimismo, el Órgano de Apelación ha dado aplicación a este principio al referirse en distintos informes al alcance de la jurisdicción de los grupos especiales, y ha sido enfático en que el límite de su competencia se encuentra determinado por el mandato conferido al grupo especial. Un claro ejemplo de esta aplicación del principio de competencia de la competencia se observa en el informe del Órgano de Apelación en la controversia ‘Brasil — Coco desecado’:

‘El mandato de un grupo especial es importante por dos motivos. En primer lugar, el mandato cumple un importante objetivo en cuanto al debido proceso, a saber, proporciona a las partes y a los terceros información suficiente con respecto a las reclamaciones que se formulan en la diferencia con miras a darles la oportunidad de responder a los argumentos del reclamante. En segundo lugar, establece la competencia del Grupo Especial al definir las reclamaciones concretas planteadas en la diferencia.’²⁷⁰

En una diferencia posterior, el caso ‘India- Patentes’, el Órgano de Apelación llega a similar conclusión, reiterando que el mandato fija los límites de la competencia del grupo especial, en los siguientes términos:

‘[...]El ámbito de autoridad de un grupo especial queda establecido en su mandato que se rige por el artículo 7 del ESD. El grupo especial sólo puede examinar las alegaciones que tiene autoridad para examinar en virtud de su mandato. El grupo especial no puede asumir un ámbito de autoridad que no tiene. ...

<http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/j1_s.htm#J.1.13> [consulta: 7 de julio de 2012].

²⁷⁰REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Brasil - Medidas que afectan al coco desecado, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, página 25. [en línea] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/j2_s.htm#J.2.1.1 [consulta: 7 de julio de 2012]. (La cursiva es nuestra).

... *El grupo especial está obligado por su mandato.*²⁷¹

Atendida la relevancia dada por el Órgano de Apelación a la determinación de los límites de la competencia los grupos especiales, sus aclaraciones en este sentido no quedan reducidas a la indicación de que su competencia debe ceñirse al mandato del caso concreto, sino que además, ha establecido cuál es el contenido básico de ese mandato, interpretando el artículo 7 del ESD, en relación al artículo 6 párrafo 2 del mismo instrumento, como se observa en su informe relativo al caso ‘Estados Unidos – Acero al carbono’:

‘Existen, pues, dos requisitos independientes, a saber, la identificación de *las medidas concretas en litigio* y la presentación de *una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación* (o *alegaciones*). En conjunto comprenden “el asunto sometido al OSD”, que constituye la base del mandato del Grupo Especial conforme al párrafo 1 del artículo 7 del ESD.

Los requisitos de precisión en la solicitud de establecimiento de un grupo especial surgen de los dos propósitos esenciales del mandato. En primer lugar, el mandato define el alcance de la diferencia. En segundo lugar, el mandato, y la solicitud de establecimiento de un grupo especial en que se basa, cumplen el objetivo del *debido proceso* al proporcionar información a las partes y a los terceros sobre la naturaleza de los argumentos del reclamante. Frente a un problema relacionado con el alcance de su mandato, los grupos especiales deben examinar minuciosamente la solicitud de establecimiento de un grupo especial “para cerciorarse de que se ajusta a la letra y el espíritu del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.”²⁷²

Como lo muestra este antecedente jurisprudencial, el Órgano de Apelación ha determinado que la base del mandato de los grupos especiales se encuentra en el ‘asunto sometido al OSD’, referido en el artículo 7, y que este asunto corresponde a las medidas concretas en litigio y la presentación de los fundamentos de derecho de la reclamación (o alegaciones), que el artículo 6

²⁷¹REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998, párrafos 92-93. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/j2_s.htm#J.2.1.3>. [consulta: 7 de julio de 2012]. V.t. documento Informe del Órgano de Apelación en el caso India — Patentes (Estados Unidos), párrafos 92-93.

²⁷² REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania, WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002, párrafos 125-126. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/r2_s.htm#R.2.1.7> [consulta: 7 de julio de 2012].

párrafo dos del ESD ordena identificar en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Esta interpretación del Órgano de Apelación, conforme a la cual el ‘asunto sometido al OSD’, es la base del mandato de los grupos especiales de acuerdo a lo planteado por el Órgano de Apelación, y se encuentra conformado por las ‘medidas en litigio’ y las alegaciones planteadas a su respecto también queda claramente expresada en su informe en el caso ‘Guatemala – Cemento I’, oportunidad en que éste ya había establecido:

[...] La cuestión sometida al OSD a los efectos del artículo 7 del ESD y del párrafo 4 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping* debe ser la identificada en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Según esa disposición, en las peticiones de establecimiento de grupos especiales presentadas por un Miembro “se identificarán *las medidas concretas en litigio* y se hará una breve exposición de *los fundamentos de derecho de la reclamación*, que sea suficiente para presentar el problema con claridad” (la cursiva es nuestra). Por consiguiente la *cuestión* sometida al OSD consta de dos elementos: las *medidas concretas en litigio* y los *fundamentos de derecho de la reclamación* (o *alegaciones*).²⁷³

En esta misma línea de razonamiento, el Órgano de Apelación en otro de sus informes reafirma que la competencia de los grupos especiales viene definida por el mandato establecido a su respecto, definido por las medidas en litigio y las alegaciones contenidas en la solicitud de celebración de consultas, y no por el contenido de documentos relativos a etapas anteriores del procedimiento de solución de controversias, como lo deja en claro a continuación:

‘Subrayamos que las consultas no representan sino el primer paso del procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Tienen por objeto “dar a las partes la oportunidad de definir y delimitar el alcance de la diferencia existente entre ellas”. También observamos que el párrafo 2 del artículo 4 del ESD obliga al Miembro de la OMC que recibe una solicitud de celebración de consultas a “examinar con comprensión las representaciones que pueda formularle otro Miembro”. Mientras la parte reclamante no amplíe el alcance de la diferencia, nos inspira reparos imponer un criterio demasiado rígido respecto de la “identidad precisa y exacta” entre el alcance de las consultas y la solicitud de establecimiento de un grupo especial, ya que tal cosa significaría sustituir esta última por la solicitud de celebración

²⁷³ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998, párrafo 72. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/t6_s.htm#T.6.1.5> [consulta: 7 de julio de 2012]. (La cursiva es nuestra).

de consultas. Conforme al artículo 7 del ESD, es la solicitud de establecimiento de un grupo especial la que rige el mandato, a menos que las partes convengan en otra cosa.²⁷⁴

Además de haber ido estableciendo progresivamente criterios que permitan a los grupos especiales determinar correctamente el alcance de su jurisdicción, y especificar los elementos que la constituyen, y que los grupos especiales deberán tener en cuenta en el análisis previo que el Órgano de Apelación ha señalado como necesario antes de continuar con sus actuaciones, el Órgano de Apelación, siguiendo el principio competencia de la competencia también ha establecido que los grupos especiales, como parte de la evaluación de su jurisdicción, deben efectuar un ‘examen minucioso de la solicitud de establecimiento del grupo especial’, a fin de corroborar que la identificación del asunto sometido al OSD –conformado por las medidas en litigio y las alegaciones que el artículo 6 párrafo 2 del ESD exige incluir en la solicitud de establecimiento del grupo especial- sean lo suficientemente precisas, y en consecuencia, la jurisdicción del grupo haya quedado claramente establecida. Estas conclusiones se encuentran en el informe del Órgano de Apelación relativo al caso ‘CE — Banano III’, del siguiente modo:

‘Reconocemos que las solicitudes de establecimiento de grupos especiales suelen ser aprobadas automáticamente en la reunión del OSD siguiente a aquella en que la petición haya figurado por primera vez como punto en el orden del día OSD. Dado que, normalmente, las solicitudes de establecimiento de grupos especiales no son objeto de un análisis detallado por el OSD, incumbe al Grupo Especial examinar minuciosamente la solicitud para cerciorarse de que se ajusta a la letra y el espíritu del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Es importante que la solicitud de establecimiento de un grupo especial sea suficientemente precisa por dos razones: en primer lugar, porque con gran frecuencia constituye la base del mandato del grupo especial, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del ESD y, en segundo lugar, porque informa a la parte contra la que se dirige la

²⁷⁴ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland), WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005, párrafo 293. <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/r2_s.htm#R.2.1.12> [consulta: 7 de julio de 2012]. Similares conclusiones son presentadas por el Órgano de Apelación en el caso Brasil — Coco, donde expresó: ... la “cuestión” sometida a un grupo especial está constituida por las reclamaciones concretas formuladas por las partes en la diferencia en los documentos pertinentes especificados en el mandato. [...]. Ver REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Brasil - Medidas que afectan al coco desecado, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, página 25. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/c1_s.htm#C.1.1> [consulta: 7 de julio de 2012]>.

reclamación y a los terceros de cuál es el fundamento jurídico de la reclamación.²⁷⁵

Por otro lado, cabe notar que el Órgano de Apelación también ha establecido que, en el caso de controversias relativas a acuerdos abarcados que contengan disposiciones especiales en relación a las solicitudes de establecimiento de grupos especiales, es necesario que la solicitud cumpla tanto con las exigencias generales, establecidas en el artículo 6 párrafo dos del ESD, como aquéllas especialmente previstas en el acuerdo abarcado pertinente, como lo dejó de manifiesto en la controversia ‘Guatemala — Cemento I’:

‘(...)Consideramos que no hay ninguna *incompatibilidad* entre el párrafo 5 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping* y las disposiciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, sino que, por el contrario, se trata de disposiciones complementarias que deben aplicarse conjuntamente. En consecuencia, la solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada en relación con una diferencia planteada de conformidad con el *Acuerdo Antidumping* debe ajustarse a las disposiciones pertinentes en materia de solución de diferencias tanto de ese Acuerdo como del ESD. Así pues, cuando una parte reclamante someta una “cuestión” al OSD de conformidad con el párrafo 4 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping*, la solicitud de establecimiento del grupo especial debe cumplir las prescripciones de los párrafos 4 y 5 del artículo 17 de dicho Acuerdo y del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

... el término *matter* (“cuestión” o “asunto”) tiene el mismo sentido en el artículo 17 del *Acuerdo Antidumping* y en el artículo 7 del ESD y que la “cuestión” consta de dos elementos: las “medidas” concretas y las “reclamaciones” relativas a ella; unas y otras deben ser identificadas adecuadamente en las solicitudes de establecimiento de un grupo especial, conforme a lo prescrito en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.²⁷⁶

Atendido lo expresado por el Órgano de Apelación en diferentes informes, queda claro que su jurisprudencia ha acogido favorablemente lo que plantea el principio competencia de la competencia. En efecto, el propio Órgano de Apelación ha concluido que cuenta con las

²⁷⁵ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 142. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/r2_s.htm#R.2.1.3> [consulta 7 de julio de 2012].

²⁷⁶ REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998, párrafos 75-76. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/r2_s.htm#R.2.1.5>. [consulta 7 de julio de 2012].

facultades necesarias para delimitar el alcance de la jurisdicción otorgada a los grupos especiales, además de afirmar enfáticamente que los propios grupos especiales deben examinar, incluso de oficio, y de manera preliminar, si cuentan o no con la jurisdicción que les permita continuar actuando durante el procedimiento. Reconociendo de este modo, que los grupos especiales gozan de la autoridad suficiente para determinar si están revestidos de la jurisdicción que les permita actuar en el proceso respectivo, el Órgano de Apelación incluso determina que los grupos especiales, como parte del análisis de su propia jurisdicción, deben examinar minuciosamente la solicitud de establecimiento respectiva, para cerciorarse de que la misma cumple con los requisitos establecidos en el artículo 6 párrafo dos del ESD, debiendo verificar, en consecuencia, la adecuación del título en que se funda su jurisdicción a las formas establecidas en el ESD y los demás acuerdos abarcados. Atendidas estas determinaciones del Órgano de Apelación, la jurisprudencia de este órgano claramente se ha mostrado favorable a la aplicación del principio competencia de la competencia.

3.4.7 Principio de la Nulidad de la sentencia dictada en exceso de poder

En directa relación con el principio competencia de la competencia analizado previamente, también se puede apreciar que el principio de nulidad de la sentencia dictada en exceso de poder ha sido aplicado por la jurisprudencia del Órgano de Apelación, revisando las reclamaciones resueltas por los grupos especiales. Este principio de excepción, corresponde a la causal de nulidad de laudos arbitrales más antigua y universalmente reconocida, cuyos orígenes se remontan a la máxima del derecho romano *arbitrarius nihil extra compromissum facere potest*²⁷⁷, y ha llegado a ser un principio de derecho internacional público.

Antes de llegar a encontrar consagración positiva en el ámbito del derecho internacional, este principio fue referido y desarrollado por la jurisprudencia en procesos arbitrales internacionales.

²⁷⁷ NELSON, Timothy G., Annulment of International Arbitration Awards: The Orinoco Steamship Case Sails On, ASA Bulletin, Volume 28, No. 2, 2010, p. 212. [en línea] <http://www.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications2123_0.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].

El primer referente jurisprudencial en que esta causal de nulidad fue tratada con cierto detenimiento, sirviendo de base para la declaración de nulidad de parte del laudo en revisión, fue el laudo de revisión dictado por árbitros de la Corte Permanente de Arbitraje, en el caso *The Orinoco Steamship Company*²⁷⁸, en 1910, entre Estados Unidos y Venezuela²⁷⁹. En aquella oportunidad, la Corte Permanente de Arbitraje al dar inicio al procedimiento de revisión del laudo de 1905, del árbitro Barge, dejó constancia del hecho de que ambas partes, conforme a los antecedentes del caso, habían manifestado que la nulidad de un laudo en el derecho internacional, sólo tenía lugar en ciertas circunstancias, como en la hipótesis de ‘exceso de poder’ y ‘error esencial en el fallo’²⁸⁰. En este laudo de anulación parcial, este tribunal arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje, señaló que un laudo sólo podía ser anulado en base a la causal ‘exceso de poder’ (*excès de pouvoir*), que resultaba aplicable ya sea por haber sido decidida una cuestión no sometida al arbitraje o por haberse desconocido las disposiciones expresas del compromiso respecto de la forma en la cual el tribunal arbitral debe llegar a su decisión. Aunque en virtud del procedimiento de revisión del laudo del árbitro Barge, los árbitros de la Corte Permanente de Arbitraje lo dejaron casi intacto, la nulidad de la denegación del pago de ciertas deudas exigidas por los inversionistas estadounidenses fue fundada en la causal de exceso de poder²⁸¹.

Asimismo, el principio de nulidad de las sentencias dictadas en exceso de poder, con posterioridad a dicho antecedente, ha sido incorporado expresamente en algunos instrumentos internacionales como una causal de revisión de laudos. Ello sucede en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que establece el CIADI. Este tratado incluye la causal de nulidad del laudo por causa de exceso de

²⁷⁸ THE Orinoco Steamship Company Case (United States, Venezuela), 25 October 1910. United Nation Reports of International Arbitral Awards, Volume XI, pp. 227-241. [en línea] <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XI/227-241.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].

²⁷⁹ NELSON, op. cit. p. 205.

²⁸⁰ Doc. cit. p. 238. El tribunal arbitral de revisión expresamente indicó: ‘WHEREAS by the Agreement of February 13th 1909, both Parties have at least implicitly admitted, as vices involving the nullity of an arbitral decision, excessive exercise of jurisdiction and essential error in the judgment (exceso de poder y error esencial en el fallo) ; [...]’.

²⁸¹ Doc. cit. p. 239. En relación a las hipótesis que pueden verse comprendidas en la causal de nulidad de exceso de poder, el tribunal arbitral de revisión específicamente señaló: ‘WHEREAS excessive exercise of power may consist, not only in deciding a question not submitted to the Arbitrators, but also in misinterpreting the express provisions of the Agreement in respect of the way in which they are to reach their decisions, notably with regard to the legislation or the principles of law to be applied; [...]’.

poder, en su artículo 52, párrafo 1, letra b)²⁸², y la misma situación se presenta respecto de las Reglas modelo para el procedimiento arbitral, adoptadas el 1958, de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, donde se incluyó el ‘exceso de poder del tribunal’ como una de las causales de nulidad que permitirían a cualquiera de las partes objetar la validez de un laudo.²⁸³ La jurisprudencia generada con ocasión de los arbitrajes Estado-inversionista bajo la institucionalidad del CIADI, ha hecho aplicación de este principio en reiteradas oportunidades. En la jurisprudencia de este sistema, en términos generales, se ha estimado que el tribunal arbitral ha actuado con exceso de poder cuando manifiestamente carece de jurisdicción conforme lo exige el artículo 25, párrafo primero, de la Convención que crea el CIADI²⁸⁴. Una determinación de esta naturaleza fue la que se obtuvo en el procedimiento de revisión del laudo *Mitchell v. Democratic Republic of Congo*²⁸⁵, al estimarse que en la controversia no se satisfacía el requisito de ‘inversión’, requerido por dicha disposición. Asimismo, la jurisprudencia en otros casos ha permitido concluir que el exceso de poder no se limita a acciones que afirmativamente escapan a los límites jurisdiccionales establecidos al tribunal arbitral, sino que también comprende las omisiones en el ejercicio de una jurisdicción que aquél posee bajo los instrumentos respectivos²⁸⁶⁻²⁸⁷.

²⁸² CONVENCIÓN sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Artículo 52, párrafo 1, letra b): ‘(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; [...]’.

²⁸³ RÈGLES Modèles pour la procédure arbitrale. ‘Article 35. La validité d’une sentence peut être contestée par toute partie pour l’une ou plusieurs des raisons suivantes :a) Excès de pouvoir du tribunal; [...]’

²⁸⁴ NELSON, op. cit. p. 222.

²⁸⁵ *Mitchell v. Democratic Republic of Congo*, N° ARB/99/7 Decision on annulment, p. 25, 34-41, 45-48 (ICSID ad hoc committee 2006). Al igual que otros antecedentes jurisprudenciales de anulación en el sistema del CIADI, esta revisión fue criticada por ser contraria al principio de no apelabilidad de las sentencias internacionales, y también por considerar algunas opiniones que el comité de revisión adoptó una interpretación demasiado rígida del término bajo el artículo 25 párrafo 1. Cit. en NELSON, op. cit. p. 222.

²⁸⁶ NELSON, op. cit. p. 223. En este sentido, se cita el laudo ‘*Vivendi y Malasian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malasia*’, N° ARB/05/10.

²⁸⁷ Pese a que en las citas jurisprudenciales del CIADI que hemos presentado ha sido desarrollada la temática del principio de la nulidad de la sentencia dictada en exceso de poder, existen casos de revisión anteriores dentro de dicho sistema en los que este principio ya había sido tratado. El primer antecedente jurisprudencial del CIADI, de un procedimiento de revisión donde se acogió la causal de exceso de poder, correspondió al caso *Klöckner v. Camerún (Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. Cameroon, N° ARB/81/2, Decision on annulment (ICSID ad hoc comm.. May 3, 1985). 63-79, 179.*), seguido por el caso *Amco v. Indonesia (Amco Asia Corp. v. Indonesia, N° ARB/81/1, Decision on annulment, p. 23, reprinted in ICSID Reports 509, 515 (ICSID ad hoc comm.. May 16, 1986))*, cuyo laudo también fue sometido a procedimiento de revisión, siendo aceptada la causal de exceso de poder respecto del laudo arbitral. Cabe

Por su lado, la doctrina también se ha referido al exceso de poder como una causal de invalidez de las sentencias internacionales. En este sentido, Gaetano Morelli resume la temática del exceso de poder señalando que ésta sería una causal de invalidez correspondiente a dos hipótesis. En primer lugar, podría tratarse de la incompetencia del juez, y en segundo lugar la invalidez de la decisión podría estar dada, en aquellos casos en que se ha establecido una norma general que entrega a la resolución de un juez una determinada categoría de controversias, por la falta de correspondencia de la decisión con el acto introductorio del proceso, que determina el conflicto específico que se somete a la decisión del juez. La invalidez de la sentencia en cualquiera de estos casos puede ser invocada por cualquiera de las partes, en todo momento, siempre y cuando no haya operado la aceptación expresa o tácita del fallo (acquiescement).²⁸⁸

Si bien el principio de nulidad de la sentencia dictada en exceso de poder no ha sido expresamente referido por el Órgano de Apelación, éste le ha dado aplicación al analizar si las conclusiones incluidas por los grupos especiales en sus informes, se encontraban o no comprendidas dentro del mandato que les había sido conferido por las partes, lo que se puede observar en el informe del Órgano de Apelación en el caso ‘Estados Unidos — Determinados productos procedentes de las CE’:

‘Habiendo constatado que la Medida del 3 de marzo es la medida en litigio en la presente diferencia y que la medida del 19 de abril no está comprendida en su mandato, el Grupo Especial debería haber limitado su razonamiento a las cuestiones que eran pertinentes a la Medida del 3 de marzo. Al formular declaraciones sobre una cuestión que sólo era pertinente a la medida del 19 de abril, el Grupo Especial no siguió la lógica de su propia constatación sobre la medida en litigio en la presente diferencia y, en consecuencia, no actuó de manera coherente con esa constatación. Por lo tanto, el Grupo

notar que ambos laudos de revisión fueron objeto de críticas debido al modo en que fue aplicada la causal de nulidad en comento, al estimarse que esta surgía por una omisión del tribunal en la aplicación del derecho apropiado, establecido en el artículo 42 de la Convención de 1965, y fueron señalados como contrarios al principio de no apelabilidad de las sentencias internacionales. Ambos casos citados en NELSON, op. cit. p. 219, 220 y 223.

²⁸⁸ MORELLI, Gaetano. La théorie générale du procès international. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 61, 1937: Martinus Nijhoff Publishers, p. 76. [en línea] <http://books.google.cl/books?id=nbsnLWH_hv8C&pg=PA328&lpg=PA328&dq=nullit%C3%A9s+des+sentences+internationales&source=bl&ots=4P3rIgoT2k&sig=o2JDkfgS8qTkCPXzr-1JJR8P4Y&hl=es&sa=X&ei=dx3RT8mgHZKi8gSvzMEV&ved=0CFMQ6AEwAA#v=onepage&q=nullit%C3%A9s%20des%20sentences%20internationales&f=false> [consulta: 7 de julio de 2012].

Especial incurrió en error al formular declaraciones que se refieren a una medida que, como lo había determinado él mismo previamente, no estaba comprendida en su mandato.

Por estas razones, llegamos a la conclusión de que el Grupo Especial incurrió en error al formular las declaraciones que figuran en los párrafos 6.121 a 6.126 de su informe con respecto al mandato de los árbitros nombrados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Por consiguiente, estas declaraciones del Grupo Especial no tienen efectos jurídicos.²⁸⁹

Como queda de manifiesto de la lectura de esta jurisprudencia, el Órgano de Apelación determina que las declaraciones del grupo especial fuera de su mandato, carecen de efectos jurídicos. Conclusión en la que subyace el principio de nulidad de la sentencia dictada en exceso de poder, conforme al cual las decisiones o declaraciones pronunciadas por un tribunal carente de la competencia necesaria para dictarlas, son inválidas y no producen los efectos jurídicos que les correspondería. Dado que esta cita jurisprudencial del Órgano de Apelación no declara la nulidad de la totalidad del fallo, claramente la parte del mismo que excede del mandato conferido al grupo especial es declarada ineficaz, estimándose el resto de los razonamientos sostenibles y válidos, siguiendo con ello el principio divisibilidad de la sentencia afectada por una causal de nulidad. Asimismo, se observa que de acuerdo a los planteamientos de Gaetano Morelli, la nulidad acogida en este informe corresponde no a un caso de incompetencia, sino a la hipótesis de invalidez de la sentencia cuyo contenido no se condice con el acto introductorio del procedimiento –en este caso, una informe cuyas constataciones y conclusiones exceden o no coinciden con el mandato del grupo especial-.

²⁸⁹REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas, WT/DS165/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafo 89-90. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/m3_s.htm#M.3.2>. [consulta: 7 de julio de 2012].

IV. VIGILANCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES DEL OSD

4.1 Objetivo de la etapa de vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del ESD

Una vez que el OSD adopta un informe, comienza una etapa del procedimiento previsto en el ESD destinada a obtener la aplicación de las “recomendaciones y resoluciones” dirigidas al miembro que ha sido vencido y declarado en incumplimiento de las disposiciones de los acuerdos abarcados indicados por el reclamante.

El OSD dirige estas recomendaciones y resoluciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación a la parte vencida, cuando la controversia ha correspondido a una reclamación por infracción que haya sido constatada en los informes de estos órganos. De este modo, tratándose de esta clase reclamación, las recomendaciones y resoluciones corresponden a una exhortación formal al miembro vencido para que modifique las medidas de política comercial, calificadas por los órganos jurisdiccionales de la OMC como contrarias a los acuerdos abarcados y las ponga en conformidad con éstos. Si la reclamación no se fundó en una infracción a los acuerdos abarcados, el OSD únicamente instará a las partes de la controversia a buscar un ajuste mutuamente satisfactorio.

El miembro perdedor deberá informar al OSD si es o no factible para su Estado cumplir inmediatamente las recomendaciones o resoluciones que se le han formulado, en una reunión que el OSD celebrará dentro de los 30 días siguientes a la adopción del informe de que se trate. Si el cumplimiento inmediato no es posible, será necesario establecer un “plazo prudencial” dentro del cual el miembro vencido deberá explicar esta situación. Para ello, el ESD establece los procedimientos que revisaremos a continuación.

4.2. Determinación del “plazo prudencial” para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

Como referimos en el título anterior, luego de que es adoptado un informe donde se ha constatado una infracción a las disposiciones de los acuerdos abarcados señaladas por el reclamante, corresponderá al miembro vencido indicar si podrá o no dar cumplimiento inmediato a las recomendaciones del grupo especial y el Órgano de Apelación en sus informes. Si ello no fuere posible, el ESD establece que deberá concederse a la parte vencida un “plazo prudencial” dentro del cual deberá implementarlas²⁹⁰. El plazo prudencial que se otorgará al miembro vencido deberá ser determinado de alguno de los siguientes modos:

- a. A proposición del miembro vencido, siempre que éste plazo sea aprobado por el OSD;
- b. De común acuerdo entre las partes de la controversia, dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones o resoluciones;
- c. Finalmente, si no ha sido posible establecer el plazo prudencial por ninguno de los mecanismos anteriores, será determinado mediante un arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones de los órganos jurisdiccionales. En este caso, si las partes no pueden ponerse de acuerdo en la designación del árbitro dentro de un plazo de 10 días después de haber decidido someter la determinación del plazo prudencial a arbitraje, el árbitro será designado por el Director General de la OMC, en un plazo de 10 días, después de consultar con las partes.

Esta última hipótesis corresponde a aquélla en que el ESD ha previsto el arbitraje como un procedimiento de carácter incidental y forzoso. En esta situación, el arbitraje se encuentra destinado a suplir la falta de aprobación por parte del OSD respecto del plazo propuesto por el miembro vencido, o la falta de acuerdo entre las partes respecto del mismo.

²⁹⁰ ESD, artículo 21, párrafo 3.

En cuanto a la duración que puede tener el plazo prudencial, el ESD no establece un plazo máximo dentro del cual el miembro vencido deberá dar cumplimiento a las resoluciones o recomendaciones de los informes adoptados, pero sí establece principios a tener en cuenta para su determinación, y criterios temporales a ser considerados en esta tarea.

En primer lugar, en esta materia, el artículo 21 párrafo 1 del ESD, señala como principio rector que es “esencial el pronto cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD”. Sin embargo, el ESD también incluye un criterio mucho más específico²⁹¹, dirigido especialmente al árbitro a quien corresponda determinar el plazo prudencial. En este tipo de arbitraje, el árbitro ha de tener como “directriz” que el plazo no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación. Este término máximo es referencial, ya que podrá ser superior o inferior atendidas las circunstancias del caso, lo cual no impide a las partes de la controversia acordar un plazo prudencial más extenso que 15 meses desde que haya sido adoptado el informe respectivo.

4.3 Etapa de vigilancia de la aplicación de las resoluciones y recomendaciones formuladas por el OSD

Dado que uno de los objetivos del sistema multilateral de comercio de la OMC es que los miembros de la organización efectivamente apliquen las disciplinas comerciales acordadas durante la Ronda de Uruguay, el ESD no sólo ha contemplado mecanismos de solución de controversias destinados a determinar si se han producido o no infracciones de las mismas por parte de los miembros, sino también una etapa de vigilancia de la aplicación efectiva de las resoluciones y recomendaciones contenidas en los informes adoptados, en virtud de los cuales se dio por resuelta una controversia. Así, luego de la etapa de la determinación del plazo prudencial para implementar las recomendaciones y resoluciones de los informes, los miembros de la OMC, por medio del OSD, seguirán pendientes del curso del diferendo.

²⁹¹ ESD, artículo 21 párrafo 3, letra c).

En orden a que el OSD realice el seguimiento de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones que dirigió al miembro vencido, la implementación de los informes será uno de los temas incluidos en la orden del día de la reunión que celebre el OSD seis meses después de la fecha en que se haya establecido el período prudencial y se mantendrá en la orden del día de sus reuniones hasta que se resuelva²⁹². Para ello, el miembro vencido deberá presentar al OSD un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones, por lo menos 10 días antes de cada una de aquellas reuniones. Asimismo, la cuestión del cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD, podrá ser planteada por cualquier miembro de la OMC, y en cualquier momento después de su adopción²⁹³.

El monitoreo sobre la implementación de las recomendaciones formuladas en los informes no descansa solamente en una revisión periódica formal de los avances, sino también en el evaluación de la aptitud de las actuaciones adoptadas por el miembro vencido para dar cumplimiento a las recomendaciones que le fueron formuladas en el informe respectivo. Por ello, a continuación nos referiremos al procedimiento de examen del cumplimiento previsto por el ESD.

4.4 “Procedimiento del grupo especial sobre el cumplimiento”, o “examen del cumplimiento”

Una vez que ha comenzado a transcurrir el plazo prudencial, y que el Estado miembro de la OMC a quien han sido dirigidas las resoluciones y recomendaciones formuladas en el informe adoptado respectivo, ha comenzado a ejecutar actuaciones para implementarlas, se pueden suscitar desacuerdos entre el miembro vencido y el reclamante vencedor, respecto de si las actuaciones que ha comenzado a implementar el primero efectivamente son aptas para dar cumplimiento a las resoluciones y recomendaciones que le fueron formuladas, o sobre si dichas medidas son o no compatibles con los acuerdos abarcados.

²⁹² Doc. cit., párrafo 6.

²⁹³ *Ibíd.*

El artículo 21 párrafo 5 del ESD prevé un procedimiento destinado a solucionar los conflictos que se originen entre las partes de la controversia, acerca de si las medidas aplicadas por el miembro vencido sirven o no para dar cumplimiento a las resoluciones y recomendaciones del informe adoptado. Esta disposición prevé que este tipo de controversias será solucionado por el mismo grupo especial que conoció de la reclamación, si ello fuere posible. El grupo especial deberá distribuir su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto, y podrá presentarlo con posterioridad a dicho término informando por escrito al OSD de los motivos de su retraso, y del plazo dentro del cual le será posible entregar el informe.

Los informes de los grupos especiales que se pronuncian sobre el cumplimiento son susceptibles de ser apelados, y en realidad, la apelación es un recurso utilizado con bastante frecuencia²⁹⁴.

²⁹⁴ ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio. Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC, Editions Yvon Blais: 2004, p. 101

V. COMPENSACIÓN Y SUSPENSIÓN DE CONCESIONES

La etapa de vigilancia de la aplicación de las resoluciones y recomendaciones que el OSD formuló al miembro vencido ante la reclamación entablada por otro, se encuentra destinada a lograr que el Estado demandado y vencido en una reclamación en que existe infracción, adopte las medidas internas necesarias para no continuar infringiendo las disciplinas comerciales de los acuerdos abarcados que el grupo especial, y el Órgano de Apelación si fuere el caso, consideraron vulneradas por el miembro demandado. Dichas medidas deben ser implementadas por el Estado vencido dentro del “plazo prudencial” que haya sido establecido con ese propósito. Además, hemos señalado que existe un procedimiento destinado a resolver las disputas que puedan tener lugar entre las partes de la controversia, en torno a si las medidas que el miembro vencido ha adoptado efectivamente dan cumplimiento a las recomendaciones del OSD, o si respetan o no los acuerdos abarcados.

Como resulta lógico, puede ocurrir que a pesar de que el plazo prudencial haya transcurrido íntegramente, el miembro vencido, por los más diversos motivos, no haya dado cumplimiento a las resoluciones y recomendaciones formuladas por los órganos jurisdiccionales en los informes respectivos. Previendo esta posibilidad, el ESD establece que el reclamante vencedor tiene derecho a recurrir a dos tipos de medidas temporales destinadas en último término a lograr que el miembro vencido revierta las medidas de política comercial declaradas como una infracción a los acuerdos abarcados por los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Las medidas previstas por el ESD, aplicables en caso de que el miembro vencido no implemente las recomendaciones que le fueron formuladas, son la compensación y la suspensión de obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados²⁹⁵. La aplicación de ambos tipos de medidas también quedará sometida a la vigilancia del OSD, y se encuentran reguladas en el ESD del modo que se expone a continuación.

²⁹⁵ Op. cit. p. 102

5.1 La compensación y suspensión de concesiones

La compensación y la suspensión de concesiones son medios de presión o sanción recogidos en el artículo 22 del ESD. Estas medidas encuentran su fundamento en la teoría general de las contramedidas, la cual permite al sujeto afectado por el hecho ilícito internacional de otro, la utilización de medios perjudiciales para el infractor con el objetivo de restaurar el respeto por el derecho²⁹⁶. Ello explica que las llamadas reclamaciones sin infracción, al no estar basadas en un hecho ilícito internacional, sigan un régimen jurídico distinto. El ESD regula la oportunidad y el procedimiento para que un reclamante solicite la aplicación de cada una de estas medidas.

El reclamante podrá hacer uso de estas medidas de manera sucesiva, pasando en primer lugar por la compensación, y luego por la suspensión de concesiones. Ésta sólo podrá ser solicitada al OSD después de que las negociaciones tendientes a acordar una compensación hayan sido infructuosas, o luego de que haya transcurrido un determinado lapso de tiempo contado desde el vencimiento del plazo prudencial fijado.

El ESD enfatiza que la solución óptima cuando han sido formuladas recomendaciones a un miembro en virtud de un informe adoptado de los órganos jurisdiccionales de la OMC, es que el miembro vencido implemente dichas recomendaciones, estableciendo expresamente que “ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados”²⁹⁷. Por lo tanto, ni la compensación ni la suspensión de concesiones son medidas cuya aplicación sea privilegiada por el ESD, sino que corresponden a un recurso de *ultima ratio* dentro del sistema multilateral de comercio, únicamente destinados a incentivar al miembro vencido a implementar las recomendaciones que le fueren formuladas.

Esta preferencia por la implementación de las recomendaciones en lugar de la aplicación de las sanciones previstas en el ESD, queda ilustrada por el hecho de que estas medidas tienen un

²⁹⁶ MONTAÑA Mora, Miquel. La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT, Editorial MacGraw Hill, Madrid: 1997, p. 144.

²⁹⁷ ESD, artículo 22, párrafo 1.

carácter temporal, al disponer el ESD que “La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado”²⁹⁸.

Finalmente, cabe notar que la labor de vigilancia, que practica el OSD, de la implementación de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados, también incluye el monitoreo del curso de la compensación y la suspensión de concesiones, en los casos en que se haya acordado una compensación o haya sido solicitada la suspensión de concesiones por la parte reclamante.

5.2 La compensación: medida de inducción al cumplimiento, beneficiosa para el sistema multilateral de comercio

La compensación es una medida que sólo podrá tener lugar de manera voluntaria, y negociada entre las partes de la controversia²⁹⁹. Esta medida será procedente si el miembro vencido no procede a modificar aquella medida declarada por el informe respectivo como contraria a los acuerdos abarcados, o cuando no cumpla de cualquier otra manera con lo resuelto en el informe respectivo. La compensación dentro del sistema de la OMC, a diferencia de lo que ocurre en el derecho internacional público general, donde corresponde a una medida de reparación pecuniaria, implica el levantamiento de barreras al comercio –como las reducciones arancelarias o incrementos en las cuotas de importación- por la parte perdedora³⁰⁰.

Se ha entendido generalmente que la compensación en la OMC debe ser ofrecida no sólo al reclamante vencedor, sino que a todos los miembros de la OMC. Los acuerdos de compensación, de este modo, funcionan para sustentar los principios de libre comercio, y son beneficiosos a largo plazo, no sólo para el miembro vencedor en la reclamación, sino también para todos los

²⁹⁸ ESD, artículo 22 párrafo 1.

²⁹⁹ *Ibíd.*

³⁰⁰ PAUWELYN, Joost. “Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules - Toward a More Collective Approach”, 94 AJIL 335 (2000), p. 337. [en línea] <<http://www.asil.org/ajil/v94335.pdf>> [Consulta: 18 de junio de 2012]

miembros de la OMC. No obstante, dado que el miembro vencedor debe aceptar no sólo el hecho de ser compensado, sino también el monto específico de la compensación, y al mismo tiempo la compensación debe ser aprobada por el miembro hallado en infracción de los acuerdos abarcados, ésta raramente se produce³⁰¹.

En relación a la oportunidad en que la compensación podrá ser solicitada, podrá serlo en la misma fecha en que expire el plazo prudencial. Se encuentran autorizadas a pedirla al miembro vencido “cualesquiera de las partes que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias”³⁰². De este modo, si el reclamante así lo requiere, el demandado deberá iniciar negociaciones a fin de convenir “una compensación mutuamente aceptable”, aún cuando el hecho de llegar a un acuerdo dependa primordialmente del miembro vencido.

Las negociaciones destinadas a lograr una compensación mutuamente aceptable para el demandado y la parte reclamante que la solicita, sólo podrán extenderse durante los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. Si de estas negociaciones nada se obtiene, la o las partes reclamantes quedarán habilitadas para continuar exigiendo el cumplimiento de las recomendaciones del OSD, por medio de la suspensión de concesiones.

5.3 La suspensión de concesiones: último recurso para obtener el cumplimiento

La suspensión de concesiones corresponde a una medida que en el derecho internacional público usualmente se conoce como “retorsión”. La retorsión³⁰³ se define como una medida lícita que un Estado utiliza para contrarrestar una medida ilícita de otro Estado.

Dentro del sistema de solución de controversias de la OMC, la suspensión de concesiones corresponde al último recurso cuya aplicación un reclamante puede solicitar para exigir del miembro vencido la implementación de las recomendaciones de los informes de los órganos

³⁰¹ *Ibíd.*

³⁰² ESD, artículo 22, párrafo 2.

³⁰³ BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*, Santiago, Conosur, 2007, p. 165.

jurisdiccionales de esta organización. Por ello, no es una medida que el reclamante pueda aplicar de manera unilateral, sino que su aplicación deberá ser autorizada –en base a la regla del consenso en contrario-, y supervisada por el OSD. La autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados puede ser solicitada por cualquiera de las partes reclamantes del procedimiento respectivo, en relación al miembro vencido cuyas medidas fueron declaradas contrarias a dichos acuerdos. De este modo, y en virtud de la regla del consenso en contrario que resulta aplicable a la aprobación de las solicitudes de aplicación de suspensión de concesiones, lo que deberá hacer la parte reclamante para obtener autorización para aplicar retorsiones comerciales, es solicitarla³⁰⁴.

Una importante materia en relación a la suspensión de concesiones es la forma en que debe ser determinada la suspensión de concesiones que se aplicará en un caso concreto ¿En qué ámbito o área del comercio habrán de ser aplicadas? ¿Cuál será el nivel de suspensión que podrá implementar el reclamante? El ESD establece ciertos principios para determinar el área en que será lícito aplicar una retorsión, y un límite en cuanto al nivel que podrá alcanzar la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Criterios que el reclamante deberá tener en cuenta al presentar su solicitud de suspensión de concesiones al OSD. Si el reclamante no observa los principios y límites que el ESD establece para aplicar la suspensión, el demandado podrá impugnar la solicitud y pedir que el reclamante adecúe a ellos la suspensión que solicita.

Los principios a los cuales tendrá que sujetarse el reclamante para determinar el área en la cual aplicará la retorsión, son los siguientes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21, párrafo tercero:

- a. En primer lugar, deberá tratar de aplicar la suspensión de concesiones en obligaciones relativas al mismo sector en que el informe de los órganos resolutorios hayan constatado una infracción u otra anulación o menoscabo³⁰⁵.

³⁰⁴ MONTAÑA Mora, Miquel. La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT, Editorial MacGraw Hill, Madrid: 1997, p. 144.

³⁰⁵ ESD, artículo 21, párrafo tercero, letra a).

- b. En su defecto, si una retorsión conforme a la regla precedente fuere ineficaz o impracticable para la reclamante, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores, en el marco del mismo acuerdo en que haya sido constatada la infracción o una anulación o menoscabo³⁰⁶.
- c. Finalmente, si ninguna de las retorsiones señaladas anteriormente resultare eficaz o practicable para la reclamante, podrá suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado³⁰⁷.

Como señalamos, la suspensión no es una medida que el reclamante pueda adoptar de manera unilateral dentro del sistema de la OMC; existen también otros límites a los cuales la parte reclamante deberá circunscribir la suspensión de concesiones. Por un lado “el nivel de la suspensión” deberá ser equivalente al nivel de anulación o menoscabo que haya ocasionado la medida declarada incompatible con el acuerdo abarcado en que se haya fundado la reclamación³⁰⁸. Y por otro, si un acuerdo abarcado prohíbe la suspensión de concesiones, el OSD no podrá autorizar aquella suspensión expresamente prohibida por el acuerdo abarcado³⁰⁹.

Atendidos estos límites, el demandado contra quien se solicite la suspensión podrá objetar tanto el nivel de suspensión de concesiones pretendido por la reclamante, así como que su solicitud de suspensión no se ciñe a los principios establecidos en artículo 21 del ESD. Si el demandado efectivamente opta por oponerse a la solicitud de suspensión en base a alguna de estas hipótesis, la cuestión será sometida a arbitraje, en lo posible, a cargo del mismo grupo especial que haya conocido del asunto, y en su defecto, al conocimiento de un árbitro nombrado por el Director General. Así, el ESD permite a la parte vencida controlar que la elección de concesiones y obligaciones realizada por la parte reclamante se ajuste a los principios referidos³¹⁰.

³⁰⁶ Doc. cit., letra b).

³⁰⁷ Doc. cit., letra a).

³⁰⁸ ESD, artículo 22, párrafo 4.

³⁰⁹ ESD, artículo 22, párrafo 5.

³¹⁰ MONTAÑA Mora, M. La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT, Editorial MacGraw Hill, Madrid: 1997, p. 146.

El ámbito de competencia otorgado a este tribunal arbitral, ha sido bien delimitado por el ESD, correspondiéndole únicamente³¹¹:

- a. En principio, sólo debería determinar si el nivel de la suspensión es equivalente al nivel de anulación o menoscabo ocasionado por el demandado.
- b. Deberá determinar si la suspensión de concesiones está permitida por el acuerdo respectivo.
- c. Si el demandado alega que la reclamante no siguió los principios y procedimientos del artículo 21 párrafo tercero, el árbitro deberá examinar esta reclamación.

La decisión del tribunal arbitral no es susceptible de revisión y las partes deberán aceptarla. Este fallo será informado sin demora al OSD. El OSD otorgará la autorización que el reclamante solicite con el objeto de suspender concesiones y otras obligaciones, si dicha solicitud se ajusta a lo dictaminado por el tribunal arbitral. La solicitud de suspensión de concesiones presentada por el reclamante sólo podrá ser desestimada si el OSD así lo decide por consenso. Si mediante el arbitraje se determina que la solicitud de suspensión presentada por el reclamante no observó los principios del artículo 21 párrafo 3, deberá aplicar dichos principios al presentar su solicitud al OSD, una vez finalizado el arbitraje.

Una vez que la reclamante obtenga la autorización para suspender concesiones ¿Por cuánto tiempo podrá aplicar esta medida? El artículo 21 párrafo 8 del ESD, pone de relieve la temporalidad de esta medida, indicando que sólo podrá ser aplicada hasta que:

- a. El demandando haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado,
- b. El miembro que deba cumplir las recomendaciones y resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de una ventaja,
- c. Las partes de la controversia lleguen a una solución mutuamente convenida.

Frente a estos mecanismos de incentivos a la implementación y vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados de los grupos especiales y del

³¹¹ ESD, artículo 22, párrafo 7.

Órgano de Apelación, se ha puesto de relieve que las elaboradas normas establecidas por el ESD para regular la etapa de aplicación de las recomendaciones, se encuentran un paso adelante tanto de la Corte Internacional de Justicia como de otros mecanismos internacionales destinados a inducir el cumplimiento de las sentencias internacionales, ubicándose como uno de los mecanismos de ejecución de fallo internacionales más desarrollados en el derecho internacional³¹².

No obstante ello, se ha cuestionado la efectividad de establecer la suspensión de concesiones como el último recurso destinado a inducir la aplicación de las recomendaciones, por parte del miembro vencido, destacándose que esta medida únicamente logra este efecto cuando el miembro reclamante vencedor que le da aplicación, cuenta con un poder económico desproporcionadamente mayor al del miembro vencido. En cambio, en una situación inversa, en que el miembro débil es el reclamante y busca que la recomendación sea implementada, y eliminada en consecuencia la medida de política comercial contraria a los acuerdos de la OMC, a través de una suspensión de concesiones respecto de un miembro poderoso, la aplicación de la misma se torna muy difícil y en estos casos, aún cuando eventualmente se produzca la aplicación, los sectores económicos interesados del miembro más débil ya se habrán visto forzados a abandonar la actividad económica, debido a las barreras comerciales impuestas por el miembro vencido.

Asimismo, se ha observado que la medida de suspensión de concesiones, como una de las sanciones previstas por el sistema multilateral de comercio de la OMC, sólo ofrece una reparación en miras a la situación futura del miembro o miembros reclamantes, y no contempla una reparación de los daños ocasionados en el pasado, a causa de la medida contraria a los acuerdos abarcados³¹³. Reparación que sí se aborda en el derecho internacional público general, como ocurre cuando la Corte Internacional de Justicia dictamina en un fallo que un Estado ha violado una obligación de derecho internacional, en vista de lo cual el Estado responsable deberá cesar el acto ilícito internacional y reparar el daño ocasionado.

³¹² PAUWELYN, Joost. "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules - Toward a More Collective Approach", 94 AJIL 335 (2000), p. 331. [en línea] <<http://www.asil.org/ajil/v94335.pdf>> [Consulta: 18 de junio de 2012]

³¹³ Op. cit. p. 339

A fin de superar el énfasis que la regulación de la etapa de cumplimiento de la OMC ha dado a la suspensión de concesiones –inefectiva para inducir al cumplimiento de las recomendaciones por parte de todos los miembros-, se pone de relieve la necesidad de afianzar la concepción de las disposiciones de la OMC como creadoras de obligaciones jurídicas internacionales, integrantes del orden público internacional, para cuya efectiva observancia por parte de los miembros de la OMC requiere de un mecanismo de aplicación más colectivo; es decir, que involucre a todos los miembros de la OMC y no únicamente a las partes de la controversia. Además, se hace necesario fortalecer el mecanismo de compensación, que a diferencia de la suspensión de concesiones se encuentra en armonía con el sistema de libre comercio que establece la OMC, haciéndolo obligatorio y automático en la forma y circunstancias que el ESD hace procedente la suspensión de concesiones, y previendo respecto a la compensación la misma posibilidad de discutir sobre su nivel o monto, a través de un arbitraje, establecida en el ESD para debatir acerca el nivel de suspensión de concesiones.³¹⁴

³¹⁴ Op. cit. p. 338-347

CONCLUSIONES

En la presente memoria se han expuesto las características más importantes del sistema de solución de controversias de la OMC, establecido luego de haber concluido la Ronda de negociaciones comerciales de Uruguay. Este sistema de solución de controversias fue concebido e instaurado a fin de superar las principales dificultades que surgieron en esta materia durante la vigencia del GATT de 1947, y de facultar a cada uno de los miembros de la OMC para exigir de todos los demás el cumplimiento de las obligaciones comerciales multilaterales acordadas por ellos al momento de crear esta organización internacional y de adoptar los tratados celebrados en el marco de las negociaciones de la Ronda de Uruguay.

Este sistema de solución de controversias internacionales cuenta tanto con caracteres comunes a los de otros mecanismos de solución de diferendos internacionales, así como con rasgos únicos, correspondientes a innovaciones en este ámbito del derecho internacional público general. En este sentido, el sistema de solución de controversias contencioso regulado en el ESD es el único en el mundo que ha incorporado un Órgano de Apelación, destinado a velar por una correcta aplicación de las normas jurídicas de los acuerdos abarcados de la OMC, y del derecho internacional público general, que hayan sido empleadas por los grupos especiales para decidir sobre una determinada controversia. Además, es el único que ha regulado en detalle la etapa de aplicación de las recomendaciones y resoluciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, que hayan alcanzado fuerza jurídica en virtud de su adopción por el OSD. A dicho efecto, el ESD establece un sistema de vigilancia y de sanciones destinados a lograr en definitiva el cumplimiento de las recomendaciones formuladas al miembro vencido y declarado en infracción de alguna de las disposiciones de los acuerdos abarcados.

Asimismo, los mecanismos regulados en el ESD garantizan a todos los miembros de la OMC el acceso a un procedimiento de solución de controversias jurisdiccional –a cargo de los grupos especiales y del Órgano de Apelación- cuando las consultas y la negociación directa entre dos o más de ellos no concluye con un resultado satisfactorio para el o los reclamantes que consideran que una o más de las disposiciones de los acuerdos abarcados están siendo infringidas por otro

de los miembros, y que se les ha ocasionado un menoscabo o anulación de las ventajas y derechos que le correspondían en virtud de dichas disposiciones. Además, el ESD también asegura a sus miembros que los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD, y en consecuencia, llegarán a ser jurídicamente vinculantes, y que sus solicitudes de suspensión de concesiones también serán aprobadas por este órgano, cuando ello sea procedente. Todo lo anterior, gracias al establecimiento de la regla del consenso en contrario, aplicable a la adopción de las decisiones del OSD en esas materias.

Una de las particularidades del mecanismo establecido en el ESD es que la actividad de solución de controversias ha sido radicada en tres órganos –los grupos especiales, el Órgano de Apelación y el OSD-. Así, mientras los dos primeros son los que efectivamente deben elaborar pronunciamientos en virtud de los cuales se dará por resuelto el diferendo, evaluando los hechos en base a las normas de derecho internacional de la OMC y del derecho internacional público general, la participación del OSD durante estos procedimientos se extiende exclusivamente a la adopción de diversas decisiones autorizando ciertos actos. Entre dichas decisiones destacan por su relevancia dentro de los procedimientos, aquella que autoriza el establecimiento de un grupo especial, la que adopta un informe de los grupos especiales o del Órgano de Apelación, así como aquella en virtud de la cual se autoriza la suspensión de concesiones respecto del miembro vencido ante una reclamación en que existe infracción. En todos estos casos, las decisiones son adoptadas por el OSD empleando la regla del consenso en contrario que tiene como efecto que la adopción de estas decisiones sea casi automática, resultando prácticamente imposible que las mismas no sean adoptadas por este órgano. No obstante ello, y aún cuando el OSD no tiene ninguna facultad jurisdiccional que le permita participar en la actividad de resolución de controversias propiamente dicha, los informes no alcanzarán un estatus jurídico vinculante para las partes de controversia, si no pasan por el procedimiento de adopción previsto en el ESD.

Atendida esta circunstancia, surge la pregunta acerca de cuál es la verdadera naturaleza de las funciones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación, y en consecuencia, cuál es el valor jurídico de que se encuentran revestidos dichos informes. En primer lugar, se analizó la naturaleza de las funciones desempeñadas por los grupos especiales y el Órgano de Apelación, centrándonos en las características de sus órganos adjudicativos, y enseguida las funciones que les fueron encomendadas por el ESD, a la luz de diversos planteamientos doctrinarios acerca del

concepto de jurisdicción. Con base en este análisis se puede concluir que son los grupos especiales y el Órgano de Apelación, más allá de las características que los puedan aproximar más o menos a órganos de carácter arbitral o judicial conocidos en el esquema preexistente a la OMC, dentro del derecho internacional público, los órganos a los cuales el ESD ha entregado facultades jurisdiccionales. Así, el hecho de que los grupos especiales cuenten con características que los acercan tanto a órganos de carácter arbitral, o el hecho de que el Órgano de Apelación haya sido concebido con una fisonomía típica de los órganos judiciales, no altera la circunstancia de que el ESD, en virtud de sus artículos 11 y 17 párrafos 6 y 13, ha conferido a estos órganos la facultad de dictar pronunciamientos en virtud de los cuales, una vez que sean adoptados por el OSD, se tendrá por resuelta de manera definitiva la controversia de que se trate, aplicando las normas de los acuerdos de la OMC y del derecho internacional público general.

No obstante lo anterior, conforme a las definiciones de jurisdicción examinadas, las decisiones pronunciadas por los órganos dotados de jurisdicción se caracterizan por ser obligatorias y finales para las partes, es decir, se encuentran revestidas del efecto de cosa juzgada directamente, y sin necesidad de aprobación ulterior de otro órgano. En vista de ello, podría cuestionarse la conclusión relativa a que los grupos especiales y el Órgano de Apelación efectivamente se encuentren dotados de facultades jurisdiccionales, toda vez que sus pronunciamientos –sus informes, que contienen recomendaciones y resoluciones dirigidas al miembro vencido- únicamente alcanzan fuerza jurídica vinculante cuando han sido adoptados por una decisión del OSD –aún cuando dicha decisión sea casi automática, y no permita a sus integrantes introducir modificaciones en ellos-.

Frente a esta dificultad técnica que se presenta para asegurar que los grupos especiales y el Órgano de Apelación efectivamente ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional, hay autores que han planteado que en este punto resulta fundamental tener en cuenta que, aún cuando el ESD no defina los pronunciamientos de estos órganos como ‘fallos’ o ‘decisiones’, sino como ‘informes’, ello no debería afectar la conclusión de que igualmente gozan de la eficacia de cosa juzgada, lo cual se logra mediante el proceso de adopción de la resolución por el OSD, mediante la regla del ‘consenso en contrario’. De este modo, de acuerdo a lo planteado por Giorgio

Sacerdoti³¹⁵, las recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación, contenidas en los informes, aun cuando deban pasar por dicho proceso de aprobación, igualmente son obligatorias para los miembros parte de la controversia y crean respecto del miembro vencido la obligación de poner en conformidad con los acuerdos abarcados, la medida que fue declarada como inconsistente con aquéllos.

Es justamente el reducido papel que cabe al OSD en la actividad de resolución de controversias propiamente tal, consistente principalmente en la adopción de los informes, en tanto que el ESD entrega exclusivamente a los grupos especiales y al Órgano de Apelación, la tarea de resolver conforme a derecho si ha existido o no una infracción a los acuerdos abarcados, lo que explica las opiniones favorables a reconocer que los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación gozan de la eficacia de cosa juzgada, aún cuando para ello se requiera la adopción de los mismos por parte del OSD.

Aparte de la doctrina, la jurisprudencia generada por los órganos jurisdiccionales de la OMC, también se ha referido al valor jurídico que corresponde asignar a estos informes, tanto a aquellos que han sido adoptados, como a aquellos que no. En cuanto al valor jurídico de los informes adoptados, el Órgano de Apelación ha señalado que éstos crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando sean pertinentes para una diferencia. Sin embargo, no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio. En resumen, el carácter y condición jurídica de estos informes no ha variado tras la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. De esta manera, el Órgano de Apelación establece claramente que los informes adoptados, en cuanto a su fuerza obligatoria, siguen el principio de cosa juzgada y no la doctrina del *stare decisis*. Por otro lado, el Órgano de Apelación ha establecido que los informes no adoptados carecen de valor normativo en el sistema del GATT o de la OMC, puesto que no han sido avalados por decisiones de las partes contratantes del GATT o de los miembros de la OMC; pero, al mismo tiempo los grupos especiales pueden encontrar útiles orientaciones en el razonamiento seguido en un informe no adoptado de un grupo especial que a su juicio fuere pertinente al asunto que se examina.

³¹⁵ Op.cit., p.14

De este modo, queda claro que el valor jurídico de los informes de los grupos especiales y el Órgano de Apelación surge del acto de su adopción, y tiene efecto únicamente respecto de las partes de la controversia, sin que las conclusiones incluidas en los mismos sean un referente obligatorio en la resolución de futuras controversias.

Finalmente, puede notarse que la naturaleza jurisdiccional de las funciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, así como el valor jurídico de sus informes queda en evidencia al revisar la jurisprudencia del Órgano de Apelación, que ha desarrollado el alcance normativo de distintos principios del derecho internacional público general dentro de la OMC, dando al mismo tiempo aplicación a varios de ellos. A su vez, el ESD ha otorgado fuerza obligatoria de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados de estos órganos mediante un detallado mecanismo de vigilancia de la aplicación de sanciones destinadas a lograr la aplicación de las recomendaciones formuladas, por los miembros vencidos en una reclamación.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS

1. AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. Jurisdiction of international tribunals. The Hague: Kluwer Law International, 2003, lxi, 881 p.
2. ARTEAGA ECHEVERRÍA, Ignacio. "Procedimiento de Solución de Diferencias en la Organización Mundial de Comercio (OMC), Gaceta Jurídica (Santiago, Chile). no.261 (2002), 7-25 p.
3. BENADAVA, Santiago. Derecho internacional público, 6a. ed. Santiago de Chile: Jurídica Conosur, 1999. xx, 382 p.
4. BROWNLIE, Ian. Principles of public international law. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008, 7th. ed. li, 784 p.
5. CHARNEY, Jonathan I. Is international law threatened by multiple international tribunals?, *Récueil des cours.*- Vol. 271 (1998) ,p.98-382.
6. DIEZ DE VELASCO, Vallejo, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público, 13 ed., Madrid: Tecnos, 2001, 954 p.
7. DIEZ DE VELASCO, Vallejo, Manuel. Las Organizaciones Internacionales. 11.ed. Madrid: Tecnos, 1999. 847 p.
8. ESPINOZA SOTO, Álvaro, Algunas reflexiones sobre la solución de diferencias en la OMC, *Revista de Estudios Internacionales* N° 162 (enero/abril 2009), 63-84 p.

9. KOSKENNIEMI, Martti. Sources of international law. Brookfield, Vt.: Ashgate, 2000, 571 p.
10. LAMY, P., “El lugar y la función (del derecho) de la OMC en el orden jurídico internacional”, Revista Española de Derecho Internacional, volumen 59, número 1, 2007, 11-27 p.
11. MAVROIDIS, Petros C. “No outsourcing of law? WTO law as practiced by two courts”, The American Journal of International Law, Vol. 102, 421-473 p.
12. MERRILLS, J.G., “International Dispute Settlement”, Tercera Edición, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 1998, xxiv, 354 p.
13. MONTAÑA Mora, M. La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT, Editorial MacGraw Hill, Madrid: 1997, p. 146.
14. MORELLI, Gaetano. La sentenza internazionale. Padova: CEDAM, 1931, 303 p.
15. ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio – Instituto de Formación y Cooperación Técnica, Centro William Rappard. “Documentación de base”, Capítulo 23, Solución de diferencias, 2008.
16. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Manual sobre solución de diferencias de la OMC. Québec: Éditions Yvons Blais, 2004. 287 p.
17. PASTOR, Ridruejo, José Antonio. “Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales”. 9ª ed., Madrid: Tecnos, 2003. 813 p.
18. ZOLLER, Elizabeth, “La bonne foi en Droit International Public”, París: A. Pedone, 1977, 392 p.

OBRAS ELECTRÓNICAS

19. ANALYTICAL Index – Guide to WTO Law and Practice, [en línea] <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_08_e.htm#article23B3> [consulta: 7 de julio de 2012].
20. CHARNOVITZ, Steve. “Judicial Independence in the World Trade Organization”, [International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects](#) (Laurence Boisson de Chazournes, Cesare Romano, and Ruth Mackenzie, eds.) (Transnational Publishers, 2002) at 219-240, [en línea] <<http://www.worldtradelaw.net/articles/charnovitzjudicial.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].
21. ENTENDER la OMC: la organización. Miembros y Observadores. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm> [consulta: 7 de julio de 2012].
22. GÓMEZ-ROBLEDO Verduzco, Alonso. Derecho Internacional. Temas selectos. Universidad Nacional Autónoma de México, 5ª edición, 2008, p. 571-581. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2610/26.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].
23. LOS 128 países que habían firmado el Acuerdo General antes de finalizar 1994 [en línea] <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/gattmem_s.htm> [consulta: 7 de julio de 2012].
24. JACKSON, John H., “The role and effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism”, Brookings Trade Forum, 2000, 179-219 pp. (Article) [en línea] <http://muse.jhu.edu/journals/brookings_trade_forum/v2000/2000.1jackson.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012]

25. MORELLI, Gaëtano. “La théorie générale du procès international”. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 61, 1937: Martinus Nijhoff Publishers, 374 pp. [en línea] <http://books.google.cl/books?id=nbsnLWH_hv8C&pg=PA328&lpg=PA328&dq=nullit%C3%A9s+des+sentences+internationales&source=bl&ots=4P3r1goT2k&sig=o2JDkfk_gS8qTkCPXzr-1JJR8P4Y&hl=es&sa=X&ei=dx3RT8mgHZKi8gSvzMEV&ved=0CFMQ6AEwAA#v=onepage&q=nullit%C3%A9s%20des%20sentences%20internationales&f=false> [consulta: 7 de julio de 2012].
26. NELSON, Timothy G., Annulment of International Arbitration Awards: The Orinoco Steamship Case Sails On, ASA Bulletin, Volume 28, No. 2, 2010, pp. 205-229. [en línea] <http://www.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications2123_0.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].
27. ORGANIZACIÓN Mundial del Comercio – Instituto de Formación y Cooperación Técnica, Centro William Rappard. Principios Básicos, capítulo 1. (s-bgd-bp-69.doc) [en línea] <http://www.eclac.org/ddsah/noticias/paginas/6/28386/principios_basicos.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].
28. ORGANIZACIONES internacionales intergubernamentales a las que se ha concedido la condición de observador en órganos de la OMC. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/igo_obs_s.htm> [consulta: 7 de julio de 2012].
29. PAUWELYN, Joost. The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?, 95 AJIL 535-578 pp. (2001), [en línea] <<http://www.asil.org/ajil/pauwelyn.pdf>>. [consulta: 7 de julio de 2012]

30. PAUWELYN, Joost. “Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules - Toward a More Collective Approach”, 94 AJIL 335 (2000), [en línea] <<http://www.asil.org/ajil/v94335.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].
31. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Brasil - Medidas que afectan al coco desecado, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, página 17. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.4.1> [consulta: 7 de julio de 2012].
32. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Brasil - Medidas que afectan al coco desecado, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, página 25. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/j2_s.htm#J.2.1.1> [consulta: 7 de julio de 2012].
33. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Canadá - Período de protección mediante patente, WT/DS170/AB/R, adoptado el 12 de octubre de 2000, párrafo 70 y 72. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.4.3> [consulta: 7 de julio de 2012].
34. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo, WT/DS246/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2004, párrafo 105. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.2.1> [consulta: 7 de julio de 2012].
35. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafo 200. [en línea]

- <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/t5_s.htm#T.5.3.1> [consulta: 7 de julio de 2012].
36. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafo 278. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.9> [consulta: 7 de julio de 2012].
37. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil, WT/DS219/AB/R, adoptado el 18 de agosto de 2003, párrafo 127. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.10> [consulta: 7 de julio de 2012].
38. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 156. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/c2_s.htm#C.2.1> [consulta: 7 de julio de 2012].
39. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 142. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/r2_s.htm#R.2.1.3> [consulta: 7 de julio de 2012].
40. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Régimen para la

importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafos 235 y 237. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.4.2> [consulta: 7 de julio de 2012].

41. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania, WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002, párrafos 125-126. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/r2_s.htm#R.2.1.7> [consulta: 7 de julio de 2012].
42. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptado el 27 de enero de 2003, párrafos 296-298. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.10> [consulta: 7 de julio de 2012].
43. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón, WT/DS184/AB/R, adoptado el 23 de agosto de 2001, párrafo 101. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.5> [consulta: 7 de julio de 2012].
44. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas, WT/DS165/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafo 89-90. [en línea]

- <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/m3_s.htm#M.3.2>. [consulta: 7 de julio de 2012].
45. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelanda y Australia, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2001, párrafo 115. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.4> [consulta: 7 de julio de 2012].
46. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1, párrafo 269. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.14> [consulta: 7 de julio de 2012].
47. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 158. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.1> [consulta: 7 de julio de 2012].
48. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland), WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005, párrafo 293. <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/r2_s.htm#R.2.1.12> [consulta: 7 de julio de 2012].

49. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero", WT/DS108/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 2000, párrafo 166. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/p3_s.htm#P.3.1.1> [consulta: 7 de julio de 2012].
50. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998, párrafo 72. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/t6_s.htm#T.6.1.5> [consulta: 7 de julio de 2012].
51. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998, párrafos 75-76. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/r2_s.htm#R.2.1.5>. [consulta: 7 de julio de 2012].
52. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998, párrafos 92-93. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/j2_s.htm#J.2.1.3>. [consulta: 7 de julio de 2012].
53. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS132/AB/RW,

adoptado el 21 de noviembre de 2001, párrafo 36. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/j1_s.htm#J.1.13> [consulta: 7 de julio de 2012].

54. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS132/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001, párrafo 47. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/d2_s.htm#D.2.2.13> [consulta: 7 de julio de 2012].

55. REPERTORIO del Órgano de Apelación de la OMC: informes y laudos (1995–2005). Informe del Órgano de Apelación, Tailandia - Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia, WT/DS122/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, párrafo 97. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/o1_s.htm#O.1.4> [consulta: 7 de julio de 2012].

56. SACERDOTI, Giorgio. The Dispute Settlement System of the W.T.O.: Structure and Function in the Perspective of the First 10 Years (March 2007). Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-03, 21 p. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=981029>> [consulta: 7 de julio de 2012].

DOCUMENTOS

A. Tratados

57. ACUERDO de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, adoptado el 15 de abril de 1994. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm> [consulta: 7 de julio de 2012].
58. CONVENCIÓN de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena, el 23 de mayo de 1969. [en línea] <http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf> [consulta: 14 de julio de 2012].
59. CONVENCIÓN sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, adoptado el 18 de marzo de 1965. [en línea] <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=26_Rules_sp.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].
60. ENTENDIMIENTO relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, adoptado en Marrakech, el 15 de abril de 1994. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm> [consulta: 7 de julio de 2012].
61. ESTATUTO de la Corte Internacional de Justicia, adoptada el 26 de junio de 1945. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>> [consulta: 7 de julio de 2012].

B. Jurisprudencia del Órgano de Apelación y de los grupos especiales de la OMC

62. INFORME del Grupo Especial, Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil, WT/DS241/R, adoptado el 19 de mayo de 2003. [en línea] <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=3&_=1> [consulta: 7 de julio de 2012].
63. INFORME del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Subvenciones a la exportación de azúcar, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005. [en línea] <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=3&_=1> [consulta: 7 de julio de 2012].
64. INFORME del Grupo Especial, Estados Unidos - Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá, WT/DS264/R, adoptado el 31 de agosto de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS264/AB/R. [en línea] <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=3&_=1> [consulta: 7 de julio de 2012].
65. Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 121. [en línea] <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=3&_=1> [consulta: 7 de julio de 2012].
66. INFORME del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. WT/DS58/AB/RW, adoptado el 6 de noviembre de 1998. [en

línea] <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=3&_1> [consulta: 7 de julio de 2012].

67. INFORME del Grupo Especial, Guatemala - Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México, WT/DS156/R, adoptado el 17 de noviembre de 2000. [en línea] <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=3&_1> [consulta: 7 de julio de 2012].

68. INFORME del Órgano de Apelación, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996. [en línea] <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=3&_1> [consulta: 7 de julio de 2012].

69. INFORME del Grupo Especial, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R. [en línea] <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=3&_1> [consulta: 7 de julio de 2012].

C. Jurisprudencia de la CIJ

70. ACTIVITÉS militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].

71. AFFAIRE du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), Fond, Arrêt du 15 juin 1962: C. I. J. Recueil 1962, p. 6. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4871.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].

72. AFFAIRE Nottebohm (exception préliminaire), Arrêt du 18 novembre 1953: C.I.J. Recueil 1953, p. III. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2056.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].
73. AFFAIRE Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955: C. I. J. Recueil 1955, p. 4. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].
74. AFFAIRE relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), Exceptions préliminaires, Arrêt du 26 mai 1959: C.I.J. Recueil 1959, p. 127. Opinion individuelle du M. Armand-Ugon. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/35/2330.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].
75. COMPÉTENCE en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 9. par. 17. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5977.pdf>> [consulta 7 de julio 2012].
76. COMPÉTENCE en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974. Opinion individuelle de M. Castro. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5991.pdf>> [consulta 7 de julio 2012].
77. ESSAIS Nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 268. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6158.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].
78. LICÉITÉ de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I. J. Recueil 1999, p. 124. Opinion dissidente de M. Kreća. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/105/7781.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].
79. LICÉITÉ de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 1307. Opinion individuelle de M. Kooijmans.

[en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/113/8545.pdf>> [consulta: 7 de julio de 2012].

D. Jurisprudencia de la CPJI

80. AFFAIRE du Lotus, arrêt, C.P.J.I., série A, N° 10, arrêt, le 7 de septembre 1927, p. 31. [en línea] <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf> [consulta: 7 de julio 2012].

81. AFFAIRE du Statut Juridique du Groënland Oriental, arrêt, C.P.J.I, série AB, N°53, le 5 avril 1933. [en línea] <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf> [consulta: 7 de julio 2012].

82. AFFAIRE des Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires), arrêt, séries A, N° 15, le 26 avril 1928. [en línea] <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_15/46_Droits_de_minorites_en_Haute_Silesie_Ecoles_minoritaires_Arret.pdf> [consulta: 7 de julio 2012].

83. COMPÉTENCE de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla, avis consultatif, C.P.J.I., série B, N°14, le 9 décembre, 1927. [en línea] <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_14/01_Commission_europeenne_du_Danube_.pdf> [consulta: 7 de julio 2012].

84. INTERPRETATION of the Greco-Turkish agreement of December 1st, 1926 (Final Protocol, Article IV), advisory opinion P.C.I.J., series B, N°16, August 28th, 1928 [en línea] <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_16/01_Interpretation_de_l_Accord_greco-turc_Avis_consultatif.pdf> [consulta: 7 de julio 2012].

E. Jurisprudencia de otros tribunales internacionales

85. AFFAIRE de la Société Radio-Orient. États du Levant sous mandat français contre Égypte. La Haye, 2 avril 1940. United Nation Reports of International Arbitral Awards, Volume III, p. 1878. [en línea] <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1871-1881.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].
86. AFFAIRE du Guano (Chili, France), United Nation Reports of International Arbitral Awards, Volume XV, p. 77-387. [en línea] <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XV/77-387.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].
87. RIO Grande Irrigation and Land Company, Ltd. (Great Britain v. United States). United Nation Reports of International Arbitral Awards, Volume VI, p. 131-138. [en línea] <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_VI/131-138_Rio.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].
88. THE Orinoco Steamship Company Case (United States, Venezuela), 25 October 1910. United Nation Reports of International Arbitral Awards, Volume XI, pp. 227-241. [en línea] <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XI/227-241.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].
89. THE Walfish Bay Boundary Case (Germany, Great Britain). United Nation Reports of International Arbitral Awards, Volume Volume XI, p. 307. [en línea] <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XI/263-308.pdf> [consulta: 7 de julio de 2012].

ANEXO 1. ESTADOS Y TERRITORIOS ADUANEROS MIEMBROS DE LA OMC³¹⁶

	<i>ESTADO/ TERRITORIO ADUANERO</i>	<i>FECHA DE ADHESIÓN</i>
1	Albania	08.09.2000
2	Alemania	01.01.1995
3	Angola	23.11.1996
4	Antigua y Barbuda	01.01.1995
5	Arabia Saudita, Reino de la	11.12.2005
6	Argentina	01.01.1995
7	Armenia	05.02.2003
8	Australia	01.01.1995
9	Austria	01.01.1995
10	Bahréin, Reino de	01.01.1995
11	Bangladesh	01.01.1995
12	Barbados	01.01.1995
13	Bélgica	01.01.1995
14	Belice	01.01.1995
15	Benín	22.02.1996
16	Bolivia, Estado Plurinacional	12.09.1995
17	Botswana	31.05.1995
18	Brasil	01.01.1995
19	Brunei Darussalam	01.01.1995
20	Bulgaria	01.12.1996
21	Burkina Faso	03.06.1995
22	Burundi	23.07.1995
23	Cabo Verde	23.07.2008
24	Camboya	13.10.2004
25	Camerún	13.12.1995
26	Canadá	01.01.1995
27	Chad	19.10.1996
28	Chile	01.01.1995
29	China	11.12.2001
30	Chipre	30.07.1995
31	Colombia	30.04.1995
32	Congo	27.03.1997
33	Corea, República de	01.01.1995
34	Costa Rica	01.01.1995
35	Côte d'Ivoire	01.01.1995
36	Croacia	30.11.2000
37	Cuba	20.04.1995

³¹⁶ Fuente: Listado de miembros de la OMC disponible en el sitio web <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm> [consulta: 15 de julio de 2012].

38	Dinamarca	01.01.1995
39	Djibouti	31.05.1995
40	Dominica	01.01.1995
41	Ecuador	21.01.1996
42	Egipto	30.06.1995
43	El Salvador	07.05.1995
44	Emiratos Árabes Unidos	10.04.1996
45	Eslovenia	30.07.1996
46	España	01.01.1995
47	Estados Unidos de América	01.01.1995
48	Estonia	13.11.1999
49	Ex República Yugoslava de Macedonia (ERYM)	04.04.2003
50	Fiji	14.01.1996
51	Filipinas	01.01.1995
52	Finlandia	01.01.1995
53	Francia	01.01.1995
54	Gabón	01.01.1995
55	Gambia	23.10.1996
56	Georgia	14.06.2000
57	Ghana	01.01.1995
58	Granada	22.02.1996
59	Grecia	01.01.1995
60	Guatemala	21.07.1995
61	Guinea	25.10.1995
62	Guinea-Bissau	31.05.1995
63	Guyana	01.01.1995
64	Haití	30.01.1996
65	Honduras	01.01.1995
66	Hong Kong, China	01.01.1995
67	Hungría	01.01.1995
68	India	01.01.1995
69	Indonesia	01.01.1995
70	Irlanda	01.01.1995
71	Islandia	01.01.1995
72	Islas Salomón	26.07.1996
73	Israel	21.04.1995
74	Italia	01.01.1995
75	Jamaica	09.03.1995
76	Japón	01.01.1995
77	Jordania	11.04.2000
78	Kenya	01.01.1995
79	Kuwait, Estado de	01.01.1995
80	Lesotho	31.05.1995
81	Letonia	10.02.1999
82	Liechtenstein	01.09.1995

83	Lituania	31.05.2001
84	Luxemburgo	01.01.1995
85	Madagascar	17.11.1995
86	Macao, China	01.01.1995
87	Malasia	01.01.1995
88	Malawi	31.05.1995
89	Maldivas	31.05.1995
90	Malí	31.05.1995
91	Malta	01.01.1995
92	Marruecos	01.01.1995
93	Mauricio	01.01.1995
94	Mauritania	31.05.1995
95	México	01.01.1995
96	Moldova, República	26.07.2001
97	Mongolia	29.01.1997
98	Montenegro	29.04.2012
99	Mozambique	26.08.1995
100	Myanmar	01.01.1995
101	Namibia	01.01.1995
102	Nepal	23.04.2004
103	Nicaragua	03.09.1995
104	Nigeria	01.01.1995
105	Níger	13.12.1996
106	Noruega	01.01.1995
107	Nueva Zelanda	01.01.1995
108	Omán	09.11.2000
109	Países Bajos	01.01.1995
110	Pakistán	01.01.1995
111	Panamá	06.09.1997
112	Papúa Nueva Guinea	09.06.1996
113	Paraguay	01.01.1995
114	Perú	01.01.1995
115	Polonia	01.01.1995
116	Portugal	01.01.1995
117	Qatar	13.01.1996
118	Reino Unido	01.01.1995
119	República Centroafricana	31.05.1995
120	República Checa	01.01.1995
121	República Democrática del Congo	01.01.1995
122	República Dominicana	09.03.1995
123	República Eslovaca	01.01.1995
124	República Kirguisa	20.12.1998
125	Rumania	01.01.1995
126	Rwanda	22.05.1996
127	Saint Kitts y Nevis	21.02.1996
128	Samoa	10.05.2012

129	Santa Lucía	01.01.1995
130	San Vicente y las Granadinas	01.01.1995
131	Senegal	01.01.1995
132	Sierra Leona	23.07.1995
133	Singapur	01.01.1995
134	Sri Lanka	01.01.1995
135	Sudáfrica	01.01.1995
136	Suecia	01.01.1995
137	Suiza	01.01.1995
138	Suriname	01.01.1995
139	Swazilandia	01.01.1995
140	Tailandia	01.01.1995
141	Taipei Chino	01.01.2002
142	Tanzanía	01.01.1995
143	Togo	31.05.1995
144	Tonga	27.07.2007
145	Trinidad y Tobago	01.03.1995
146	Túnez	29.03.1995
147	Turquía	26.03.1995
148	Ucrania	16.05.2008
149	Uganda	01.01.1995
150	Unión Europea (antes, Comunidades Europeas)	01.01.1995
151	Uruguay	01.01.1995
152	Venezuela, República Bolivariana	11.01.2007
153	Viet Nam	01.01.1995
154	Zambia	01.01.1995
155	Zimbabwe	05.03.1995

ANEXO 2. GOBIERNOS CON LA CONDICIÓN DE OBSERVADOR EN LA OMC³¹⁷

1. Afganistán
2. Andorra
3. Argelia
4. Azerbaiyán
5. Bahamas
6. Belarús
7. Bhután
8. Bosnia y Herzegovina
9. Comoras
10. Etiopía
11. Guinea Ecuatorial
12. Irán
13. Iraq
14. Kazajstán
15. Libia
16. República Árabe Siria
17. República Democrática Popular Lao
18. República de Liberia
19. República Libanesa
20. Rusia, Federación de
21. Santa Sede
22. Santo Tomé y Príncipe
23. Serbia
24. Seychelles
25. Sudán
26. Tayikistán
27. Uzbekistán
28. Vanuatu
29. Yemen

³¹⁷ Fuente: Listado de gobiernos con la condición de observadores en la OMC disponible en el sitio web <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm> [consulta: 15 de julio de 2012].

ANEXO 3. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES INTERGUBERNAMENTALES A LAS QUE SE HA CONCEDIDO LA CONDICIÓN DE OBSERVADOR EN ÓRGANOS DE LA OMC³¹⁸

1. Consejo General

Banco Mundial
Centro de Comercio Internacional (CCI)
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Naciones Unidas (NU)
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

2. Órgano de Examen de las Políticas Comerciales

Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)
Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD)
Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)

3. Consejo del Comercio de Mercancías

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Naciones Unidas (NU)
Oficina Internacional de los Textiles y las Prendas de Vestir (OITP)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Organización Mundial de Aduanas (OMA)

³¹⁸ Fuente: Listado de organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha concedido la condición de observador en órganos de la OMC, disponible en el sitio web: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/igo_obs_s.htm> [consulta: 15 de julio de 2012].

4. Consejo del Comercio de Servicios

Banco Mundial

Centro de Comercio Internacional (CCI)

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Fondo Monetario Internacional (FMI)

Naciones Unidas (NU)

Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* en el Consejo del Comercio de Servicios
Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)
Organización Mundial de la Salud (OMS)
Organización Mundial del Turismo (OMT)

5. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Banco Mundial

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Fondo Monetario Internacional (FMI)

Naciones Unidas (NU)

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)

Organización Mundial de Aduanas (OMA)

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* en el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
Organización Mundial de la Salud (OMS)

6. Comité de Prácticas Antidumping

Banco Mundial

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Fondo Monetario Internacional (FMI)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* en el Comité de Prácticas Antidumping
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

7. Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias

Banco Mundial

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Fondo Monetario Internacional (FMI)

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* en el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

8. Comité de Salvaguardias

Banco Mundial

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Fondo Monetario Internacional (FMI)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* en el Comité de Salvaguardias
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

9. Comité de Agricultura

Banco Mundial

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Consejo Internacional de Cereales (CIC)

Fondo Monetario Internacional (FMI)

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)

Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas (PMA)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* reunión por reunión en el Comité de Agricultura
Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA)

10. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

Banco Mundial

Centro de Comercio Internacional (CCI)

Comisión Mixta FAO/OMC del Codex Alimentarius (Codex)

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) de la FAO
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Oficina Internacional de Epizootias (OIE)
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Organización Internacional de Normalización (ISO)
Organización Mundial de la Salud (OMS)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* reunión por reunión en el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA)
Organismo Internacional Regional de Sanidad Agropecuaria (OIRSA)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Sistema Económico Latinoamericano (SELA)

11. Comité de Restricciones por Balanza de Pagos

Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)
Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD)
Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

12. Comité de Acuerdos Comerciales Regionales

Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)
Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Organización de los Estados Americanos (OEA)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* reunión por reunión Comité de Acuerdos Comerciales Regionales
Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

13. Comité de Comercio y Desarrollo

Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)
Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)
Banco Interamericano de Desarrollo (BID)
Banco Mundial
Centro de Comercio Internacional (CCI)
Comisión Económica de las Naciones Unidas para África (CEPA)
Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL)
Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE)
Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (CESPAP)
Comunidad Andina
Comunidad de Desarrollo del África Meridional (SADC)
Comunidad Económica y Monetaria de África Central (CEMAC)
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Consejo Internacional de Cereales (CIC)
Consejo para la Cooperación en el Golfo (CCG)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Naciones Unidas (NU)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Organización de los Estados Americanos (OEA)
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)
Secretaría de la Comunidad del Caribe (CARICOM)
Secretaría del Commonwealth
Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (SIECA)
Sistema Económico Latinoamericano (SELA)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* reunión por reunión en el Comité de Comercio y Desarrollo
Banco Islámico de Desarrollo (BIsD)
Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO)
Corporación Interárabe de Garantía de Inversiones
Fondo Común para los Productos Básicos (1)
Foro de las Islas del Pacífico
Organización de Cooperación Económica (OCE)
Organización de la Conferencia Islámica (OCI)
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)
South Centre
Unión Africana (UA)
Unión del Magreb Árabe (UMA)
Unión Económica y Monetaria del África Occidental (UEMAO)

14. Comité de Comercio y Medio Ambiente

Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)
Banco Mundial
Centro de Comercio Internacional (CCI)
Comisión de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (CDS)
Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (ICCAT)
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCM)
Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)
Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Foro de las Islas del Pacífico
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos (IPGRI)
Naciones Unidas (NU)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Organización Internacional de Normalización (ISO)
Organización Mundial de Aduanas (OMA)
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)
Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)
Sistema Económico Latinoamericano (SELA)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* en el Comité de Comercio y Medio Ambiente
Banco Islámico de Desarrollo (BIsD)
Centro para el Desarrollo de la Pesca en Asia Sudoriental (SEAFDEC)

15. Comité de Acceso a los Mercados

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Oficina Internacional de los Textiles y las Prendas de Vestir (OITP)
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Organización Mundial de Aduanas (OMA)

16. Comité de Licencias de Importación

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)

17. Comité de Normas de Origen

Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)
Banco Interamericano de Desarrollo (BID)
Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Oficina Internacional de los Textiles y las Prendas de Vestir (OITP)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Organización Mundial de Aduanas (OMA)

18. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio

Centro de Comercio Internacional (CCI)
Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE)
Banco Mundial
Comisión Electrotécnica Internacional (CEI)
Comisión Mixta FAO/OMC del Codex Alimentarius (Codex)
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Comunidad de Desarrollo del África Meridional (SADC)
Oficina Internacional de Epizootias (OIE)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Organización Internacional de Normalización (ISO)
Organización Mundial de la Salud (OMS)
Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio
Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)
Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)
Organización Internacional de Metrología Legal (OIML)

19. Comité de Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Naciones Unidas (NU)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

20. Comité de Valoración en Aduana

Banco Interamericano de Desarrollo (BID)
Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Organización Mundial de Aduanas (OMA)

21. Comité del Comercio de Servicios Financieros

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Naciones Unidas (NU)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

22. Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Naciones Unidas (NU)

23. Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)
Naciones Unidas (NU)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

24. Comité de Compromisos Específicos

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Naciones Unidas (NU)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

25. Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública

Banco Mundial
Centro de Comercio Internacional (CCI)
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)

26. Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador *ad hoc* en el Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)

27. Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

28. Grupo de Trabajo sobre Comercio, Deuda y Finanzas

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Centro de Comercio Internacional (CCI)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Naciones Unidas (NU)
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Banco Mundial
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

29. Grupo de Trabajo sobre Comercio y Transferencia de Tecnología

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)

30. Comité de Contratación Pública

Centro de Comercio Internacional (CCI)
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

31. Comité del Comercio de Aeronaves Civiles

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)

32. Comité de Participantes sobre la Expansión del Comercio de Productos de Tecnología de la Información

Centro de Comercio Internacional (CCI)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Organización Mundial de Aduanas (OMA) (2)

ÓRGANOS ESTABLECIDOS POR EL COMITÉ DE NEGOCIACIONES COMERCIALES

33. Reuniones del Comité de Agricultura en Sesión Extraordinaria

Banco Mundial
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Consejo Internacional de Cereales (CIC)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas (PMA)

34. Reuniones del Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria

Banco Mundial
Centro de Comercio Internacional (CCI)
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Naciones Unidas
Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador ad hoc reunión por reunión en las Reuniones del Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria
Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)
Organización Mundial de la Salud (OMS)
Organización Mundial del Turismo (OMT)
Unión Postal Universal (UPU)

35. Reuniones del Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador ad hoc reunión por reunión
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático
Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)
Convenio de Basilea
Convenio de Estocolmo
Convenio de Róterdam
Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Organización Mundial de Aduanas (OMA)
Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)
Protocolo de Montreal

36. Grupo de Negociación sobre la Facilitación del Comercio

- Organizaciones internacionales intergubernamentales a las que se ha reconocido la condición de observador ad hoc reunión por reunión
Banco Mundial

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional (FMI)
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
Organización Mundial de Aduanas (OMA)

ANEXO 4. ACUERDOS ABARCADOS DEL APÉNDICE 1 DEL ESD

A) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio

B) Acuerdos Comerciales Multilaterales

Anexo 1 A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
- Acuerdo sobre la Agricultura
- Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
- Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido
- Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
- Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
- Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
- Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
- Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición
- Acuerdo sobre Normas de Origen
- Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación
- Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
- Acuerdo sobre Salvaguardias

Anexo 1 B: Acuerdo general sobre el Comercio de Servicios y Anexos

Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales

Anexo 4

- Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles
- Acuerdo sobre Contratación Pública
- Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos
- Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino

ANEXO 5. ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA OMC

