



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

Evaluación del sistema de solución de diferencia de la OMC desde la perspectiva del agente económico privado

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

Felipe Eduardo Alvarez Martínez

Profesor Guía: Carlos Andrés Dettleff Beros

Santiago, Chile 2020

Índice

	Pág.
Introducción	5
Capítulo I: Descripción general de la OMC y en particular de la crisis actual que vive ...	8
1. Creación y estructura del modelo orden internacional liberal	8
1.1 Crisis actual del orden internacional liberal	10
1.2 Respuestas a la crisis del orden internacional liberal y ascenso de China	12
2. Antecedentes generales de la Organización Mundial del Comercio	14
2.1 ¿Cómo surge la OMC? Desde el GATT (1947) hasta el surgimiento de la OMC	16
2.1.1 Antecedentes preliminares para la creación del GATT (1947)	16
2.1.2 Fracaso del intento de creación de la OIC y surgimiento del GATT (1947)	17
2.1.3 Desde la crisis del GATT (1947) hasta la creación de la OMC (1994)	18
3. Sustento normativo para un orden multilateral del comercio internacional	19
3.1 Sustento económico	20
3.2 Sustento jurídico	22
3.3 Sustento político	23
4. De la crisis del proyecto internacional liberal a la actual crisis general de la OMC	24
4.1 Crisis de la función negociadora de la OMC	25
4.1.1 Naturaleza de las materias objeto de discusión	26
4.1.2 Fragmentación del poder entre los países miembros y falta de liderazgo	26
4.1.3 Procedimiento de adopción de decisiones	27
4.2 ¿Cómo repercute la crisis del foro de negociación en el sistema multilateral económico?.....	28
Capítulo II: Descripción del sistema de solución de controversia de la OMC y en particular de la crisis actual que vive desde el punto de vista del agente privado	31
1. Agente privado como agente económico principal del comercio internacional	31
2. Aspectos generales de la crisis que vive el sistema de solución de controversia	34
3. Desarrollo del Sistema de Solución de Controversia desde el GATT (1947) a la OMC	37
3.1 Mecanismo de solución de controversia en el GATT (1947)	37
3.2 Problemas del sistema solución de controversia	37

4. Características del sistema de solución de diferencia de la OMC	39
4.1 Jurisdicción obligatoria y exclusiva	39
4.2 Regla del consenso negativo	40
4.3 Prioridad por soluciones conciliadoras	41
4.4 Prohibición de acciones unilaterales	41
4.5 Procedimiento regulado y rapidez	42
5. Procedimiento de solución de diferencias regulado en el EDS	42
5.1 Derecho de petición —internacional—, derecho de acción y legitimación activa	43
5.2 Legitimación activa en el ESD y el problema respecto al agente privado	44
5.3 Mecanismo de participación del agente privado en el procedimiento de solución de controversia.....	46
5.3.1 Amicus Curiae	47
5.4 Pretensiones válidas para el ESD	50
5.4.1 Reclamación infraccional	52
5.4.2 Reclamación no infraccional	53
5.4.3 Reclamación sobre otras situaciones	54
6. Órgano de Apelación y su situación actual	55
6.1 Procedimiento de apelación	56
6.2 Crisis actual del Órgano de Apelación y sus consecuencias en el sistema multilateral de comercio	57
Capítulo III: El futuro de la OMC en especial las reformas necesarias al Sistema de Solución de Controversia	61
1. Panorama actual del sistema multilateral de comercio	62
2. Reformas necesarias al foro de negociación de la OMC	62
2.1 Cooperación con el regionalismo del Siglo XXI	63
2.2 Promoción de los Acuerdos Plurilaterales	64
2.3 Modificaciones al procedimiento de adopción de decisiones	66
2.3.1 Revitalización de la regla de la mayoría	66
2.3.2 Morigeración de la regla “single undertaking”	68
3. Reformas necesarias al sistema de solución de controversia de la OMC	69
3.1 Hacia una mayor protección de los actores privados en el ESD	70

3.1.1 Reformas necesarias al ESD	71
3.1.2 Regulación expresa del Amicus Curiae en el ESD	74
3.1.3 Compromisos de los Estados miembros con sus particulares	75
3.2 Alternativa a la paralización del Órgano de Apelación	76
3.2.1 Arbitraje en el sistema de solución de controversial de la OMC	78
3.2.2 Acuerdo de Arbitraje de Apelación Provisional Multipartidista (MPIA)	80
3.2.1.1 Procedimiento de apelación regulado por el MPIA	81
3.2.1.2 Deficiencias del MPIA	84
Conclusiones	87
Bibliografía	91

Introducción

La regulación actual del sistema multilateral de comercio desarrollada a partir de la celebración del Tratado de Marrakech en el año 1994 que creó a la Organización Mundial de Comercio (OMC), que tiene como precedente institucional el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947. Es una organización internacional que tiene por finalidad la apertura del comercio de mercaderías, servicios y propiedad intelectual, funcionar como un foro de negociación donde los gobiernos negocian acuerdos comerciales y resuelven sus diferencias comerciales, y realiza un examen de las políticas comerciales de sus miembros¹.

En la actualidad la OMC vive una de las mayores crisis institucionales desde su creación, que llegan hasta al punto de afirmar que no cumple ninguna de las funciones por las cuales fue creada y que podría hasta desaparecer. Estas críticas se expresan en el cuestionamiento existente a la función del foro de negociación como mecanismo para llegar a acuerdos comerciales, en la imposibilidad por parte del privado de actuar en el sistema de solución de controversia y en la inactividad del Órgano de Apelación del mismo sistema.

Las causas que explican este fenómeno pueden ser clasificadas en causas externas e internas, respecto de las primeras tienen su fuente en la crisis que vive el proyecto político del orden internacional liberal que comenzó su desarrollo con el término de la Segunda Guerra Mundial, y desde esa fecha hasta la actualidad ha sido el modelo hegemónico en el mundo, la crisis actual que vive permite entender en parte la crisis de la OMC, porque la existencia de la OMC se explica en la vigencia del modelo. Las causas internas consisten en el diseño institucional de la OMC, que serán explicadas de manera particular en cada capítulo.

El principal actor del comercio internacional es el agente económico privado, y uno de los principios que subyace el sistema de comercio desarrollado por la OMC es la previsibilidad, que consiste en que los agentes económicos privados deben confiar en que no se establecerán arbitrariamente obstáculos comerciales (aranceles y obstáculos no arancelarios; se mantengan los compromisos de apertura comercial)² y que se respetarán los acuerdos comerciales consolidados en los acuerdos abarcados. Con el actual proceso de erosión que vive la OMC en sus más diversas instituciones, afecta directamente a la previsibilidad en consecuencia que en la actualidad no están siendo respetadas las normas comerciales

¹ ARREDONDO, R y GODIO, L.M.A. (2019). La crisis del órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio. Revista De La Secretaría Del Tribunal Permanente De Revisión, 163-179. p164.

² VEASE. <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm>

principalmente por los Estados hegemónicos Estados Unidos y China en la guerra comercial existente entre ellos. En el actual escenario de incertidumbre que vive la OMC donde el foro de negociación no logra funcionar como un espacio para solucionar los desacuerdos comerciales, donde el privado no puede acceder al sistema de solución de controversia y en el supuesto que su pretensión logra acceder mediante la interposición de una reclamación por parte de un Estado miembro que contenga esa pretensión, finalmente no podrá ser resuelta por la paralización del funcionamiento del Órgano de Apelación, en consecuencia, el sistema multilateral no está generando confianza en la actividad comercial del agente privado.

El presente trabajo busca realizar un análisis normativo de la situación actual del sistema de solución de controversia desde el punto de vista del agente privado, considerando la influencia que tiene la crisis actual del sistema multilateral de comercio en el sistema de solución de controversia, y plantear posibles soluciones que pueda optar la OMC para salir de esta crisis y disponer de un sistema de solución de controversia más inclusivo con el agente privado que es el actor más relevante en el comercio internacional. Para estos efectos el presente trabajo dispondrá de tres capítulos.

En el capítulo I, se aborda la conceptualización del modelo orden internacional liberal, las causas de la actual crisis que vive, las diversas reacciones de los países hegemónicos en particular Estados Unidos ante esta crisis y el surgimiento de China como potencia económica y política, y la estrecha vinculación existente entre este modelo y la OMC, que permite en parte comprender la crisis actual que vive la OMC. Luego, se aborda la conceptualización de la OMC, el proceso histórico de su creación desde el origen del GATT (1947) hasta el surgimiento de la OMC y el sustento normativo de esta organización. Finalmente se explica el efecto que provoca la crisis del modelo internacional liberal en la OMC, en particular la crisis actual de la función negociadora de la OMC con sus respectivas causas y como afecta al agente económico privado.

En el capítulo II, se aborda la descripción general del sistema de solución de diferencia de la OMC regulado en el Entendimiento sobre Solución de Diferencia (ESD), iniciando por el sistema de solución de controversia del GATT (1947) específicamente con los problemas que contaba y que posteriormente fueron enmendados en la creación de la OMC. Luego, se aborda el problema de legitimación activa que se expresa en la imposibilidad del privado de presentar reclamaciones ante la OMC, y se describen los mecanismos de participación del privado en el procedimiento de solución de controversia. Finalmente se describe el Órgano de Apelación

específicamente la actual paralización que vive y como afecta al sistema multilateral de comercio, en particular al agente económico privado.

En el capítulo III, se aborda los posibles caminos que puede adoptar la OMC para lograr salir de la presente crisis institucional, específicamente como lograr conseguir que el foro de negociación vuelva a ser un espacio donde los Estados miembros discuten y llegan acuerdos en materia comercial, proporcionar mayores facultades de participación al agente privado en el sistema de solución de controversia y proponer soluciones al Órgano de Apelación para que vuelva a activar su función jurisdiccional.

El presente trabajo termina con un capítulo que aborda las conclusiones del presente trabajo, respecto del futuro y desafíos de la OMC en atención a la crisis actual que vive el modelo de orden internacional liberal que lo sustenta y la participación que debe tener el privado en el sistema de solución de controversia.

Capítulo I

Descripción general de la OMC y en particular de la crisis actual que vive

1. Creación y estructura del modelo orden internacional liberal

Cuando se comenzaba a advertir el término de la Segunda Guerra Mundial, los países aliados liderados por Estados Unidos empezaron a idear un nuevo orden global, que tuviera por finalidad mantener la paz y la prosperidad —objetivo que se ha cumplido en gran medida hasta la fecha—, por medio de la cooperación multilateral y la promoción de la libertad política y económica. Este nuevo sistema en el aspecto económico se centró en crear un sistema de libre comercio a nivel internacional, que lograra el aumento de flujos de bienes y servicios, mediante la disminución de los obstáculos arancelarios y estabilidad de los tipos de cambio entre las divisas. Ineludiblemente para que existiera un comercio libre a nivel internacional era necesaria la existencia de paz internacional.

Este nuevo orden global ha sido denominado orden internacional liberal³ o internacionalismo liberal⁴, en donde su estructura consiste en un sistema económico capitalismo y como forma de gobierno la democracia, y que tiene el acento en crear un sistema internacional basado en un conjunto de principios y normas que permitieran la coexistencia pacífica y la interdependencia económica. Para lograr este ideal era estrictamente necesario que se establecieran normas y reglas que fueran vinculantes a los Estados y a su vez que existieran organizaciones internacionales que velaran por la promoción y el cumplimiento de ellas. Por cierto, este proyecto internacional liberal donde se abrazan capitalismo y democracia, y con una robusta institucionalidad internacional, se expandió durante todo el SXX por gran parte del mundo, sin perjuicio que lo que hoy existe son “capitalismos” que comparten los componentes principales del capitalismo, por el ejemplo no es el mismo capitalismo de Estado de China que el capitalismo neoliberal norteamericano, ni tampoco va ser el mismo en un país determinado, el cual va a variar dependiendo de quién gobierne, en el caso norteamericano no lucio igual cuando gobernó Ronald Reagen que cuando lo hizo Barack Obama⁵. Misma situación respecto a la democracia como forma de gobierno ideal del proyecto

³ VAN KLAVEREN, ALBERTO. 2017. La política del derecho internacional en tiempos de crisis. Revista de estudios internacionales (Santiago) 49 (187), 109-129. p127.

⁴ SANAHUJA, JOSÉ ANTONIO. 2018. Crisis de globalización, crisis de hegemonía: un escenario de cambio estructural para América Latina y el Caribe. Icaria Editorial, Barcelona. p44.

⁵ SQUELLA, AGUSTIN. 2019. Democracia ¿Crisis, decadencia, o colapso? 1ª edición. Editorial de la Universidad de Valparaíso. p126.

liberal, en donde existen “democracias”, donde unas son catalogadas como democracias plenas y otras democracias defectuosas⁶—Chile es un ejemplo de esta última—.

Este nuevo sistema de carácter internacional también tuvo por finalidad establecer límites al comportamiento de los Estados y de los restantes actores internacionales tanto en el ámbito interno como en las relaciones internacionales, bajo la premisa que los Estados son libres y soberanos, pero esta libertad no puede ser total⁷. El hito con el que se comenzó a estructurar este nuevo orden internacional fue en la conferencia de Bretton Woods (1944) que diseñó la estructura económica internacional.

Desde el punto económico el proyecto tuvo una transformación drástica a inicio de los años 80, se expresó por las reformas económicas impulsadas por Reagan en Estados Unidos y Thatcher en el Reino Unido, que tuvieron como finalidad transitar desde un capitalismo con políticas económicas keynesianas hacia un sistema económico capitalista neoliberal —desregulación del mercado y fuertemente basado en lo financiero por sobre la producción—, este tránsito tuvo como efecto la expansión y consolidación del modelo económico internacional dando gran impulso a la globalización. Posteriormente el proyecto liberal se asentó definitivamente de forma generalizada con el fin de la Guerra Fría (1945-1991), lo que significó el triunfo del modelo liberal por sobre el socialista, situación que produjo la segunda expansión del derecho internacional, que expresó en la ampliación de regulación internacional en diferentes áreas como fue en materia de derechos humanos, derecho penal internacional y en el comercio internacional, con el proceso de la globalización económica, en este último ámbito se manifestó en la creación de la Organización Mundial de Comercio (1994) y el posterior ingreso de China (2001) y de Rusia (2012) a la organización.

Este proyecto desde su comienzo hasta la primera década del SXXI iba en un proceso de fortalecimiento, en razón que existía una legitimidad que se expresaba en un consenso mayoritario entre los diferentes actores internacionales, que consistía en la adhesión al multilateralismo, que expresaba en un orden internacional basado en normas, reglas y organizaciones internacionales. Pero una serie de acontecimientos recientes han generado que se cuestione este proyecto y su vigencia, no son solo cuestionamientos de aquellos actores que no participaron en su construcción —se tuvieron que unir necesariamente para obtener los beneficios de este sistema, aceptando las reglas ya existentes—, sino que también

⁶ Ibid. p12.

⁷ VAN KLAVEREN, ALBERTO. 2017. La política del derecho internacional en tiempos de crisis. Revista de estudios internacionales (Santiago) 49 (187), 109-129. p111.

por actores que patrocinaron el nacimiento de este proyecto —Estados Unidos y Reino Unido— que era tradicionalmente el pilar fundamental del orden liberal. Sesenta años después del nacimiento del proyecto liberal son justamente sus fundadores los que comienzan a colocar freno a este proceso de expansión, que se expresa en la agenda de política exterior del presidente Trump en Estados Unidos, y con el *Brexit* del Reino Unido, en el primero se recurren a medidas proteccionista y el segundo debilita la mayor experiencia integracionista de Europa que es la Unión Europea y además comienza el resurgimiento del nacionalismo en el mundo.

Este proyecto liberal que se encontraba fuertemente legitimado durante la segunda mitad del SXX hasta los primeros años del SXXI, mantenía su legitimidad por el apoyo que recibía de Estados Unidos como Estado precursor de este proyecto y en la sociedad civil, en estos últimos la legitimidad se basaba en la promesa que el modelo generaba bienestar social. Respecto al segundo punto es evidente que este sistema impulso un gran progreso económico y social, los países emergentes aumentaron su influencia en la escena internacional⁸, también provoco la disminución de la pobreza mundial cuyo nivel es el más bajo de la historia según datos de la CEPAL —bajo del 44% en 1981 al 13% en 2012⁹— y una gran expansión en la clase media, pero al mismo tiempo nunca antes en la historia había aumentado la desigualdad en la distribución de los ingresos tanto entre países desarrollados y en vías de desarrollo, como a nivel interno de cada país entre los ciudadanos —existe un problema de retribución de los ingresos—, situación que explica en gran medida la falta de legitimidad del actual sistema internacional. La legitimidad es el grado de adhesión que existe al proyecto por parte de los diferentes actores y se basa en la satisfacción económica y social que producía en la sociedad, este sistema genero la expansión de los sectores medios, pero en la actualidad en ellos mismos encuentra al gran grupo insatisfecho y detractor.

1.1 Crisis actual del orden internacional liberal

La pregunta que resuelta necesaria hacernos en vista del escenario actual es la siguiente; ¿Cómo fue posible que un proyecto que gozara de un gran consenso tanto entre los Estados como en la sociedad perdiera tanta legitimidad? Esta pregunta se puede responder explicando la declinación a la adhesión al proyecto liberal por parte de los dos grandes apoyos que tenía: Estados Unidos y la sociedad civil —sectores medios—, que han ido provocando la

⁸ SANAHUJA, JOSÉ ANTONIO. 2018. Crisis de globalización, crisis de hegemonía: un escenario de cambio estructural para América Latina y el Caribe. Icaria Editorial, Barcelona. p40

⁹ Comisión Económica y el Caribe (CEPAL). 2016. Panorama de la Inserción Internacional de América Latina y el Caribe. La región frente a las tensiones de la globalización. Santiago, 2016. p74.

erosión del sistema y a partir de ese escenario surge una segunda pregunta; ¿Por qué estos dos grandes apoyos declinaron su adhesión al proyecto?

Este proyecto tenía como sustento el respaldo de Estados Unidos como país hegemónico —más bien era su proyecto a partir del cual mantenía la hegemonía en el mundo—, razón por lo cual, es razonable establecer que, desde el punto de vista de la teoría del realismo de las relaciones internacionales, si el proyecto no le permite mantener la hegemonía, va a generar un alejamiento. Pero el declive de esta hegemonía y la crisis del proyecto tiene como punto de partida la crisis *subprime* de 2008-2009, y que fue consecuencia de la aplicación de la política económica neoliberal¹⁰, que expresó el límite de la expansión del sistema de capitalismo financiero que se encontraba desconectado del capitalismo productivo, sistema que no tenía reglas ni un control estatal, este hecho marco un punto de quiebre en la economía global lo que generó que se comenzara a cuestionar el modelo orden liberal por parte de los diferentes actores, a partir de ese escenario que comienza a instaurarse el relato al cual adhiere Trump y explica en gran medida su elección. Ese relato consiste en afirmar que la actual crisis económica se debe en gran medida por los efectos de la globalización —que es lo mismo que se señalar que se debe al proyecto liberal—, esos efectos negativos del orden liberal se expresan en que un sector de población —clase media— han visto deteriorada su vida por la concentración del ingreso, estancamiento salarial, pérdida de empleo manufacturero, viéndose presionados a enrolarse en servicio de baja remuneración¹¹, se ha ido construyendo un discurso en donde el comercio internacional es una de las causas de los problemas económicos de la sociedad norteamericana.

La crisis *subprime* demostró el fracaso evidente de la autorregulación del mercado, además ha incumplido la promesa de inclusión social y el aumento de las brechas sociales ha generado un escenario de descontento social, las fuerzas políticas tradicionales no han dado respuesta satisfactoria a este malestar social, razón por la cual, explica el surgimiento de respuestas no tradicionales como lo son las opciones nacionalistas y populistas en el ámbito político y en el ámbito económico medidas proteccionistas y ambas tipos de respuestas tienen como efecto generar un proceso de desintegración y fragmentación de las relaciones internacionales.

¹⁰ CÉSAR VALDÉS, JULIO CESAR. 2017. El resurgimiento del proteccionismo, Donald Trump y el libre comercio. Revista Chilena de Relaciones Internacionales. Volumen I N°2: 124-147. p129.

¹¹ ROSALES, OSVALDO. 2019. El conflicto US-China: nueva fase de la globalización. Revista de estudios internacionales, Santiago, 51(192), 97-126. p97.

1.2 Respuestas a la crisis del orden internacional liberal y ascenso de China

El caso paradigmático fue la respuesta norteamericana a este escenario de crisis, a través de la política exterior de Trump “*america firts o United state firs!*”, que cambió de manera drástica la postura tradicional de Estados Unidos sobre las relaciones internacionales que se mantuvo durante todo el Siglo XX y parte del SXXI hasta el gobierno de Obama —es un país de tradición de acuerdos internacionales—¹², tránsito desde un multilateralismo hacia un unilateralismo, ha cuestionado abiertamente el proyecto de orden liberal internacional, que se basaba en un sistema multilateral, a través de una agenda política agresiva impulsando en ese sentido una agenda revisionista de las normas comerciales mediante las cuales se sostiene la globalización¹³, que se expresó en la salida del Acuerdo de París, TPP, la renegociación del NAFTA y del KORUS, y además han bloqueado la elección de los integrantes del órgano de apelación de la OMC —se analizara en profundidad en el capítulo II—, y el establecimiento de medidas proteccionistas.

Otra respuesta a la crisis del modelo internacional liberal se presenta en la Unión Europea con la retirada del Reino Unido mediante el *Brexit*, sumándole la desastrosa gestión en el flujo de refugiados, sin perjuicio, existiendo este ambiente anti-globalista, los principales líderes de la UE Macron y Merkel apelan a la defensa de la globalización y al orden liberal internacional, sin perjuicios que en sus sociedades igualmente ha existido un ascenso de movimientos nacionalistas, euroescépticos y xenófobos contrarios a este proyecto, lo que genera que se viva un proceso de fragmentación del sistema internacional.

Paralelo a este proceso de cuestionamiento al modelo liberal internacional que afectan de manera directa al sistema multilateral y a las organizaciones internacionales, aparece el ascenso vertiginoso de China con su modelo de “capitalismo de Estado”, el cual le ha permitido crecer de manera exponencial en estas últimas décadas hasta convertirse en la segunda economía mundial, con el objetivo puesto en relevar a Estados Unidos del primer lugar como la economía más importante del mundo. China a diferencia de Estados Unidos, su política exterior liderada por el presidente Xi Jinping, este último se muestra proactivo y participa del sistema de comercio internacional.

¹² JUILLET GUY. 2019. El unilateralismo de Donald Trump: un cuestionamiento de la política exterior de los Estados Unidos. Revista Chilena de Relaciones Internacionales. Volumen 3 N°1: 79-106. p83.

¹³ DE LA BALZE, FELIPE A.M. (2019). La lucha por la hegemonía mundial (Estados Unidos, China y Argentina). Revista de estudios internacionales Santiago, 51(194), 195-209. p194.

Para entender está dispuesta por la hegemonía entre Estados Unidos y China, se debe entender la visión a largo plazo de la política económica de China que tiene como objetivo ser la principal economía del mundo, este objetivo se sustenta en el denominado “sueño chino” trazado en el XVIII Congreso Nacional del Partido Comunista Chino¹⁴, donde fueron definidas las políticas públicas para lograrlo. Este sueño tiene por finalidad devolver a China a la normalidad histórica —volver al lugar que ocupada el Reino del Medio en la económica mundial—, tienen una visión a largo plazo de convertirse en el epicentro de la económica mundial, lo que naturalmente colisiona con el liderazgo mundial de Estados Unidos que ha ostentado a lo largo de la segunda mitad del SXX hasta la actualidad, la primera etapa de esta confrontación es la denominada “guerra comercial” —no es solo una diferencia estrictamente comercial, sino que es una expresión de lucha política por la hegemonía mundial—.

La guerra comercial podemos sintetizarla de la siguiente manera: La visión económica de Trump es de carácter mercantilista, lo que significa que el poder económico se expresa en tener un superávit comercial que se obtiene exportando más bienes de lo que se importar, entonces las relaciones comerciales entre los países; lo que gana un país necesariamente el otro lo pierde. Con esta visión no existe la posibilidad de beneficiarse mutuamente idea que subyace la matriz económica consistente en la cooperación entre los países del proyecto liberal. Entonces para obtener un superávit económico se requieren medidas proteccionistas, que se expresan en el aumento las barreras arancelarias y al mismo tiempo apoyar a la industria nacional con la finalidad que los norteamericanos consuman bienes internos y no los importados. Esta visión de la económica entra en total confrontación con la finalidad de la OMC que es promover el comercio internacional, que consiste en el intercambio de bienes y servicios en donde ambas partes obtienen beneficios recíprocos.

La relación comercial que existe entre Estados Unidos y China, el país norteamericano se encuentra en déficit comercial, razón por la cual, Trump comenzó a instaurar medidas proteccionistas, que se expresaron en Julio del año 2018 con el aumento del arancel del 25% sobre una lista de 818 productos precedentes de China, a lo cual China respondió de la misma manera¹⁵, el objetivo de Trump es el de reducir importaciones chinas e impulsar que a los estadounidenses a comprar más productos hechos en el país. Esta guerra comercial, no solo

¹⁴ ROSALES, OSVALDO. 2019. El conflicto US-China: nueva fase de la globalización. Revista de estudios internacionales, Santiago, 51(192), 97-126. p99.

¹⁵ JUILLET GUY. 2019. El unilateralismo de Donald Trump: un cuestionamiento de la política exterior de los estados unidos Revista Chilena de Relaciones Internacionales. Volumen 3 N°1: 79-106.p97

busca mejorar la economía estadounidense, sino también contener el ritmo de crecimiento de China.

En este contexto de crisis del modelo internacional liberal; de fragmentación del multilateralismo; donde los países que patrocinaron la creación de este orden—Estados Unidos y Reino Unido— han respondido a la crisis con la adopción de medidas unilaterales y proteccionista; además se encuentra el cuestionamiento al modelo económico capitalista; la democracia también está viviendo un proceso de decadencia. Por lo tanto, toda la estructura en que se sustentan el orden internacional liberal está viviendo un periodo de cuestionamiento, consecuentemente a ese contexto se genera que la OMC también se encuentre en crisis, esto se explica que al ser una de las organizaciones internacionales esenciales en este articulado, en razón, que es uno de los pilares fundamentales es la existencia de libertad del comercio internacional, tanto su promoción como su regulación fue encomendada a la OMC —en un inicio al GATT 1947—.

Al estar en crisis el comercio internacional, debido a las medidas unilaterales y proteccionistas de los países desarrollado en especial de Estados Unidos y por la guerra comercial existente entre Estados Unidos y China, repercute necesariamente en la OMC, que comiencen aparecer críticas de las más diversas índole, que van desde críticas al seno de la misma organización —que no está siendo utilizada por los países como un foro de negociación, prefiriendo los Estados resolver los problemas comerciales de manera unilateral o bilateral—, hasta la paralización de facto por Estados Unidos del sistema de solución de controversia. Ambos cuestionamientos a la OMC serán analizados en el transcurso de las siguientes páginas de manera pormenorizada e indicando posibles soluciones, sin perjuicio que resulta necesario antes, explicar cómo surge la OMC, cuál es su función, objetivos, estructura y posterior desarrollo hasta la actualidad.

2. Antecedentes generales de la Organización Mundial del Comercio

La Organización Mundial del Comercio (OMC), nace con la suscripción del Tratado de Marrakech en el año 1994, por parte de los Estados participantes de la Ronda de Uruguay (1986-1994). Es la organización internacional que tiene la misión de dictar normas jurídicas que regulen el comercio internacional entre los países miembros de la organización.

El sistema jurídico de la OMC tiene como objetivo instaurar un régimen de comercio internacional de carácter multilateral libre de obstáculos, de discriminación y del que deriven

ventajas recíprocas para todos los Estados¹⁶. Las normas jurídicas de la OMC tienen como finalidad la apertura del comercio de mercaderías, servicios y propiedad intelectual; y la eliminación de políticas proteccionista de los Estados miembros, que generan obstáculos al comercio. La estructura jurídica de la OMC, como todo ordenamiento jurídico consiste en un conjunto unitario y coherente de normas jurídicas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado¹⁷, en el caso de la OMC, las fuentes de las normas son los acuerdos abarcados, principios jurídicos y jurisprudencia —informe de los Grupos Especiales y Órgano de Apelación—.

El mecanismo mediante el cual se negociación los acuerdos comerciales —fuente principal de las normas jurídicas del comercio internacional—, es mediante las rondas de negociaciones. La OMC es un foro de negociación, en donde los Estados miembros se sientan a conversar y a buscar soluciones mutuamente convenidas a los problemas del comercio internacional —al final del día esa es la función principal de la OMC ser un foro de negociación—, por lo tanto, la existencia de la OMC se justifica en el ejercicio efectivo de su función negociadora que se mide en la suscripción de acuerdos comerciales que resuelvan los desafíos que presente el comercio internacional en un momento determinado¹⁸. En consecuencia, todo lo que hace la OMC es negociar, estas negociaciones se llevan a cabo en las rondas de negociaciones la finalidad de estas negociaciones es superar los problemas que se generen entre Estados miembros en mira de tener un comercio que sea más libre. Una vez que se llegue a un consenso en las rondas de negociación respecto de las medidas que se van a adoptar en miras del mejoramiento al comercio internacional, este consenso quedara plasmado en la suscripción de un acuerdo.

La OMC administra dichos acuerdos y hace que los Estados miembros respeten los acuerdos suscritos. Este mecanismo de funcionamiento que tiene la OMC se explica en mayor medida en razón que nació como consecuencia a la celebración de rondas de negociaciones y todas las modificaciones que se realicen a los acuerdos abarcados son resultados de las negociaciones. En el caso que alguno de los Estados miembros incumpla las normas contenidas en los acuerdos abarcado, habilita al Estado miembro afectado a colocar en movimiento el mecanismo de solución de controversia de la OMC, con la finalidad de obtener

¹⁶ DIEZ DE VELASCO, M. 2009. Instituciones de derecho internacional público. 17°ed. España, Tecnos. 731p.

¹⁷ CORDERO, Q. y ALDUNATE, L. 2013. Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno. Chile, Legalpublishing. 22p.

¹⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. 2015. Entender la OMC. 5°ed. Ginebra. 9p.

el restablecimiento del orden jurídico del sistema comercial internacional —en el capítulo II se analizara en detalle el mecanismo de solución controversia y sus respectivas críticas—.

Han transcurrido 25 años desde la creación de la OMC, pero la regulación del sistema de comercio internacional tiene casi medio siglo de existencia, desde el año 1947 con la celebración del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), este tránsito desde el GATT (1947) hasta el surgimiento de la OMC se analiza a continuación.

2.1 ¿Cómo surge la OMC? Desde el GATT (1947) hasta el surgimiento de la OMC.

La OMC nace con la suscripción por parte de los Estados del Tratado de Marrakech del año 1994, y comenzó su funcionamiento el 1° de enero de 1995, pero tiene como antecedentes directo el GATT (1947), el cual regula el comercio internacional desde el año 1948 hasta el año 1994 cuando se suscribió el tratado que dio nacimiento a la OMC, en consecuencia, el antecedente historia de la OMC es el GATT (1947), razón por la cual, se resumirá de forma breve la constitución del GATT (1947) y posteriormente las razones que hicieron necesaria la creación de la OMC.

2.1.1 Antecedentes preliminares para la creación del GATT (1947)

En las páginas anteriores se mencionó que el orden liberal internacional, se comenzó a articular con el término paulatino de la Segunda Guerra Mundial (1945), y se sustentó en la idea del sistema económico capitalista —liberalización del comercio internacional—, como forma de gobierno la democracia, y la creación de organizaciones internacionales que apoyaran y expandiera este proyecto. Estas últimas nacieron con la finalidad de que funcionaran como espacios donde los Estados resolvieron sus diferencias de manera pacífica, como lo indica la carta de las Naciones Unidas que señala en su artículo 1 los propósitos de la ONU, los cuales son: son mantener la paz y la seguridad internacionales; realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales y en el desarrollo y estímulo de los derechos humanos; y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.¹⁹

Desde la perspectiva económica, se buscaba asentar la idea de liberalización del comercio internacional, por lo cual, se reunieron 45 Estados en la Conferencia de Bretton Woods” el año 1944, con la finalidad de celebrar una negociación, para establecer las bases de un nuevo orden económico y financiero.

¹⁹ BANAVALA, S. 2004. Derecho internacional público. 8ªed. Chile, Lexis Nexis. 421p,

Esta idea de un nuevo orden económico se estructuraba bajo los principios de cooperación internacional y de apertura de los mercados, y que buscaba evitar las políticas públicas de carácter proteccionista realizadas en el periodo de entreguerras por los países industrializados, estas medidas proteccionistas se expresaron en el aumento de los aranceles, controles de cambios y proliferación de acuerdos bilateral de intercambio compensado. En dicha conferencia se creó el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), y además se sentaron las bases para la creación de la Organización Internacional de Comercio (OIC)²⁰. Cada organización internacional iba a tener una función determinada en la regulación económica internacional.

El Fondo Monetario Internacional (FMI), fue creado con la principal función de garantizar la estabilidad del sistema monetario y financiero internacional, promueve la estabilidad del sistema de tipo de cambios y corrige los problemas de la balanza de pagos en los países. El Banco Mundial (BM) tiene como principal misión combatir la pobreza para obtener resultados duraderos y OIC iba a estar encargada de regular el intercambio de bienes y productos, y además se encargaría de supervisar y aplicar las reglas del comercio internacional que estarías contenidas en un convenio internacional —Carta de la Habana— que se dictaría al respecto.²¹

2.1.2 Fracaso del intento de creación de la OIC y surgimiento del GATT (1947)

El Consejo Económico y Social de las ONU convocó a una conferencia internacional sobre comercio y empleo en el año 1946, en donde participaron alrededor de 50 países. Los acuerdos de la conferencia quedaron plasmados en la “Carta de la Habana”, que sería el marco regulatorio de la OIC, y en donde su regulación tenía por finalidad fomentar el comercio internacional y lograr el pleno empleo.

El proyecto de la Carta de la Habana de la OIC, resultó ser muy ambicioso para la época, contenía 106 artículos y más de 16 anexos, además de regular el comercio internacional, contenía normas relativas al empleo, convenios sobre productos básicos, prácticas comerciales restrictivas, inversiones internacionales y servicios. Paralelamente a la creación de la OIC, alrededor de 15 países iniciaron en 1945 negociaciones que tenían como única finalidad reducir y consolidar los aranceles aduaneros solo de mercadería, estas

²⁰ GALLEGOS, JAIME. 2010. Las sanciones contempladas por el incumplimiento de los acuerdos del comercio internacional. *Revista derecho y humanidades* 16 (1): 188p.

²¹ WITKER, JORGE. 2011. *Derecho del comercio exterior*. México: Universidad Nacional Autónoma de México: Asociación de agentes aduanales del Aeropuerto de México A.C. p52.

negociaciones quedaron plasmada en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947). Las concesiones arancelarias entraron a regir el 30 de junio de 1948 en un “Protocolo de Aplicaciones Provisional”, de esa manera nació el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio denominado GATT (1947), con 23 miembros fundadores entre los cuales se destacaban Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Japón. Este acuerdo tenía un carácter provisorio porque iba ser un anticipo de lo que se regularía posteriormente por la Carta de la Habana, una vez que entrara a regir, en consecuencia, el GATT (1947) iba a formar parte de lo regulado por la Carta de la Habana, en razón que el GATT (1947) solo regulaba una materia específica del comercio internacional —los aranceles—, donde esa materia junto a otras del comercio internacional iba a ser reguladas por la Carta.

La Carta de la OIC fue aprobada en marzo de 1948, pero como todo tratado internacional debe ser ratificado por los países contratante, para que el tratado pase a formar parte del ordenamiento jurídico interno de cada uno de los países contratantes de la Carta — mecanismo que varía según la normativa de cada país—. El Senado de los Estados Unidos decidió no ratificar la Carta, lo que tuvo como efecto que otros Estados tampoco ratificaran el ambicioso proyecto²², lo que significó que la OIC nunca pudiera concretarse.

Con el fracaso de la ratificación de la Carta de la Habana y consecuentemente de la OIC, el GATT (1947) que tenía una finalidad provisorio, se convierte en el único instrumento jurídico multilateral de regulaciones de las transacciones comerciales internacionales²³, cuyo espíritu pragmático consistía en motivar la libertad del comercio internacional, enfocada en un comercio libre de obstáculos, pero el único obstáculo que buscaba remover o disminuir eran los aranceles —existiendo otro obstáculos al comercio internacional—, el GATT (1947) que teniendo una finalidad provisorio duro alrededor de 47 años hasta el año 1994.

2.1.3 Desde la crisis del GATT (1947) hasta la creación de la OMC (1994).

Durante el proceso de negociaciones del GATT (1947), los Estados participaron se enfocaron en regular las concesiones arancelarias, y se obligaron a no aumentar los arancelas sobre las tasas negociadas. Sin perjuicio que en sus inicios el GATT (1947) fue pensado de forma provisorio como un simple acuerdo de comercio, se debe afirmar que fue una organización internacional, en razón que conto: a) con un acuerdo general que lo dotaba de estructura jurídica —derecho y obligaciones para las partes contratantes—; b) órganos de

²² GALLEGOS, JAIME. 2010. Las sanciones contempladas por el incumplimiento de los acuerdos del comercio internacional. *Revista derecho y humanidades* 16 (1): 188p.

²³ DIEZ DE VELASCO, M. 2009. *Instituciones de derecho internacional público*. 17ªed. España, Tecnos. 720p.

funcionamiento permanente; c) sistema de solución de controversia y d) principios fundamentales que posteriormente fueron recogidos por la OMC —cláusula de la nación más favorecida, reciprocidad, la no discriminación, igualdad formal de todos los Estados—. ²⁴

Al ser el único instrumento multilateral que regulaba el comercio internacional y solo estaba enfocado en los aranceles de las mercaderías, fue requiriendo que se fueran creando nuevas normas jurídicas y el mecanismo de creación consistía en la celebración de negociaciones multilaterales que tenían esa finalidad, durante el transcurso de casi 50 años se fueron realizando continuas y sucesivas rondas de negociación entre cuales las más relevantes fueron: a) Ronda de Tokio (1973-1979), con alrededor de 102 países donde por primera vez se hizo una revisión a los acuerdos originales y se abordaron barreras no arancelarias como fueron antidumping, subsidios, derecho compensatorios y salvaguardas, la particularidad consistía en que los acuerdos nuevos adoptados eran autónomos, es decir, cada miembro del GATT (1947) podía decidir a cuales adherir —a diferencia de la OMC que los países miembros se encuentran adheridos a todos los acuerdos abarcados—; b) Ronda de Uruguay (1986-1994), conto con la participación de 123 países, fue la mayor reforma al sistema mundial de comercio desde la creación del GATT (1947), entre sus principales objetivos fue lograr una mayor liberalización del comercio internacional, extender su ámbito de aplicación a los servicios y propiedad industrial y esta ronda concluyo con la firma de 125 países del Tratado de Marrakech el 15 de abril de 1994 que dio origen a la OMC.

En la actualidad se encuentra en desarrollo la Ronda de Doha desde el año 2001, en donde se busca ampliar el ámbito de aplicación a determinados servicios, agricultura, facilitación del comercio, comercio y medio ambiente, comercio y transferencia de tecnología, en la actualidad se encuentra paralizada y demuestra la crisis actual que está viviendo la OMC respecto a su principal función ser un foro de negociación.

3. Sustento normativo para un orden multilateral del comercio internacional.

En las paginas anteriores se describió el proceso histórico creación tanto del GATT (1947) como de la OMC, ambas organizaciones internacionales derivan del asentamiento y expansión del proyecto de orden internacional liberal, sin perjuicio de la dependencia que existe de la OMC al orden internacional liberal, la OMC al igual que el GATT (1947) tienen su propio sustento normativo.

²⁴ WITKER, JORGE. 2011. Derecho del comercio exterior. México: Universidad Nacional Autónoma de México: Asociación de agentes aduanales del Aeropuerto de México A.C. p53-54.

El sustento normativo del GATT (1947) y de la OMC, consiste en la confluencia de tres factores: (a) económico, (b) jurídico y (c) político. Estos tres factores se alinearon en una primera oportunidad con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, que permitió la creación del GATT (1947) y se mantuvieron estables para el nacimiento del OMC en el año 1994, sin la confluencia de estos tres factores resulta imposible concebir la existencia de un orden multilateral de comercio.

3.1 Sustento económico

Es ineludible que, sin la confluencia de los tres requisitos señalados, es imposible pensar en una organización internacional que regule el comercio y que logre la adhesión de la mayor cantidad de países, pero el factor económico es el factor base para el nacimiento de un orden económico internacional. El comercio internacional se sustenta bajo la idea de la filosofía económica liberal —teniendo su base en el liberalismo clásico de Locke, Mill y Tocqueville—, de la cual subyace o tiene como efecto práctico que los Estados deben liberalizar sus economías con el fin de permitir el comercio internacional, sin que se asentara esta idea, que el libre comercio es el mecanismo más idóneo para que los países puedan obtener beneficios económicos —que se traducen en bienestar social—, no se habría generado en un primer momento el GATT ni mucho menos pensar en la OMC.

La teoría económica liberal, tiene como fundamento que un comercio más libre genera crecimiento económico, pero lo relevante es que todos los países pueden participar independiente de su desarrollo económico, porque todos tienen diferentes tipos de activos que puedan emplear para producir bienes tanto para sus mercados internos como para competir en el exterior²⁵, por lo tanto, independiente del nivel económico de un país siempre va a poder participar del comercio internacional y obtener beneficios.

Los beneficios del comercio internacional se explican en gran medida en función que genera crecimiento económico en los países participantes en el, que se demuestra en el aumento anual del PIB, el cual ha quedado evidenciado con el aumento en los países que han participado del GATT (1947) y de la OMC. Sobre la base de esa convicción —crecimiento económico— se ha defendido la libertad de comercio como un instrumento que permite lograr un objetivo que podemos considerar universal: la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la población mundial que está íntimamente relacionada con la renta económica

²⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. 2015. Entender la OMC. 5ªed. Ginebra, Organización Mundial del Comercio. 13p.

generada y con su distribución²⁶ —la distribución es el cuestionamiento actual al modelo de libre mercado—.

La justificación teórica a la pregunta ¿Por qué la apertura de los mercados a nivel internacional genera crecimiento económico?, esa respuesta la podemos encontrar en los economistas clásicos, en un primer momento se respondió con la teoría de la ventaja absoluta de Adam Smith (1723-1790). Para Smith, *“mientras más amplia es el área del comercio mayor es la posibilidad de división del trabajo y mayor la eficiencia y productiva del mismo”*²⁷, de su pensamiento se sienta la base doctrinaria del libre mercado. Agrega Smith que el libre mercado aumenta la riqueza, basándose en que si un país amplía su mercado nacional a un mercado internacional podrá aprovecharse de la división internacional del trabajo, que tendrá como efecto que cada país se especialice en la producción de bienes que este mejor capacitado para producirlos. En consecuencia, cada país participante del comercio internacional deberá dedicarse a exportar productos que sea más rentable producir y que adquiera aquellos productos que otros países estén en una mejor posición de producirlos, por lo tanto, si cada país se dedica a producir lo que es más rentable e intercambian sus productos con otros países ambos obtendrán ganancias.

Sí el comercio se basara en esta teoría se llegaría a la conclusión ilógica que al comparar dos países y uno de ellos, no es más rentable producir cualquier tipo de bien respecto del otro país, se tendría que concluir necesariamente que lo óptimo para el mercado internacional sería que un país fuera siempre exportador y otro país siempre importador, lo cual tendría como efecto práctico que para el país importador sería más rentable no producir bienes situación que va en contra de la lógica del mercado.

Posteriormente David Ricardo (1772-1823), se hace cargo del defecto práctico de la teoría de Smith, al plantear su teoría de la ventaja comparativa. Teoría que logra explicar que incluso comparando a dos países en donde uno de ellos no es más rentable producir ningún producto, igualmente comerciando ambos países pueden obtener beneficios económicos recíprocos, exportando cada país los productos en que comparativamente son más

²⁶ MILLET, M. 2001. La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC. Barcelona. Caja de ahorros y pensiones de Barcelona. 13p.

²⁷ ORTIZ, E. 2000. El estudio de las relaciones internacionales. Chile. Fondo de Cultura Económica. 44p.

productivos e importados los bienes que pueden producir con menos eficacia²⁸. Con esta teoría permita ampliar el rango de países beneficiados por el comercio internacional.

Sin perjuicio de la época en que se configuró el soporte normativo del liberalismo económico clásico, la aplicación práctica tuvo que esperar hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, donde se logró asentar la idea que el libre mercado es el mecanismo idóneo de crecimiento económico y que permitió la creación del GATT (1947) y de la OMC.

3.2 Sustento jurídico

La OMC al igual que todas las organizaciones internacionales se estructuran bajo el marco normativo del derecho internacional público que puede ser definido como *“el orden jurídico de la comunidad de Estados, o sea, el conjunto de reglas y principios jurídicos que rigen las relaciones entre los Estados”*²⁹. Una de las funciones más importantes OMC es administrar los acuerdos abarcados —nacen mediante la celebración de las rondas de negociación— que regulan el comercio internacional, por lo tanto, para que estos acuerdos obliguen a sus regulados se requiere ineludiblemente que los Estados adhieran de manera voluntaria a las normas de la OMC que tienen la naturaleza jurídica de ser normas de derecho internacional público. Ningún sistema normativo puede subsistir si los regulados no están obligados al sistema.

La voluntad generalizada de los Estados de ser regulados por el derecho internacional es una cuestión reciente, más bien posterior a la Segunda Guerra Mundial. Los Estados son soberanos e independiente, por lo tanto, siempre han visto con celos a las organizaciones internacionales, en razón que el derecho internacional se funda en la cesión voluntaria de soberanía por parte de los Estados, en consecuencia, de manera deliberada deciden ser regulados por el derecho internacional, en efecto, en el plano internacional no hay una legislatura que dicte normas generales obligatorias para todos los Estados. Las normas del derecho internacional son creadas por los Estados —sus propios destinatarios—³⁰, en consecuencia, para la existencia y vigencia de la OMC se requiere necesariamente que los Estados miembros se sometan de forma voluntaria a las normas jurídicas —acuerdos abarcados— de la OMC.

²⁸ LAVADOS, H. 1978. Teorías del Comercio Internacional. Modelos y algunas evidencias empíricas: una revisión bibliográfica. Revista Estudios de Economía Universidad de Chile. Volumen 5. (3): 172-218.

²⁹ BANAVADA, S. 2004. Derecho internacional público. 8ªed. Chile, Lexis Nexis. 27p.

³⁰ Ibid. p.29

Dentro de los argumentos que se esgrimieron en la creación de la OMC, fue principalmente que el derecho aporta una mayor certeza a los agentes económicos privados —actor principal del mercado— que participan del comercio internacional. La previsibilidad de las reglas internacionales del comercio tiene un efecto positivo directo en los productores, porque fomenta las inversiones, en razón, que teniendo certeza respecto de las normas que regulan el comercio podrán organizar su producción a largo plazo, lo que su vez va a general empleos y la sociedad obtendrá beneficio de esta situación. Un ejemplo de cómo funciona la previsibilidad de las reglas del comercio intencional sería el siguiente: Los agentes económicos podrán saber con antelación que aranceles deberán pagar y que obstáculos no arancelarios deberán soportar para poder exportar sus productos a otro país, de esta manera podrán realizar un cálculo racional de los beneficios y costos de la transacción de sus productos, este estándar certidumbre, solo se logra, si los Estado adhieren y cumplen la normativa contenida en los acuerdos abarcados de la OMC.

3.3 Sustento político

El tercer y último requisito indispensable para la creación de organizaciones internacionales económicas, es el requisito político, es un hecho que en la comunidad internacional exista asimetría de poder entre los Estados al momento de relacionarse entre ellos. El poder se puede definir *“como la capacidad de un sujeto, de obligar a otro sujeto a hacer algo que, de no ser así no lo haría”*³¹, y además *“El poder domina las relaciones políticas dentro de los países y entre ellos, estén o no establecidas instituciones intermedias, como la OMC, para ayudar a gestiones estas relaciones”*³². Un efecto de lo descrito es que todos los Estados tienen una influencia diferente en las decisiones que se adopten en la comunidad internacional, en consecuencia, para la creación y estabilidad de las organizaciones internacionales se requiere ineludiblemente que los Estados con mayor influencia en el ámbito internacional, adhieran a la creación de organizaciones internacional y posteriormente se sometan a las normas jurídicas de la organización, de esa manera incentivarán al resto de los Estados adherir al mismo proyecto. En razón que sin el apoyo de estos Estados es imposible pensar en organizaciones internacionales.

En el caso que nos concierne, para lograr el nivel de liberalización del comercio que existe en la actualidad, fue un proceso paulatino a consecuencia de la intención de los Estados

³¹ VANGRASSTK, C. 2013. Historia y futuro de la Organización Mundial del Comercio. Ginebra, Organización Mundial del Comercio. 23p.

³² Ibid. 24p.

hegemónico de hacerlo. Por ejemplo, durante el SXIX la potencia política y económica de la época era Gran Bretaña, la cual tuvo como política pública la liberalización del comercio y posteriormente en el Siglo XX después de la Segunda Guerra Mundial, la potencia era Estados Unidos, que también tuvo la política pública de liberalizar el comercio, lo que trajo como consecuencia la celebración por parte de los Estados contratante la celebración del GATT (1947). Posteriormente la creación de la OMC se debió en mayor medida por el esfuerzo de la Cuadrilateral (Canadá, Estados Unidos, Japón y la Unión Europea)³³ que estuvieron conteste en que era necesario e indispensable la existencia de una organización internacional que regulara el comercio internacional.

Un ejemplo paradigmático de que sin el apoyo de Estados hegemónicos no es posible la creación de organizaciones internacionales, fue el caso fallido de la Organización Internacional del Comercio (OIC), en donde el Congreso de Estados Unidos no autorizó la ratificación del tratado constitutivo de la organización, que provocó que no se lograra crear la OIC³⁴, en conclusión, resulta indispensable el apoyo de Estados hegemónicos para la creación de organismos internacionales.

En conclusión, resulta indispensable la concertación de tres requisitos anteriormente señalados para la creación de la OMC, que pueden ser resumidos de la siguiente manera: i) debe estar asentada la idea que el comercio internacional genera bienestar social; ii) voluntad de los Estados de someterse al derecho internacional público; iii) que los Estados hegemónicos tenga la intención de crear y la permanencia en el tiempo de este tipo de organización.

4. De la crisis del proyecto internacional liberal a la actual crisis general de la OMC

En las páginas anteriores se afirmó que el orden internacional liberal vive una profunda crisis de legitimidad, en donde uno de sus ideales fundamentales es la liberalización del comercio basado en un sistema multilateral de comercio cooperativo, función encomendada en un primer momento al GATT (1947) y posteriormente a la OMC. Ambas instituciones se iban a encargar de regular el comercio internacional mediante la adopción de acuerdos y resolver los problemas que iban a ir generando con el transcurso del tiempo, creando un espacio necesario para la discusión —foro de negociación— y la posterior adopción de

³³ Ibid. 52p.

³⁴ DIEZ DE VELASCO, M. 2009. Instituciones de derecho internacional público. 17ªed. España, Tecnos. p.719.

decisiones, que se concretizan mediante la suscripción de un acuerdo, el cual es administrado por la OMC.

Al encontrarse en la actualidad el orden internacional liberal en crisis, en particular la convicción de los beneficios que reporta el libre mercado tanto para los países desarrollados como en desarrollo, el cual influía en que los países abrieran sus mercados y participaran del comercio internacional, ese consenso que existía se encuentra en cuestionamiento y quebrajándose³⁵.

Necesariamente al estar en cuestionamiento el proyecto liberal, va a tener efectos negativos en la OMC, provocando un cuestionamiento a la institución, porque tiene la obligación de cumplir una función esencial del proyecto —liberar el comercio—, sin perjuicio, igualmente la OMC está viviendo una crisis de legitimidad, que no solo se explica por la adhesión normativa al proyecto, sino también por características intrínsecas.

4.1 Crisis de la función negociadora de la OMC

La OMC tiene como función principal ser un foro de negociación, en el cual los Estados miembros concurren para solucionar de manera multilateral las dificultades o desafíos que se presentan en el comercio internacional, lo lógico sería en atención a la existencia de la crisis actual que vive el comercio internacional, deberían los Estados miembros utilizar las instancia que regula la OMC para buscar soluciones multilaterales convenidas, pero en la actualidad no está ocurriendo, y además los mismo países que fundaron el sistema multilateral no lo están ocupando —Estados Unidos—, en las próximas líneas se detallaran las razones de la crisis que está viviendo la OMC en su función de ser foro de negociación —solo aquellas que son intrínsecas a la OMC— y las consecuencias genera en el comercio internacional la inactividad de la OMC.

Debemos partir del hecho que el comercio internacional se encuentra en constante dinamismo, en consecuencia, requiere que continuamente se vayan realizando reformas al sistema de normas, con la finalidad que ir atendiendo de manera oportuna las nuevas necesidades que se vayan presentando, en esa lógica, se comenzó a celebrar desde el año 2001 la Ronda de Doha, primera y hasta el momento la única ronda de negociación de la OMC —desde su creación—, que a la fecha permanece inconclusa —declarándose su muerte en varias oportunidades—, esa ineficiencia por lograr concluir la ronda demuestra la crisis que

³⁵ BOHNNEBERGER, FABIAN y WEINHARDT, CLARA. 2017. Malestar en el libre comercio “un nuevo rol para la OMC”. Revista Nueva Sociedad N°271. Septiembre-octubre de 2017. 96p

vive el foro de negociación de la OMC, lo que ha llevado a los Estados miembros a comenzar a cuestionar la capacidad de la OMC para regular el comercio global y empiezan buscar alternativas con el objetivo de regular el comercio internacional.

4.1.1 Naturaleza de las materias objeto de discusión

Un primer elemento que explica la crisis actual que vive el foro de negociación es la naturaleza de las materias que son objeto de discusión. Esta situación explica en parte la dificultad de suscribir acuerdos, por ejemplo, en el GATT (1947) el obstáculo a suprimir para la liberación del comercio era el monto de los aranceles —solo de bienes—, materia que no revista mayor complejidad y generaba espacios que permitían llegar a posiciones comunes, en comparación a la actualidad en donde lo que se busca regular son las relaciones comerciales basada en la innovación tecnológica³⁶, esta modificación de la forma de celebrar el comercio se produce a diario y de manera tan sustantiva que se requiere una modificación inmediata de las normas.

En el caso particular de la ronda de Doha, existen temas extremadamente sensibles denominados “nuevos temas”, donde se encuentran incluidas materia tan disimiles como lo son, medio ambiente y políticas laborales, en este tipo de temas existe gran discrepancia entre los Estado, en razón que no todos los Estados están contestes en cómo deben ser tratados, existe una multiplicidad de formas de tratarlo, se relacionan con materias de políticas públicas internas de cada país, que generan un alto costo de implementación, que involucran la creación de toda una institución administrativa³⁷, y que en gran medida este tipo de asuntos no son realmente importantes para los Estados hegemónicos, porque requieren la implementación de políticas públicas que no generan beneficios a corto plazo.

4.1.2 Fragmentación del poder entre los países miembros y falta de liderazgo

Un segundo elemento que erosiona el foro de negociación de la OMC es la existencia de la fragmentación del poder entre los países miembros de la OMC, lo que tiene como efecto que exista una multiplicidad de intereses que dificulta poder acordar un determinado consenso, durante la existencia del GATT (1947) y los primeros años de la OMC, existía un bloque de países que detentada el poder en la comunidad internacional, el cual lo hacían valer al momento de adoptar acuerdos sobre el comercio internacional, en consecuencia, del espíritu

³⁶ LIZARAZO, GONZALEZ M.C. (2019). Es necesaria la transformación del sistema multilateral y su institución central, la OMC. *Revista De Derecho Fiscal*, (14), 189-202. p194.

³⁷ ZELICOVICH, JULIETA (2019). La crisis de la OMC y el trilema de las negociaciones comerciales internacionales. *Revista de Relaciones Internacionales. Universidad de Costa Rica N°92.1*, 1-22. p8.

de los acuerdos suscritos se desprende que se buscaba por parte de los países hegemónicos obtener las mayores ventajas económicas en desmedro de aquellos que se encontraban en una situación de económica en desarrollo, lo que ocurría era la existencia de una prelación al bienestar de ciertas naciones por encima del bienestar del conjunto³⁸. Lo que permitía la generación de acuerdos era la presencia más bien de un sistema de comercio internacional unilateral que se disfrazaba de multilateral, en donde las potencias económicas manejaban los temas de negociación y la adopción de acuerdos a su voluntad sin la participación del resto de los miembros de la comunidad internacional.

En consecuencia, por la existencia de un mundo unipolar —hegemonía de Estados Unidos—, al existir un liderazgo fuerte que permitió la suscripción de acuerdos y al mismo tiempo no existían Estados que pudieron hacer un contrapeso a los intereses de los Estados hegemónicos, pero en los últimos años se transitó efectivamente a un mundo multipolar, que volvió cada vez más complejo poder armonizar posiciones, durante la Ronda de Uruguay los países en desarrollo se encontraron con las reglas determinadas o se integraron con posterioridad a la creación de la OMC —China y Rusia—, por lo tanto, no tuvieron más opción que aceptar las reglas del juego ya existente.

La ronda de Doha tuvo como propósito original mejorar las expectativas económicas de los países en desarrollo, que, durante la creación de la OMC, hicieron concesiones para lograr acuerdos. En la actualidad esos países de economías emergente se volvieron economías desarrolladas —China, India y Brasil—³⁹ y tienen la capacidad económica y la voluntad para poder oponerse a las económicas establecidas. En el escenario actual de un mundo en donde el poder se encuentra fragmentado, la OMC ha fracasado como foro de negociación no logrando poder conciliar posiciones de Estados tan heterogéneos, en donde todos tienen diferentes modelos económicos, y además se encuentran en estados de desarrollo económico y social divergentes, lo que tiene como efecto que regular el comercio internacional se vuelva una tarea sumamente compleja.

4.1.3 Procedimiento de adopción de decisiones

Un tercer y último elemento que explica la situación de crisis actual del foro de negociación es el procedimiento de adopción de decisiones —regla del consenso pasivo—,

³⁸ LIZARAZO, GONZALEZ M.C. (2019). Es necesaria la transformación del sistema multilateral y su institución central, la OMC. *Revista De Derecho Fiscal*, (14), 189-202. p195.

³⁹ BOHNNEBERGER, FABIAN y WEINHARDT, CLARA. 2017. Malestar en el libre comercio “un nuevo rol para la OMC”. *Revista Nueva Sociedad* N°271. Septiembre-octubre de 2017. 98p

que consiste en determinar como el foro de negociación produce resultados, que se verán reflejados a través de la suscripción de un acuerdo, cuando se produce este procedimiento podemos afirmar que el proceso de negociación fue efectivo. Entonces la efectividad de un proceso de negociación será la capacidad de llegar a un acuerdo oportunamente, que resuelva los aspectos relevantes de la discusión y sea adoptado por la cantidad suficiente de Estado miembro⁴⁰.

La OMC regula el procedimiento de adopción de decisiones, del cual se concluye que se tendrá por acordada una decisión, si existe unanimidad en la adopción de una decisión por todos los Estados participantes, entonces si existe un solo Estados que se oponga a la decisión se tendrá por frustrado el proceso de negociación, por lo tanto, todos los países miembros tienen igualdad de voto y gozan de un derecho a veto respecto de cualquier eventual decisión, este mecanismo ha obstaculizado la toma de decisiones y además los países están negociando por coaliciones con la finalidad de tener un mayor peso en la momento de negociar.

A partir de esta facultad —derecho a veto— que cuentan los Estados miembros, Trump decidido bloquear el nombramiento de jueces del Órgano de Apelación —tema que se va a profundizar en el capítulo II—. Entonces basta que un miembro opte por ejercer este derecho veto para bloquear el funcionamiento de la institucionalidad de la OMC. Además, otro obstáculo es la existencia de la cláusula “Single Undertaking”, que consiste en que todos los elementos que configuren una materia deben ser adoptados en su conjunto —se negocian como paquete único—, en consecuencia, no pueden adoptarse elementos por separados o de manera individual respecto de la materia que se discute.

4.2 ¿Cómo repercute la crisis del foro de negociación en el sistema multilateral económico?

La excesiva prolongación de la ronda de negociación de Doha —casi 20 años— sin existir acuerdos sobre las materias que se discuten, y teniendo en consideración que existe la necesidad imperiosa de actualizar las normas jurídicas que regulan el comercio internacional por la naturaleza dinámica que tiene, ha traído como consecuencia que muchos de los Estados miembros han optado como fórmula alternativa para llenar el vacío existente la celebración de acuerdo comercio de carácter bilateral o regionales, lo que tiene como efecto que la OMC

⁴⁰ ZELICOVICH, JULIETA (2019). La crisis de la OMC y el trilema de las negociaciones comerciales internacionales. Revista de Relaciones Internacionales. Universidad de Costa Rica N°92.1, 1-22. p8.

comience a perder la centralidad del sistema de comercio internacional y más grave aún la fragmentación creciente del sistema multilateral de comercio.

En consecuencia, que el foro de negociación de la OMC no que está cumpliendo con su función—armonizar la posición de 164 Estados diferentes—, ha empezado a generarse un creciente aumento de acuerdos plurilaterales de carácter megarregionales —Acuerdos Transpacífico de Asociación Económica (TPP) y Asociación Económica Integral Regional (RCEP)—, con la finalidad de abordar negociaciones sobre temas complejos, pero solo entre aquellos Estados interesados y con capacidad de hacerlo⁴¹. Este escenario propicia una regulación asimétrica del comercio global, creando núcleos comerciales entre países de un determinado estándar económico dejando fuera a los países en desarrollo.

Este contexto internacional tiene como efecto que va a provocar el aumento de la complejidad y los costos operacionales del comercio internacional, la fragmentación del sistema de normas genera disminución de la previsibilidad y a su vez provoca el aumento de la incertidumbre principalmente para el agente privado —el actor relevante del mercado—. Al no fijarse de manera multilateral las reglas del comercio internacional por una organización internacional central —como lo es la OMC—, va a generar la existencia de un cumulo de cuerpos normativos teniendo su fuente en diferentes y diversos acuerdos, que lleguen a colisionar entre ellos, lo que va a generar un mayor costo a los productores, en razón que van a tener que cumplir con un conjunto diferentes normas las cuales van a ir variando dependiendo del destino de sus exportaciones, situación que se buscaba evitar con la creación de la OMC⁴².

Al tener que buscar los Estados otras alternativas de solución a los problemas que se presentan en la actualidad en el comercio internacional, ante este escenario determinados Estados —Estados Unidos principalmente— han adoptado medidas proteccionista, este tipo de medidas no colisionan necesariamente con el sistema de comercio internacional, de hecho, la OMC permite el uso de este tipo de medidas siempre y cuando se cumplan con los requisitos señalados por los acuerdos abarcados, para el sistema normativo de la OMC existen razones válidas —seguridad de la nación o salud pública— para poder utilizar medidas proteccionistas. El problema se genera cuando se utiliza este tipo de medidas con la finalidad de burlar la normativa de la OMC buscando lograr un desequilibrio en las reglas del juego a su favor, el

⁴¹ Ibid. 14p.

⁴² BOHNNEBERGER, FABIAN y WEINHARDT, CLARA. 2017. Malestar en el libre comercio “un nuevo rol para la OMC”. Revista Nueva Sociedad N°271. Septiembre-octubre de 2017. 102p.

caso paradigmático es la guerra comercial —China y Estados Unidos—, que se traduce en el establecimiento de medidas proteccionista arancelarias y no arancelarias de manera mutua, afectando a todo el mundo y ese tipo de medidas se encuentran en conflicto con las normas de la OMC, en ese escenario la OMC ha resultado inoficiosa al no lograr ser un espacio de discusión y de conciliar de ambas partes, el sistema multilateral ante este escenario no puede quedar sin mecanismo de acción cuando Estados poderosos económicamente vulneran las reglas de juego, lo que demuestra falencia del foro de negociación.

En el contexto actual donde nos encontramos en presencia de una profunda crisis a función principal de la OMC —es ser un foro de negociación—, debido tanto a causas extrínsecas a la OMC —crisis del orden liberal internacional— como a causa intrínsecas —naturaleza de los asuntos, fragmentación del poder y regla del consenso— , el principal afectado es el agente privado que es el actor relevante del comercio internacional, al existir incertidumbre respecto a las normas de regulación del comercio internacional, razón por la cual urge que la OMC comience un periodo de reforma a su sistema de negociación, en atención que ese sistema fue pensado bajo una estructura global diferente a la que existe en la actualidad. Respecto al camino que debe seguir la OMC, en vista de satisfacer las necesidades y problemas existentes en el comercio internacional, serán planteadas en el capítulo III de este trabajo.

Capítulo II

Descripción del sistema de solución de controversia de la OMC y en particular de la crisis actual que vive desde el punto de vista del agente privado

1. Agente privado como agente económico principal del comercio internacional

Como se mencionó en las primeras páginas, el objetivo principal del presente trabajo es poder realizar un examen a la actual situación que vive el agente económico privado en el sistema de solución de controversia de la OMC. La importancia de hacer este tipo de examen al ESD es poder determinar: ¿Si tiene o no la debida protección que requiere en el sistema de solución de controversia? esta interrogante se legitima en el hecho que el principal actor en el comercio internacional es el agente económico privado —al ser el actor relevante es fundamental hacer un análisis del ESD desde esa perspectiva—, a esta conclusión se arriba a partir de la descripción general de la economía mundial, de esa forma lograremos determinar la estructura de la economía mundial, como interactúan y en que magnitud cada actor —tanto privado como público— participan en ella.

En la actualidad se puede afirmar que el sistema económico hegemónico en el mundo es el sistema capitalista, este sistema se inició con la revolución industrial del siglo XIX, y dentro de las diversas conceptualizaciones que existen respecto del capitalismo para efectos prácticos de este trabajo vamos a adherir a la siguiente. El capitalismo para Agustín Squella es un sistema económico, que consiste en un modo de producción y distribución de bienes y servicios, caracterizados por la libertad de iniciativa en lo que respecta a la producción y por la existencia de precios determinados por el mercado en lo que a la distribución se refiere, y en el que los agentes económicos, sean estos inversionistas, productores o consumidores, actúan movidos por su propio interés, sin que al Estado le corresponda otro papel que establecer las regulaciones e instituciones que estimulen la producción, aseguren la competencia y garanticen el cumplimiento de los contratos que se celebran al ritmo de la oferta y demanda de los productores⁴³. A partir de esta definición podemos concluir que en este tipo de sistema económico tiene como características fundamentales, en donde el Estado tiene puramente una función reguladora y fiscalizadora, y el agente económico privado a diferencias del Estado tiene un rol protagonista tanto en la producción y posterior intercambio de bienes y servicios, en consecuencia, el privado es aquel encargado de producir bienes y servicios.

⁴³ SQUELLA, AGUSTIN. 2019. Democracia ¿Crisis, decadencia, o colapso? 1ª edición. Editorial de la Universidad de Valparaíso. p126.

Sin perjuicio que la conceptualización al sistema capitalista señalada es de carácter genérica y clásica, en razón, que en la actualidad no existe un sistema capitalista puro y único, sino más bien lo que existe son diferentes tipos de capitalismo, pero que comparten las características centrales y tienen el mismo núcleo común —iniciativa privada y Estado fiscalizador—. Podemos encontrar diferencias entre los tipos de capitalismo que existen en el mundo, por ejemplo, en lo respecta al rol del Estado en la economía, en el caso chileno que el Estado tiene una función subsidiaria⁴⁴, esto significa que el Estado no puede participar en las áreas de la actividad económica en donde los privados se encuentran satisfaciendo las necesidades de los ciudadanos, en consecuencia, solo podría participar en aquellas áreas en que los privados estén funcionando de forma deficitaria, este tipo de capitalismo ha sido categorizado como capitalismo neoliberal. A diferencias de los Estados europeos en donde el Estado tiene un rol más activo en la economía, que se refleja en satisfacción a los ciudadanos de manera directa y universal de los derechos sociales —educación, seguridad social, vivienda y salud—, este tipo de capitalismo ha sido denominado como capitalismo social de mercado.

Esta diferencias entre tipos de sistemas capitalistas consisten en las particularidades que tiene cada nación, su historia, regímenes políticos, respecto a esta última característica podemos encontrar ejemplos palpables, en donde podemos encontrar diferentes tipos de capitalismo en la historia de un país, como lo fue y es en el caso chileno el sistema capitalista neoliberal de la dictadura de Augusto Pinochet no es el mismo sistema capitalista que el “reformado” por los gobiernos democráticos posteriores, sin perjuicio que el núcleo del sistema capitalista chileno actual sigue siendo el mismo que el de la época de la dictadura.

El capitalismo globalizado que vivimos en la actualidad difiere del capitalismo industrial del SXIX, pero siguen compartiendo el núcleo de la preponderancia de iniciativa privada en el mercado y el rol secundario del Estado en el mercado enfocado a tareas regulatorias. En la actualidad vivimos en un capitalismo de carácter financiero basado fuertemente en la especulación de divisas y en la circulación de flujos —dinero e información— como principal fuente de riqueza.

La afirmación que el sistema capitalista —con todas sus diferentes variantes— es el sistema económico predominante en el mundo en la actualidad no es solo una afirmación que se sustenta en el plano teórica, sino también en el plano empírico, por ejemplo, tomando en

⁴⁴ Véase, FERMANDOIS, A. 2011. Derecho constitucional económico. 2ed°. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 85-109pp; CEA, J. 1988. Tratado de la constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 155-180pp; NOGUEIRA, H. 2012. Derecho constitucional Chile. Santiago, Thompson Reuters pp.570-575.

consideración la actividad económica referida al comercio internacional de Chile del año 2018, que indica que alrededor del 48% de las exportaciones totales de ese año correspondieron al cobre⁴⁵. Del total de las exportaciones de cobre solo el 31% correspondieron a las realizadas por Codelco y Enami, ambas empresas son empresas del Estado, esto significa que el Estado de manera directa o indirecta es su dueño o tiene una participación mayor al 50%. El resto de las exportaciones de cobre correspondiente al 69% restante, fueron realizadas por actores privados⁴⁶. En consecuencia, la actividad más importante del comercio exterior chileno fue desarrollada principalmente por agentes privados, lo que demuestra la importancia y relevancia del agente privado en el comercio internacional chileno.

Como se mencionó anteriormente la adhesión actual al sistema capitalista como sistema económico es de carácter transversal que queda demostrado con la adhesión de las principales economías del mundo en la actualidad que son Estados Unidos y China al capitalismo. Estas economías fueron en el año 2018 los principales actores comerciales, en el caso de China fue el principal Estado comerciante de mercaderías, en donde sus exportaciones representaron el 13% de las exportaciones totales que se hicieron en ese año y sus importaciones representaron el 11% de las importaciones totales. Por su parte Estados Unidos fue la segunda economía comerciante respecto de las mercaderías que se caracteriza por ser el principal país que importa mercancías de hecho en el año 2018 represento un aumento del 8,5% respecto del año anterior⁴⁷.

Ambas economías se encuentran en la actualidad enfrascados en una guerra comercial, sin perjuicio de eso, ambas tienen como sistema económico el capitalismo, pero diferente tipo de capitalismo. En el caso de China en la actualidad tiene un capitalismo denominado de "estado"⁴⁸, que consiste en que no todas las áreas de la economía se encuentran permitidas ser desarrolladas por la iniciativa privada, además el Estado Chino sigue siendo dueño de empresas estratégicas y determinando de forma centralizada las políticas públicas, sin embargo China tránsito a finales de los años 70 desde una economía centralista y proteccionista sin la existencia de propiedad privada a un sistema de capitalismo de estado

⁴⁵ Véase, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. 2019. Comercio exterior de Chile anual 2018.

⁴⁶ Véase, MINISTERIO DE MINERÍA, Comisión Chilena del Cobre. 2019. Anuario de estadísticas del cobre y otros minerales 1999-2018.

⁴⁷ Véase. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. 2019. Examen estadístico del comercio mundial 2019. Organización mundial del comercio.

⁴⁸ LIN, L y MILHAUPT, C. Los grandes grupos empresariales chinos: entendiendo los mecanismos del capitalismo del Estado en China. 2013. Santiago. Revista Chilena de Derecho, vol.40 N°3, pp801-858. 801p.

en donde existe dualidad, entre la iniciativa estatal y la iniciativa privada —principalmente inversión extranjera—.

El caso de Estados Unidos a diferencia de China siempre ha tenido una preponderancia hacia al sistema económico capitalista, pero que la participación del Estado y el rol del privado en el mercado ha ido variando durante el transcurso del Siglo XX. Con el término de la Segunda Guerra Mundial, opto por políticas económicas keynesianas, en donde el Estado debía participar de forma activa en el economía, que se expresaba en el desarrollo de la actividad industrial, con la finalidad de generar empleos y realizar políticas públicas tendientes a causar bienestar social satisfaciendo de manera directa las necesidades sanitarias, educacional y previsionales de los ciudadanos. Posteriormente vivió una crisis económica en la década de los 70, que culminó con la crisis del petróleo del año 1973, que provoco a su vez una crisis en las políticas keynesianas, lo que desencadeno en que Estados Unidos decidiera transitar a un sistema capitalista neoliberal el cual se mantiene hasta el día de hoy. Este tipo de sistema tiene la premisa que el mercado es el mejor mecanismo para la cooperación entre individuos de forma voluntaria y en el solo debe generarse por la iniciativa privada y el papel del Estado se limita a establecer las reglas del juego que permitan el intercambio libre e informado y tiene el deber velar porque estas reglas se cumplan.

En consecuencia, todas las transformaciones que ha vivido el capitalismo desde su nacimiento hasta la actualidad y las confrontaciones que ha tenido con otros sistema económicos de las cuales siempre ha salido victorioso ha tenido como resultado que en el actualidad se mantenga como sistema económico hegemónico, con la diversidad de manifestaciones que tiene, pero como el núcleo común consistente en que el agente económico privado es el protagonista del intercambio de bienes y servicios tanto en los mercados internos como en el mercado internacional, por lo tanto, resulta indispensable evaluar si este sujeto se encuentra debidamente protegido en el en el sistema de solución de controversia de la OMC, esa es la finalidad principal de este capítulo y por ende de este trabajo, que se traduce en realizar un examen exhaustivo del ESD desde la perspectiva del agente económico privado.

2. Aspectos generales de la crisis que vive el sistema de solución de controversia

Todo sistema normativo tiene por finalidad que exista legitimidad de los regulados hacia sistema, esto significa que los regulados se sometan a lo ordenado por las normas jurídicas del sistema, y este objetivo se logra mediante la obligatoriedad de las normas. La

obligatoriedad de las normas jurídicas dependerá en gran medida de la existencia de un órgano jurisdiccional que sancione a los regulados en el caso de incumplimiento de las normas del sistema, y de esa manera las normas no perderán validez en el supuesto de vulneración por parte de los regulados.

Para mantener la obligatoriedad de las normas jurídicas de un sistema normativo determinado, se requiere además que se solucione los conflictos de relevancia jurídica que se produzcan entre los regulados, mediante un procedimiento que proteja las garantías del debido proceso —evitando la autotutela—, en donde un órgano jurisdicción de carácter imparcial resuelva los conflictos, aplicando el derecho y restableciendo el orden normativo del sistema.

Las ideas descritas tanto de legitimidad como de jurisdicción no son pretensiones ajenas al sistema multilateral de comercio administrado por la OMC, los acuerdos abarcados que administra requieren que en el presunto caso que se genere una diferencia comercial entre los Estados miembros, en la aplicación de los acuerdos abarcados, exista un sistema de solución de controversia, razón por la cual, uno de los temas más debatidos durante la Ronda de Uruguay fue la creación de un sistema de solución de diferencia, que derivó en la suscripción del acuerdo abarcado Anexo N°2 “Entendimiento sobre Solución de Diferencias” (ESD), en donde se regula de manera detalla el procedimiento de solución de diferencia.

Desde la creación de la OMC, se han iniciados 595 procedimientos regulados por el ESD⁴⁹, y han participado la mayoría de los miembros en diferentes roles —reclamantes, reclamados o terceros—. Lo que demuestra que desde su creación ha sido uno de los sistemas internacionales de solución de conflicto más activos del mundo, además posee un alto índice de cumplimiento de sus sentencias, en consecuencia, es un sistema que evidencia éxito, legitimidad y en términos generales ha funcionado satisfactoriamente.

Sin embargo, como se mencionó en las páginas anteriores la OMC está viviendo una profunda crisis respecto de su función principal —foro de negociación—, que explica en gran medida que ante diferencias comerciales entre los Estados miembros, estos han optado por la adopción de medidas unilaterales —guerra comercial entre China y Estados Unidos—, dichas medidas vulneran los acuerdos abarcados suscritos por los Estados, razón por lo cual, esas medidas unilaterales cumplirían con el supuesto de hecho necesario para colocar en movimiento la actividad jurisdiccional del Órgano de Solución de Diferencia (OSD), pero en la

⁴⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm> [consulta: 13 de julio de 2020]

actualidad Estados Unidos ha bloqueado la designación de miembros del Órgano de Apelación, lo que tiene como consecuencia la paralización del sistema de solución de controversia.

Esta situación es sumamente preocupante porque en la actualidad la política exterior en materia comercial de Estados Unidos es la adopción de medidas proteccionista y unilaterales, que ha tenido como efectos que varios países inicien casos en su contra, las que difícilmente podrán ser resuelta si el Órgano de Apelación continúa siendo bloqueado.⁵⁰ Ante este escenario de incertidumbre el principal afectado es el agente económico privado, en razón que es el principal actor económico del comercio internacional, lo que demuestra la existencia un problema coyuntural del mecanismo de solución de controversia. Pero el EDS además tiene un defecto de estructura respecto del agente privado en razón, como ya se dijo el principal agente económico es el privado, en la actual estructura del sistema de solución de controversia no tiene participación alguna, salvo la utilización de la institución procesal del *Amicus Curiae*, esto se debe principalmente porque quien detenta el derecho de acción y legitimación activa para colocar en movimiento el OSD son únicamente los Estados miembros —solo el Estado puede ser parte— y no el privado afectado.

En consecuencia, en las próximas líneas se describirá el sistema de solución de diferencia, con la finalidad de entender el defecto de estructura del ESD —no permite al privado ser parte— y además la gravedad para el sistema que se encuentre bloqueado de facto la designación de los miembros del Órgano de Apelación, lo que genera, que en la actualidad el agente privado este viviendo una situación sumamente critica porque en primer lugar no detenta la legitimación activa para colocar en movimiento la actividad jurisdicción, ante el incumplimiento de un Estado miembro de los acuerdos abarcados, estando supeditado a la discrecionalidad del Estado miembro del cual es nacional, para que ese Estado coloque en el movimiento el OSD y además en el supuesto que el Estado adhiera a ejercer su derecho de acción, al encontrarse paralizado el funcionamiento del Órgano de Apelación, no se podrá resolverse la controversia existente.

Debido a lo descrito anteriormente resulta necesario y pertinente, explicar cómo se encontraba regulado —sistema de solución de controversia— en el GATT (1947) y posteriormente como se desarrolló hasta la actualidad en la OMC.

⁵⁰ ARREDONDO, R y GODIO, L.M.A. (2019). La crisis del órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio. *Revista De La Secretaría Del Tribunal Permanente De Revisión*, 163-179. 169p.

3. Desarrollo del Sistema de Solución de Controversia desde el GATT (1947) a la OMC

Una de las razones que motivaron la creación de la OMC, fue la deficiencia del sistema de solución de controversia del GATT (1947), es evidente que el sistema de solución de diferencia de la OMC es una de las mayores de novedades de la Ronda de Uruguay, pero no fue una total innovación, atendido que con anterior el GATT (1947) ya establecía un mecanismo para solución conflictos comerciales y ciertos resabios se mantienen hasta el día de hoy en el ESD de la OMC.

3.1 Mecanismo de solución de controversia en el GATT (1947)

Las controversias bajo el GATT (1947) fueron regulas por los artículos XXII y XXIII del mismo⁵¹. Los artículos consagraron el derecho de acción a los Estados contratantes para formular, consultas o reclamos que tuvieran su fuente en la aplicación del GATT (1947), y además señala los supuestos de hechos necesarios para que un Estado contratante interpusiera una reclamación que contenga una pretensión valida en contra de otro Estado contratante, estos artículos se encuentran plenamente vigente en el actual sistema de solución de controversia de la OMC, porque nos indican en la actualidad que pretensiones son válidas para que sean conocidas y falladas por el procedimiento regulado en el ESD.

3.2 Problemas del sistema de solución de controversia del GATT (1947)

Existieron desde el momento de su nacimiento, en razón que no regulaba un procedimiento para administrar las controversias; y entregaba a los Estados contratantes y no a órganos independientes la autoridad para resolver esas controversias. Tampoco se contemplaba un procedimiento de apelación⁵².

Con el pasar de los años, ante la ineficiencia del sistema de solución de diferencias, las resoluciones de los conflictos fueron entregados a un grupo de trabajo, el cual estaba conformado por 20 delegados de los gobiernos contratante del GATT (1947) incluidas las partes del conflicto. Posteriormente a partir del año 1952 se establecieron paneles especiales integrados desde tres hasta cinco expertos independiente, que no estaban vinculados a los Estados parte de la diferencia, este mecanismo se mantuvo hasta el año 1989, con el transcurso del tiempo el mecanismo se iba haciendo cada vez más elaborado y rigió hasta el término de la Ronda de Uruguay.

⁵¹ BIGGS, G. 2005. El procedimiento de solución de controversia de la OMC. Revista de la Cepal 86. 65p

⁵² Ibid. 65p.

Otro de los problemas que presentó el sistema de solución de controversia del GATT (1947) y que tuvo vigencia hasta la creación de la OMC, fue el mecanismo de adopción de decisiones. El mecanismo del consenso significaba que una decisión tendría la calidad de adoptada solo en el caso en que ninguno de los Estado contratantes se hubiera opuesto a la adopción —no estando excluidos los Estados parte del conflicto—. Lo que género en la práctica fue la existencia de un derecho a veto para todos los Estados contratantes que se vieran afectado por un informe de los grupos de trabajo, en consecuencia, el Estado demandado estaba facultado para oponerse a la adopción de una resolución que fuera perjudicial para sus intereses. Este requisito tenía el efecto práctico de impedir que algunas acciones se llevaran a cabo cuando un estado contratante se veía perjudicado, o resultaba en demora indebidas en los procesos de solución de diferencias. Ese defecto se consideró como el más relevante en el sistema del GATT (1947)⁵³.

Se requería consenso para poder pasar de una etapa procesal a otra, para constituir el grupo especial, para aprobar el informe del grupo especial y finalmente para aplicar medidas en caso de incumplimiento de lo ordenado por el informe por parte del Estado vencido, en consecuencia, el sistema de solución de controversia del GATT (1947) presentaba una gran dificultad practica de aplicación.

Ante este escenario los Estados optaron en su gran mayoría por la vía diplomática por sobre la jurisdiccional como mecanismo de solución de conflicto, el problema de preferir este tipo de vía radica que la parte con mayor poder político y económico tenía la oportunidad de imponer una solución más ventajosa sobre la parte con menor poder político y económico, lo cual derivo en una autotutela, situación inaceptable para cualquier sistema normativo.

Un último problema íntimamente relacionado con la situación anterior, al haber existido el problema de aplicación práctica, los Estados contratantes optaron como respuesta al incumplimiento la aplicación de acciones unilaterales que expresaban en la imposición de represalias económicas por parte del Estado afectado al Estado infractor por el incumplimiento de las normas del comercio internacional. Con el transcurso del tiempo desde el nacimiento del GATT (1947), fueron aumentaron las acciones unilaterales de las distintas partes contratante que, en vez de recurrir al sistema de solución de diferencias del GATT, tomaban

⁵³HERREROS, S. 2015. La participación de América Latina y el Caribe en el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC. Cepal Comercio Internacional 126. 18p.

medidas directas contra otros Estados para reivindicar sus derechos⁵⁴. Esta forma de actuar por parte de los Estados contratantes se explica en gran medida por falta de legitimación del sistema de solución de controversia por no cumplir con su función, que se debía en gran medida por el mecanismo de adopción de decisiones y su correlato derecho a veto. Cuando los regulados pierden la legitimidad en los procesos de solución de conflicto buscan mecanismos alternativos que se acercan a la autotutela.

A causa de los defectos con los que contaba el GATT (1947), uno de los desafíos de la Ronda de Uruguay fue establecer un mecanismo de solución de controversia que no tuviera los problemas del anterior sistema. En las próximas líneas se describirá el actual sistema de solución de controversia de la OMC.

4. Características del sistema de solución de diferencia de la OMC

El procedimiento de solución de diferencias de la OMC se encuentra regulado por el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), el cual se encuentra en el Anexo 2 de los acuerdos abarcados sobre la OMC, este procedimiento no presenta los problemas descritos del GATT (1947), y en comparación a otros sistemas de solución de controversia internacional en materia comercial, presenta las siguientes características:

4.1 Jurisdicción obligatoria y exclusiva

En circunstancia que un Estado considere que otro Estado haya infringido las obligaciones de los acuerdos abarcado, y a la vez genere un conflicto de relevancia jurídica entre ellos, el Estado afectado se encontrará obligado a recurrir únicamente al sistema de solución de conflicto regulado por el ESD para resolver el conflicto⁵⁵, en consecuencia, no podrá establecer acciones unilaterales como medida de presión. El único mecanismo de solución de conflicto para infracciones a los acuerdos abarcados es el regulado por el ESD⁵⁶, y a su vez, el Estado infractor estará obligado a someterse al ESD, porque al momento de ratificar el tratado constitutivo de la OMC, los Estados dieron su consentimiento de someterse al ESD, siempre que se cumplan los presupuestos facticos para colocar en movimiento el sistema de solución de controversia. Esta característica de obligatoriedad —ex antes del

⁵⁴ BLAIS, Y. 2004. Manuel sobre el sistema de solución de diferencia de la OMC. Ginebra, Organización Mundial del Comercio. 18p.

⁵⁵ ESD, artículo 1, párrafo 1 y artículo 23, párrafo 1.

⁵⁶ ESD, artículo 24, párrafo 2.

conflicto— lo diferencia de otros sistemas de jurisdicción internacional porque no resulta necesaria la aceptación previa de la jurisdicción para cada caso en particular.

Es de jurisdicción exclusiva, razón por la cual, los Estados parte del conflicto, no podrán recurrir a otros mecanismos alternativos —solo los regulados por el ESD—, y al revés, los Estados miembros no podrán solicitar la resolución de conflictos sobre otras materias distintas a las derivadas de la infracción a los acuerdos abarcados.

4.2 Regla del consenso negativo

Se mencionó que uno de los problemas del sistema de solución de diferencia del GATT (1947), era su mecanismo de adopción de decisiones que consistía en la regla del consenso —derecho a veto—. Ante este escenario en la Ronda de Uruguay se buscó subsanar este problema creando un mecanismo diferente que permitiera dar dinamismo y soluciones concretas a los problemas comerciales entre los Estados, razón por la cual, se optó por la regla del consenso negativo, sin perjuicio, que solo se utiliza para situaciones específicas, pero que al mismo tiempo son las decisiones sobre las instancias más relevantes del procedimiento, situación que otorga al procedimiento una gran eficiencia y fortaleza.

La regla general de adopción de decisiones de la OMC y en particular del OSD sigue siendo la regla del consenso —siendo una de las causas de la actual crisis del foro de negociación—, sin embargo, solo determinadas resoluciones del OSD que se deben adoptar en el procedimiento de solución de diferencia —establecimiento de grupos especiales⁵⁷; adopción del informe del grupo especial⁵⁸; adopción del informe del Órgano de Apelación⁵⁹; autorización para suspender concesiones⁶⁰—, se adoptan mediante el mecanismo del consenso negativo, siendo una de las mayores innovaciones del ESD. Cuando se deban adoptar decisiones bajo este tipo de consenso, se entenderán adoptadas siempre que existe un Estado miembro —incluido el Estado favorecido— presente en la reunión del OSD para dar su consentimiento a la adopción, razón por lo cual, se afirma que las decisiones se adoptan de manera casi automática.

En consecuencia, para que exista rechazo en la adopción de las resoluciones anteriormente individualizadas, se requiere necesariamente el consentimiento de todos los miembros incluido el Estado favorecido por la resolución, en efecto, esas decisiones se

⁵⁷ ESD, artículo 6, párrafo 1.

⁵⁸ ESD, artículo 16, párrafo 4.

⁵⁹ ESD, artículo 17, párrafo 14.

⁶⁰ ESD, artículo 22, párrafo 6 y 7.

adoptan a menos que en esa reunión el OSD decida por consenso no hacerlo⁶¹. Esto implica que el rechazo en este tipo de decisiones sea más bien una cuestión teórica, en razón que, desde la creación de la OMC en ningún procedimiento, este tipo de adopción de decisiones han sido rechazadas. Este tipo de consenso contrasta claramente con la situación del GATT (1947), el cual reconocía el derecho a veto por parte del Estado perjudicado por una resolución para que no se adoptara.

4.3 Prioridad por soluciones conciliadoras

El procedimiento regulado por el ESD tiene naturaleza esencialmente no-contenciosa, que se explica en gran medida por la idea que subyace la existencia de la OMC, crear un espacio de negociación sobre temas comerciales entre los diferentes Estados miembros. En ese sentido en el ESD existe una prioridad por resolver los conflicto mediante un procedimiento de mutuo acuerdo por sobre la actividad jurisdiccional.⁶² Esta característica se expresa en que necesariamente para colocar en movimiento la actividad jurisdiccional del OSD, se requiere previamente haya fracaso la etapa autocompositiva denomina consulta, en donde se busca que los Estados partes del conflicto puedan llegar a una solución mutuamente convenida, incluso fracasando esta etapa procesal posteriormente igualmente las partes pueden llegar a un mutuo acuerdo para colocar termino a la contienda, el sistema incentiva a las partes a llegar a este tipo de soluciones en cualquier etapa procesal posterior.

4.4 Prohibición de acciones unilaterales

Los Estados miembros al suscribir los acuerdos abarcados de la OMC, se obligaron a utilizar el ESD para resolver cualquier tipo de conflicto jurídico derivado de la infracción de las normas contenidas en los acuerdos abarcados. Los Estados se obligaron a respetar el procedimiento descrito en la ESD, por tanto, renunciaron a realizar acciones unilaterales como mecanismo de solución de conflicto.⁶³

La finalidad práctica de prohibir este tipo de acciones radica, en el hecho de permitir las tendría consecuencias negativas no solo para las partes del conflicto, sino que también para todo el comercio internacional, en razón, que podría generarse una guerra comercial, el ESD

⁶¹ Tempone, Eduardo. "Los dilemas instituciones de la OMC: comentarios sobre el «Informe Sutherland». Agencia Internacional Año XIV, N°25,2007, pp. 181-199. P.184.

⁶² ESD, artículo 3, párrafo 7.

⁶³ ESD, artículo 23, párrafo 1 y 2.

quiere evitar acciones que degeneren del sistema comercial internacional —situación que estamos viviendo en la actualidad entre Estados Unidos y China—.

4.5 Procedimiento regulado y rapidez.

Una de la modificación más importante en comparación con el GATT (1947), fue que el ESD creó un sistema de solución de conflicto sumamente regulado, donde cada etapa procesal se encuentra exhaustivamente normada, los conflictos son resueltos por órganos independiente, en base a los hechos expuesto por las partes y las pruebas aportada por las misma, y aplicando el derecho contenido en los acuerdos abarcados, a diferencia que el antiguo GATT (1947) se basada en acuerdos políticos y diplomáticos.

Uno de los objetivos del sistema de solución de diferencia de la OMC, es contribuir a la seguridad y previsibilidad del comercio internacional, en razón que los principales agentes económicos del comercio son los privados, y la existencia del ESD cumple con los objetivos planteados. Además, el hecho que el procedimiento este regulado, con plazo legales perentorios, genera que sea un proceso rápido, y en la práctica si se compara con otros procedimientos internacionales se lograra concluir que el ESD es uno de los más rápido y flexible.

5. Procedimiento de solución de diferencias regulado en el EDS

El procedimiento de solución de diferencias se resume en las siguientes etapas: 1) consultas; 2) establecimiento y constitución del Grupo Especial; 3) informe del Grupo Especial; 4) apelación; 5) adopción del informe por el OSD; 7) cumplimiento de las recomendaciones del informe. En las siguientes líneas, se analizarán solo las etapas que se relacionen directamente con los problemas que detenta en la actualidad el EDS desde la óptica del agente privado —legitimación activa y suspensión del nombramiento de los miembros del Órgano de Apelación—, que serán descritos en este apartado. Se menciona que el inicio del procedimiento de solución de controversia comienza con la solicitud de celebración de la consulta⁶⁴ por parte del reclamante, esta presentación tiene como efecto procesal colocar en marcha la aplicación del ESD.

La consulta —es una etapa esencial del procedimiento—, solo una vez que se haya frustrado este trámite esencial, habilita al reclamante para poder solicitar al OSD, la constitución de un grupo especial, el cual que tendrá la función de emitir un pronunciamiento

⁶⁴ ESD, artículo 4, párrafo 1.

mediante un informe sobre el conflicto. En consecuencia, cuando queremos describir el problema sobre la legitimación activa nos hacemos necesariamente la siguiente pregunta: ¿quién se encuentra facultado para presentar una consulta ante el OSD?, pero para poder responder esta pregunta previamente debemos aclarar los siguientes conceptos.

5.1 Derecho de petición —internacional—, derecho de acción y legitimación activa.

La conceptualización del derecho a petición se ha señalado por la doctrina como un derecho fundamental que consiste en la facultad que detenta las personas —naturales y jurídicas— para presentar, necesidades, sugerencias, planteamientos de interés general, requerimientos a toda persona que desempeñe una función de agente de algún órgano u organismo estatal que tenga el carácter de autoridad, en materias que sean del ámbito de su respectiva competencia⁶⁵. Tiene un origen histórico en el derecho interno de los Estados, que tiene por finalidad que los ciudadanos puedan dirigir peticiones a los poderes públicos, sobre materias de su competencia, cuando no son titulares de derechos subjetivos.

Sin perjuicio de su origen histórico nacional en la actualidad también tiene una dimensión internacional en el denominado derecho de petición internacional, que podemos encontrar su fuente en diferentes cuerpos normativos internacionales, un ejemplo es lo expresado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 24, que dispone: *“Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivos de interés general, ya sea en interés particular, y el de tener pronta resolución”*.

Del derecho a petición —internacional—, deriva el denominado derecho de acción, sin entrar en la discusión teórica existente respecto a la naturaleza jurídica de esta facultad, en términos simple se adhiere a la teoría dualista sobre la acción —distingue acción del derecho material—, específicamente a la teoría abstracta de Coutere, que asevera que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión⁶⁶. Al derivar del derecho de petición, es un tipo de petición particular que consiste en la actividad de colocar en movimiento la actividad jurisdiccional con la finalidad que resuelva un conflicto de relevancia jurídica, declarando que

⁶⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. El derecho constitucional de petición y su insuficiente regulación legislativa. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, vol. 15, núm. 2, 2008, pp. 87-106. p90.

⁶⁶ COUTURE, EDUARDO. (1997). *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ra. Edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 57p.

el demandado debe someterse a la pretensión del demandante, es una petición que se hace al órgano jurisdiccional.

En consecuencia, todos los sujetos de derecho tienen el derecho de acción, pero no implica que lo puedan ejercer ante cualquier organismo jurisdiccional y solicitando cualquier tipo de pretensión, necesariamente el sujeto debe encontrarse legitimado. Por lo tanto, como indica Liedman, la legitimación es la titularidad de la acción, el problema de la legitimación consiste en individualizar la persona a la cual corresponde el interés para accionar⁶⁷ y su utilidad radica en que permite determinar en un juicio quien es el portador auténtico del derecho de acción, y para detentar la calidad de legitimado activo se explica por ser titular de un derecho o por detentar una condición jurídica determinada, por consiguiente, cuando hablamos de legitimación activa y específicamente en el caso del procedimiento de solución de controversia de la OMC; nos preguntamos en primer lugar: ¿Qué sujeto de derecho tiene la facultad de acción para presentar una consulta ante la OSD y que tenga como efecto jurídico de colocar en movimiento la actividad jurisdiccional?; ¿Cuál debe ser el contenido de la pretensión que presentara ante la OSD?.

5.2 Legitimación activa en el ESD y el problema respecto al agente privado

La regla general es que en los ordenamientos jurídicos la determinación de la legitimación activa no viene dada de forma expresa por una norma jurídica, en consecuencia, se debe determinar a través de la interpretación de normas generales —situación que ocurre en el ESD—, por lo tanto, a partir de lo dispuesto en el artículo 1 párrafo 1 del ESD, el cual expresa: *“Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio”*, y lo indicado por artículo 4 del ESD, que indica: *“Cuando se formule una solicitud de celebración de consultas de conformidad con un acuerdo abarcado, el Miembro al que se haya dirigido dicha solicitud responderá a ésta, a menos que...”*, podemos concluir; en primer lugar que el ESD resuelve controversia entre miembros, y en segundo lugar, quien tiene la facultad de colocar en movimiento la actividad jurisdiccional a través de la presentación de la solicitud de celebración de una consulta, son aquellos que gozan de la

⁶⁷ ROMERO SEGUER, ALEJANDRO. (2017). Curso de derecho procesal civil “la acción y protección de los derechos”. 3ra.Edición. Tomo I. Thomson Reuters. 94p.

condición jurídica de miembro, por lo tanto, debemos responder la siguiente pregunta; ¿Quiénes son los denominados miembros para la OMC?.

Miembros son todos aquellos que han adherido al sistema multilateral de comercio de la OMC, suscribiendo los acuerdos abarcados adquiriendo derechos y obligaciones. Solo pueden adherir a la OMC, los Estados o territorios aduaneros que disfruten de plena autonomía en la aplicación de sus relaciones comerciales exteriores⁶⁸. En consecuencia, solo los miembros —Estados y territorios aduaneros— son los que se encuentran legitimados activos para iniciar un procedimiento de solución de diferencias en el ESD, excluyendo a los países que tienen la calidad de observadores internacionales, gobiernos regionales, las ONG, las empresas y los particulares, por lo tanto, los procesos regulados en el ESD, son mecanismo de solución de controversias interestatales, siendo los Estados quienes deciden cuando interpone una reclamación y contra quien.

La interpretación normativa es sumamente clara y solo permite concluir que los agentes privados no pueden acceder directamente al mecanismo de solución de controversias, en efecto, no existe ninguna reclamación hasta la fecha en donde se haya discutido —grupo especial u Órgano de Apelación—, la posibilidad de que un privado pueda interponer una reclamación ante el OSD, en conclusión, el hecho que el privado no detente la facultad de colocar en movimiento la actividad jurisdiccional del OSD, es una situación que ya se encuentra asentada por los diferentes actores del proceso de solución de diferencias.

Esta situación provoca que el privado tenga una situación desmejorada en el sistema de solución de diferencias, en razón, que en la gran mayoría de las reclamaciones los principales afectados de manera directa debido al incumplimiento de los acuerdos abarcados por parte de los Estados miembros son ellos —exportadores o importadores—, teniendo un interés legítimo que se expresa en el daño producido por la vulneración a los acuerdos abarcados, no pudiendo presentar una reclamación por no estar facultados. Entonces ante este escenario donde se encuentran imposibilitados de hacer valer sus derechos de manera directa ante el OSD, lo que deben hacer para satisfacer su pretensión de solicitar poner término a los actos u omisiones que vulneran los acuerdos abarcados, es ejercer influencia y presiones sobre un Estado miembro de la OMC para que interponga una reclamación o defiendan una medida que impugne otro Estado, razón por la cual, los privados se encuentran supeditados a

⁶⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (1994). Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Artículo XII, párrafo N°1.

la voluntad del gobierno de turno para que presenten una reclamación ante el OSD con la finalidad de satisfacer su problema comercial⁶⁹.

Este proceso de solicitud mediante el cual el privado plantea formalmente a su gobierno que presente una reclamación ante la OMC, se encuentra regulado solo en algunos países, por ejemplo, en el caso de Estados Unidos (artículo 301 y ss. de la Ley de Comercio de 1974) o la Unión Europea (Reglamento N°3286/94). Respecto de aquellos países en que no está regulado este proceso, los privados están sujetos a la voluntad autónoma del Estado, en la práctica los diferentes privados tienen una facultad distinta de influencia sobre la decisión estatal de activar o no el procedimiento, que dependerá de la capacidad de presión del privado en el caso de los grandes operadores privados va a ser mucho mayor que el de las pequeñas y medianas empresas. De forma inevitable, las empresas multinacionales son actores privilegiados a la hora de ejercer influencia informal o formal para activar litigios en la OMC⁷⁰— que se acentúa mucho más esta diferencia en los Estados que no tienen regulado este procedimiento—. En este escenario de precariedad del actor privado debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Los privados desempeñan algún papel en el procedimiento de solución de controversia?

5.3 Mecanismo de participación del agente privado en el procedimiento de solución de controversia

Como se mencionó el procedimiento de solución de diferencia es un conflicto entre Estados miembros, en consecuencia, ellos son las partes en el conflicto. El concepto de parte significa los titulares de un derecho que se reclama y aquel a quien afecta la acción deducida⁷¹—demandante y demandado—, esa calidad la detentan exclusivamente los miembros de la OMC, excluyendo a los particulares, en este contexto los privados: ¿pueden tener la calidad de terceros y adherir de esa manera a un conflicto en curso?

Los terceros son aquellas personas que interviene en un juicio, diversas del demandante y demandado, sosteniendo pretensiones concordantes con las de éstos o bien, independientes o contradictoria con las de los mismos⁷². El ESD regula de forma exhaustiva

⁶⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. (2017). Manual sobre el sistema de solución de diferencia de la OMC. 2ª Edición. Publicaciones de la OMC. p26.

⁷⁰ ZAPATERO, PABLO. (2008). Participación pública y privado en los litigios de la OMC. Revista Electrónica de Estudios Internacionales. N°16. p7.

⁷¹ NUÑEZ OJEDA, RAUL y PEREZ GAGONE, ÁLVARO. (2013). Manual de derecho procesal civil: parte general. Legal Publishing Chile: Thomson Reuters. p347.

⁷² CASARINO VITERBO, MARIO; MONTERO LOPEZ, RAUL; MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. (2005). Manual de derecho procesal tomo III. 6ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. p29.

la participación de los terceros en este procedimiento, y las etapas en las que pueden participar son las siguientes: i) el tercero puede solicitar ser asociados a una consulta en curso si tiene un interés comercial sustancial, según lo dispuesto en el párrafo 11 del artículo 4 del ESD; ii) el tercero puede solicitar ser oído por el grupo especial alegando un interés sustancial aunque no haya participado en el proceso de la consulta, según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 10 del ESD; y iii) los terceros no pueden presentar una apelación contra un informe de un grupo especial, pero si actuaron como terceros en la etapa del grupo especial, pueden participar de la apelación interpuesta por las partes, según lo dispone el párrafo 1 regla 24 del procedimiento de trabajo.

Respecto de aquellos que pueden participar en calidad de terceros, solo pueden ser los miembros de la OMC, en consecuencia, los privados se encuentran excluidos de la participación en el sistema de solución de controversias tanto como parte directa —demandante y demandado— como de parte indirecta —tercero—, siendo los privados los más afectados frente al incumplimiento de las normas de los acuerdos abarcados por Estados miembros. Ante este escenario de exclusión, los privados han encontrado en la institución del *Amicus Curiae* el mecanismo para realizar presentación ante los grupos especial y Órgano de Apelación.

5.3.1 Amicus Curiae

Es una institución procesal que tiene su origen en el *common law*, y que podemos encontrar su conceptualización en el artículo 2 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la define de la siguiente manera: “*La persona o institución ajena al litigio y al proceso que se presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o un alegato en la audiencia*”. Las características principales de esta institución son las siguientes: I) el órgano jurisdiccional competente posee una facultad discrecional para admitir las alegaciones efectuadas por el *amicus curiae*; II) el interviniente debe poseer un interés distintivo al que presentan las partes en la controversia, porque asume una condición procesal distinta a la de las partes; y III) la participación del particular puede adoptar una forma escrita u oral⁷³.

⁷³ PASCUAL VIVES, FRANCISCO. (2011). El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional. Revista electrónica de estudios internacionales N°21. p7.

En el caso del ESD no regula en ningún artículo la figura del *amicus curiae*, en consecuencia, no existe una disposición que permita explícitamente aquellas personas que no detentan la calidad de miembro a presentar comunicaciones ante los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación bajo la figura del *amicus curiae*, pero al mismo tiempo, tampoco existe una prohibición expresa a esta institución.

Ante este escenario de laguna legal respecto de la institución procesal del *amicus curiae*, desde la creación de la OMC han debido ser los grupos especiales y el Órgano de Apelación los encargados de resolver esta disyuntiva de manera casuística. A partir de lo regulado en el párrafo 1 y 2 del artículo 13 del ESD, que norma el derecho a recabar información por parte de los Grupos Especiales, les permite obtener información de cualquier fuente que ellos estimen pertinente y consultar a expertos sobre determinados aspectos del asunto litigioso. El grupo especial tiene la facultad de solicitar información a los privados que puedan tener o no interés en un litigio en curso. La disyuntiva que se ha generado sobre este asunto radica en todos aquellos casos en que un grupo especial no ha solicitado información a los privados sobre un litigio en cuestión y si en ese escenario los privados pueden igualmente presentar una comunicación mediante la figura del *amicus curiae*.

En los grupos especiales, la primera vez que se presentó la disyuntiva sobre si se podían aceptar presentaciones bajo la institución del *amicus curiae*, cuando esas presentaciones no habían sido solicitadas por el grupo especial, fue en el caso *Estados Unidos – Camarones*, en esa oportunidad el grupo especial rechazó, basando su argumentación en los siguientes elementos: en primer lugar, indicó que el ESD es un procedimiento entre miembros, en donde solamente las partes y los terceros —que solo pueden ser miembros— se encuentran autorizados para hacer presentaciones directamente al grupo especial, por lo tanto, el grupo especial está legalmente obligado a aceptar solo las presentaciones de las partes o terceros y de conformidad al artículo 13 del ESD que mandata que la iniciativa de recabar información corresponde exclusivamente al grupo especial. El hecho de aceptar información no solicitada de fuentes no gubernamentales sería incompatible con las disposiciones del ESD. Además, las partes están facultadas para presentar cualquier documento que consideraran pertinente en apoyo a sus argumentos, si una de las partes hubiera querido presentar los documentos de las fuentes no gubernamentales podrían haberlo hecho en razón que se encuentran facultadas para hacerlo, situación que en los autos no sucedió.⁷⁴

⁷⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. (1998). Informe del Órgano de Apelación. Estados Unidos – Prohibición de la importación de determinados camarones y productos del camarón. párrafo 99.

Posteriormente el Órgano de Apelación discrepo de la opinión del grupo especial, concluyo algo diferente y relevante para las pretensiones de los privados, bajo los siguientes argumentos: parte de la base por determinar a que está autorizado el grupo especial en virtud del ESD, específicamente del artículo 13 del ESD, el cual como ya se mencionó faculta a los grupos especiales a recabar información y asesoramiento de cualquier fuente cuando lo estimen pertinente en un caso determinado, la facultad es de carácter discrecional de determina si se debe o no recabar información. Se considera que los grupos especiales también tiene la facultad de aceptar o rechazar cualquier información o asesoramiento que hayan recibido, en consecuencia, la facultad del artículo 13 del ESD consiste en poder de determinar la necesidad de información, establecer la pertinencia del asesoramiento recibido y de decidir qué peso atribuye a la información o de concluir que no debería tener importancia alguna⁷⁵.

Agrega como razonamiento que no es correcto equiparar la facultad de recabar información con una prohibición de aceptar información presentada a un grupo especial sin que éste la haya solicitado. En conclusión, los grupos especiales tienen la facultad discrecional para aceptar y examinar o bien para rechazar la información que le haya sido presentado, con independencia de que la haya o no solicitado⁷⁶, por lo tanto, los grupos especiales pueden aceptar y examinar escritos *amicus curiae*, pero no tienen ninguna obligación de hacerlo, los particulares no ostentarían un derecho a que sus presentaciones sean examinadas. Esta posición del Órgano de Apelación ha sido confirmada con el transcurso del tiempo, sin perjuicio que sigue siendo un tema debatido por lo miembros, en razón que no tiene regulación expresa y que han sido pocos los grupos especiales que ha ejercido esta facultad discrecional de aceptar presentaciones no solicitadas⁷⁷.

La presentación de escritos de privados bajo la institución procesal del *amicus curiae* en el Órgano de Apelación, ocurre la misma lógica, en donde este organismo puede aceptar o rechazar cualquier información que considere pertinente y necesaria para resolver sobre una apelación en curso, incluso aquellas comunicaciones que no fueran solicitadas.

En este apartamos iniciamos con la afirmación que el agente privado es el principal agente económico en el comercio internacional, en consecuencia, ante la vulneración por parte de los Estados miembros de las normas comerciales contenidas en los acuerdos abarcados,

⁷⁵ Ibid., párrafo 101-104.

⁷⁶ Ibid., párrafo 108.

⁷⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. (2017). Manual sobre el sistema de solución de diferencia de la OMC. 2ª Edición. Publicaciones de la OMC. p194.

por inferencia el principal afectado es el privado, por lo tanto, el privado es el mayor interesado el respeto a las normas del comercio internacional. El mecanismo para que vuelva a imperar el derecho es mediante el procedimiento de solución de diferencias regulado en el ESD, que es un proceso entre Estados miembros, y en este proceso solo goza de legitimación activa los miembros de la OMC —Estados y territorios aduaneros adheridos a la OMC—, y para actuar como terceros solo pueden los miembros, con lo cual, los privados quedan normativamente excluidos del sistema de solución de controversia, en consecuencia, debemos concluir necesariamente que existe una paradoja en el ESD, siendo que los privados son agente principal del comercio no pueden participar normativamente en un proceso que lo que busca es que se respetan las normas de comercio que los mismo privados aquellos que la utilizan para poder realizar transacciones internacional.

En ese escenario los privados han debido buscar mecanismo de participación como lo es a través de la institución procesal del *amicus curiae* que, por lo mencionado, se encuentra supedita a la discrecionalidad del grupo especial o del Órgano de Apelación, no estando obligados normativamente aceptar ese tipo de presentación, por lo tanto, urgen reformas — que serán propuesta en el capítulo III— al ESD que permitan una mayor participación al agente privado.

5.4 Pretensiones válidas para el ESD

Habiendo descrito que los miembros de la OMC son los que se encuentran facultados para colocar en movimiento la actividad jurisdiccional del OSD, resulta indispensable ahora poder responder la siguiente pregunta: ¿Cuál es el fundamento jurídico para colocar en movimiento la actividad jurisdiccional del OSD?, es relevante responder esta interrogante porque nos va a permitir establecer qué tipo de conflictos será los competentes de resolver el grupo especial y el Órgano de Apelación, o en qué casos estaremos en presencia de un conflicto de relevancia jurídica para el ESD.

Esta pregunta se responde determinado cuales son las pretensiones validas en este tipo de proceso, podemos encontrar diversas definiciones doctrinaria del concepto pretensión, pero vamos a utilizar para efecto práctico la de Jaime Guasp el cual expreso que la pretensión procesal es el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial, y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto entre esa persona y el auto de la reclamación. La

pretensión es el objeto del proceso⁷⁸, en consecuencia, la pretensión es solicitar un determinado pronunciamiento a los órganos jurisdiccionales, es aquello que viene a dotar de contenido a la acción.

Una respuesta preliminar para determinar cuáles son las pretensiones válidas que deben estar contenidas en una reclamación y que van a tener como efecto colocar en movimiento la actividad jurisdiccional del ESD, la encontramos en el inciso 1 del artículo 1 del ESD, que expresa lo siguiente: *“Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del presente Entendimiento”*, esta norma nos expresa que serán pretensiones válidas aquellos conflictos que deriven de la vulneración de las normas jurídicas contenidas en los acuerdos enumerados en el Apéndice N°1.

El Apéndice N°1 enumera los denominados acuerdos abarcados⁷⁹, en consecuencia, podemos establecer que una pretensión válida para este tipo de procedimiento será aquella que se basa en los derechos y obligaciones que tienen su fuente normativa en los acuerdos abarcados, que debe ser el motivo y fundamento de la diferencia entre los Estados miembros. Lo que genera que otro tipo de diferencia de carácter comercial u otro ámbito, que no tenga fundamentos en los acuerdos abarcados quedan excluida de este tipo de procedimiento.

Ahora la pregunta en cuestión que debemos dilucidar es la siguiente: ¿Cualquier tipo de infracción a los acuerdos abarcados es fundamento suficiente para interponer una reclamación?, la respuesta se encuentra contenida en el párrafo 1 del artículo 3 del EDS, el cual señala lo siguiente: *“Los Miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento.”*, entonces debemos remitirnos a los artículos señalado, específicamente al artículo XXIII del GATT (1947), que regula las situaciones donde el incumplimientos a las normas de los acuerdos abarcados que permiten fundamentar una reclamación válida, el artículo expresa lo siguiente:

Anulación o menoscabo

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

⁷⁸ CORREA SELAMÉ, JORGE. (2014) “Curso de derecho procesal, tomo II”. EJS Ediciones Jurídicas de Santiago. p.31.

⁷⁹ VEASE <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm#appendice1>, que indica expresamente cuales son los acuerdos abarcados. [consulta: 17 de julio de 2020].

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.

A partir de este artículo se establecen los supuesto facticos necesarios que se deben cumplir para poder fundamentar una reclamación por parte de un Estado miembro ante la OMC, el artículo establece una condición general que deben cumplir todas las reclamaciones y posteriormente establece los tres tipos de reclamación, en las letras a),b) y c) respectivamente, entonces cualquier reclamación que se quiere interponer para que contenga una pretensión valida deben cumplir con la condición general y además con las condiciones particulares dependiendo de qué tipo de reclamación se va a presentar.

En consecución, al momento de analizar la admisibilidad de cualquier tipo reclamación, cada reclamación necesariamente deberá cumplir con dos requisitos indispensable, primer requisito de carácter genérico —regulado en el encabezado del artículo XXIII del GATT (1947)— que debe concurrir en cualquier tipo de reclamación, que consiste en la anulación o menoscabo sufrida por una parte contratante y un segundo requisito que se fundamenta en la causa que provoca esta anulación o menoscabo, que puede provenir de vulneración de los acuerdos abarcados —reclamación infraccional—; de la aplicación de medida sin ser contraria a los acuerdos genere ese efecto —reclamación no infraccional—; y por ultimo a causa de otras situaciones ⁸⁰—reclamación de otras situaciones—, por lo tanto, el segundo requisito es de carácter particular que va a ir dependiendo de cada tipo de reclamación —cada reclamación serán analizadas a continuación—.

5.4.1 Reclamación infraccional

Este tipo de reclamación se encuentra regulada en el párrafo N°1 letra a) del artículo XXIII del GATT (1994), que señala lo siguiente: “*que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo*”, este tipo de reclamación consiste en la situación que un Estado miembro haya sufrido una anulación o menoscabo de una ventaja —causal genérica— y que esta se deba necesariamente que otro Estado miembro haya

⁸⁰ DELPINO LIRA, CRISTIÁN. (2011). El mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte – Año 18 N°1. pp.213-239. p228

incumplido las obligaciones contenidas en los acuerdos abarcados —causal específica de este tipo de reclamación—.

Esta es la causal más utilizada en la práctica, para que prospere una reclamación de este tipo, el reclamante deberá acreditar la existencia de los dos requisitos, el primer consistente en la cláusula general que debe existir una anulación y menoscabo de una ventaja, y en segundo lugar que esta situación se generó a partir del incumplimiento de alguna de las normas de los acuerdos abarcados por parte del Estado reclamado.

La particularidad de este tipo de reclamación es la existencia de una presunción legal de anulación o menoscabo en favor del Estado demandante⁸¹, en consecuencia, la infracción, es mucho más relevante desde el punto vista probatorio que la anulación o menoscabo de una ventaja⁸². La presunción legal tiene como efecto que el Estado reclamante solo deberá probar que existe un incumplimiento por parte del Estado reclamado, y de ese incumplimiento se tendrá por establecido la existe de una anulación o menoscabo, salvo que el Estado reclamado pruebe que esa infracción no tuvo como efecto la anulación o menoscabo de la ventaja del Estado reclamante. La presunción legal, tiene como efecto jurídico, que invierte la carga probatoria, pero solo respecto a la anulación o menoscabo y admite prueba en contrario.

5.4.2 Reclamación no infraccional

La segunda causal se encuentra regulada en el párrafo N°1, letra b) del artículo XXIII del GATT (1994), que expresa lo siguiente: “*que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo*”. Esta situación permite a un Estado reclamar contra cualquier medida que no implique un incumplimiento a los acuerdos abarcados, pero sí que cause una anulación o menoscabado de una ventaja obtenida por los acuerdos abarcados, por lo tanto, frente a este tipo de reclamación el Estado reclamante no deberá acreditar la vulneración de alguna norma, pero sí acreditar la anulación o menoscabo de las ventajas resultantes.

La razón para establecer un tipo de causal en donde no existe un acto infraccional, se explica en el hecho que una de las finalidades del sistema de solución de controversia es mantener el equilibrio entre los Miembros de la OMC. Equilibrio basado en lo obtenido por las concesiones y ventajas recíprocas de la celebración de los acuerdos abarcado, se concluyó

⁸¹ ESD, artículo 3, párrafo 8.

⁸² Organización Mundial del Comercio. 2004. Manual sobre el sistema de solución de diferencia de la OMC. Canadá, Les Editions Yvon Blais Inc. 39p.

en las Rondas de Uruguay, que también pueden existir casos que sin existir infracción a las normas puede producir la anulación o menoscabo en una ventaja de los Estados miembros. En consecuencia puede suceder que Estados miembros de la OMC tomen determinadas medidas que tenga por finalidad obtener una ventaja y que estén en perfecta armonía con los acuerdos abarcados, pero puede tener como efecto directo que prive a otro Estado miembro de una ventaja obtenida con anterioridad, lo que va a provocar que se altere el equilibrio entre los compromisos comerciales celebrados entre los Estados miembros, por lo tanto, esta causal tiene por finalidad restablecer el equilibrio que se ha perdido a causas de actos que están en armonía con las normas de los acuerdos abarcados.

Respecto de los requisitos que se deben cumplir en este tipo de reclamación son los siguientes: I) que el Estado reclamado aplique una determinada medida que no deba implicar infracción a los acuerdos abarcados; II) que la medida genere una ventaja al Estado reclamado; y III) que dicha ventaja tenga como efecto la anulación o menoscabo de una ventaja del Estado reclamante.

5.4.3 Reclamación sobre otras situaciones

Este tipo de reclamación se encuentra regulada en el párrafo N°1 letra c) del artículo XXIII del GATT (1994), que expresa: “*que exista otra situación*”, se podría concluir que desde el punto de vista normativo sería la causal genérica porque abarcaría todas aquellas situaciones que no pueden ser subsumidas en el resto de las causales —reclamación infraccional y no infraccional—, por lo tanto, serían todas aquellas acciones diferentes a las ya reguladas en la letra a) y b) del artículo XXIII del GATT (1994), mediante las cuales un Estado miembro cause una anulación o menoscabo en la ventaja de otro Estado miembro, sin perjuicio, desde la creación de la OMC no ha existido ninguna reclamación hasta la fecha en que se allí invocado esta causal como justificación de una reclamación.

Este tipo de causal se estableció para situaciones de carácter excepcional principalmente enfocada en emergencia macroeconómicas, pero como se indicó nunca se ha interpuesto una reclamación de este tipo, en consecuencia, no existe jurisprudencia de la OMC asociada a este causal, que nos permita determinar cuáles son los requisitos específicos que se requieren cumplir para que una reclamación basada en esta causal sea válida. Finalmente hay que indicar que todos los tipos de reclamaciones analizadas son aplicables de forma general a todos los acuerdos abarcados suscritos por los Estados miembros, sin perjuicio, que

existen determinadas excepciones dependiendo de la norma jurídica vulnerada del acuerdo abarcado.

6. Órgano de Apelación y su situación actual

Dentro de las mayores innovaciones que se hicieron en la Ronda de Uruguay respecto del sistema de soluciones de controversia que se ideó; fue en primer lugar, el consenso negativo como mecanismo de adopción de decisiones del OSD respecto de las resoluciones más relevantes del procedimiento y, en segundo lugar, la creación del Órgano de Apelación, que no existe en otros sistemas de solución de controversias internacionales.

El Órgano de Apelación, es un órgano de carácter permanente compuesto por siete miembros, en cada apelación se requiere la participación de solo de tres miembros y tiene por finalidad examinar solo los aspectos jurídicos de los informes emitidos por los grupos especiales⁸³, correspondiéndole la segunda y última instancia del procedimiento de solución de diferencias, en consecuencia, tiene la función de resolver de manera definitiva el conflicto de relevancia jurídica, sin perjuicios que el informe emitido por este órgano no es vinculante para las partes hasta la adopción de el por parte del OSD, y esa adopción se realiza mediante el mecanismo del consenso negativo —que lo transforma en una decisión casi automática—.

La razón de la creación de este organismo radica en que la adopción del informe del grupo especial por parte del OSD, es mediante el consenso negativo, por lo tanto, el miembro afectado por la decisión del informe no puede por sí solo bloquear la adopción, requiere necesariamente que el resto de los miembros presente en la reunión del OSD estén de acuerdo —incluido el miembro beneficiado por el informe— en rechazar el informe, que lo convierte en un supuesto teórico, en la práctica nunca se ha producido acuerdo para bloquear un informe. En este escenario el miembro afectado por el informe puede tener legítimas discrepancias jurídicas con el informe, y a su vez el informe tampoco está exento de errores en la interpretación jurídica de las normas objeto de una disputa determina, pero como la adopción casi automática, no permitiría enmendar los errores jurídicos que puedan detentar el informe, razón por la cual el ESD regulo la posibilidad de que existe esta segunda instancia a cargo del Órgano de Apelación pero solo con la facultad de corregir la existencia de errores jurídicos del informe del grupo especial, para salvaguardar la seguridad y previsibilidad del sistema

⁸³ ESD, artículo 17, párrafo 1.

multilateral del comercio —objetivo primordial del sistema— , y además los derechos de los miembros afectados por el informe.

En consecuencia, el Órgano de Apelación coloca termino al conflicto jurídico, en razón que es la última instancia y su función es examinar solo las cuestiones de derecho⁸⁴ —interpretación jurídica— de los informes del grupo especial pudiendo, confirmar, modificar o revocar las conclusiones jurídicas del informe⁸⁵.

6.1 Procedimiento de apelación

El derecho de apelar contra el informe de un grupo especial para que sea conocido y resuelto por el Órgano de Apelación, solo corresponde a las partes, es decir tanto reclamante como reclamado —excluyendo a los terceros—, según datos extraídos de la OMC en los primeros años de existencia del ESD la tasa de informes de grupos especiales apelados era del 100%, con el transcurso de los años fue disminuyendo por ejemplo la tasa del año 2014 fue del 87%, sin perjuicio del descenso de las apelaciones igualmente queda evidenciado un alto porcentaje de ejercicio de este derecho⁸⁶.

Se inicia esta etapa procesal cuando una de las partes notifica formalmente al OSD la decisión de apelar y presenta el anuncio de la apelación ante la secretaria del Órgano de Apelación. El ESD no expresa un plazo determinado para la presentación de la apelación, lo que existe es más bien una oportunidad procesal, que consiste en que la notificación de apelar al OSD debe ser presentada antes que adopte el informe del grupo especial. La adopción del informe del grupo especial no puede tener lugar antes de transcurrido 20 días ni después de transcurrido 60 días desde la fecha de su distribución entre los miembros, en consecuencia, el plazo para notificar la apelación es variable puede tener como mínimo 20 días o como máximo 60 días.

El efecto procesal de la notificación formal de la decisión de apelar al OSD es la suspensión de la adopción del informe del grupo especial —quedando pendiente—, en razón que el Órgano de Apelación tiene la facultad de modificarlo o revocarlo, este informe solo será vinculante a las partes una vez adoptado, en consecuencia, mientras no se resuelvan las apelaciones pendientes, no puede exigirse el cumplimiento de las recomendaciones

⁸⁴ ESD, artículo 17, párrafo 6.

⁸⁵ ESD, artículo 17, párrafo 13.

⁸⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/stats_s.htm>. [consulta: 20 de julio de 2020]

establecidas por el grupo especial y el conflicto entre las partes seguirá existiendo. Solo una vez que sea adoptado por el OSD el informe del grupo especial en conjunto con el informe del Órgano de Apelación se consideraran esos informes como una resolución definitiva a un conflicto jurídicos determinado entre Estados miembros.

Una vez notificada la decisión de apelar, y habiendo tomado conocimiento del asunto el Órgano de Apelación, la duración de esta etapa no puede ser superior a 60 días y en ningún caso exceder 90 días. Cuando se haya proveído el informe por parte del Órgano de Apelación, este informe junto al informe del grupo especial se distribuirá entre los miembros del OSD, para la adopción de ambos informes bajo la regla del consenso negativo, una vez ocurrido ese trámite procesal se tendrá por resuelto de manera definitiva el conflicto y se dará paso a la etapa de cumplimiento de las recomendaciones.

6.2 Crisis actual del Órgano de Apelación y sus consecuencias en el sistema multilateral de comercio

El Órgano de Apelación consta de 7 miembros y para su efectivo funcionamiento requiere solo de 3 miembros, que son designados mediante el mecanismo del consenso por parte del OSD, esto significa que se tendrá por adoptado el consenso cuando ningún miembro presente en la reunión se oponga formalmente a ella. El periodo de duración del cargo es de cuatro años y puede ser renovado por una sola vez por cuatro años más —el máximo de tiempo de duración del cargo son 8 años—.

Actualmente el Órgano de Apelación se encuentra en una profunda crisis, que se expresa en la paralización de facto del funcionamiento del órgano, que se comenzó a gestar a partir del año 2017, cuando se originaron las primeras tres vacantes, dos de ellas por cese de cumplimiento de su segundo mandato de los miembros: Peter Van de Bossche (2009-2017) y Ricardo Ramírez-Hernández (2009-2017), y la tercera vacante se produce por renuncia de Hyun Chong Kim (2016-2017). Posteriormente en el año 2018, se produce la expiración sin renovación, del primer mandato de Shree Badoo Chekitan (2014-2018). Con cuatro vacantes, el Órgano de Apelación quedo compuesto solo por tres miembros —la cantidad mínima de integrantes para funcionar—, y dos de esos miembros Ujal Singh (2011-2019) y Thomas R. Graham (2011-2019), terminaron su segundo mandato el 10 de diciembre de 2019, en consecuencia, desde esa fecha hasta la actualidad, el Órgano de Apelación está compuesto por un solo miembro Hong Zhao el cual expira su primer mandato el 1 de noviembre del 2020,

en consecuencia, desde el 10 de diciembre de 2019 el Órgano de Apelación no cumple con los integrantes mínimos para su funcionamiento⁸⁷.

Desde el año 2017 se comenzaba avizorar los problemas que se podían generar por las primeras vacantes, respecto de las cuales no se han podido llevar a cabo el proceso de selección hasta la fecha, debido a que no se ha logrado alcanzar el consenso necesario para nombrar a los nuevos miembros, principalmente por el derecho a veto ejercido por Estados Unidos, teniendo como consecuencia el bloqueo de facto del funcionamiento del Órgano de Apelación, que se materializó con fecha 10 de diciembre de 2019, al no cumplirse con la cantidad mínima de miembros para funcionar. Las razones para vetar el proceso de nombramiento, se encuadra en la política exterior de los últimos años de Estados Unidos — *america first*—, y su política anti-globalista proteccionista, que se expresa en la desconfianza hacia las organizaciones internacionales, de la cual no ha estado exenta la OMC, agregando que en los últimos años por parte del gobierno de Estados Unidos han expresado críticas a las soluciones adoptadas por el OSD que a su juicio han sido perjudiciales para sus intereses en materias de prácticas antidumping y subvenciones ilegales, alegando parcialidad de los miembros del Órgano de Apelación. Esta crisis no debe entenderse como un hecho aislado, sino que está directamente relacionado con la crisis que vive en primer lugar el orden internacional liberal y la OMC, más bien esta crisis en el Órgano de Apelación solo viene a expresar la crisis que vive el modelo del sistema económico multilateral.

Otra situación que explica la actual paralización de facto del funcionamiento del Órgano de Apelación, es la tensión existente entre Estados Unidos con el resto de los miembros de la OMC a causa de la aplicación de la “Regla N°15” del procedimiento de trabajo del Órgano de Apelación, que dispone: *“Una persona que deje de ser Miembro del Órgano de Apelación podrá, con autorización del Órgano de Apelación y previa notificación al OSD, terminar la sustanciación de cualquier apelación a la que hubiera sido asignada cuando era Miembro y, a tal efecto únicamente, se considerará que sigue siendo Miembro del Órgano de Apelación”*⁸⁸, la aplicación de esta regla a criterio de Estados Unidos vulnera las normas del ESD.

Ante la situación de vacancia que se comenzó a producir en el Órgano de Apelación desde el año 2017, causa del bloqueo de facto de las elecciones de los integrantes, y con la finalidad de evitar que existiera retraso con las apelaciones en tramitación, el Órgano de

⁸⁷ VÉASE, <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descrp_s.htm> [consulta: 20 de julio de 2020]

⁸⁸ VÉASE, <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_s.htm> [consulta: 20 de julio de 2020]

Apelación decidió hacer efectiva la regla N°15, a lo cual, Estados Unidos considera que esta manera de ampliar el mandato de los miembros que cesaron en su cargo es contraria al ESD, que indica expresamente el tiempo de duración máximo de los mandatos de los miembros del Órgano de Apelación y en la caso que se quiere autorizar una ampliación del mandato el facultado es el OSD y no el Órgano de Apelación, en atención, que la materia sobre lo que discute no es una mera cuestión de procedimiento de trabajo que tenga la facultad de decidir el Órgano de Apelación. El resto de los tribunales internacionales regulan esta facultad en su texto constitutivo, situación que no ocurre en la OMC, en el ESD no se regula esta materia — lo regula un cuerpo normativo dictado por el mismo Órgano de Apelación—, en consecuencia, esta norma no fue acordada por los miembros de la OMC⁸⁹.

Este escenario es sumamente preocupante porque Estados Unidos desde la elección de Trump ha vivido un cambio radical en su política comercial exterior que ha tenido como consecuencia que varios países comiencen procesos contra Estados Unidos a causa de la vulneración a las normas de los acuerdos abarcados ante el OSD, que no podrán ser resueltas por la actual paralización del Órgano de Apelación, esta actitud es contradictoria por un lado Estados Unidos aumenta los casos en la OMC y por otro lado bloquea la resolución de los conflictos⁹⁰, este tipo de política demuestra la intención de Estados Unidos de no someterse a las reglas del comercio multilateral. En definitiva, el cuestionamiento de Estados Unidos no debe entenderse como únicamente al Órgano de Apelación, sino a todo al multilateralismo en materia comercial⁹¹.

Encontrándose paralizado de facto el Órgano de Apelación, tiene como efecto que se paralice todo el sistema de solución de controversia en razón, que este órgano tiene la función colocar termino a los conflicto de relevancia jurídicas conocidos por la OMC, teniendo en consideración que alrededor del 2/3 de los informes del grupo especial son apelados, significa que esa misma cantidad de conflictos no serán solucionados, agregando todas aquellas nuevas reclamaciones que se presenten, en consecuencia, no se está comprimiendo la función principal de todo sistema de solución de controversia, que es la resolución de conflictos de relevancia jurídica.

⁸⁹ ARREDONDO, RICARDO y M.A. GODIO, LEOPOLDO. (2019). La crisis del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. Revista de la secretaria del Tribunal Permanente de Revisión. Año 7, N°13; marzo 2019; Pp. 163-179. p172.

⁹⁰ Ibid. PP. 169-170.

⁹¹ BAS VILIZZIO, MAGDALENA. (2019). Reflexiones sobre la situación del Órgano de Apelación de la OMC. Revista Diplomático 2ª época-volumen 2, N°1 Julio-diciembre 2019; Pp 21-30. p25.

El incumplimiento de la finalidad del ESD tiene consecuencias muy graves para el sistema de comercio internacional, que se expresan en una tendencia creciente, por parte de los regulados de saltarse las normas comerciales en atención de la paralización del organismo que sancione el incumplimiento, no genera incentivos en los regulados para cumplir con las normas, y el principal afectado será el privado, que al existir este clima de incertidumbre respecto de las reglas del comercio internacional se verá disminuida la característica principal que necesita para actuar en el mercado internacional que es la previsibilidad.

Capítulo III

El futuro de la OMC en especial las reformas necesarias al Sistema de Solución de Controversia

1. Panorama actual del sistema multilateral de comercio

En las páginas anteriores nos dedicamos a describir la crisis actual en que se encuentra envuelto el sistema multilateral de comercio, que ha traído como consecuencia el aumento de medidas proteccionista y la desilusión pública —principalmente de los sectores medios— de la apertura al comercio, pero está lejos de desaparecer y además no se debe renunciar a la apertura del comercio para dar paso nuevamente al proteccionismo. Desde su creación al término de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad, el comercio internacional ha cumplido de manera categórica uno de sus principales objetivos consistente en la disminución de la pobreza, pero la crisis se explica mayormente por los efectos negativos los cuales a la fecha no han sido solucionados por los diversos actores que participan en el sistema multilateral de comercio. Estos efectos negativos se expresan mayormente en la desigualdad existente entre países desarrollados, aquellos que encuentra en vías de desarrollo y países pobre, y esta desigualdad es transferida también a las sociedades de los países, en consecuencia, la respuesta que deben adoptar los países ante el fenómeno de la desigualdad no debe ser el establecimiento de medidas proteccionistas o aranceles punitivos para brindar una protección confiables a los trabajadores, sino más bien políticas redistributivas de las ganancias generadas por comercio internacional como mecanismo de superación de la desigualdad y que estén firmemente enraizadas en Estados de bienestar⁹².

A la OMC le fue encomendada la función de ser la institución encargada de administrar el sistema multilateral de comercio dentro de otras funciones que también ejerce, de la misma manera también vive un profundo proceso de crisis institucional que se explica en parte tanto por causas extrínsecas —crisis del sistema multilateral—, como por causas intrínsecas consistentes en la disminución de la eficacia de la funcionalidad del foro de negociación como espacio en que converger los diversos miembros para solucionar sus problemas de carácter comercial, la imposibilidad existente por parte del actor privado de poder participar del mecanismo de solución de controversia y la paralización del Órgano de Apelación que trae como consecuencia que los conflictos jurídicos no puedan ser resueltos.

⁹² BOHNNEBERGER, FABIAN y WEINHARDT, CLARA. 2017. Malestar en el libre comercio “un nuevo rol para la OMC”. Revista Nueva Sociedad N°271. Septiembre-octubre de 2017. 107p.

Este escenario ha provocado que la OMC comience paulatinamente a perder la centralidad en la administración del comercio internacional, dando paso a otras formas alternativas de organización internacional las cuales han ido ganando protagonismo en desmedro de la OMC, como lo han sido los acuerdos regionales teniendo su máxima expresión hasta el momento en los acuerdos mega-regionales como lo son; el Acuerdo Transpacífico (TPP) y el Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversión (TTIP), teniendo como efecto un sistema de multilateral de comercio fragmentado, que se expresa en la existencia de un cumulo de disposiciones normativa de diversas fuentes que regulan el comercio internacional. La consecuencia directa de esta situación se traduce en la disminución de la previsibilidad y estabilidad comercial que afectan directamente al funcionamiento del comercio internacional. En consecuencia, urge realizar reformas institucionales a OMC, las cuales serán descritas en las próximas líneas y se enfocarán en el mejoramiento —existe un amplio margen de mejora— del foro de negociación y del sistema de solución de controversia con la finalidad que la OMC siga teniendo el rol central en el sistema multilateral de comercio, proveyendo de previsibilidad, seguridad y equidad al comercio internacional, requisitos indispensables que deben existir para que el actor privado⁹³ —actor relevante del sistema de comercio— pueda desarrollar la actividad económica la cual a su vez genera bienestar social a la población.

2. Reformas necesarias al foro de negociación de la OMC

En el capítulo I se explicó que el foro de negociación de la OMC vive una profunda crisis que se expresa en la inutilidad que presenta en la actualidad como mecanismo para poder adoptar acuerdos comerciales y resolver los problemas que se presenten. Las causas de esta crisis son principalmente y no las únicas; la naturaleza de las materias objeto de discusión, fragmentación del poder —falta de liderazgo— y el procedimiento de adopción de decisiones, a continuación, se presentarán diversas modificaciones que debe realizar la OMC para revitalizar el foro de negociación y de esa manera vuelva a tener funcionalidad en el sistema multilateral de comercio. Esta actualización del funcionamiento del foro de negociación —heredado del GATT que se encuentra agotado— tiene que tomar necesariamente nota del nuevo contexto en que se va a desenvolver y el objetivo debe estar puesto en revitalizar el interés de los Estados en utilizar este medio como mecanismo para acordar acuerdos comerciales evitando de esa manera la perdida de la centralidad en el comercio internacional.

⁹³ LIZARAZO, GONZALEZ M.C. (2019). Es necesaria la transformación del sistema multilateral y su institución central, la OMC. *Revista De Derecho Fiscal*, (14), 189-202. p200.

2.1 Cooperación con el regionalismo del Siglo XXI.

Como se mencionó anteriormente la crisis del foro de negociación, ha tenido como efecto que los Estados busquen foros alternativos con la finalidad de negociar acuerdos comerciales, lo que ha llevado a la explosión significativa de suscripción de acuerdos regionales, y que en la actualidad existan dos modalidades de gobernanzas antagónicas del régimen de comercio internacional, por un lado, se encuentra el sistema multilateral de la OMC y por otro lado el regionalismo⁹⁴. Se está viviendo un periodo de tensión entre ambos modelos de organización comercial, lo que ha traído como consecuencia la fragmentación del sistema multilateral de comercio como mecanismo de regulación del sistema de comercio internacional, afectado a la seguridad jurídica y la coherencia normativa que requiere el actor privado para desarrollar su actividad comercial, con el paso del tiempo el regionalismo sigue ganando espacio en la administración del comercio internacional.

La proliferación de acuerdos comerciales fuera de la institucionalidad de la OMC, tiene como consecuencia la vulneración del principio articulador del sistema multilateral de comercio “cláusula de la nación más favorecida”, en virtud del cual las partes están obligadas a no discriminar entre sus interlocutores comerciales, a todos se les concede de forma igualitaria la condición de nación más favorecida, sin perjuicio existen excepciones a este principio como es la suscripción de acuerdos regionales⁹⁵, por lo tanto normativamente no debería existir discrepancia entre el regionalismo y el multilateralismo, en función que la OMC lo permite. La vulneración existente al principio descrito radica en la abundancia de acuerdos regionales, en razón, que la articulación del sistema multilateral se basa en ese principio y en la actualidad la situación es totalmente diferente, en donde dicho principio va en la dirección de convertirse en la excepción y la regla general van a ser los acuerdos regionales, lo que va a producir una disminución del multilateralismo y un sistema de comercio internacional basado en grupos pequeños con sus propias normativas comerciales lo que va en contra del ideal de sistema de comercio multilateral.

Ante este escenario competitivo y no existiendo relación alguna entre los acuerdos regionales y los de la OMC, teniendo en consideración que este tipo de alternativas no va a disminuir en el corto tiempo, sino que va a ir aumento tanto en número de participantes como

⁹⁴ BOUZAS, ROBERTO y JULIETA ZELICOVICH. (2014). La Organización Mundial de Comercio, los acuerdos mega- regionales y los usos estratégicos del regionalismo. Estudios de Economía Aplicada Vol. 32-3, 963-994. p964.

⁹⁵ FERRERO DIEZ CANSENCO, A. (2001). Trato especial y diferenciado para países en desarrollo. THEMIS-Revista de Derecho, (43), 249-259. p250.

en aquellas materias que va a comprender este tipo de acuerdos, entonces el desafío para la OMC con el objetivo de seguir siendo el organismo central del comercio internacional es dirigir sus esfuerzo en poder conciliar el regionalismo con el multilateralismo para que de esa manera exista un sistema de comercio armónico, en miras puestas en dar estabilidad a los agentes económicos de comercio.

2.2 Promoción de los Acuerdos Plurilaterales

Una de las dificultades presentes para poder llegar acuerdos en el foro de negociación la cual fue planteada en el capítulo I es la naturaleza y la cantidad sobreabundante de temas discutidos, esta lógica negociadora enfocada en tener muchos temas sobre la mesa para discutir se basaba en la idea que ese escenario haría que la ambición aumentara incluso con respecto a los temas difíciles, al promover las compensaciones entre unos temas y otros⁹⁶. Fue llevada a cabo en la Ronda de Uruguay intentando empaquetar todos los temas en un todo único objetivo lo cual se logró cumplir. Esta misma fórmula exitosa en su oportunidad se intentó replicar en la Ronda de Doha bajo la consigna que se lograría llegar acuerdo porque iba existir compensaciones entre los miembros, situación que a la fecha no ha ocurrido encontrándose paralizada la negociación. Esto demuestra que se encuentra agotada la idea de llevar a cabo acuerdos globales con una diversidad de temas y que se adoptan como un todo único, razón por la cual, resulta indispensable que la OMC, busque otras modalidades de acuerdo.

En atención al escenario actual en donde la OMC carece de la capacidad para lograr acuerdos multilaterales, por lo cual, resulta imperioso que se busque formas alternativas de negociación, respecto de las alternativas que se han dado por diferentes actores lo común de todas las posiciones es la necesidad de fragmentar las negociaciones por temas. El objetivo de reformar la OMC tiene que ser con miras de mantenerla como la institución central del comercio internacional, si la OMC no se logra reformar en esa dirección los miembros van a seguir prefiriendo las opciones de negociación que ofrece el regionalismo, por lo cual, se debe buscar una fórmula que mantenga el multilateralismo comercial, pero al mismo tiempo permita la realización de negociaciones fragmentadas. De las diversas fórmulas que se han planteado en este trabajo se adhiere a la opción de adoptar la alternativa de los Acuerdos Plurilaterales en el marco de la OMC sobre la base de la “reciprocidad”, lo que significa que solo los

⁹⁶ VANGRASSTK, C. 2013. Historia y futuro de la Organización Mundial del Comercio. Ginebra, Organización Mundial del Comercio. p607.

signatarios pueden aprovechar de las ventajas del acuerdo y solo ellos están sometidos a su normativa⁹⁷.

Los Acuerdos Plurilaterales se encuentran regulados en el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo que establece OMC, el cual indica que dichos acuerdos forman parte del acuerdo de la OMC, pero solo para aquellos que lo hayan aceptado y será vinculantes para estos, pero no crea obligaciones ni derecho para los miembros que no los hayan aceptado. Este tipo de acuerdo no ha sido muy utilizado en la práctica, principalmente porque tienen la dificultad que consiste en el mecanismo necesario para que puedan integrar los Acuerdos de la OMC, este mecanismo está regulado en el párrafo 9 del artículo 10 del Acuerdo de la OMC, que indica que para incorporar un Acuerdo Plurilateral se quiere el consenso de todos los miembros presente —tanto aquellos que serán parte del acuerdo como aquellos que no lo serán— de la Conferencia Ministerial citada para esos fines. Una demostración de la dificultad práctica de este tipo de acuerdos es que durante la Ronda de Uruguay solo se incorporaron cuatro acuerdos plurilaterales y solo dos de ellos se encuentran actualmente vigentes (comercio de aeronaves civiles y compras públicas)⁹⁸. En consecuencia, se requiere una modificación al mecanismo de incorporación con el objetivo de dar funcionalidad y dinamismo a este tipo de modalidad de acuerdo, la regla de adopción de incorporación de estos acuerdos debería transitar desde la regla del consenso a la regla de la votación —en el siguiente apartado se analiza con profundidad—.

El incentivo a la celebración de acuerdos plurilaterales consiste en que sería un mecanismo idóneo para colocar en movimiento la función negociadora de la OMC, y además un cambio la estrategia negociadora que ha seguido la OMC hasta la fecha que colocaba el acento en la celebración de acuerdos globales, en el contexto que nos encontramos en donde la OMC no tiene la capacidad negociadora para llegar adoptar este tipo de acuerdos sería más conveniente que se recorriera un camino inverso partiendo primero por la celebración de este tipo de acuerdos con aquellos miembros que tienen la intención de regular temas comerciales nuevos bajo esta modalidad, para posteriormente una vez ya acordado estos acuerdos, habiéndose demostrado la eficacia de los mismos, tendría como efecto que incentivaría adherir al resto de miembros que no habían adherido en su oportunidad, para luego poder pensar en

⁹⁷ Ibid. p610.

⁹⁸ BOUZAS, ROBERTO y JULIETA ZELICOVICH. (2014). La Organización Mundial de Comercio, los acuerdos mega- regionales y los usos estratégicos del regionalismo. Estudios de Economía Aplicada Vol. 32-3, 963-994. p972.

acuerdos de carácter globales, de esa manera la OMC podría recuperar espacios ganado por el regionalismo.

2.3 Modificaciones al procedimiento de adopción de decisiones

Uno de los mayores problemas institucionales que ha sido causa de la actual paralización del foro de negociación se encuentra en el diseño del proceso de adopción de decisiones, este proceso requiere una urgentemente reforma que vayan en la dirección de dotarlo de mayor flexibilidad y transparencia, sin perjuicio, que es uno de los sistemas más democráticos en el ámbito internacional, porque en prácticamente en todas sus instancias, cada país —independiente de su poder económico o nivel de desarrollo— tiene un representante que cuenta con un voto⁹⁹. Los problemas que presenta —fueron descritos en el capítulo I— y que requieren ser solucionados son; en primer lugar, el mecanismo de adopción de decisiones basado únicamente en la regla del consenso que ha convertido al proceso de adopción, en un proceso lento y rígido, y en segundo lugar es el principio del todo único “single undertaking”.

2.3.1 Revitalización de la regla de la mayoría

Respecto del primer problema referido a la regla del consenso como mecanismo de adopción de decisiones, que consiste en que una decisión se tendrá por adopta si ningún miembro presente en la reunión se opone formalmente a ella. Teniendo cada miembro un derecho a veto para impedir que se adopte una decisión determinada por el solo hecho de no consentir —no se requiere dar argumentos del rechazo—. Este tipo mecanismo de adopción de decisiones tiene preponderancia histórica que derivó en una práctica generalizada que no se condicen con lo dispuesto en la normativa de la OMC, la cual permite la adopción de acuerdos basados en la regla de la mayoría. El párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo de la OMC dispone: *“La OMC mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del GATT de 1947. Salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso la cuestión objeto de examen se decidirá mediante votación”*. Por lo tanto, si no es posible llevar a un consenso para poder adoptar una decisión determinada, esa cuestión podrá ser adoptada por votación, bajo la regla de un miembro un voto, y el quórum va a ir dependiendo de la naturaleza del tema discutido¹⁰⁰, en consecuencia, por disposición

⁹⁹ LOBEJON, LUIS. (2010). Más allá de la Ronda de Doha. El futuro de la OMC. Revista de relaciones ecosocial y cambio global, N°112, 81-88. p82.

¹⁰⁰ TEMPONE, EDUARDO. (2007). Los dilemas institucionales de la OMC: comentarios sobre el “Informe Sutherland”. Agenda Internacional, 14(25), 181-199. p184.

normativa las decisiones no requieren necesariamente ser adoptadas por consenso, solo aquellas que por normativa se disponga que exclusivamente deban ser adoptarse mediante consenso —inclusión de nuevos acuerdos plurilateral o decisiones del OSD—. Esta normativa permitiría a los miembros adoptar decisiones por la regla de la mayoría situación que no ocurre en la práctica.

La práctica generalizada del consenso como único mecanismo de adopción de decisiones, por sobre la opción válida normativamente de votación como mecanismo de adopción de decisiones permitido, y además teniendo en consideración que nunca se ha utilizado la votación, salvo para el caso excepcional sobre la adhesión de Ecuador como miembro de la OMC en el año 1995, se debe concluir necesariamente que la OMC no solo ha seguido la práctica del GATT 1947 sino que incluso la ha profundizado, recurriendo a la figura del consenso aun en aquellos casos en que las disposiciones normativas de la OMC requerían expresamente la votación¹⁰¹, por lo tanto, existe una exageración desmesurada en la práctica del consenso que explica en gran medida la paralización del foro de negociación y de otras instituciones de la OMC que no han podido funcionar en la actualidad —paralización de facto del Órgano de Apelación—

En el capítulo I, se afirmó que este mecanismo de adopción de decisiones requiere de una reforma urgente tomando en consideración la cantidad de miembros existente, la diversidad de intereses y la existencia del derecho a veto, que han tenido como efecto que lograr a un consenso en materias relevantes se vuelva extremadamente difícil y lento. Este escenario ha tenido como consecuencia que los miembros hayan decidido trasladar problemas comerciales a otros foros alternativos, principalmente por la pérdida de la capacidad resolutive que tiene en la actualidad el foro de negociación, por lo cual, para reactivar la eficiencia del foro de negociación se requieren modificaciones sobre este tema.

Respecto de las modificaciones que se requieren sobre este tema, deben ir en la dirección de crear un sistema de carácter mixto, mantenido la regla del consenso, pero al mismo tiempo revitalizando el mecanismo del voto el cual ya se encuentra regulado en la OMC. La línea divisoria respecto de las materias que deben ser adoptadas por uno o por otro mecanismo dependerá de la naturaleza del asunto, por ejemplo, para las modificaciones del acuerdo de la OMC o modificaciones sobre derecho y obligaciones consagradas en los acuerdos abarcados se llevaran a cabo bajo la regla del consenso, porque es indispensable

¹⁰¹ Ibid. p185.

que las obligaciones que asuman los Estados queden bajo su control político, sería ingenuo poder afirmar que pueda ser posible que existiera la intención por parte de un Estado de aceptar obligaciones que tuvieron su fuente en un proceso de negociación en donde ese Estado voto en contra de esas obligaciones, pero ese inconveniente no se presenta en materias de otra naturaleza, por lo tanto, para el resto de los asuntos que no caigan en el supuesto anterior, la regla de adopción será el de la votación con mayoría de los miembros presente —la elección de los miembros del Órgano de Apelación—, en consecuencia la regla general sería la regla de votación y la excepción la regla del consenso, pero la modificación al mecanismo de adopción debe adoptarse por la regla del consenso para de esa manera dar legitimidad a las futuras decisiones que se adopte con cualquiera de los dos mecanismos señalados —más relevante para la revitalización de la votación—.

Otra reforma necesaria para garantizar que se haga efectivo el principio que cada miembro cuenta con un voto, es lograr que todos los países especialmente los países pobres puedan contar con un representante en todas las instancias de deliberación de la OMC —no sirve de nada tener la facultad de votar si no se puede ejercer—, en la actualidad no todos los países tienen representantes permanentes en la OMC, principalmente porque es costoso¹⁰², por lo tanto, la OMC debería subsidiar aquellos países que no puedan contar con representantes permanentes y además dotar de capacitación técnica con la finalidad de que puedan participar de manera más idónea en el proceso de deliberación, de esa manera el proceso de adopción de decisiones se encontraría más legitimado en función de que participaran de forma real la mayor cantidad de miembros posibles y de mejor calidad en la adopción de decisiones.

2.3.2 Morigeración de la regla “single undertaking”

El segundo problema del mecanismo de adopción de decisiones consiste en la cláusula “*single undertaking*”, esta cláusula establece que en las negociaciones debe existir un acuerdo respecto de todos los temas bajo los cuales se negocia para que ésta pueda darse por concluida “nada está arreglado hasta que todo esté arreglado”¹⁰³. Esta cláusula niega la posibilidad de poder adherir a determinar materias y a cuáles no, esta dinámica de negociación ha traído como consecuencia negativa el bloqueo tanto para arribar acuerdos parciales como

¹⁰² LOBEJON, LUIS. (2010). Más allá de la Ronda de Doha. El futuro de la OMC. Revista de relaciones ecosocial y cambio global, N°112, 81-88. p82.

¹⁰³ ZELICOVICH, JULIETA (2017) ¿Está viva la Omc? Bloqueos y consensos en las negociaciones de las conferencias ministeriales de Bali y Nairobi. Revista Unesco N°44 (mayo 2017). p142.

a acuerdos globales porque es una figura binaria de todo o nada no admitiendo posibilidades intermedias, ni siquiera permitiendo la celebración de acuerdos parciales.

Este mecanismo fue el instrumento utilizado con la finalidad de poder terminar la Ronda de Uruguay, por dos justificaciones; la primera lograr asegurar que cualquier acuerdo que se alcanzara reflejara de manera más equilibrada los intereses de todos los miembros y en segundo lugar fue ampliar el rango de concesiones y transacciones posibles, incorporando diversas áreas bajo un acuerdo final único¹⁰⁴. Al final del día los países con menos poder coercitivos decidieron adoptar este mecanismo del todo único en razón que los países poderosos podrían igualmente finalizar la ronda sin ellos, y la Ronda de Uruguay buscaba crear un sistema multilateral moderno que no existía con anterioridad, razón por la cual, los países menos desarrollados no quisieron quedar excluidos, por esa razón aceptaron negociar bajo los términos de esa cláusula. Se intentó replicar la misma lógica en la Ronda de Doha, pero el contexto era totalmente diferente, el poder se encuentra fragmentado y existen países que actualmente ejercen el derecho a veto en razón que pueden mantener el *status quo* en atención que ya son miembros de la OMC situación que en la Ronda Uruguay no existía y además tienen la opción de poder regular temas comerciales en otro foro alternativos.

Este escenario demuestra que urgen modificaciones a este principio que ha paralizado la adopción de acuerdos un ejemplo de esta situación es la paralización actual de la Ronda de Doha, la cual demuestra que las condiciones y propósitos para utilizar la cláusula del *single undertaking* no se encuentran disponibles. En ese sentido las modificaciones deben ir en la dirección de abandonar derechamente la cláusula, y transitar desde acuerdos globales hacia acuerdos parciales en los cuales los miembros estén dispuestos a realizando concesiones recíprocas, mediante la figura de los Acuerdos Plurilaterales. La demostración del abandono de este tipo de cláusula que tiene como consecuencia positiva poder arribar acuerdos quedó demostrado en las Conferencias de Bali y Nairobi, en donde la ruptura de la cláusula permitió que se llegaran acuerdos.

3. Reformas necesarias al sistema de solución de controversia de la OMC

En el capítulo II se describieron las deficiencias que tiene en la actualidad el sistema de solución de diferencias de la OMC desde el punto de vista del agente económico privado, que se expresan que no tiene participación alguna en él. Que se expresa en primer lugar en

¹⁰⁴ BOUZAS, ROBERTO y JULIETA ZELICOVICH. (2014). La Organización Mundial de Comercio, los acuerdos mega- regionales y los usos estratégicos del regionalismo. Estudios de Economía Aplicada Vol. 32-3, 963-994. p979.

no detenta la facultad de colocar en movimiento —carece de legitimación activa— el sistema de solución de diferencias de la OMC y en segunda lugar durante el transcurso del procedimiento tampoco tienen ninguna facultad para poder participar de él, sin perjuicio de la utilización de la institución del *amicus curiae* la no se encuentra regulada, pero este mecanismo que no tiene respaldo en el ESD lo que ha tenido como efecto, que su utilización en una diferencia determinada va a depender de la voluntariedad del grupo especial o del Órgano de Apelación. Agregar que el Órgano de Apelación se encuentra paralizado por no contar con el número mínimo de integrantes para funcionar, lo que tiene como efecto que los particulares que vean afectados sus intereses en un diferencia en particular no tienen la seguridad que se vaya a solucionar la diferencia.

En consecuencia, en las próximas líneas se describirán de forma particular las modificaciones necesarias que se deben realizar en el ESD, con el objetivo de lograr una mayor participación y protección del agente económico privado en el sistema de solución de diferencias y lograr el pleno funcionamiento del Órgano de Apelación institución fundamental en el sistema de solución de diferencia.

3.1 Hacia una mayor protección de los actores privados en el ESD

En las páginas anteriores, se describió que la OMC es una organización internacional que está compuesta por Estados y territorios aduaneros, dentro de sus funciones se encuentra la regulación del comercio internacional, pero a su vez, el comercio internacional es realizado en mayor medida por actores privados y estos actores al mismo tiempo se encuentran excluidos de participación en las distintas instituciones de la OMC, siendo el actor más relevante del comercio internacional. En consecuencia, al producirse una diferencia comercial entre miembros, se van a ver afectados los intereses económicos privados, por ejemplo: un país “x” prohíbe la importación de un producto que se produce en un país “y”, por lo tanto, los productores —exportadores— del país “y” verán afectado su interés económico. Este interés se traduce en que exista una liberalización comercial por parte del país “x” para poder exportar su producto. Ante esta situación lo recomendable sería que el privado colocara en movimiento la actividad jurisdiccional de la OMC, pero como ya se mencionó, no goza de legitimación activada para colocarla en movimiento, en virtud que los únicos legitimados son los miembros —Estados y territorios aduaneros—.

Siguiendo con el ejemplo anterior, al momento de buscar una reforma a la ESD que tenga por finalidad lograr una participación de los agentes privados que en la actualidad no

existe —salvo por la figura controvertida del *amicus curiae*—, hay que tener claro que no solo existe un solo interés legitimado —en el ejemplo es el exportador que no puede comercializar sus producto en el país “x”—, también existen otro interés igualmente legítimos como lo son los productores internos del país “x” que buscan proteger la participación en ese mercado, pero además existes otros actores que puedan tener un interés no basado en el ámbito económico es ser parte de la diferencia del ejemplo, como lo pueden ser organización no gubernamentales que tengas preocupaciones por el medio ambiente o por los derechos humanos. Estos últimos están cada vez más representados por organizaciones no gubernamentales (ONG), que también actúan en el plano internacional¹⁰⁵ y deben ser igualmente tomados en consideración al momento de realizar una modificación al ESD.

En este escenario evidentemente perjudicial del sistema de solución de diferencia de la OMC hacia los agentes privados resulta indispensable dotarlos de mayor protección, sin perjuicio que cualquier la reforma al ESD que se proponga debe intentar armonizar todos los intereses que se puedan presentar en una diferencia. En las próximas líneas se plantearán diversas reformas necesarias no solo al ESD sino también aquellas que los mismos Estados miembros deberán realizar en sus ordenamientos jurídicos internos, con la finalidad que los actores privados tenga una mayor partición en el sistema de solución de diferencia de la OMC.

3.1.1 Reformas necesarias al ESD

Las reformas necesaria que se debe hacer al ESD en esta materia con la finalidad de poder lograr una mayor plenitud en el ejercicios de sus derechos por parte de los actores económicos privados, es dotarlos de la facultad de tener legitimación activa para colocar en movimiento la actividad jurisdiccional de la OMC, teniendo como fundamento el menoscabo económico sufrido por el incumplimiento de las normas de los acuerdos abarcados por parte del Estado infractor. Además, se debe dar la posibilidad de aquellos actores que no tengan un menoscabo económico sino otro tipo de intereses en esa diferencia —ONG sobre derechos humanos— poder participar de esa diferencia realizando presentaciones mediante la institución del *amicus curiae*, por lo cual, respecto de esa institución se requiere que la OMC la regule de manera expresa. En ese escenario los diferentes actores no estatales tendrán la oportunidad de presentar sus alegaciones en diferencias en que tengan algún interés económico u otro tipo de interés.

¹⁰⁵ ALFARO, DANIELA y OTROS. (2016). Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Bogotá, Colombia. Fundación Universidad Externado de Colombia. p758.

Este tipo de reforma —legitimación activa a los actores privados— se fundamenta en la idea en que los individuos y personas jurídicas son catalogadas en la actualidad como sujetos de derecho internacional. El sujeto de derecho internacional es el titular de derechos y obligaciones conferidas por normas jurídicas internacionales, pero no basta con ser beneficiario de un derecho o estar afectado por una obligación, sino que se requiere una aptitud —legitimado activo— para hacer valer el derecho ante instancias internacionales¹⁰⁶. En consecuencia, una de las manifestaciones de ser sujeto de derecho es la subjetividad jurídica internacional activa del individuo que implica al sujeto privado poder reclamar de manera directa en una instancia internacional por la vulneración de sus derechos y sin la necesidad de intermediación de otras entidades¹⁰⁷.

La idea de detentar la calidad de sujeto de derecho por parte de los individuos y personas jurídicas se explica en la evolución vivida por el derecho internacional durante la segunda mitad SXX, porque el derecho internacional clásico tenía como su finalidad principal la regulación de las relaciones internacionales entre los Estados y la distribución de las competencias entre ellos. Esta idea de derecho internacional consideraba que los Estados fueran los únicos sujetos de derecho internacional y los individuos eran solo objeto del derecho internacional. Esta noción de derecho internacional consideraba únicamente como sujetos de derecho internacional solo aquellas entidades que creaban y eran destinatarias de las normas jurídicas internacional —los Estados—.

La evolución del derecho internacional con posterioridad a la segunda mitad del SXX tuvo como efecto la ampliación del catálogo de sujetos de derecho internacional, principalmente el individuo como sujeto de derecho. Pero no todos los sujetos de derecho internacional tienen la misma calidad y la legitimación activa como manifestación de ser sujeto de derecho tampoco es la misma, lo que obliga analizar cada normativas del derecho internacional para poder determinar la capacidad procesal de cada sujeto en cada sistema internacional, sin perjuicio, los Estados tiene calidad de sujeto originario por lo cual poseen la capacidad plena de sujeto de derecho internacional.

En este orden de idea los agentes económicos privados tienen un sustento doctrinario para poder detentar la facultad de colocar en movimientos órganos jurisdiccionales

¹⁰⁶ DIEZ DE VELASCO, MANUEL. (2009). Instituciones de derecho internacional público. España. Editorial Tecnos. p272-273.

¹⁰⁷ PÉREZ-LEÓN, JUAN PABLO. (2008). El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo. Anuario mexicano de derecho internacional, 8, 599-642. p613-614.

internacionales. Sin perjuicio que la subjetividad del individuo se encuentra muy reducida y limitada en comparación de aquella que detentan los Estados.

El derecho internacional está viviendo un proceso de humanización. Este proceso de humanización uno de sus aspectos más significativos es la pluralidad y heterogeneidad de los sujetos de derecho, y su efecto directo en la posibilidad que tiene el individuo de detentar la legitimación activa ante tribunales internacionales, donde mayor cobertura existe en este tema es principalmente en derechos humanos. En consecuencia, la idea que un privado pueda accionar de manera directa ante un organismo internacional sin la intervención de algún Estado no es una figura ajena en el derecho internacional y tampoco lo es en el derecho del comercio internacional, específicamente encontramos un ejemplo es el derecho internacional de las inversiones, donde se permite a los inversionistas —particulares— poder reclamar de manera directa en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

En el actual escenario donde existe una mayor cantidad de relaciones entre las organizaciones internacional y los actores no estatales, esta lógica no se encuentra presente en la OMC, más bien se sitúa al reverso existiendo un desencuentro y hostilidad manifiesta entre la comunidad comercial intergubernamental, apoyada por las corporación transnacionales, y las ONG, en lo esencial dedicadas al medio ambiente. La OMC ha demostrado una gran resistencia a aceptar la participación de los actores no estatales¹⁰⁸ en sus diferentes niveles institucionales, no siendo coincidente con la manera de actual de otras organizaciones internacionales.

Esta reticencia que demuestra la OMC hacia los actores no estatales específicamente respecto de su participación en el sistema de solución de diferencia se manifiesta en el hecho de no tener legitimación activa y en que no se encuentra regulado la figura del *amicus curiae* —en las diferencias que se ha intentado usar han encontrado fuerte resistencia por parte de los miembros—. Dentro del paquete reformas que los miembros de la OMC quieren realizar al sistema de solución de diferencias que se discuten en la Ronda de Doha no se encuentra el tema de la legitimación activa de los privados, otra expresión del rechazo de la participación del agente privado en la OMC por parte de los miembros.

En consecuencia, el ideal planteado de reforma necesaria al ESD no encontraría respaldo entre los miembros de la OMC, además siendo ellos mismos los encargados de hacer

¹⁰⁸ REMIRO BROTONS, ANTONIO. (2007). Derecho Internacional. España. Tirant lo Blanch. p288.

modificaciones al ESD en las rondas de negociaciones y tomando en consideración la crisis actual que vive es muy difícil pensar que en el corto plazo se pueda realizar una modificación de esa magnitud. Sin perjuicios que la institución que si se encuentra como parte del plan de modificación del sistema de solución de controversia y permitiría abrir la puerta a una intervención regulada a los actores privados es la figura del *amicus curiae*.

3.1.2 Regulación expresa del *Amicus Curiae* en el ESD

Como se ya fue mencionado con anterioridad la OMC no contiene disposiciones explícitas sobre cómo tratar los informes *amicus curiae*. Sin embargo, en la práctica los grupos especiales y el Órgano de Apelación, ha sido la de aceptar este tipo de informes¹⁰⁹. Pero este escenario en donde existe una laguna legal produce incertidumbre entre los agentes económicos privados, en razón que su participación a través de esta institución depende de la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales del ESD, por lo cual, se requiere una reforma que vaya en la dirección de regular esta institución permitiendo el acceso de los privados al sistema de solución de diferencias de la OMC, con el solo hecho de cumplir los requisitos formales que establezcan una posible reforma sin depender de la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales.

La regulación necesaria respecto del *amicus curiae* que requiere en la OMC, debe consistir en enmendar el tratado constitutivo de la OMC con la finalidad de reconocer de manera general y expresa la institución procesal del *amicus curiae*. Debe ir en la dirección de permitir a terceros ajenos —diferentes a los Estados, en razón que ellos puedan participar en el procedimiento— a las partes poder presentar informes no solicitados por los órganos jurisdicciones —grupo especial y Órgano de Apelación—. La calidad de terceros para los efectos de esta institución debe ser un concepto lo más amplio posible en donde se encuentre incluidos: personas naturales, personas jurídicas, y ONG. Además, se debe establecer en la regulación que no basta con tener la calidad de tercero sino debe tener un interés legítimo. Este interés no debe solo circunscribirse a un tema estrictamente económico, sino más bien tiene que ser un interés más amplio permitiendo a ONG que protegen los derechos humanos y el medio ambientales poder utilizar la figura del *amicus curiae*, bajo el argumento que en la actualidad una diferencias comercial ante la OMC se genera hay una multiplicidad de intereses que son igualmente legítimo al interés de carácter comercial.

¹⁰⁹ ALFARO, DANIELA y OTROS. (2016). Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Bogotá, Colombia. Fundación Universidad Externado de Colombia. p756.

La regulación de esta institución no es una cuestión ajena en los tribunales internacionales, de hecho, durante el transcurso del SXX existe una progresiva incorporación del *amicus curiae* a algunos tribunales internacionales encargados de resolver controversias de las más diferentes naturaleza —económicas, derechos humanos, penal—¹¹⁰. En lo relacionado con diferencias económicas el caso paradigmático es el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el cual permite que cualquier persona pueda intervenir en un asunto litigio del Tribunal siempre que pueda demostrar un interés en la solución del litigio del cual quiera intervenir, según lo dispuesto en el Artículo 40 del Estatuto del TJUE.

La regulación se vuelve mucho más extensiva en materias de protección de derechos humanos y penales, por ejemplo: el Tribunal Europeo de derechos humanos en el artículo 36.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, permite que cualquier persona interesada distinta del demandante presente observaciones. En caso de la Corte Interamericana de derechos humanos en su artículo 44 del reglamento, regula los requisitos formales para actuar como *amicus curiae*.

En consecuencia, la figura del *amicus curiae* es una institución procesal que encuentra regulación en la mayoría de los tribunales internacionales, situación que resulta inexplicable que en la actualidad no se encuentre regulada en la OMC, sin perjuicio de ello, en la actual Ronda de Doha es una de las materias a tratar. La regulación ideal de la figura del *amicus curiae* debe tener por finalidad evitar que este sujete a la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales, más bien su función debe estar enfocada en realizar solo un examen formal de los requisitos necesaria para su procedencia. Los requisitos deben consistir principalmente en tener la calidad de sujeto de derecho internacional y demostrar un interés en la diferencia en curso —no solo debe suscribirse a un interés económico—, de esa manera se mejoraría ostensiblemente la participación de agentes privados en el sistema de solución de controversia de la OMC, sin perjuicio que el ideal a nuestro criterio es una reforma que permita el acceso de manera directa al sistema de solución de controversia, pero atendido al contexto político resulta inviable.

3.1.3 Compromisos de los Estados miembros con sus particulares

Si bien es cierto que las reformas que tiene finalidad de dotar de una mayor participación a los actores privados en el sistema de solución de diferencia de la OMC, deben

¹¹⁰ PASCUAL VIVES, FRANCISCO. (2011). El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional. Revista electrónica de estudios internacional N°21. p3.

estar focalizadas en modificaciones al ESD —legitimación activa y *amicus curiae*—, pero la poca viabilidad de estas reformas en el corto plazo —principalmente la legitimación activa— tomando en consideración el escenario político actual de la OMC, la resistencia de los Estados miembros de permitir una mayor participación directa de los privados y la paralización actual de la Ronda de Doha —en donde se iba a tratar la institución del *amicus curiae*—. Un mecanismo que es perfectamente posible y armónico con el actual escenario es lograr que todos los Estados miembros tengan en su ordenamiento jurídico interno, un procedimiento en donde los privados pueden solicitar ante la autoridad competente, que inicien un procedimiento de reclamación ante la OMC.

Este tipo de procedimiento no es una innovación, en la actualidad algunos miembros de la OMC cuentan en su ordenamiento interno con este tipo de procedimiento en los cuales los agentes económicos privados pueden iniciar reclamos contra la autoridad competente, para que estos inicien un procedimiento de reclamación ante la OMC, como lo son la Ley de comercio exterior de Estados Unidos de 1974 (artículos 301-310) y el reglamento de la Unión Europea sobre obstáculos comerciales. En consecuencia, replicar este tipo de mecanismo por parte del resto de los miembros de la OMC sería idóneo en el contexto político actual de la OMC.

3.2 Alternativa a la paralización del Órgano de Apelación

Como ya fue mencionó en el capítulo II del presente trabajo, el día 11 de diciembre de 2019 se concretó la paralización del Órgano de Apelación —que se mantiene hasta el día de hoy—, a causa de la obstrucción efectuada por Estados Unidos desde el año 2017 al proceso de elección con la finalidad de elegir los integrantes que iban a ocupar las vacantes de los miembros que terminaron su función en el tribunal, razón por la cual, desde el 11 de diciembre de 2019 el Órgano de Apelación solo cuenta con un miembro —Hong Zhao— no pudiendo ejercer su función debido que el ESD exige la existencia de tres miembros en funciones para conocer y resolver los recursos de apelación presentados por las partes de una diferencia en contra del informe emitido por el grupo especial.

La comprensión del problema de la falta de integrantes del Órgano de Apelación excede a ser solo un problema propio de este organismo, las razones del bloqueo de Estados Unidos van más allá de cuestiones meramente procedimentales, o al solo hecho que a criterio de Estados Unidos este organismo ha vivido un proceso de extralimitación de funciones al momento de conocer diferencias, sino más bien se explica en la política pública que ha ido

viviendo en los últimos años de carácter proteccionista y dejando además de adherir al proyecto multilateral económicos que ha existido desde la Segunda Guerra Mundial. En consecuencia, las posibles soluciones a este problema — que vuelva a ejercer su función el Órgano de Apelación— excede de cierta manera a simple modificaciones de estructura del Órgano de Apelación, porque depende en gran medida de la adhesión de los miembros al proyecto del multilateralismo y que la OMC sea el órgano central de ese proyecto.

Sin perjuicio de ese escenario, igualmente el Órgano de Apelación requiere una modificación en su procedimiento de elección de integrantes, transitando desde la regla del consenso hacia la del quorum de los 2/3 de esa manera se lograría evitaría que un solo miembro pudiera bloquear la elección de los integrantes.

La Unión Europea desde finales del año 2018 empezaba avizorar el escenario actual de paralización del Órgano de Apelación, razón por lo cual, comenzó a liderar un proceso que tenía por finalidad establecer medidas de contingencias a esta problemática a través de la realización de diversas comunicaciones con distintos países —Canadá, China, India, Nueva Zelanda, Corea—, siempre teniendo como objetivo principal lograr la consumación del proceso de elección de los miembros para que volviera a estar en funcionamiento el Órgano de Apelación.

Dichas comunicaciones y el resultado de ellas quedaron expresadas en la resolución de fecha 28 de noviembre de 2019 del Parlamento Europeo¹¹¹, que estableció lo siguiente: 1) se decidió como mecanismo de apelación provisorio —mientras estuviera pendiente la elección de los miembros del Órgano de Apelación— un acuerdo arbitral celebrado con fecha 24 de julio de 2019 entre UE y Canadá en virtud del artículo 25 del ESD y un acuerdo celebrado en los mismo términos con Noruega de fecha 21 de Octubre de 2019; 2) se considera que el sistema de solución de diferencia de la OMC ha contribuido a garantizar el cumplimiento de la normas de la OMC, así como la seguridad y previsibilidad del sistema comercial multilateral evitando medidas unilaterales; 3) en ese escenario el Órgano de Apelación tiene un papel fundamente en el sistema de solución de controversia, y que la ausencia de operatividad del tribunal va a acarrear consecuencias muy graves para el sistema comercial multilateral; 4) que el hecho de que los debates entre los miembros no hayan dado resultados positivos, trae como consecuencia el apoyo a la posibilidad de llegar acuerdos provisionales con los principales socios comerciales con la finalidad de mantener el sistema de resolución de diferencias

¹¹¹ VÉASE, resolución del Parlamento Europeo 2019-2024, de 28 de noviembre de 2019, sobre la crisis del Órgano de Apelación de la OMC (2019/2918 (RSP)).

comercial en la OMC mediante una adjudicación vinculante a dos niveles, pero recordado siempre que el objetivo principal de la política de la UE seguirá siendo un Órgano Permanente de Apelación.

Posteriormente el 27 de marzo la UE y otros 15 miembros de la OMC —Australia, Brasil, Canadá, China, Chile, Colombia, Costa Rica, Unión Europea, Guatemala, Hong Kong, China, Islandia, México, Nueva Zelanda, Noruega, Pakistán, Singapur, Suiza, Ucrania y Uruguay—, celebraron un acuerdo de carácter provisional denominado “Acuerdo de Arbitraje de Apelación Provisional Multipartidista” (MPIA)¹¹² que permite a los miembros del acuerdo poder presentar apelaciones y resolver disputas comerciales a pesar de la paralización actual del Órgano de Apelación de la OMC, lo que refleja el firme apoyo por parte de los miembros del MPIA con el sistema multilateral de comercio basado en las normas de la OMC. Este acuerdo operara bajo el marco de la OMC, basándose en la disposición del artículo 25 del ESD que permite someter disputa comerciales arbitraje, por lo cual, resulta fundamental antes de describir el procedimiento regulado en este acuerdo, poder analizar la regulación del arbitraje en el OMC que es fuente del MPIA.

3.2.1 Arbitraje en el sistema de solución de controversial de la OMC

El arbitraje en el ESD está regulado de dos maneras, la primera como un mecanismo de solución alternativo al procedimiento ordinario¹¹³ —en el cual intervienen los grupos especiales y el Órgano de Apelación—, según lo dispuesto en el artículo 25 del EDS y en segundo lugar para etapas determinadas dentro del mismo procedimiento ordinario.

Respecto del primer caso, como ya se mencionó ese tipo de arbitraje tiene un carácter facultativo donde las partes de una diferencia pueden solo de mutuo acuerdo determinar que un conflicto —aplicable a todos a los tipos de conflictos descritos en el capítulo II— sea conocido y resuelto por un árbitro, solo deben notificar a todos los miembros de la OMC que van a recurrir a este tipo de mecanismo de solución de diferencia. En este tipo de arbitraje, las partes además de convenir el tipo arbitraje y determinar el tipo procedimiento que va a ser el utilizado por arbitro —las diversas normas sobre solución de diferencia de la OMC no prescriben un procedimiento arbitral—, por lo tanto, existe plena libertad de las partes para determinar el procedimiento apartándose totalmente de las reglas del ESD. Los procedimiento arbitrales de este tipo la resolución que zanja la diferencia no puede ser susceptible de

¹¹² VÉASE <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2127>>.

¹¹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. (2017). Manual sobre el sistema de solución de diferencia de la OMC. 2ª Edición. Publicaciones de la OMC. p39.

apelación, sin perjuicio que el cumplimiento de lo resuelto puede someterse a las reglas del ESD sobre esta materia. A la fecha los miembros de la OMC han utilizado solo en una oportunidad este tipo de procedimiento¹¹⁴.

Esta libertad que tiene las partes para la constitución del órgano arbitral, para establecer el procedimiento que se ocupara el árbitro y también para determina la modalidad del arbitraje, encuentra una limitación respecto del contenido de la solución proporcionada litigio, la cual debe ser necesariamente compatible con las normas de los acuerdos de la OMC¹¹⁵.

El segundo caso de arbitraje en el ESD, se da en que aquellas situaciones donde se debe utilizar la figura del arbitraje de manera obligatoria para actuaciones en el procedimiento ordinario: 1) para determinar el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación según lo dispuesto en el párrafo 3 letra c) del artículo 21 del EDS; y 2) para determinar las modalidades de suspensión de concesiones u otras obligaciones por el no cumplimiento de las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación según lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del EDS.

Para el único caso hasta el momento del mecanismo del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de diferencias al procedimiento ordinario y también para los casos de arbitraje obligatorio para las dos situaciones específicas del ESD, se ha aplicado la institución del arbitraje clásico. El procedimiento clásico permite al árbitro adoptar cualquier decisiones que sea dentro, o de no haber prohibición de *ultra petita*, incluso fuera del rango de posibles soluciones por las partes¹¹⁶, con el límite que la decisión debe ser compatible con los acuerdos abarcados de la OMC según lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 3 del ESD. Sin embargo, la crítica que se le hace a este tipo de procedimiento, es que las soluciones arbitrales no son adoptadas por consenso del OSD, sino que solo le son notificadas, lo que con llevan un riesgo de resultar injustas para otros miembros de la OMC que no participaron en aquella diferencia¹¹⁷.

¹¹⁴ VÉASE, DS160: Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autos de los Estados Unidos <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm>

¹¹⁵ OTERO GARCIA-CASTRILLÓN, CARMEN. (2010) El arbitraje en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio. Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones, 3 (1). pp. 151-159. p154.

¹¹⁶ TIJMES, JAIME. (2017). Una visión crítica a los procedimientos arbitrales en la Organización Mundial del Comercio. Estudios Internacionales, 49(186). pp.119-136. p122.

¹¹⁷ Ibid. p127.

3.2.2 Acuerdo de Arbitraje de Apelación Provisional Multipartidista (MPIA)

El MPIA fue notificado formalmente el día 30 de abril de 2020 a la OMC, esta notificación marca el inicio de la aplicación del MPIA a las disputas que surjan entre los miembros participantes de la OMC siempre que haya suscrito el acuerdo¹¹⁸. Ese mismo día quedaron todos los miembros de la OMC¹¹⁹ —tanto los que adhieren como los que no al MPIA— notificados que entraba en vigor un procedimiento arbitral de apelación provisional, mientras el Órgano de Apelación no esté en condiciones de conocer y fallar apelaciones contra el informe del grupo especial por la insuficiencia de integrantes mínimos requeridos por el ESD para componer el Órgano de Apelación. Este procedimiento arbitral tiene su fuente normativa en el artículo 25 del ESD, lo que demuestra el compromiso irrestricto de los participantes del acuerdo con el sistema de solución de diferencias de la OMC, al idear una solución provisional basada en las mismas normas del ESD, en consecuencia, no están creando un sistema de solución de conflicto alternativo al procedimiento ordinario regulado por el ESD, sino más bien están modificando solo de manera provisional la instancia de la apelación, que se expresa en que esta instancia será conocida de manera provisional por un cuerpo colegiado de árbitros y no por el Órgano de Apelación.

Paralelamente los miembros del acuerdo siguen comprometidos con resolver de manera imperiosa y con carácter prioritario el estancamiento del nombramiento de los miembros del Órgano de Apelación con la finalidad de que vuelva a estar operativo, por lo tanto, este mecanismo estará vigente hasta que el Órgano de Apelación vuelva a estar plenamente operativo, sin embargo, los arbitrajes en curso seguirán en vigor, a menos que las partes acuerden otras cosas¹²⁰.

El acuerdo va a permitir aquellos miembros de la OMC que lo suscribieron poder seguir contando con la operatividad del sistema de solución de diferencias de la OMC, preservándose sus principios y características esenciales —vinculatoriedad de sus decisiones; doble instancia; protección de los derechos y obligaciones de los acuerdos abarcados de la OMC—. En consecuencia, se reafirma, por parte de los suscriptores del acuerdo la necesidad imperiosa de contar con la funcionalidad del sistema de solución de diferencias de la OMC, que dota de coherencia y de previsibilidad en la interpretación de los derechos y obligaciones de los

¹¹⁸ VÉASE, <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2143>>.

¹¹⁹ VÉASE, declaración de fecha 30 de abril de 2020 de la OMC “sobre un mecanismo para elaborar, documentar y comunicar prácticas y procedimientos en la sustanciación de diferencias de OMC”, JOB/DBS/1/Add.12.

¹²⁰ Procedimiento Arbitral Multipartito de Apelación Provisional, párrafo 15.

acuerdos abarcados, condición necesaria para la planificación económica principalmente de los actores privados que participan en el comercio internacional, razón por la cual, el procedimiento arbitral solo debe tener la función de conocer y fallar las apelaciones, no pudiendo abocarse a establecer el aumento o disminución de los derechos y obligaciones determinados por los acuerdos abarcados.

Los miembros participantes del MPIA se obligan a no interponer recursos de apelación en virtud de lo indicado por el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, mientras el Órgano de Apelación no esté en condiciones¹²¹. La apelación será conocida y resuelta por tres árbitros seleccionados de una lista de 10 árbitros compuesta de conformidad con lo dispuesto en el anexo N°2 del MPIA¹²². El día 31 de julio de 2020 los participantes del MPIA notificaron a la OMC los 10 árbitros que resolverán las apelaciones de los informes del grupo especial de la OMC bajo el MPIA, este hecho marca el paso final para hacer que el MPIA sea operativo para resolver las disputas entre los participantes¹²³. Inmediatamente después de la notificación de los miembros del MPIA a la OMC sobre quienes iban a componer la lista de los árbitros, la OMC emite una declaración formal mediante la cual comunica al resto de los miembros la composición de la lista permanente de los 10 árbitros de apelación para los efectos del MPIA¹²⁴, constituida por personas de prestigio reconocido, con competencias técnicas en el derecho, comercio internacional y que no están vinculadas a ningún gobierno.

Cualquier miembro de la OMC puede adherir a este procedimiento en cualquier momento, con el solo hecho de manifestar su voluntad a través de una notificación formal al OSD¹²⁵ y lo mismo ocurre con un miembro que se encuentra participando del acuerdo puede retirarse del acuerdo notificando al OSD, sin embargo, respecto de los arbitrajes en curso en que sea parte el miembro que se va a retirar estos seguirán en vigor y conocidos por los árbitros¹²⁶.

¹²¹ MPIA, párrafo 1 y 2.

¹²² MPIA, párrafo 4.

¹²³ VÉASE, <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2176>>.

¹²⁴ VÉASE, declaración de fecha 03 de agosto de 2020 de la OMC “sobre un mecanismo para elaborar, documentar y comunicar sustanciación de diferencia en la OMC”, JOB/DBS/1/Add.12/Suppl.5.

¹²⁵ MPIA, párrafo 12.

¹²⁶ MPIA, párrafo 14.

3.2.1.1 Procedimiento de apelación regulado por el MPIA

El MPIA se basa en los aspectos sustantivos y procesales de la apelación regulada en el artículo 17 del ESD, y por ende tiene por finalidad mantener sus características esenciales¹²⁷. Este procedimiento es de carácter facultativo, porque les concede a los miembros del acuerdo la potestad de poder convenir de mutuo acuerdo apartarse del arbitraje de apelación en una diferencia determinada. La regulación del procedimiento arbitral se encuentra en el anexo N°1 del MPIA y este procedimiento tiene por finalidad de resolver cualquier tipo de apelación interpuesta en contra de un informe definitivo del grupo especial —aplicable a cualquier tipo de diferencia producida dentro del marco de los acuerdos acabados entre los Estados miembros—, solo si el Órgano de Apelación no esté en condiciones de conocer y de resolver una apelación presentada. Solamente las partes de una diferencia —excluyendo a los terceros— podrán iniciar este procedimiento de arbitraje y los terceros solo podrán presentar comunicaciones por escritos a los árbitros, que podrán darles la oportunidad de ser oídos¹²⁸.

Para que se pueda iniciarse el procedimiento arbitral de apelación a una diferencia, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- 1) En la diferencia debe encontrarse pendiente el establecimiento del grupo especial¹²⁹.
- 2) El Órgano de Apelación no debe estar en condiciones de funcionamiento¹³⁰.
- 3) Solicitar al grupo especial que suspenda el procedimiento¹³¹.
- 4) Presentación del anuncio de apelación a la secretaria de la OMC¹³².

El primer requisito, se cumple si en la diferencia se encuentra pendiente el establecimiento del grupo especial, en ese caso las partes de la diferencia deben necesariamente manifestar su acuerdo de someter la apelación al arbitraje, notificando a todos los miembros de la OMC dentro de un plazo de 60 días contados a partir de la fecha del establecimiento del grupo especial —aplicando la regla del párrafo 2 del artículo 25 del ESD— que van a recurrir a esta instancia. Respecto de aquellas diferencias que se encontrara pendiente de solución y al mismo tiempo el grupo especial ya estuviera establecido con

¹²⁷ MPIA, párrafo 3.

¹²⁸ MPIA, Anexo N°1 párrafo 2.

¹²⁹ MPIA, párrafo 10.

¹³⁰ MPIA, Anexo N°1 párrafo 2.

¹³¹ MPIA, Anexo N°1 párrafo 4.

¹³² MPIA, Anexo N°1 párrafo 5.

anterioridad al 30 de abril del 2020 —fecha cuando la OMC comunico la aplicación del procedimiento arbitral a todos los miembros— pero no se haya emitido aun el informe provisional, las partes de la diferencia podrán de común acuerdo igualmente aplicar el procedimiento de arbitraje de apelación, siempre que notifiquen a todos los miembros de la OMC su consentimiento de que se aplica el MPIA, el plazo para notificar será de 30 días contados a partir del 30 de abril del 2020.

El segundo requisito para la aplicación del MPIA requiere que el Órgano de Apelación no se encuentre en condiciones de conocer una apelación, para el acuerdo esta situación se produce cuando a la fecha en que se dé traslado a las partes de la diferencia el informe definitivo del grupo especial, el Órgano de Apelación cuente con menos de tres miembros en ejercicio. En el caso que el Órgano de Apelación cuente con tres miembros volverá a ser el organismo competente para conocer de esa apelación, y en consecuencia las partes no podrán solicitar que se aplique el procedimiento del MPIA, sin perjuicio que a una diferencia determinada se le esté aplicando el MPIA las partes de esa diferencia de mutuo acuerdo pueden determinar que se le siga aplicado igualmente el MPIA.

El tercer requisito consiste en que se requiere que una vez que se haya hecho el traslado del informe definitivo del grupo especial a las partes, y 10 días antes que el informe sea distribuido al resto de los miembros —con la finalidad de adoptarlo bajo la modalidad del consenso negativo—, cualquiera de las partes deberá solicitar al grupo especial que suspenda el procedimiento a fin de iniciar el arbitraje. El hecho de realizar esta petición por cualquiera de las partes de la diferencia constituye una solicitud como si fuera realizada de forma conjunta por ambas, que se suspende el procedimiento del grupo especial por un periodo de 12 meses.

Finalmente, el cuarto y último requisito para que se pueda aplicar el MPIA a una diferencia determinada, consiste en que una de las partes —pueden ser ambas— presente el anuncio de la apelación a la secretaria de la OMC, a más tarde 20 días después de que se haga efectiva la suspensión del procedimiento en el grupo especial. En el caso que, habiéndose suspendido el procedimiento, y no fuera presentado el anuncio dentro del plazo señalado se tendrá por reiniciado el procedimiento, debiendo el grupo especial distribuir el informe al resto de los miembros para su posterior adopción¹³³. En el caso que no se haya iniciado el arbitraje de conformidad con los requisitos ya señalado, se considerará que las partes han acordado no apelar el informe del grupo especial.

¹³³ MPIA, Anexo N°1 párrafo 6

El objeto de la apelación seguirá siendo el mismo que en el Órgano de Apelación, por lo tanto, tendrá únicamente por objeto referirse solo a las cuestiones de derecho tratadas por el grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas. Los árbitros podrán modificar o revocar las conclusiones jurídicas del grupo especial¹³⁴. Se aplicarán a este procedimiento todas las disposiciones del ESD y demás normas y procedimientos aplicables al examen en apelación¹³⁵. Las partes se obligan acatar lo decidido por el laudo arbitral el cual tendrá el carácter de definitivo, teniendo por terminada la diferencia y debiendo ser solo notificado al OSD¹³⁶, por lo tanto, no se requerirá la adopción de la decisión como ocurre con el Órgano de Apelación para que adquiere la calidad de definitiva, para el MPIA solo basta con la notificación para adquiera dicha calidad.

3.2.1.2 Deficiencias del MPIA

Sin perjuicio que el MPIA tenga la calidad de ser un acuerdo provisional de cierta manera logra solucionar en parte la paralización del Órgano de Apelación y permite la operatividad del sistema de solución de diferencias de la OMC indispensable para el funcionamiento del sistema multilateral de comercio internacional. Sin embargo, el MPIA no se encuentra exento de deficiencias las cuales se pasarán a describir a continuación.

La primera crítica que se puede formular al MPIA, es el carácter facultativo de su aplicación por parte de los miembros del acuerdo, en razón que basa en el artículo 25 del EDS el cual indica que el requisito fundamental para aplicación del arbitraje como medio alternativo de solución de diferencias, es la existencia del acuerdo mutuo de las partes sin el cual es imposible la aplicación del arbitraje. Esa idea es recogida por el MPIA, en consecuencia, no basta con que los miembros del acuerdo lo hayan suscrito, sino que además se requiere que los miembros en cada diferencia —que cumpla con los requisitos de aplicación del MPIA— las partes estén de acuerdo en aplicar el MPIA a la diferencia, según lo indica expresamente el párrafo 10 del MPIA:

“Para hacer operativo el procedimiento arbitral de apelación en diferencias concretas, los Miembros participantes indican su intención de concertar el acuerdo de (el “acuerdo de arbitraje para la apelación”) que figura en el Anexo 1 a la presente comunicación, y notificarlo

¹³⁴ MPIA, Anexo N°1 párrafo 9

¹³⁵ MPIA, Anexo N°1 párrafo 11

¹³⁶ MPIA, Anexo N°1 párrafo 15

de conformidad con el párrafo 2 del artículo 25 del ESD en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha del establecimiento del grupo especial”

Al no aplicarse este procedimiento por el solo hecho que una de las partes —ambas deben haber suscrito el MPIA— de una diferencia comunique su decisión de apelar en contra del informe de un grupo especial, va a generar que aplicación este condicionada a la manera de actuar de los árbitros en el transcurso del tiempo, esto significando, que la aplicación va ir dependiendo de las decisiones que vayan tomando los árbitros, y la percepción del funcionamiento del procedimiento por parte de los miembros del acuerdo. Entonces si existe una percepción de carácter negativa va a tener un efecto disuasivo en su aplicación futura , en consecuencia la operatividad de este mecanismo de solución provisoria va a depender de su funcionamiento, situación que se habría evitado si se hubiera adoptado por un mecanismo de arbitraje obligatorio —figura no ajena en ESD— que tuviera como supuesto normativo para para colocarlo en movimiento el solo hecho que una de las partes — siempre que ambas partes de la diferencia hayan suscrito la diferencia— hayan comunicado a la Secretaria de la OMC su decisión de apelar.

Era perfectamente posible haber establecido el arbitraje de la apelación de manera obligatoria, amparado en el párrafo 1 del artículo 1 del ESD, que indica la obligatoriedad del ESD a los miembros de la OMC. En consecuencia, si lo que se buscaba mediante este acuerdo era lograr efectivamente la reanudación del sistema de solución de controversia, lo más idóneo a esta presentación era establecer un arbitraje obligatorio, porque al establecer el requisito del mutuo acuerdo de las partes tiene como efecto que dependa de la voluntad de los miembros del acuerdo la reanudación del sistema de solución de controversia de la OMC.

Una segunda critica que puede realizar al acuerdo consiste al ámbito reducido de diferencias a las cuales se puede aplicar el MPIA. Analizando los requisitos necesarios que deben cumplirse para la aplicación del MPIA podemos concluir que el rango de aplicación es bastante limitando, en razón que no se va a poder aplicar: 1) diferencias en que ya se haya interpuesto recurso de apelación con anterioridad a la entrada en vigencia el acuerdo —30 de abril del 2020—, en esos casos necesariamente deberán esperar que el Órgano de Apelación vuelva a funcionar; 2) diferencias en que se haya emitido el informe del grupo especial, y se encuentre pendiente la adopción del informe por parte del OSD; 3) diferencias en que ya se haya emitido el informe provisional; 4) diferencias en que ya se encuentre establecido el grupo especial, con la salvedad que podrán las partes igualmente aplicar el MPIA a este tipo de diferencia siempre que las partes haya comunicado a los miembros de la OMC el acuerdo de

aplicar el MPIA en un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de la comunicación de los miembros del acuerdo el MPIA a la OMC —30 de abril del 2020—.

En consecuencia, las diferencias a las cuales se podrá aplicar el MPIA es un rango bastante restringido, la explicación a variedad de limitaciones con la cuenta es por la naturaleza esencialmente provisoria, conjuntamente a la celebración del MPIA los países que suscribieron acordaron que es urgente destrabar el proceso eleccionario de los integrantes del Órgano de Apelación de la OMC.

Conclusiones

En un primer momento el GATT (1947) y posteriormente la OMC, ambas organizaciones internacionales se dedicaron desde la segunda mitad del SXX hasta la actualidad —en diferentes momentos— a la regulación del comercio internacional como una de sus principales funciones, se fundamentó su creación como su vigencia en gran medida en la existencia y validez del proyecto orden internacional liberal que nació una vez terminada la Segunda Guerra Mundial. La finalidad de este proyecto era la creación de un nuevo orden global, el cual permitiera el mantenimiento de la paz, por medio de la cooperación multilateral y la promoción de las ideas de libertad política como de libertad económica. Respecto de este último ideal —libertad económica—, se expresó en la noción de crear un sistema de libre comercio a nivel internacional, y las organizaciones internacionales a las cuales les fue encomendada esta función fue como ya se mencionó en un primer momento al GATT (1947) y posteriormente hasta la actualidad a la OMC, en consecuencia, la legitimidad de la OMC está directamente relacionada con la legitimidad del proyecto.

Este proyecto —orden internacional liberal— vive un proceso de deslegitimación que tiene una diversidad de causas entre las cuales se encuentran: la crisis *subprime* de 2008-2009, resurgimiento de medidas proteccionistas por parte de los Estados fundantes del proyecto internacional liberal —Estados Unidos y Reino Unido—, el aumento de la desigualdad distribución del ingreso, el deterioro de la clase media y la guerra comercial existente entre las dos potencias comerciales mundiales —Estados Unidos—.

En este escenario de deslegitimación del proyecto, la OMC ha permanecido inactiva situación inaceptable por la función que cumple en el comercio internacional y en el proyecto, razón por la cual, si la OMC tiene un importante desafío en la actualidad si quiere seguir siendo el organismo internacional encargado del comercio internacional, deberá necesariamente tomar en consideración las nuevas variables existente en el mundo y adherirlas a su proyecto de establecer un comercio libre. Este comercio libre no puede seguir desarrollándose como lo ha sido siendo durante las últimas décadas, deberá necesariamente agregar las temáticas relacionadas al medio ambiente libre de contaminación, a los derechos laborales de los trabajadores y al respeto irrestricto a los derechos humanos, por lo tanto, la OMC necesariamente deberá transitar a la promoción de un comercio internacional con rostro humano, algo que ha venido solicitado la sociedad tanto a nivel nacionales como a nivel internacionales en la actualidad.

Además, de la actual deslegitimación que vive la OMC no solo se explica por la deslegitimación que vive el proyecto del orden liberal internacional. También se afirmó que tiene sus propias deficiencias estructurales que ha tenido como efecto la actual crisis que vive la OMC. Esta crisis actual tiene su principal manifestación en declive que se encuentra viviendo su principal función en el comercio internacional que es ser un foro de negociación para los Estados que participan del comercio internacional. Esta crisis en su función negociadora se explica en gran medida, por la naturaleza esencialmente compleja de los actuales temas que se discuten en las rondas de negociación, por la fragmentación del poder entre los países miembros y la falta de liderazgo, y finalmente por el procedimiento de adopción de decisiones.

Este escenario explica la erosión de la función negociadora que vive en la actualidad, lo cual ha repercutido negativamente en la OMC, la consecuencia práctica se expresa en que no ha podido responder a las dificultades actuales que presentan el comercio internacional y ha tenido como efecto que los Estados miembros busquen otros mecanismos de solución de conflicto de sus discrepancias comerciales —regionalismo y medidas unilaterales—, en consecuencia, se ha comenzado a colocar en duda la centralidad de la OMC como organismo internacional principal encargado del comercio internacional.

Entre las reformas necesarias que se requieren hacer a la OMC con suma urgencia, con la mira puesta en que el foro de negociación vuelva a ser el lugar por antonomasia que los Estados miembros utilizan para discutir los problemas comerciales internacionales y al mismo tiempo la OMC siga gozando de la centralidad en el sistema multilateral de comercio, son las siguientes, en la actualidad el regionalismo ha ido ganando espacio a la OMC en lo que se refiere a la regulación del comercio internacional, pero esta relación no debe ser necesariamente competitiva —como lo ha sido hasta el día de hoy—, la OMC por lo tanto debe transitar desde una política competitiva hacia una política cooperativa con el regionalismo, en este mismo escenario de diversidad de temas a discutir debe promover la celebración de acuerdos plurilaterales por sobre los grandes acuerdos multilaterales y finalmente modificar su procedimiento de adopción de decisiones que se exprese en la revitalización de la regla de la mayoría y morigeración de la regla “simple undertaking”.

Una de las tesis principales de este trabajo era poder afirmar que en el comercio internacional actual, el principal agente económico es el agente privado, se arribó a esta conclusión en primer lugar determinando que el principal sistema económico aplicado en el mundo es el sistema capitalista —en sus diversas facetas—, este tipo de sistema económico tiene como una de sus características esenciales, que el agente privado tiene la

preponderancia en el mercado tanto en la producción como en el intercambio de bienes, dejando al Estado en un rol enfocado en establecer las regulaciones necesarias con la finalidad de permitir el correcto funcionamiento del mercado y en segundo lugar se analizó los sistemas económicos de los principales Estados participantes en el comercio internacional —Estados Unidos y China—, de los cuales se pudo concluir que también tiene sistemas capitalistas pero de diferente tipo, sin perjuicio, comparten el mismo núcleo del capitalismo, en consecuencia, el principal actor del comercio internacional es el agente económico privado.

Bajo esta premisa se evaluó si el sistema solución de controversias de la OMC, establece la debida protección al agente económico mas importante del comercio internacional —agente privado—. A la conclusión que se arribo es que no ofrece la debida protección a este tipo de agente, principalmente porque el EDS no lo dota de legitimación activa, esto significa que ante un controversia que afecte de manera directa sus interés económico se encuentra imposibilitado de colocar en movimiento la actividad jurisdiccional del OSD, porque solo la detenta aquellos que tiene la calidad de miembro —Estados y territorios aduaneros—, de esa manera quedan excluidos de esta facultad. Además, no solo no gozan de la facultad antes señaladas sino también durante todo el transcurso de un procedimiento de una controversia específica, en ninguna etapa procesal el EDS entrega alguna facultad para poder participar del procedimiento, solo han logrado participar bajo la figura del *Amicus Curiae*, la cual no encuentra regulada expresamente en el EDS, sin perjuicio que la aplicación en un caso concreto de esta institución procesal ha dependido de la discrecionalidad del grupo especial o del Órgano de Apelación. En consecuencia, la situación del agente privado se encuentra fuertemente desmejorada en el EDS, a lo cual se requieren reformas urgente para dotarlos de la participación que deben tener los privados en los conflictos de relevancia jurídica que conocen el OSD.

Las reformas que se plantearon al EDS en las paginas anteriores, con la finalidad que el privado tenga la participación debida —de acuerdo a la importancia que detenta en el comercio internacional— en el procedimiento de solución de controversias, tenía como reforma principal dotar de legitimación activa a los agentes económicos privados basado en el argumento de la humanización del derecho internacional, que tendría como efecto que las personas naturales y jurídicas serían sujeto de derecho internacional, pero tomando en consideración la resistencia que ha existido por parte de los miembros de la OMC, de permitir una mayor participación del privado y siendo ellos mismo quienes tienen la facultad para hacer cambios al sistema del EDS, políticamente se ve muy inviable este tipo de reforma .

Sin perjuicio de lo anterior, se pueden realizar reformas mucho más accesibles políticamente tomando en consideración la estructura de toma de decisiones de la OMC, consisten en primer lugar en regular de manera expresa la figura del Amicus Curiae, y, en segundo lugar establecer que todos los Estados miembros deben en su ordenamiento jurídico interno regular un mecanismo mediante el cual los privados puedan solicitar que los Estados coloquen en movimiento la actividad jurisdiccional del ESD, como ya lo existe en la Unión Europea y en Estado Unidos.

Finalmente, un último problema presente en el sistema de solución de controversia de la OMC es la paralización actual que vive el Órgano de Apelación, la que se debe al bloqueo existente por parte de Estado Unidos en la elección de los puestos vacantes, ese fenómeno es otra expresión más de la crisis que vive el sistema multilateral de comercio, sin perjuicio de eso, un cúmulo de Estados que siguen creyendo en que un sistema multilateral de comercio es el mecanismo más idóneo para las relaciones internacionales de tipo comercial decidieron celebrar el acuerdo de arbitraje de apelación provisional multipartidista (MPIA), como mecanismo alternativo provisional del Órgano de Apelación.

En consecuencia, en la actualidad la OMC como institución internacional central del sistema multilateral de comercio vive un profundo cuestionamiento, que deriva tanto de las críticas existentes al proyecto de orden internacional liberal del cual depende, como de aquellas de carácter internas a su estructura como lo son la ineficacia del foro de negociación, la evaluación negativa al sistema de solución de controversia desde el punto de vista del agente privado y la paralización de del Órgano de Apelación. Todo este escenario al final del día el actor más afectado viene a ser el actor principal que es el privado, razón por lo cual, urge que se realicen reformas a la OMC en los términos señalados en miras de mayor protección al agente económico privado y con la finalidad que la OMC siga gozando del protagonismo del cual fue dotado en el sistema multilateral de comercio.

Bibliografía

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALFARO, D Y OTROS., “Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC)”. Universidad Externado de Colombia, (2016).
2. BANADAVA, S., “Derecho internacional público”. Lexis Nexis, (2004).
3. BOHNENBERGER, F. Y WINHARDT, C., “Malestar en el libre comercio: un nuevo rol para OMC”. Revista Nueva Sociedad, (2017).
4. BOUZAS, R., “Después de Doha: la agenda emergente del sistema de comercio internacional”. Marcial Pons, (2007).
5. BURGOS, J., “La OMC y el mundo en desarrollo”. Academia Española, (2012).
6. CEPAL., “Panorama de la Inserción Internacional de América Latina y el Caribe. La región frente a las tensiones de la globalización”. CEPAL, (2016)
7. CORREA, C., “Comercio Internacional del GATT a la OMC”. Eudeba, (2010).
8. DEL ARENAL, C., “Introducción a las relaciones internacionales”. Tecnos, (2007).
9. DELICH, V., LÓPEZ, D., Y MUÑOZ, F., “20 años de la OMC. Una perspectiva desde Latinoamérica”. Buenos Aire. Sede Académica Argentina, Programa de Cátedras OMC, Universidad de Chile, (2016).
10. DIEZ DE VELASCO, M., “Instituciones de derecho internacional público”. Tecnos, (2009).
11. FERNÁNDEZ, R., “Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC”. Marcial Pons, (2008).
12. FERNANDEZ, X., “La OMC y el Derecho Internacional”. Marcial Pons, (2006).
13. GEORGE, S., “Pongamos la OMC en su sitio”. Icaria Editorial, (2002).
14. LAL DAS, G. “OMC y el sistema multilateral de comercio”. ICARIA, (2004).
15. LOPEZ, E., “Regulación del comercio internacional: la OMC”. Tirant lo Blanch, (2010).
16. MANERO, A., “OMC y desarrollo. Evolución y perspectiva del trato desigual en el Derecho del comercio internacional”. Tirant lo Blanch, (2006).
17. MILLET, M., “La regulación del comercio internacional del GATT a la OMC”. La Caixa, (2001).
18. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO., “Entender la OMC”. Organización Mundial del Comercio, (2015).
19. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO., “Los 20 años de la OMC una mirada retrospectiva”. Organización Mundial del Comercio, (2015).

20. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO., “Manuel sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC”. Organización Mundial del Comercio, (2017).
21. ORTIZ ROMERO, E., “El estudio de las relaciones internacionales”. Fondo de Cultura Económica, (2000).
22. REMIRO BROTONS, A., “Derecho internacional”. Tirant Lo Blanch, (2007).
23. ROSALES, O., HERREROS, S., FROHAMMAN, A., Y GARCÍA-MILLÁN, T., “Las negociaciones megarregionales: Hacia una nueva gobernanza del comercio mundial”. CEPAL, (2013).
24. SANAHUJA, J., “América Latina en un cambio de escenario: De la bonanza de las commodities a la crisis de la globalización. Revista Pensamiento Propio, (2016).
25. SANAHUJA, J., “Crisis de la globalización, crisis de hegemonía: Un escenario de cambio estructural para América Latina y el Caribe. Ediciones Críes, (2018).
26. SQUELLA, A., “Democracia ¿Crisis, decadencia o colapso?”. Universidad de Valparaíso, (2019).
27. STEINBERG, D., “Cooperación y conflicto. Comercio internacional en la era de la globalización”. Ed. Akal, (2007).
28. VANGRASSTEK, C., “Historia y futuro de la Organización Mundial del Comercio”. Organización Mundial del Comercio, (2013).
29. ZELICOVICH, J. “¿Está viva la OMC? Bloques y consensos en las negociaciones de las Conferencias Ministeriales de Bali y Nairobi”. UNISCI Journal, (2017).

REFERENCIAS NORMATIVA

1. Informe del Grupo Especial, DS160: Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, adoptado el 27 de julio de 2000. [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm> [consulta: 27 de septiembre de 2020].
2. Informe del Órgano de Apelación, DS 58: Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos, adoptado el 21 de noviembre de 2001. [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm> [consulta: 27 de septiembre de 2020].
3. OMC, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, adoptado el 15 de abril de 1994. [en línea]

<https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm> [consulta: 27 septiembre de 2020].

4. OMC, Entendimiento relativo a las normas y procedimiento por lo que se rige la solución de diferencias, adoptado en Marrakech, el 15 de abril de 1994. [en línea] <https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm> [consulta: 27 de septiembre de 2020].
5. OMC, Procedimiento arbitral multipartito de apelación provisional de conformidad con el artículo 25 del ESD, de fecha 30 de abril de 2020. [en línea] <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/Jobs/DSB/1A12.pdf&Open=True>> [consulta 28 de septiembre de 2020].