

DIPLOMACIA Y CULTURA LEGAL EN EL SISTEMA GATT/OMC

PABLO ZAPATERO MIGUEL
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 12.07.2009 / Aceptado: 27.07.2009

Resumen: El sistema GATT/OMC ha evolucionado desde un sistema basado en la diplomacia a un sistema basado en reglas. Este proceso cultural, en que los juristas vencieron a los diplomáticos como profesionales básicos que dirigirían el régimen, ha sido el resultado directo de una batalla interna sobre cualificaciones técnicas dentro del GATT que ha durado varias décadas. Las técnicas legales han reforzado significativamente el sistema multilateral de comercio en términos institucionales comparados. Sin embargo, la juridificación y judicialización incremental ha ampliado inevitablemente el ámbito de la justiciabilidad comercial, alcanzando un punto que genera críticas y preocupación. Desde la óptica del diseño institucional, este flexible y adaptativo régimen es uno de los más poderosos avanzados artefactos multilaterales de la arquitectura legal internacional.

Palabras clave: juridificación, OMC, GATT, diplomacia, diseño institucional, cualificaciones profesionales.

Abstract: The GATT/WTO system has evolved from a diplomacy-based system to a rule-oriented system. This cultural process in which lawyers finally triumphed over diplomats as key professionals running the regime was the direct result of an internal battle over technical qualifications inside the GATT that lasted several decades. Legal techniques have significantly reinforced the multilateral trading system in comparative institutional terms. However, incremental legalization and judicialization has inevitably broadened the scope of trade justiciability, reaching a critical point that generates some criticism and concern. From the point of view of institutional design, this flexible and adaptative regime is among the most powerful and advanced multilateral artifacts in international legal architecture.

Key words: legalization, WTO, GATT, diplomacy, institutional design, professional qualifications.

Sumario: I. Legalismo y anti-legalismo. II. Judicialización progresiva. III. Límites de justiciabilidad. IV. Flexibilidad y adaptación normativa.

I. Legalismo y anti-legalismo

1. El sistema multilateral de comercio es, más de medio siglo después de su débil institucionalización originaria, un régimen esencial para gobernar los asuntos económicos del mundo. Creado sin estructura institucional alguna y aplicado de forma provisional durante casi medio siglo, el GATT (*General Agreement on Trade and Tariffs*) ha ido evolucionando hasta transformarse en una institución capital para la liberalización del comercio¹. Una de las razones que explica el éxito de este reforzamiento progresivo es el empleo cada vez más preciso y refinado de técnicas legales en su seno. Gracias a ellas, la pequeña comunidad profesional del GATT fue transformando el sistema multilateral en una institución e hizo posible que viera la luz la Organización Mundial del comercio (1995).

J. H. JACKSON. *The World Trade Organization: Constitution and jurisprudence*, RIIA, 1, 1998.

2. El GATT es un conjunto de artículos recuperado de las negociaciones de la Carta de la Habana redactada en la Conferencia sobre Comercio y Empleo de Naciones Unidas (1947-1948). Como es sabido, esta conferencia estaba destinada a crear una organización internacional especializada (comercio) que, por motivos de agenda interna estadounidense, no terminó viendo la luz. Sin embargo, estas reuniones sentaron las bases de un importante proceso social: los representantes comerciales que negociaron la fallida carta volvieron a sus países de origen, en 1948, habiendo creado la primera comunidad global de políticos y funcionarios en favor del libre comercio².

3. Esta pequeña comunidad especializada, cuyos lazos profesionales comienzan a tejerse en los encuentros del Comité Económico y Social de Naciones Unidas (1946), será el motor del gran proyecto político global del libre comercio. A partir de entonces, sus integrantes trabajarán en red desde las diferentes capitales del mundo desarrollado y en desarrollo para ir forjando y destilando una cultura jurídica propia con prácticas y técnicas cada vez más sofisticadas³. Así es como se arma la arquitectura legal e institucional del sistema multilateral de comercio; una arquitectura que, tras una larga travesía al margen de los grandes focos de la opinión pública, culmina en 1995 dando vida a la OMC⁴.

4. Esta institución internacional de tercera generación tiene algunas características revolucionarias (negociación de ‘paquete único’, exclusión de reservas y jurisdicción automática y vinculante para todos sus miembros). Para culminar este proyecto político, la comunidad de profesionales y políticos del GATT trabajó durante cuatro décadas en un largo proceso de aprendizaje colectivo que impulsa el sistema multilateral comercial hacia una progresiva formalización, institucionalización y jurisdiccionalización. En definitiva, avanzó de forma progresiva hacia la creación de un *sistema jurídico especializado* de Derecho internacional⁵.

5. Estas páginas se dedican al peso de la cultura y profesión jurídica en este proceso. En este sentido, un interesante fenómeno de la experiencia colectiva del GATT es la paulatina juridificación a la que es sometido, desde los albores de su precaria creación, hasta la constitución de la OMC. Sin embargo, este proceso no ha sido lineal. El sistema multilateral ha pasado por cuatro grandes etapas básicas: (1) una primera etapa “legalista” que domina la redacción del GATT y sus enmiendas a finales de los años 40⁶; (2) una segunda etapa “pragmática” (centrada en la búsqueda de consensos) que rige la administración e interpretación del acuerdo durante los siguientes veinte años⁷, (3) una tercera etapa de relativa inactividad institucional que abarca la década de los años 70 (y que se cierra en 1979 con la Ronda Tokio) y (4) una última etapa que se inicia a partir de los años 80, en que se vuelven los ojos al derecho como técnica privilegiada para resolver diferencias. Esta última etapa llega hasta nuestros días haciendo uso intensivo del derecho dentro del sistema GATT/OMC.

6. Los primeros pasos de la andadura del GATT arrancan con una aproximación marcadamente diplomática. En un principio, las primeras delegaciones consideraban que la diplomacia (y no el Derecho) debía ser la herramienta central para resolver las diferencias inter-estatales en materia comercial. La aproximación jurídica era por tanto percibida críticamente, con recelo. Esta percepción trae origen, como se ha apuntado, en el hecho de que el GATT no había sido ratificado por los parlamentos, se encontraba en precario (aplicación provisional) y carecía de estructura institucional. Así las cosas, de forma inevi-

² W. DIEBOLD. *The End of the ITO*, Essays in International Finance, n.16, 1952.

³ A. CHAYES y A. HANDLER CHAYES. *The new sovereignty: Compliance with international regulatory agreements*, Harvard University Press, 1995, p.279.

⁴ Véase, p.e, M. MATSUSHITA, T. SCHOENBAUM y P. MAVROIDIS. *The World Trade Organization: Law, practice, and policy*, Oxford University Press, 2006.

⁵ P. ZAPATERO. “Modern international law and the advent of special legal systems”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol.1, n.23, 2006, pp.55-75.

⁶ K. W. DAM. *The GATT Law and International Economic Organization*, University of Chicago Press, 1970, p.4.

⁷ K. W. DAM. *The GATT Law...* op.cit.p.4. La actitud colectiva se resumía, según JACKSON, en dejar a un lado los “tecnicismos jurídicos”. J. H. JACKSON. “The Puzzle of GATT”, *Journal of World Trade Law*, n.1, vol.2, 1967, p.132. En palabras de HUDEC, la clave para entender el sistema legal del GATT en esa época era asumir que el derecho del GATT había sido diseñado y operaba como un instrumento diplomático. R.HUDEC. “The GATT Legal System: A Diplomat’s Jurisprudence”, *4 Journal of World Trade*, vol.4, 1970, p.615.

table, el objetivo central de la comunidad-GATT era la búsqueda de consensos para gestionar el día a día de la aplicación del acuerdo así como la subrepticia creación de un tejido institucional que administrara sus normas sustantivas⁸. De este modo, durante las primeras décadas reinó una aproximación eminentemente diplomática en el GATT. En palabras del último Director General que defiende esta posición, OLIVIER LONG (1968-1980), “el legalismo no contribuye a la liberalización comercial”⁹.

7. A medida que el GATT va consolidándose lentamente como organización, esta posición pierde apoyos. Así, van aumentando los valores de una aproximación más legalista, basada en derechos y obligaciones, en el cumplimiento e incumplimiento de normas procesales y sustantivas. El triunfo del derecho sobre la diplomacia, no obstante, requirió una dura confrontación. Esta confrontación sobre el peso relativo de las normas jurídicas y la diplomacia en el comercio internacional se libró tanto en los pasillos del edificio William Rappard como en las sedes de gobierno y la academia.

8. El desenlace de esta contienda, en que se discutió sobre técnicas, profesiones...y cualificaciones preferentes para administrar el GATT, ha sido fundamental para la evolución del sistema multilateral de comercio. Como recuerda el propio JACKSON, la relación entre diplomacia y derecho tiene más de 40 años de historia en el GATT¹⁰. Es no obstante durante la década de los 80, cuando la aproximación diplomática y la aproximación legal se enfrentan como grandes filosofías divergentes tanto en lo que respecta al propio mecanismo de solución de diferencias (los peculiares *panels* del GATT) como, por extensión, a las propias funciones del sistema multilateral de comercio¹¹.

9. En los años 80 se produce una confrontación de percepciones sobre el rumbo del mecanismo de solución de diferencias y, con él, del propio GATT como institución. La dicotomía gira sobre valores, técnicas y culturas profesionales. Así, las discusiones de aquella época aluden, en esencia, a dos filosofías básicas en tensión: (1) legalismo *vs* antilegalismo/pragmatismo y (2) orientaciones normativas (aproximación basada en reglas) *vs* orientaciones diplomáticas. Los actores implicados en este debate intuían que aumentar el papel relativo del derecho frente a la diplomacia en el GATT no sólo tendría implicaciones institucionales para el GATT como organización; cambiaría también la cultura de la institución y con ello, inevitablemente, primaría a determinados colectivos profesionales frente a otros (obtención de estatus de operarios especializados, expertos, analistas, etc)¹². El resultado de la confrontación es pues capital tanto para el futuro de la institución como de una parte de los profesionales que operan en su seno.

10. WILLIAM DAVEY, primer Director del servicio jurídico de la OMC (1995-1999), ofrece una clara síntesis de los dos postulados básicos enfrentados en aquella época. Para este profesor, el modelo legalista acentuaba la adjudicación (solución por terceros) y el anti-legalista (sic) un fuerte énfasis en la negociación y el consenso¹³. Ahora bien, la descripción canónica del estado de cosas generado por aquella confrontación se la debemos a JACKSON, cuyas teorizaciones contribuyeron en gran medida a la institucionalización del GATT durante la Ronda de Uruguay¹⁴. Este investigador distingue entre orientaciones diplomáticas y orientaciones normativas (“aproximación basada en reglas”) en el seno del GATT. Sobra decir que su “aproximación basada en reglas” significaba juridificación en la práctica, si

⁸ Para una explicación de este proceso véase P. ZAPATERO. “La invención de los *panels* del GATT”, *Información Comercial Española: 60 años del GATT*, 2008, pp.89-106.

⁹ En palabras de LONG, “el objetivo primario de los procedimientos de solución de diferencias no es decidir quien tiene razón y quien está equivocado... sino proceder de tal forma que incluso infracciones importantes sean sólo temporales y se terminen”. Véase O. LONG. *Law and Its Limitations in the GATT Multilateral System*, Martinus Nijhoff, 1987, p.71 y p.73.

¹⁰ Véase J. H. JACKSON. *The World Trade Organization...* op.cit.p.63.

¹¹ Véase “Review of the Effectiveness of Trade Dispute Settlement under The GATT and the Tokyo Round Agreements”. *Report to the Commite on Finance, U.S. Senate, on Investigation N°332-212 Under Section 332 (g) of the Tariff Act of 1930*, USITC Publication 1793, December 1985, p.68.

¹² R.SHELL. “Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization”, *Duke Law Journal*, n.5, vol.44, 1995 nota 81, p.846.

¹³ W. DAVEY. “Dispute Settlement in GATT”, *Fordham International Law Journal*, n.1, vol.11, 1987, pp.66 y 97.

¹⁴ J. H. JACKSON. *Restructuring the GATT System*. Council on Foreign Relations Press, 1990.

bien aderezada con algunas consideraciones políticas: de hecho, JACKSON es autor de la primera monografía de referencia sobre el derecho del GATT, elaborada a finales de los 60¹⁵. Para JACKSON, en cualquier caso, la confrontación entre diplomacia y derecho era una cuestión de ‘grado’, de mayor preponderancia de un elemento sobre otro, no un enfrentamiento extremo, en clave de “juego suma cero”¹⁶.

11. Por otro lado, estas dos aproximaciones en tensión durante los años 80 también han sido atribuidas por algunos comentaristas al comportamiento individual de determinadas Partes Contratantes del GATT. Así, la literatura estadounidense ha definido la actitud general de EEUU como una aproximación legalista y la de Japón y las Comunidades Europeas como una aproximación diplomática¹⁷. Asimismo, el informe sobre el mecanismo de solución de diferencias elaborado para el Senado estadounidense en 1985 identificaba a los Estados Unidos, Nueva Zelanda, Hong Kong y Australia como Partes Contratantes que perciben el GATT como un conjunto de obligaciones vinculantes. Por el contrario, Japón y la Comunidad Europea eran caracterizados como actores favorecedores de una “aproximación flexible”, centrada en la negociación y el consenso: “para las Comunidades Europeas, la filosofía del GATT ha sido la diplomacia más que la adjudicación, y así no concebían que la adjudicación por terceras partes requiriese la modificación de políticas”. Aplicando esta óptica, por tanto, se “desenfataría” el carácter del GATT como instrumento regulador de obligaciones y derechos¹⁸.

12. La atribución de una aproximación más legalista a los Estados Unidos en aquella época ha sido fundamentada, en algunas ocasiones, aludiendo a una supuesta inclinación ‘tradicional’ de la cultura norteamericana hacia el derecho. Conforme a tal tesis, esto justificaría una mayor adhesión de la administración estadounidense al respeto de la legalidad en el GATT¹⁹. Sin embargo, no es una explicación convincente. Probablemente, determina más esta actitud el hecho de que el GATT se redactara bajo el liderazgo indiscutido y dominante de los EEUU y, por tanto, se adaptara mejor a sus valores e intereses comerciales. De hecho, es evidente que la Unión Europea tiene una posición legalista en la actualidad y, con toda probabilidad, esto se debe a que el derecho del sistema multilateral de comercio refleja mejor sus valores e intereses tras la Ronda de Uruguay.

13. En cualquier caso, determinar quien fue el mayor cumplidor y promotor de la legalidad en el comercio multilateral es por definición una tarea cuyos resultados serán siempre controvertidos. Ahora bien, también es del todo evidente que el mayor o menor legalismo entre las Partes Contratantes del GATT, y ahora entre los Miembros de la OMC, ha estado directamente vinculado al análisis (acertado o no) que realiza cada Estado sobre los perjuicios y beneficios agregados del sistema multilateral de comercio. Esa es la clave que explica, muy en particular, el mayor o menor legalismo en el comportamiento de cualquier gran potencia comercial.

II. Judicialización progresiva

14. Hoy en día, la aproximación jurídica es, de forma indiscutida, la tendencia imperante en el sistema GATT/OMC. Una vez creada la OMC, y mirando hacia atrás, es evidente que el “legalismo” no ha producido un “envenenamiento de la atmósfera” del sistema multilateral de comercio sino que, más bien al contrario, lo ha fortalecido²⁰. Por ello, hoy por hoy, la mayoría de los operadores y profesionales

¹⁵ J. H. JACKSON. *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, The Boobs-Merrills Company Inc, 1969, p.43.

¹⁶ J. H. JACKSON. *Reestructuring...* op.cit.p.59.

¹⁷ Véase *inter alia* W. DAVEY. “The WTO/GATT World Trading System: An Overview, *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement* (P. PESCATORE, W. DAVEY y A.LOWENFELD eds), vol.1, 1997, Kluwer law international, p.75.

¹⁸ Véase “Review of ...” op.cit.p.68.

¹⁹ R.OSTRIHANSKY. “Settlement of Interstate Trade Disputes: The Role of Law and Legal Procedures”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.VXXII, 1991, p.180.

²⁰ W. DAVEY. “Dispute Settlement in GATT...” op.cit.pp.70-72.

del sector defiende las bondades de la aproximación jurídica en la solución de diferencias²¹. Los sesenta años de historia del GATT han terminado persuadiendo a la gran mayoría de los representantes estatales de que, a medio y largo plazo, ésta es la aproximación más efectiva.

15. Sin este cambio hacia orientaciones más juricistas, de hecho, el sistema multilateral de comercio no habría alcanzado la preeminencia que disfruta hoy en día en la arquitectura institucional global. Las instituciones sociales tienden, como indica ROBERT HUDEC, a seguir un patrón de maduración desde procesos informales de acomodación de intereses a procesos formales basados en normas preestablecidas. Este es claramente el caso de las normas jurídicas dentro del mecanismo de solución de diferencias así como, en general, dentro del propio sistema multilateral de comercio. En esencia, las claves del éxito del primero están en su continua formalización y en reducir su grado de politización (/diplomacia) de forma paulatina. Para obtener este resultado, necesariamente, hacen falta “reglas del juego” y, como es evidente, el producto más avanzado a este respecto es el Derecho.

16. El éxito, eficiencia y alto grado de litigiosidad del mecanismo de solución de diferencias del sistema multilateral de comercio trae origen de un proceso gradual de formalización. Este proceso comienza en los años 50 con el paso de la fórmula del *grupo de trabajo* al *panel*, continua con la inclinación del mecanismo hacia el “incumplimiento de obligaciones” (frente a las reclamaciones sin infracción contempladas en el artículo XXIII del GATT), codifica la práctica en 1979 y, por último, lleva a cabo un desarrollo progresivo que, con la Ronda Uruguay, (a) unifica los procedimientos, (b) instaura una segunda instancia de apelación (Órgano de Apelación) y (c) establece la regla del consenso negativo en la adopción de decisiones.

17. El proceso de formalización de esta moderna institución especializada es alimentado desde las primeras reuniones informales de mediados del siglo pasado en que los delegados buscaban medios informales para resolver diplomáticamente sus diferencias comerciales²². Así, tras décadas de prácticas consensuadas, el trabajo del Grupo 13 de negociación sobre solución de diferencias, presidido por JULIO LACARTE-MURÓ, completa el fortalecimiento y juridificación del mecanismo redactando el actual Entendimiento de solución de diferencias²³.

18. El nuevo mecanismo resultante, en palabras de SHELL, representa una contundente victoria de los legalistas en el debate sobre el modelo de solución de diferencias en libre comercio multilateral²⁴. El paso del GATT a la OMC es así para muchos una transición de las normas suaves a las normas duras, al *hard law*. Esta es por ejemplo la opinión de ABBOTT, para quien esta tendencia se percibe con claridad en dos puntos:

“El primer punto es el refinamiento progresivo de las reglas desde lo general a lo específico. El segundo es la transformación de un sistema de solución de diferencias basado en el consenso en un sistema cuasi-judicial”²⁵.

19. Hoy en día, la estricta aplicación del Derecho en vigor (derecho de la OMC) reina en la práctica especializada de los *panels* y Órgano de Apelación. Atrás quedaron los pronunciamientos diplomáticos de los *panels* de la etapa del GATT del 47. En suma, la aproximación legal ha ganado la partida a quienes identificaban juridicidad con rigidez e inflexibilidad; en definitiva a quienes consideraban que el derecho no se adaptaba a las “especificidades” y “necesidades” de la liberalización multilateral del comercio. El legalismo, por tanto, fue conquistando posiciones frente a la denominada *Diplomacia comercial del GATT*²⁶.

²¹ Véase p.e M.K. YOUNG. “Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats”, *The International Lawyer*, n.2, vol.29, 1995, pp.389-409.

²² P. ZAPATERO. “La invención...op.cit

²³ T.P.STEWART y C.J. CALLAHAN. *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, *Dispute Settlement Mechanism*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.

²⁴ R.SHELL. “Trade legalism...p.833.

²⁵ F.M. ABBOTT. “Incomplete Rule Systems, System Incompatibilities and Suboptimal Solutions: Changing the Dynamic of Dispute Settlement and Avoidance in Trade Relations Between Japan and the United States”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol.16, 1999, pp.195-196.

²⁶ En defensa de esta percepción véase O. LONG. *Law and its Limitations...op.cit.p.21 y 73* y K. W. DAM. *The GATT Law...op.cit.p.358*.

20. Las diferencias de percepción tenían sustanciales implicaciones. Para la aproximación diplomática, como recuerda JACKSON, el GATT era sólo un ‘foro de negociaciones’ diseñado principalmente para preservar un balance de concesiones y ventajas entre las Partes Contratantes²⁷. Ahora bien, hay ciertos elementos de la aproximación diplomática que siguen aún presentes en materia de solución de diferencias. Aunque la solución de diferencias se encuentra hoy en día hiper-formalizada, preserva ciertos elementos diplomáticos que son expresión directa de la cultura y/o tradición diplomática del GATT y que se mantuvieron en el nuevo Entendimiento de solución de diferencias de la Ronda Uruguay²⁸. Así, por ejemplo, los *panels* disponen de un mandato determinado por negociación entre las partes. Al tiempo, existe una fase preceptiva de reexamen por las partes antes de que una decisión sea definitiva. Asimismo, las disposiciones del Entendimiento promueven la obtención de una solución “mutuamente aceptable” o el “mantenimiento del balance de los derechos y obligaciones”²⁹.

21. En resumen, estos elementos se acercan a la *conciliación* y se distancian de la solución judicial como recuerda el juez PESCATORE. Es decir, se distancian del medio de solución de diferencias que determina simplemente “quién tiene razón y quién no”³⁰. Sin duda, en palabras de CANAL FORGUES, la conciliación era el modo privilegiado de solución de diferencias en la época del GATT³¹. En la actualidad, aunque se han judicializado los procedimientos, se mantienen al tiempo algunas fórmulas y elementos propios de la conciliación³². Por tanto, el mecanismo constituye un *híbrido* en el que conviven orientaciones judiciales y conciliadoras. Su progresiva formalización avanza, en definitiva, sin renunciar a algunos elementos de la herencia diplomática.

22. De hecho, el mecanismo no es un órgano judicial *stricto sensu* dado que está compuesto por una pluralidad de órganos *ad hoc* (*panels*) y uno permanente (Órgano de Apelación) cuyos informes requieren la aprobación del Consejo General, que opera aquí como Órgano de Solución de Diferencias (OSD). Aunque la constitución de un *panel* y la aprobación de los informes sea ahora semiautomática (en contraposición con la antigua opción de bloqueo) es evidente que exigen una operación de validación formal por el Consejo General. Esta validación se produce de modo semiautomático, dado que la decisión sólo será rechazada en el caso de que voten en contra todos los Miembros (consenso negativo).

23. En cualquier caso, y aunque existan elementos no judiciales en el mecanismo, es evidente que la actual práctica del Órgano de Apelación está imprimiendo una fuerte orientación judicial. Por esta razón, la mayoría de la literatura especializada enfatiza la progresiva “judicialización” del mecanismo³³. Este fenómeno es hoy en día indudable aunque las decisiones requieran una validación por un órgano político y se reserve un papel a la conciliación *dentro* del mecanismo.

24. Ahora bien, ¿qué sucede *fuera* del mecanismo?, ¿cual es el papel de la diplomacia en el contexto institucional de la OMC? En principio, las reformas de la Ronda de Uruguay convierten el derecho de la OMC y los informes del Órgano de Apelación y *panels* en un argumento cualificado para cualquier negociación bilateral. La acción diplomática tiende a ser más efectiva si se despliega a la sombra de un mecanismo de adjudicación: negociar a la sombra de normas obligatorias y sanciones por in-

²⁷ J. H. JACKSON. *The World Trading System: Law and Policy of international economic relations*, MIT Press, 1997, p.93.

²⁸ El fenómeno, como es lógico, no es privativo de la OMC. En general, como enfatiza MARTIN SHAPIRO, la propia concepción coercitiva de los tribunales tiende a ser engañosa dado que los separa de forma artificial de otros medios de solución de diferencias que no han abandonado. Véase M.SHAPIRO. *Courts: A Comparative and Institutional Analysis*, University of Chicago Press, 1981, p.8 y p.15.

²⁹ P. ZAPATERO. *Derecho del comercio global*, Thomson-Civitas, 2003.

³⁰ P.PESCATORE. “The GATT Dispute Settlement Mechanism...op.cit. pp.37-38.

³¹ E.CANAL FORGUES. *L’Institution de la conciliation dans le cadre du GATT : Contributions a l’etude de la structuration d’une mecanisme de reglement des differends*, Bruylant, 1993.

³² E.CANAL FORGUES. “Le système de règlement des différends de l’OMC”*La réorganisation mondiale des échanges*, Pedone, 1996, p.285.

³³ A mediados de los años 70, MALINVERNI ya empleó la expresión “jurisdiccionalización progresiva”. Véase G.MALINVERNI. *Les Reglements des differends dans les organisations internationales economiques*, IHHEI, 1974, p.171. En la literatura española MONTAÑA Y MORA se refiere, de forma indistinta, a “jurisdiccionalización” y “judicialización”. Véase M.MONTAÑA Y MORA. *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT*, Mc Graw Hill, 1997, p.63, nota 19.

cumplimiento (suspensión de concesiones comerciales) suele ser productivo. Y ahí reside de hecho el rol de la nueva diplomacia de la OMC: una *diplomacia legalista*, que habla el lenguaje del derecho y que negocia a golpe de disposiciones legales, citas jurisprudenciales y referencias de autoridad.

III. Límites de *justiciabilidad*

25. En resumidas cuentas, la judicialización del sistema multilateral de comercio ha reequilibrado el peso de la diplomacia tradicional, basada en relaciones de poder, en favor de una diplomacia comercial basada en reglas³⁴. Así pues, los procedimientos jurisdiccionales generan cierta igualación entre Estados al posibilitar que resuelvan sus diferencias sobre la base del derecho, con (relativa) autonomía e independencia del poder de cada cual. En la actualidad, un pequeño Estado siempre puede demandar a una gran potencia comercial y obtener una eventual decisión obligatoria favorable. Por tanto, y como ya se ha apuntado, se negocia a la sombra de un mecanismo de adjudicación multilateral de carácter obligatorio y con capacidad de autorizar suspensión de concesiones comerciales.

26. En cualquier caso, la eficacia última de las sanciones de la OMC viene determinada por el poder de mercado de cada Estado pues autoriza meramente la suspensión individual de concesiones comerciales; algo que obviamente afecta de forma negativa a los países en desarrollo³⁵. Subrayada esta limitación, es evidente que el sistema jurisdiccional está abierto para todos los Miembros de la OMC y para toda reclamación que emplee el lenguaje legal de la OMC. Bajo este esquema, el alcance de los asuntos sometidos a la jurisdicción del mecanismo dependerá de la legitimidad y *auctoritas* que éste sea capaz de generar con su jurisprudencia. En este sentido, no hay limitaciones reales a la justiciabilidad en su seno. En esencia, la experiencia del GATT muestra cómo los límites de la justiciabilidad son, empleando la terminología de ALDO LIGUSTRO, “móviles” y “relativos” al tiempo. Por tanto, no hay límites sobre qué cabe resolver (y qué no) por medio del derecho³⁶. Así, es difícil distinguir entre diferencias justiciables y no justiciables (entre conflictos jurídicos y no jurídicos) en el sistema multilateral de comercio³⁷. Todos los conflictos tienen, en mayor o menor grado, perfiles legales³⁸. Por ello, en definitiva, son conflictos jurídicos o no en función de la actitud que adopten las partes involucradas en ellos. Un conflicto es “jurídico”, por consiguiente, si las partes están de acuerdo en solucionarlo conforme a normas³⁹. Para entender tanto los límites como la potencialidad de la solución de diferencias en el sistema GATT/OMC es necesario tener en consideración este hecho.

27. Sin embargo, alguna literatura aventura que hay especificidades inherentes al Derecho internacional económico que impiden resolver ciertas diferencias por medio de normas jurídicas. El propio ROBERT HUDEC, por ejemplo, alude a la “no justiciabilidad” de determinados conflictos: los denominados *casos erróneos*⁴⁰. Defendiendo esta corriente, para WILLIAM DAVEY, son erróneos aquellos casos en que una decisión del mecanismo de solución de diferencias podría minar en su conjunto el sistema multilateral de comercio. DAVEY alude así a dos tipos básicos de casos erróneos: (a) aquellos casos en que el infractor no ha podido evitar la infracción de la norma por presiones domésticas y (b) aquellos casos en que falta consenso respecto a la propia norma⁴¹.

³⁴ J. H. JACKSON. *The World Trading System...* op.cit. pp.109-110.

³⁵ Véase, p.e, J. PAUWELYN. “Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules- Toward a More Collective Approach”, *American Journal of International Law*, vol.94, 2000, pp.335 y 338, M.BRONCKERS y N. VAN D. BROEK. “Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement”, *Journal of International Economic Law*, vol.8, 2005, pp.101-126 y A.E.ADEBUKOLA. “WTO Dispute Settlement Remedies: Monetary Compensation as an Alternative for Developing Countries”, *Bepress Legal Series*, Paper 1378, 2006.

³⁶ A.LIGUSTRO. *La controversia tra statu nel diritto del commercio internazionale: Del GATT all’OMC*, Cedam, 1996, pp.362-363.

³⁷ A.LIGUSTRO. *La controversia...* op.cit.p.361.

³⁸ A.LIGUSTRO. *La controversia...* op.cit. pp.362 y 365.

³⁹ A.LIGUSTRO. *La controversia...* op.cit. p.362.

⁴⁰ R.HUDEC. “GATT Dispute Settlement After the Tokyo Round: An Unfinished Business”, *Cornell International Law Journal*, vol.13, 1980, pp.159-166.

⁴¹ W. DAVEY. “Dispute Settlement in GATT...” op.cit. pp.72-74.

28. El argumento es cuestionable. Para empezar, la literatura que abraza esta tesis no ha sido capaz de consensuar qué casos son erróneos y cuáles no. LIGUSTRO por ejemplo figura entre quienes apelan a maximizar la justiciabilidad del sistema GATT/OMC. Para ello, sin embargo, identifica dos casos erróneos (/no justiciables) básicos. El primer caso es aquel en que existe un consenso sobre la inoperatividad de la norma: “tendencia a la *desuetudo*” por falta de consenso entre las Partes Contratantes y situación de tolerancia general hacia su infracción (p.e: ¿artículo XXIV del GATT sobre integración regional?). El segundo caso es aquel que surge por “sobrecarga de los procedimientos”: aquellos supuestos en que la extrema complejidad de las reclamaciones produce “dificultades técnicas” graves⁴².

29. Lógicamente, gran número de reclamaciones en el sistema GATT/OMC son de este último tipo. En el pasado, por citar un famoso ejemplo cualificado, numerosos delegados consideraban erróneo que los *panels* trataran de resolver diferencias generadas por la Política Agrícola Común de las Comunidades Europeas. La motivación subyacente era que estas diferencias podrían afectar seriamente a la viabilidad del propio sistema multilateral de comercio a medio y largo plazo⁴³. Del mismo modo, de seguir este razonamiento, analizar la legalidad-OMC de cualquiera de los acuerdos comerciales bilaterales y regionales existentes hoy en día podría considerarse un caso erróneo. Sin embargo, es evidente que estos acuerdos generan importantes tensiones a corto y medio plazo. Al tiempo, su no justiciabilidad genera evidentes riesgos para el sistema a largo plazo. Por ello, la teoría de los casos erróneos merece ser abandonada o, en su defecto, tratada con especial cautela.

30. Sostener que los casos erróneos por inoperatividad o estándares poco claros son categorías no justiciables equivale a sostener que el sistema no es justiciable. En puridad, casi todos los casos que se presentan ante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC son de este tipo: los conflictos tienden a surgir, con frecuencia y de forma natural, tanto donde hay una percepción de inoperatividad de la obligación (inaplicación de la norma) como donde el estándar de comportamiento no está suficientemente claros (vaguedad o ambigüedad de la norma)⁴⁴. Por consiguiente, la justiciabilidad no es más que una variable directamente dependiente de que exista voluntad política suficiente como para que una diferencia, X, sea resuelta conforme a normas jurídicas.

31. No obstante, debe hacerse una matización en relación con aquellos casos que se adentran en áreas que son competencia de otras agencias especializadas no comerciales y, por tanto, que administran normas legales internacionales diferentes al derecho de la OMC. Como es lógico, estos casos no pueden resolverse de la misma forma que aquellas diferencias estrictamente circunscritas a la norma aplicable especializada que emplea el mecanismo de solución de diferencias (derecho de la OMC). La jurisdicción de la OMC es una jurisdicción especializada en el marco de una arquitectura institucional global en que no existe, hoy en día, una jurisdicción superior que resuelva los potenciales conflictos que pudieran surgir con otros regímenes internacionales.

32. Por ello, tanto los *panels* como el Organo de Apelación deben actuar con especial cautela a este respecto, dado que no existe un foro jurisdiccional neutral (foro no comercial) que pueda conocer en apelación, y en último término, de su decisión. De hecho, es aquí donde la teoría del *caso erróneo* podría tener razonable utilidad para inhibir la adopción de decisiones ‘unilaterales’ por parte de la OMC (p.e: régimen de licencias para la importación y exportación de genéricos) en áreas en que otras instituciones internacionales (p.e: protección de la salud y acceso a medicamentos) tienen competencias concurrentes.

⁴² A.LIGUSTRO. *La controversie...*op.cit. p.363.

⁴³ Véase “Review of ...”op.cit.p.83.

⁴⁴ A.LIGUSTRO. *La controversie...*op.cit.p.364.

⁴⁵ V.IHERING. *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Thomson-Civitas, 1987.

IV. Flexibilidad y adaptación normativa

33. Para terminar, merece la pena hacer un breve apunte general sobre el papel del Derecho en el sistema GATT/OMC. Sin duda, discutir sobre la “naturaleza jurídica” de unas u otras instituciones, actos y acciones legales es una peculiar tradición de la literatura jurídica continental⁴⁵. El derecho internacional económico no ha escapado a estas tradicionales contiendas intelectuales. Para SEIDL-HOHELVERDERN, por ejemplo, el legislador internacional opta por regular con cierta ductilidad las relaciones económicas internacionales por el sencillo motivo de que no es un profeta⁴⁶. Esto explica según él que las obligaciones de los tratados económicos se encuentren moduladas por cláusulas de escape⁴⁷. En efecto, el derecho de la OMC cuenta con la flexibilidad como una de sus grandes especificidades. Ahora bien, ello no implica que sus normas se diluyan en derecho suave⁴⁸. Al contrario, como apuntara Robert Hudec, el derecho de la OMC dispone de ‘válvulas de presión’, de válvulas regulables (p.e: exenciones temporales para realizar ajustes de producción nacional). Ahora bien, esto no implica diferencia alguna de “naturaleza jurídica”.

34. Una “aproximación jurídica” no implica *per se* rigidez y ausencia de pragmatismo. Parafraseando a REMIRO BROTONS, en relación con el sistema GATT/OMC, “al final, lo pragmático ha sido, en orden a la solución de diferencias, lo jurídico”⁴⁹. Y no le falta razón. Desafortunadamente, sin embargo, es extendida la percepción social que identifica el Derecho como un sistema petreo que combina normas duras y sanciones por incumplimiento. Este tipo de percepciones ignora, obviamente, que la flexibilidad es un simple elemento a gestionar en el diseño normativo de cualquier instrumento legal; una mera opción política que se resuelve con buena técnica normativa, por tanto, y que no dota al Derecho internacional económico de naturaleza jurídica alguna.

35. El Derecho de la OMC incorpora numerosas cláusulas de escape y excepciones que le dotan de una razonable dinamicidad y adaptabilidad. Este hecho, por supuesto, no invalida o relativiza su carácter jurídico. Así, el sistema GATT/OMC se asienta sobre una arquitectura regulatoria particularmente ductil y dinámica y, por tanto, potencialmente estable y perdurable en el tiempo. Prueba de ello son (1) las cláusulas de salvaguardia (artículo XIX del GATT y artículo X del AGCS/cláusulas de escape), (2) las excepciones generales (artículo XX del GATT y artículo XIV del AGCS), disposiciones en materia de seguridad nacional (artículo XXI del GATT y artículo XIV.bis. del AGCS), (3) las exenciones (artículo XXV.5 del GATT), (4) los criterios de legalidad de los acuerdos comerciales regionales (artículo XXIV del GATT y artículo V del AGCS), (5) el trato especial y diferenciado a países en desarrollo (Parte IV del GATT y artículo IV, etc del AGCS), así como (6) la propia transformación de la OMC en *Foro de negociaciones permanentes* (artículo III.2 del Acuerdo de la OMC).

36. Concebir el Derecho como “procesos y procedimientos” forma parte del ABC de la formación de cualquier jurista. No obstante, hay ciertas culturas profesionales (no jurídicas) que ignoran este hecho, atribuyendo al Derecho un carácter petreo o inflexible. El derecho combina procedimientos con normas sustantivas para resolver diferencias/conflictos/problemas/tensiones que no cabía prever cuando las normas sustantivas fueron originariamente establecidas. Y aquí, hay una gran variedad de procedimientos (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) que operan en torno a las normas sustantivas del sistema multilateral de comercio.

37. En esencia, el sistema jurídico de la OMC se caracteriza por ser especialmente dinámico y adaptativo. Este hecho se expresa, ya desde los orígenes del sistema multilateral de comercio, en la exis-

⁴⁶ I.SEIDL-HOHEVELDERN. *International economic law*, Martinus Nijhoff, 1992, pp.42-43.

⁴⁷ I.SEIDL-HOHEVELDERN. *International...op.cit.*p.42.

⁴⁸ En la época del GATT incluso se cuestionó el propio carácter jurídico de sus normas. A este respecto, las primeras reflexiones de ROBERT HUDEC sobre la “caracterización jurídica de las normas del GATT” son de particular interés. Véase R.HUDEC. “Adjudication of International Trade Disputes. Thames Essay nº1, Trade Policy Research Centre, London, 1978, pp.31-33.

⁴⁹ A.REMIRO BROTONS. “Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC”, *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, D-26, 1996, p.24.

tencia de una intensa relación entre adjudicación y legislación internacional. Como es evidente, los conflictos de intereses sobre los contenidos del derecho de la OMC (incluidas sus anomías) generan diferencias que escapan a las virtudes del mecanismo de solución de diferencias. Para ello, la maquinaria institucional de la OMC cuenta con dispositivos que complementan la función jurisdiccional corrigiendo ‘fugas’, manteniendo sano el pulso del sistema comercial multilateral por medio de regulación y/o reregulación.

38. La estructura flexible del sistema multilateral de comercio, como apuntara GILBERT WINHAM hace décadas, requiere de reregulación; es decir, la continua adaptación de las reglas a nuevas circunstancias. El curso común que sigue la reregulación en el sistema GATT/OMC es relativamente simple: la solución de diferencias pone sobre la mesa problemas específicos que, en ocasiones, son transplantados al proceso de negociación multilateral para generar una solución general⁵⁰. De hecho, la historia del sistema GATT/OMC muestra con claridad que los procesos de legislación comercial internacional han estado intensamente asociados al funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias.

39. Así, junto a los conflictos sustantivos subsumibles *en* las normas de la OMC (cuestiones de aplicación e interpretación) existen conflictos *sobre* el alcance de esas normas, conflictos de intereses sobre el *statu quo*, sobre el ‘estado de cosas’ de su Derecho vigente. Es decir, existen conflictos referidos a asuntos regulados deficientemente o conflictos sobre asuntos sobre los que, sencillamente, existen lagunas (anomías). Como es evidente, el mecanismo de solución de diferencias no es una vía adecuada para abordarlos dado que no debe suplantar las funciones de la legislación. Por ello, en la práctica, estos conflictos tienden a transplantarse al proceso de negociación multilateral con objeto de modificar reglas o legislar *ex novo*. Estas prácticas (regulación/reregulación) permiten preservar la salud del sistema jurídico de la OMC reduciendo el recurso estatal al unilateralismo de los más poderosos e inhibiendo la migración a otros foros globales de regulación (bilaterales, regionales).

40. De hecho, estas prácticas ha sido tan efectivas para la consolidación del sistema multilateral de comercio que el Derecho de la OMC, hoy en día, institucionaliza las *Rondas de Negociaciones Multilaterales* (artículo III.2) y caracteriza a la propia OMC como un *Foro de Negociaciones Permanentes*. Así las cosas, a partir de la Ronda de Uruguay, el sistema multilateral de comercio es “un foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados por los acuerdos incluidos en los anexos del presente Acuerdo”. En suma, la OMC se auto-postula como un *mercado de trueque* regulatorio⁵¹.

41. Finalmente, hay que hacer referencia a la función de las denominadas *interpretaciones autorizadas* en el entramado institucional del sistema GATT/OMC. En cierto modo, estas interpretaciones colectivas de los Miembros de la OMC sirven para colocar unas “bridas” al mecanismo de solución de diferencias. Ya en la etapa del GATT, el artículo XXV del GATT autorizaba de forma implícita a realizar interpretaciones colectivas⁵². Dicho artículo, intitulado *Acción colectiva de las Partes Contratantes*, contemplaba la siguiente prescripción: los representantes de las Partes Contratantes se reunirán periódicamente “para asegurar la ejecución de las disposiciones del presente Acuerdo que requieren una acción colectiva” y “en general, para facilitar la aplicación del mismo y que se puedan alcanzar sus objetivos”. Esta sencilla disposición es la que permite al GATT adoptar durante décadas *interpretaciones definitivas* en un contexto de absoluta anemia institucional⁵³.

⁵⁰ G.R. WINHAM. *The Evolution of International Trade Agreements*, University of Toronto Press, 1992, p.128.

⁵¹ Para un estudio que explica el foro de la OMC como un mercado de trueque multi-asunto (“multi-issue barter exchange”) véase B.M. HOEKMAN y M.M.KOSTECKI. *The Political Economy of the World Trade Organization: From GATT to WTO*, Oxford University Press, 1997, pp.56-83.

⁵² J. H. JACKSON. *The World Trading System...* op.cit.p.90.

⁵³ Ésta es la definición de JACKSON: “una interpretación definitiva es una acción secundaria convencional que obliga a todas las Partes Contratantes del GATT conforme a su delegación previa de autoridad sobre la base del artículo XXV”. J. H. JACKSON. *The World Trade Organization...* op.cit. p.83-84.

42. El éxito de la disposición fue tal que el propio Acuerdo de la OMC regula asimismo un procedimiento de interpretación colectiva. Así, el artículo IX.2 atribuye esta facultad a la Conferencia Ministerial y al Consejo General: “la Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales...La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros”. Al tiempo, el propio artículo 3.9 del Entendimiento regula la relación del mecanismo de solución de diferencias con las “interpretaciones autorizadas”: “las disposiciones del presente Entendimiento no perjudicarán el derecho de los Miembros de recabar una *interpretación autorizada* de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo por el que se establece la OMC o un acuerdo abarcado”.

43. De modo inevitable, estas disposiciones sobre interpretación colectiva (autorizada) muestran claros ecos de interpretación “auténtica”⁵⁴. No obstante, es evidente que no siempre es fácil delimitar las fronteras entre interpretación de una norma y creación de una nueva. De hecho, las fronteras entre “interpretación autorizada” y enmienda soterrada son en ocasiones problemáticas⁵⁵. En este sentido, es evidente que los parlamentos nacionales no dieron un ‘cheque interpretativo en blanco’ a la OMC y que, sin embargo, un empleo liberal de las “interpretaciones autorizadas” puede operar como un cauce alternativo para reregular.

44. Por último ya, hay que enfatizar la peculiar relación entre función jurisdiccional e interpretación autorizada en la OMC. Sin duda, las interpretaciones autorizadas contempladas en el derecho GATT/OMC permiten que los Estados mantengan en todo momento el control colectivo de las soluciones adoptadas por el mecanismo de solución de diferencias. En puridad, estas interpretaciones superponen al Consejo General y la Conferencia Ministerial sobre la última instancia jurisdiccional de la OMC (el Órgano de Apelación) y transforman a esta última, por consiguiente, en el máximo órgano de interpretación de la OMC *por defecto*⁵⁶.

⁵⁴ Así por ejemplo, de hecho, REMIRO BROTONS concibe las interpretaciones autorizadas como tales. Véase A.REMIRO BROTONS. “Pelagattos...op.cit. p.31, nota 53.

⁵⁵ Véase la solicitud de “interpretación autorizada” al Consejo General respecto al artículo 22 del Entendimiento de Solución de Diferencias propuesta por las Comunidades Europeas y la respuesta de EEUU en Docs WT/GC/W/133, WT/GC/W/143 (5 de febrero de 1999) y WT/GC/W/144 (5 de febrero de 1999), respectivamente.

⁵⁶ Para una referencia del Órgano de Apelación a las “interpretaciones autorizadas” y su función frente a la “legislación judicial” (sic) véase Doc WT/DS33/AB/R, *Estados Unidos–Medida que afecta a las importaciones de Camisas y Blusas de Tejidos de Lana Procedentes de la India* (25 de abril de 1997).