LIBRE COMERCIO Y SANCIONES MULTILATERALES

Pablo ZAPATERO

SUMARIO:

1. LAS REGLAS DEL JUEGO. 2. SUSPENSIÓN "AUTORIZADA" DE CONCESIONES. 3. LUCES Y SOMBRAS DEL MECANISMO. 4. A VUELTAS CON LA AUTOTUTELA

1. LAS REGLAS DEL JUEGO

El sistema comercial multilateral ha funcionado sin aplicar "sanciones" hasta la creación de la OMC. En palabras de la literatura especializada, ha sido un sistema sin dientes[1]. Así, son escasas en la historia del GATT del 47 las diferencias en que se autorizara una suspensión de concesiones comerciales[2]. Esta inaplicación práctica de sanciones, sin embargo, no impide que las estimaciones sobre solución positiva de diferencias en la etapa del GATT superen la cifra del 80%[3]. La pregunta que surge inmediatamente es porqué en la época del GATT se cumplía generalmente el derecho, en ausencia de sanciones: Cuales son pues las razones de la *obediencia al derecho* en esta parcela especializada de la legalidad internacional. En puridad, las razones son varias. En el sistema multilateral de comercio, el elemento sancionatorio se contagia de la aproximación cooperativa sobre la que descansa la totalidad del derecho internacional. En este sentido, el –cierre de bóveda– que apuntala la relativa efectividad del derecho del sistema multilateral de comercio no es tanto una aproximación sancionatoria *negativa* (característica propia de algunas parcelas del Derecho) como una aproximación sancionatoria *positiva*

1. MONTAÑA Y MORA, M., "A GATT with Teeth: Law Wins Over Politics in the Resolution of International Trade Disputes", 31 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1 (1993), 177.

2. El caso más conocido es una autorización de suspensión de concesiones contra Estados Unidos que Países Bajos decidió finalmente no aplicar. Véase Doc BISD 1S/32-33, *Netherlands Measures of Suspension of Obligations to the United States* (1953). Para otros casos véase HUDEC, R., "GATT or GABB" The Future Design..., *op. cit.*, p. 1322.

3. HUDEC, R., *Enforcing international Trade Law: The evolution of the modern GATT legal system,* Butterworths, 1993, pp. 273-355.

basada en el mutuo interés[4]: Aquí, el sistema multilateral de comercio muestra cómo sanción y coerción no son la base única ni última del cumplimiento del derecho[5].

Así, en la práctica, los motivos del razonable grado de cumplimiento de las propias decisiones de los *panels* y Organo de Apelación radican en consideraciones de interés estatal racional. Y no podría ser de otra forma. Parafraseando a Seidl-Hohenveldern, las reglas del Derecho internacional económico pertenecen a la categoría de reglas de Derecho internacional basadas en la reciprocidad; unas reglas cuyas perspectivas de cumplimiento son mayores que "aquellas reglas basadas en el mero mandato de autoridad de una potencia líder o en un entusiasmo altruista por un noble ideal"[6]. Teniendo en consideración este hecho (comportamientos estatales basados en criterios de beneficio recíproco) se explican las claves del relativo cumplimiento del derecho del sistema multilateral del comercio.

Este escenario propio de la etapa del GATT del 47 se manifiesta, del mismo modo, con la OMC. En términos generales, los Miembros de la OMC perciben que el adecuado funcionamiento del sistema les aporta una serie de beneficios agregados. Esta percepción les lleva a cumplir, por lo general, los informes de *panels* y Organo de Apelación. Robert Keohane sostiene, por ejemplo, que las instituciones necesitan generar intereses e incentivos que refuercen su reputación. El interés material de los Estados debe ir parejo al interés por mantener una reputación de cumplimiento de los compromisos. Este fenómeno se produce únicamente en instituciones altamente valoradas. Parece razonable pensar que el sistema multilateral de comercio es, al menos hoy en día, una de ellas[7].

En su seno hay pues cierta reciprocidad tanto *cooperativa* como *procedimental*[8]. Los ejemplos son muy diversos. Probablemente el más destacado es el conocido caso DISC que, entre otros efectos, le generó a Estados Unidos serios y graves problemas de credibilidad a la hora de que se atendieran sus

4. Se emplea aquí el término "sanción" en sentido amplio. Para una distinción, desde la teoría del derecho, entre "sanciones positivas" y "sanciones negativas" véase BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres Ed., 1980, pp. 383-390.

5. Sobre el funcionamiento del derecho en ausencia de sanciones institucionalizadas véase, en particular, BARKUN, M., *Law without Sanctions. Order in Primitive Societies and the World Community*, Yale University Press, 1968.

6. Véase SEIDL-HOHENVELDERN, I., *International Economic Law*, Martinus Nijhoff, 1992, p. 175.

7. KEOHANE, Robert O., "International Relations and International Law: Two Optics", 38 *Harvard International Law Journal*, 2 (1997), pp. 500-502.

8. RHODES, C., *Reciprocity, U.S Trade Policy, and GATT Regime*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1993, pp. 82-86.

reclamaciones sobre otras cuestiones comerciales: Si no tomaba en serio las reclamaciones de otras Partes Contratantes del GATT, éstas tampoco darían crédito a las suyas. En palabras de Jackson, el sistema desarrolla "presiones informales a favor del cumplimiento"[9]. La subsunción del caso perdido en una apreciación más amplia (beneficios agregados por la existencia de 'reglas del juego') es, por tanto, la motivación central que empuja a los Estados a cumplir con o sin aplicación de sanciones.

Este fenómeno se manifiesta con gran claridad en la primera década de consolidación del GATT del 47, cuando las Partes Contratantes concedían gran importancia a mantener la integridad de la "estructura jurídica en formación". Así, como apunta Hudec, los gobiernos que infringían las normas eran repetidamente avisados de la desautorización que su conducta creaba para el sistema de normas del GATT. En este contexto, anunciaban generalmente las modificaciones de sus políticas como "un sacrificio hecho por el bien del derecho del GATT"[10]. En definitiva, los Estados tienden a evitar políticas unilaterales que transformen las relaciones comerciales internacionales en la *ley de la jungla* generando inseguridad e incertidumbre para los operadores privados y, por tanto, dificultando las transacciones comerciales.

Ahora bien, es evidente que en la actualidad se multiplican las solicitudes de suspensión de concesiones comerciales como resultado de incumplimientos de decisiones de *panels* y/o el Organo de Apelación. Por tanto, merece la pena abordar con algo de detalle las luces y sombras del nuevo mecanismo creado con la OMC. Sin duda, la estructura institucional resultante de la Ronda de Uruguay erige una de las más fascinantes organizaciones multilaterales de nuestro tiempo. Entre sus características institucionales más preciadas destaca que en su seno reside una jurisdicción multilateral vinculante con procedimientos que autorizan la suspensión de concesiones por incumplimiento de sus decisiones. No hay en la comunidad internacional otra institución multilateral que disponga de herramientas similares.

El mecanismo opera de forma relativamente sencilla (artículo 3.7): En un primer estadio, se fomenta el acuerdo por negociación entre las partes a la sombra de un procedimiento. En el caso de que no sea factible el acuerdo, se inicia un procedimiento que desemboca en una decisión vinculante para las partes. Cuando dicha decisión determina un incumplimiento se ordena la retirada o modificación de la medida o medidas incompatibles con el derecho de la OMC.

9. JACKSON, J.H., *The World Trade Organization...*, p. 86.
10. HUDEC, R., "GATT or GABB" The Future Design..., *op. cit.*, pp. 1339-1340.

La decisión es obligatoria y viene acompañada por la posibilidad de (1) realizar compensaciones provisionales en el interin de la puesta en conformidad de las medidas o (2) autorizar que el demandante suspenda concesiones. Como es evidente, tanto una (la compensación) como otra (la suspensión de concesiones) constituyen en sí formas de sanción. En palabras de Hudec, el sistema multilateral de comercio se ha caracterizado por percibir las compensaciones (artículos XIX, XXIII y XVIII) como una "forma simbólica de sanción"[11]. En cualquier caso, tanto la compensación como la suspensión son, en concreto, formas de sanción individual autorizadas por la colectividad (Miembros de la OMC).

El procedimiento prioriza, por tanto, el acuerdo entre las partes. De hecho, el Entendimiento de solución de diferencias lo determina expresamente: "Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia"[12]. Ahora bien, de no alcanzarse el acuerdo queda abierta de forma automática la posibilidad de activar un *panel*: "[E]l primer objetivo del mecanismo será en general *conseguir la supresión de las medidas* de que se trate si se ha constatado que son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados". La supresión de la medida incompatible constituye, por tanto, un objetivo central del mecanismo de solución de diferencias.

Con este fin, existen procedimientos que activan una serie escalonada de soluciones reactivas que se aplican en función de la actitud del infractor. Así, en primer lugar, se promueve la negociación de una compensación en caso de que "no sea factible" retirar la medida, como solución provisional *hasta su supresión*. El texto del artículo 3.7 es claro a este respecto: "[n]o se debe recurrir a la compensación sino en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado y como solución provisional hasta su supresión". Por tanto, la compensación pactada es una medida temporal que se impone al Miembro infractor, por un periodo tasado de tiempo, para que adecúe su comportamiento a la decisión del *panel* u Organo de Apelación[13]. A continuación, para el caso de que no se logre una compensación, existe la posibilidad (en "último recurso") de "suspender, de manera discriminatoria contra el otro Miembro, la aplicación de concesiones o el cumplimiento de

11. Hudec, R., "GATT or GABB" The Future Design..., *op. cit.*, p. 1322.

12. Véase artículo 3.7.

13. En su momento, la literatura especializada discutió sobre la compensación como opción alternativa al cumplimiento. En esta controversia consúltese, muy en particular, Bello, J.H., "The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is more", 90 *American Journal of International Law*, 4 (1996) y Jackson, J.H., "The WTO Dispute Settlement Understanding: Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation", 91 *American Journal of International Law*, 1 (1997).

otras obligaciones". Tal medida requiere la autorización del Consejo General de la OMC que opera, a estos efectos, como Organo de Solución de Diferencias (OSD).

En definitiva, por tanto, el mecanismo habilita dos técnicas para promover el cumplimiento de las decisiones: La compensación temporal y la suspensión de concesiones u otras obligaciones. La disposición que las regula (artículo 22) es el núcleo central de lo que el Juez Pescatore denomina "medidas de retorsión bajo control multilateral"[14]. Este precepto aporta una base jurídica para sostener que la suspensión de concesiones comerciales por el incumplimiento del derecho de la OMC se limita a aquellas medidas autorizadas por el OSD. Estas medidas de suspensión de concesiones comerciales autorizadas constituyen "medidas *temporales* a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas" y "*no son preferibles* a la aplicación plena" de una decisión que exije cumplir el derecho de la OMC, modificando o retirando medidas domésticas incompatibles[15].

Y aquí, el Entendimiento contempla una opción sancionatoria a menudo pasada por alto tanto por la literatura especializada como por las propias delegaciones: En este sentido, no sólo es posible compensar y suspender concesiones. Al tiempo, cabe suspender "*otras* obligaciones". Así, el Entendimiento alude en varias ocasiones a estas "otras obligaciones" al abordar la suspensión[16]. Este hecho tiene importancia para el sistema multilateral de comercio pues deja entreabierta la puerta a la exploración jurisdiccional de nuevas alternativas sancionatorias sin necesidad de reformar el derecho de la OMC. Por consiguiente, la OMC dispone de tres categorías sancionatorias básicas: (a) la compensación de concesiones, (b) la suspensión de concesiones y (c) la suspensión de otras obligaciones. Si bien las dos primeras han recibido atención en el texto del Entendimiento, estas últimas carecen de especificación alguna más allá de su enunciación ("otras obligaciones").

Hata la fecha, la compensación es escasamente prácticada por los Miembros de la OMC. Así, han sido pocos los casos en que se ha acordado emplear esta fórmula. En dos de ellos, las partes han acordado una reducción arancelaria como compensación (*Japón-Bebidas Alcoholicas* y *Turquía-Textiles*)[17] y en

14. PESCATORE, P., "The GATT Dispute Settlement Mechanism...", p. 37.

15. Artículo 22.1.

16. Véase, en este sentido, el artículo 22 en su apartado 2, apartado 3 (*a*, *b*, *c* y *d*.ii) y apartados 6, 7 y 8 respectivamente.

17. Doc WT/DSB/M/41, *Japan-Alcoholic Beverages II, Dispute Settlement Body, Minutes of Meeting* (26 de febrero de 1998), p. 2 y Doc WT/DSB/M/116, *Turkey-Textiles, Dispute Settlement Body, Minutes of Meeting* (31 de enero de 2002), p. 20.

otro se acordó por primera vez una controvertida compensación (*EE.UU.-Sección 110.5*)[18]. Este escaso empleo de la compensación deriva en una creciente solicitud de suspensión de concesiones comerciales. Así pues, esa es la sanción formal básica empleada. De este modo, una vez que se constata el incumplimiento de una decisión, la determinación del nivel específico de suspensión (suspensión *equivalente* al nivel de anulación o menoscabo de ventajas que resulta del incumplimiento) se realiza por acuerdo entre las partes o, en su defecto, por medio de un particular procedimiento arbitral que lleva a cabo una cuantificación (*procedimientos del artículo 22*).

2. SUSPENSIÓN "AUTORIZADA" DE CONCESIONES

El mecanismo de solución de diferencias ha operado con una razonable efectividad tanto en la etapa del GATT del 47, en que se evitaban las técnicas sancionatorias, como ahora que se emplean con mayor frecuencia y regularidad. Aquí, sin duda, uno de los motivos de la obediencia del derecho de la OMC es la *auctoritas* del mecanismo que lo aplica (*argumento de autoridad)*. Este fenómeno ha estado presente en todo el proceso histórico de formación y evolución del sistema multilateral de comercio. El propio Hudec alude entre las fuentes de autoridad de la etapa más efectiva del GATT del 47 la integridad personal y el prestigio de los miembros de los *panels*, su experiencia como delegados y veteranos de la fallida Carta de la Habana y la altura y calidad de sus decisiones, entre otras. Estos eran algunos de los motivos por los que la solución de diferencias empezó a generar confianza y disponer de gran reputación en la época[19]. De los réditos de este proceso de fortalecimiento institucional bebe el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, que es perfeccionado en la Ronda de Uruguay creando una instancia permanente de apelación.

En este sentido, la credibilidad y razonabilidad del Organo de Apelación, en particular, es un elemento relevante para el cumplimiento de sus actos. La busqueda de estas cualidades ha sido una tendencia en toda la historia del sistema multilateral de comercio. En palabras de Jackson: "Las medidas de retorsión compensatorias no son lo que está realmente en el centro de la solución

18. Doc WT/DS160/23, *United States-Section 110(5) of US Copyright Act, Notification of a Mutually Satisfactory Temporary Agreement* (26 de junio de 2003). Sobre este interesante caso véase O'Connor, B. y Djordjevic, M., "Practical Aspects of Monetary Compensation", 8 *Journal of International Economic Law*, 1 (2005), pp. 127-142.

19. Hudec, R., "Adjudication of International Trade Disputes", *Thames Essay*, n. 16, Trade Policy Research Centre, 1978, p. 49.

de diferencias, y no lo han sido en el GATT históricamente. En realidad, es la credibilidad de los razonamientos y juicios que crean una serie de obstáculos diplomáticos para el país que intenta ignorarlos. Incluso las más poderosas entidades comerciales del mundo encuentran difícil en términos diplomáticos ignorar los resultados del proceso de solución de diferencias, aunque en ocasiones consiguen escapar"[20]. Tanto entonces, como ahora, la altura de los pronunciamientos emitidos es una variable central de la ecuación del cumplimiento.

No obstante, el mecanismo actual es algo más que un mecanismo jurisdiccional. En la práctica, opera en primer lugar como una institución de intermediación que facilita que los Estados dialoguen (negocien) a la sombra de un procedimiento semijudicial que avanza, con plazos tasados, hacia una eventual autorización de suspensión de concesiones. El esquema ha funcionado de forma razonablemente efectiva. De hecho, hasta la fecha, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC ha tenido un desempeño más que aceptable en términos de cumplimiento. Prueba palmaria de ello es su elevado índice de actividad: Así, desde su creación en 1995 hasta el 1 de enero de 2008, ha recibido 369 reclamaciones que, en la mayoría de los casos, han sido resueltas por las partes en el periodo de consultas; por tanto, sin necesidad de adentrarse en ulteriores fases del procedimiento[21]. Al tiempo, aquellos casos que desembocan en decisión tienden por lo general a ser resueltos de forma positiva. Así, por ejemplo, los cálculos de William Davey fijan una media de ejecución efectiva de informes de *panels* y Organo de Apelación que frisa el 83% de los casos[22]. En la etapa anterior del GATT del 47, los cálculos ofrecen cifras cercanas: El estudio más detallado de esa etapa (realizado por Robert Hudec sobre 207 reclamaciones presentadas entre 1948 y 1990) concluye que la reclamación estaba fundada en el 77% de los informes adoptados y que el 88% tuvo una satisfacción completa o parcial[23].

El escenario general, por tanto, es positivo. En este contexto, el procedimiento de suspensión de concesiones trata de producir una respuesta equilibrada al daño económico que genera el Miembro infractor: Así, el *nivel de la suspensión* de concesiones u otras obligaciones ha de ser "equivalente" al *nivel*

20. JACKSON, J.H., "Designing and Implementing...", p. 170.

21. Para un análisis estadístico del sistema de solución de diferencias véase LEITNER, K. y LESTER, S., "WTO Dispute Settlement from 1995 to 2007: A Statistical Analysis", 11 *Journal of International Economic Law*, 1 (2008), pp. 179-192.

22. DAVEY, W., "The WTO Dispute Settlement: How Have Developing Countries Fared?", *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series Research Paper n. 05-17* (30 de noviembre 30 de 2005).

23. HUDEC, R., *Enforcing International Trade Law...*, *op. cit.*, pp. 273-355.

de la anulación o menoscabo[24]. A estos efectos, hay que aplicar tres principios básicos en la suspensión (artículo 22.3-9). Komuro los define como "opciones de retorsión": (1) "retorsión paralela", (2) "retorsión cruzada entre sectores" y (3) "retorsión cruzada entre acuerdos"[25]. Así, en lo que respecta a la primera, el *principio general* es que la parte reclamante debe tratar primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones "relativas al mismo sector (los mismos sectores)" en que el informe del *panel* u Organo de Apelación haya constatado una "infracción u otra anulación o menoscabo"[26]. Por su parte, en caso de que la parte reclamante considere impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones "relativas al mismo sector (los mismos sectores)", "podrá tratar" de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores *del mismo* acuerdo ("retorsión cruzada entre sectores")[27]. Y por último, la parte reclamante puede tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco *de otro* acuerdo abarcado ("retorsión cruzada entre acuerdos") si (i) la suspensión sobre otros sectores del mismo acuerdo es "impracticable o ineficaz", y (ii) las circunstancias son "suficientemente graves"[28].

El GATT fue en su momento calificado como un "sistema de modelo no coercitivo"[29]. El motivo es que el sistema multilateral de comercio de aquella epoca no estaba asociado a un mecanismo efectivo de suspensión de concesiones comerciales. Con la Ronda de Uruguay, el escenario cambia radicalmente. El objetivo que persiguen los nuevos procedimientos de suspensión de concesiones no es retributivo sino modificativo. Es decir, están diseñados para modificar el "comportamiento estatal". En palabras de Touscouz, el mecanismo creado tiene como objetivo obtener una pronta cesación de una infracción, mas que determinar "quien tiene culpa o razón" o hacer efectivas unas u otras responsabilidades[30]. La sanción pues no es retributiva: No se sanciona *por* la conducta estatal realizada; se sanciona *para* que se abandone y *hasta* que se abandona dicha conducta.

24. Artículo 22.4.

25. KOMURO, N., "The WTO Dispute Settlement...", *op. cit.*, p. 60.

26. Artículo 22.3.a).

27. Artículo 22.3.b).

28. Artículo 22.3.c).

29. OSTRYHANSKY, R., "Settlement of Interstate Trade Disputes...", p. 176; WAINCYMER, J.M., "GATT Dispute Settlement: An Agenda for Evaluation and Reform", 145 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* (1989), pp. 85-86 y HUDEC, R., "GATT Dispute Settlement After the Tokyo Round: An unfinished business", 13 *Cornell International Law Journal* (1980), p. 151.

30. TOUSCOUZ, J., "La Reorganization Mondiale des échanges", *Les Techniques de règlement des differends: problèmes juridiques. Colloque de Nice*, Societe Francaise pour le Droit International, Editions A. Pedone, Paris, 1996, p. 27.

La finalidad del mecanismo de compensación y suspensión de concesiones es desincentivar las medidas que reducen los flujos de comercio internacional regulados por el derecho de la OMC. Así, la sanción es retirada en el momento en que se modifica la conducta contraria al derecho. El resarcimiento es, bajo este esquema, un mero medio para promover la retirada de la medida incompatible. Así, la autorización de compensación y suspensión de concesiones opera como un incentivo negativo sobre conductas actuales. En palabras de Kenneth Abbott, el sistema GATT/OMC emplea *sanciones en especie* como una forma de ley del talión[31]. En una linea similar, por ejemplo, se expresa White al referirse a una *restitución en especie*[32]. Sin embargo, esta restitución en especie es una restitución modulada. En este sentido, el sistema no contempla la restitución completa del daño (*restitutio in integrum*), ni siquiera la restitución parcial de los daños que ocasionó el incumplimiento, por otro lado difíciles de calcular.

En definitiva, busca una restitución de una naturaleza diferente: La restitución del *status quo inter pares*. Sin duda, ese *statu quo* es el pleno cumplimiento de los compromisos adquiridos. Así, el mecanismo ideado anula los posibles beneficios que el Miembro infractor pudiera obtener del mantenimiento de la medida resarciendo temporalmente al Miembro afectado (impidiendo el menoscabo o anulación de ventajas) al autorizarle a aplicar medidas restrictivas por un volumen comercial equivalente. Por tanto, la suspensión de concesiones *anula las ventajas* que pudiera obtener un Miembro por el incumplimiento. En conclusión, lo que su industria gana por un lado lo pierde por otro (acceso a mercado).

3. LUCES Y SOMBRAS DEL MECANISMO

Sin embargo, es evidente que este modelo genera varias disfunciones. En principio, cabe identificar al menos cuatro. La primera de ellas es que aquellos Miembros menos desarrollados económicamente tienen escasa capacidad de suspender concesiones con los Miembros infractores. La segunda es que la suspensión de concesiones es una 'bomba de tiempo' para la OMC, porque golpea los pilares sobre los que se erige el sistema: La liberalización del comercio. En tercer lugar, es evidente que restringir aleatoriamente relaciones comerciales

31. ABBOTT, K.W., "The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade", 26 *Harvard International Law Journal* 2 (1985), 523.

32. WHITE, G., "Legal Consequences of Wrongful Acts in International Economic Law", *Netherland Yearbook of International Law* (1986), 159 y 163.

ya asentadas es escasamente racional en términos de generación de riqueza agregada. En cuarto lugar, por último, no hay duda de que la suspensión de concesiones afecta a empresas y particulares que no tienen responsabilidad alguna en el incumplimiento.

Pueden identificarse, por tanto, (1) una disfunción contextual, (2) una disfunción estructural, (3) una disfunción de carácter axiomatico y, por último (4) una disfunción sobre consideraciones de justicia. Respecto a la primera, como es sabido, la suspensión no tiene carácter multilateral y se efectúa únicamente entre Miembro demandante y Miembro infractor. El conjunto de Miembros de la OMC se limita a autorizar la sanción de forma colectiva, a través del OSD, pero no la aplica. Por consiguiente, el sistema está basado sencillamente en la autotutela. No hay sanción colectiva. El aparato institucional de la OMC ofrece, únicamente, una autorización. Por tanto, estamos ante un mecanismo de autotutela en el que acción colectiva es una mera autorización de retorsión individual. Y aquí radica el dilema: Un sistema de normas comerciales cuyo aparato coactivo se apoya unicamente en la capacidad comercial del Miembro reclamante es un sistema *desigualitario*. Uno de los casos más recientes en que este hecho queda patente es el caso *US-Gambling* en el que Antigua y Barbuda carecen de relaciones comerciales suficientes con EE.UU. para incentivar el cumplimiento de la decisión que les da la razón.

El esquema general de ejecución, por tanto, debiera ser reconsiderado. Con anterioridad a la Ronda de Uruguay, Brasil y Uruguay presentaron una propuesta de reforma del artículo XXIII para establecer retorsiones colectivas en las diferencias en que el demandante fuera un país en desarrollo y el infractor un país desarrollado[33]. Sin embargo, la propuesta no prosperó. La Ronda de Uruguay no hizo más que formalizar este sesgo, al añadir nuevos procedimientos. Así las cosas, en la actualidad, la efectividad de este mecanismo depende, en gran medida, de que quien gane el caso sea (o no) una potencia comercial. Aquí, los países en desarrollo no suelen tener suficiente capacidad de presión sobre Estados desarrollados que incumplen; entre otras causas (pero principalmente) por razón del volumen de comercio involucrado. Al tiempo, activar una demanda contra una potencia comercial bien puede tener efectos políticos no deseados para el país en desarrollo (ayuda al desarrollo, preferencias comerciales, etc.)[34]. Esto, por tanto, incentiva la escasa actividad de solución de diferen-

33. Doc GATT BISD14S/139-140.

34. Véase, p.e, PAUWELYN, J., "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules- Toward a More Collective Approach", 94 *American Journal of International Law* (2000), 335 y 338.

cias por parte de los países en desarrollo[35]. Así, la literatura especializada está proponiendo diversas alternativas, entre las que destaca en particular la subasta de derechos de retorsión[36].

Es evidente que uno de los problemas más graves del mecanismo es que su eficacia se sustenta sobre la capacidad comercial del miembro afectado. Esto genera un desequilibrio directo en la relación entre países desarrollados y países en desarrollo. A efectos de afrontar esta cuestión, se ha planteado la *retorsión colectiva* en la suspensión de concesiones[37]. La posición tiene valedores y detractores. Así, para Fukunaga, la retorsión colectiva de los Miembros de la OMC puede aumentar la tensión ya por si inherente a cada controversia comercial, y con ello dificultar el proceso de aplicación de la decisión[38]. Al tiempo, se ha discutido con fruición en la época del GATT del 47 la idea de la *compensación financiera* o monetaria por daños, si bien los países desarrollados han rechazado siempre de plano cualquier propuesta de reforma en este sentido[39]. De hecho, esta alternativa se discutió en las propias sesiones de negociación del Entendimiento, como parte de las medidas de trato especial y diferenciado[40]. Así pues, la idea de aplicar sanciones colectivas y compensación por daños en casos de reclamación de un país en desarrollo tiene cierta solera[41].

35. Bown, Ch. y Hoekman, B., "WTO Dispute Settlement and the Missing Developing Country Cases: Engaging the Private Sector", 8 *Journal of International Economic Law* (2005), 861-890.

36. Para una innovadora propuesta de subasta de derechos de retorsión contra Miembros incumplidores, cuyo objeto es corregir los equilibrios de capacidad de retorsión, véase Bagwell, K., Mavroidis, P.C. y Staiger, R.W., *The Case for Auctioning Countermeasures in the WTO*, NBER Working Papers (August 2003).

37. Para una propuesta alternativa sobre mecanismos de ejecución de carácter colectivo véase Pauwelyn, J., "Enforcement and coutermeasures...", *op. cit.*, pp. 342-345 (proponiendo asimismo que el sistema pivote sobre compensaciones obligatorias).

38. Fukunaga, Y., "Securing Compliance Through the Wto Dispute Settlement System: Implementation of DSB Recommendations", 9 *Journal of International Economic Law*, 2 (2006), 425-426.

39. Véase Doc SC/TADP/TA/DS/1, *Trade Analysis Series, The WTO Dispute Settlement System: Issues to consider in the DSU negotiations*, p. 20 y, en particular, COM. TD/F/W.1 (April 27 1965) y COM.TD/F/W.4 (October 11 1965). Véase asimismo, Hudec, R., "Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement", *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*, Friedl Weiss y Jochen Wiers (eds.), Cameron May, 2000, pp. 345-376.

40. Véase Doc GATT. MTN.GNG/NG13/W/27, *Negotiating Group on Dispute Settlement Differential and More Favourable Treatment of Developing Countries in the GATT Dispute Settlement System* (30 June 1988) y MTN.GNG/NG13/W/19, p. 6, para 3b.

41. Véase Hudec, R., *Enforcing International Trade Law...*, *op. cit.*, p. 34.

De hecho, los países en desarrollo la han planteado en las propias negociaciones de Doha desde un principio[42]: Es más, el propio *Informe Sutherland* sobre desafíos institucionales del sistema, solicitado a un grupo de expertos en junio de 2003 por el entonces Director General de la OMC (Supachai Panitchpakdi) sugería experimentar (con cautela) la compensacion monetaria como un instrumento de aplicación temporal dependiente del pleno cumplimiento[43]. Al tiempo, la idea está volviendo a ser planteada en diversos círculos y por diferentes expertos, incluido William Davey, otrora Director del Servicio jurídico del GATT[44]. No obstante, esta técnica suscita algunas cuestiones complejas y controvertidas[45]. De hecho, hasta la fecha, sólo se ha producido una compensación monetaria en el caso *EE.UU.-Sección 110.5*: Aquí, la Unión Europea y EE.UU. llegaron a un acuerdo de compensación financiera temporal sobre la base del artículo 22: Este controvertido acuerdo "mutuamente satisfactorio" entre las partes implica que EE.UU. ha de realizar un pago temporal a una institución *privada* en la Unión Europea hasta el pleno cumplimiento. Como es lógico, la controversia está servida[46].

La segunda de las disfunciones es ya de carácter estructural. La literatura especializada sostenía, en ocasiones, que el restablecimiento de equilibrios interesa más que la sanción de la infracción a la hora de solucionar diferencias en instituciones internacionales económicas[47]. No obstante, esto puede estar cambiando en la práctica. Los Miembros de la OMC terminan con excesiva frecuencia incumpliendo el derecho y asumiendo la suspensión de concesiones comerciales como un mal menor a la modificación de la conducta ilegal. Es más, estas prácticas vienen incluso apoyadas por alguna literatura jurídica. De hecho, hay bastante literatura que defiende aplicar la idea del *incumplimiento*

42. Véase Doc TN/DS/W/17, *Negotiations on the Dispute Settlement Understanding: Proposal by the LDC Group*. Para el texto de la Declaración Ministerial de Doha véase Doc WT/MIN01/DEC/1 (November 14, 2001).

43. Véase *The Sutherland Report*, p. 54. Véase párrafo 243.

44. Véase p.e. BRONCKERS, M. y VAN D. BROEK, N., "Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement", 8 *Journal of International Economic Law* (2005), 101-126 y ADEBUKOLA, A.E., "WTO Dispute Settlement Remedies: Monetary Compensation as an Alternative for Developing Countries", *American University. Bepress Legal Series*, Paper 1378, 2006.

45. Véase, en general, BRONCKERS, M. y VAN D. BROEK, N., "Financial...", *op. cit.*

46. Para un comentario crítico véase O'CONNOR, B. y DJORDJEVIC, M., "Practical Aspects of Monetary Compensation: The US-Copyright case", 8 *Journal of International Economic Law*, 1 (2005), 127-142.

47. MALINVERNI, G., *Le Règlement des Différends dans les Organisations Internationales Économiques*, Université de Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1974, pp. 105-107.

eficiente del derecho GATT/OMC (en ocasiones fundamentada sobre el análisis económico de los contratos) bajo determinadas circunstancias[48].

Las opiniones a favor del incumplimiento selectivo (/eficiente) provienen de muy diversos ámbitos del espectro profesional del derecho internacional económico. Sin ir más lejos, otro antiguo director del servicio jurídico de la OMC, Pieter Jan Kuijper, sostiene que la compensación y la suspensión debieran poder ser consideradas alternativas al pleno cumplimiento en determinados casos: En su opinión, hay determinadas reformas internas que pueden generar situaciones sociales y políticas inasumibles a nivel interno y que merecerían considerar este esquema. Ilustra la argumentación con un hipotético acto del Congreso de los Estados Unidos, declarado constitucional por el Tribunal Supremo, y considerado contrario al derecho de la OMC por un *panel* o el Organo de Apelación[49].

Pues bien, ya hay algunos claros casos de incumplimiento selectivo en la práctica: La negativa comunitaria a la importación de carne de vacuno hormonada estadounidense es claramente uno de ellos. En este caso, una vez que Estados Unidos obtuvo una decisión favorable solicitó una suspensión de concesiones por valor de 202 millones de euros anuales que fue reducida por el laudo a 117 (arbitraje del artículo 22)[50]. La suspensión aplicada (elevando aranceles en un conjunto de productos) no ha inducido un cambio de política en la Unión Europea. Las autoridades comunitarias, no obstante, están dispuesta a asumir los costes políticos del incumplimiento para preservar su diferente estándar científico sobre las condiciones de entrada en la cadena de consumo humano de carne sometida a determinadas hormonas (principio de precaución *versus* requisito de demostración del daño). La presión social al respecto es evidente: Por ello, el incumplimiento excepcional de determinadas decisiones no debiera ser excluido en todo caso por el propio bien de la OMC; en particular si tenemos en consideración que sus normas entran en ocasiones en tensión o conflicto con otros valores sociales en competencia (p.e: salud *versus* liberalización).

Ahora bien, la paradoja de las sanciones es que inciden de forma negativa y directa en la función básica de la propia OMC así como en el propio objeto y

48. Véase DUNOFF, J. y TRACHTMAN, J.P., "Economic Analysis of International Law", 24 *Yale Journal of International Law* (1999), 1-42 y SYKES, A., "The Remedy for Breach of Obligations Under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?", Bronckers, M. y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honor of John H. Jackson*, Kluwer Law International, 2000, pp. 347-351.

49. Véase KUIJPER, P.J., "Process,Compliance and Implementation Issues in WTO Dispute Settlement...", *op. cit.*, p. 285.

50. Doc WT/DS26/ARB (12 de julio de 1999).

fin de algunos de los acuerdos abarcados: En esencia, la liberalización progresiva del comercio. En este punto, la comunidad GATT/OMC muestra una comprensible preocupación frente al crecimiento exponencial de la litigiosidad y el correspondiente aumento de retorsiones autorizadas. De hecho, tres antiguos Directores Generales del GATT y la OMC, Arthur Dunkel, Peter Sutherland y Renato Ruggiero, han llegado a sostener en declaración pública la necesidad de "enfriar el clima de solución de diferencias": "La racha de diferencias y el gran y sobresaliente número de acciones de retorsión –acciones reales o amenazas– entre los Estados Unidos y la Unión Europea es una de las más problemáticas barreras para asegurar el liderazgo de los dos grandes beneficiarios de la OMC"[51].

Por definición, suspender concesiones en las relaciones bilaterales entre Miembros reduce el comercio internacional. En este sentido, no hay duda de que una aproximación sancionatoria como la actual puede erosionar los compromisos materiales y de acceso a mercado obtenidos en décadas de negociaciones comerciales. Los expertos se enfrentan así a un serio dilema que se explica con un ejemplo de la práctica real: El caso *Bananas*. La resolución del caso derivó como es sabido en una autorización para suspender concesiones. Sin embargo, los árbitros del artículo 22 constataron que la suspensión en el marco del GATT no era practicable por la cantidad de la anulación o menoscabo estimada, salvo que se llevara a cabo una retorsión cruzada en otros sectores (propiedad intelectual y servicios). Y aquí, llegados a ese punto, terminaron recomendando a las partes negociar, dado que la suspensión de concesiones "no es ventajosa económicamente para ninguna de ellas"[52]. Es decir, percibían la aplicación de la sanción como un problema adicional.

Paradójicamente, en definitiva, la aproximación sancionatoria del sistema multilateral de comercio es una amenaza para la propia liberalización multilateral del comercio. Al tiempo, como sostiene Charnovitz, la autorización de suspensión de concesiones transmite un mensaje público que no refuerza precisamente el sistema multilateral de comercio[53]. En este sentido, hace falta rediseñar el tipo de sanciones disponibles en el mecanismo de solución de diferencias. El Entendimiento no precisa, como se ha visto, el contenido de

51. "Joint Statement on the Multilateral Trading System" (1 February 2001), WTO News, 2001 News Items, pp. 5-6.

52. Doc WT/DS27/ARB, *Comunidades Europeas Régimen para la importación, venta y distribución de bananos y recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el artículo 22.6 del Entendimiento. Decisión de los árbitros* (9 de abril de 1999), párrafo 2.13.

53. CHARNOTIZ, S., "The WTO's Problematic 'Last Resort'", *op. cit.*, p. 420.

esas "otras obligaciones" que cabría suspender. Por tanto, en ausencia de una solución colectiva adoptada por los Miembros (p.e.: interpretación autorizada o enmiendas a los acuerdos), es razonable sostener que el Organo de Apelación dispone de cierta base jurídica para idear técnicas coercitivas más inocuas a través de la determinación de "otras obligaciones comerciales". En este sentido, sería bueno que se exploraran estas cuestiones.

En este orden de cosas, al tiempo, se produce una disfunción de tipo axiomático: La suspensión de concesiones comerciales profundiza el sesgo propio de una forma de pensar firmemente asentada en algunas delegaciones estatales. Para el area tradicional del comercio de mercancias, por ejemplo, esta visión se resume en una máxima cuestionable: "Las exportaciones son buenas y las importaciones malas"[54]. Sucede de manera similar en otros sectores comerciales: Las delegaciones tienden a pensar que sus sociedades pierden algo al permitir el libre comercio. Sin embargo, por lo general es al contrario en términos agregados. En este sentido, una suspensión puede afectar negativamente al propio crecimiento económico del Estado que la aplica. Judith Bello lo explica de forma especialmente gráfica, por ejemplo, cuando aborda las razones por las que los Países Bajos no aplicaron medidas de retorsión contra Estados Unidos en el caso ya citado del GATT del 47: "Imponer sanciones comerciales es, por lo general, *como pegarse un tiro en un pie*: En una economía global, tanto los consumidores como las industrias que emplean las importaciones sancionadas se ven afectadas adversamente"[55]. A esto hay que añadir que una economía global cada vez más interdependiente hace difícil determinar el interés del Estado bajo el prisma o criterio cada vez más difuso de la nacionalidad de los operadores económicos.

Por último, son también importantes las propias consideraciones de justicia. Así, en lo que se refiere a esta perspectiva, es evidente que la industria, los consumidores y usuarios no tienen responsabilidad alguna en las decisiones estatales de incumplir el derecho de la OMC. Por ello, instrumentalizar las transacciones privadas para sancionar comportamientos públicos ilegales (comportamientos estatales ilegales) es contrario a cualquier criterio básico de justicia que se decida aplicar. Los particulares y las empresas afectadas

54. Para una crítica al respecto véanse las bromas y veras de Krugman sobre la idiosincrasia del GATT ("GATT Thinking"). KRUGMAN, P., "The Move towards Free Trade Zones", *International Economics and International Economic Policy: A Reader*, Philip King (ed.), McGraw-Hill, 1995, pp. 176 y ss.

55. BELLO, J. y HOLMER, A.F., "Dispute Resolution in the New WTO", 28 *International Lawyer*, 4 (1994), 1103.

por la suspensión de concesiones comerciales, en este caso, se encuentran cautivas del juego de poder estatal por partida doble: Por un lado, se les ha denegado la posibilidad de hacer efectivo el derecho de la OMC en los sistemas judiciales internos (denegación de efecto directo) y, por otro, se les sanciona de forma aleatoria cuando los Estados incumplen este derecho[56]. En este sentido, es evidente que la elección de las areas de actividad empresarial afectadas es a menudo una decisión estratégica, basada en valoraciones sobre la mayor o menor capacidad de presión política interna de tales empresas sobre el Miembro incumplidor[57]. Sin duda, una sociedad internacional moderna debiera impedir este tipo de desenlace que puede afectar a cualquier empresa con actividad comercial internacional y que afecta a la capacidad de elección, el precio y la calidad de productos adquiridos y/o servicios contratados.

El caso *Bananas* arriba citado es un ejemplo paradigmático: Ilustra con claridad como opera el sistema, empleando a los operadores privados domésticos afectados por las suspensión de concesiones como "agentes informales de presión" a favor del cumplimiento del derecho de la OMC[58]. Tras perder el caso la Unión Europea, Estados Unidos solicitó una autorización para suspender concesiones comerciales por valor de 520 millones de euros anuales. El arbitraje al respecto (arbitraje del artículo 22) redujo la cifra a 190[59]. En este tenso contexto, los exportadores europeos de muy diversos productos (que nada tenían que ver con el plátano) intensificaron sus presiones sobre el ejecutivo comunitario, en especial tras la autorización final de la suspensión por parte del Organo de Solución de Diferencias. Alegaban, de forma razonable, que se veían seriamente afectados por un incumplimiento comunitario del que no eran responsables. Así las cosas, el anuncio estadounidense sobre la rotación de la lista de productos sancionados cada 6 meses (las denominadas *sanciones carrusel*) terminó precipitando los acontecimientos: La Unión Europea se comprometió a reformar el régimen en vigor y, a partir de ahí, Estados Unidos suspendió las sanciones en julio de 2001. Aunque el asunto sigue abierto, esta es la lógica del sistema: Una combinación de presiones externas e internas a favor del cumplimiento.

56. Véase Eeckhout, P., "The domestic legal status of the WTO Agreement: Interconnecting legal systems", 34 *Common Market Law Review*, 11 (1997) 48-58 y Cottier, T. y Schefer, K.N., "The relationship between World Trade Organization law, national and regional law", 1 *Journal of International Economic Law*, 1 (1998), 83-122.

57. Véase Charnovitz, S. "The WTO's Problematic 'Last Resort'", *op. cit.*, p. 420.

58. Doc WT/DS27/AB/R (9 de septiembre de 1997).

59. Doc WT/DS27/ ARB (9 de abril de 1999).

4. A VUELTAS CON LA AUTOTUTELA

La autorización de suspensión de concesiones por incumplimiento otorga un inmenso poder a la OMC, siempre y cuando los Miembros resuelvan sus diferencias conforme a estos procedimientos y no recurran, por tanto, a la autotutela. Este es uno de los motivos por los que la adecuada supervisión del cumplimiento (artículo 21.5 del Entendimiento) es capital para el sistema multilateral de comercio. En este sentido, si la parte reclamante no obtiene la plena aplicación, puede emplear el procedimiento de revisión expeditiva del artículo 21.5[60]; un procedimiento que es parte central del esquema de supervisión del cumplimiento[61]. Al tiempo, no puede obviarse una cuestión capital: La posibilidad o imposibilidad de ejercer la autotutela al margen del sistema multilateral comercial. Y aquí, con frecuencia, se ha predicado el carácter autocontenido del sistema de sanciones erigido por la OMC.

En puridad, la teoría de los regímenes autocontenidos viene a señalar que hay regímenes con normas secundarias especiales que derogan las normas de derecho internacional general reguladoras de la responsabilidad internacional por incumplimiento. De forma resumida, la tesis del carácter autocontenido del GATT y de la actual OMC se centra en la concepción de 'régimen autocontenido' aludida por Riphagen en sus informes para la CDI y analizada en profundidad por el propio Bruno Simma[62]. La idea central de esta tesis es que, de ser aplicable al sistema multilateral de comercio, su régimen sancionatorio (compensación y suspensión autorizada de concesiones comerciales y otras obligaciones) sería la única herramienta de los Miembros para obtener el cumplimiento del derecho de la OMC.

Esta controversia "doctrinal", con una evidente dimensión práctica, ha estado presente a lo largo de toda la vida del sistema multilateral de comercio, si bien ha habido épocas en que su presencia se ha sentido con mayor virulencia e intensidad. Ya en la etapa del GATT se discutía esta cuestión en torno al artículo XXIII.2, que contempla formalmente la retorsión comercial previa autorización

60. El procedimiento del artículo 21.5 se ha empleado unas 30 veces. Véase *List of all WTO complaints brought pursuant to DSU Article 21.5*: www.http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/searchcomplaintscompliance.asp.

61. Para una posición que sostiene que el Entendimiento fue diseñado para asegurar un proceso de solución de diferencias y *recomendar* pero *no asegurar* el cumplimiento véase PELZMAN, J. y SHOHAM, A., "WTO Enforcement Issues", 7 *Global Economy Journal* 1 (2007).

62. En este sentido, el concepto de autocontención utilizado por Bruno Simma se centra principalmente en el concepto de sistemas autocontenidos desde la perspectiva de las respuestas jurídicas al incumplimiento (*remedies*). SIMMA, B., "Self-Contained Regimes", *Netherland Yearbook of International Law* (1985), 111-136.

del Consejo General. Como se ha apuntado, la cuestión no era ni mucho menos pacífica. Así, es con la Ronda de Uruguay cuando se aclara en gran medida. En palabras de Kuijper, con la entrada en vigor del artículo 23 del Entendimiento de solución de diferencias de la Ronda de Uruguay, hay una "intención" de dar un "carácter cerrado" al sistema. Para este teórico y práctico del derecho de la OMC, a mediados de los años 90 aun era pronto para afirmar que el GATT, "un *sistema autocontenido* de derecho internacional *en aspiración*", se había "desplazado decididamente" en la dirección del "sistema autocontenido al que da forma la OMC". Según este jurista, aunque esa fuera la intención subyacente, la calificación del carácter autocontenido del sistema dependerá en cualquier caso de lo que depare la *práctica*[63]. Del mismo modo, para Marschik, sólo el tiempo y la práctica de los Miembros y órganos de la OMC podrá determinar si el régimen es un subsistema cerrado en el sentido de no permitir, con base en el artículo 23, las medidas unilaterales no autorizadas: "El tiempo y la práctica permitirán una evaluación apropiada sobre si una disposición convencional estableciendo un régimen autocontenido es suficiente para separar por completo a este régimen del derecho internacional general y qué efectos tiene esto sobre el sistema general [de derecho internacional]"[64].

El GATT del 47 carecía de precepto alguno que determinara la exclusividad de los procedimientos. No obstante, ya se discutía entonces que el derecho estatal a la autotutela por incumplimiento, derivado del derecho internacional consuetudinario, estaba sin embargo sujeto a autorización colectiva[65]. Los motivos eran, por lo general, las defectos del diseño institucional del mecanismo de solución de diferencias. Así, por ejemplo, el propio Robert Hudec respaldó en su momento posibles actuaciones al margen de las reglas del GATT empleando el concepto de "desobediencia justificada"[66]. Pescatore, por su parte, mantenía que si la contraparte evitaba el consenso (y, por tanto, la adopción del informe del *panel*) cabían, como último recurso, acciones unilaterales bajo el derecho internacional general[67]. Estas tesis las mantenía asimismo en la práctica la pro-

63. KUIJPER, P.J., "The Law of GATT as a special Field...", *op. cit.*, pp. 251-252.

64. MARSCHIK, A., "Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms...", *op. cit.*, p. 228.

65. Véase, p.e., OSTRIHANSKY, R., "The Settlement of Interstate Trade Dispute-The Role of Law and Legal Procedures", *Netherlands Yearbook Yearbook of International Law* (1991), 176.

66. HUDEC, R., "Self-help in International Trade Disputes", *Proceedings of the Eighty-Fourth Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, D.C, march 28-31 (1990), p. 34 y HUDEC, R., "Thinking About New Section 301. Beyond Good and Evil", *Aggresive Unilateralism*, Bhagwatti y Hirsch (eds.), 1990.

67. PESCATORE, P., "The GATT Dispute Settlement Mechanism...", *op. cit.*, p. 37.

pia USTR (Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos)[68]: La adopción de estas medidas es legal en aquellos casos en que una parte bloquea la constitución de un *panel,* o la adopción de su informe, haciendo inoperativo el mecanismo de solución de diferencias[69]. En suma, la cuestión crítica era la aplicación de medidas coercitivas para casos en que los procedimientos no hubieran generado resultado alguno (bloqueo) o (lo que es ya más controvertido) hubieran generado un resultado insatisfactorio[70].

En suma, la historia de la redacción del artículo XXIII, como explica Petersmann, muestra que los negociadores pretendían crear un régimen autocontenido para las retorsiones por infracción del derecho del GATT[71]. De hecho, el propio artículo 92.1 de la fallida Carta de la Habana determinaba que los Miembros no recurrirían a otro procedimiento distinto de los que esta contemplaba. Asimismo, especificaba lo siguiente: "Los Miembros se comprometen, sin perjuicio de cualquier otro acuerdo internacional, a no recurrir a ningún tipo de medidas económicas unilaterales contrarias a las disposiciones de esta Carta" (artículo 92.2). La orientación autocontenida era pues clara en la época en que se diseña la fallida Organización Internacional del Comercio. Clair Wilcox, segundo de abordo de la delegación estadounidense en la Conferencia de la Habana, lo explicaba así: "Hemos pedido a las naciones del mundo que concedan a una organización internacional el derecho a limitar su poder de retorsión. Aspirabamos a domesticar la retorsión, a disciplinarla, a mantenerla dentro de ciertos límites. Sometiéndola a la contención del control internacional, intentamos comprobar su extensión y crecimiento, y convertirla en un instrumento del orden internacional y no un arma de guerra económica"[72].

Es evidente que las Partes Contratantes del GATT del 47 no siempre recurrieron al artículo XXIII.2 y, de hecho, suspendieron concesiones sin previa autorización del Consejo General[73]. No obstante, la práctica general tendió a la autocontención. Ahora, con la OMC, el escenario parece distinto. Ha trascurrido ya una década desde que se hicieran las reflexiones arriba apuntadas y la práctica actual no se desvía seriamente de la caracterización de Kuijper.

68. United States Trade Representative.

69. Kuijper, P.J., "The Law of GATT as a special Field...", *op. cit.,* p. 251.

70. Hilf, M., "EC and GATT: A European Proposal for Strengthening...", *op. cit.,* pp. 85-86.

71. Petersmann, E-U., "Violation Complaints and Non-Violation Complaints...", *op. cit.,* p. 194.

72. Doc EPCT/A/PV/6 y 4.

73. Para un interesante resumen de las discusiones del Consejo General del GATT sobre las medidas unilaterales véase Doc GATT C/161 (8 y 9 de febrero de 1989).

Por tanto, hany una clara *tendencia* a la autocontención en este punto. Así por ejemplo, el propio *Statement of Administrative Action* del gobierno al Congreso de EE.UU. sobre los acuerdos de la Ronda de Uruguay determina lo siguiente: "El artículo 23 establece que los Miembros de la OMC debe emplear los procedimientos del ESD cuando quieran remediar una violación de un acuerdo de la Ronda de Uruguay. Además, ningún Miembro puede determinar que otro gobierno ha violado un acuerdo de la Ronda de Uruguay a no ser que un *panel* o el Organo de Apelación haya llegado primero a esa conclusión"[74].

El contexto actual ha cambiado radicalmente con la eliminación del bloqueo y la instauración de la técnica de adopción de informes por consenso negativo. Este cambio es, como sostiene Kuijper, uno de los argumentos para sostener el carácter autocontenido del derecho de la OMC[75]. Sin duda, el artículo 23 del Entendimiento de solución de diferencias aporta luz a la cuestión de la legalidad-ilegalidad de la "suspensión de concesiones comerciales" al margen de derecho de la OMC. Así, para empezar, su apartado 1 se intitula de forma muy indicativa "Fortalecimiento del sistema multilateral": Los Miembros "*recurrirán* a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, *que deberán acatar*" cuando traten de reparar (a) el incumplimiento de obligaciones, (b) otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados o (c) un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados[76]. Por su parte, el apartado 2 estipula que la determinación de esos supuestos se formulará "*mediante el recurso al sistema de solución de diferencias* previsto en el Entendimiento". A esto añade, asimismo, que habrá de formularse "*de forma coherente con* las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Organo de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento"[77]. Al tiempo, el subapartado 2*c* establece, en caso de inaplicación, que los Miembros "*seguirán los procedimientos*" para determinar el nivel de la suspensión y obtener la autorización del artículo 22 antes de realizar las suspensiones de concesiones u otras obligaciones[78].

74. Véase "Statement of Administrative Action. Message from the President of the United States. Uruguay Round Trade Agreements", Texts of Agreements, Implementing Bill, Statement of Administrative Action, and Required Supporting Statements. U.S. Government Printing Office, Washington, 27 de septiembre de 1994. párrafo 13, p. 1018.

75. KUIJPER, P.J., "The Law of GATT as a special Field...", *op. cit.*, p. 228.

76. La versión inglesa reza así: "[m]embers... shall have recourse to, and abide by, procedures of this understanding". Véase artículo 23.1.

77. Artículo 23.2.a).

78. La versión inglesa emplea la forma verbal "shall follow".

Esto es, en síntesis, lo que determinan las normas. Parece razonable concluir, por tanto, que el Entendimiento cierra en teoría la controvertida cuestión. Sin duda, la intra-historia de su redacción tiene importancia para entender el escenario en que nos encontramos hoy en día; y aquí Estados Unidos ha jugado un papel importante a la par que realmente ambivalente. En la última década del GATT, esta gran potencia comercial sufría intensas presiones de la industria doméstica para obtener acceso a mercado en otros Estados. En este contexto, la administración estadounidense adoptó una huida hacia adelante creando una serie de procedimientos internos para sancionar de forma unilateral; lo que consideraban prácticas comerciales injustas de otros Estados (al margen del GATT). Fue Jadish Bhagwati quién acuño el término feliz para hacer referencia a este fenómeno: *Unilateralismo agresivo*[79].

Aquí, se dio una paradoja digna de estudio: El líder indiscutido de la suspensión no autorizada de concesiones, Estados Unidos, fue el gran impulsor del reforzamiento del mecanismo de solución de diferencias en la Ronda de Uruguay. Así, el *unilateralismo agresivo* estadounidense fue el factor determinante para que el resto de Partes Contratantes apoyaran la reforma estructural del mecanismo de solución de diferencias. Por tanto, el empleo intensivo de medidas unilaterales aceleró la búsqueda de un consenso para limitarlas[80]. Estados Unidos aspiraba a disponer de un mecanismo más legalista y judicial y para forzar la negociación empezó a operar fuera del sistema de *panels* a principios de los años 80, incluso sin bloqueo de los procedimientos. Así, la administración de este país empleó con intensidad la Sección 301 de la *Omnibus Trade Act* de 1988, que reformaba la Sección 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, para evaluar y sancionar comercialmente lo que venía a denominar medidas estatales "injustas" o "irrazonables"[81]. Esta estrategia de mano dura incentivó que las Partes Contratantes del GATT se sentaran a la mesa para asumir diver-

79. El término lo acuñó Jagdish Bhagwati al analizar la política unilateral comercial de EE.UU. Bhagwati, J., *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, Jagdish Bhagwati y Hugh Patrick (eds.), 1990 y Bhagwati, J., *The World Trading System at Risk*, Harvester Wheatsheaf, 1991, pp. 48-57.

80. Para un estudio de las primeras 90 reclamaciones realizadas sobre la base de la Sección 301 entre 1975 y 1991 véase Sykes, A., "Constructive Unilateral Threats in International Commercial Relations: The Limited case for Section 301", 23 *Law and Policy in International Business* (1992), pp. 263-332.

81. La cuestión ha sido tratada específicamente por la propia Asamblea General de las Naciones Unidas. Véase Res AG 53/10 (26 de octubre de 1998) *Eliminación de las medidas económicas coercitivas como instrumento de coacción política y económica*, así como A/54/486 (21 de octubre de 1999) *Medidas economica unilaterales como medio de ejercer coacción política y economica sobre paises en desarrollo*.

sas demandas de la agenda comercial estadounidense, incluido el reforzamiento del mecanismo de solución de diferencias del GATT[82]. Es más, suele atribuirse a Arthur Dunkel, otrora Director General del GATT, la afirmación de que la Sección 301 del 74 y la Super 301 del 88 son "lo mejor que ha hecho EE.UU. por el GATT"[83].

En cualquier caso, no es claro que el unilateralismo haya sido enterrado definitivamente[84]. En este sentido, no es facil que la administración estadounidense abandone su tendencia a utilizar el poder comercial para (a) desincentivar aquellas prácticas comerciales que identifica como "desleales" (conculquen o no el derecho del sistema multilateral de comercio) o para (b) imponer a terceros Estados su concepción del mundo (instrumentalización del comercio al servicio de criterios de política exterior). En cualquier caso, es de esperar que estas prácticas sean más contenidas (tanto en sentido literal como figurado) ahora que se ha reformado el mecanismo para corregir sus defectos de bloqueo. En palabras de Willian Davey, ex Director de la oficina de asuntos jurídicos del GATT: "La esperanza era que al reforzar el sistema GATT/OMC haciéndolo más adjudicativo y automático, los Estados Unidos tendría menos posibilidades de quedarse sobre la inadecuación del sistema y, consiguientemente, menos predisposición a actuar unilateralmente"[85]. De hecho, este es el comportamiento que está primando en la práctica.

No obstante, Estados Unidos no ha derogado su legislación unilateral. De hecho, la vigencia de la Sección 301, tras la entrada en vigor de los instrumentos de la Ronda Uruguay, continua proyectando su larga sombra. En este punto, es indudable que el gobierno estadounidense hubo de hacer auténticos malabares para no romper la cuerda en las negociaciones de la Ronda de Uruguay así como en el periodo posterior de ratificaciones. Robert Hudec explica con claridad cómo, en este tenso momento histórico, la USTR se encontraba entre dos aguas. Por un lado el Congreso no estaba dispuesto a deshacerse de esta legislación y, por otro, las Partes Contratantes del GATT se mostraban

82. O'Neal Taylor, C., "The Limits of Economic Power...", *op. cit.*, pp. 226-228 y pp. 296-314.

83. Véase p.e. Bhagwati, J., "The Diminished Giant Syndrome", 72 *Foreign Affairs*, 2 (1993), 25 y Hudec, R., "Thinking About New Section 301. Beyond Good and Evil", *Aggresive Unilateralism*, Bhagwatti y Hirsch (eds.), 1990.

84. Para una comparación con la aproximación europea de la época (primer reglamento del Consejo de 1984) véase Leifer, W.W., "Retaliatory action in United States and European Union Trade Law: A Comparison of Section 301 of the Trade Act of 1974 and Council Regulation 2641/84", 20 *North Carolina journal of international law and commercial regulation*, 1 (1994), 41-96.

85. Davey, W., "The GATT/WTO World Trade Organization...", *op. cit.*, p. 77.

cada vez mas beligerantes ante estas tácticas unilaterales: "Los negociadores estadounidenses no podían obtener el acuerdo en la Ronda de Uruguay sin prometer controlar la Sección 301, y no podían obtener aprobación del congreso a los acuerdos de la Ronda de Uruguay sin prometer preservar la Sección 301 en todo su vigor actual. La administración Clinton hizo lo que cualquier animal político hubiera hecho en una situación similar; prometió a cada bando que se cumplirían sus demandas"[86].

El mantenimiento de esta legislación es controvertido. Por ello, como era de esperar, se ha tratado pronto aunque con particular cautela en el sistema multilateral de comercio. Así, por citar el ejemplo más cualificado, uno de los primeros *panels* constituidos ya bajo el paraguas de la OMC (*Estados Unidos-Artículo 301 de la ley de Comercio Exterior*) aborda la Sección 301 estadounidense[87]. El litigio se centraba en los artículos 301-310 de la Ley de Comercio Exterior que autorizan a la USTR a adoptar medidas en respuesta a obstáculos comerciales de otros países (incluida la suspensión o retirada de concesiones o la imposición de derechos u otras limitaciones a la importación). El grupo especial terminó determinando, con cierta sensibilidad diplomática, que las normas y procedimientos de la Ley de comercio exterior sobre aplicación de sanciones unilaterales no eran imperativos y, por tanto, no infringían *per se* el Entendimiento.

Así, confrontado con el artículo 304 de esta ley (adopción de decisiones unilaterales), el *panel* determinó que no corresponde a los Miembros sino a la OMC determinar (mediante los procedimientos del Entendimiento) si una medida es incompatible con las obligaciones de la OMC (artículo 23.2.a del Entendimiento). A continuación, sin embargo, concluyó que el artículo 304 "*no era incompatible*" con las obligaciones de Estados Unidos. El *panel* reconocía abiertamente que la disposición constituía una "grave amenaza" de que pudieran adoptarse decisiones unilaterales (contrarias, por tanto, al artículo 23.2.a). No obstante, consideraba que esa amenaza se había suprimido por medio de una *Declaración de acción administrativa* así como una declaración formal realizada por la USTR ante el *panel* en la que se comprometía a adoptar las decisiones basadas en el artículo 304 de conformidad con las obligaciones de

86. Hudec, R., "International Economic Law: The political Theatre Dimension", 17 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (1996), 13.

87. Véase Doc WT/DS152/R, *Estados Unidos. Artículos 301 a 310 de la Ley de comercio exterior de 1974* (22 de diciembre de 1999). Para un análisis sobre este complejo caso véase Blázquez Navarro, I., "Los límites del unilateralismo en la OMC", 1 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2000).

la OMC. Al tiempo, el *panel* recordó que dicha conformidad dejaría de estar justificada si Estados Unidos modificaba en el futuro el compromiso asumido en ambas declaraciones.

Asimismo, el *panel* resolvió sobre la legalidad del artículo 306 (obligación de examinar si se han aplicado las recomendaciones del OSD en un plazo de 30 días tras el final del plazo prudencial y determinar medidas a adoptar por incumplimiento) y el artículo 305 (obligación de aplicar tras plazo prudencial medidas decididas en virtud del artículo 306) de la Ley estadounidense. A estos efectos, determinó nuevamente que las dos disposiciones no eran incompatibles con el artículo 23.2.c (suspensión conforme a los procedimientos del artículo 22) gracias a la *Declaración de acción administrativa* y las declaraciones formuladas ante el *panel*: Cualquier incompatibilidad *prima facie* de dichas disposiciones domésticas quedaba eliminada por los compromisos asumidos en ella. Así, las Comunidades Europeas dieron el resultado por bueno, aunque se alzaron voces críticas, y no consideraron oportuno apelar. Con posterioridad, en cualquier caso, el Organo de Apelación ha vuelto a enfatizar que el artículo 23 impone una obligación de "no adoptar medidas unilaterales a fin de reparar lo que consideren incumplimientos de las obligaciones asumidas en el marco de la OMC por otros Miembros de la OMC" (caso *Estados Unidos.Importación de Determinados Productos*)[88].

La cuestión, por tanto, queda zanjada en la actualidad tanto respecto al artículo 23.1 (prohibición de formular determinaciones unilaterales), abordada también en el caso *CE-Embarcaciones comerciales*[89], como respecto de los artículos 23.2.a (recurso al Entendimiento) y 23.2.c (suspensión con arreglo al Entendimiento). Así, queda patente una vocación de cerrar el sistema al unilateralismo así como, por inevitable extensión, a posibles jurisdicciones internacionales concurrentes. Por tanto, hay una vocación de avanzar en la exclusividad del sistema dentro de la comunidad de la OMC. Una sencilla pero significativa muestra de esta vocación es el propio resumen sustanciado por página de la División de Asuntos Jurídicos, que sintetiza ya abiertamente el artículo 23 (indice de artículos) de esta forma: "Artículo 23 (*jurisdicción exclusiva*)"[90]. Ahora bien, otra cuestión ya es que esto sea razonable cuando las controversias abordadas

88. Doc WT/DS165/AB/R. *Estados Unidos. Medidas Aplicadas a la Importación de Determinados Productos Procedentes de las Comunidades Europeas* (11 de diciembre de 2000), párrafo 58, pp. 17-18.

89. Doc WT/DS301, *Comunidades Europeas. Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales* (22 de abril de 2005).

90. Véase *Solución de diferencias en la OMC: Un resumen sustanciado por página*, Organización Mundial del Comercio, 2006, p. 143.

en los procedimientos afectan a valores sociales (no comerciales) protegidos por otros regímenes internacionales y jurisdicciones especializadas[91].

Y aquí, el problema es que el derecho de la OMC se adentra a menudo en cuestiones que no son tan asépticas como, por ejemplo, el arancel consolidado de peines con púas de plástico. En este sentido, las fronteras jurisdiccionales de la OMC son ciertamente difusas y se adentran en infinidad de cuestiones que no son únicamente comerciales pero que, sin embargo, pueden recibir "lecturas comerciales" interpretando las más de 400 páginas de textos normativos de la Ronda de Uruguay. Por ello, la cuestión del carácter autocontenido no puede resolverse por completo sin aclarar al tiempo las fronteras jurisdicionales (jurisdicción internacional) del derecho de la OMC. En este punto es evidente que se suscitan algunos importantes dilemas. En suma, como ya apuntó Frederick Abbott, la interpretación del artículo 23 es una espada de doble filo: De realizar una interpretación amplia del artículo, por un lado, se impiden las medidas unilaterales pero, por el otro, se abre el mecanismo a un gran espectro de potenciales demandas que puede crear dificultades políticas. Al tiempo, de realizar una interpretación restrictiva se mantiene, por un lado, la posibilidad de medidas unilaterales y, por el otro, se limita el espectro de demandas sobre las que se ejerce jurisdicción[92]. La decisión que se adopte al respecto, por tanto, tiene *pros* y *contras* para todos.

91. Sobre estas relaciones véase ZAPATERO, P., *Derecho del comercio global*, Civitas, 2003 (partes 2, 3 y 4) y FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional*, Marcial Pons, 2006.

92. Véase ABBOTT, F.M., "Incomplete Rule Systems...", *op. cit.*, p. 204.