

La interpretación del derecho de la OMC y su efecto en los sistemas jurídicos nacionales

Bradly J. Condon

1. Introducción.....	1
2. Tratados internacionales dentro de los sistemas nacionales.....	1
(a) El Efecto Jurídico de los Acuerdos de la OMC.....	1
(b) El Efecto dentro del sistema nacional.....	3
3. La OMC y el derecho internacional.....	10
(a) Fuentes de derecho de la OMC.....	10
(b) Artículo 3.2 del ESD y la Convención de Viena.....	13
(c) La Convención de Viena.....	14
(i) Regla general.....	14
(ii) Medios complementarios.....	20
(iii) Textos auténticos dos o más idiomas.....	23
(iv) Buena fe (Pacta sunt servanda).....	32
(v) Derecho interno no justifica incumplimiento.....	33
(vi) Aplicación no retroactiva de los tratados.....	33
(d) Otros principios de interpretación.....	34
(i) El principio de <i>effet utile</i>	34
(ii) El principio <i>in dubio mitius</i>	35
(iii) Presunción contra el conflicto.....	35
(e) La OMC y el derecho internacional público.....	37
4. Conclusión.....	39

1. Introducción

En esta monografía se analiza el efecto jurídico de los Acuerdos de la OMC, en términos generales y dentro de los sistemas de derecho nacionales. Se estudian las fuentes del derecho de la OMC, la relación entre el derecho de la OMC y las demás reglas del derecho internacional público, y las reglas de interpretación de los tratados.

2. Tratados internacionales dentro de los sistemas nacionales

(a) El Efecto Jurídico de los Acuerdos de la OMC

Las obligaciones internacionales de los acuerdos de la OMC son vinculantes para los gobiernos Miembros. El párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC

dispone que “cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos”. La violación de cualquiera disposición de los Acuerdos anexos es también una violación del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC¹. El párrafo 4 del artículo XVI, aunque no amplía las obligaciones materiales impuestas por los acuerdos de la OMC, sí extiende el tipo de medidas sometidas a esas obligaciones (es decir, las leyes y los reglamentos y procedimientos administrativos)². Las disposiciones legislativas como tales, independientemente de su aplicación en un asunto concreto, pueden ser incompatibles con las normas de la OMC³.

En virtud del párrafo 5 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, no podrán formularse reservas respecto de ninguna disposición del Acuerdo sobre la OMC. Las reservas respecto de cualquiera de las disposiciones de los Acuerdos Comerciales Multilaterales sólo podrán formularse en la medida prevista en los mismos⁴. Las reservas respecto de una disposición de un Acuerdo Comercial Plurilateral se registrarán por las disposiciones de ese Acuerdo.

En el derecho internacional público, los Estados tienen la obligación de cumplir con lo pactado en los tratados de los cuales son Parte (*Pacta sunt servanda*). En los sistemas políticos federales, el gobierno federal es jurídicamente responsable por el

¹ Véanse Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Ley de 1916 (Japón)*, párrafos 134-135 e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 302.

² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.41 y nota al pie 652.

³ *Ibidem*, párrafo 7.41.

⁴ Hay excepciones al principio de la no reservación en los siguientes artículos: Acuerdo sobre Valoración en Aduana, artículo 21 y párrafo 2 del Anexo III; Acuerdo Antidumping, artículo 18.2; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 15.1; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, artículo 32.2; y ADPIC, artículo 72.

cumplimiento de los demás niveles de gobierno⁵ y de las otras ramas de gobierno, con inclusión de la judicial⁶. Con arreglo al derecho internacional público tradicional, los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado⁷. No obstante, los tribunales internacionales no pueden forzar el cumplimiento; sólo pueden decidir sobre las sanciones permitidas en el tratado⁸.

(b) El efecto dentro del sistema nacional

El efecto del derecho de la OMC en los sistemas jurídicos nacionales depende del marco jurídico de cada Miembro.

En los sistemas dualistas, los tratados internacionales sólo tienen efecto en el derecho nacional después de un acto de transformación, como la promulgación de una ley que los implementa, y la legislación forma parte del derecho nacional (por ejemplo, en Canadá y Estados Unidos). Una cuestión jurídica importante es si el acto de implementación prevalece sobre otra legislación federal o está al mismo nivel dentro del sistema jurídico pertinente. En los sistemas monistas, los tratados internacionales tienen efecto automático en el derecho nacional una vez que han sido aprobados de acuerdo al procedimiento constitucional. De esta forma, el tratado forma parte del derecho nacional (por ejemplo, en México)⁹.

⁵ Véase *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, 40 ILM 36 (2001), 13 World Trade y Arbitration Materials 47 (2001) y *The United Mexican States v. Metalclad Corporation* (BCSC), 2001 BCSC 664.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 780. Véase también el artículo 27 de la Convención de Viena.

⁸ Véase Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 6a. edición, 2003 y Pauwelyn, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2003.

⁹ Véase Condon, Bradley, “El derecho de la Organización Mundial de Comercio en el sistema legal mexicano”, en del Cueto, Roberto, et. al. (coord.), *Teoría del derecho y dogmática jurídica contemporáneas*, Porrúa, México, D.F., 2005, pp. 489–510.

La jerarquía de los tratados dentro de un sistema jurídico, en relación con las demás leyes nacionales o estatales, depende de las reglas específicas de cada país. En los sistemas federales, la distribución de poderes legislativos entre la entidad federal y las entidades estatales puede afectar la implementación de las obligaciones internacionales. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha determinado que los tratados internacionales están por debajo de la Constitución Política, pero por encima de las leyes de carácter general y las otras leyes federales y las leyes estatales. Además, las entidades federales y estatales tienen el deber de implementar las obligaciones de la OMC¹⁰. Sin embargo, las provincias y los estados de Canadá y los Estados Unidos, respectivamente, tienen competencia exclusiva en ciertas áreas que pueden verse afectadas por las obligaciones de la OMC. En ese caso, puede ser difícil para el gobierno federal forzar el cumplimiento del estado o provincia de las obligaciones de los acuerdos de la OMC.

Han existido varias interpretaciones sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el derecho mexicano. El artículo 133 de la Constitución establece la regla general. En una tesis de 1992, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que los tratados internacionales y las leyes federales tenían la misma jerarquía normativa¹¹. Sin embargo, en la siguiente tesis sobre este tema, la Corte sostuvo que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en

¹⁰ Véanse la tesis P.LXXVII./99, la cual El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó y aclaró el 14 de febrero de 2007, con seis votos a favor y cinco en contra. Véase también <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-01-06.pdf>.

¹¹ Amparo en Revisión 2069/91. Véanse también Rodríguez Huerta, Gabriela, *La Celebración de tratados en el orden constitucional*, Senado de la República, 2008, pp. 62-78 y Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, “La Jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano”, 27 de noviembre de 2008.

un segundo plano respecto de la Constitución¹². Luego, en 2007, la Corte reafirmó su tesis anterior, aclarando que los tratados internacionales se encuentran por encima de las leyes generales, federales y locales¹³. Sin embargo, los Ministros de la Corte siguen debatiendo la cuestión de la jerarquía de los tratados en el derecho mexicano¹⁴.

En el sistema jurídico mexicano, los precedentes no adquieren obligatoriedad sino hasta que se tienen cinco ejecutorias ininterrumpidas en el mismo sentido, y sólo cuando se trate de sentencias de tribunales colegiados de circuito o de la SCJN . También adquieren obligatoriedad las decisiones de la SCJN que resuelven una contradicción de tesis¹⁵. La Suprema Corte de Justicia de México no ha resuelto definitivamente la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales en el derecho interno, ni la aquella del efecto de las decisiones de los tribunales internacionales. No obstante, se considera una buena práctica evitar la inconsistencia entre la interpretación y la aplicación del derecho interno, por un lado, y las obligaciones internacionales de México comprendidas en los acuerdos abarcados de la OMC, por el otro. Esto significa tener en cuenta las interpretaciones jurídicas de los grupos especiales y del Órgano de Apelación y seguirlas cuando sea posible.

El efecto jurídico de las interpretaciones jurídicas de los grupos especiales y del Órgano de Apelación en el sistema nacional estadounidense es también un aspecto interesante a analizar. En el asunto sobre *Madera Blanda de Canadá: Determinación*

¹² Amparo en Revisión 1475/98.

¹³ Amparo en Revisión 120/2002.

¹⁴ Acción de Inconstitucionalidad 121/2008.

¹⁵ Pérezcano, Hugo, comentario sobre “El efecto jurídico de los informes de la OMC”, *Blog UPCIpedia*, <http://upciwikiproject.wordpress.com/2010/09/09/el-efecto-juridico-de-los-informes-de-la-omc/#comment-194>, 9 de septiembre de 2010.

*Final Antidumping*¹⁶, un panel binacional del capítulo 19 del Tratado del Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) consideró el efecto de un informe del Órgano de Apelación sobre el derecho nacional de los Estados Unidos. El Órgano de Apelación había constatado que los procedimientos de los Estados Unidos de reducción a cero por modelos en las comparaciones P-P en el contexto de las investigaciones iniciales antidumping son, en sí mismos, incompatibles con el artículo 2.4.2 del Acuerdo Antidumping¹⁷.

El panel aplicó la doctrina “Charming Betsy”— una regla common law para la interpretación de estatutos de los Estados Unidos— según la cual, cuando hay más de una interpretación permisible de una ley ambigua, hay que rechazar la interpretación que entre en conflicto con una obligación de los Estados Unidos bajo un tratado internacional. El panel también aplicó, junto con la doctrina “Charming Betsy”, la doctrina “Chevron”, la cual se utiliza para determinar si la interpretación de una ley por una dependencia que administra esa ley es sostenible.

En ese ejercicio de aplicación de la doctrina “Chevron”, la *Court of Appeals for the Federal Circuit* de los Estados Unidos (CAFC) había determinado que la reducción a cero era una interpretación permisible del *Department of Commerce* y que las decisiones de la OMC no eran vinculantes para los Estados Unidos y sus cortes. Sin embargo, el panel binacional determinó que el informe del Órgano de Apelación era indirectamente vinculante para el *Department of Commerce*, no por sí mismo, sino porque había aclarado

¹⁶ In the Matter of Certain Softwood Products from Canada: Final Affirmative Antidumping Determination, USA-CDA-2002 -1904-02, Decision of the Panel Following Remand, 9 de junio de 2005.

¹⁷ Véase Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Madera blanda V*, párrafos 64 y 98. Véanse también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Reducción a cero (Japón)*, nota al pie 114, el Informe del Grupo Especial, párrafo 7.85 e Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Camarones (Ecuador)*, párrafos 7.34 y 7.42.

el significado del artículo 2.4.2 del Acuerdo Antidumping. Entonces, la fuente de la obligación era un tratado internacional (el Acuerdo Antidumping), y no el informe del Órgano de Apelación.

Como consecuencia de la aplicación de la doctrina “Charming Betsy”, el panel concluyó que el *Department of Commerce* estaba obligado a abandonar la reducción a cero por tratarse de una interpretación de la ley interna estadounidense inconsistente con las obligaciones de los Estados Unidos bajo el Acuerdo Antidumping. El CAFC había concluido que los acuerdos de la OMC eran obligaciones internacionales y que la doctrina “Charming Betsy” así lo establece. Según el panel, su decisión no cambió el derecho estadounidense, sino que aplicó la ley antidumping de los Estados Unidos, interpretada según la doctrina “Charming Betsy” a las acciones de la dependencia.

En el asunto *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, el Grupo Especial aceptó el argumento de los Estados Unidos de que la ley impugnada tenía que interpretarse de una manera que fuera compatible con sus obligaciones en virtud del artículo 23.2 (a) del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD). El Grupo Especial llegó a esta conclusión en gran parte a causa del principio constitucional de los Estados Unidos de que la legislación interna estadounidense debe interpretarse, cuando sea posible, de forma compatible con sus obligaciones conforme al derecho internacional. Aunque las obligaciones internacionales no pueden prevalecer sobre las prescripciones del derecho nacional que sean incompatibles con ellas, las disposiciones jurídicas ambiguas deben interpretarse, cuando sea posible, de forma compatible con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos. En este caso, la redacción del artículo 304 permitía tener en cuenta la

existencia de procedimientos multilaterales de solución de diferencias. Así, dicha disposición facultaba a la Administración a limitar las facultades discrecionales del representante comercial de los Estados Unidos (USTR por sus siglas en inglés) de manera tal que no se formulara ninguna determinación de incompatibilidad antes de que se hubieran concluido los procedimientos del ESD. Dado que la Administración de los Estados Unidos había sacado las situaciones reguladas por las normas de la OMC de la esfera general de aplicación de la Ley de Comercio Exterior mediante una declaración de Acción Administrativa (DAA), que fue presentada por el Presidente al Congreso y aprobada por el Congreso, el Grupo Especial constató que la limitación de las facultades discrecionales era legal y efectiva¹⁸. El Grupo Especial también tomó como jurídicamente vinculantes las declaraciones unilaterales hechas por los Estados Unidos ante el Grupo Especial respecto a que las facultades discrecionales del USTR se habían limitado de manera que no se podía formular una determinación de incompatibilidad antes de que concluyeran los procedimientos del ESD¹⁹.

En el asunto *Argentina – Textiles y vestido*, el Grupo Especial no aceptó el argumento de la Argentina de que el efecto de los tratados dentro del sistema argentino significaba que las leyes nacionales se aplicarían de acuerdo con las obligaciones del GATT. La Argentina argumentó que la existencia del recurso de impugnación en el país, en combinación con la precedencia y el efecto directo que tenían las obligaciones de tratados internacionales en el sistema jurídico nacional argentino, funcionaba como un “techo” legislativo eficaz para asegurar que nunca se pudiera imponer realmente un

¹⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafos 7.108-7.109. Véase también *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 251 y 259.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafos 7.121-7.125. Véase también *Nuclear Test (Australia v. Francia)*, Corte Internacional de Justicia.

derecho que excediera el arancel consolidado del 35 por ciento *ad valorem*. La Argentina no apeló esa constatación del Grupo Especial²⁰.

Conforme a la doctrina del efecto directo, que se ha constatado que existe en particular en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas pero también en ciertos acuerdos de libre comercio, las obligaciones impuestas a los Estados se interpretan en el sentido que crean derechos y obligaciones jurídicamente exigibles a los particulares. No obstante, las normas del GATT y de la OMC no han sido interpretadas como un ordenamiento jurídico que surta efectos de ese modo. Con arreglo a este enfoque, el GATT y la OMC no han creado un ordenamiento jurídico que se aplique tanto a las partes contratantes o a los Miembros como a sus nacionales²¹. Sin embargo, sigue siendo una cuestión controvertida determinar si hay circunstancias en que las obligaciones de los Acuerdos de la OMC confieren derechos a los particulares que deban ser protegidos por los tribunales nacionales. De acuerdo al ordenamiento jurídico de cualquier Miembro y a sus principios constitucionales internos, es posible que se estime que algunas obligaciones otorgan derechos a los particulares²².

²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Argentina – Textiles y vestido*, párrafo 54. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *México – Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafos 271-274, donde México presentó un argumento parecido pero el Órgano de Apelación no formuló ninguna constatación porque México no planteó esta alegación al amparo del artículo 11 del ESD en su anuncio de apelación ni en su comunicación del apelante.

²¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.72.

²² *Ibidem*, párrafo 7.72, nota al pie 661. Véanse también Eeckhout, P., “The Domestic Legal Status of the WTO Agreement: Interconnecting Legal Systems”, *Common Market Law Review*, Vol. 34, 1997, p. 11 y Berkey, J., “The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting”, *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, p. 626.

3. La OMC y el derecho internacional

El derecho de la OMC forma parte del derecho internacional. El Acuerdo sobre la OMC y los acuerdos en sus anexos — conocidos como los acuerdos abarcados o los acuerdos de la OMC— son la fuente fundamental del derecho de la OMC. Hay que tomar en cuenta varias normas del derecho internacional público en la interpretación de los acuerdos de la OMC. Sin embargo, la relación entre el derecho de la OMC y el derecho internacional público tiene sus límites por las normas de interpretación de los tratados, la competencia de los grupos especiales y el Órgano de Apelación en la solución de controversias y los propios términos de los acuerdos de la OMC²³. No se debe subestimar la complejidad de la tarea de interpretar los términos de un acuerdo multilateral.

(a) Fuentes de derecho de la OMC

El Acuerdo sobre la OMC, junto con sus anexos, es una convención internacional “particular” bajo el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,²⁴ que enlista las fuentes de derecho internacional público:

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

²³ Véase Pauwelyn, Joost, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, p. 535; McRae, Donald, “The WTO in International Law: Tradition Continued or New Frontier?”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, 2000, p. 27 y McRae, Donald, “The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 260, 1996, p. 111.

²⁴ Véase Matsushita, Mitsuo, et al., *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 54.

- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.²⁵

Dentro de los límites establecidos por el ESD, estas fuentes de derecho internacional pueden aplicarse a la interpretación de los acuerdos de la OMC. En virtud del artículo 7 del ESD, el mandato de los grupos especiales es “examinar a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD...” y de considerar “las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia.” Entonces, los acuerdos abarcados son la fuente fundamental del derecho de la OMC en la solución de diferencias²⁶. Además, las Listas de concesiones arancelarias de cada Miembro forman parte integrante del GATT²⁷, así como las Listas de compromisos específicos lo son del AGCS²⁸. Por consiguiente, se aplican las mismas reglas sobre la interpretación de los tratados a las Listas que al texto del tratado²⁹. También hay que tomar en cuenta otras fuentes de derecho de la OMC relacionadas con los acuerdos abarcados, como las decisiones y declaraciones ministeriales, enmiendas, interpretaciones y exenciones.

Hay otras fuentes de derecho que son pertinentes para la interpretación de los acuerdos de la OMC en virtud de las normas de interpretación del derecho internacional

²⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945, 59 Stat. 1055, T.S. No. 993 (1945), <http://www.onu.org/Docubas/cortejust.htm#C>. El artículo 59 dice “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.”

²⁶ Véase la lista de acuerdos abarcados en el Anexo 1 del ESD.

²⁷ Párrafo 7 del artículo II del GATT.

²⁸ Párrafo 3 del artículo XX del AGCS.

²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 160. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *CE – Equipo informático*, párrafo 84.

público. No hay un artículo equivalente al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el derecho de la OMC. No obstante, en la práctica de la OMC, estas fuentes incluyen: los informes de grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC y los informes de grupos especiales de su antecesor, el GATT; la práctica seguida bajo la OMC y el GATT; la costumbre internacional; los principios generales de derecho; otras fuentes de derecho internacional, como los tratados internacionales; las decisiones judiciales de la Corte Internacional de Justicia; y las doctrinas de los autores de mayor competencia. Sin embargo, hay que ser consciente de la naturaleza jurídica de las fuentes de derecho que no son parte de los acuerdos abarcados, así como determinar su efecto bajo las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.

Los informes adoptados de los grupos especiales y del Órgano de Apelación son jurídicamente vinculantes sólo para las partes en litigio. No obstante, crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando sean pertinentes para una diferencia³⁰. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos y seguirlos, sobre todo cuando son del Órgano de Apelación³¹. A menos que existan razones imperativas, los órganos jurisdiccionales deben resolver la misma cuestión jurídica de la misma forma en asuntos posteriores³². No obstante, cuando no se apelan las constataciones o interpretaciones de los grupos especiales, no implica que éstas tengan el mismo valor jurídico que las constataciones o interpretaciones del Órgano de Apelación, dado que éste último podría llegar a una conclusión diferente cuando la

³⁰ Véase Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas*, pp. 14-15.

³¹ Véase Condon, Bradly, *Environmental Sovereignty and the WTO: Trade Sanctions and International Law*, Transnational Publishers Inc, 2006, pp. 27-32 y Jackson, John, *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge University Press, 2000, pp. 165-168.

³² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero inoxidable (México)*, párrafo 160.

cuestión se le presente³³. Los informes no adoptados de los grupos especiales carecen de valor normativo. Sin embargo, un grupo especial podría encontrar orientaciones útiles en el razonamiento seguido en un informe de ese tipo, siempre que sea pertinente para el asunto que examina³⁴. En contraste, las interpretaciones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General son jurídicamente vinculantes para todos los miembros de la OMC³⁵.

(b) Artículo 3.2 del ESD y la Convención de Viena

En el artículo 3.2 del ESD se estipula que los grupos especiales y el Órgano de Apelación deben aclarar las disposiciones del GATT y de los demás “acuerdos abarcados” del Acuerdo sobre la OMC “de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. En el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación subrayó que las reglas de interpretación de los tratados de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena³⁶, son normas del derecho internacional consuetudinario o general, y que el GATT no debe leerse aislándolo clínicamente del derecho internacional público³⁷. La jurisprudencia de la OMC es una de las fuentes más ricas de orientación sobre la aplicación de la Convención de Viena.

³³ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Publicaciones*, nota al pie 28.

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, páginas 17-18.

³⁵ Acuerdo sobre la OMC, artículo IX:2.

³⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, firmada en Viena el 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 33; 8 *International Legal Materials* 679.

³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 19. Véanse también Informe del Órgano de Apelación, *India – Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 46; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al carbono*, párrafos 61-62; y *Abi-Saab, Georges*, “The Appellate Body and Treaty Interpretation”, en *Sacerdoti, G., et al., The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2006.

(c) La Convención de Viena

(i) Regla general

El artículo 31 de la Convención de Viena dispone lo siguiente:

Artículo 31

Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

En el asunto *Estados Unidos – Artículo 301*, el Grupo Especial explicó como aplicar el artículo 31 de la Convención de Viena:

El texto, el contexto y el objeto y el fin son elementos que corresponden a las metodologías textual, sistémica y teleológica de interpretación de los tratados, metodologías que están bien establecidas y todas las cuales se siguen normalmente al interpretar disposiciones complejas de tratados multilaterales. Por razones pragmáticas, el uso normal para la interpretación...consiste en partir del sentido corriente del texto “bruto” de las disposiciones pertinentes del tratado y en tratar después de interpretarlo en su contexto y a la vista del objeto y del fin del tratado. Sin embargo, los elementos a los que se hace referencia en el artículo 31—el texto, el contexto y el objeto y el fin, así como la buena fe—han de considerarse como una sola norma holística de interpretación, en vez de cómo una sucesión de criterios distintos que han de aplicarse siguiendo un orden jerárquico. Muchas veces puede parecer que el contexto y el objeto y el fin simplemente confirman una interpretación que parece desprenderse del texto “bruto”. En realidad, siempre es algún contexto, incluso si no está explícito, el elemento que determina qué sentido ha de considerarse como “corriente”, y frecuentemente es imposible determinar el sentido, incluso el “sentido corriente”,

sin considerar también el objeto y el fin. Como señaló el Órgano de Apelación, “El artículo 31 de la Convención de Viena dispone que el texto del tratado constituye la base del proceso interpretativo: ‘la interpretación se basará fundamentalmente en el texto del tratado’”. El Órgano de Apelación añade, sin embargo, que “Hay que atribuir a los términos de un tratado su sentido corriente, en el contexto de éstos. El objeto y el fin del tratado deben también tenerse en cuenta para determinar el significado de sus términos”³⁸. [Sin notas al pie del original]

El enfoque del artículo 31 sobre los propios términos del tratado limita el papel de las normas del derecho internacional público en la interpretación de los acuerdos OMC. Además, el contexto pertinente en la interpretación de los términos de los acuerdos OMC es el cuerpo del derecho de la OMC. No obstante, las normas del derecho internacional público pueden informar la interpretación de los términos cuando sean “normas pertinentes”, en virtud del artículo 31 (3) (c). Todos estos elementos de interpretación del artículo 31 han de tomarse en cuenta dado que forman parte de una sola regla, como señala la Comisión de Derecho Internacional (el órgano redactor original del artículo 31 de la Convención de Viena) en su comentario a esa disposición:

La Comisión, al titular el artículo ‘Regla general de interpretación’, en singular, y al subrayar la conexión existente entre los párrafos 1 y 2, así como entre el párrafo 3 y los dos anteriores, se propuso indicar que la aplicación de los medios de interpretación que figuran en el artículo constituirá una sola operación combinada. Todos los diferentes elementos, en la medida en que estén presentes en un caso dado, se mezclarán en el crisol, y su acción recíproca dará entonces la interpretación jurídica pertinente. Así, el artículo [31] lleva el título de ‘Regla general de interpretación’, en singular, y no de ‘Reglas generales’, en plural, porque la Comisión deseaba subrayar que el proceso de interpretación constituye una unidad y que las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí³⁹.

La razón por la cual la interpretación de los términos de un tratado no puede aislarse de su contexto ni de las normas pertinentes del derecho internacional es evitar una interpretación errónea. Como lo explica el Profesor Ian Sinclair:

³⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.22.

³⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, volumen II, página 241.

Todo texto, por claro que sea a primera vista, tiene que ser analizado en su contexto y en función de su objeto y de su fin. La conclusión a que se puede llegar después de tal análisis es, en la mayoría de los casos, que el sentido claro que inicialmente parecía tener el texto es el sentido correcto, pero esto no debe utilizarse para ocultar que se ha realizado un proceso de interpretación⁴⁰.

Para determinar el sentido corriente de un término, los grupos especiales y el Órgano de Apelación suelen usar como primer paso los diccionarios de los idiomas inglés, francés y español. Sin embargo, mientras los diccionarios son guías importantes para la definición de las palabras que figuran en los acuerdos e instrumentos jurídicos, no son formulaciones concluyentes a su respecto⁴¹. El sentido corriente de un término de un tratado debe verse a la luz de la intención de las partes “según se exprese en las palabras que utilizaron a la luz de las circunstancias que las rodeaban”⁴². El objeto y fin de un término puede revelarse en el contexto inmediato del término (el artículo o acuerdo en donde se encuentra), o en el contexto más amplio que incluye los demás acuerdos de la Ronda Uruguay, el preámbulo del propio acuerdo o el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC.

Sin embargo, en el artículo 31 de la Convención de Viena, el concepto de contexto no está limitado al texto del tratado (en el caso de la OMC, el Acuerdo sobre la OMC y sus anexos). Puede extenderse también a todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado (artículo 31.2 (a)) y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referido al tratado

⁴⁰ Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2a. edición, 1984, p.116.

⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Ley de Compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 248. Véanse también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Madera blanda IV*, párrafos 58-59 e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafos 164-166 y la nota al pie 191.

⁴² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Trozos de pollo*, párrafo 175, citando Lord McNair, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, 1961, p. 365.

(artículo 31.2 (b))⁴³. Por ejemplo, en la interpretación de un término en la Lista de un Miembro, el contexto inmediato consiste en los demás términos de la designación del producto que figuran en la Lista, mientras el contexto más amplio incluye las demás partidas del capítulo 2 de la Lista, así como las Listas de otros Miembros de la OMC⁴⁴. El Sistema Armonizado se utilizó como base de las Listas en la OMC, y ese consenso constituye un acuerdo entre los Miembros referente al Acuerdo sobre la OMC que fue concertado con motivo de la celebración de ese Acuerdo, en el sentido del artículo 31.2 (a) de la Convención de Viena. Por lo tanto, el Sistema Armonizado es pertinente para los efectos de interpretar compromisos arancelarios incluidos en las Listas de los Miembros⁴⁵. Además, si se cumplen los criterios del artículo 31.3 (c) de la Convención de Viena, el Sistema Armonizado puede constituir una norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes⁴⁶.

Como se notó arriba, los grupos especiales y el Órgano de Apelación aplican la jurisprudencia anterior de la OMC a la interpretación de los acuerdos abarcados. Sin embargo, no queda muy claro cuál es el efecto jurídico de estos informes bajo la Convención Viena⁴⁷. Los informes adoptados del GATT y de la OMC no constituyen práctica ulteriormente seguida, en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena⁴⁸. Además, no constituyen *stare decisis*. Sin embargo, en la práctica tienen tanta influencia en la interpretación del derecho de la OMC que se consideran *stare decisis de facto*⁴⁹.

⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Trozos de pollo*, párrafo 195.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 193.

⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 199.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 195.

⁴⁷ Véase Jackson, John, *op. cit.*, p.129; Matsushita, et. al., *op. cit.*, pp. 56-63. Véase también Informe del Grupo Especial, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, sección E.

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, página 18.

⁴⁹ Steinberg, Richard H., “Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints”, *American Journal of International Law*, Vol. 98, 2004, p. 254.

Por ejemplo, en el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas II*, el Órgano de Apelación determinó el objeto y fin del párrafo 2 del artículo III del GATT refiriéndose al párrafo 1 del mismo artículo⁵⁰ y a la jurisprudencia del GATT⁵¹. Confirmó su interpretación sobre el alcance del artículo III del GATT, refiriéndose a la historia de las negociaciones (un medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena)⁵². El Órgano de Apelación también explicó los elementos necesarios para definir el concepto de “práctica ulteriormente seguida”:

En derecho internacional, por lo general, se entiende que en esencia la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie “concordante, común y coherente”, de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación. Un acto aislado no suele ser suficiente para determinar una práctica ulteriormente seguida; sino que se requiere una serie de actos por los que se establezca el acuerdo de las partes⁵³.

En *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación aclaró que la demostración de una práctica ulteriormente seguida supone dos elementos: (1) “que exista una pauta común, concordante y coherente de actos o declaraciones”; y (2) “que esos actos o pronunciamientos impliquen un acuerdo sobre la interpretación de la disposición respectiva”⁵⁴. No todas las partes deben haber seguido una práctica determinada para que pueda considerarse una práctica común y concordante, pero sería difícil establecer la existencia de un modelo concordante, común y discernible sobre la

⁵⁰ El párrafo 1 del artículo III del GATT dispone: “Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones...no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

⁵¹ Hizo referencia a los siguientes informes de los grupos especiales del GATT: Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930; Estados Unidos – Impuestos sobre el petróleo; Japón – Bebidas alcohólicas; Italia – Maquinaria agrícola; Canadá – Distribución de bebidas alcohólicas; Impuestos interiores del Brasil; y CEE – Piezas y componentes.

⁵² Durante el segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, celebrado en 1947, los delegados a la Comisión del Acuerdo Arancelario debatieron sobre la cuestión de incluir o no en el GATT de 1947 la cláusula de trato nacional contenida en el Proyecto de Carta para una Organización Internacional de Comercio (“Carta de la OIC”). El Órgano de Apelación citó a los comentarios de dos delegados, en EPCT/TAC/PV.10, páginas 3 y 33.

⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, páginas 15-16.

⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 192.

base de actos o declaraciones de una o muy pocas de las partes de un tratado multilateral, como el Acuerdo sobre la OMC. Sin embargo, si sólo algunos Miembros han comercializado o clasificado productos de una partida determinada del Sistema Armonizado, esa circunstancia puede reducir la disponibilidad de actos o declaraciones a los efectos de determinar la existencia de una práctica ulteriormente seguida⁵⁵.

El preámbulo del Acuerdo sobre la OMC informa la interpretación de los demás acuerdos OMC. En el asunto *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación tuvo en cuenta el objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC para interpretar el párrafo (g) del artículo XX del GATT, el contexto histórico, y la evolución subsiguiente del derecho internacional:

Los términos del párrafo g) del artículo XX, “recursos naturales agotables”, fueron acuñados realmente hace más de 50 años. El intérprete de tratados debe leerlos a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano. Aunque el artículo XX no fue modificado en la Ronda Uruguay, el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC* revela que los firmantes de ese Acuerdo eran plenamente conscientes en 1994 de la importancia y legitimidad de la protección del medio ambiente como objetivo de la política nacional e internacional. El preámbulo del Acuerdo sobre la OMC – que informa no sólo al GATT de 1994 sino también a todos los demás acuerdos que incluye – reconoce explícitamente “el objetivo de un *desarrollo sostenible*”⁵⁶.

El Órgano de Apelación interpretó el término “recursos naturales agotables” a la luz de las convenciones ambientales internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (partes de la cual reflejan el derecho internacional consuetudinario), la Convención sobre la Diversidad Biológica (ratificada o firmada por el apelante y los apelados), y la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (la India y el Pakistán la habían ratificado pero Malasia, Tailandia y los Estados Unidos no eran partes en la Convención). La

⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Trozos de pollo*, párrafo 259.

⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 129.

primera convención, debido a que refleja el derecho internacional consuetudinario, podría aplicarse a la interpretación de los términos del GATT como “norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” en el sentido del artículo 31 (3) (c) de la Convención de Viena. Sin embargo, esa disposición parece referirse a las partes en el tratado que se interpreta, no a las partes en la diferencia. Entonces, las últimas dos convenciones no podrían aplicarse a la interpretación con arreglo al artículo 31 (3) (c) mientras no abarquen a todos los Miembros de la OMC, o no reflejen el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, en este caso, las últimas dos convenciones llevaron al Órgano de Apelación a la misma conclusión que la primera. Entonces, uno podría argumentar que el Órgano de Apelación se refirió a las últimas dos convenciones como medios de interpretación complementarios para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, con arreglo al artículo 32 de la Convención de Viena.

(ii) Medios complementarios

El artículo 32 de la Convención de Viena dispone lo siguiente:

Artículo 32

Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

El artículo 32 no define exhaustivamente los medios de interpretación complementarios a los que puede recurrir un intérprete. Por consiguiente, además de los

trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración, un intérprete puede considerar otros medios complementarios pertinentes para ayudar a determinar las intenciones comunes de las partes⁵⁷.

Las circunstancias de la celebración de un tratado incluyen los antecedentes históricos de la negociación del tratado⁵⁸. Mientras la práctica de una parte tiene un valor más limitado que la práctica de todas las partes, la práctica de un Miembro de la OMC en materia de clasificación durante la Ronda Uruguay es parte de las circunstancias de la celebración del Acuerdo sobre la OMC y puede utilizarse como medio de interpretación complementario⁵⁹. No hay que demostrar un vínculo directo con el texto del tratado o una influencia directa en la intención común para que un hecho, acto o instrumento pueda ser considerado una circunstancia de la celebración de un tratado. Puede ser considerado cuando ayuda a discernir cuál era la intención común de las partes con respecto al tratado o a una disposición concreta en el momento de la celebración. No sólo las fuentes multilaterales sino también los actos, instrumentos o declaraciones unilaterales de las respectivas partes negociadoras pueden resultar útiles para discernir la intención común de las partes⁶⁰.

Las cuestiones sobre qué puede considerarse como una circunstancia de la celebración de un tratado, así como el grado de pertinencia que puede atribuirse a una determinada circunstancia, son distintas⁶¹. La pertinencia de una circunstancia para la interpretación no debería determinarse sobre la base de intenciones subjetivas, sino de

⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Trozos de pollo*, párrafo 283. Véase también la sección sobre el principio *in dubio mitius*, *infra*.

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Equipo informático*, párrafo 86.

⁵⁹ *Ibidem*, párrafos 92-93. En el contexto de las Listas del AGCS, véase Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafos 196-197.

⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Trozos de pollo*, párrafo 289.

⁶¹ *Ibidem*, párrafo 297.

factores objetivos como: (1) el tipo de hecho, documento o instrumento y su naturaleza jurídica; (2) la relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado; (3) el conocimiento efectivo de un acto o instrumento publicado o el simple acceso a él; (4) el contenido del documento, instrumento o hecho en relación con la disposición del tratado que ha de interpretarse; y (5) si o cómo se utilizó o influyó en las negociaciones del tratado⁶².

En cuanto al tipo de hecho, documento o instrumento, es posible que documentos publicados, acontecimientos producidos o práctica seguida posteriormente a la celebración del tratado puedan dar una indicación de cuáles eran, y cuáles no eran, las intenciones comunes de las partes en el momento de la celebración. La pertinencia de esos documentos, hechos o práctica se determina según las circunstancias de cada caso⁶³. La práctica anterior coherente es significativa mientras que la práctica incoherente no lo es. Si la práctica de clasificación del Miembro importador en el momento de las negociaciones arancelarias es pertinente para la interpretación de las concesiones arancelarias consignadas en su Lista, también lo es su legislación en materia de clasificación arancelaria, vigente en ese momento. Las sentencias de los tribunales internos también pueden ser consideradas si son útiles para determinar las intenciones comunes de las partes. No obstante, por su propia naturaleza, las sentencias se refieren a un litigio específico y tienen menos pertinencia que los actos legislativos de aplicación general, aunque pueden tener efectos como precedente en algunos sistemas jurídicos⁶⁴.

⁶² *Ibidem*, párrafo 291.

⁶³ *Ibidem*, párrafo 305.

⁶⁴ *Ibidem*, párrafos 307-309. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *CE – Equipo informático*, párrafos 94-95.

Cuanta más distancia haya en el tiempo entre el momento en el que se produjo un hecho o fue promulgado un acto u otro instrumento y la celebración de un tratado, menos pertinente será para interpretar el tratado. Sin embargo, la relación temporal es menos importante que la cuestión sobre si sigue influyendo o reflejando las intenciones comunes de las partes en el momento de la celebración. La suficiencia de la relación temporal depende de la norma del tratado y la estructura del proceso de negociación⁶⁵.

En cuanto al conocimiento efectivo, es suficiente si el acto o instrumento fue publicado oficialmente y estuvo a disposición del público de modo que cualquier parte interesada pudo haberlo conocido. La prueba del conocimiento real aumentará el grado de pertinencia de una circunstancia para la interpretación; esto se refiere a que las partes hayan tenido noticia de un determinado hecho, acto o instrumento mediante su publicación⁶⁶.

(iii) Textos auténticos dos o más idiomas

Los textos jurídicos de la OMC son igualmente auténticos en los idiomas español, francés e inglés⁶⁷. Por eso, conforme a las reglas consuetudinarias de interpretación de los tratados en el artículo 33 de la Convención de Viena, se debe buscar el significado que dé efecto, simultáneamente, a todos los términos del tratado según hayan sido utilizados en cada uno de los idiomas auténticos⁶⁸.

⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Trozos de pollo*, párrafo 293.

⁶⁶ *Ibidem*, párrafo 297.

⁶⁷ Acta Final en que se incorporan los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales.

⁶⁸ Véanse Informe del Órgano de Apelación, *Chile – Sistema de bandas de precios*, párrafo 271; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Ropa de cama (Artículo 21.5 – India)*, párrafo 123, nota al pie 153; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Madera blanda IV*, párrafo 59 y nota al pie 50; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Preferencias arancelarias*, párrafo 147; e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón americano (Upland)*, párrafo 424 y nota al pie 510.

Artículo 33

Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Dado que en caso de discrepancia no prevalecerá ninguno de los textos de los acuerdos de la OMC, se presumirá que los términos tienen igual sentido en los tres idiomas. Si hay una diferencia que no se puede resolver usando la regla general del artículo 31, o por medio de los medios complementarios bajo el artículo 32, hay que adoptar la interpretación que “mejor concilie esos textos”⁶⁹.

Es importante averiguar en qué idioma es auténtico un documento específico. Por ejemplo, con arreglo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), los Miembros abren sus mercados al comercio internacional de servicios de acuerdo con los términos, limitaciones y condiciones especificados en sus listas de compromisos específicos⁷⁰. Mientras el texto del AGCS es auténtico en español, francés e inglés, no queda claro si una lista de compromisos específicos puede ser auténtica únicamente en español, francés o inglés cuando un Miembro así lo indique.

⁶⁹ Condon, Bradley, J., “La interpretación plurilingüe en los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 32-50, <http://dei.itam.mx/>.

⁷⁰ Artículo XVI del AGCS.

El Órgano de Apelación ha considerado que las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados, reflejadas en el artículo 33 de la Convención de Viena, exigen que el intérprete de un tratado busque el sentido que simultáneamente le dé efecto a todos los términos del tratado de acuerdo al uso que recibe en cada lengua auténtica, pero que también haga un esfuerzo para encontrar un sentido que concilie las aparentes diferencias, teniendo en cuenta la presunción de que tienen el mismo significado en cada texto auténtico⁷¹. De hecho, la consulta de los diferentes textos auténticos puede ser vista como una herramienta interpretativa que ayuda a determinar el sentido corriente de los términos del tratado en su contexto, a la luz del objeto y fin, en lugar de una fuente de conflicto entre los términos de los textos de los tratados⁷². La presunción del párrafo 3, y la obligación en el párrafo 4 de adoptar el sentido que mejor concilie esos textos, requiere que el intérprete de un tratado evite interpretaciones divergentes.

En su comentario sobre el proyecto de artículo, que posteriormente fue adoptado como el párrafo 3 del artículo 33 de la Convención de Viena⁷³, la Comisión de Derecho

⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *Chile — Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas (Chile — Sistema de bandas de precios)*, WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, par. 271; Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India — Recurso al artículo 21.5 del ESD por India (CE — Roma de cama (artículo 21.5 — India))*, WT/DS141/AB/RW, adoptado el 24 de abril de 2003, nota al pie 153 al par. 12; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá (Estados Unidos — Madera blanda IV)*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004, par. 59 y nota al pie 50; Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo (CE — Preferencias arancelarias)*, WT/DS246/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2004, par. 147; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos de América — Artículo 211 de la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998 (Estados Unidos — Artículo 211 de la Ley de Asignaciones)*, WT/DS176/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005, par. 424 y nota al pie.

⁷² McNair expresa su punto de vista en los siguientes términos: “[C]uando el tratado no indica qué texto es auténtico o cuál debe prevalecer en caso de divergencia, hay una amplia autoridad para la perspectiva de que los dos textos o más deben ayudar al otro, de manera que sea posible interpretar un texto haciendo referencia a otro”. McNair, *op. cit.*, p. 433.

⁷³ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. II, p. 245, <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1966.htm> (2 de septiembre de 2009). El borrador de artículo disponía lo siguiente:

Internacional formuló varias observaciones. El párrafo 1 plasmó la regla de que “la norma general es la igualdad de los idiomas y la igual autenticidad de los textos en defecto de una disposición en sentido contrario”⁷⁴. Si bien algunos tratados designan una lengua “matriz” en caso de discrepancia, este no es el caso de los acuerdos abarcados de la OMC. La Comisión de Derecho Internacional decidió no abordar en el párrafo 1 la cuestión de si el texto “matriz” debe ser aplicado automáticamente tan pronto como aparezca la más mínima diferencia en la redacción de los textos, o si primero debe recurrirse a todos o algunos de los medios normales de interpretación en un intento de conciliar los textos antes de concluir que existe un caso de “divergencia”, ya que la jurisprudencia es clara en este punto⁷⁵.

La Comisión de Derecho Internacional hizo hincapié en que la pluralidad de los textos auténticos de un tratado “constituye siempre un importante factor de su

Artículo 29. Interpretación de tratados redactados en dos o más idiomas

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes acuerden que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo acuerdan.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido. Excepto en el caso mencionado en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos revele una diferencia de sentido que no quede eliminada mediante la aplicación de los artículos 27 y 28, se adoptará el sentido que en mayor medida pueda conciliar esos textos.

⁷⁴ El párrafo 1 se refiere a los idiomas en los cuales el texto del tratado ha sido ‘autenticado’ en lugar de ‘redactado’ o ‘adoptado’, con el objetivo de tomar en cuenta el artículo 9 del borrador de artículos, el cual la Comisión reconoció la ‘autenticación del texto’ como un paso procesal distinto en la conclusión del tratado. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. II, p. 246, <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1966.htm> (2 de septiembre de 2009). La regla en el párrafo 1 data de por lo menos 1836. McNair, *op. cit.*, p. 432. Es interesante notar que el idioma de trabajo de la Comisión era el inglés.

⁷⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. II, p. 246, <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1966.htm> (consultado el 2 de septiembre 2009).

interpretación”, pero subrayó que en la ley sólo hay un tratado aceptado por las partes y una voluntad común, incluso cuando dos textos auténticos parecen divergir⁷⁶. El efecto de la presunción establecida en el párrafo 3 del artículo 33 es facultar a cada parte para que utilice solamente un texto auténtico desde el principio⁷⁷. Por otra parte, esta presunción vuelve innecesario que los tribunales comparen textos en distintas lenguas de forma rutinaria; la comparación sólo se requiere cuando hay una acusación de ambigüedad o divergencia entre los textos auténticos que refuta esa presunción⁷⁸. La obligación de una comparación rutinaria implicaría el rechazo de dicha presunción⁷⁹. La práctica del Órgano de Apelación y de los grupos especiales de la OMC respalda la opinión de que la comparación habitual no es necesaria, al igual que la práctica de muchos tribunales nacionales y otros tribunales internacionales⁸⁰.

En el día a día, la mayoría de los tratados plurilingües contiene cierta discrepancia entre los textos. Dichas diferencias pueden ser una fuente adicional de ambigüedad de los términos del tratado. Alternativamente, cuando el significado de los términos es ambiguo en un idioma pero claro en otro, el carácter plurilingüe del tratado puede facilitar la interpretación. Debido a que sólo hay un tratado, la presunción del apartado 3 de que los términos de un tratado están destinados a tener el mismo significado en cada texto auténtico, “exige que se haga cuanto sea posible para hallar un significado común a los

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, p. 205. Villiger, M.E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 458-459.

⁷⁸ Kuner, C.B., “The Interpretation of Multilingual Treaties: Comparison of Texts versus the Presumption of Similar Meaning” *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991, p. 954. Ver también Tabory, M., *Multilingualism in International Law and Institutions*, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 177, y Germer, P., “Interpretation of Plurilingual Treaties: A Study of Article 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 11, no. 170, 1970, pp. 400-427.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Kuner, C. B., *op. cit.*, pp. 955-957; Germer, P., *op. cit.*, pp. 412-413. Germer hace notar que esta práctica parece solamente ser dictada por la conveniencia práctica, pero no altera la igualdad de los textos auténticos.

textos antes de preferir uno a otro”⁸¹. Independientemente de la fuente de ambigüedad, “la primera regla del intérprete es aplicar las normas usuales de interpretación de los tratados para buscar el sentido que las partes han querido dar al término de que se trate” en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. El intérprete no puede simplemente preferir un texto sobre otro⁸².

Al formular el párrafo 3 del proyecto de artículo, la Comisión rechazó la idea de una norma general que estableciera una presunción a favor de la interpretación restrictiva en caso de ambigüedad en los textos plurilingües⁸³, así como la creación de una presunción jurídica a favor de la lengua en la que el tratado hubiera sido redactado⁸⁴. De este modo, la Comisión desestimó el enfoque adoptado por la Corte Permanente en el caso de Concesiones de Palestina Mavrommatis⁸⁵.

El proyecto de artículo disponía que, siempre que la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolver la aplicación de los artículos 31 y 32, “se adoptará el sentido que en mayor medida pueda conciliar esos textos”. La versión final del párrafo 4 del artículo 33 establece que “se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”.

⁸¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, op. cit.*, p. 247. Ver también *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) Case*, Informes de la CIJ 1999, p. 1062, par. 25 y Villiger, arriba nota 3, p. 458.

⁸² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, op. cit.*, p. 247,

⁸³ *Ibidem*, pp. 245-247.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 247.

⁸⁵ C.P.J.I. (1924), Series A, No. 2, p. 19. en *Young Loan Arbitration case*, el tribunal confirmó que la práctica internacional anterior de referirse al texto original para ayudar a la interpretación es incompatible con el principio del estatus equitativo de todos los textos auténticos en tratados plurilingües, el cual es incorporado en el artículo 33.1 de la Convención de Viena. “Young Loan Arbitration”, *ILR*, Vol. 59, 1980, p. 494. En el asunto *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos v. Italy), al momento de interpretar una disposición del Tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos de América y la República Italiana de 1948, la Corte Internacional de Justicia destacó que era posible interpretar los textos en inglés e italiano “porque significan aproximadamente lo mismo”, a pesar de una posible divergencia en su ámbito”. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Sentencia, Informes de la CIJ 1989, p. 15. Corte Internacional de Justicia, Fondo del asunto, *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos v. Italia) 1989, <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf> (consultado el 4 de septiembre 2009).

Agregar el criterio de objeto y fin del tratado abre la posibilidad de que el intérprete de un tratado aplique su propio criterio en situaciones donde existan significados alternos que concilien el texto⁸⁶.

Ulf Linderfalk argumenta que el proceso de armonización del artículo 33 debe tener lugar en un orden predeterminado⁸⁷. En primer lugar, el intérprete debe determinar si la diferencia de significado puede ser resuelta a través de la aplicación de los artículos 31 y 32. En segundo lugar, si existe una divergencia en el significado, debe definir si prevalece algún texto. Este paso no se aplica a los Acuerdos de la OMC, ya que no existe ninguna disposición que señale que un texto prevalece en caso de discrepancia. En tercer lugar, si hay una divergencia en el significado, “se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”. Esta etapa requiere que los textos se reconcilien, no los significados⁸⁸. Para ello, es necesario que el intérprete considere significados alternos y escoja uno que mejor concilie esos textos, no siguiendo la opinión subjetiva del intérprete, sino el criterio objetivo del objeto y fin del tratado⁸⁹.

Tabory establece los siguientes pasos: (1) comprender el tratado sobre la base de un texto, que se presume que expresa el sentido común de conformidad con el artículo

⁸⁶ Linderfalk, U., *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 2007, p. 364. En *LaGrand (Alemania/Estados Unidos) Caso*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) aplicó el artículo 33.4 a una divergencia del texto en el artículo 41 del Estatuto de la CIJ (“doivent être prises” en francés y “ought to be taken” en inglés). Después de que el recurso a los artículos 31 y 32 no concluyó las diferencias en significado, la corte consideró el objeto y propósito del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para alcanzar una conclusión que estuviera en conformidad con los trabajos preparatorios del artículo 41. *LaGrand (Alemania/Estados Unidos) Caso*, Informes de la CIJ, 2001, p. 501, par. 100-109.

⁸⁷ Linderfalk, U., *op. cit.*, pp. 357-358.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 361.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 361 y 364. Linderfalk también argumenta persuasivamente que esto implica que el papel que juegan el objeto y fin en el artículo 33 es distinto de aquel que realizan en el artículo 31. *Ibidem*, pp. 365-366. La jurisprudencia del la Corte Europea de Justicia brinda buenos ejemplos para resolver las discrepancia por referencia al objeto y propósito. Shelton, D., “Reconcilable Differences? The Interpretation of Multilingual Treaties”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 20, 1997, pp. 630-631.

33.3; (2) si hay un problema o falta de claridad, comparar los textos auténticos en un esfuerzo por encontrar su sentido común, de acuerdo al artículo 33.4; (3) si existe una diferencia de sentido, debe aplicarse el artículo 31, y como medio complementario el artículo 32; y (4) conciliar los textos a la luz del objeto y fin, de conformidad con el artículo 33.4⁹⁰.

La naturaleza misma de las lenguas y los sistemas jurídicos es una importante fuente de discrepancias. Incluso pueden presentarse en el uso de la terminología jurídica aún cuando los países utilicen el mismo idioma y tengan un sistema jurídico común⁹¹. Algunas expresiones pueden ser difíciles de traducir de un idioma a otro⁹². Las diferencias entre los sistemas jurídicos y culturas legales complican todavía más la tarea de traducir los conceptos jurídicos. De hecho, entre más alejadas las estructuras lingüísticas y los sistemas jurídicos, más difícil será traducir los términos legales sin

⁹⁰ Tabory, M., *op. cit.*, p. 177.

⁹¹ Agradezco a la Profesora Gabriela Rodríguez por esta observación. Por ejemplo, el término ‘goods’ es expresado en México como ‘mercancías’, mientras que en Colombia es ‘mercaderías’. El texto en español del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se refiere a los paneles de solución de diferencias como ‘panel(es)’ (ver artículos 1903-1905, 1909, 2008, 2011, 2015-2019, entre otros), mientras que el texto en español del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC se refiere a ‘grupo especial’ o ‘grupos especiales’ (ver artículos 6-16, entre otros). De manera similar, para ‘adhesión’, el TLCAN usa el término ‘accesión’ (artículo 2204), mientras que el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio usa el término ‘adhesión’ (artículo XII). En un caso reciente de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, la disputa se centró en la interpretación y traducción al inglés y francés de la frase en español “con objetos de comercio”, que definía el alcance de la libertad de navegación de Costa Rica sobre el Río San Juan bajo el Tratado de Límites de 1858. Sentencia, 13 de julio de 2009, <http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15321.pdf?PHPSESSID=b51c86918987ffb9d3478faf043a742f>, par. 43-45, 51- 56.

⁹² Ver Caso sobre las plantas de celulosas sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay), sentencia, 20 de abril de 2010, <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>, par. 81. En ese caso, el texto original en español y la traducción al francés del artículo 7 del Estatuto de 1975 distinguían entre la obligación de informar (“comunicar”) y la obligación de notificar (“notificar”). No obstante, la traducción al inglés usó el mismo verbo “notificar” respecto a ambas obligaciones procesales. Para ajustarse a la versión original en español, la Corte Internacional de Justicia distinguió entre obligación de comunicar y la obligación de notificar en ambas versiones lingüísticas de la sentencia.

alterar el significado⁹³. En el caso de la OMC, el inglés, el francés y el español no son tan lejanos, al menos en términos relativos⁹⁴. Prácticamente usan alfabetos idénticos y tienen una cantidad considerable de vocabulario común, mucho del cual se basa en el latín. Además, cada uno de los tres idiomas ha incorporado vocabulario de los otros dos. Si bien hay algunas diferencias en la estructura de cada lengua, éstas son prácticamente mínimas. Por lo tanto, debería ser relativamente fácil comparar los textos de forma rutinaria en la OMC.

La experiencia hasta la fecha en la OMC sugiere que el carácter plurilingüe de los Acuerdos de la OMC no vuelve a la interpretación de tratados en algo mucho más difícil en comparación de lo que sería con un texto auténtico en un solo idioma. Más bien, la cuestión principal en el contexto de la OMC es la falta de un enfoque coherente en la forma en que los grupos especiales y el Órgano de Apelación recurren a los tres textos auténticos cuando interpretan las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Además, el Órgano de Apelación no suele distinguir, o confunde, las diferentes normas que figuran en el artículo 33 de la Convención de Viena. Esto ocurre con menos frecuencia en los informes de los grupos especiales; tal vez porque es menos probable que éstos indiquen qué aspecto del artículo 33 es aplicable en la comparación de textos. En el día a día, el Órgano de Apelación y las partes en las controversias tratan el texto en inglés como si se tratara de un texto “matriz”, aunque esto no forma parte de las normas del artículo 33 y que la Comisión de Derecho Internacional no estuvo de acuerdo con ese punto. Los

⁹³ Véase Aceves, W.J., “Ambiguities in Plurilingual Treaties: A Case Study of Article 22 of the 1982 Law of the Sea Convention”, *Ocean Development and International Law Journal*, Vol. 27, 1996, pp. 206-207. Grossfeld, B., “Language and the Law”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 50, 1985, p. 801.

⁹⁴ En realidad, como el francés y el español son lenguas romance, virtualmente comparten la misma estructura y una puntuación similar. Muchos términos legales son prácticamente idénticos en estos dos idiomas. Como resultado, los textos en francés y español son a menudo más cercanos entre sí que en relación al texto en inglés, pero no siempre es el caso. Agradezco a la Profesora Gabriela Rodríguez por esta observación.

grupos especiales parecen menos propensos a tratar el inglés como un texto “matriz”, sobre todo cuando recurren a la comparación de textos para resolver ambigüedades en los tres textos auténticos. Al igual que el Órgano de Apelación y las partes en disputa, los grupos especiales a menudo se refieren a los textos en francés y en español para confirmar su interpretación del texto en inglés. Esta práctica se aparta de las normas del artículo 33 y del concepto de igualdad de los idiomas que es citado en los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional. Por la divergencia entre el artículo 33 y la práctica de la OMC, parece que se están modificando las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados establecidas en el artículo 33 y analizadas en los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional.

(iv) Buena fe (Pacta sunt servanda)

En virtud del artículo 26 de la Convención de Viena, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe (*Pacta sunt servanda*). Como subraya el Órgano de Apelación, una aplicación de este principio general — la doctrina del abuso de derecho — prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, de forma razonable⁹⁵. Hay una presunción de que los Miembros de la OMC acatarán de buena fe las obligaciones derivadas de los tratados, como lo exige el principio *pacta sunt servanda*⁹⁶. No se puede concluir que un Miembro de la OMC no ha actuado de buena fe

⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 158.

⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafo 278. Véase también *CE – Accesorios de tubería*, párrafo 127.

simplemente porque ha infringido una disposición sustantiva de un tratado. Sería necesario probar más que una simple infracción para respaldar tal conclusión⁹⁷.

El artículo 3.10 del ESD dispone que “todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolver [la diferencia]”, lo que implica la pronta identificación por cada parte de las cuestiones de hecho y de derecho pertinentes con el fin de dar a las demás partes, incluidos los terceros, la oportunidad de responder⁹⁸.

(v) Derecho interno no justifica incumplimiento

En virtud del artículo 27 de la Convención de Viena, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado⁹⁹. Además, la forma en que el derecho interno de un Miembro de la OMC clasifica un artículo no puede ser, por sí mismo, determinante sobre la interpretación de las disposiciones de los Acuerdos abarcados de la OMC¹⁰⁰.

(vi) Aplicación no retroactiva de los tratados

El artículo 28 de la Convención de Viena establece que, si no hay una intención contraria, las disposiciones del tratado no se aplican a ninguna situación que “haya dejado de existir” antes de la entrada en vigor del tratado para una parte en él. El artículo 28 implica también que, a falta de una intención en contrario, las obligaciones del tratado

⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Ley de Compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 298. Véase también Zeitler, Helge Elisabeth, “‘Good Faith’ in the WTO Jurisprudence – Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism?”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 8, 2005, pp. 721-758.

⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 269. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*, párrafo 89.

⁹⁹ Véase Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.80.

¹⁰⁰ Véase Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Madera blanda IV*, párrafo 65.

son aplicables a cualquier situación que, aunque se haya producido en el pasado, persista después de la entrada en vigor del nuevo tratado¹⁰¹.

(d) Otros principios de interpretación

No todas las normas de interpretación de tratados están explícitamente expresadas en los artículos de la Convención de Viena. En esta sección, vemos brevemente unos principios importantes que se ha utilizado en la jurisprudencia de la OMC.

(i) El principio de *effet utile*

Un principio fundamental de la interpretación de los tratados que se desprende de la regla general de interpretación establecida en el artículo 31 es el principio de efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*). En el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación señaló que “uno de los corolarios de la ‘regla general de interpretación’ de la Convención de Viena es que la interpretación ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado”¹⁰². Entonces, no se puede adoptar una interpretación que reduzca cláusulas o párrafos enteros a la redundancia o la inutilidad¹⁰³. Hay que interpretar a todos los términos de un tratado de forma que dé sentido a todos, de una forma armoniosa¹⁰⁴.

¹⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Período de protección mediante patente*, párrafo 72. Véanse también Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Coco desecado*, página 17; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafos 235 y 237; e Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafo 200.

¹⁰² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 26.

¹⁰³ *Ibidem*, página 23.

¹⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Productos lácteos*, párrafo 81. Véanse también los informes del Órgano de Apelación en: *Estados Unidos – Ropa interior*, página 17; *Canadá – Productos lácteos*, párrafo 133; *Argentina – Calzado (CE)*, párrafo 81; *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 338; *Estados Unidos – Ley de Compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 271; y *Estados Unidos – Algodón americano (Upland)*, párrafo 549.

(ii) El principio in dubio mitius

El principio de interpretación *in dubio mitius*, es un medio complementario de interpretación. Se ha expresado en los términos siguientes:

El principio *in dubio mitius* se aplica para interpretar los tratados, por deferencia a los Estados soberanos. Si el significado de un término es ambiguo, ha de preferirse el significado que sea menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de una parte, o implique restricciones menos generales para las partes¹⁰⁵.

En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, el Órgano de Apelación aplicó este principio de la siguiente forma:

No podemos suponer a la ligera que Estados soberanos tuvieran la intención de imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos pesada, haciendo obligatoria la conformidad con esas normas, directrices o recomendaciones o el cumplimiento de ellas. Para sustanciar tal supuesto o una interpretación de tan largo alcance, sería necesario que en el tratado se utilice un lenguaje mucho más concreto e imperativo que el del artículo 3 del Acuerdo MSF¹⁰⁶.

(iii) Presunción contra el conflicto

En el derecho internacional público hay una presunción contra el conflicto entre obligaciones jurídicas internacionales¹⁰⁷. Entonces, hay que interpretar los acuerdos de la OMC en su conjunto para evitar, hasta donde sea posible, el conflicto entre las reglas de distintos acuerdos de la OMC. De la misma forma, hay que interpretar el derecho de la

¹⁰⁵ Jennings, R. y Watts, A. (eds.), *Oppenheim's International Law*, Oxford University Press, 9a. edición, Vol. I (Longman, 1992), p. 1278. La jurisprudencia pertinente incluye los casos siguientes: Caso de las pruebas nucleares (Australia c. Francia), (1974), Informes de la C.I.J., página 267 (Corte Internacional de Justicia); Acceso de los buques de guerra polacos al puerto de Danzig (1931) Serie de la C.P.J.I A/B, N° 43, página 142 (Corte Permanente de Justicia Internacional); Arbitraje EE.UU. – Francia sobre los Servicios de Transporte Aéreo, (1963) 38 Informes Jurídicos Internacionales 243 (Tribunal de Arbitraje); Reclamación De Pascale, (1961) 40 Informes Jurídicos Internacionales 250 (Comisión de Conciliación Italo – Estadounidense). Véanse también Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, 4a. edición, 1990, p. 631; Rousseau, C., *Droit International Public*, Vol. I (22, Rue Soufflot Paris V, 1990), p. 273; Carreau, D., *Droit International*, Editions A. Pedone, 4a. edición, 1994, p. 142; Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, 9a. edición, Vol. I, 1991, pp. 163-164; Conforti, B., *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, 3a. edición, 1987, pp. 99-100.

¹⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 165. Véase también el inciso 17.6 (ii) del Acuerdo Antidumping.

¹⁰⁷ Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Autos*, párrafo 14.28. Véase también Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, *op. cit.*, p. 240.

OMC de una manera compatible con el derecho internacional público. Cuando hay dos posibles interpretaciones de un término, se prefiere la interpretación que evite el conflicto con otras normas¹⁰⁸. No obstante, cuando el término utiliza un lenguaje explícito que impida una interpretación armoniosa, hay que solucionar el conflicto de otra forma. Se entiende el término “conflicto” entre normas como inconsistente, incompatible o contradictorio¹⁰⁹.

Cuando haya conflicto entre el Acuerdo sobre la OMC y otro acuerdo multilateral de comercio de la OMC, prevalece el primero, en el grado que haya conflicto¹¹⁰. Sin embargo, no hay una cláusula general que determine la relación entre el derecho de la OMC y el resto del derecho internacional. El derecho internacional consuetudinario aplica a todos los Estados, pero los tratados sólo a sus partes (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)¹¹¹. Hay que ver la cuestión de conflicto desde la perspectiva del Estado. Si hay una diferencia entre dos Estados, no puede haber conflicto entre dos tratados sino cuando ambos son vinculantes para los mismos.

Hay dos formas para solucionar conflictos entre el derecho de la OMC y otros tratados: por medio de cláusulas de conflicto en otros tratados o por medio de las reglas generales del derecho internacional sobre conflictos entre tratados¹¹². Cuando no haya cláusula de conflicto, se usan dos reglas generales para averiguar la intención de las partes. La primera es que se presume que el tratado posterior prevalece sobre el tratado anterior sobre el mismo asunto (*lex posterior*)¹¹³. Un problema con esta presunción es que

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 241.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 169.

¹¹⁰ Acuerdo sobre la OMC, artículo XVI:3.

¹¹¹ Véase Pauwelyn, J., “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *op. cit.*, p. 544.

¹¹² Véase Convención de Viena, artículo 30.

¹¹³ Véase Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 603 y Lord McNair, *op. cit.*, p. 219, y p. 218, nota 2.

la fecha pertinente puede variar con la fecha de consentimiento de cada Estado. La segunda es que se presume que el tratado más específico prevalece sobre el tratado más general (*lex specialis*)¹¹⁴. La Nota interpretativa general al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC estipula que, en caso de conflicto entre una disposición del GATT y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A (es decir, los Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías) prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro Acuerdo. Sin embargo, si no hay conflicto, ambos acuerdos pueden aplicarse¹¹⁵.

(e) La OMC y el derecho internacional público

La competencia de los grupos especiales y el Órgano de Apelación en la interpretación de normas de derecho es limitada. Sólo pueden interpretar los “acuerdos abarcados”. Por eso, no deben decidir si una norma se ha cristalizado en un principio de derecho internacional general o consuetudinario. En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, el Órgano de Apelación consideró que era imprudente (e innecesario) que tomara posición sobre la cuestión de si el principio de cautela se ha cristalizado en un principio general del derecho internacional consuetudinario¹¹⁶. Además, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que el principio de cautela, en caso de que formara parte del derecho internacional consuetudinario, no

¹¹⁴ Véase Lord McNair, *op. cit.*, página 219.

¹¹⁵ Véanse Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 77; Informe del Órgano de Apelación *CE – Sardinias*, párrafo 313; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Bananos III*, párrafo 204; Informe del Grupo Especial, *CE – Sardinias*, párrafos 7.15-7.16; Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Automóviles*, párrafos 14.61-14.63; Informe del Grupo Especial, *Canadá – Automóviles*, párrafos 10.63-10.64; Informe del Grupo Especial, *India – Automóviles*, párrafos 7.157-7.161; Informe del Grupo Especial, *CE – Sardinias*, párrafos 7.15-7.16; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Bananos III*, párrafo 204; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón americano (Upland)*, párrafo 571; e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 – CE)*, párrafo 192.

¹¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 123.

podría prevalecer sobre las disposiciones del acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias. Entonces, si hay conflicto entre un principio de derecho internacional consuetudinario y una disposición inequívoca de un acuerdo abarcado, prevalece el último.

No obstante, se pueden tomar en cuenta los principios de derecho internacional general en la interpretación de los acuerdos abarcados, no como parte del contexto, como se usa este término en el artículo 31 (1) y 31 (2) de la Convención de Viena, sino como norma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes bajo el artículo 31 (3) (c), o como las circunstancias de celebración del tratado bajo el artículo 32¹¹⁷.

La relación entre el derecho de la OMC y el derecho internacional público depende de las circunstancias en las cuales las normas del derecho internacional público puedan aplicarse a la interpretación de los acuerdos abarcados¹¹⁸. La creación de derecho internacional depende del consentimiento de los Estados. Sin consentimiento, no hay obligación (*pacta tertiis nec nocent*)¹¹⁹. Por lo tanto, cuando los tratados son la fuente de obligaciones internacionales, sólo vinculan a las partes. Con excepción del principio de *jus cogens*, no hay jerarquía inherente entre las reglas del derecho internacional general y los tratados; ambos se derivan del consentimiento de los Estados¹²⁰. En principio, las reglas del derecho internacional consuetudinario (la costumbre) se aplican a todos los Estados; en este sentido, llena los “huecos” entre tratados¹²¹.

¹¹⁷ Véase Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 129-130.

¹¹⁸ Véase Pauwelyn, Joost, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *op. cit.*, p. 535.

¹¹⁹ Véase Convención de Viena, artículo 34.

¹²⁰ Véase Convención de Viena, artículo 53.

¹²¹ Véase Pauwelyn, Joost, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *op. cit.*, p. 535.

4. Conclusión

El efecto del derecho de la OMC en los sistemas jurídicos nacionales depende del marco jurídico de cada Miembro. En los sistemas dualistas, los tratados internacionales sólo tienen efecto en el derecho nacional después de un acto de incorporación, como la promulgación de una ley que los implementa. En los sistemas monistas, los tratados internacionales tienen efecto automático en el derecho nacional, una vez que hayan sido aprobados según el procedimiento constitucional. La jerarquía de los tratados en relación con las demás leyes nacionales o estatales, depende de las reglas específicas de cada país.

Hay múltiples fuentes de derecho de la OMC. Sin embargo, sus efectos jurídicos dependen de su relación con los acuerdos abarcados, las normas de interpretación de los tratados, y el nivel de ambigüedad de los términos. Se pueden resumir estas fuentes de la siguiente forma: (1) los acuerdos abarcados, incluyendo las Listas de concesiones arancelarias del GATT y las Listas de compromisos específicos del AGCS; (2) las decisiones y declaraciones ministeriales, enmiendas, interpretaciones, y exenciones; (3) los informes adoptados de los grupos especiales y del Órgano de Apelación; (4) la práctica seguida bajo la OMC y el GATT; (5) la costumbre internacional; (6) los principios generales de derecho; (6) otras fuentes de derecho internacional, como los tratados internacionales; (7) las decisiones judiciales de la Corte Internacional de Justicia; y (8) las doctrinas de los autores de mayor competencia.

A pesar de que la interpretación de tratados bajo el artículo 31 de la Convención de Viena sea un solo ejercicio, en la práctica hay que aplicar esta regla y las demás reglas de interpretación paso por paso. Se pueden resumir estos elementos de análisis así: (1) el sentido corriente de los términos del tratado (con referencia a diccionarios, otras fuentes

pertinentes, y los idiomas de los textos auténticos; aplicando los principios de buena fe, efecto útil); (2) el contexto de los términos del tratado (el texto; los preámbulos y anexos; todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado); (3) el objeto y fin de los términos del tratado; (4) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; (5) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; (6) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; (7) los medios de interpretación complementarios, en particular los trabajos preparatorios del tratado; (8) la conciliación de las discrepancias entre las versiones auténticas de los acuerdos que no se pueden resolver por medio de la aplicación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena; (9) la presunción contra el conflicto entre obligaciones internacionales; y (10) la solución de conflictos según cláusulas de conflicto o las presunciones de *lex posterior* o *lex specialis*.

El efecto jurídico de las interpretaciones de los tribunales y de los órganos de la OMC se puede condensar de la siguiente forma. En los informes adoptados, las interpretaciones de grupos especiales y el Órgano de Apelación son jurídicamente vinculantes sólo para las partes en litigio, pero deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia. Los informes no adoptados de grupos especiales carecen de valor normativo. Las interpretaciones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General son jurídicamente vinculantes para todos los Miembros de la OMC.

Respecto a la competencia de los grupos especiales y el Órgano de Apelación en la interpretación de normas de derecho, puede decirse que sólo tienen facultad para interpretar los acuerdos abarcados. No pueden decidir si una norma se ha cristalizado en un principio de derecho internacional general o consuetudinario. Pueden tomar en cuenta los principios de derecho internacional general en la interpretación de los acuerdos abarcados, no como parte del contexto, sino como norma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes o como parte de las circunstancias de la celebración del tratado.