

LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA OMC Y LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES

Bradly J. Condon

1. Introducción

El impacto de los acuerdos comerciales regionales sobre el sistema multilateral es una cuestión importante en el derecho económico internacional, sobre todo con el creciente número de tales acuerdos en el mundo.¹ Está prevista que el número de acuerdos comerciales regionales llegue a cerca de 400 para el año 2010.² Entre los más conocidos hay la Unión Europea, la Asociación Europea de Libre Comercio, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Zona de Libre Comercio de la ASEAN (Asociación de Naciones del Asia Sudoriental). Mientras los acuerdos regionales están permitidos por el artículo XXIV del GATT, el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y la Cláusula de Habilitación, su proliferación ha vuelto preocupante. En la opinión del Director General de la OMC, Pascal Lamy, la proliferación de acuerdos comerciales regionales “suscita inquietud: inquietud por la incoherencia, la confusión, el aumento exponencial de los costos para las empresas, la falta de previsibilidad e, incluso, la falta de equidad en las relaciones comerciales.”³ Por lo tanto, hay muchos estudios recientes sobre la cuestión de la relación entre los acuerdos comerciales regionales y la OMC.⁴ Las normas de la OMC sobre los acuerdos comerciales regionales es también uno de los temas de negociación de la Ronda de Doha.⁵

La solución de diferencias es un aspecto institucional fundamental en los acuerdos comerciales internacionales. Sin embargo, a pesar de la importancia de los sistemas de solución de diferencias, hay relativamente poca literatura y poca jurisprudencia sobre la relación entre el sistema de solución de diferencias de la OMC y los sistemas de solución de diferencias en los acuerdos regionales.⁶ El sistema de solución de diferencias de la

¹ La proliferación de acuerdos regionales forma parte del problema general de la fragmentación del derecho internacional.

² OMC, Acuerdos comerciales regionales, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm, consultado el 10 de abril de 2008.

³ Pascal Lamy, “La proliferación de los acuerdos comerciales regionales ‘genera preocupación’”, 10 de septiembre de 2007, http://www.wto.org/spanish/news_s/sppl_s/sppl67_s.htm, consultado el 10 de abril de 2008.

⁴ Véanse, por ejemplo, Simon Lester and Bryan Mercurio (eds) *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Análisis* (Cambridge University Press, 2008); Simon Lester and Bryan Mercurio (eds) *Bilateral and Regional Trade Agreements: Case Studies* (Cambridge University Press, 2008); Ross Buckley, Vai Io Lo and Laurence Boule (eds) *Challenges to Multilateral Trade: The Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements* (Kluwer Law International, The Hague, 2008); UNCTAD, Informe sobre el comercio y el desarrollo 2007: Cooperación regional para el desarrollo, 5 de septiembre de 2007, <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=8951&intItemID=2068&lang=3&mode=downloads>, consultado el 10 de abril de 2008.

⁵ Declaración ministerial, WT/MIN(01)/DEC/1, adoptada el 14 de noviembre de 2001, párrafo 29, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm.

⁶ Entre la literatura sobre este tema hay: Joost Pauwelyn, *Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA ‘Spaghetti Bowl’ is Cooking*, *Journal of International Economic Law* (2006); David Morgan, *Dispute Settlement under PTAs: Political or Legal?* en Ross Buckley, Vai Io Lo and Laurence

Organización Mundial de Comercio (OMC) consiste en Órgano de Solución de Diferencias (OSD), los grupos especiales (también llamados paneles o pannels) y el Órgano de Apelación. Las reglas formales de este sistema se encuentran en el *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias* (ESD) y las reglas de procedimiento de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. El sistema de solución de diferencias de la OMC es más desarrollado que la mayoría de los sistemas de solución de diferencias que se encuentran en los acuerdos comerciales regionales. Por ejemplo, a diferencia de la OMC, el TLCAN no tiene un procedimiento de apelación.

David Morgan ha notado dos diferencias importantes entre el sistema de la OMC y los sistemas de solución de diferencias de los acuerdos regionales: (1) es más común el recurso a mecanismos políticos y diplomáticos, en lugar de sistemas jurídicos más formales, en los acuerdos regionales; y (2) la ausencia de un recurso de apelación en la mayoría de acuerdos regionales. La preferencia para los mecanismos políticos y diplomáticos es el resultado de las relaciones estratégicas y políticas que existen entre muchos socios en los acuerdos regionales. La naturaleza de estas relaciones bilaterales o regionales, también explica porque hay relativamente menos disputas formales entre los miembros de acuerdos regionales, comparado con el sistema de la OMC. Otras razones por la relativa falta de disputas formales son la ausencia de mecanismos eficaces para la implementación y el cumplimiento en muchos acuerdos regionales y el poder asimétrico de los socios más grandes en ese contexto. Además, muchos acuerdos regionales permiten la opción de recurrir al sistema de la OMC para solucionar las diferencias comerciales entre los miembros de acuerdos regionales. La opción de recurrir a la OMC, junto con la naturaleza política y estratégica de las relaciones entre los miembros de muchos acuerdos regionales, también explican la ausencia del recurso a un órgano de apelación en los acuerdos regionales.⁷ Los acuerdos comerciales que la Unión Europea ha celebrado representan un buen ejemplo de la categoría de acuerdos regionales en donde se prefieren las soluciones políticas a las diferencias, en lugar de utilizar mecanismos más formales.⁸ El TLCAN representa un buen ejemplo de un acuerdo regional que ha utilizado mecanismos formales, sobre todo en las diferencias relativas a la inversión extranjera y las medidas antidumping y compensatorias.

Este artículo analiza la cuestión de selección de foro entre el sistema de solución de diferencias de la OMC y de los acuerdos comerciales regionales. Esta cuestión surge

Boulle (eds) *Challenges to Multilateral Trade: The Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements* (Kluwer Law International, The Hague, 2008); y Gary Horlick and Fernando Piérola, *Dispute Settlement in the WTO and in 'North-South' Agreements of the Americas: Considerations for the Choice of Forum*, Inter-American Development Bank (2006).

⁷ David Morgan, *Dispute Settlement under PTAs: Political or Legal?* en Ross Buckley, Vai Io Lo and Laurence Boulle (eds) *Challenges to Multilateral Trade: The Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements* (Kluwer Law International, The Hague, 2008).

⁸ Véanse Edna Ramírez Robles, *Political & quasi-judicative dispute settlement models in European Union Free Trade Agreements: Is the quasi-judicative model a trend or is it just another model?* WTO Working Paper ERSD-2006-09, November 2006, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200609_e.htm y Bradly J. Condon, *EU – Mexico FTA: Case Study*, en *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary, Analysis and Case Studies*, Simon Lester and Bryan Mercurio, eds (Cambridge University Press, 2008).

cuando los países miembros del acuerdo regional pertinente son también miembros de la OMC. Primero se analiza el alcance del sistema de solución de diferencias de la OMC. Después se analiza la cuestión de selección de foro. Se analizan estas cuestiones desde la perspectiva de las disposiciones jurídicas pertinentes y la jurisprudencia de la OMC y, en su caso, algunos acuerdos regionales. También se analiza el efecto de la jurisprudencia de la OMC en la solución de diferencias en los acuerdos regionales, por medio de la jurisprudencia del TLCAN sobre esta cuestión.

2. Alcance del ESD

(a) Acuerdos abarcados

El artículo 1.1 del ESD dispone que las normas y los procedimientos del ESD serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del ESD (los “acuerdos abarcados”). Éstos “acuerdos abarcados” son:

A) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio

B) Acuerdos Comerciales Multilaterales

Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías

Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales

Anexo 4: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles; Acuerdo sobre Contratación Pública;

Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos; Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino

(b) Función del ESD

El artículo 3.2 del ESD dispone lo siguiente:

El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio....[S]irve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

En el asunto *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, el Órgano de Apelación señaló que aportaría la “seguridad y previsibilidad” al sistema multilateral de comercio teniendo en cuenta que las reglas OMC no son tan rígidas ni tan inflexibles para no dejar lugar para los fallos razonados para enfrentar los hechos reales de los casos reales del mundo real.⁹ En el asunto *Estados Unidos – Camisas y blusas*, el Órgano de Apelación consideró que la frase “aclarar las disposiciones vigentes” no requiere que los grupos especiales o el Órgano de Apelación “crean derecho” por medio de la clarificación de disposiciones que quedan fuera del ámbito de una diferencia, sino que un grupo especial sólo necesita

⁹ *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, Informe del Órgano de Apelación, página 31. Véase también *Estados Unidos – Artículo 301 de la ley de comercio exterior*, párrafo 7.75.

considerar las reclamaciones necesarias para resolver el asunto de la diferencia.¹⁰ De la misma manera, el grupo especial tampoco está obligado a considerar cada argumento hecho por las partes.¹¹

En el informe *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación subrayó que la regla general de interpretación de los tratados del artículo 31 de la Convención de Viena y el artículo 32 de la Convención de Viena “se ha elevado a la condición de norma del derecho internacional consuetudinario o general”.¹² Los grupos especiales y el Órgano de Apelación siguen las reglas de la Convención de Viena en la interpretación de los acuerdos abarcados, junto con otras reglas de interpretación del derecho consuetudinario internacional. Para no “entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”, los grupos especiales y el Órgano de Apelación deben de enfocarse en las palabras de los acuerdos, y no las palabras que el intérprete cree que debe de haberse utilizado.¹³

Las recomendaciones y resoluciones del OSD pueden aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados que son la fuente de los derechos y obligaciones de los Miembros, pero no son por sí mismos la fuente de esos derechos y obligaciones. No obstante, para que el sistema de solución de diferencias aporte seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, es importante mantener consistencia en la interpretación y la aplicación de las disposiciones de los acuerdos abarcados. Por eso, los grupos especiales y el Órgano de Apelación suelen orientarse con los informes anteriores. Según el Órgano de Apelación, seguir las conclusiones a que ha llegado el Órgano de Apelación en diferencias anteriores no sólo es apropiado, sino que es precisamente lo que se espera de los grupos especiales, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas.¹⁴

(c) Nexo “medida” y “Miembro” (artículo 3.3 del ESD)

El artículo 3.3 del ESD se refiere a “la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro”. De esta forma, el ESD identifica el nexo necesario entre una “medida” y un “Miembro”. Significa que, en principio, cualquiera acción u omisión que se puede atribuir a un Miembro (normalmente un órgano del gobierno) puede ser una “medida” que está sujeta a la solución de diferencias.¹⁵ Las medidas que pueden ser objeto de solución de diferencias en la OMC pueden incluir no sólo actos de aplicación de una ley en una situación específica, sino también actos que establecen reglas o normas destinadas

¹⁰ *Estados Unidos – Camisas y blusas*, Informe del Órgano de Apelación, páginas 17-18.

¹¹ *CE – Productos avícolas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 135.

¹² *Estados Unidos – Gasolina*, Informe del Órgano de Apelación, página 19. Véase también Profesor Georges Abi-Saab, *The Appellate Body and Treaty Interpretation*, in Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich y Jan Bohanes, eds, *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*.

¹³ Véanse *India – Patentes (Estados Unidos)*, párrafos 45-46 y *CE – Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 181.

¹⁴ *Estados Unidos – Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (Argentina)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 188.

¹⁵ *Estados Unidos – Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 81.

a ser aplicadas de manera general y prospectiva.¹⁶ Además, los instrumentos de un Miembro que contengan reglas o normas pueden constituir una medida, con independencia de si o como esas reglas o normas se apliquen en un caso concreto.¹⁷

El Órgano de Apelación ha hecho hincapié en la gravedad de las impugnaciones de medidas “en sí mismas”, porque tienen aplicación general y futura, procuran impedir *ex ante* que los Miembros realicen ciertos actos y las consecuencias de tales impugnaciones son de mayor alcance que las alegaciones referentes a medidas “en su aplicación”.¹⁸ En principio, puede plantearse una impugnación “en sí misma” contra una medida que no se expresa en forma de documento escrito.¹⁹ Cuando se formula una impugnación contra una medida que no se expresa en forma de documento escrito, la existencia o el contenido de la medida puede ser incierta. Por consiguiente, al impugnar una medida que no se expresa en forma de documento escrito, que constituya una medida de aplicación general y prospectiva, una parte reclamante deberá establecer con claridad, mediante argumentos y pruebas: (1) que la regla o norma alegada es atribuible al Miembro demandado; (2) su contenido exacto; y (3) que es de aplicación general y prospectiva. La parte reclamante tiene que presentar pruebas suficientes por lo que respecta a cada uno de esos elementos para que un grupo especial pueda constatar que la regla o norma puede ser impugnada, en sí misma. Esas pruebas pueden incluir pruebas de la aplicación sistemática de la regla o norma impugnada y las circunstancias concretas que demuestren su existencia. No obstante, esto no significa que se pueda considerar que un simple principio abstracto constituya una regla o norma que puede impugnarse en sí misma.²⁰

La identificación adecuada de una medida impugnada puede ser pertinente para determinar el mandato del grupo especial (véanse los artículos 6 y 7 del ESD), para determinar si el grupo especial haya cumplido con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido (véase el artículo 11 del ESD), la pertinencia de la jurisprudencia anterior (por ejemplo, si la medida ha sido impugnada en un asunto anterior) y el alcance de una apelación.

(d) Anulación o menoscabo

En virtud del artículo 3.8 del ESD, cuando hay una violación de las obligaciones de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda violación de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo

¹⁶ *Estados Unidos – Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 82; *Estados Unidos – Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 187; y *Estados Unidos – Reducción a cero (CE)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 189.

¹⁷ *Estados Unidos – Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 82. Véase también *Estados Unidos – Reducción a cero (CE)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 188.

¹⁸ *Estados Unidos – Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 172; y *Estados Unidos – Reducción a cero (CE)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 189.

¹⁹ *Estados Unidos – Reducción a cero (CE)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 194. Véase también *Estados Unidos – Reducción a cero (Japón)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 74-77 y 83-88.

²⁰ *Estados Unidos – Reducción a cero (CE)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 197-198.

abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación.²¹ Sin embargo, esta presunción no aplica en el contexto del artículo 5 (b) del Acuerdo SMC.²²

(e) Competencia obligatoria

El artículo 23.1 del ESD impone a los Miembros la obligación general de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados recurriendo solamente a las normas y procedimientos del ESD y no a medidas unilaterales.²³ En los apartados (a), (b) y (c) del artículo 23.2 se indican formas específicas y claramente definidas de medidas unilaterales prohibidas, contrarias al artículo 23.1 del ESD. Existe una estrecha relación entre las obligaciones establecidas en los párrafos 1 y 2 del artículo 23. Todas ellas se refieren a la obligación de los Miembros de la OMC de no recurrir a medidas unilaterales.²⁴

El artículo 23.1 no sólo trata de casos concretos de infracción, sino que establece una obligación general de carácter doble. Primero, dispone que todos los Miembros recurrirán al procedimiento multilateral establecido en el ESD cuando traten de que se repare una incompatibilidad con las normas de la OMC. En esas circunstancias, los Miembros tienen que recurrir al sistema de solución de diferencias establecido en el ESD, con exclusión de cualquier otro sistema, en particular un sistema de imposición coercitiva unilateral de los derechos y obligaciones dimanantes de las normas de la OMC. Esta prescripción se podría denominar “cláusula exclusiva para la solución de diferencias”. Segundo, el artículo 23.1 también dispone que los Miembros, cuando recurran al ESD, han de acatar todas las normas y procedimientos del ESD.²⁵ El artículo 23 no se limita a prohibir la adopción de ciertas medidas en diferencias concretas, sino que también establece una disciplina en relación con el procedimiento general que los Miembros de la OMC han de seguir para tratar de que se corrijan incompatibilidades con las normas de la OMC. Las infracciones de las disposiciones expresas del artículo 23 pueden ser de dos tipos diferentes: (1) una medida concreta adoptada en una diferencia dada, o (2) medidas de aplicación general en las que se establezca cierto procedimiento que ha de seguirse y que no obligue a recurrir al sistema de solución de diferencias del ESD o a acatar las normas y procedimientos del ESD.²⁶

²¹ Véase, *inter alia*, *CE – Bananos*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 250; *Turquía – Textiles*, Informe del Grupo Especial, párrafo 9.204; *Guatemala – Cemento II*, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.25; *Argentina – Baldosas de cerámica*, Informe del Grupo Especial, párrafos 6.103-6.105; y *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, Informe del Grupo Especial, párrafos 7.118-7.119.

²² Véase *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.119. Véase también Bradley J. Condon, *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio: Tratados, Jurisprudencia y Práctica* (London: Cameron May, 2007), páginas 343-345.

²³ Dos categorías de medidas comerciales unilaterales que son permitidas, bajo ciertas condiciones, son las medidas antidumping y compensatorias.

²⁴ *Estados Unidos – Determinados productos procedentes de las CE*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 111. Véase también, *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.35.

²⁵ *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.43.

²⁶ *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, 7.46.

3. El problema de la doble fora

Con la proliferación de los acuerdos comerciales regionales, ha surgido el problema de la doble *fora* y la relación entre el sistema de solución de diferencias multilateral y los sistemas de solución de controversias regionales. Es un problema para el sistema de solución de diferencias de la OMC y los sistemas de solución de diferencias regionales. Mientras el artículo 23 confiere la jurisdicción obligatoria al sistema de solución de diferencias de la OMC, los Miembros de la OMC, en su capacidad como miembros de acuerdos regionales, pueden elegir entre distintos sistemas de solución de diferencias o utilizar dos sistemas simultáneamente.

En el contexto del TLCAN, en algunos casos los miembros del TLCAN (el Canadá, los Estados Unidos y México) han recurrido al sistema de solución de diferencias del ESD y del TLCAN para resolver aspectos distintos de las mismas diferencias. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos – Madera blanda*, el Canadá y los Estados Unidos han recurrido al capítulo 19 del TLCAN y al sistema de solución de diferencias del ESD en múltiples ocasiones en ambos foros para resolver cuestiones jurídicas relativas a las medidas antidumping y las medidas compensatorias estadounidenses.²⁷ En el asunto *México – Jarabe de maíz*, los Estados Unidos y México han recurrido al capítulo 19 del TLCAN²⁸ y al sistema de solución de diferencias del ESD en los aspectos de la diferencia relativos a las medidas antidumping mexicanas.²⁹ Además, en otras diferencias indirectamente relacionadas con el asunto *México – Jarabe de maíz*, México ha recurrido al capítulo 20 del TLCAN con la alegación de incumplimiento de los Estados Unidos con sus obligaciones TLCAN relativas al azúcar (donde los Estados Unidos bloquearon la formación del panel del TLCAN) y los Estados Unidos ha recurrido al sistema de solución de diferencias del ESD con la alegación de la violación del GATT de México por los impuestos que México impuso sobre los refrescos que usaban el jarabe de maíz como insumo (en lugar del azúcar).³⁰ A pesar de esta multitud de diferencias en los dos

²⁷ En el contexto de la OMC, véanse los Informes de los Grupos Especiales y los Informes del Órgano de Apelación en los asuntos *Estados Unidos – Artículo 129 (c) (1) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay*; *Estados Unidos – Exámenes del derecho compensatorio sobre la madera blanda procedente del Canadá*; *Estados Unidos – Limitaciones de las exportaciones*; *Estados Unidos – Madera blanda III*; *Estados Unidos – Madera blanda IV*; *Estados Unidos – Madera blanda V*; *Estados Unidos – Madera blanda VI*; y *Estados Unidos – Medida antidumping provisional sobre las importaciones de determinada madera blanda procedente del Canadá*.

²⁸ Decisión Final, Revisión de la Resolución Final de la Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa, Caso MEX -Estados Unidos A-98-1904-1, el 3 de agosto de 2001, [http://www.nafta-sec-](http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/espanol/Capitulo_19_del_TLCAN/Mexicanas/ma98010s.pdf)

[alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/espanol/Capitulo_19_del_TLCAN/Mexicanas/ma98010s.pdf](http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/espanol/Capitulo_19_del_TLCAN/Mexicanas/ma98010s.pdf) y Decisión Final, Revisión de la Resolución Final de la Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa, Caso MEX -Estados Unidos A-98-1904-1, el 15 de abril de 2002, [http://www.nafta-sec-](http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/espanol/Capitulo_19_del_TLCAN/Mexicanas/ma98011s.pdf)

[alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/espanol/Capitulo_19_del_TLCAN/Mexicanas/ma98011s.pdf](http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/espanol/Capitulo_19_del_TLCAN/Mexicanas/ma98011s.pdf).
²⁹ En el contexto de la OMC, véanse *México – Jarabe de maíz*, Informe del Grupo Especial; *México – Jarabe de maíz (Artículo 21.5 – Estados Unidos)*, Informe del Grupo Especial; y *México – Jarabe de maíz (Artículo 21.5 – Estados Unidos)*, Informe del Órgano de Apelación.

³⁰ *México – Impuestos sobre los refrescos*, Informe del Grupo Especial; *México – Impuestos sobre los refrescos*, Informe del Órgano de Apelación.

foros, no se ha aclarado muchos aspectos jurídicos del problema.³¹ Aquí vemos dos aspectos del problema: primero, desde la perspectiva del Grupo Especial o del Panel arbitral, y segundo, desde la perspectiva del “cliente” que tiene que escoger el foro.

(a) La perspectiva del Grupo Especial o del Panel arbitral

Dado que la ley aplicable es distinta en los dos foros (OMC y acuerdo regional), el asunto (como se utiliza ese término en el ESD) es distinto en los dos foros. Por ejemplo, en el contexto del capítulo 19 del TLCAN, el Panel aplica la ley nacional del país que ha aplicado una medida antidumping, mientras la ley aplicable ante el Grupo Especial de la OMC es el derecho de la OMC. Es más que una distinción técnica. La ley nacional tiene que estar consistente con el derecho de la OMC, pero esto no significa que sean idénticos. Por ejemplo, donde el derecho de la OMC guarda silencio, los Miembros pueden tener cierta flexibilidad en los detalles de la sustancia o la aplicación de su ley. Además, en el contexto del capítulo 20 del TLCAN, la ley aplicable es el TLCAN, mientras que en el contexto del ESD, la ley aplicable es el derecho de la OMC.

Aunque el asunto sea distinto, podría surgir el problema de interpretaciones contradictorias entre un Grupo Especial de la OMC y un Panel del TLCAN (o una corte nacional aplicando la misma ley que un Panel del TLCAN aplicaría). En la disputa entre México y los Estados Unidos sobre la aplicación de medidas antidumping sobre las importaciones del jarabe de maíz de los Estados Unidos, los Estados Unidos atacaron las medidas mexicanas ante un Grupo Especial de la OMC y, a la vez, ante un Panel del TLCAN. En el asunto *Jarabe de Maíz de Alta Fructosa*, el Panel del TLCAN aplicó la doctrina de cortesía, en la que un tribunal ejerce deferencia hacia otro y adopta sus determinaciones y conclusiones para evitar, en la medida que sea posible, conflicto o duplicación de esfuerzos.³²

La doctrina de *res judicata* no se aplica entre las decisiones de los Paneles del TLCAN y los Grupos Especiales de la OMC. Para que se aplique la doctrina de *res judicata*, en los dos procedimientos tiene que haber (1) las mismas partes, (2) el mismo asunto y (3) las mismas alegaciones jurídicas.³³ Dado que la ley aplicable no es la misma, no se puede cumplir con el tercer requisito, aún cuando sean las mismas partes y el mismo asunto.

En el asunto *México – Impuestos sobre refrescos*, México solicitó un Panel en virtud del capítulo 20 del TLCAN para resolver una alegación de que los Estados Unidos no habían cumplido con sus obligaciones relativas a la importación del azúcar mexicano (obligaciones que los Estados Unidos tenían en virtud del TLCAN, pero que no tenían en virtud de la OMC). Los Estados Unidos bloquearon la formación del Panel. Entonces,

³¹ Véase Joost Pauwelyn, Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA ‘Spaghetti Bowl’ is Cooking, *Journal of International Economic Law* 2006.

³² Decisión Final, Revisión de la Resolución Final de la Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa, Caso MEX -Estados Unidos A-98-1904-1, el 3 de agosto de 2001, http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/espanol/Capitulo_19_del_TLCAN/Mexicanas/ma98010s.pdf, párrafos 372-389.

³³ Véase Joost Pauwelyn, Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA ‘Spaghetti Bowl’ is Cooking, *Journal of International Economic Law* 2006.

México aplicó un impuesto sobre los refrescos que usaban el jarabe de maíz (lo cual se importaba de los Estados Unidos en su mayor parte). Los Estados Unidos solicitaron un Grupo Especial ante la OMC para considerar el asunto del impuesto sobre refrescos. A diferencia del capítulo 20 del TLCAN, no se puede bloquear la formación de un Grupo Especial en la OMC; si las partes no llegan a un acuerdo sobre la composición de un grupo especial dentro de los 20 días siguientes al establecimiento del grupo especial, cualquiera de las partes puede pedir que el Director General establezca su composición.³⁴

México solicitó que el Grupo Especial decidiera, como cuestión preliminar, declinar su competencia en esta diferencia y que recomendara que las partes sometieran sus reclamaciones respectivas a un panel arbitral, de conformidad con el capítulo 20 del TLCAN, que podía abordar tanto la preocupación de México con respecto al acceso del azúcar de caña mexicano al mercado de los Estados Unidos en el marco del TLCAN como la preocupación de los Estados Unidos respecto de las medidas fiscales de México. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que, con arreglo al ESD, no tenía facultades discrecionales para decidir si ejercer o no su jurisdicción en un asunto que se le había sometido debidamente. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con esta conclusión del Grupo Especial.³⁵

El Órgano de Apelación consideró que la decisión de un grupo especial de declinar el ejercicio de una jurisdicción que le ha sido válidamente conferida parecería entrañar la reducción del derecho del Miembro reclamante de tratar de reparar el incumplimiento de obligaciones en el sentido del artículo 23 del ESD, y de promover una diferencia de conformidad con el artículo 3.3 del ESD. Según el Órgano de Apelación esto no sería compatible con las obligaciones que corresponden a los grupos especiales en virtud del artículo 3.2 y del artículo 19.2 del ESD. Por lo tanto, coincidió con la declaración del Grupo Especial de que no parece que los grupos especiales de la OMC puedan elegir libremente si ejercen o no su jurisdicción. Observó además que México no cuestionaba la constatación del Grupo Especial de que en la controversia en el marco del TLCAN y en la diferencia en el marco de la OMC, ni el objeto ni las respectivas posiciones de las partes era idénticas. México afirmó también que no podía identificar un fundamento jurídico que le permitiera plantear, en un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC, las alegaciones en materia de acceso a los mercados que lleva adelante en el marco del TLCAN.³⁶

En el asunto *Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos*, la Argentina sostuvo que el Brasil no actuó de buena fe al impugnar la medida antidumping de la Argentina, primero ante un Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR y luego, después de haber perdido en ese asunto, iniciar un procedimiento de solución de diferencias ante la OMC contra la misma medida. Según el Grupo Especial, se deben cumplir dos condiciones antes de que pueda concluirse que un Miembro no ha actuado de buena fe. En primer lugar, el Miembro debe haber infringido una disposición sustantiva de los Acuerdos de la OMC. Segundo, debe haber más que una simple infracción. Con respecto a la primera

³⁴ ESD, Artículo 8.7.

³⁵ *México – Impuestos sobre los refrescos*, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 40-57.

³⁶ *México – Impuestos sobre los refrescos*, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 53-54.

condición, la Argentina no había alegado que el Brasil haya infringido alguna disposición sustantiva de los Acuerdos de la OMC al plantear el asunto. Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que no existía fundamento para constatar que el Brasil infringió el principio de buena fe al someter el procedimiento a la OMC.³⁷

La Argentina también alegó que el principio del *estoppel* impedía que el Brasil recurra al procedimiento de solución de diferencias de la OMC. La Argentina sostuvo que el principio del *estoppel* se aplica en circunstancias en las que (1) hay una afirmación de hecho clara e inequívoca; que (2) es voluntaria, incondicional y autorizada y (3) suscita confianza de buena fe. La Argentina sostuvo su argumento por la conducta anterior del Brasil en materia de aplicación de laudos, confirmada mediante la firma del Protocolo de Olivos.³⁸ El artículo 1 del Protocolo de Olivos establece que una vez que una parte decida presentar un asunto en el marco de los foros de solución de controversias del MERCOSUR o de la OMC, esa parte no podrá presentar un asunto posterior respecto del mismo objeto en el otro foro.³⁹ Brasil había firmado el Protocolo de Olivos el 18 de febrero de 2002 y, siete días después, solicitó el establecimiento del grupo especial de la OMC.⁴⁰ Sin embargo, el Protocolo de Olivos del MERCOSUR todavía no estaba vigente.⁴¹ Según Brasil, el hecho de que había planteado una controversia similar ante el Tribunal del MERCOSUR no significaba que había aceptado no plantear la controversia ante la OMC, especialmente dado que la controversia planteada ante el Grupo Especial se basaba en un fundamento jurídico distinto del de la diferencia planteada ante el Tribunal del MERCOSUR. El Brasil sostuvo además que el Protocolo de Olivos no pudo presentarse como una aceptación implícita o expresa de abstenerse de plantear el caso en el sistema de solución de diferencias de la OMC.⁴²

El Grupo Especial no consideró que la Argentina no había establecido que se cumplían estas tres condiciones que la Argentina identificó para la aplicación del principio del *estoppel*. Con respecto a la primera condición establecida por la Argentina, no consideró que el Brasil había hecho una afirmación clara e inequívoca en el sentido de que, al haber sometido un asunto al marco de solución de controversias del MERCOSUR, no recurriría posteriormente al procedimiento de solución de diferencias de la OMC. A este respecto, observó que el *estoppel* sólo podía resultar del consentimiento expreso o, en casos excepcionales, implícito de las partes reclamantes. Con respecto a la tercera condición, observó que debe haber confianza de buena fe en la afirmación, ya sea en detrimento de la parte que confía de esa forma en la afirmación o en beneficio de la parte que hace la afirmación. El simple hecho de que supuestas afirmaciones del Brasil le causen inconvenientes no era suficiente para que la Argentina demuestre que fue inducida a actuar por las seguridades de esas supuestas afirmaciones. Por estos motivos, rechazó la alegación de la Argentina de que el Brasil estaba impedido de recurrir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC.⁴³ El Protocolo de Olivos no modificó la valoración

³⁷ Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos, Informe del Grupo Especial, párrafos 7.34-7.36.

³⁸ Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.37.

³⁹ Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.38.

⁴⁰ Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.37.

⁴¹ Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.29.

⁴² Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.22.

⁴³ Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos, Informe del Grupo Especial, párrafos 7.37-7.39.

del Grupo Especial porque no había entrado en vigor y, según el Grupo Especial, el hecho de que los miembros del MERCOSUR considerasen necesario adoptar el Protocolo de Olivos indicaba que reconocieron que, en ausencia del Protocolo, un procedimiento de solución de controversias en el marco del MERCOSUR podía ser seguido de un procedimiento de solución de diferencias en la OMC respecto de la misma medida.⁴⁴

La Argentina alegó subsidiariamente que, si el Grupo Especial constataba que el Brasil tiene el derecho de recurrir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el Grupo Especial estaba entonces obligado a aplicar la resolución previa del MERCOSUR respecto de la medida impugnada en el presente asunto, como resultado del párrafo 3 (c) del artículo 31 de la Convención de Viena, en virtud del cual habrá de tenerse en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” a los efectos de la interpretación de tratados. El Grupo Especial observó que el artículo 3.2 del ESD trataba de las normas internacionales de interpretación de tratados y la Argentina quisiera que Grupo Especial aplíquese las disposiciones pertinentes de la OMC de una forma determinada en lugar de que las interpretase de una forma determinada. Sin embargo, no existía fundamento en el artículo 3.2 del ESD, o en alguna otra disposición, de que estuviesen obligados a pronunciarse de una forma determinada o a aplicar las disposiciones de la OMC de una forma determinada. Observó que ni siquiera estaban obligados a aplicar las resoluciones que figuran en los informes adoptados de los grupos especiales de la OMC, por lo que no estarían obligados a aplicar las resoluciones de órganos de solución de diferencias ajenos a la OMC. Rechazó los argumentos subsidiarios de la Argentina con respecto al párrafo 3 (c) del artículo 31 de la Convención de Viena.⁴⁵

(b) Selección de foro desde la perspectiva del “cliente”

En la mayoría de las disputas comerciales internacionales, la disputa se centra en los intereses económicos de las empresas privadas. No obstante, en el contexto de la OMC, solamente los gobiernos pueden llevar una disputa a la OMC. Esto significa que una empresa privada que se ve afectada por una medida comercial tiene que pedir a su gobierno poner en marcha los procedimientos del ESD. En el TLCAN, hay tres sistemas de solución de diferencias: el capítulo 20, el capítulo 19 y el capítulo 11. Los capítulos 20 y 19 sirven de ejemplo para analizar las cuestiones que pueden surgir sobre la selección de foro entre la OMC y los acuerdos regionales.⁴⁶

El capítulo 20 del TLCAN es el equivalente del sistema de la OMC. Sólo los gobiernos pueden invocar el capítulo 20 para solucionar las disputas sobre la consistencia con las medidas comerciales con sus obligaciones en virtud del TLCAN. El TLCAN incorpora varias disposiciones del GATT. En los casos donde las disposiciones de ambos acuerdos son aplicables al asunto, la parte demandante puede escoger el foro, con la excepción de

⁴⁴ Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.38.

⁴⁵ Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos, Informe del Grupo Especial, párrafos 7.40-7.42.

⁴⁶ El capítulo 11 del TLCAN permite a los inversionistas extranjeros del TLCAN demandar directamente a los gobiernos anfitriones del TLCAN. Es parecido a los acuerdos binacionales sobre la protección de la inversión extranjera que existen entre los países del mundo. Dado que no hay nada equivalente en la OMC, no se analiza aquí.

los asuntos que involucran cuestiones ambientales.⁴⁷ No obstante, hay diferencias importantes entre el capítulo 20 del TLCAN y el ESD. En el capítulo 20, es posible bloquear la formación de un panel arbitral, mientras no lo es en virtud del ESD. Por eso, los miembros del TLCAN suelen escoger la OMC como foro. Además, se pueden apelar las constataciones jurídicas de los Grupos Especiales de la OMC, mientras que no existe esta posibilidad en el capítulo 20 del TLCAN. No obstante, hay ciertos asuntos que sólo pueden solucionarse en el TLCAN; por ejemplo, las propuestas para cambiar leyes⁴⁸ o la compatibilidad de una medida con obligaciones que existen en el TLCAN, pero no en la OMC; por ejemplo, las obligaciones relativas a los servicios de transporte terrestre.⁴⁹ En tales casos, la aplicabilidad del acuerdo a la medida es determinante en cuanto a la selección del foro.

A diferencia del capítulo 20 del TLCAN, el capítulo 19 del TLCAN guarda silencio sobre la cuestión de la elección del foro entre este capítulo y la OMC.⁵⁰ Por eso, es posible recurrir a los dos foros a la vez. El capítulo 19 permite la sustitución de la revisión judicial en las cortes nacionales de los miembros del TLCAN con la revisión por paneles binacionales de las determinaciones sobre las medidas compensatorias y las medidas antidumping. Los paneles binacionales aplican las mismas normas de examen nacionales que la corte nacional aplicaría. A diferencia, en el sistema OMC los grupos especiales aplican las normas de la OMC (que son muy parecidas a las normas de examen nacionales de los miembros del TLCAN). Entonces, en casos de revisión de la aplicación de las leyes nacionales en las determinaciones sobre las medidas compensatorias y las medidas antidumping, se puede recurrir a los dos foros. No obstante, las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC son prospectivas, mientras las decisiones de los paneles binacionales del Capítulo 19 tienen efecto retroactivo. Esto significa que, con un procedimiento del Capítulo 19 del TLCAN, es posible que se devuelva el dinero coleccionado por medio de las cuotas compensatorias y antidumping, mientras esta no es una posibilidad en la OMC.

Hay otra diferencia importante relativa a los casos de subvenciones y de antidumping. Mientras los Grupos Especiales de la OMC pueden considerar la compatibilidad de la ley nacional de un Miembro con las obligaciones del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo Antidumping o los demás acuerdos abarcados, los paneles binacionales del capítulo 19 del TLCAN no pueden resolver cuestiones de este índole, dado que el TLCAN no impone obligaciones relativas a la sustancia de estas leyes.

4. El efecto jurídico de los informes de la OMC en la solución de diferencias en los acuerdos regionales

Como se notó arriba, los paneles del capítulo 19 del TLCAN aplican el derecho nacional del país importador en la revisión judicial de las medidas antidumping y las medidas compensatorias. El efecto del derecho de la OMC en los sistemas jurídicos nacionales

⁴⁷ Artículo 2005 del TLCAN.

⁴⁸ Artículo 2004 del TLCAN.

⁴⁹ Véase Informe final del Panel, *El asunto de servicios de transporte transfronterizo*, EUA-MEX-98-2008-01, 6 de febrero de 2001, www.nafta-sec-alena.org.

⁵⁰ El Artículo 2005 del TLCAN no se aplica al capítulo 19. Véase los artículos 2004 y 1901.3 del TLCAN.

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. En México, como en otros sistemas monistas latinoamericanos, el derecho de la OMC forma una parte integral del derecho nacional. Entonces, puede surgir la cuestión del efecto de los informes de la OMC en el derecho nacional y, por tanto, en la solución de diferencias bajo el capítulo 19 del TLCAN.

El derecho de la OMC también forma parte del derecho del TLCAN de manera más directa. El TLCAN incorpora varios artículos del GATT y otros acuerdos de la OMC.⁵¹ Cuando una Parte del TLCAN decide reclamar una medida bajo uno de estos artículos, en el sistema de solución de diferencias del capítulo 20 del TLCAN, los paneles del capítulo 20 deben de considerar la jurisprudencia del GATT y de la OMC sobre esos artículos, como lo han hecho en el contexto de artículos que incorporan las excepciones generales del artículo XX del GATT en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos⁵² y en el TLCAN.⁵³ Además, los paneles pueden buscar orientación en la jurisprudencia del GATT y de la OMC cuando se utilizan conceptos similares en otros capítulos del TLCAN, como el capítulo 12 (sobre comercio de servicios) o el capítulo 11 (sobre inversión extranjera). Sin embargo, la aplicabilidad de la jurisprudencia de la OMC a estos conceptos depende del contexto en que se utilizan.⁵⁴

En esta parte, primero se analiza el efecto jurídico del derecho de la OMC en los sistemas jurídicos nacionales y el efecto jurídico de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Después se analiza el efecto jurídico de esa jurisprudencia en la solución de diferencias en el capítulo 19 del TLCAN.

(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 OMC.⁵⁵ El párrafo 4 del artículo XVI, aunque no amplía las obligaciones materiales impuestas por los acuerdos de la OMC, amplía el tipo de medidas sometidas a esas obligaciones (es decir, las leyes y los

⁵¹ Véase por ejemplo TLCAN, Artículos 301(1) (que incorpora el Art. III del GATT), 309(1) (que incorpora el Art. XI del GATT), y 2101 (que incorpora el Art. XX del GATT). Véase también Artículo 103, sobre la relación entre el TLCAN y el GATT.

⁵² Final Report of the FTA Panel, *In the Matter of Canada's Landing Requirement for Pacific COSAT Salmon and Herring*, 16 October 1989, 2 Canadian Trade and Commodity Tax Cases 7162.

⁵³ Informe final del Panel, *El asunto de servicios de transporte transfronterizo*, EUA-MEX-98-2008-01, 6 de febrero de 2001, párrafos 145-146.

⁵⁴ Véase Mireille Cossy, Determining “likeness” under the GATS: Squaring the circle?, Documento de trabajo OMC ERSD-2006-08, 26 de septiembre de 2006, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200608_e.pdf.

⁵⁵ Véanse *Estados Unidos – Ley de 1916 (Japón)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 134-135 y *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 302.

reglamentos y procedimientos administrativos).⁵⁶ Las disposiciones legislativas en cuanto tales, independientemente de su aplicación en un asunto concreto, pueden ser incompatibles con las normas de la OMC.⁵⁷

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 mismos.⁵⁸ Las reservas respecto de una disposición de un Acuerdo Comercial Plurilateral se registrarán por las disposiciones de ese Acuerdo.

En el derecho público internacional, los Estados tienen la obligación de cumplir con lo pactado en tratados (*Pacta sunt servanda*). En los sistemas políticos federales, el gobierno federal es jurídicamente responsable por el cumplimiento de los demás niveles de gobierno⁵⁹ y de las otras ramas de gobierno, con inclusión de la judicial.⁶⁰ Con arreglo al derecho internacional público tradicional, los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.⁶¹ No obstante, los tribunales internacionales no pueden forzar el cumplimiento. Sólo pueden decidir sobre las sanciones permitidos en el tratado.⁶²

(b) El efecto de los tratados dentro del sistema nacional

En los sistemas dualistas, los tratados internacionales sólo tienen efecto en el derecho nacional después de un acto de transformación, como la promulgación una ley que los implementa, y la legislación forma parte del derecho nacional (por ejemplo, en el Canadá y los Estados Unidos).⁶³ Una cuestión jurídica importante es si el acta 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

⁵⁶ *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.41 y nota al pie 652.

⁵⁷ *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.41.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Véase *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, 40 ILM 36 (2001), 13 World Trade & Arbitration Materials 47 (2001) y *The United Mexican States v. Metalclad Corporation* (BCSC), 2001 BCSC 664.

⁶⁰ *Estados Unidos – Camarones*, Informe del Órgano de Apelación.

⁶¹ *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, párrafo 780. Véase también el artículo 27 de la Convención de Viena.

⁶² Véase la parte siguiente de este libro, sobre las contramedidas permitidas en el ESD. Véanse también Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed, 2003 y Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, 2003.

⁶³ Para un análisis del efecto de los tratados en el sistema jurídico de los Estados Unidos, véase *Medellín v. Texas*, Supreme Court of the United States, 552 U.S. (2008). Véase también Bradley J. Condon, Joyce C. Sadka y Tapen Sinha, *Insurance Regulation in North America: Integrating American, Canadian and Mexican Markets* (London and the Hague: Kluwer Law International, 2003), páginas 137 - 138.

en el derecho nacional, una vez que hayan sido aprobados según el procedimiento constitucional, y el tratado forma parte del derecho nacional (por ejemplo, en México).⁶⁴

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 a la implementación de las obligaciones internacionales. En México, Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que los tratados internacionales están por debajo de la Constitución Política, al mismo nivel de las denominadas leyes de carácter general y encima de las otras leyes federales y las leyes estatales. Además, las entidades federales y estatales tienen una obligación directa de implementar las obligaciones de la OMC.⁶⁵ Sin embargo, en el Canadá y los Estados Unidos, las provincias y los estados, respectivamente, tienen la 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 responsable de forzar el cumplimiento con las obligaciones de los acuerdos de la OMC.⁶⁶

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, funcionaban como un “techo” legislativo eficaz para asegurar que nunca se pudiera imponer realmente un derecho que excediera del tipo consolidado del 35 por ciento *ad valorem*. La Argentina no apeló esa constatación del Grupo Especial.⁶⁷

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 era compatible con sus obligaciones en virtud del artículo 23.2 (a) del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que

⁶⁴ Véase Bradley Condon, El derecho de la Organización Mundial de Comercio en el sistema legal mexicano, en Roberto del Cueto et al, coord., Teoría del derecho y dogmática jurídica contemporáneas (2005), 489–510. Véase también Bradley J. Condon, Joyce C. Sadka y Tapen Sinha, Insurance Regulation in North America: Integrating American, Canadian and Mexican Markets (London and the Hague: Kluwer Law International, 2003), páginas 138-139.

⁶⁵ 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> y Gabriela Rodríguez, El orden jurídico nacional y los tratados internacionales, en Roberto del Cueto et al, Teoría del derecho y dogmática jurídica contemporáneas (México: Porrúa/ITAM, 2005), 595-610, página 600.

⁶⁶ Véase Bradley J. Condon, Joyce C. Sadka y Tapen Sinha, Insurance Regulation in North America: Integrating American, Canadian and Mexican Markets (London and the Hague: Kluwer Law International, 2003), páginas 134-138.

⁶⁷ *Argentina – Textiles y vestido*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 54. Véase también *México – Medidas antidumping sobre el arroz*, Informe del Órgano de Apelación, 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.

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 las obligaciones que incumben a los Estados Unidos 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. Esa redacción permitía que la Administración limitara las facultades discrecionales del secretario de comercio exterior de los Estados Unidos (USTR por sus siglas en inglés) de forma que no se formule ninguna determinación de incompatibilidad antes de que hayan concluido los procedimientos del ESD, de manera compatible con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos. Dado que la Administración de los Estados Unidos había sacado de la esfera general de aplicación de la Ley de Comercio Exterior las situaciones reguladas por las normas de la OMC, mediante una declaración de Acción Administrativa (DAA) 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 efectiva.⁶⁸ El Grupo Especial también tomó en cuenta, como jurídicamente vinculantes, las declaraciones unilaterales hechas por los Estados Unidos ante el Grupo Especial de que las facultades discrecionales del USTR se habían limitado de forma que no se pueda formular una determinación de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos del ESD.⁶⁹

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 tratados de libre comercio, las obligaciones impuestas a los Estados se interpretan en el sentido de que crean derechos y obligaciones jurídicamente exigibles para los particulares. No obstante, las normas del GATT y de la OMC no han sido interpretadas como un ordenamiento jurídico que surta efectos directos. Con arreglo a este enfoque, el GATT y la OMC no han creado un nuevo ordenamiento jurídico que se aplique tanto a las partes contratantes o Miembros como a sus nacionales.⁷⁰ Sin embargo, la cuestión de si hay circunstancias en que las obligaciones de los Acuerdos de la OMC confieran a los particulares derechos que hayan de ser protegidos por los tribunales nacionales continúa siendo una cuestión controvertida. En el ordenamiento jurídico de cualquier Miembro dado, siguiendo sus principios constitucionales internos, es posible que se estime que algunas obligaciones confieren derechos a los particulares.⁷¹

⁶⁸ *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, párrafos 7.108-7.109. Véase también *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, el Órgano de Apelación, párrafos 251 y 259.

⁶⁹ *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, párrafos 7.121-7.125. Véase también *Nuclear Test (Australia v. Francia)*, Corte Internacional de Justicia.

⁷⁰ *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.72.

⁷¹ *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.72, nota al pie 661. Véanse también P. Eeckhout, *The Domestic Legal Status of the WTO Agreement: Interconnecting Legal Systems*, *Common Market Law Review*, 1997, página 11 y J. Berkey, *The European*

(c) El efecto jurídico de los informes de la OMC

Los acuerdos abarcados son la fuente fundamental del derecho de la OMC en la solución de diferencias. Además, las Listas de concesiones arancelarias de cada Miembro forman parte integrante del GATT,⁷² así como las Listas de compromisos específicos forman parte integrante del AGCS.⁷³ También hay que tener en cuenta otras fuentes del derecho OMC y del derecho público internacional relacionadas con los acuerdos abarcados.

Los informes adoptados de los grupos especiales y del Órgano de Apelación son jurídicamente vinculantes sólo para las partes en la diferencia. No obstante, los grupos especiales y el Órgano de Apelación suelen examinar los informes anteriores como si fuesen precedentes.⁷⁴ Cuando no se apelan las constataciones o las interpretaciones de los grupos especiales, no tienen el mismo valor jurídico que las del Órgano de Apelación.⁷⁵

En el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas II*, el Órgano de Apelación dijo lo siguiente sobre el efecto jurídico de los informes bajo el GATT y bajo el sistema de la OMC:

No consideramos que las PARTES CONTRATANTES, al decidir adoptar un informe de un grupo especial, tuvieran la intención de que su decisión constituyera una interpretación definitiva de las disposiciones pertinentes del GATT de 1947. Ni estimamos que el GATT de 1994 así lo contemple. El Acuerdo sobre la OMC contiene una justificación específica para llegar a esta conclusión. El párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC dispone que: “La Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales”. El párrafo 2 del artículo IX prevé además que estas decisiones “se tomará [n] por mayoría de tres cuartos de los Miembros”. El hecho de que el Acuerdo sobre la OMC haya establecido de manera tan específica esta “facultad exclusiva” de interpretar el Acuerdo, es razón suficiente para concluir que esta facultad no se concede tácitamente o por inadvertencia en ninguna otra parte.

En el pasado, las decisiones de adoptar informes de grupos especiales en el marco del artículo XXIII del GATT de 1947 eran distintas de la acción colectiva de las PARTES CONTRATANTES prevista en el artículo XXV del GATT de 1947. En la actualidad, su naturaleza sigue siendo distinta de las interpretaciones del GATT de 1994 y de los demás Acuerdos Comerciales Multilaterales abarcados por el Acuerdo sobre la OMC, dadas por la Conferencia Ministerial de la OMC o por el Consejo General. Así se deduce claramente del párrafo 9 del artículo 3 del ESD, según el cual:

Las disposiciones del presente Entendimiento no perjudicarán el derecho de los Miembros de recabar una interpretación autorizada de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC o un acuerdo abarcado que sea un Acuerdo Comercial Plurilateral.

Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting, *European Journal of International Law*, 1998, página 626.

⁷² Párrafo 7 del artículo II del GATT.

⁷³ Párrafo 3 del artículo XX del AGCS.

⁷⁴ Véase *Japón – Bebidas alcohólicas II*, Informe del Órgano de Apelación, páginas 14-15. Véanse también *Estados Unidos – Camarones*, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 118-119; *Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 – Malasia)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 107-109; y *Estados Unidos – Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (Argentina)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 188.

⁷⁵ *Canadá – Publicaciones*, Informe del Órgano de Apelación, nota al pie 28.

...Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia. Sin embargo, no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio. En resumen, el carácter y condición jurídica de estos informes no ha variado tras la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

Por estos motivos, no estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial...de que “los informes de grupos especiales adoptados por las PARTES CONTRATANTES del GATT y por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC constituían la práctica ulteriormente seguida en un caso concreto”, dado que la expresión “práctica ulteriormente seguida” se utiliza en el artículo 31 de la Convención de Viena. Además, tampoco estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial...de que los informes adoptados de grupos especiales constituyen por sí mismos “las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947” a los efectos del apartado b) iv) del artículo 1 del texto del anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC.

No obstante, compartimos la conclusión del Grupo Especial...de que los informes no adoptados de grupos especiales “carecían de valor normativo en el sistema del GATT o de la OMC, puesto que no habían sido avalados por decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT o de los Miembros de la OMC”. Del mismo modo, estamos de acuerdo en que “un grupo especial podía encontrar útiles orientaciones en el razonamiento seguido en un informe no adoptado de un grupo especial que a su juicio fuera pertinente al asunto que examinaba”.⁷⁶

En el asunto *Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 – Malasia)*, el Órgano de Apelación dijo lo siguiente sobre el efecto jurídico de sus informes:

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

...

En consecuencia, el Grupo Especial no incurrió en error al tener en cuenta el razonamiento expuesto en un informe adoptado del Órgano de Apelación—un informe que, además, era directamente pertinente al trato dado por el Grupo Especial a las cuestiones que se le habían sometido. El Grupo Especial actuó correctamente al utilizar nuestras constataciones como instrumento para formular su propio razonamiento.⁷⁷

En el asunto *Estados Unidos – Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (Argentina)*, el Órgano de Apelación dejó claro que los grupos especiales deben de seguir su jurisprudencia:

⁷⁶ *Japón – Bebidas alcohólicas II*, Informe del Órgano de Apelación, páginas 14-15.

⁷⁷ *Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 – Malasia)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 107-109.

En realidad, seguir las conclusiones a que ha llegado el Órgano de Apelación en diferencias anteriores no sólo es apropiado, sino que es precisamente lo que se espera de los grupos especiales, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas.⁷⁸

A pesar de esta jurisprudencia, y el esfuerzo de la gran mayoría de los grupos especiales y del mismo Órgano de Apelación de referirse a la jurisprudencia del GATT y de la OMC en la interpretación de las disposiciones de los acuerdos abarcados, en *Estados Unidos – Acero inoxidable (México)*, el Grupo Especial rechazó abiertamente a la jurisprudencia del Órgano de Apelación sobre la cuestión de la consistencia de la reducción a cero con el Acuerdo Antidumping:

[S]i bien los informes adoptados de grupos especiales sólo son obligatorios para las partes en la diferencia de que se trate, el Órgano de Apelación espera que los grupos especiales posteriores los tomen en consideración en la medida en que las cuestiones que tengan ante sí sean similares a las abordadas por los grupos especiales anteriores....

Esto indica que si bien el ESD no exige a los grupos especiales de la OMC que sigan los informes adoptados de grupos especiales o del Órgano de Apelación, de hecho el Órgano de Apelación espera que lo hagan en la medida en que las cuestiones jurídicas que se abordan sean similares. Sin embargo, también señalamos que el Grupo Especial que se ocupó de la diferencia *Estados Unidos – Reducción a cero (Japón)*, si bien reconoció la necesidad de brindar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio mediante la elaboración de una línea de jurisprudencia coherente sobre cuestiones jurídicas similares, señaló las disposiciones previstas en el artículo 11 y el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, y sugirió que la preocupación por mantener una línea de jurisprudencia coherente no debe impedir que el Grupo Especial lleve a cabo un examen objetivo del asunto que tenga ante sí a través de una interpretación de las disposiciones pertinentes del tratado de conformidad con las reglas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público. Compartimos también la preocupación expresada por el Grupo Especial en la diferencia *Estados Unidos – Reducción a cero (Japón)* en cuanto a la obligación de los grupos especiales de la OMC de llevar a cabo un examen objetivo del asunto que les ha remitido el OSD.

Tras un cuidadoso análisis de las cuestiones abordadas precedentemente, hemos decidido que no tenemos otra opción más que disentir respetuosamente de la línea de razonamiento elaborada por el Órgano de Apelación con respecto a la compatibilidad de la reducción a cero simple en los exámenes periódicos con las normas de la OMC. Somos conscientes de que en dos casos anteriores, *Estados Unidos – Reducción a cero (CE)* y *Estados Unidos – Reducción a cero (Japón)*, el Órgano de Apelación revocó las decisiones de los Grupos Especiales que constataron que la reducción a cero simple en los exámenes periódicos era compatible con las normas de la OMC, y de que nuestro razonamiento, expuesto más adelante, es muy similar a las decisiones de esos Grupos Especiales. Sin embargo, a la luz de la obligación que nos impone el artículo 11 del ESD de llevar a cabo un examen objetivo del asunto que nos ha remitido el OSD, nos vemos obligados a apartarnos del enfoque del Órgano de Apelación por las razones que se exponen a continuación.⁷⁹

En apelación, México adujo que el Grupo Especial había actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no seguir la jurisprudencia establecida del Órgano de Apelación, apoyando su alegación con los párrafos 2 y 3 del artículo 3 del ESD. La respuesta del Órgano de Apelación—citando a sus informes en *Japón – Bebidas alcohólicas II*, *Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 – Malasia)* y *Estados Unidos*

⁷⁸ *Estados Unidos – Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (Argentina)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 188.

⁷⁹ *Estados Unidos – Acero inoxidable (México)*, Informe del Grupo Especial, párrafos 7.104-7.106.

— *Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*—
fue lo siguiente:

Está firmemente establecido que los informes del Órgano de Apelación no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes. Sin embargo, esto no significa que los grupos especiales posteriores tengan libertad para hacer caso omiso de las interpretaciones jurídicas y la *ratio decidendi* de los informes anteriores del Órgano de Apelación adoptados por el OSD.

...

La práctica en materia de solución de diferencias demuestra que los Miembros de la OMC atribuyen importancia al razonamiento expuesto en informes anteriores de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Los informes adoptados de los grupos especiales y del Órgano de Apelación son citados con frecuencia en apoyo de sus argumentos jurídicos por las partes en los procedimientos de solución de diferencias, y los grupos especiales y el Órgano de Apelación se basan en ellos en diferencias posteriores. Además, al promulgar o modificar leyes y reglamentos nacionales relativos a cuestiones de comercio internacional, los Miembros de la OMC tienen en cuenta las interpretaciones jurídicas... en los informes adoptados... En consecuencia, las interpretaciones jurídicas incorporadas en dichos informes se convierten en una parte esencial del acervo del sistema de solución de diferencias de la OMC. Garantizar la “seguridad y previsibilidad” en el sistema de solución de diferencias, de conformidad con lo previsto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, significa que, a menos que existan razones imperativas, los órganos jurisdiccionales deben resolver la misma cuestión jurídica de la misma manera en los asuntos posteriores.

...La creación del Órgano de Apelación por los Miembros de la OMC para examinar las interpretaciones jurídicas formuladas por los grupos especiales demuestra que los Miembros reconocieron la importancia de que haya concordancia y estabilidad en la interpretación de los derechos y obligaciones que les corresponden en el marco de los acuerdos abarcados. Esto es fundamental para promover la “seguridad y previsibilidad” en el sistema de solución de diferencias y para asegurar la “pronta solución” de las diferencias. El hecho de que un grupo especial no siga los informes anteriormente adoptados del Órgano de Apelación en que se abordaron las mismas cuestiones menoscaba el desarrollo de una jurisprudencia coherente y previsible que aclare los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados de conformidad con lo previsto en el ESD. Mediante la labor de aclaración prevista en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD se dilucidan el ámbito y el sentido de las disposiciones de los acuerdos abarcados de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Si bien la aplicación de una disposición puede considerarse circunscrita al contexto en que tiene lugar, la pertinencia de la aclaración que contienen los informes adoptados del Órgano de Apelación no se limita a la aplicación de una disposición en un asunto determinado.

Vemos con gran preocupación la decisión del Grupo Especial de apartarse de la jurisprudencia firmemente establecida del Órgano de Apelación que aclara la interpretación de las mismas cuestiones jurídicas. Como se ha explicado antes, el criterio del Grupo Especial tiene graves consecuencias para el debido funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC. Sin embargo, consideramos que esta omisión por parte del Grupo Especial se derivó, fundamentalmente, de su interpretación descaminada de las disposiciones jurídicas en litigio. Dado que hemos rectificado la errónea interpretación jurídica del Grupo Especial y hemos revocado todas sus constataciones y conclusiones que han sido objeto de apelación, no formularemos en este caso otra constatación en el sentido de que el Grupo Especial también incumplió los deberes que le imponía el artículo 11 del ESD.⁸⁰

Con este informe, quedó bien claro que los informes de los grupos especiales, y en particular los informes del Órgano de Apelación, tienen un efecto parecido a los

⁸⁰ *Estados Unidos – Acero inoxidable (México)*, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 158, 160-162.

precedentes de los sistemas jurídicos “common law” y que se espera la adhesión a los informes anteriormente adoptados del Órgano de Apelación en que se abordaron las mismas cuestiones. Además, se estableció que el efecto jurídico de los informes adoptados surge de las disposiciones del ESD, interpretadas a la luz de la práctica de los Miembros de la OMC.

(d) El efecto jurídico de la jurisprudencia de la OMC en la solución de diferencias en el capítulo 19 del TLCAN

En el asunto sobre *Madera Blanda de Canadá: Determinación Final Antidumping*,⁸¹ un panel binacional del capítulo 19 del 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 Antidumping.⁸²

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 aplica para determinar si la interpretación de una ley por una agencia que administra esa ley es sostenible. Aplicando 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 son 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 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. A diferencia del caso ante la CAFC, el informe del Órgano de Apelación había sido adoptado de acuerdo con el procedimiento interno del Congreso de la Uruguay Round Agreements Act (URAA), secciones 123 y 129, la legislación que implementó los acuerdos de la OMC en el derecho interno de los Estados Unidos. Aplicando la doctrina “Charming Betsy”, el panel concluyó que el Department of Commerce estaba obligado a abandonar la reducción a cero, por ser 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 son obligaciones internacionales y que la doctrina “Charming Betsy” se los aplica. Según el panel, su decisión no cambió el derecho estadounidense, sino que aplicó la ley antidumping de los Estados Unidos, interpretado

⁸¹ In the Matter of Certain Softwood Products from Canada: Final Affirmative Antidumping Determination, USA-CDA-2002-1904-02, Decisión of the Panel Following Remand, 9 de junio de 2005.

⁸² Véase Estados Unidos – Madera blanda V, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 64 y 98. Véanse también Estados Unidos – Reducción a cero (Japón), Informe del Órgano de Apelación, nota al pie 114, el Informe del Grupo Especial, párrafo 7.85 y Estados Unidos – Camarones (Ecuador), Informe del Grupo Especial, párrafos 7.34 y 7.42.

según la doctrina “Charming Betsy”, a las acciones de la agencia. La interpretación de la agencia de un estatuto ambiguo que es inconsistente con una obligación internacional es ilegal y no razonable mientras hay otra interpretación disponible que sea consistente con la obligación internacional.

Si se aplica el mismo razonamiento del panel del TLCAN en Madera Blanda de que la fuente de la obligación es el Acuerdo Antidumping, en lugar del informe del Órgano de Apelación, los informes de la OMC tendrían efecto en un asunto ante un panel binacional del capítulo 19, en el cual se aplica el derecho mexicano. Según el panel binacional en el asunto *Revisión de la resolución final de la investigación antidumping sobre las Importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa*:

Una Parte implicada podrá solicitar que el panel revise, con base al expediente administrativo, una resolución definitiva sobre cuotas antidumping y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora. Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias consisten en leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente. Únicamente para efectos de la revisión por el panel, tal como se dispone en este artículo, se incorporan a este Tratado las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias de las Partes, con las reformas que ocasionalmente se les hagan.

[E]n el marco jurídico mexicano se contienen normas que presentan dos ámbitos de regulación: el internacional, que se conforma por las disposiciones del propio TLCAN y sus Reglas y las contenidas en otros ordenamientos como el Acuerdo Antidumping, el GATT y sus códigos de conducta; y el nacional, que se integra por las disposiciones jurídicas especiales como son la LCE [Ley de Comercio Exterior] y su Reglamento, la LOAPF [Ley Orgánica de la Administración Pública Federal] en materia de competencia de las autoridades, así como los reglamentos internos de la propia SE [Secretaría de Economía] y los acuerdos delegatorios derivados de éstos.⁸³

Dado que el Acuerdo Antidumping (y los demás acuerdos de la OMC) forman parte del derecho nacional mexicano, y dado la jerarquía de los tratados en el sistema jurídico mexicano, es razonable esperar que las cortes mexicanas, y los paneles binacionales del capítulo 19 del TLCAN, apliquen la jurisprudencia de la OMC en sus interpretaciones de los acuerdos de la OMC.

5. Conclusión

Los Miembros de la OMC tienen la obligación: (1) de recurrir al procedimiento del ESD cuando traten de repararse una incompatibilidad con las normas de la OMC, con exclusión de cualquier otro sistema; (2) de no recurrir a medidas unilaterales; y (3) de acatar todas las normas y procedimientos del ESD. No obstante, ha surgido el problema de la doble *fora* con los sistemas de solución de diferencias en los acuerdos regionales. Dado la cantidad de acuerdos comerciales regionales que existen, es posible que haya

⁸³ Decisión final del Panel Binacional, Revisión de la resolución final de la investigación antidumping sobre las Importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América, MEX-USA-98-1904-01, <http://www.sice.oas.org/DISPUTE/nafta/spanish/MU98191a.asp#ÍNDICE>, párrafos 263 y 297.

conflictos en el futuro en cuanto a las interpretaciones jurídicas de disposiciones que se encuentran en los acuerdos de la OMC y se incorporan en acuerdos comerciales regionales, además de conflictos en cuanto a la resolución de una diferencia concreta. Es también probable que la duplicación de esfuerzo siga ocurriendo.

El TLCAN es uno de los acuerdos regionales con más jurisprudencia. Los paneles del TLCAN han sido dispuestos a evitar conflictos con la jurisprudencia de la OMC, por medio del uso de la jurisprudencia del GATT y de la OMC en la interpretación de las disposiciones que incorporan artículos del GATT, por medio de la aplicación de la doctrina de cortesía y por medio de la interpretación del derecho nacional de manera consistente con la jurisprudencia de la OMC (en el contexto de un sistema de solución de diferencias como el capítulo 19 del TLCAN, donde el derecho nacional es el derecho aplicable). Sin embargo, los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC no han mostrado el mismo nivel de interés de evitar conflictos con la jurisprudencia de los acuerdos regionales. Por lo tanto, parece que los tribunales de los acuerdos regionales tendrán la tarea de evitar las interpretaciones inconsistentes con la jurisprudencia de la OMC cuando un acuerdo de la OMC es la fuente de las disposiciones en cuestión.

La práctica, la jurisprudencia y las disposiciones pertinentes del ESD indican que los acuerdos comerciales regionales deben de regular la elección del foro, y no la OMC. No es posible para los grupos especiales de la OMC no aceptar la jurisdicción en una diferencia, debidamente sometida, que se trata de los acuerdos abarcados de la OMC. Tampoco sería fácil para la OMC regular esta cuestión, dada la proliferación de acuerdos comerciales regionales y las diferencias en los sistemas de solución de diferencias que se encuentran en esos acuerdos. El informe del Grupo Especial en el asunto *Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos*, y la práctica bajo el TLCAN, indican que—cuando no hay una disposición o un acuerdo en el acuerdo regional que regula la cuestión de selección de foro—es permisible examinar la misma medida en ambos sistemas.