

CAPÍTULO CUARTO

LA CRISIS DEL ARBITRAJE EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

I. INTRODUCCIÓN

La liberalización del comercio es el pilar del neoliberalismo como paradigma dominante de la regulación de las relaciones económicas internacionales.

Después del final de la Segunda Guerra Mundial, la política comercial internacional de los Estados ha consistido en orientar la estructura y el volumen de su comercio exterior hacia la supresión de los obstáculos arancelarios y no arancelarios al libre comercio. En la teoría convencional del comercio quedaba demostrado que los aranceles, los subsidios a la exportación y las cuotas a la importación de bienes distorsionan gravemente la producción y el consumo. Había un consenso por considerar que a través de dichas restricciones los países desaprovechan sus ventajas comparativas para producir nacionalmente lo que pueden comprar más barato del exterior. En cambio, la supresión de los obstáculos al libre comercio garantizaría una asignación más eficiente de recursos, una mayor eficiencia en la producción y el consumo y mejores oportunidades para el aprendizaje (*learning-by-doing*) y la innovación (*R&D*). La integración de los mercados globalizados y el libre comercio, en sí, deberían elevar la productividad y la competitividad de los sectores exportadores; en consecuencia, se aumentaría el nivel de productividad general de las economías internas y se aseguraría el desarrollo de los países y el bienestar social de sus pueblos.

Para cumplir con estos propósitos, a partir de los años cincuenta se creó, en el ámbito del derecho internacional, un complejo andamiaje jurídico-institucional, cuya misión debía consistir en promover y regular la liberalización del comercio internacional. Se optó, en particular, por el desarrollo

de negociaciones e instituciones comerciales multilaterales, con el fin de garantizar que la liberalización se realizaría de la misma manera para todos los Estados sobre la base del reconocimiento recíproco de beneficios mutuos. El multilateralismo fue el principal rector de las negociaciones intergubernamentales, que culminaron con la adopción del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) en 1947 y, posteriormente, con la creación, por los acuerdos de Marrakech en 1994, de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC) —una verdadera organización internacional intergubernamental— dotada de la personalidad jurídica internacional. Desde este entonces, la OMC ha sido vista en la opinión pública como la “personificación” de la promoción de los postulados del libre comercio en el plano global.

En la actualidad, los efectos positivos de la liberalización sobre el desarrollo del comercio internacional no causan ninguna duda. El crecimiento del comercio como resultado de la integración internacional de los mercados de productos básicos, capitales y trabajo, de 1950 a la actualidad, ha sido exponencial. No obstante, no es tan fácil comprobar los efectos positivos de la liberalización comercial en el desarrollo económico de los países y, sobre todo, en el aumento del nivel de bienestar social de sus pueblos. El principal problema que ha generado la liberalización comercial ha sido la de localización de las actividades productivas y la desigualdad en la repartición interna de las rentas generadas por el libre intercambio. Adicionalmente, en la actualidad han surgido fuertes críticas en torno a los efectos de la liberalización comercial sobre la degradación del medio ambiente, el “*dumping* social”, las violaciones a los derechos humanos y la “responsabilidad social” de las empresas multinacionales que participan en los intercambios comerciales globalizados.

La progresiva reconsideración del libre comercio como (único) modelo de política comercial en el ámbito de las relaciones internacionales marca el contexto de la crisis que atraviesa la OMC. Esta joven organización internacional, que a sus dieciocho años apenas alcanzaba una mayoría de edad, presenta, desde años atrás, claros síntomas de “parálisis cerebral” que acompañan su actual “agonía”.¹

Una de las principales causas de la crisis de la OMC es el bloqueo de su mecanismo de solución de controversias. Este mecanismo es considerado

¹ Para un análisis más exhaustivo de algunos de los argumentos expresados en el presente trabajo en torno a la crisis de la Organización Mundial de la Salud, véase Petrova Georgieva, Virdzhiniya, “La crisis de la Organización Mundial de la Salud: problemas e (im) posibles soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019, vol. XIX.

como una de las principales innovaciones en el diseño jurídico-institucional de dicha organización y la “piedra angular del sistema multilateral de comercio”.² No obstante, en la actualidad, su funcionamiento se enfrenta con obstáculos sin precedentes. En este sentido, el objetivo del presente trabajo consiste en analizar las causas y los síntomas de la crisis del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC para proponer posibles soluciones a los problemas que enfrenta dicho órgano en su capacidad de resolver las disputas que se originan de la aplicación e interpretación de los acuerdos comerciales multilaterales.³

II. LAS CAUSAS DE LA CRISIS DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El mecanismo de solución de controversias de la OMC era originalmente concebido como un sistema arbitral en el cual la resolución de los litigios que surgen de la interpretación y aplicación de los acuerdos comerciales multilaterales, celebrados bajo los auspicios de la OMC,⁴ se confía a un “grupo de expertos” (panel arbitral de tres o cinco miembros).⁵ Posteriormente, la resolución adoptada por dicho grupo recibe el aval casi automático⁶ del OSD. Con la institución de un segundo grado de jurisdicción, confiado al Órgano de Apelación (en adelante, OA), dicho sistema inició una evolución hacia la “jurisdiccionalización”. Esta “jurisdiccionalización”

² Organización Mundial del Comercio, “Entender la OMC: «Solución de diferencias»”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm.

³ OMC, “Declaración Ministerial de Nairobi”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc10_s/mindecision_s.htm, p. 1.

⁴ En este sentido, en virtud del artículo 1o. del Entendimiento sobre solución de las controversias de la OMC: “las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento «Acuerdo sobre la OMC») y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados”.

⁵ Los grupos especiales son tribunales arbitrales, cuyos miembros se eligen en consulta con los Estados parte en la controversia. En ausencia de un acuerdo entre las partes en torno a la composición del panel, los árbitros son designados por el director general de la OMC. Los grupos especiales están integrados por tres (a veces cinco) expertos de diferentes nacionalidades, elegidos sobre la base de una lista indicativa de candidatos, designados por los propios miembros de la OMC, OMC, *op. cit.*

⁶ En efecto, el OSD sólo puede rechazar el reporte de un grupo de expertos por el consenso de sus integrantes.

fue concebida como una respuesta a los bloqueos que caracterizaban el arreglo de los litigios entre los miembros del antiguo GATT.⁷ En efecto, la resolución de las controversias en el ámbito del OSD se volvió de naturaleza híbrida, porque combinó el arbitraje con un segundo grado de jurisdicción.⁸ Asimismo, el sistema se ha caracterizado por una gran efectividad. En sus casi veinticuatro años de existencia, el OSD de la OMC ha resuelto más de seiscientos casos y se ha convertido en uno de los órganos de solución de controversias interestatales más activos del mundo.⁹

La consolidación de este mecanismo de solución de controversias y su importante función para la regulación jurídica del comercio internacional se deben a la originalidad de las reglas que rigen la competencia contenciosa del OSD. En virtud del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC —“la perla de la corona” de los acuerdos logrados al término del *Uruguay Round*— el funcionamiento del OSD no se somete a la voluntad de los Estados y a la protección de sus intereses y agendas comerciales internas. La objetividad e imparcialidad (jurídica) que caracterizan el razonamiento del “juez” de la OMC explican, en buena medida, el éxito que ha tenido como mecanismo de ajuste y reequilibrio de los intereses y pretensiones de los países miembros de la Organización.¹⁰

Las decisiones del OSD de la OMC no se han limitado a dirimir las controversias particulares que le fueron presentadas, sino que han ido más allá y han desarrollado un “activismo judicial” (*judicial activism*),¹¹ que contrasta con el bloqueo inherente a la toma de decisiones en el ámbito de las negociaciones comerciales multilaterales. Gran número de cuestiones altamente políticas (por ejemplo, la relación entre las restricciones al comercio internacional y la defensa de políticas públicas de interés general, orienta-

⁷ Artículos 3-2 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.

⁸ Lorenzo, Ludovic, “Une nouvelle juridiction internationale, le système de règlement des différends interétatiques de l’OMC”, *Thèse, Université Lyon 2*, 2003, disponible en: http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo_1#p=0&a=top.

⁹ Mathangi, K., “Crisis in the WTO: Roots and Restorations”, *Cambridge International Law Journal*, 2019, disponible en: <http://cilj.co.uk/2019/12/19/crisis-in-the-wto-roots-and-restorations/>.

¹⁰ La neutralidad y la eficacia del mecanismo de solución de controversias de la OMC explican, en buena medida, su éxito. Desde su creación y hasta la actualidad se han presentado en total más cuatrocientas demandas contenciosas, que han conducido a la adopción de varias decenas de reportes de paneles *ad hoc* y de decisiones del Órgano de Apelación.

¹¹ El término “activismo judicial” es propio a los sistemas jurídicos de *common law*, y es usado principalmente en los países anglosajones, en los que las cortes desempeñan un papel fundamental en el funcionamiento del sistema jurídico. Esta última expresión se refiere a la posibilidad para los jueces de crear y modificar el derecho vigente.

das, entre otros, a la protección de la salud o a la protección del medio ambiente) son tratadas por la vía judicial y no por la vía de las negociaciones políticas.¹²

En primer lugar, esto hace pesar sobre dicho mecanismo la amenaza de incurrir en un *gouvernement des juges*, en el ámbito del derecho internacional. En todo sistema jurídico, el juez aplica e interpreta las normas, adoptadas por el legislador, pero el legislador tiene la posibilidad de adoptar una norma de carácter general para modificar, hacia el futuro, los alcances de una sentencia judicial cuando éstos no le son favorables. No obstante, en el sistema de la OMC estamos frente a un equilibrio inverso, con un “juez”, activista y “poderoso” y un “legislador”, incapaz de “hacer frente” a las consecuencias jurídicas y políticas de sus sentencias.¹³ Este desequilibrio en la OMC entre el “poder” del “juez” y la “impotencia del legislador” ha provocado reacciones y críticas muy vivas por parte de algunos Estados miembros de la Organización.

En este sentido, desde su llegada a la presidencia de Estados Unidos, Donald Trump ha emprendido una verdadera “cruzada” en contra del mecanismo de solución de controversias de la OMC.¹⁴ Esta “cruzada”, en sí, traduce un escenario dramático, en el que el “creador” ataca a su propia “criatura”.¹⁵ Las causas del descontento de Estados Unidos con dicho mecanismo no se explican solamente por su tradicional deseo de no ser condenado por tribunales internacionales,¹⁶ y traducen críticas más profundas al funcionamiento del OSD.

En primer lugar, la administración del presidente Trump considera que el mecanismo de solución de controversias y el OA han excedido los lími-

¹² Ruiz-Fabri, Hélène, *op. cit.*, p. 27.

¹³ *Idem.*

¹⁴ El retiro de este país del Acuerdo Transpacífico (TPP, por sus siglas de inglés) y la apertura de un largo proceso de renegociación del TLCAN son emblemáticos del descontento del presidente estadounidense con la actual regulación jurídica del comercio internacional.

¹⁵ Cabe recordar que la liberalización de los intercambios comerciales globales, las organizaciones internacionales y los instrumentos jurídicos que la sustentan son obra precisamente de Estados Unidos. El triunfo del plan White en las negociaciones de la arquitectura institucional internacional de la posguerra, que llevaron a la conclusión del GATT y la participación activa de Estados Unidos en las negociaciones de la Ronda Uruguay, hacen de la OMC una “criatura jurídico-institucional” estadounidense.

¹⁶ El mecanismo de solución de controversias efectivamente ha adoptado varias sentencias en las que ha reconocido a la responsabilidad internacional de los Estados Unidos por violación de las normas y principios del derecho de la OMC. No obstante, en 78% de los casos en los que ha participado, los Estados Unidos han ganado la defensa de su causa ante el OA.

tes de su función judicial y se han librado, efectivamente, a un *gouvernement des juges*. Se critica constantemente el *overreach* o el carácter demasiado extensivo de la manera en la que el OA aplica e interpreta el derecho de la OMC. El argumento principal consiste en sostener que el OA fue creado para corregir las decisiones erróneas de los paneles *ad hoc*, pero no para adicionar o disminuir los derechos y obligaciones de las partes en los acuerdos de la OMC.¹⁷ Estados Unidos alega que el OA debe controlar los paneles *ad hoc*, pero que nadie puede controlar al OA.¹⁸ El carácter definitivo de las decisiones del OA es, además, reforzado por el surgimiento de una doctrina de *stare decisis de facto* en el mecanismo de solución de controversias de la OMC.¹⁹ De esta manera, según Estados Unidos, el OA estaría “creando sus propias reglas”.²⁰ Esta crítica estadounidense se comparte por otros países desarrollados y en vías de desarrollo.²¹ Además, Estados Unidos formula críticas de carácter más formal o procesal al funcionamiento del mecanismo de solución de controversias de la OMC. En particular, se señala que algunos miembros del OA han decidido casos de apelación aún después del término de su mandato de cuatro años, sin actuar por autorización expresa del OSD.²² Estados Unidos también se ha manifestado en contra del no respeto de algunas reglas procesales en torno a la renuncia²³ o la reelección de los árbitros.²⁴

¹⁷ Artículo 19.2 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.

¹⁸ Las sentencias del OA son definitivas y sólo pueden ser reexaminadas si se logra un consenso en el OSD. Hasta la fecha dicho consenso nunca ha sido obtenido.

¹⁹ En efecto, como cualquier órgano judicial de primer grado, los paneles *ad hoc* tienden a conformarse con los criterios desarrollados por el OA y los citan constantemente en sus sentencias.

²⁰ DSB, *Minutes of the Meeting*, April 3, 2002, WT/DSB/ M121, para. 35.

²¹ Stewart, Terence, “Disputed Court: A Look at the Challenges to (and from) the WTO Dispute Settlement System”, *The Global Business Dialogue, Inc.*, Washington, 2017.

²² La regla 15 del Procedimiento de trabajo (*working procedures*) del OA permite a un miembro de este órgano, terminar su trabajo sobre el caso previa autorización del OA y a través de una simple notificación al OSD. Dicha regla fue adoptada sin el acuerdo del OSD y, según Estados Unidos, priva al OSD de su capacidad de pronunciarse acerca del nombramiento de los miembros del OA.

²³ La renuncia del árbitro coreano Hyun Chong Kim en agosto de 2017 sin respetar el plazo previo de noventa días y el hecho de que el OA haya adoptado su resolución en el asunto *EU-Fatty Alcohol (DS442)* sin que el miembro que había renunciado haya sido reemplazado (Payosova, Tatiana *et al.*, “The Dispute Settlement Crisis of the WTO: Crisis and cures”, *Peterson Institute of International Economics, Policy Brief*, 2018, p. 3).

²⁴ En 2011, este país bloqueó la reelección de su propia representante en el OA-Jennifer Hillman; posteriormente, Estados Unidos bloqueó la designación por un segundo periodo de Seung Wha Chang de Corea del Sur.

Estas críticas de Estados Unidos no son la causa de la actual parálisis del mecanismo de solución de controversias de la OMC. La manera de canalizarlos en acción, sí. En efecto, ante la imposibilidad de influir en el ejercicio de la función judicial por parte del OA de la OMC en la resolución de los casos contenciosos que le son sometidos, la administración Trump ha preferido utilizar un medio de control indirecto a través de los procedimientos de designación de sus miembros. De ahí que, a partir de 2017, Estados Unidos ha bloqueado el proceso de reelección de los miembros del OA.²⁵ El 30 de septiembre de 2019 se acabó el mandato de uno de los cuatro árbitros con los que funcionaba el OA. No se eligió un nuevo miembro, y el OA se quedó con tres miembros —el mínimo requerido por el artículo 17-1 del Entendimiento sobre Solución de Controversias para que este órgano pueda adoptar sentencias vinculantes—. En diciembre de 2019 acabó el mandato de otros dos árbitros —Ujal Bhatia y Thomas Graham—, y el OA se quedó con un solo miembro. Desde ese entonces, la crisis del OA no ha hecho más que agravarse.

Es de señalarse que dicha crisis traduce también una confrontación entre distintos grupos socioprofesionales que buscan dominar el OSD de la OMC.²⁶ En el primero de los dos campos opuestos se encuentran los detentores formales de la toma de decisiones en el seno de dicho mecanismo —los representantes de los Estados (ministros de relaciones exteriores, agentes diplomáticos, jefes de delegaciones, etcétera)— que han diseñado el funcionamiento jurídico-institucional de dicho mecanismo y ejercen un control político sobre él. Entre otras actividades, estos agentes estatales son competentes tanto para designar, a través de negociaciones diplomáticas, los miembros de los paneles y del OA, como para analizar el contenido de los reportes del OSD en reuniones diplomáticas, así como para adoptar interpretaciones de autoridad de las disposiciones de los acuerdos de la OMC y para proponer iniciativas de reforma en el marco jurídico de la Organiza-

²⁵ El 1o. de diciembre de 2016, el OA todavía contaba con siete miembros. La primera disminución en el número de miembros ocurrió el 30 de junio de 2017 cuando el árbitro mexicano Ricardo Ramírez- Hernández concluyó su mandato y no fue reemplazado ni reelegido, reduciendo el OA a seis miembros. El 1o. de agosto de 2017, renunció Hyun Chong Kim y, debido al bloqueo estadounidense, no se eligió un nuevo miembro, llevando así el número de árbitros a cuatro. El 11 de diciembre de 2011 terminó el mandato de Peter van den Bossche y, como consecuencia del mismo bloqueo, la composición del OA no fue renovada y se redujo a cuatro miembros.

²⁶ Soave, Tommaso, “Who Controls WTO Dispute Settlement? Reflections on the Appellate Body’s Crisis from a Socio-Professional Perspective”, *EJIL: Talk!*, 2020, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/who-controls-wto-dispute-settlement-reflections-on-the-appellate-bodys-crisis-from-a-socio-professional-perspective/>.

ción. Estas distintas formas de control político por parte de dichos representantes aseguraban el “visto bueno” de los Estados sobre el funcionamiento y la legitimidad del OSD de la OMC.²⁷ Desde una perspectiva general, el control se reforzaba por el intergubernamentalismo, como piedra angular de la Organización, y por la toma de sus decisiones a través del consenso de todos los Estados miembros.²⁸

No obstante, la dirección y control estatal sobre el funcionamiento del OSD de la OMC se debilitaron en el transcurso de los años debido a la progresiva jurisdiccionalización de este mecanismo de solución de las controversias. La regla de toma de decisiones por consensos complicó la adopción de decisiones conjuntas y de “líneas directrices” políticas sobre la resolución de las disputas sometidas al OSD. Estos cambios fueron acentuados por la aparición de otro grupo socioprofesional consolidado en el seno de dicho órgano: el de los litigantes privados (los árbitros que componen los paneles, los miembros del OA, los abogados de los Estados parte en las controversias, los miembros del secretariado del OSD y académicos altamente especializados en materia de solución de controversias comerciales multilaterales, entre otros). Este “club” selecto y cerrado desarrolló una serie de presunciones, prácticas profesionales y lenguajes técnicos que condicionaron en buena medida la jurisdiccionalización del OSD.²⁹

Los miembros de este segundo grupo socioprofesional defienden intereses distintos a los de los representantes de los Estados en el OSD. Mientras los dichos representantes buscan proteger los intereses nacionales de sus gobiernos (y de sus empresas nacionales), los operadores jurídicos del segundo grupo buscan promover la imparcialidad, independencia, eficiencia y prestigio del propio OSD (y, por ende, su propio prestigio profesional).³⁰ Al adoptar un reporte sobre la solución de una controversia particular, el OSD se comenzó a dirigir a una audiencia, compuesta de miembros del primer grupo, y dejó de “hablar” directamente a los Estados miembros de la OMC.

²⁷ *Idem.*

²⁸ En efecto, todas las decisiones importantes de la organización deben ser adoptadas por la totalidad de los miembros presentes en las votaciones internas de sus órganos —los ministros que sesionan en la Conferencia de Ministros o los embajadores o jefes de delegación que integran su Consejo General—. El consenso en la OMC es, en los hechos, una votación a la unanimidad de los representantes de los gobiernos nacionales de los Estados miembros que otorga a los mismos el ejercicio de un derecho de veto. El acuerdo sobre la OMC establece muy pocas hipótesis en las que se puede proceder a una votación por la mayoría, según el esquema “un Estado, un voto (OMC, “¿De quién es la OMC?”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org1_s.htm).

²⁹ Soave, Tommaso, *op. cit.*

³⁰ *Idem.*

Esto explica por qué algunos miembros poderosos de la OMC, en particular Estados Unidos, han lanzado una “cruzada” en contra del OSD en un intento radical de recuperar cierto control sobre el mecanismo.³¹

III. LAS OPCIONES DE REFORMA DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Como se señaló anteriormente, la principal crítica de Estados Unidos hacia el funcionamiento del OSD consiste en sostener que el OA ha violado su mandato judicial en repetidas ocasiones, y en vez de limitarse a interpretar y aplicar el derecho de la OMC, ha creado, por la vía jurisprudencial activista, nuevos derechos y obligaciones al cargo de los Estados miembros de la Organización.

Una posible solución ante esta crítica sería aceptar que el OA debería ejercer una *judicial restraint*, al pronunciarse sobre determinados temas y problemas de derecho internacional. Una reforma institucional en este sentido consistiría en establecer la obligación, para el OA, de solicitar en esos ámbitos una “interpretación de autoridad” por parte de los órganos de la OMC en los que se reúnen representantes de los Estados miembros.³² Es de recordarse que tanto la Conferencia Ministerial como el Consejo de la OMC están facultados para adoptar este tipo de interpretaciones.³³

A pesar de que el Entendimiento sobre Solución de Controversias permite adoptar dichas interpretaciones a la mayoría absoluta, los miembros de la OMC han decidido que el procedimiento debe realizarse por medio del consenso. Así, por ejemplo, la Unión Europea propuso adoptar una interpretación de autoridad de los artículos 21.5 y 22 del Entendimiento sobre Solución de Controversias; pero la interpretación no pudo ser adoptada en el Consejo General, debido al ejercicio de un veto por parte de Estados

³¹ *Idem.*

³² Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 9.

³³ En virtud del artículo IX-2 del Acuerdo sobre la OMC: “La Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales. En el caso de una interpretación de un Acuerdo Comercial Multilateral del Anexo 1, ejercerán dicha facultad sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo. La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros. El presente párrafo no se aplicará de manera que menoscabe las disposiciones en materia de enmienda establecidas en el artículo X”.

Unidos.³⁴ Hasta la fecha no se ha adoptado, en el ámbito de la OMC, ningún tipo de interpretación de autoridad por parte de los órganos de la Organización, y la crisis que enfrenta el OSD difícilmente podría ser resuelta por este medio.

Ante la actual parálisis de dicho órgano, se ha propuesto considerar que la ausencia de una resolución del OA no tenga por efecto bloquear la adopción de un reporte de los paneles *ad hoc*. En este sentido, se ha sugerido,³⁵ por ejemplo, que las exigencias establecidas en el artículo 16-4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias se consideren cumplidas una vez que una de las partes en la controversia sometida ante el OSD presente la demanda de apelación y el OA no se pronuncie en un sentido opuesto. En esta hipótesis, el reporte del panel *ad hoc* se volvería definitivo y obligatorio.

Sin embargo, esta propuesta supondría una revisión de las Reglas de Trabajo del OA³⁶ y, en cierto sentido, una violación del Entendimiento sobre Solución de Controversias, que en su artículo 17-2 prevé la obligación del OA de resolver las demandas de apelación que se le presenten. En la perspectiva política, esta solución podría agravar la confrontación entre Estados Unidos y los demás países miembros de la OMC sobre el futuro del OSD.³⁷

Otra propuesta para hacer frente a la inminente parálisis de OA y evitar que ésta se contagie a todo el mecanismo de solución de controversias de la OMC consistiría en utilizar el recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 del Entendimiento sobre Solución de Controversias como sustituto al procedimiento de apelación.³⁸

³⁴ General Council, Minutes of Meeting held on February 15 and 16, 1999, WT/GC/W/143, at 32; General Council, *Request for an Authoritative Interpretation Pursuant to Article IX:2 of the Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization, Communication from the United States*, WT/GC/W/144.

³⁵ Charnovitz, Steve, "How to Save WTO Dispute Settlement from the Trump Administration", *International Economic Law and Policy Blog*, 2017; Miles, Tom, "WTO is most worrying target of Trump's trade talk: Lamy", *Reuters*, 2017, noviembre 14.

³⁶ En virtud del artículo 17-9 del Entendimiento de Solución de Controversias, el OA efectivamente puede enmendar sus propias "Reglas de trabajo".

³⁷ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 10.

³⁸ En virtud de dicha disposición: "1. Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes; 2. Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje; 3. Sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros Miembros si las partes que han convenido en recurrir al

Esta solución puede parecer particularmente atractiva, pero su realización práctica depende del logro de un acuerdo entre las partes en la controversia para someter su revisión a un nuevo arbitraje. Es lógico que la parte que gane el caso o piensa que lo puede ganar ante el panel de primera instancia no tendrá ningún incentivo para someterlo a una segunda revisión por parte de otro tribunal arbitral.³⁹

En todo caso, las partes en una controversia sobre la aplicación o interpretación del derecho de la OMC pueden celebrar un acuerdo de arbitraje *ad hoc* o referirse a una cláusula compromisoria, contenida en un tratado internacional para resolver dicha controversia por medio de un arbitraje que se desarrolle fuera de los auspicios de la Organización.

Es de estimarse que una resolución arbitral de los litigios entre los miembros de la OMC, fuera de la misma, debilitaría aún más su mecanismo de solución de controversias. Además, si los Estados miembros de la Organización comenzaran a resolver sus controversias vía arbitrajes, no vinculados con el OSD, podrían exponerse a distintos controles arbitrales, basados en concepciones y jurisprudencias incoherentes en torno a la aplicación e interpretación de las normas y principios del derecho del comercio internacional.

Para evitar que los Estados miembros de la OMC tengan que dirimir sus controversias por medio de arbitrajes desvinculados del OSD, se propone, alternativamente, celebrar un acuerdo plurilateral de arbitraje en el ámbito de dicha Organización. Este acuerdo sería vigente para todos los Estados que lo hayan ratificado, y en los hechos tendería a crear un “*OA bis*” para todos, menos para Estados Unidos.

No obstante, cabe recordar que la celebración de acuerdos plurilaterales exige el acuerdo de la Conferencia Ministerial de la OMC, a través de una votación por medio del consenso.⁴⁰ En la situación actual, dicho acuerdo parece imposible de lograr, y tal vez precipitaría el retiro de Estados Unidos de la OMC.

Otra posible solución a la crisis actual del OA consistiría en que las partes en una controversia ante el OSD se acordaran en no apelar y en aceptar el carácter definitivo y obligatorio del reporte del panel *ad hoc*. El acuerdo

arbitraje están de acuerdo en ello. Las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral. Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada”.

³⁹ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁰ Artículo X-9 del Acuerdo sobre la OMC.

bilateral podría ser celebrado antes del inicio del procedimiento arbitral.⁴¹ Los acuerdos bilaterales de no apelación tendrían el mismo efecto que revisar el Acuerdo sobre la OMC y el Entendimiento sobre Solución de Controversias para eliminar al OA, pero sin pasar por el procedimiento complejo y exigente de modificación de ambos tratados. Esta hipótesis también se asemeja a “una muerte segura” para el OA y un intento de salvar a un OSD, amputado de su mecanismo apelación.

Algunos autores han sugerido que la urgencia de la situación que atraviesa el OA de la OMC justificaría abandonar la regla del consenso, exigida para la adopción de decisiones en el ámbito del OSD y sustituirla por una votación a la mayoría. Así, se ha propuesto⁴² que la regla de votación a la mayoría, prevista en el artículo IX-1 del Acuerdo sobre la OMC,⁴³ prevalezca sobre la toma de decisiones por consenso, establecida en el artículo 2-4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias.⁴⁴

Esta propuesta es políticamente compleja, porque implicaría el retiro de Estados Unidos de la OMC,⁴⁵ pero, además, jurídicamente imposible, al menos desde la perspectiva de una interpretación estricta de las reglas del derecho de la OMC. En virtud del Entendimiento sobre Solución de Controversias, las decisiones del OSD “sólo pueden ser adoptadas por consenso”. Podría pensarse en una interpretación teleológica de esta disposición conforme con los fines y objetivos del derecho de la OMC, que indudablemente incluyen una pronta y eficaz solución de los litigios entre sus Estados miembros. No obstante, ante la impotencia del OSD, esta interpretación sólo podría provenir de la Conferencia Ministerial de la OMC y basarse en un consenso de todos los países miembros, incluyendo a Estados Unidos.

Finalmente, una última solución para remediar la crisis del OSD sería la discusión y negociación directa de los casos, sometidos al OA de la OMC, ante los órganos políticos de la Organización. Así, por ejemplo, en caso de incertidumbre jurídica sobre un determinado asunto, el OA tendría

⁴¹ Salles, Luiz Eduardo, “Bilateral Agreements as an Option to Living Through the WTO AB Crisis”, *International Economic Law and Policy blog*, 23 de noviembre de 2017.

⁴² Jan Kuijper, Pieter, “The US Attack on the Appellate Body”, *International Economic Law and Policy blog*, 15 de noviembre de 2017.

⁴³ Con base en este artículo: “La OMC mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del GATT de 1947.1 Salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso la cuestión objeto de examen se decidirá mediante votación...”.

⁴⁴ Según este artículo: “En los casos en que las normas y procedimientos del presente Entendimiento establezcan que el OSD debe adoptar una decisión, se procederá por consenso”.

⁴⁵ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 11.

que solicitar que los aspectos relevantes del mismo se discutan en la Conferencia Ministerial o en los comités técnicos de cada uno de los acuerdos, dependiendo de los temas y problemas jurídicos por tratar.⁴⁶ Este “regreso al legislador” podría “aplacar” el enojo de Estados Unidos y promover el desbloqueo del mecanismo de solución de controversias de la OMC.

En relación con lo anterior, es de mencionarse que los bloqueos inherentes a todos los mecanismos de toma de decisiones de la OMC crean un escenario poco propicio a la resolución de problemas jurídicos por la vía política y no exclusivamente judicial. Además, desde la perspectiva jurídica, se violaría gravemente un principio general del derecho en virtud del cual *nemo iudex in causa sua* (del latín, “nadie puede ser juez de su propia causa”).⁴⁷ Si se considera que los órganos políticos de la OMC pueden pronunciarse sobre los temas y problemas de “incertidumbre jurídica” que genera un caso planteado al OA de la OMC, se anularía por completo la naturaleza judicial del OSD. Cuando los Estados miembros, representados en los órganos políticos y técnicos de la Organización, sean parte en una controversia, llevada ante el OA, éstos podrán acordarse por interpretar las normas del derecho de la OMC en un sentido que favorezca directamente la defensa de sus causas. Este *non-sense* jurídico convertiría al mecanismo de solución de controversias de la OMC en un medio diplomático de arreglo de litigios, como el vigente en el ámbito del antiguo GATT, y le negaría por completo la “jurisdiccionalización” que había conseguido.

En este sentido, algunos autores preconizan precisamente la desjudicialización del derecho de la OMC como una alternativa para remediar la parálisis de su mecanismo de solución de controversias. Así, por ejemplo, en la opinión de Joost Pauwelyn, es recomendable adoptar acuerdos de *soft law* en la OMC que no se sometan a dicho mecanismo. Según el autor, estos acuerdos no vinculantes deberían someterse más a un “control de pares” y menos a un control judicial de *hard law*.⁴⁸

Igual que la solución que consiste en negar la naturaleza judicial al mecanismo de solución de controversias y volverlo un simple medio diplomático de arreglo de litigios, esta última propuesta de Pauwelyn se enfoca en desproveer al derecho de la OMC de su inherente juridicidad. El recurso a instrumentos de *soft-law*, basados en la flexibilidad de los compromisos estatales, y su no sumisión a un examen judicial independiente e imparcial,

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Swartzenberger, Georg, *op. cit.*, p. 482.

⁴⁸ Pauwelyn, Joost, *op. cit.*

arruinaría por completo la seguridad jurídica y la eficacia que había adquirido el sistema comercial multilateral, basado en el *hard (international) law*.

Respecto al conflicto existente entre los representantes de los Estados y los operadores jurídicos (abogados de los Estados, panelistas, miembros del OA, académicos, etcétera), es necesario señalar que ninguno podrá apoderarse por completo del funcionamiento del OSD. Los representantes estatales seguirán necesitando de expertos jurídicos que puedan ordenar la complejidad jurídica y técnica de la resolución de las controversias que surgen de la interpretación y aplicación de los acuerdos comerciales multilaterales. Por lo otro lado, la legitimidad de las acciones de los operadores jurídicos seguirá dependiendo de una dosis razonable de control político por parte de los Estados miembros de la OMC.⁴⁹ Sólo si se logra un diálogo constructivo entre ambos grupos, basado en las concesiones mutuas que caracterizan a las negociaciones diplomáticas bajo los auspicios de la OMC, se podrá salir del *impasse* en el que se encuentra actualmente el OSD.

IV. CONSECUENCIAS DE LA CRISIS DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS PARA EL FUTURO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El actual bloqueo del OSD produce efectos muy negativos para el futuro de la OMC. De perpetuarse, el bloqueo paralizaría el funcionamiento de todo el mecanismo de solución de controversias de la Organización y pondría en tela de juicio su eficacia y objetividad. En efecto, en virtud del artículo 16.4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias, el reporte de un panel *ad hoc* no puede adoptarse por parte del OSD (y por consecuencia, no podrá ser vinculante) antes de que se resuelva el procedimiento de apelación que haya iniciado una de las partes en la controversia. Por lo tanto, si el OA se queda sin miembros y no puede funcionar, una de las partes ante el panel *ad hoc* podrá bloquear la adopción de su reporte a través de la simple introducción de una demanda de apelación.⁵⁰ Así, el bloqueo del OA, efectivamente tendrá por efecto un regreso al pasado del GATT, en el que una parte podía bloquear el mecanismo de solución de controversias si el reporte del panel arbitral no le era favorable. En fin de cuentas, el bloqueo parece tener precisa-

⁴⁹ Soave, Tommaso, *op. cit.*

⁵⁰ Zelicovich, Julieta, “¿Está viva la OMC? Bloqueos y consensos en las negociaciones comerciales de las Conferencias Ministeriales de Bali y Nairobi”, *Revista UNISCI*, 2017, p. 9.

mente este objetivo, y busca promover una solución judicial de los conflictos *à la carte* de los intereses comerciales de los miembros poderosos de la OMC.

El OSD de la OMC garantizaba el cumplimiento, por parte de los Estados miembros, de los acuerdos jurídicamente vinculantes, negociados bajo los auspicios de esta organización. La aceptación de la obligatoriedad y ejecutoriedad de dichos informes tanto por los Estados miembros de la OMC como por los entes no estatales que participan en los intercambios comerciales globales,⁵¹ garantizaba la eficacia de este mecanismo de solución pacífica de las controversias internacionales. En particular, los países miembros de la Organización habían aceptado no adoptar medidas algunas en contra de posibles violaciones de las normas del derecho de la OMC antes de someter una demanda referente a dichas violaciones ante el OSD. Esto significaba que un Estado no podía adoptar contramedidas comerciales para sancionar, en forma unilateral, la violación por parte de otro(s) Estado(s) de las reglas contenidas en los acuerdos comerciales multilaterales celebrados bajo los auspicios de dicha Organización.⁵² La única posibilidad para un Estado de adoptar contramedidas *vis-à-vis* de otro país por violación del derecho de la OMC se presentaba en el caso de incumplimiento, por parte del segundo, de las recomendaciones y resoluciones adoptadas en un informe obligatorio del OSD.⁵³ Correlativamente, la aceptación del carácter obligatorio de los informes del OSD implicaba la prohibición, para el Estado que perdía el caso, de imponer contramedidas respecto a la otra parte en la controversia. La limitación en el uso las contramedidas comerciales y su control por parte del OSD tenía por objetivo claro limitar el estallido de guerras comerciales entre los Estados miembros de la OMC.

En consecuencia, el bloqueo actual del OSD de la OMC propicia y favorece el escenario actual de “guerras comerciales” entre los Estados miembros de la Organización. En la medida en la que el bloqueo de dicho me-

⁵¹ Brewster, Rachel, “Can International Trade Law Recover? WHO Dispute Settlement: Can We Go Back Again?”, *AJIL Unbound*, 2019, vol. 113, p. 64.

⁵² De conformidad con el artículo 23-1 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC: “1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar”.

⁵³ Según el artículo 22-1 del Entendimiento sobre Solución de Controversias: “1. La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados...”.

canismo es voluntario y forma parte de una estrategia de política exterior del gobierno de Estados Unidos, se puede pensar que dichas guerras son provocadas por la crisis del OSD, y viceversa.

Las guerras comerciales entre los Estados miembros de la OMC iniciaron a partir de 2018, cuando Estados Unidos impuso aranceles de 25% a todas las importaciones de acero y aluminio en el territorio de este país. Posteriormente, el gobierno de Trump impuso aranceles a muchos otros bienes provenientes del resto del mundo.⁵⁴ En respuesta a dichos aranceles, otros Estados aplicaron contramedidas comerciales y aumentaron sus propios niveles de protección arancelaria respecto a bienes provenientes de Estados Unidos. Así, por ejemplo, China notificó a la OMC su decisión de imponer impuestos del 15 al 25% a bienes producidos en Estados Unidos (particularmente, a productos agrícolas). En junio de 2018, representantes de la Unión Europea manifestaron que Estados Unidos no les dejó más opción que “imponer impuestos adicionales a bienes procedentes de Estados Unidos”, con “el fin de proteger los intereses de la Unión, en pleno respeto del derecho del comercio internacional”.⁵⁵ Rusia y muchos otros países pequeños también adoptaron contramedidas comerciales en respuesta al neoproteccionismo estadounidense, dando lugar así a una guerra comercial de alcance global.

Dicha guerra literalmente hizo explotar el número de controversias sometidas al OSD de la OMC. Diez demandas fueron introducidas en 2017 y once en 2018 —un récord para dicho órgano, si este número se compara con los 3 casos pendientes ante el OSD en 2015—. ⁵⁶ Muchas de estas demandas fueron presentadas por Estados Unidos respecto a las contramedidas comerciales adoptadas por otros Estados.⁵⁷ No obstante, la mayoría de los casos tratan de violaciones de distintas normas y principios de derecho

⁵⁴ Seib, Sébastien, “Acier et aluminium: pourquoi de nouveaux droits de douane au nom de la sécurité nationale”, *France 24*, 2018, disponible en: <https://www.france24.com/jr/20180309-acier-aluminium-douane-protectionnisme-securite-nationale-trump-omc-regle>.

⁵⁵ Brussels, “European Commission reacts to the US restrictions on steel and aluminium affecting the EU”, *European Commission*, 2018, disponible en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1851>.

⁵⁶ Desde 2017: DS519, DS520, DS521, DS524, DS525, DS527, DS528, DS530, DS532, DS535. Desde 2018: DS537, DS538, DS540, DS542, DS543, DS544, DS545, DS546, DS547, DS548, DS549, DS550, DS551, DS552, DS553, DS554, DS555, DS556, DS557, DS558, DS559, DS560, DS561, DS562, DS563, DS564, DS565, DS566 (OMC, *Current status of disputes*, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm).

⁵⁷ Estados Unidos demandó a México, Canadá, China, la Unión Europea y Turquía por la imposición de obstáculos arancelarios al comercio de bienes.

de la OMC⁵⁸ que resultan de la imposición de medidas proteccionistas por parte del gobierno de Estados Unidos.⁵⁹

En 2020, ninguno de los casos iniciados por Estados Unidos o en contra de Estados Unidos ha sido resuelto definitivamente por el OSD de la OMC. En la mayoría de los asuntos sólo se han iniciado consultas entre las partes o se ha constituido un panel, pero éste no ha adoptado un informe definitivo sobre la resolución de la controversia.⁶⁰ Los únicos dos casos contenciosos que han concluido fueron los iniciados por México y Canadá en contra de Estados Unidos. En ambos casos, los Estados demandantes retiraron sus demandas después de negociar y alcanzar una solución mutuamente satisfactoria con el gobierno de Estados Unidos,⁶¹ que se tradujo, entre otros, en la celebración del T-MEC. El bloqueo del mecanismo de solución de controversias de la OMC se ha traducido así en la imposibilidad concreta de resolver un solo caso durante más de dos años.

Las guerras comerciales provocadas y orquestadas por Estados Unidos fuerzan a los demás miembros de la OMC a salirse del sistema multilateral del comercio y a comenzar a adoptar también medidas comerciales proteccionistas y unilaterales. En efecto, aun si un Estado puede demandar a otro ante un panel de la OMC, en ausencia de un mecanismo de apelación, la tentación de recurrir a contramedidas para hacer cumplir el informe del panel de primer grado o para oponerse a la ejecución de dicho informe puede ser demasiado grande. En vista de lo anterior, en el futuro, es posible que cualquier controversia presentada ante el OSD de la OMC termine en una miniguerra comercial.⁶²

De ahí que la crisis del OSD de la OMC aleja la regulación del comercio internacional del respeto de reglas jurídicas consensadas y marca, *ipso facto*, el regreso de las visiones de poder en el ámbito de las relaciones económicas internacionales. Dichas visiones son contrarias al multilateralismo comercial, como fundamento de la regulación jurídica del comercio inter-

⁵⁸ En particular, los artículos 2.1, 2.2, 3.1, 4.1, 4.2, 5.1, 7, 8.1, 11.1(a), 11.1(b), 12.1, 12.2, 12.3 y 12.5 del Acuerdo sobre las Salvaguardias; artículos I:1, II:1(a), II:1(b), X:3(a), XI:1, XIX:1 y XIX:2 del GATT 1994; artículo XVI:4 del Acuerdo sobre la OMC. OMC, *DS550: United States—Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds550_e.htm.

⁵⁹ Vietnam, China, Suiza, Rusia, Corea del Sur, México, Canadá y Noruega iniciaron procedimientos en contra de Estados Unidos. OMC, *op. cit.*

⁶⁰ OMC, *Chronological list of disputes cases*, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm.

⁶¹ DS5050 y DS5051, *idem*.

⁶² Brewster, Rachel, *op. cit.*, p. 65

nacional, y claramente hostiles a los mecanismos pacíficos de solución de controversias en el derecho internacional y al derecho internacional, en sí.⁶³

V. CONCLUSIONES

La crisis del OSD de la OMC se origina en factores complejos, y es susceptible de paralizar por completo el principal mecanismo para la solución pacífica de las controversias entre los Estados miembros de esta organización internacional. Dicha crisis es sintomática no sólo de los problemas existenciales que atraviesa la OMC, en su conjunto, sino también de las profundas grietas del multilateralismo en el ámbito del derecho internacional.

Existe la percepción de que las instituciones internacionales multilaterales han creado demasiadas obligaciones rígidas para la política exterior de los Estados y para la conducta de sus relaciones exteriores. Las críticas estadounidenses en torno al *judicial overreach* del OSD de la OMC sintetizan el malestar de varios países miembros de la comunidad internacional con la “judicialización” del derecho internacional, como instrumento para controlar y disciplinar el ejercicio del poder estatal en el ámbito de las relaciones internacionales. Las instituciones y normas internacionales habrían “atado demasiado” las manos de los países, en particular, de los países poderosos, como Estados Unidos. El multilateralismo de los organismos internacionales y de sus mecanismos de solución de controversias no serviría más los intereses nacionales de dichos países. Por ende, sería necesario un periodo de reajuste, consistente en retirar soberanía estatal de las instituciones internacionales multilaterales y negar apoyo estatal hacia sus medios de arreglo pacífico de litigios.

La consecuente reintroducción de las visiones de poder conlleva a dichos medios hacia un escenario que se aleja del respeto del Estado de derecho internacional y se acerca a la discrecionalidad y la arbitrariedad política. Dicho escenario es particularmente amenazante para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y podría dar lugar no sólo a guerras comerciales, sino a otro tipo de conflictos, inclusive bélicos, entre los Estados miembros de la comunidad internacional.

La eventual salida de la crisis del OSD de la OMC será muy significativa respecto a la capacidad de los mecanismos pacíficos de solución de las controversias internacionales de adaptarse a los cambios en el equilibrio de poderes en el ámbito de las relaciones internacionales.

⁶³ Petrova Georgieva, Virdzhiniya, “Trump’s Foreign Policy and International Trade Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019, vol. XIX.