

Pablo Zapatero Miguel*

LA INVENCION DE LOS PANELS DEL GATT

Se muestra cómo el exitoso mecanismo de solución de diferencias del sistema GATT-OMC (conocido como sistema de panels) emergió como el resultado más notable del peculiar y azaroso proceso de institucionalización que caracterizó al GATT desde sus inicios, proceso que sólo fue posible gracias al pragmatismo, el gradualismo y la tenacidad de un colectivo de políticos y funcionarios especializados trabajando en equipo, y, casi secundariamente, a la voluntad política de determinadas Partes Contratantes, lo que permitió suplir las carencias institucionales originarias del GATT, consecuencia directa del fracasado proyecto de creación de la Organización Internacional del Comercio (OIC).

Palabras clave: GATT, mecanismo de solución de diferencias, sistema de solución de diferencias, sistema de panels.

Clasificación JEL: F13, K33, K41.

1. La gran travesía

El proceso de desarrollo institucional del sistema multilateral de comercio es un momento estelar de la historia moderna del libre comercio. El presente volumen conmemorativo ofrece una buena oportunidad para echar la vista atrás sobre la consolidación del GATT como institución y su ulterior transformación en la OMC, ya en 1995¹. Sin duda, para entender la evolución de este complejo y fascinante régimen internacional hay que centrar la atención en su peculiar comunidad de profesionales y, más en concreto, en cómo este colectivo profesional «talla» con esfuerzo y tesón durante lar-

gas décadas la denominada «joya de la corona» del sistema GATT-OMC: el mecanismo de solución de diferencias. Resultado directo de estos esfuerzos es la invención del original sistema de *panels*, su paulatina formalización y, con el paso de las décadas, su transformación final en una jurisdicción multilateral de segunda generación.

Las primeras andaduras de este peculiar proceso de desarrollo institucional no fueron, sin embargo, fáciles. De hecho, el proyecto político del sistema multilateral de comercio se enfrentó a una larga y dura travesía desde sus orígenes. Ésta comienza en el verano de 1944, en los albores del fin de la Segunda Guerra Mundial. Es entonces cuando se diseñan las cartas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (Conferencia de Bretton Woods) con el objeto de crear una estructura institucional para las relaciones económicas del período posbélico. Los

* Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ DÍAZ MIER, M. A., *Del GATT a la Organización Mundial del Comercio*, Síntesis, 1996.

negociadores aspiran al tiempo a crear una organización multilateral para la eliminación progresiva de obstáculos al comercio (por entonces fundamentalmente aranceles)². La génesis del proyecto es ante todo, por tanto, una reacción contra el proteccionismo del período de entreguerras³. Éste sería el tercer pilar del denominado sistema Bretton Woods⁴.

El gobierno estadounidense es el primero en recoger el testigo con su informe *Proposals for Expansion of World Trade and Employment*, de febrero de 1945, que coloca en la agenda pública mundial la primera propuesta técnica para crear un organismo especializado que reduzca el proteccionismo⁵. Con posterioridad, ya en octubre del siguiente año, EE UU presenta ante el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de Naciones Unidas una detallada propuesta para la constitución de esta nueva organización: *Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations*⁶. El ECOSOC apadrina la idea en su primera sesión, en febrero de 1946, y adopta por unanimidad una resolución convocando la «Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo». El objetivo de esta conferencia, celebrada en La Habana entre noviembre de 1947 y marzo de 1948, es crear una Organización Internacional del Comercio (OIC)⁷.

Para ello, se llevarán a cabo tres conferencias preparatorias en Londres, Nueva York y Ginebra. Así, en las reuniones de Londres (octubre y noviembre de 1946) se negocia y elabora un borrador de carta constitutiva a partir de la propuesta originaria de EE UU. Al tiempo, se consensúa la realización de una negocia-

ción arancelaria multilateral para la siguiente sesión y se proyecta la elaboración de un acuerdo específico que salvaguarde dichos resultados. En la sesión de Nueva York, a primeros de 1947, se redacta un primer borrador del acuerdo: el *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT). Éste es elaborado a partir de los preceptos del borrador de la Carta relativos a la protección de los resultados de las negociaciones arancelarias⁸. Posteriormente, la conferencia preparatoria de Ginebra continúa trabajando sobre el borrador de la Carta al tiempo que lleva a cabo negociaciones arancelarias.

Sin embargo, la viabilidad de la OIC como institución internacional se enfrenta a un grave obstáculo por problemas internos entre el poder ejecutivo y legislativo estadounidenses: en esencia, bajo la *Reciprocal Trade Agreements Act* de aquella época el gobierno estadounidense sólo contaba con la autorización del Congreso para concluir acuerdos comerciales; pero no para constituir una organización internacional. Por tanto, el borrador de la Carta se enfrentaba a un incierto futuro. Ésta es la razón por la que el comité encargado de redactar el Acuerdo General desarrolla sólo preceptos de carácter sustantivo. Así, los negociadores del GATT se centran en obligaciones materiales y excluyen cualquier elemento organizativo en el texto, con el objeto de salvaguardar su viabilidad como tratado, con independencia de la suerte que corra la Carta de La Habana.

De esta forma, 22 Estados autentican el texto del GATT junto con las Listas de Concesiones Arancelarias el 30 de octubre de 1947. Con posterioridad, un *Protocolo de Aplicación Provisional* activa la aplicación del GATT antes incluso de que concluya la Conferencia de Naciones Unidas, el 1 de enero de 1948. El fundamento principal de esa premura vuelve a encontrarse en cuestiones políticas internas estadounidenses: la *Reciprocal*

² GARDNER, R., *Sterling-Dollar Diplomacy*, Clarendon Press, páginas 31 y ss.

³ FLORY, T., *Le GATT. Droit International et commerce mondial*, LGDJ, 1968, páginas 2-3.

⁴ ZAPATERO, P., «Searching for Coherence in Global Economic Policy Making», *24 Penn State International Law Review*, 3, 2006.

⁵ DIEBOLD, W., «The End of the ITO», *Essays in International Finance*, número 16, octubre 1952, página 3.

⁶ Doc U.N. EPCT/CII/1-66, 1946.

⁷ VINER, J., «Conflicts of Principle in Drafting a Trade Charter», *Foreign Affairs*, 25, 1947, páginas 612-628.

⁸ JACKSON, J. H., *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, The Boobs-Merrills Company Inc, 1969, páginas 43 y ss.

Trade Agreements Act arriba citada otorgaba al ejecutivo una autorización temporal para negociar acuerdos comerciales (renovable por el Congreso en períodos de tres años), que se encontraba a punto de expirar. Sin duda, estas son algunas de las primeras muestras de cómo el sistema multilateral de comercio ha funcionado tradicionalmente, parafraseando a Curzon, «al ritmo» de la legislación comercial estadounidense⁹.

Finalmente, en la Conferencia de La Habana se revisa el proyecto de Carta de la OIC, autenticando el texto definitivo en su Acta Final¹⁰. Asimismo, a la espera de una eventual ratificación de la Carta, se crea la *Interim Commission for the International Trade Organization* (ICITO). Este órgano subsidiario de Naciones Unidas (con sede hasta 1955 en el *Palais des Nations* de Ginebra) tendrá un papel crucial en las primeras fases de consolidación del GATT. Así las cosas, las labores de secretaría y administración previas a la entrada en vigor de la Carta son atribuidas a esta institución interina. Ésta será una piedra angular del GATT a partir del momento en que queda claro a los delegados que no llegarán las esperadas ratificaciones. En la práctica es gracias al establecimiento de estas estructuras de mínimos como se mantiene viva la llama del libre comercio multilateral en este difícil escenario. De hecho, las Partes Contratantes iniciarán entonces la organización de sus dos primeros procesos de reducción arancelaria, inaugurando las famosas *Rondas* de negociaciones del GATT: la Ronda de Anney (1949) y la Ronda de Torquay (1950).

Hay que esperar a diciembre de 1950 para que el gobierno de EE UU haga público, definitivamente, que no presentará la Carta al Congreso para su ratificación. Las dificultades políticas internas son insalvables para el gobierno. De forma inevitable, la decisión estadounidense

paralizará el resto de procesos de ratificación en un contexto histórico (posguerra) en que EE UU se ha erigido ya en una potencia política y económica de la comunidad internacional¹¹. Así las cosas, comienzan a buscarse soluciones pragmáticas para dotar al GATT de alguna estructura institucional. Haciendo de la necesidad virtud, las conferencias de representantes se transformarán de este modo en el eje en torno al que se conforma, con especial cautela, una estructura orgánica «de mínimos»: las PARTES CONTRATANTES.

Esto es posible gracias al artículo XXV del GATT. Dicha disposición intitulada «Acción colectiva de las Partes Contratantes» permite a los representantes comerciales gestar un órgano del GATT prácticamente de la nada. En la práctica es designado con mayúsculas (PARTES CONTRATANTES) para diferenciarlo de las Partes Contratantes individualmente consideradas. Pero este artículo abre muchas más opciones: de hecho, su generosa formulación lo convierte en la base jurídica ideal para conformar de modo progresivo una más amplia estructura institucional: los representantes de las PARTES CONTRATANTES se reunirán periódicamente «para asegurar la ejecución de las disposiciones del presente Acuerdo que requieren una acción colectiva» y «en general, para facilitar la aplicación del mismo y que se puedan alcanzar sus objetivos». Así, aferrándose a esta balsa, las PARTES CONTRATANTES superaron con inteligencia un escenario de absoluta anemia institucional¹².

Pero antes, los valedores del proyecto, abanderados por la Secretaría de la ICITO, harán una particular y larga travesía en un escenario de precariedad. Así, las reuniones periódicas de sus representantes (las *sesiones*) impulsarán lentamente y de forma consensuada una mínima estructura de gestión del acuerdo. Es esta una época de incertidumbres, un período de cauto y si-

⁹ CURZON, G. y CURZON, V., *GATT: «Traders' Club», The Anatomy of Influence. Decision Making in International Organization*, Robert, W. Cox and Harold K. Jacobson (eds.), Yale University Press, 1974, página 313.

¹⁰ Acta Final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo (24 de marzo de 1948). Véase Doc. NU E/Conf2/78.

¹¹ BERMEJO, R., *Comercio Internacional y Sistema Monetario*, Civitas, 1990, página 26.

¹² JACKSON, J. H., *The World Trade and the law...*, *op. cit.*, 132-136; *The World Trading System...*, *op. cit.*, página 90, y *The World Trade Organization...*, *op. cit.*, página 83-84.

giloso desarrollo destinado a suplir las carencias institucionales del GATT. No existe diseño previo, no hay un «patrón reglado» y la aplicación provisional del acuerdo amenaza su propia viabilidad a largo plazo. En estas difíciles circunstancias, la Secretaría de la ICITO se transforma *de facto* en Secretaría del GATT e inicia el impulso estratégico de una estructura orgánica básica¹³.

Así las cosas, los representantes de las PARTES CONTRATANTES crean el *Inter-sessional Committee (Ad hoc Committee for Agenda and Inter-Sessional Business)* en su noveno período de sesiones (1951)¹⁴. Este comité se reunía entre cuatro o seis semanas antes de los períodos de sesiones de las PARTES CONTRATANTES para determinar la agenda. A estos efectos, adoptará decisiones colegiadas y permitirá un sistema de voto no presencial, empleando incluso el correo y el telégrafo. Una vez se constata, de forma definitiva, que la Carta de la OIC no entrará nunca en vigor, sólo cabe desarrollar y reforzar el comité. Operará en la práctica como el motor institucional del acuerdo en las siguientes décadas. De hecho, esta institución embrionaria dará vida, ya en 1960, al Consejo de Representantes del GATT¹⁵.

No obstante, los representantes comerciales que han negociado en la Habana no se dan por rendidos. Así, negocian y redactan un segundo proyecto de Carta en el noveno período de sesiones, entre octubre de 1954 y marzo de 1955: la Organización para la Cooperación Comercial (OCC). Este proyecto también fracasa y deja claro, por tanto, que la única estrategia viable para el reforzamiento institucional es formar una secretaría e ir creando grupos de trabajo y comités especializados que amplíen lentamente el tejido organizativo del GATT. Así, en 1955 se crea el puesto de Secretario Ejecutivo, cargo que en las dos primeras décadas del GATT ostenta Eric

Wydham White (1947-1968), quien tendrá un papel capital en esta difícil travesía.

El proceso es sin duda sorprendente. Muestra con meridiana claridad cómo la fuerte voluntad política de un colectivo de políticos y funcionarios especializados es capaz de mantener la llama del libre comercio multilateral en un contexto de absoluta interinidad y precariedad. Las particularidades de esta andadura, de hecho, llevan a la literatura a calificar el GATT como un «accidente histórico»¹⁶. Y no le falta razón. Sin duda, el GATT es una original y dinámica institución que ha desafiado, una a una, las teorías y estándares legales internacionales tradicionales. En palabras de Kenneth Dam: «En términos de patrimonio legal e institucional, el GATT es el más humilde, si no necesitado, de entre la multitud de órganos internacionales de la escena mundial. Pero en términos de logros, debiera figurar cerca del punto más alto. En gran medida, esta desventaja inicial ha sido superada gracias a la persistencia e ingenio de una dedicada y pragmática Secretaría así como de la voluntad política y liderazgo de algunas Partes contratantes»¹⁷.

En puridad, el GATT evoluciona hasta transformarse en una institución, sin serlo originariamente. Mientras, operará en precario (protocolo de *Aplicación Provisional*) durante casi medio siglo, capeando esta adversidad. Los requisitos de entrada en vigor exigían que el depósito de los instrumentos de aceptación representara el 85 por 100 del comercio exterior de los territorios comprendidos en el Anexo H; algo que, como es sabido, nunca ocurrió. A fecha de 1967, el único Estado que había aceptado el GATT en los términos de su artículo XVI («Aceptación, entrada en vigor y registro») era Haití. Técnicamente, por tanto, el GATT no ha entrado nunca en vigor¹⁸. Parafraseando a Jackson, el GATT tuvo cier-

¹³ JACKSON, J. H., *The World Trading System...*, *op. cit.*, página 37, y HUDEC, R., «The Role of the GATT Secretariat in the Evolution of the WTO Dispute Settlement Procedure», *The Uruguay Round and Beyond. Essays in Honour of Arthur Dunkel*, J. BHAGWATI y M. HIRSCH (eds.), primavera, 1998, página 105.

¹⁴ BISD II, 1952, página 205.

¹⁵ BISD 9S/17-20, 1961.

¹⁶ FLORY, T., *Le GATT. Droit International...*, *op. cit.*, páginas 4-5 y CURZON, G. y CURZON, V., «GATT: Traders' Club...», *op. cit.*, página 31.

¹⁷ DAM, K. W., *The GATT Law and International Economic Organization*, University of Chicago Press, 1970, página 335.

¹⁸ Véase JACKSON, J. H., «The Puzzle of GATT», 1 *Journal of World Trade Law*, 2, 1967, página 133, nota 14 y PETERSMANN, E.-U., «The

to «turbio estatus legal» que, de modo inevitable, ha llevado a malentendidos tanto al público en general como a los medios de comunicación e incluso funcionarios gubernamentales¹⁹. Esto genera, como es lógico, interrogantes en términos de legitimidad institucional.

Sorprendentemente, sin embargo, la literatura jurídica ha transitado en escasas ocasiones esta cuestión. En cualquier caso, es evidente que el GATT tuvo carácter legal. La provisionalidad no cuestiona obviamente su carácter de instrumento jurídico internacional (artículo 25 de la CVDT: aplicación provisional) sino la forma de hacer las cosas, dado que los parlamentos no participaron en este proceso de formación de una gran institución internacional a partir de este texto en aplicación provisional durante décadas. La legalidad del instrumento en cualquier caso no puede ser cuestionada. De hecho, Klabbbers elige este acuerdo comercial como el ejemplo más famoso de que la inclusión de preceptos relativos a la entrada en vigor en los tratados no es el mejor indicador del carácter vinculante de dichos tratados²⁰.

No obstante, esta situación incide inevitablemente en el modo de hacer las cosas dentro del GATT. Así, es interesante destacar, por ejemplo, que las siglas de la ICITO figuraron en la sede del GATT durante décadas²¹. Este sencillo detalle deja patente el escenario resultante. Del mismo modo, otro dato significativo es el hecho de que hasta el año 1968 el Congreso estadounidense autorizaba sus contribuciones anuales a la Secretaría en la partida presupuestaria de «conferencias internacionales y gastos accesorios». Las razones son eviden-

tes: el sistema multilateral comercial no es una institución en origen indisputada. Recordemos que es por ello que no hay órganos contemplados en el tratado. Por tanto, el sistema multilateral comercial avanza con dificultades y serias vías de agua en su línea de flotación.

Así, por ejemplo, Jackson alude a la «ficción» de que el GATT no fuera una «organización» pero evita el adjetivo «internacional» cada vez que se refiere a ella. De hecho, el epígrafe de su clásica obra *The World Trading System* sobre este tema se titula de modo indicativo «El GATT como organización»²². Con posterioridad sostendrá lo siguiente: «En teoría, el acuerdo general no estableció una “organización”, aunque en la práctica el GATT operó como tal» (*sic*)²³. Por su parte, Philip Nichols sostiene que el GATT no constituía ni un tratado ni una organización internacional; razón por la que las partes en vez de Miembros o signatarios se denominaron durante décadas «PARTES CONTRATANTES»²⁴.

En resumen, la escasa literatura legal internacional que ha explorado estas cuestiones muestra ciertas perplejidades. Así, Remiro Brotons viene a sostener la siguiente afirmación fuerte: «[s]e comprende que para los iusinternacionalistas, el GATT fuera un caso engorroso, por su evidente incapacidad para sobrevivir a despecho de estándares y formas legales más elementales». Es más, afirma que el GATT carecía de subjetividad internacional²⁵. Otros autores sostienen opiniones críticas algo menos duras. Así, para Liñán Nogueras, el GATT operó «sobre la base de cierta provisionalidad convencional y con un elemento orgánico surgido lejos de construcciones formales»²⁶. En contraste, Pastor Ri-

Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948», *Common Market Law Review*, 31, 1994, página 1162.

¹⁹ JACKSON, J. H., «Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures: WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects», *The WTO as an International Organization*, A. O. KRUEGER (ed.), University of Chicago Press, 1998, página 163.

²⁰ KLABBERS, J., *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer Law International, 1996, páginas 75-76.

²¹ NICHOLS, P., «GATT Doctrine», 36, *Virginia Journal of International Law*, 2, 1996, página 390, nota 57.

²² JACKSON, J. H., *The World Trading System...*, *op. cit.* páginas 37 y 41.

²³ JACKSON, J. H., *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text*, J. H. JACKSON; W. DAVEY y A. SYKES (eds.), West Publishers, 1995, página 289.

²⁴ NICHOLS, P., «GATT Doctrine...», *op. cit.*, página 390.

²⁵ REMIRO BROTONS, A., «Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el Reino de la OMC», *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, 26, 1996, páginas 17-18.

²⁶ LIÑÁN NOGUERAS, D. J. en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 02001, 13.ª ed., página 615.

druejo mantiene que las PARTES CONTRATANTES del GATT «crearon *de modo empírico*» una organización internacional, dada la progresiva institucionalización de la que se fueron dotando²⁷.

En definitiva, el GATT es un curioso experimento, extraño e innovador, que se irá reforzando de forma progresiva, a pesar de sus graves «defectos de nacimiento». El resultado final es un exitoso régimen internacional. Por tanto, su éxito es el de la pequeña comunidad de valedores que mantienen e impulsan el proyecto político del libre comercio multilateral en precariedad. En palabras de Hudec, un «desarrollo incremental lento» ha sido el secreto del éxito jurídico del GATT durante todas estas décadas²⁸. A resultas, termina impulsando ocho Rondas de negociaciones comerciales hasta la creación final de la Organización Mundial del Comercio²⁹. Esta eficiente estrategia eclosiona por tanto en una gran organización multilateral, que irrumpe con brío en la escena legal internacional entrando en vigor el 1 de enero de 1995.

2. En busca de una herramienta

Este peculiar proceso de desarrollo institucional no hubiera podido tener éxito sin una serie de innovaciones que hacen posible resolver diferencias, de modo efectivo, entre las Partes Contratantes del GATT des-

de los primeros años. De hecho, el empleo de mecanismos de solución de diferencias en los tratados comerciales no es considerado seriamente hasta entonces³⁰. En este sentido, la fallida Carta de La Habana contenía un detallado procedimiento de solución de diferencias en sus artículos 93, 94 y 95³¹. Sin embargo, su capítulo IV es refundido en el ínterin de su incierto proceso de ratificación con el objeto de crear el GATT. Así, estas tres disposiciones dan paso a los artículos XXII y XXIII del GATT. Estos últimos serán el pilar legal de la solución de diferencias en el sistema multilateral de comercio:

Artículo XXII. Consultas.

1. *Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo.*

2. *Las partes contratantes podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para la que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1.*

Artículo XXIII. Anulación o menoscabo.

1. *En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:*

²⁷ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 1996, página 823.

²⁸ HUDEC, R., *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Butterworth Legal Publishers, 1993, página 364.

²⁹ Las Rondas son las siguientes: 1) Ginebra (Suiza) en 1947, con 23 participantes (estimación del valor comercial abarcado: 10.000 millones de dólares), 2) Annecy (Francia) en 1948, con 33 participantes (datos económicos no disponibles), 3) Torquay (Inglaterra) en 1950 con 34 participantes (datos económicos no disponibles), 4) Ginebra en 1956 con 22 participantes (25.000 millones de dólares), 5) Ronda de Dillon, Ginebra 1960-1961 con 45 participantes (49.000 millones), 6) Ronda Kennedy, Ginebra 1964-1967 con 48 participantes (400.000 millones), 7) Ronda Tokio, Ginebra 1973-1979 con 99 participantes (1,5 billones), y finalmente, 8) la Ronda Uruguay, Ginebra 1986-1994 con 120 participantes (3,7 billones). JACKSON, J. H., *Legal Problems of International Economic Relations...*, *op. cit.*, página 314.

³⁰ HUDEC, R., «The Role of the GATT Secretariat...», *op. cit.*, página 102.

³¹ Para un comentario véase BROWN, W. A., *The United States and the Restoration of World Trade: An Analysis and Appraisal of ITO Charter and the General Agreement on Tariffs and Trade*, Brookings Institution, 1950, páginas 227 y ss.

a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o

b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o

c) que exista otra situación, dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.

2. Si las partes contratantes interesadas no llegaran a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable o si la dificultad surgida es una de las previstas en el apartado c) del párrafo 1 de este artículo, la cuestión podrá ser sometida a las PARTES CONTRATANTES. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. Las PARTES CONTRATANTES podrán, cuando lo juzguen necesario, consultar a partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias. Cuando se suspenda efectivamente esa concesión u otra obligación con respecto a una parte contratante, ésta po-

drá, en un plazo de sesenta días a contar de la fecha de aplicación de la suspensión, notificar por escrito al Secretario Ejecutivo de las PARTES CONTRATANTES que es su propósito denunciar el Acuerdo General; esta denuncia tendrá efecto cuando expire un plazo de sesenta días a contar de aquel en que el Secretario Ejecutivo de las PARTES CONTRATANTES haya recibido dicha notificación.

No es exagerado sostener que estos dos artículos permiten desarrollar uno de los más exitosos mecanismos de solución de diferencias creados hasta la fecha en la comunidad internacional. Partiendo de este exiguo articulado, la diplomacia comercial del GATT impulsa una práctica de desarrollo institucional, con elementos consuetudinarios³², que se formaliza y codifica finalmente en la Ronda de Tokio en 1979 (1973-1979). Con posterioridad ya, la Ronda Uruguay (1986-1994) dará forma al flamante sistema de solución de diferencias de la OMC: un sistema de doble instancia dotado de una jurisdicción multilateral vinculante³³.

La transformación de aquellas «mínimas bases» en este exitoso mecanismo es, parafraseando al juez Pescatore, «uno de los más notables y pragmáticos logros del derecho internacional»³⁴. El resultado, como es evidente, no cayó del cielo: fue el producto del esfuerzo, la experimentación y el aprendizaje colectivo de un pequeño núcleo de políticos y profesionales especializados, caracterizado por un marcado espíritu de grupo. Es este grupo este colectivo quien ha impulsado durante medio siglo el sistema multilateral de comercio.

³² LIGUSTRO, A., *Le controversie tra stati nel diritto del commercio internazionale: del GATT all'OMC*, Cedam, 1996, página 94.

³³ Sobre el modelo, evolución y propuestas previas de reforma del mecanismo véase, en especial, HUDEC, R., «Adjudication of International Trade Disputes», *Thames Essay*, número 16, Trade Policy Research Centre, 1978 y DAVEY, W. J., «Dispute Settlement in GATT», 11, *Fordham International Law Journal*, 1, 1987, páginas 51-106.

³⁴ PESCATORE, P., «Drafting and Analyzing Decisions on Dispute Settlement», *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement...*, *op. cit.*, página 7.

Sin duda, vale la pena explorar este proceso dada la importancia que tuvo el mecanismo de solución de diferencias del GATT para consolidar el gran proyecto político del libre comercio multilateral. En esencia, aunque la comunidad de valedores de este proyecto contaba con un acuerdo sustantivo, necesitaba algo más para consolidar el proyecto: crear un mecanismo de solución de diferencias efectivo. En este sentido, la solución de diferencias constituye un punto capital de los órdenes del día ya desde las primeras sesiones de las partes contratantes. Los representantes estatales eran conscientes de que solucionar las diferencias sobre el cumplimiento del GATT exigía algún tipo de mecanismo, por muy simplificado que fuera.

En esencia, la intervención formal de terceros en las diferencias tiende con generalidad a reducir las tensiones interestatales y, a menudo, incluso a resolverlas. Es por esta razón por la que algunos representantes estatales, con la asistencia de la Secretaría, se embarcan en una estrategia sostenida de creación de un mecanismo especializado. De hecho, la práctica de aquellos primeros años muestra cómo se lleva a cabo una cautelosa experimentación orientada a la búsqueda colectiva de un modelo de solución de diferencias adecuado. Es más, no es descabellado sostener que ciertos avances y mejoras en este campo pudieron ser fruto de una laxa planificación a largo plazo, orientada a encontrar, de forma consensuada, una fórmula eficiente para resolver diferencias en el GATT. No obstante, la debilidad del GATT (anemia institucional y aplicación provisional) exigía que esta búsqueda tuviera un marcado perfil bajo.

Es cierto que, en ocasiones, los cambios institucionales tienen origen en meras afortunadas coincidencias. Sin embargo, es difícil explicar así la conformación del mecanismo de solución de diferencias del GATT. Serían, con toda probabilidad, demasiadas coincidencias. De hecho, hubo ciertos patrones consensuados. En este sentido, los primeros años muestran una serie de innovaciones funcionales de gran efectividad. Estas tienen la impronta de la Secretaría y algunos representantes estatales. El progresivo desarrollo de estas innova-

ciones es un ejemplo del *modus operandi* de los agentes que interactúan en el GATT en los primeros años, y de su marcado espíritu de grupo. Los representantes comerciales que negociaron el GATT y la OIC, como sostiene Hudec, «no estaban dispuestos a abandonar su diseño legal con facilidad»³⁵. Este espíritu colectivo de funcionarios y delegados del GATT se forja en las negociaciones de La Habana, en las que gran parte de este colectivo había participado. En la práctica, por tanto, eran una pequeña «comunidad interpretativa»: los «guardianes de la llama»³⁶. Esta comunidad, marcada por la provisionalidad, conforma pronto un modo propio de hacer las cosas.

Y aquí, la invención del denominado sistema de *panels* es el ejemplo más definitorio. De hecho, el sistema de *panels* ha terminado siendo uno de los distintivos institucionales del GATT del 47³⁷. En concreto, la idea se gesta en los primeros períodos de sesiones de las PARTES CONTRATANTES. A partir de ahí ya, irán transformándose, de modo paulatino, en el eje de la solución de diferencias del GATT. El proceso se inicia en el primer período de sesiones. Tras ese período de sesiones, en Ginebra, se resuelve la primera diferencia entre dos Partes Contratantes. En ella, Cuba y los Países Bajos solicitan una opinión cualificada al Presidente de la sesión de las PARTES CONTRATANTES después de realizar consultas. El Presidente resuelve y la decisión es adoptada al no oponerse ningún representante del GATT. Cuba retira a continuación la medida objeto de la diferencia. La fórmula, no obstante, es abandonada casi de forma inmediata, quizás por la previsible complejidad de las futuras reclamaciones así como, lógicamente, la elevada concentración de poder que generaba en un órgano unipersonal. Por ello, sólo ha habido otro caso, entre India y Pakistán, resuelto por el presidente en la siguiente sesión.

³⁵ HUDEC, R., «The Role of the GATT Secretariat...», *op. cit.*, página 103.

³⁶ CHAYES y CHAYES, *The new sovereignty...*, *op. cit.*, página 279.

³⁷ LONG, O., *Law and Its Limitations in the GATT Multilateral System*, Martinus Nijhoff, 1985, página 77.

De esta forma, a partir de esa misma sesión comienzan a emplearse *grupos de trabajo*. Los grupos de trabajo operan con métodos de solución de diferencias centrados en la búsqueda de acuerdos (conciliación); objetivo que estará presente en toda la evolución histórica de la solución de diferencias en el GATT. La característica principal de estos órganos *ad hoc*, formados por representantes de Partes Contratantes, es que incluyen a las propias partes en conflicto. La nueva fórmula emplea así elementos diplomáticos en un esquema en que las terceras partes (en teoría imparciales) llevan a cabo una labor de conciliación. La fórmula, no obstante, suscita un problema: la neutralidad de representantes sometidos a instrucciones de gobierno (o, cuando menos, a su atento escrutinio) es harto complicada.

Por ello, los grupos de trabajo muestran pronto sus limitaciones. Así, en el segundo período de sesiones, el grupo de trabajo que conoce de una diferencia entre Francia y Brasil alcanza únicamente a constatar los puntos de desacuerdo. Queda entonces patente la dificultad a la que se enfrenta un modelo estrictamente conciliador para solucionar con regularidad diferencias interestatales en el seno del GATT. A resultados de aquello, durante ese período de sesiones, se produce un importante hito en el tránsito de los grupos de trabajo al sistema de *panels*. El avance llega con el caso *Australian Subsidy on Admonium Sulphate*. Cinco miembros del grupo de trabajo discuten el fondo del asunto en este famoso caso. Sin embargo, sólo las terceras partes adoptan esta vez la decisión final (EE UU, Noruega y el Reino Unido)³⁸. Aquí se produce el punto de inflexión. El cambio es tan relevante que sólo se puede explicar como parte de un plan deliberado³⁹.

A partir de ahí, hay que esperar al séptimo período de sesiones (1952) para percibir con nitidez el alumbramiento

de los *panels* del GATT. En la agenda de aquella sesión había 12 casos pendientes. El Presidente, el noruego Johan Melander, argumentando el elevado número de diferencias por resolver, propone constituir un único grupo de trabajo que resuelva la totalidad de ellas. Por su parte, la Secretaría propone a las PARTES CONTRATANTES una lista de posibles integrantes para dicho grupo de trabajo; en la práctica, por tanto, la primera *short list* de la historia de la solución de diferencias comerciales interestatales. Es en este momento cuando por primera vez se emplea el término «*panel*» para definir la nueva fórmula propuesta. Quien lo hace es el propio Melander.

Al tiempo, esta vez no habrá representantes de potencias comerciales entre los integrantes del grupo. Esto indica que se trata así de evitar un mecanismo cuya eficiencia se apuntale sobre relaciones de poder; sobre la capacidad de presión de las potencias comerciales. El énfasis se pone pues en el conocimiento técnico de los expertos. De hecho, la voz «*panel*» define en lengua inglesa la reunión de un grupo de expertos encargado de realizar un informe objetivo sobre una cuestión de su ámbito de conocimiento técnico (*panel of experts*). La fórmula fue denominada concretamente *panel of complaints*.

Las delegaciones no hicieron objeción alguna a las propuestas. Esto refuerza el argumento de que hubo partes consultadas previamente. La Secretaría y los delegados de algunas Partes Contratantes están pues impulsando el desarrollo y perfeccionamiento del mecanismo. Volvamos sobre ello: el primer paso, como explica Robert Hudec, fue proponer un único grupo de trabajo. Unos días después se desliza el término «*panel*» sin explicar en qué consiste. La estructura se conforma como si fuera un grupo de trabajo más. Sin embargo, posteriormente, se impide que las partes enfrentadas voten y no se les permite estar presentes en el momento en que

³⁸ El informe redactado por la Secretaría viene acompañado de un apéndice o memorando de Australia en el que hace constar su disconformidad. Véase GATT/CP4/39, BISD III/188, *Informe del grupo de trabajo adoptado el 3 de abril de 1950*.

³⁹ HUDEC, R., *The GATT Legal System...*, *op. cit.*, página 70.

⁴⁰ HUDEC, R., «The Role of the GATT Secretariat...», *op. cit.*, página 108.

se discute y adopta la decisión⁴⁰. Rosine Plank nos facilita un dato que lo explica con claridad: «como un antiguo miembro de la Secretaría recuerda, el procedimiento de *panels* fue una invención —casi una conspiración— ideada por la Secretaría para aflojar el control de las grandes potencias que dominaban los grupos de trabajo en aquella época, y para reforzar su propio papel en la orientación y redacción de las decisiones o recomendaciones a presentar a la sesión plenaria»⁴¹. El mandato del primer *panel* de la historia del sistema multilateral de comercio fue el siguiente:

«To consider, in consultation with the representatives of the countries directly concerned and of other interested countries, complaints referred to the contracting parties under Article XXIII and such other complaints as the contracting parties may expressly refer to the Panel and to submit findings and recommendations to the contracting parties»⁴².

El esquema de funcionamiento era relativamente sencillo: las partes en litigio exponían ante el *panel* sus argumentos, aportando la información y documentación relevante. Ésta era en ocasiones complementada con información que otras partes interesadas consideraran oportuno presentar. En la siguiente fase, el *panel* redactaba un borrador de informe a puerta cerrada, sin la presencia de las partes en litigio. Ya con posterioridad, se les daba a las partes la oportunidad de discutirlo con los miembros del *panel*. Es decir, se instaura entonces la técnica del actual reexamen. Con las conclusiones y a la vista de las posiciones adoptadas por las partes, se redactaba un informe ya definitivo. Éste era adoptado de

forma consensuada, en texto único, y por tanto excluyendo las posiciones disidentes. A partir de ahí ya el informe se elevaba a las PARTES CONTRATANTES, que optaban por aprobarlo o desestimarlos en bloque.

Por consiguiente, la Secretaría acrecienta su papel dentro de este esquema. Aunque ya había estado asistiendo a los grupos de trabajo en materia legal y de redacción, hace sentir ahora con más claridad su opinión, al no estar presentes las partes implicadas en las diferencias. Así, algunas de sus tareas son redactar, concertar y organizar reuniones y proveer de información y documentación para resolver los casos. De hecho, fue la Secretaría la que elaboró la mayor parte de los informes de los grupos de trabajo de aquella época, según las entrevistas mantenidas por Hudec con los participantes de esta primera etapa del GATT⁴³.

Aquí arranca pues la exitosa práctica de los *panels*. A partir de este momento, los procedimientos serán objeto de una progresiva y paulatina formalización. Así es como se forma este peculiar órgano semijudicial, híbrido, casi en tierra de nadie. Para ello, se recurren a las más diversas técnicas, incluida la propia reordenación espacial de la sala en que se abordan las diferencias. Asistimos de este modo al estratégico y paulatino tránsito de la mesa de discusión a la «sala de juicios», con mesas separadas para los miembros del *panel* y las partes. Con esta innovación, formal pero cargada de simbolismo, se incorporan elementos de la simbología judicial, sin coste político alguno. Máxime si la comparamos con el esfuerzo político que exige de aunar voluntades para constituir formalmente un auténtico órgano judicial internacional. Por esta vía, los *panels* se dotan de cierta apariencia judicial sin excesivos costes políticos. Este cambio (señales de autoridad) es especialmente útil para llevar a cabo su difícil labor en un contexto marcado por la provisionalidad y falta de estructura institucional.

⁴¹ PLANK, R., «An Unofficial Description of How a GATT Panel Works and Does Not», 4, *Journal of International Arbitration*, 4, 1987, página 55 (cursiva añadida) y NICHOLS, P., «GATT Doctrine...», *op. cit.*, página 394.

⁴² SR7/7 (14 de octubre de 1952). HUDEC, R., *The GATT Legal System...*, *op. cit.*, página 75.

⁴³ HUDEC, R., «The Role of the Secretariat...», *op. cit.*, página 107, y HUDEC, R., *The GATT Legal System...*, *op. cit.*, página 78. Véase asimismo PLANK, R., «An Unofficial...», *op. cit.*, páginas 74-77.

Hay pues en marcha una lenta (pero pragmática) institucionalización. Al tiempo, de forma gradual, las Partes Contratantes irán reconociendo la *auctoritas* de los *panels* del GATT. Los cuatro informes presentados en el séptimo período de sesiones, por ejemplo, no requirieron debate alguno para su aprobación. Más adelante ya, en el noveno período de sesiones, se constituyen otros dos *panels*. En ese momento se da un paso más en la institucionalización. En esta ocasión, se evita nombrar a los integrantes en calidad de representantes estatales. Los miembros de los *panels* son nombrados (al menos teóricamente) en calidad de expertos. Como es evidente, este paso es especialmente importante. Con él se asume de forma colectiva que la actividad de solución de diferencias es una actividad «profesional» y, por tanto, que requerirá de sus propias reglas, claves, instituciones, cultura y tradiciones. Para ello, el mecanismo comenzará a orientarse, casi de modo inevitable, hacia las profesiones legales.

Aunque ambos casos son resueltos finalmente por acuerdo (sin necesidad de emitir informe) se ha realizado aquí un cambio esencial. La actividad de los *panels* ha iniciado su larga andadura hacia una mayor tecnificación; una característica que aumentará su legitimidad institucional. Prueba de ello es que en el examen del funcionamiento del GATT llevado a cabo en este noveno período de sesiones, algunos delegados dejan ya constancia de sus opiniones positivas respecto al funcionamiento de los *panels*. El optimismo que destilan las intervenciones es sintomático. En este contexto, por ejemplo, la delegación danesa propone emplear la técnica de *panels* en otros ámbitos y ampliar su utilización para los casos de restricción comercial por razones de balanza de pagos, hasta el momento abordadas en grupos de trabajo. La Secretaría presenta en la siguiente sesión un informe al respecto en el que se defiende el empleo «experimental» de los *panels* en otros ámbitos hasta el momento atribuidos a grupos de trabajo⁴⁴. Finalmente, las delegaciones acuerdan

dejar las cosas como están, limitando la técnica de *panels* a la solución de diferencias. La decisión muestra cierta cautela estatal hacia el empleo de *panels* en otras áreas y, por extensión, hace patente su éxito⁴⁵.

Esta primera década del GATT es un período en el que son los diplomáticos quienes rigen el funcionamiento ordinario de la organización con un espíritu de grupo gestado en las negociaciones de La Habana, de las que gran parte son veteranos. La situación de precariedad a la que está sometido el GATT les lleva a hacer énfasis en la solución diplomática de las diferencias. De hecho, la técnica diplomática contó durante años con una gran comunidad de valedores entre los cuales destaca el propio primer Secretario Ejecutivo del GATT, Eric Wyndham White (1948-1968). Así, de forma inevitable, los informes de los *panels* de este período están empapados de las ambigüedades e imprecisiones del arreglo diplomático. La explicación que ofrece Hudec sobre esta época merece una transcripción literal:

«Dada la incierta percepción que esperaba a las obligaciones legales del GATT en las capitales, era importante no comprometer todo el prestigio del GATT con decisiones que los gobiernos bien podrían no ser capaces de cumplir... Las primeras decisiones del GATT se ajustaban por lo general a esta necesidad de unas decisiones legales amables, suaves y más oscuras, recurriendo al lenguaje de la diplomacia más que al del derecho. El arte consistía en sugerir las conclusiones necesarias con pinceladas impresionistas que, examinadas de cerca, nunca decían en el papel lo que todo el mundo sabía que significaban. La técnica era particularmente efectiva en contra de los juristas, dado que con estándares normales de análisis jurídico era imposible alcanzar una conclusión legal satisfactoria sobre lo que en realidad las decisiones significaban o requerían en realidad»⁴⁶.

⁴⁴ Véase Doc GATT L/392/Rev. 1, *Considerations concerning the Extended Use of Panels*, 6 de octubre de 1955.

⁴⁵ HUDEC, R., *The GATT Legal System...*, *op. cit.*, página 81.

⁴⁶ HUDEC, R., «The Role of the Secretariat...», *op. cit.*, página 106.

En conclusión, esta etapa es a menudo caracterizada aludiendo al carácter «indescifrable» de los informes. Aunque se le hayan hecho importantes críticas a las prácticas de esta época⁴⁷, hay que subrayar que esta aproximación era, con toda probabilidad, la única posible en el contexto en que se encontraba el GATT en los años cincuenta, lastrado por la anemia institucional y la precariedad. En este sentido, la estrategia de la diplomacia comercial del GATT es plenamente racional... y probablemente la única posible para preservar el GATT. En esa época, el cripticismo casi artístico de estos primeros informes cumple una relevante función: resolver las diferencias interestatales *sottovoce* y, por supuesto, con mucha mano izquierda. Esto permitirá preservar la precaria estructura institucional de las tensiones políticas, y esperar mejores tiempos. De hecho, esta es una época en la que prima una atmósfera cooperativa y conciliatoria. Los métodos empleados bajo esta «atmósfera», en palabras de Curzon, se asemejan al funcionamiento de un club. Así, «las discusiones entre cuatro paredes, los intentos de conciliación en lugar de conflictos frontales en que se afirmaran derechos, los encuentros privados para “aclarar las cosas” eran todas características de esta atmósfera de club»: El *club del GATT*⁴⁸.

3. Etapas y cambio de rumbo

Bajo estas circunstancias, el mecanismo resuelve más de 20 diferencias, funcionando con normalidad hasta 1963. A partir de ese momento, sin embargo, el sistema de *panels* cae en una fase de inactividad (1964-1970). Una de las razones es la entrada en escena de la Comunidad Económica Europea (CEE) en 1958, con las consi-

guientes disfunciones que para el sistema multilateral de comercio se desprendían de su Política Agrícola Común y sus relaciones comerciales preferenciales con los territorios de ultramar. Estas políticas generan fricciones con las normas del acuerdo y empujan a los Estados miembros de la CEE a jugar la baza de la flexibilidad y el *pragmatismo* en el GATT. A esto se unen las reclamaciones de los países menos desarrollados, recién incorporados al GATT, que reclaman un acceso real de sus productos a los mercados de los países desarrollados⁴⁹. En palabras de Ernst-Ulrich Petersmann, la década de los años sesenta se caracteriza por el intento pragmático de acomodar al GATT, «sin un indebido legalismo», a la Comunidad Económica Europea y la nueva mayoría de países en desarrollo⁵⁰. Así las cosas, se paraliza la actividad del mecanismo.

Tal orden de cosas cambiará pronto en cualquier caso. Así, el auge de las denominadas nuevas barreras comerciales (que desvirtuaban las concesiones arancelarias consolidadas) lleva a la administración estadounidense a desarrollar una intensa presión sobre sus socios comerciales para abrir una nueva Ronda de negociaciones comerciales: la Ronda Tokio (1973-1979). Esta importante Ronda está orientada a abordar estos problemas, a completar y reforzar áreas sustantivas así como a mejorar los procedimientos de solución de diferencias del GATT. Durante la Ronda, la CEE se opondrá a cualquier reforma del mecanismo de solución de diferencias pero aceptará la codificación de su práctica consuetudinaria. Así pues, la práctica es formalizada en un instrumento individualizado: el denominado «Entendimiento del 79»⁵¹. Este instrumento consta de 25 artículos en 4 secciones relativas a notificaciones, consultas,

⁴⁷ Véase *Review of the Effectiveness of Trade Dispute Settlement under The GATT and the Tokyo Round Agreements*. Report to the Committee on Finance, U.S. Senate, On Investigation números 332-212 Under Section 332 (g) of the Tariff Act of 1930, USITC Publication 1793, diciembre 1985, página 78.

⁴⁸ CURZON, G., *Multilateral Commercial Diplomacy: The General Agreement of Tariffs and Trade and Its Impact on National Commercial Policies and Techniques*, Michael Joseph Books, 1965, páginas 52-53.

⁴⁹ HUDEC, R., «The Role of the Secretariat...», *op. cit.*, páginas 108-109.

⁵⁰ PETERSMANN, E.-U., *The GATT/WTO...*, *op. cit.*, página 84.

⁵¹ Véase el *Entendimiento relativo a las Notificaciones, las consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia*, así como su anexo, intitulado, «Exposición acordada de la práctica consuetudinaria del GATT en materia de solución de diferencias». Doc IBDD S26/229 (1980) y siguientes.

solución de diferencias y vigilancia, así como un anexo titulado «La exposición acordada de la práctica consuetudinaria». Al tiempo, es complementado por infinidad de disposiciones sobre solución de diferencias contenidas en diversos *Códigos* de la Ronda. Aunque esta fragmentación de procedimientos no anula el Entendimiento, claramente lo oscurece⁵².

En cualquier caso, la codificación facilitará sin duda el aumento de actividad en la solución de diferencias, devolviendo al sistema de *panels*, nuevamente, al corazón del sistema multilateral de comercio. Y aquí se produce un cambio cultural muy relevante para la historia del GATT. La década de los años setenta marca dentro del GATT un punto de inflexión hacia actitudes cada vez más litigiosas y legalistas. Hay dos motivos básicos que explican este cambio de orientación. El primero de ellos es el relevo generacional de las delegaciones. Las delegaciones originarias, como se ha apuntado, habían estado intensamente centradas en una aproximación diplomática dado el inestable contexto de provisionalidad (aplicación provisional) y la falta de institucionalización originaria del GATT (ausencia de órganos). Las nuevas generaciones de delegados tienen ya, sin embargo, otra aproximación. Han heredado una institución relativamente consolidada y, por tanto, muestran una sensibilidad diferente respecto al peso relativo que la diplomacia y la litigiosidad deben jugar en el sistema multilateral de comercio. A sus ojos, las reglas (el derecho) deben pesa más.

El segundo motivo es la entrada en escena de un nuevo órgano de la administración estadounidense que asume funciones antes atribuidas al Departamento de Estado: la USTR (*United States Trade Representative*). Esta nueva institución especializada inicia desde un primer momento una política abiertamente litigiosa

y, para ello, desarrolla precisas argumentaciones legales, de gran tecnicismo, contratando para ello equipos de abogados. Esta agresiva nueva política, en la que se presentan reclamaciones cargadas de extensas y barrocas argumentaciones legales («reclamaciones jurídicas esotéricas» en palabras de algunos)⁵³, obliga inevitablemente a los *panels* a reorientar la forma en que resuelven los casos. Cambian por tanto las expectativas, y los *panels* se ven empujados a modificar de alguna forma su anterior y asentada *lex artis diplomática*. Al tiempo, el cambio fuerza a las contrapartes en las diferencias con la USTR a emplear una precisión técnica equivalente.

Está cerrándose una etapa: la denominada *diplomacia del GATT* tiene sus días contados. Va ganando peso la aproximación legalista. Sin embargo, los recursos materiales y personales del GATT no están adaptados a esta nueva cultura emergente. De hecho, entre los delegados nacionales que integran normalmente los *panels*, así como en la propia Secretaría que les asesora, faltan expertos en los tecnicismos sustantivos y procesales que requiere esta aproximación. En este contexto, las presiones hacia la tecnificación a las que está sometido el sistema de *panels* terminan precipitándole a una crisis. El sistema no soporta la presión. Los integrantes de los *panels* tratan infructuosamente de conciliar la vieja y nueva cultura, buscando fórmulas imposibles que contenten sus diferentes sensibilidades. Sin embargo, la aproximación legalista es cada vez más fuerte. Así, se producen algunos informes que minan definitivamente el precario *statu quo*. El más claro ejemplo son los casos DISC (*domestic international sales corporations*) sobre las sociedades estadounidenses de ventas al extranjero⁵⁴. Estos casos son resueltos con una orientación diplomática que exa-

⁵² Véase *Declaración Ministerial de 1982*, Doc BISD S29/9-23 (1983), *Decisión de las partes contratantes*, Doc BISD 31S/9-10 (1985), *Decision del Consejo del GATT de 1988*, Doc BISD S35/382 (1989) y *Decision de las partes contratantes de 1989*, Doc BISD 36/66 y siguientes, 1989.

⁵³ HUDEC, R., *The GATT Legal System...*, *op. cit.*, páginas 112-113.

⁵⁴ Véase Doc BISD 23S/98-147, *United States: Income Tax Legislation, France: Income Tax Legislation, Belgium: Income Tax Legislation y Netherlands: Income Tax Legislation*. Para una reflexión en torno a estos casos véase JACKSON, J. H., «The jurisprudence of International Trade: The DISC Case in GATT», *American Journal of International Law*, 72, 1978, páginas 747-781.

cerba los ánimos dando pie a un conflicto que permanece en la agenda del GATT durante años.

No hay duda de que la característica básica de los informes más polémicos de ese período fue la presencia de elementos diplomáticos. Estos comportamientos exasperaban tanto a las partes a quienes asistía «mejor derecho» en el litigio como, en general, a los cuadros de las delegaciones más jurídicistas. Ha surgido una nueva cultura en el GATT que desplaza con fuerza e ímpetu a la originaria cultura de la diplomacia comercial. Sin duda, no es algo nuevo. El encuentro de la tradición y la modernidad produce tensiones. La tradición se basa a menudo en una previa necesidad y la modernidad en un cambio de condiciones. A estas alturas de la evolución del sistema multilateral de comercio, la nueva cultura jurídicista del GATT exige y reclama que las diferencias sean resueltas con criterios técnicos: el derecho internacional del comercio.

No es baladí que sea en los albores de esta época de transición cuando John Jackson publica *World Trade and the Law of GATT* (1969), con el indicativo título («A legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade»). Con esta obra, denominada por muchos «la Biblia del GATT», se realizaba la primera gran formalización de las reglas del sistema multilateral de comercio. Así, este «apóstol» del sistema multilateral de comercio legitimaba desde la academia un cambio de rumbo hacia el legalismo tendiendo algún débil puente a la preservación de elementos diplomáticos: la *aproximación basada en reglas*. La cristalización de este famoso sintagma se expandirá en cientos de artículos de la literatura especializada y se hará finalmente omnipresente, dos décadas después, con *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (1989). La cultura legal emergente en el GATT requiere expertos, técnicos, académicos e incluso sus propios referentes «intelectuales».

El GATT está cambiando, y no sólo desde las delegaciones sino dentro ya de la propia Secretaría. Así, cuando el suizo Arthur Dunkel (1980-1993) sucede a Olivier Long (1968-1980) en la dirección de la Secretaría del

GATT, se da el último golpe a la batalla entre culturas dentro del GATT. Olivier Long es el último gran partidario de la aproximación diplomática dentro de la Secretaría. De hecho, es quien acuña la expresión «pragmatismo jurídicamente controlado» en su conocida (e indicativa) obra *Law and its Limitations in the GATT Multilateral Trade System* (1985): «El Acuerdo General ofrece muchas posibilidades para un pragmatismo controlado jurídicamente y, a lo largo de la historia del GATT, las Partes Contratantes han respondido de forma constructiva y positiva a las condiciones económicas y políticas internacionales, *sin prestar excesiva consideración a los tecnicismos legales*»⁵⁵.

Sin embargo, ha empezado una nueva época. La aproximación diplomática, heredera directa de quienes negociaron la Carta de La Habana y mantuvieron a flote al GATT en sus primeras décadas, se encuentra ya en retirada dentro de la propia Secretaría. De hecho, Dunkel impulsará de forma paulatina, no sin dificultades, la creación de una oficina o servicio jurídico dentro de la propia Secretaría. La finalidad evidente del nuevo Director General es reforzar las garantías contra los errores legales de los *panels*, asesorándoles y mejorando la calidad y precisión técnica de sus actos y escritos. Sin duda, el aumento de la calidad jurídica de los informes de los *panels* de los años ochenta es claramente atribuible a esta oficina⁵⁶.

A partir de esta época, por tanto, el GATT dispone de un mecanismo cuyos procedimientos están regulados con suficiente precisión (Entendimiento del 79 y Códigos complementarios) y existe un creciente número de delegados, expertos y profesionales del GATT a favor de juridificar su actividad. El gran escollo a salvar ya, para cerrar el círculo y construir una jurisdicción multilateral comercial, es la existencia de la conocida regla del consenso positivo en la adopción de decisiones del

⁵⁵ LONG, O., *Law and its Limitations in the GATT Multilateral Trade System*, Martinus Nijhoff, 1985, página 62.

⁵⁶ HUDEC, R., «The Role of the Secretariat...», *op. cit.*, páginas 114-115.

Consejo General del GATT. Esta regla, heredada de la época diplomática, deja abierta la posibilidad de que cualquier Parte Contratante bloquee la constitución de un *panel* o la adopción de su informe y, por tanto, dificulte su normal funcionamiento.

La regla estaba tan imbricada en la cultura del sistema multilateral de comercio que pocos pensaban que fuera factible eliminarla algún día⁵⁷. Sin embargo, «todo se irá», y aquí también habrá cambios. Así, las nuevas militancias e intereses terminarán dando lugar a reformas entonces no imaginables. En esencia, los Estados tomarán plena conciencia de los beneficios (individuales y colectivos) que genera a largo plazo el respeto de las «reglas del juego» en el comercio internacional. Al tiempo, la creciente *auctoritas* de los informes de unos *panels* cada vez más técnicos, y mejor asistidos, les confirmará en esta aproximación. Todo ello lleva a las Partes Contratantes del GATT, con Estados Unidos como visible figura al frente, a embarcarse en la aventura de la Ronda de Uruguay (1986-1994); una Ronda mucho más ambiciosa que las anteriores y cuyo resultado más notorio, en materia de solución de diferencias, es que elimina la regla del consenso positivo para la constitución de *panels* y la adopción de sus informes.

Este cambio, sin duda revolucionario, se produce espoleado por un fenómeno agríndice que tendrá gran trascendencia en los años ochenta: el *unilateralismo* estadounidense⁵⁸. En esencia, Estados Unidos considera que determinadas prácticas comerciales de otros Estados son «injustas» y crea sus propios procedimientos para combatirlos al margen de la legalidad del GATT. Este unilateralismo fuerza al resto de países a negociar concesiones comerciales en la Ronda de Uruguay, así como a fortalecer el sistema de *panels* a la sombra de su unilateralismo. En la práctica, Estados Unidos buscaba un mecanismo de solución de diferencias efectivo y

presiona unilateralmente para conseguirlo. Sin este comportamiento agresivo al margen de las reglas del GATT, no se hubiera dado este paso tan trascendental en la construcción de esta jurisdicción multilateral. Paradójicamente, y contradiciendo el pensamiento convencional, la ley de la jungla que propugna la Sección 301 estadounidense empuja al resto de Estados a consolidar el Imperio de la ley en las relaciones comerciales multilaterales. Tanto que suele atribuirse al propio Arthur Dunkel la afirmación de que esta pieza de legislación doméstica es lo mejor que ha podido pasarle al sistema multilateral de comercio (*sic*)⁵⁹.

4. El puerto de Marrakech

Sin duda, disponer de un mecanismo de solución de diferencias efectivo es útil para las naciones. La actividad de los *panels*, empleando la expresión de Pescatore, produce útiles «modelos de solución razonada» para solucionar las espinosas diferencias del comercio internacional⁶⁰. Estas bondades objetivas, no obstante, se han enfrentado a las zozobras y avatares propios de la formulación de políticas públicas internacionales. Es evidente, en cualquier caso, que la historia de la invención de los *panels* del GATT muestra con meridiana claridad la relevancia del «factor humano» en este y otros procesos de construcción institucional. Sin duda, sólo se entiende que se haya arribado a estas playas si tenemos en consideración que las negociaciones de la Carta de La Habana habían creado previamente la primera comunidad global de políticos y funcionarios comerciales. Con ella se sentaron las bases de una pequeña cultura global, marcadamente especializada, con sus referentes, sus líderes y sus valores. Es esta cultura, sencillamente, la que ha mantenido viva la llama del sistema multilateral comercial, contra viento y marea, durante más de medio siglo.

⁵⁷ Véase Informe ITC..., *op. cit.*, p. 79.

⁵⁸ BHAGWATI, J., *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, J. BHAGWATI y H. PATRICK (eds.), University of Michigan Press, 1990.

⁵⁹ BHAGWATI, J., «The Diminished Giant Syndrome», 72, *Foreign Affairs*, 2, 1993, páginas 22-26.

⁶⁰ PESCATORE, P., «The GATT Dispute Settlement Mechanism...», *op. cit.*, página 35.

Sólo entendiendo este fenómeno se puede entender la peculiar singladura del sistema multilateral de comercio, que ha avanzado y mutado desde la absoluta anemia institucional y provisionalidad de principios del Siglo XX hasta transformarse en una organización multilateral de segunda generación cuyo diseño institucional, con todos los defectos que puedan achacársele, es la admiración de otras organizaciones. Y aquí, el sistema de *panels* ha tenido una posición sin duda estelar. Es claro que la invención de este sistema ha sido un gran acierto, pues resuelve o mitiga, como es evidente, infinidad de diferencias bilaterales. Esto reduce las tensiones y, al tiempo, facilita que el proyecto político del sistema multilateral de comercio concentre esfuerzos en impulsar agendas conjuntas. Por ello, el bajo coste y alta eficiencia comparada del sistema de *panels* termina siendo coronado en el Acta Final de la Ronda de Uruguay, con un fortalecimiento sin precedentes: el Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la OMC.

El proceso de su negociación arranca cuando las PARTES CONTRATANTES del GATT, en Reunión Ministerial, crean un comité y un programa de trabajo para preparar la octava Ronda de negociaciones comerciales multilaterales (20 de noviembre de 1982). Este comité comienza a solicitar propuestas y a preparar la declaración que lanzará la nueva Ronda en noviembre de 1985. Un año después, 92 Partes Contratantes adoptan formalmente la *Declaración de Punta del Este*, que abre las negociaciones de la Ronda de Uruguay (20 de septiembre de 1986)⁶¹. Uno de 14 grupos de negociación de la Ronda de Uruguay se dedicó en exclusiva al mecanismo de solución de diferencias⁶². Estos grupos mantienen negociaciones durante seis años hasta que se aprueba finalmente el *Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales* (15 de diciembre de

1993). Este Acta es firmada en Marrakech por 117 países en 1994 (15 de abril de 1994).

La Ronda Uruguay es la más exitosa de las Rondas comerciales habidas hasta la fecha. Las normas que produce son un avance histórico capital en la liberalización del comercio internacional. Entre las razones más importantes pueden citarse las siguientes: 1) la creación de una organización internacional, 2) la imposición de la denominada técnica del «paquete único» (frente al antiguo «GATT *à la carte*» de la Ronda Tokio)⁶³, 3) la creación de un órgano de examen de las políticas comerciales⁶⁴ y, por supuesto, 4) la ampliación de sus disciplinas sustantivas más allá del comercio de mercancías (más de 400 páginas de textos normativos y 26.000 páginas de concesiones arancelarias). Como colofón, preside estos avances, 5) la creación de un mecanismo de solución de diferencias obligatorio e integrado (frente a la fragmentación de la Ronda Tokio), dotado ya de «automaticidad» en la adopción de decisiones (frente a la antigua opción de bloqueo).

Así, los resultados del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* superan ampliamente las expectativas de los negociadores de la Ronda. Sin duda, la entrada en vigor de los Acuerdos de la OMC (1 de enero de 1995) incorpora notabilísimas e interesantes innovaciones en el mecanismo de solución de diferencias⁶⁵. Las más destacadas claramente son: 1) la eliminación de la regla del consenso positivo, 2) la integración de los procedimientos y, por supuesto, 3) la creación del Órgano de Apelación. No hay duda de que con ello se da un gran paso en el fortalecimiento de esta herramienta básica, nuclear, para el libre comercio multilateral. El Sistema de Solución de Diferencias es hoy en día, parafraseando al primer Director General, «el corazón del sistema

⁶¹ Doc GATT/1396, 25 de septiembre de 1986.

⁶² STEWART, T. P. y CALLAHAN, C. J., *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992), Dispute Settlement Mechanism*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.

⁶³ Artículo II.2.

⁶⁴ Proveniente del Acuerdo de Montreal, de 21 de abril de 1989 («Acuerdo a Medio Camino»).

⁶⁵ BOE Suplemento, número 20, de 24 de enero de 1995, páginas 190 y ss.

de la OMC»⁶⁶. Por méritos propios, se ha colocado en el epicentro de las relaciones económicas internacionales. De hecho, una parte de sus decisiones se adentra en algunos grandes dilemas de nuestro tiempo⁶⁷.

Del Entendimiento sólo hay una cuestión institucional que originariamente quedó algo desdibujada: la obligatoriedad de los informes. Por ello, vale la pena adentrarnos en ella, siquiera brevemente. En la actualidad, los informes de los *panels*, así como del Órgano de Apelación son adoptados salvo que el Consejo General (actuando como Órgano de Solución de Diferencias) decida no hacerlo por consenso (*consenso negativo*)⁶⁸. Antes, en la etapa del GATT del 47, la exigencia del consenso positivo generaba bloqueos que dejaban algunos informes para siempre en el «limbo jurídico» del GATT⁶⁹. Así pues, gracias a la nueva regla del consenso negativo existe una automaticidad *de facto* en la adopción de los informes. De hecho, a efectos prácticos, la cuasi-automaticidad convierte una eventual no adopción, como sostiene Komuro, en una mera curiosidad intelectual⁷⁰.

Ahora bien, alguna literatura especializada ha cuestionado la obligatoriedad *inter partes* de los informes de los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Así por ejemplo, se ha sostenido que el Entendimiento permite optar con generalidad entre el *cumplimiento* o la *compensación*⁷¹. Estas posiciones han sido contestadas y criticadas con inusitada celeridad (y no sin cierta vehemencia) por el propio John Jackson, quien mantiene

que hay una obligación jurídica de cumplir el contenido de los informes y que la compensación o la suspensión son sólo un recurso frente al incumplimiento⁷². Que sea o no así es una cuestión capital para el sistema multilateral de comercio y por tanto su gran referente académico se expresa de forma dura y categórica⁷³.

Según este autor, percibir los informes como meras recomendaciones se enfrenta al problema de que, como la práctica confirma, las Partes Contratantes consideran que hay una obligación de cumplir con lo dispuesto en ellos⁷⁴. Así, deduce tal obligación de los artículos 3.7, 19.1, 21.6, 22.8 y 26.b del Entendimiento, fundamentalmente⁷⁵. Jackson afirma así lo siguiente:

«El Entendimiento claramente establece una preferencia por una obligación de cumplir la recomendación, apunta que la cuestión se mantenga bajo supervisión hasta que se haya producido su realización, indica que se acudirá a la compensación sólo si la retirada inmediata de la medida es impracticable, y establece que, en los casos de no violación, no hay obligación de retirar la medida, lo cual implica intensamente que para los casos de violación hay obligación de cumplir»⁷⁶.

⁶⁶ WTO Focus. Newsletter, agosto-septiembre, 1996, página 7.

⁶⁷ ZAPATERO, P., *Derecho del comercio global*, Civitas, 2003.

⁶⁸ Véase artículos 16.4 y 17.14 del Entendimiento. La literatura emplea diferentes términos para referirse a esta modificación: «consenso negativo», «consenso inverso», «consenso en contrario» (*reverse consensus*), etcétera.

⁶⁹ JACKSON, J. H., «The World Trade Organization...», *op. cit.*, página 87.

⁷⁰ KOMURO, N., «The WTO Dispute Settlement...», *op. cit.*, página 41.

⁷¹ BELLO, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is more», 90, *American Journal of International Law*, 4, 1996, páginas 416 y siguientes y BELLO, J. H. y HOLMER, A. F., «Dispute Resolution in the World Trade Organization Concerns and Net Benefits», 28, *International Lawyer*, 4, 1994, página 1103 (compensación como opción sustitutiva del cumplimiento).

⁷² JACKSON, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding-Misunderstandings on the Nature of a Legal Obligation», 91, *American Journal of International Law*, 1, 1997, páginas 60-61. Para otra crítica del comentario editorial de J. BELLO, véase SACERDOTI, G., «Note and Comment», 91, *American Journal of International Law*, 1, 1997, página 89, así como la posición de Roessler, ex Director de la División de asuntos jurídicos del GATT. ROESSLER, F., «Comments»: Performance of the System IV: Implementation, 32, *International Lawyer*, 1998, páginas 789-790.

⁷³ Hay que subrayar, en cualquier caso, que la compensación en sustitución del cumplimiento está prevista expresamente en el caso especial de las reclamaciones sin «infracción» [supuesto b)] del artículo XXIII del GATT: «la compensación podrá ser parte de un ajuste mutuamente satisfactorio como arreglo definitivo». Véase artículo 26.1.d).

⁷⁴ JACKSON, J. H., *The World Trade Organization...*, *op. cit.*, página 83.

⁷⁵ Jackson fundamenta la argumentación añadiendo a la lista los artículos 3.4, 3.5, 3.7, 11, 19.1, 21.1, 21.6, 22.1, 22.2, 22.8 y 26.1.b). JACKSON, J. H., *The World Trade Organization...*, *op. cit.*, página 87, nota 82.

⁷⁶ JACKSON, J. H., *The World Trade Organization...*, *op. cit.*, página 88.

Sin embargo, es evidente que el texto del Entendimiento carece de alusión alguna a la obligatoriedad de los informes. El propio Jackson no puede menos que reconocerlo: «El lenguaje del ESD [Entendimiento de Solución de Diferencias] “no fija este asunto” de forma sólida». Sostiene así este reconocido investigador que, en conversaciones personales con algunos de los redactores del texto, éstos comentaban que «creyeron» haber incorporado de forma expresa enunciados relativos a dicha obligatoriedad⁷⁷. Es decir, que se confundieron o despistaron pero no lo indicaron de forma explícita. El tenor literal del articulado es claro: Los informes contendrán *recomendaciones*⁷⁸. En cualquier caso, la práctica consolidada confirma que dichas recomendaciones se convierten en decisiones obligatorias una vez adoptadas por el OSD. La literatura jurídica internacional también acepta esta orientación en términos generales⁷⁹. Así, por ejemplo, Liñán Nogueras lo explica subrayando esa ausencia de «valor obligatorio *per se*» para después sostener lo siguiente: «Destinado el informe a convencer y per-

suadir al OSD [...] de la decisión que debe adoptar, *goza de una tendencia favorable a su obligatoriedad*»⁸⁰.

En resumen, resulta claro que la práctica de los miembros de la OMC es pacífica al respecto: los informes de los grupos especiales y el Órgano de Apelación son obligatorios una vez adoptados por el OSD. Al margen de las vaguedades del Entendimiento, la práctica se está llevando a cabo con una percepción de obligatoriedad (*opinio iuris*) y, por esta vía (proceso consuetudinario), se ha consolidado esta difusa y discutible obligatoriedad originaria. No obstante, la defectuosa redacción del Entendimiento requiere una operación de interpretación que bien pudiera haber seguido una evolución diferente. Por ello, hubiera sido preferible que el Entendimiento incluyera una referencia expresa a la «obligatoriedad» de los informes adoptados, si ésta era la auténtica voluntad de los negociadores. No hubiera sido mucho pedir si tenemos en consideración la importancia de esta cuestión y los recursos asignados a negociar el Entendimiento.

⁷⁷ JACKSON, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding-Misunderstandings...», *op. cit.*, página 62; *The World Trade Organization...*, *op. cit.*, página 87.

⁷⁸ Véase el título del artículo 19 así como su primer párrafo, intitulado «Recomendaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación».

⁷⁹ Véase JACKSON, J. H., «International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligations to Comply or Option to “Buy Out”?», *American Journal of International Law*, 98, 2004, páginas 109-25; LOWENFELD, A. F., *International Economic Law*, Oxford University Press, 2002; HUDEC, R., «Broadening the Scope of Remedies in the WTO Dispute Settlement», F. WEISS (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, Cameron May, 2000, páginas 345-376 y SYKES, A. O., «The Remedy for Breach of Obligations Under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?», BRONCKERS, M. y QUICK, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honor of John H. Jackson*, Kluwer Law International, 2000, páginas 347-51.

⁸⁰ LIÑÁN NOGUERAS, D. J. en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, página 633.