

En defensa del mecanismo de solución de disputas de la Organización Mundial de Comercio

por Juan Carlos Hidalgo

El libre comercio es uno de los aspectos más visibles de la globalización y su alcance está creciendo a un paso muy acelerado. De acuerdo a algunos cálculos, las exportaciones mundiales como un porcentaje del PIB están bordeando el 25 por ciento, mientras que en 1970 constituían el 15 por ciento.¹ Alrededor del mundo, los países están eliminando las barreras comerciales y están adhiriéndose a un flujo más libre de productos y servicios.

Sin embargo, esto no es un fenómeno nuevo. A fines del siglo XIX, el mundo experimentó un aumento dramático en el comercio mundial como el que estamos viviendo hoy. En su libro *Consecuencias Económicas de la Paz*, John Maynard Keynes describía el impacto que el comercio tuvo en la primera década del siglo XX:

“El habitante de Londres podía ordenar por teléfono, mientras tomaba su té mañanero...los varios productos de toda la Tierra, en la cantidad que él desee y esperar que estos sean entregados razonablemente pronto a su puerta”.²

Desafortunadamente, todo terminó con el inicio de la Primera Guerra Mundial en 1914, demostrándose así que el libre comercio y la globalización no son inevitables.

Casi dos décadas después, el ambiente político había cambiado. Los políticos de hecho evitaron que el comercio se encargara de generar prosperidad, con consecuencias terribles. Mientras que los países sufrían los primeros años de la Gran Depresión, los gobiernos comenzaron a imponer restricciones punitivas sobre las importaciones, iniciando con los aranceles Smoot-Hawley de 1930. El colapso del comercio mundial y la amargura que estas restricciones provocaron en algunos países contribuyeron a crear las condiciones que eventualmente condujeron a la Segunda Guerra Mundial. Como el senador Patrick Moynihan indicara, “Si usted fuese a hacer una lista corta de cinco eventos que condujeron a la Segunda Guerra Mundial, los aranceles Smoot-Hawley sería una de esas cosas”.³

La necesidad de un árbitro multilateral

Cuando las hostilidades cesaron en 1945, era dolorosamente obvio que había una necesidad de una organización comercial internacional que evitara que los mismos errores sucedieran de

Juan Carlos Hidalgo es Coordinador de Proyectos para América Latina del Cato Institute.

nuevo. Así como el comercio se suponía que debía ser el eje de la reconciliación y reconstrucción europea luego de la guerra, lo mismo sucedería en el resto del mundo. Este fue el principio detrás de la creación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), el cual se consumó el 10 de abril de 1947. Mientras su principal objetivo era el de servir como un foro para la negociación de la reducción de aranceles, el GATT eventualmente también tuvo que hacer de árbitro en las disputas comerciales entre los estados miembros, dado el rechazo del senado estadounidense a la Organización Comercial Internacional, la cual se suponía que debía servir este propósito, entre otros.

Por lo tanto, desde su inicio el GATT sufrió de deficiencias institucionales considerables para lidiar con las disputas comerciales. Específicamente, en sus primeros años la resolución de disputas bajo el auspicio del GATT fue esencialmente un proceso diplomático que dependía de la buena voluntad de los estados miembros. Las disputas eran resueltas a través de negociaciones y de la diplomacia. Una gran debilidad del sistema de resolución de disputas del GATT era el hecho de que las decisiones se tomaban en base al consenso, incluyendo la opinión de las partes involucradas, lo cual resultaba en un sistema más difícil de operar puesto que la parte afectada podía simplemente vetar la decisión. Dadas estas circunstancias, en las primeras décadas el mecanismo de resolución de disputas no era eficiente ni utilizado con frecuencia.

A pesar del requisito de consenso, a través de los años el sistema obtuvo una naturaleza más judicial con las disputas siendo resueltas a través de adjudicación en lugar de diplomacia. Los paneles comenzaron a utilizar principios legales de precedente y reglas de interpretación tradicionales, de esta manera ayudando a que el sistema ganara credibilidad ante los estados miembros. La adjudicación también demostró ser un método más eficiente para resolver las disputas. Robert Hudec, un experto en el mecanismo de resolución de disputas del GATT, calculó que entre 1948 y 1989, la tasa de éxito del sistema en general era de casi 90%. Como el indicó, “los logros a estas alturas, si no son únicos, por lo menos son extraños dentro de la historia de las instituciones legales internacionales”.⁴

Sin embargo, a fines de los ochenta y principios de los noventa, el sistema se volvió cada vez más problemático debido

a la limitación del consenso. Peter van den Bossche, profesor de comercio internacional de la Universidad de Maastricht, indica que: “El hecho de que la parte que perdía podía prevenir la adopción del reporte del panel significaba que los paneles muchas veces estaban tentados a arribar a una conclusión que sería aceptable para todas las partes, sin importar si esa conclusión era legalmente sólida o convincente”.⁵ Había un riesgo de que el sistema de resolución de disputas fuese descalificado como un mecanismo eficiente y confiable de resolver las disputas comerciales controversiales.

Por lo tanto, reformar el sistema era una de las principales prioridades de las negociaciones de la Ronda de Uruguay, las cuales eventualmente derivaron en la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Sin duda, librarse del requisito de consenso fue el asunto más controversial de las negociaciones. Los países miraban con escepticismo el hecho de que podrían ser “forzados” a tomar decisiones con las cuales no estaban de acuerdo. El comercio, después de todo, es uno de los asuntos más controversiales en el debate de política interna de cualquier país. Los estados miembros del GATT no estaban listos para renunciar a su soberanía de decidir qué políticas comerciales podían mantener.

Irónicamente, era la amenaza de una acción unilateral por parte de Estados Unidos lo que convenció a los miembros del GATT acerca de los beneficios de un método multilateral. Frustrado por la debilidad del requisito del consenso, el Congreso estadounidense aprobó una legislación durante los años ochenta que permitía la imposición de sanciones comerciales unilaterales en contra de países a los que se encontraba culpables de violar las responsabilidades del GATT. Si se dejaba en su lugar, esta legislación podría haber socavado considerablemente el sistema comercial multilateral mientras que los demás países probablemente hubiesen tomado represalias contra de Estados Unidos. Podría haberse repetido el incidente de Smoot-Hawley.

Nace el sistema de resolución de disputas

Afortunadamente, el realismo dio paso al institucionalismo y un nuevo sistema fue adoptado bajo los auspicios de la OMC en 1995. El requisito de consenso fue eliminado de manera predecible, pero, como van den Bossche indica, bajo el nuevo sistema estaba claramente establecido que “los estados miembros de la OMC no podrán determinar unilateralmente que se haya dado una violación de las leyes de la OMC ni vengarse unilateralmente en el caso en que se haya dado una violación de la ley de la OMC”.⁶

Por lo tanto, nació un nuevo sistema que valora el multilateralismo por sobre el unilateralismo. Desde su origen, el sistema de resolución de disputas ha sido considerado la joya de la OMC. De manera simplificada, el mecanismo funciona de la siguiente manera: Cuando un país se siente perjudicado por las acciones de otra nación que considera que es inconsistente con sus compromisos con la OMC, puede pedir que se realicen consultas con el otro país para intentar resolver el problema de manera amigable. Si esto falla, entonces la parte afectada puede llevar el asunto

ante un panel de adjudicación. El panel reporta sus descubrimientos luego de seis meses. El reporte del panel puede ser apelado ante el Órgano de Apelados, el cual tiene 60 días para emitir un nuevo reporte que afirme, modifique o anule las conclusiones o recomendaciones del primer panel. Una vez adoptado un reporte y si el defensor es declarado culpable de violar las disposiciones de la OMC, se le recomendará adoptar los designios del Órgano de Solución de Disputas (OSD). Si el acusado decide ignorar estas recomendaciones, el OSD puede autorizar al país afectado para que tome medidas de retaliación con medidas comerciales hasta una cantidad similar al daño original, pendiente la completa implementación.

Hay una serie de ventajas: En primer lugar, todavía hay una etapa a principios del proceso de resolución en la que la diplomacia puede ser utilizada para resolver las disputas, dejando suficiente espacio para que los países logren un acuerdo por su propia cuenta. En segundo lugar, es importante enfatizar la naturaleza no-obligatoria de las decisiones del OSD. Una de las principales preocupaciones acerca de adoptar un sistema de resolución de disputas más fortalecido bajo la OMC era el de tener “jueces extranjeros” decidiendo acerca de las leyes comerciales que un país podría mantener. Esto también era una de las principales razones por las cuales algunos grupos en Estados Unidos, un país conocido particularmente por su escepticismo hacia las cortes internacionales, se opusieron—y todavía se oponen—a la OMC.

Bajo el nuevo sistema, el OSD *recomienda* a los países adoptar sus decisiones. Los miembros de la OMC luego deciden si obedecen al panel o lo ignoran y se enfrentan a las consecuencias—incluyendo la posibilidad de una represalia. Sin embargo, todavía es la decisión soberana de un país si modifica sus leyes comerciales o no. Esto fortalece la legitimidad del OSD como un mecanismo para resolver las disputas comerciales. En este punto, debe indicarse que como una organización multilateral creada a través de un acuerdo internacional, la OMC deriva su legitimidad de los gobiernos nacionales que la conforman, he ahí la importancia de tener un mecanismo de resolución de disputas que no erosione la confianza de los gobiernos nacionales en el sistema.

También, a pesar de las esperadas críticas y quejas, cuando una decisión va en contra de un país, el OSD también ha desempeñado el papel político de difusor de presiones proteccionistas domésticas, permitiendo que los gobiernos “culpen” a la OMC de adoptar políticas comerciales que son impopulares en casa. Como Ernst-Ulrich Petersmann señaló, “muchos gobiernos valoran esta ‘función de política doméstica’...[que] asiste a los gobiernos a vencer a las presiones proteccionistas en casa”.⁷

Hasta ahora va bien

El sistema de resolución de disputas ha funcionado razonablemente bien desde su inicio. A principios de abril del 2007, 363 casos habían sido sometidos al OSD. El cumplimiento de las recomendaciones sigue siendo alto, aunque menor que aquel que había bajo el sistema del GATT. Esto es comprensible puesto que como se indicó arriba, el requisito de consenso bajo el mecanismo anterior derivó en que algunos paneles adoptaran

conclusiones que eran aceptables para todas las partes involucradas y así evitaban los vetos. Desde la adopción del nuevo mecanismo de resolución de disputas, los paneles se han vuelto más asertivos en hacer cumplir las leyes de la OMC. Aún así, en los primeros 10 años del OSD, la tasa de cumplimiento es de un 83 por ciento.⁸

Hay dos razones por las cuales los países hallan conveniente obedecer a las decisiones del OSD. La primera es la reputación. En las palabras de Hudec, “otros gobiernos interesados en mantener la integridad legal de sus compromisos están dispuestos a hacer sacrificios considerables para exponer al gobierno acusado a la crítica por no mantener su palabra”.⁹ Más importante, “ser hallado en incumplimiento con las obligaciones propias es perder el derecho de pedir que otro respete esa obligación, por lo tanto, se pierden oportunidades comerciales específicas”.¹⁰ Como podemos ver, el cumplimiento exitoso de las decisiones del OSD depende de una supervisión firme llevada a cabo por los mismos estados miembros. No obstante, es el OSD es el que últimamente decide si un país ha cumplido o no.

Segundo, la retaliación —o la amenaza de hacerlo— puede ser un incentivo poderoso para cumplir. Si un país no ha implementado las recomendaciones hechas por el OSD, la parte afectada puede pedir autorización para vengarse suspendiendo sus obligaciones bajo la OMC con el país acusado por una cantidad similar al daño original. Esto usualmente implica un aumento sustancial de los aranceles sobre las importaciones. El Profesor van den Bossche justamente indica que “la retaliación... ejerce presión económica y política sobre el país ofensor para que este cumpla con sus recomendaciones y decisiones. Los productores y comerciantes de los productos afectados por los aranceles aumentados —que típicamente no son los beneficiarios de la medida que no es consistente con la OMC— ejercerán presión furiosamente para que esa medida se remueva”.¹¹

Un ejemplo apropiado de esta dinámica puede ser encontrado en el 2003 cuando el OSD autorizó a la Unión Europea a tomar represalias en contra de Estados Unidos debido al incumplimiento de su decisión respecto a los aranceles sobre las importaciones de acero. La lista de productos que la Unión Europea pensaba atacar—lo cual hubiera representado un aumento en los impuestos aduaneros—incluía al jugo de naranja de Florida, al queso de Wisconsin, y a una amplia gama de otros productos de los “estados indecisos”, los cuales jugarían un papel crítico en la reelección del Presidente Bush en el 2004. El gobierno republicano de inmediato se retractó y eliminó los aranceles ilegales.

Es importante enfatizar que no es la OMC la que castiga a los países por no cumplir —como es el caso con otras entidades multilaterales.¹² Aquí, la supervisión y el cumplimiento de la ley está a cargo de los mismos países, y la OMC sirve únicamente de árbitro.

No es perfecto

A pesar de su desempeño satisfactorio, el OSD ha sido el blanco de críticas a lo largo de los años, algunas de las cuales tienen fundamento. En primer lugar, se dice que hay asimetría en

el acceso al sistema de resolución de disputas. Los países pobres no pueden cargar con el costo de denunciar a un país ante el OSD, especialmente cuando es contra países ricos o bloques como la Unión Europea. Una investigación conducida en el 2004 descubrió que “los países de altos ingresos son los principales usuarios del sistema de resolución de disputas”.¹³ Esto puede que esté cambiando. Mientras que se consolida el sistema, más países de bajos ingresos están comenzando a utilizar el OSD para denunciar a sus contrapartes más ricos, como lo indica el mismo estudio.

Esto conduce a una segunda crítica: Aún cuando los países pobres pueden acceder al mecanismo de resolución de disputas y ganar un caso en contra de un país de ingresos más altos, no están en una posición fuerte para vengarse a través del aumento convencional de aranceles aduaneros, debido a que esto perjudicaría a sus economías más que a la del país ofensor. Hay varios casos en los que los países ricos simplemente han ignorado las decisiones del OSD a pesar de la amenaza de represalias.¹⁴ Afortunadamente, hay un mecanismo casi nunca utilizado dentro de las reglas de la OMC llamado la “represalia cruzada” que podría aumentar la presión sobre los países ricos para que obedezcan las decisiones. Esto consiste en permitir que los países suspendan sus obligaciones en contra del país ofensor bajo los tratados de la OMC, incluyendo el Acuerdo General sobre Comercio y Servicios (GATS, por sus siglas en inglés), y más importante aún, el Acuerdo sobre los Aspectos Relacionados al Comercio de Propiedad Intelectual (TRIPS, por sus siglas en inglés). Así que aún cuando los aranceles convencionales puede que sean una amenaza pequeña por parte de un país pobre, la posibilidad de meterse con las leyes de propiedad intelectual podría afectar los intereses de empresas farmacéuticas poderosas —entre otras— lo que contribuiría a convencer a los países ricos a ceder.

Una tercera crítica está relacionada con la transparencia y legitimidad del OSD. Sin embargo, los críticos no reconocen que el actual sistema es más transparente que el GATT, su antecesor, en el cual, como lo indica Jagdish Bhagwati, las disputas eran decididas “mediante política en cuartos llenos de humo en los que la transparencia era físicamente imposible y diplomáticamente poco astuta”.¹⁵ El OSD es ahora un cuerpo legalista en el que las reglas se imponen ante la política y cuyos razonamientos son accesibles para cualquiera.

Mucho mejor que la alternativa

A pesar de las críticas, el sistema de resolución de disputas es muy superior que la mayoría de las alternativas. En particular, siendo un mecanismo basado en las reglas, el OSD es más legítimo que un enfoque realista en el que los países imponen sanciones comerciales de manera unilateral unos a otros. También, cuando se compara el record abismal de los aranceles Smoot-Hawley de los años treinta, el OSD parece ser mucho más eficiente y transparente a la hora de resolver disputas comerciales que un escenario en el que los países dependen de la diplomacia unilateral y de las represalias para llegar a un acuerdo, especialmente si cuando bajo la diplomacia se manejan usualmente otros

asuntos no comerciales. Finalmente, el OSD juega un papel crítico como árbitro en la supervisión de la resolución apropiada de disputas, mientras que bajo un sistema realista la obediencia a las reglas comerciales quedaría en manos de las percepciones de cada país.

Como demuestra la historia, el comercio libre no puede darse por un hecho. Un mecanismo eficiente y legítimo para resolver las disputas comerciales puede ser lo que determine la diferencia entre un mundo más próspero y uno que simplemente se desliza hacia el conflicto y el empobrecimiento. Afortunadamente para todos, el OSD ha desempeñado su papel satisfactoriamente hasta ahora.

Notas

¹ Ian Goldin y Kenneth Reinert, *Globalization for Development: Trade, Finance, Aid, Migration, and Policy* (Washington, DC: The World Bank and Palgrave MacMillan, 2006), p. 10.

² John Maynard Keynes, *Economic Consequences of Peace*, citado en Daniel Yergin y Joseph Stanislaw, *The Commanding Heights: The Battle for the World Economy* (New York: Touchstone, 2002), p. 386.

³ Patrick Moynihan, Congressional Record: 5 de septiembre de 2000 (Senate), p. S7975. Disponible en: <http://www.dailyimmigration.com/immigdaily/news/2000,0907-china.shtm>.

⁴ Robert Hudec, "A Statistical Profile of GATT Dispute Settlement Cases: 1948-1989," *Minnesota Journal of Global Trade* (1993), p. 353.

⁵ Peter van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials* (Cambridge: Cambridge

University Press, 2005), p. 180.

⁶ Peter van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, p. 183.

⁷ Ernst-Ulrich Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organisations and Dispute Settlement* (Kluwer Law International, 1998), pp. 85-6.

⁸ William F. Davey, "The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years," *Journal of International Economic Law* Vol. 8 (2005), p. 47.

⁹ Robert Hudec, "Does the Agreement on Agriculture Work? Agricultural Disputes After the Uruguay Round." International Agricultural Trade Research Consortium Working Paper No. 98-2 (Abril 1998), p. 36. Disponible en: http://agecon.lib.umn.edu/cgi-bin/pdf_view.pl?paperid=1154&ftype=.pdf.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Peter van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, p. 221.

¹² Por ejemplo, la Comisión Europea puede imponer sanciones a los países dentro de la Eurozona que incumplan con las estipulaciones del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, el cual establece ciertas reglas con respecto a la conducción de la política fiscal de los estados miembro.

¹³ Kara Leitner and Simon Lester, "WTO Dispute Settlement 1995-2003: A Statistical Analysis," *Journal of International Economic Law* Vol. 7 (2004), p. 172.

¹⁴ Por ejemplo, EC-Bananas III, U.S. Shrimp, Canada-Dairy, entre otros.

¹⁵ Jagdish Bhagwati, *In Defense of Globalization* (New York: Oxford University Press, 2004).